

Indledning

1. Habilitet – Inhabilitet

Inhabilitet er, som det fremgår, sprogligt afledt af udtrykket habilitet, dvs. retlig handleevne.

Inden for forvaltningsretten (og retsplejen) fastlægger reglerne om habilitet de retlige krav til personalets forudsætninger for at udøve offentlig (eller judiciel) myndighed.

Habilitetskravene falder i to grupper, de positive og de negative. Positive habilitetskrav omfatter de retlige kvalifikationer, der skal foreligge, f.eks. gyldig udnævnelse eller valg, visse uddannelseskrav eller for kollektive organers vedkommende gyldig konstitution og indkaldelse.

De negative habilitetskrav viser hen til særlige diskvalifikationer, der ikke må være til stede, altså forhold som – uanset at de positive habilitetskrav er opfyldt – afskærer den pågældende fra at udøve offentlig myndighed, i det omfang disse forhold foreligger.

Inhabilitet er betegnelsen for, at de negative habilitetskrav ikke er opfyldt. Inhabilitetsgrunde er følgelig sådanne omstændigheder, som hindrer opfyldelsen af de negative habilitetskrav.

Om forholdet mellem habilitet og inhabilitet gælder det derfor, at selvom inhabilitet sprogligt fremtræder som negationen af habilitet, gælder det ikke begrebsmæssigt. Inhabilitet er noget ganske andet og selvstændigt end den blotte manglende opfyldelse af de positive habilitetskrav, og vice versa. I henseende til selve indholdet er der således ikke nogen særlig sammenhæng mellem de positive habilitetskrav og de negative inhabilitetsgrunde.

Inden for inhabilitetsområdet drages der forskellige sondringer.

Den væsentligste er speciel ctr. generel inhabilitet. Speciel inhabilitet vedrører kun en konkret sag, hvorimod generel inhabilitet helt afskærer

den pågældende fra at beklæde bestemte stillinger eller hverv inden for den offentlige forvaltning.

En anden sondring drages mellem personlig inhabilitet og myndighedsinhabilitet. Som udtrykkene viser, drejer det sig om inhabilitet for henholdsvis enkeltpersoner og myndigheder som sådanne.

Langt det mest almindelige er speciel, personlig inhabilitet. Det er da også denne inhabilitetsform, der behandles i hovedparten af den efterfølgende fremstilling. De særlige spørgsmål, som knytter sig til generel inhabilitet og myndighedsinhabilitet, omtales i henholdsvis kapitel 5 og 6. De positive habilitetskrav behandles ikke.

2. De bærende hensyn

Inhabilitet foreligger, når en forvaltningsperson har en særlig personlig eller økonomisk interesse i en sags udfald. Hvis dette er tilfældet, vil den pågældende forvaltningsperson være afskåret fra at medvirke ved sagens behandling.

Begrundelsen for dette retsprincip kan henføres til to hovedhensyn: saglighedshensynet og tillidshensynet.

Saglighedshensynet tager sigte på overholdelse af det grundlæggende krav om, at den offentlige forvaltning altid skal udøves på en måde, der er saglig og korrekt. Usaglig indflydelse på behandlingen og udfaldet af en forvaltningssag kan tænkes i forskellige former, men en meget væsentlig og klar gruppe af sådanne usaglige hensyn er netop forvaltningspersoners rent personlige og private interesser.

Forebyggelsen af, at der på dette grundlag træffes usaglige og urigtige afgørelser, er inhabilitetsreglernes centrale formål. Reglerne går imidlertid videre, end hvad saglighedshensynet isoleret set kunne tilsi. Uden om det rene saglighedshensyn lægger inhabilitetsreglerne en »zone«, der bygger på tillidshensynet. Det er ikke nok, at usaglig sagsbehandling rent faktisk forebygges. Det skal også med tydelighed fremgå, at dette er tilfældet. Slående er dette udtrykt i det kendte engelske citat: »Justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done«, jf. Steen Rønsholdt, *Forvaltningsret – Retssikkerhed Proces Sagsbehandling*, 5. udgave, side 219, hvor andre illustrative citater anføres. Kun ved på denne måde at gøre værnet for forvaltningens saglighed synligt, opnås en mere almen tillid til, at der ikke tages usaglige hensyn af personlig karakter.

Dette understøttes og udbygges af, at reglerne om inhabilitet er udformet på en sådan måde, at det er den abstrakte risiko for usaglig

indflydelse, der afskæres. I mange tilfælde ville forvaltningspersoner være fuldt ud i stand til at varetage deres opgaver uden at lade sig påvirke af, at de har en personlig interesse i sagen. Selv i situationer, hvor man kunne være fristet til at lade de personlige interesser spille ind, ville man ofte afstå herfra, fordi den usaglige påvirkning risikerer at komme for en dag i forhold til kollegaer og overordnede i myndigheden eller under offentlighedens bevågenhed. Selvom den konkrete mulighed for usaglig forvaltning som følge af personlige interesser således i realiteten er forholdsvis snævert afgrænset, er det ikke desto mindre den blotte abstrakte risiko herfor, der afskæres.

To, meget forskelligartede, konsekvenser af, at reglerne har denne videregående karakter, skal fremhæves.

Den ene er, at der aldrig kan forbindes noget belastende med at blive erklæret inhabil, hverken af den pågældende selv eller af omverdenen. Reglernes abstrakt forebyggende karakter indebærer, at inhabilitetsvurderingen ikke på nogen måde er udtryk for en konkret mistillid til den pågældende forvaltningsperson. Der er alene tale om anvendelse af generelle, objektive regler uden nogen form for inddragelse af den inhabiles personlige egenskaber og habitus.

At inhabilitetsreglerne går væsentligt længere, end hvad hensynet til saglighed i den enkelte sag tilsiger, har endvidere den konsekvens, at reglerne under særlige omstændigheder kan fraviges, uden at det i sig selv behøver gå ud over den konkrete saglighed. Sådanne fravigelser fra de almindelige inhabilitetsregler er tilladt i særlige tilfælde, især hvor det ville være umuligt eller forbundet med væsentlig vanskelighed eller betænkelighed at udskifte den inhabile person eller myndighed med en anden, jf. kapitel 4.3. Fravigelser kan ske, indtil en vis grænse, uden at den konkrete saglighed anfægtes. Fravigelser er således ikke udtryk for, at man i lyset af særlige vanskeligheder eller betænkeligheder ser gennem fingre med, at afgørelsen så må blive mindre saglig, men alene for at den brede »sikkerhedszone«, som på grund af tillidshensynet og reglerne karakter ligger uden om det centrale og uopgivelige beskyttelsesområde, garantien for saglighed, efter omstændighederne kan indsnævres.

At der kan være særlige vanskeligheder eller betænkeligheder ved kategorisk at afskære en ellers inhabil person eller myndighed fra at behandle en sag, illustrerer, at der i forhold til saglighedshensynet og tillidshensynet foreligger visse modhensyn. Disse modhensyn har dels indflydelse på inhabilitetsreglernes udformning, dels må de tages i betragtning ved reglerne fortolkning og anvendelse.

I visse tilfælde er det umuligt at erstatte – substituere – en person eller myndighed, uden at man dermed mister en sagkundskab, som er

nødvendig for sagens forsvarlige behandling. Det vil kun sjældent være tænkeligt for så vidt angår enkeltpersoner, hyppigere derimod i de tilfælde, hvor det er en myndighed som sådan, der er inhabil, jf. herom kapitel 6. Her er det altså behovet for at sikre den nødvendige sagkundskab, som udgør modhensynet.

Er det ikke umuligt, men dog forbundet med væsentlig vanskelighed, at foretage substitution, spiller et yderligere modhensyn ind: den almene interesse i at forvaltningen kan fungere med en vis effektivitet og hurtighed. Dette hensyn gør sig ikke blot gældende i visse konkrete tilfælde af mulig substitution, men spiller tillige en generel rolle ved fortolkningen af inhabilitetsreglerne, især ved fastlæggelsen af den inhabiliterende interesse og de enkelte inhabilitetsgrundenes udstrækning. Der skal således foretages en afvejning – således som det også er sket ved selve udformningen af lovreglerne – mellem de hensyn, der bærer inhabilitetsreglerne, og de rimelige krav om, at forvaltningen ikke tvinges ud i ineffektive og meget langsommelige virkemåder.

Afvejninger må også foretages i forhold til kollektive forvaltningsorganer, hvis medlemmer er udpeget ved valg som f.eks. kommunalbestyrelser og menighedsråd. Her består modhensynet i, at der ikke må lægges for store hindringer i vejen for, at borgere kan påtage sig og udøve funktioner på grundlag af et demokratisk mandat, ofte med udgangspunkt i et program, der er udtryk for den pågældendes personlige interesser og engagement i nogle af de sektorer og aktiviteter, som det kollektive organ skal være med til at forvalte, jf. kapitel 2.4.

Et yderligere modhensyn – undertiden delvist overlappende med de allerede nævnte hensyn til sagkundskab og demokratisk mandat – vedrører kollektive organer, hvor nogle af medlemmerne er udpeget på grund af deres tilknytning til bestemte interesseorganisationer, f.eks. branche-foreninger. Her ligger det i regelgrundlaget, at personer med denne baggrund skal eller kan være medlemmer af det pågældende organ. Det udelukker ikke, at de kan være inhabile i enkelte sager. Ved afvejningen skal det imidlertid tages i betragtning, at de er udpeget netop på grund af deres tilknytning til bestemte interesser, og at inhabilitetsreglerne ikke må anvendes på en måde, der bevirker, at sådanne medlemmer i for vidt omfang afskæres fra at udøve de funktioner, de er udpeget til at varetage.

For valgte kollektive organers vedkommende kan der yderligere gøre sig det hensyn gældende, at den sammensætning af forskellige grupperinger og opfattelser, som er resultatet af et demokratisk valg, så vidt muligt ikke bør forrykkes ved, at enkelte medlemmer – uden stedfortrædere fra samme gruppering – afskæres fra at medvirke i konkrete sager, jf. kapitel 4.3.4.

Om forståelsen af de overordnede principper for inhabilitetsreglernes udformning, fortolkning og anvendelse kan herefter – opsummerende – siges følgende:

Kerneområdet for reglernes formål er at sikre saglighed og korrekthed i forvaltningssagernes behandling og afgørelse (saglighedshensynet). I forhold hertil sker der så en vis udvidelse af reglernes virkeområde med henblik på at sikre, at der alment næres tillid til, at forvaltningen opfylder kravene om saglighed og korrekthed (tillidshensynet). Dette understøttes og udbygges ved, at inhabilitetsreglerne i en generel og objektiv form tager sigte på at forebygge den abstrakte risiko for, at uvedkommende interesser får indflydelse på forvaltningens virksomhed.

Over for sagligheds- og tillidshensynene står nogle modhensyn – sikring af den fornødne sagkundskab i sagens behandling, hensynet til at forvaltningens virksomhed praktisk set kan udøves på en rimelig og tilfredsstillende måde, hensynet til at medlemmer af kollektive organer kan udøve de funktioner og interesser, de er valgt eller i visse tilfælde udpeget til at varetage, samt at den demokratisk sammensatte balance i sådanne organer ikke forrykkes.

Disse modhensyn er i vidt omfang inkorporeret i reglerne, men skal også tages i betragtning ved fortolkningen og anvendelsen. Dette sidste betyder bl.a., at der i de individuelle sager om inhabilitet ofte skal foretages en konkret afvejning og udøves et vist skøn.

3. Lovreguleringen og dens baggrund

Reglerne om inhabilitet i forvaltningen er historisk set udsprunget af retsplejens inhabilitetsbestemmelser, jf. FT 1985-86, tillæg A, sp. 83 f., og Steen Rønsholdt, Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers inhabilitet, side 633. Da der i dansk lovgivning (i forvaltningsloven af 1985) skulle indføres generelle bestemmelser om inhabilitet for forvaltningspersonale, blev udgangspunktet da også taget i retsplejelovens regler herom. Det blev samtidig understreget, at der kun var tale om et udgangspunkt. Retsplejelovens regler kunne ikke uden videre overføres til forvaltningens område.

Hertil var der – og er stadig – flere grunde. En betydningsfuld del af forvaltningens afgørelsesvirksomhed udøves af forskellige nævn og råd. I lovgrundlaget for mange af disse organer er der, som anført ovenfor, sikret en vis repræsentation for nogle af de interesser, som indgår i organets virksomhed. Dette betyder, at der principielt ikke kan kræves en lige så fuldstændig upartisk holdning som for domstolenes vedkommende.

Det samme gør sig til en vis grad gældende for de politisk valgte forvaltningsorganer, f.eks. kommunalbestyrelser.

Smh. herved formuleringerne af de to generelle bestemmelser i henholdsvis forvaltningslovens § 3 («... omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed») og retsplejelovens § 61 («... omstændigheder, som er egnede til at rejse tvivl om dommerens *fuldstændige* upartiskhed»). Manglende inhabilitet i domstolssystemet vil således nok indebære, at der heller ikke foreligger inhabilitet i en tilsvarende situation i forvaltningen. Til gengæld vil man sjældnere kunne drage den omvendte slutning, at dommerinhabilitet i en given situation også er retningsgivende for udfaldet af en tilsvarende sag efter forvaltningsloven, jf. Niels Fenger, Forvaltningsloven med kommentarer, 2. udgave, side 163, og i samme retning Karsten Revsbech m.fl., Forvaltningsret – Sagsbehandling, 8. udgave, side 85. Voldgiftslovens § 12 indeholder endvidere inhabilitetsbestemmelser, der ligesom forvaltningsloven har fællestræk med retsplejelovens regler herom, men praksis har udviklet sig i forskellige retninger, særligt fordi reglerne administreres af voldgiftsinstitutterne, jf. herom Johan Tufte-Kristensen, Voldgiftsdommerens upartiskhed og uafhængighed. I øvrigt er der grund til at være opmærksom på, om en afgørelse om ikke at medvirke ved behandlingen af en sag, er udtryk for, at vedkommende er inhabil, eller blot for forsigtighed, jf. Børge Dahl i Henrik Udsen m.fl., Festskrift til Mads Bryde Andersen, side 163 ff.

Et andet forhold, som generelt adskiller forvaltningens situation fra domstolene, er, at det i domstolene kun yderst sjældent, om nogensinde, vil være forbundet med betydelige vanskeligheder eller betænkeligheder at sætte en stedfortræder i den inhabiles sted. Sådanne problemer vil derimod kunne forekomme i forvaltningen af de grunde, der er nævnt ovenfor i afsnit 2.

Uanset at de forvaltningsretlige regler om inhabilitet bygger på de samme grundsynspunkter som retsplejens regler herom, er der således forskelle i udformningen af bestemmelserne og i den praksis, som har dannet sig på de to områder.

Om praksis må også anføres, at den på det forvaltningsretlige område i vidt omfang er dannet gennem ombudsmandens – og, for det kommunale område, Indenrigsministeriets – virksomhed, mens den inden for retsplejen i sagens natur udelukkende er foregået ved domstolene. Antallet af retsafgørelser vedrørende inhabilitet i forvaltningen er relativt lavt, hvorimod navnlig ombudsmanden og Indenrigsministeriet gennem årene har taget stilling til en meget stor og broget mangfoldighed af inhabilitetssager.

Selvom der tidligere fandtes spredte bestemmelser og udtalelser (navnlig om direkte egeninteresse og slægtskabsforhold) og efterhånden visse

retsgrundsætninger (jf. Steen Rønsholdt, Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers inhabilitet, side 54 ff.), var det dog først et stykke ind i 1900-tallet, at en egentlig forvaltningsretlig inhabilitetslære begyndte at opstå.

I retslitteraturen berøres spørgsmålet af Poul Andersen i disputatsen, Om ugyldige forvaltningsakter (1924). Han udviklede det videre i Hovedpunkter af forvaltningsretten I (1930) og gennemarbejdede det i Dansk forvaltningsret (især fra 2. udgave, 1946) frem til den afsluttende 5. udgave (1963), side 434-455.

Fra midten af 1950'erne ydede Erik Harder væsentlige bidrag til inhabilitetslæren inden for det kommunale område, dels i artikler, dels i Dansk Kommunalforvaltning I fra 1. udgave (1970) til den afsluttende 5. udgave (1988), side 152-181 og 247-266. For så vidt angik nævn og råd mv. behandlede Bent Christensen indgående de inhabilitets-spørgsmål, der knyttede sig til disse organer, i disputatsen, Nævn og råd (1958), side 175-192.

En monografisk fremstilling vedrørende inhabilitet i de kommunalpolitiske organer fremkom med Steen Rønsholdts disputats, Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers inhabilitet (1987). Dette værk indeholder udførlige beskrivelser af historik og praksis samt indgående analyser af såvel speciel som generel inhabilitet med stadigt tilbagevendende drøftelser og afvejninger af de grundlæggende hensyn til retssikkerhed og demokratisk udfoldelse. Ikke mindst analyserne bidrog tillige væsentligt til udviklingen af den almindelige inhabilitetslære, dvs. også uden for det kommunale område.

Gennem de seneste årtier er inhabilitetslæren blevet (oftest udførligt) behandlet og udviklet i de større systematiske fremstillinger af forvaltningsretten. Aktuelt drejer det sig navnlig om Niels Fenger, Forvaltningsloven med kommentarer, 2. udgave (2020), Niels Fenger (red.), Forvaltningsret (2018), Karsten Revsbech m.fl., Forvaltningsret. Sagsbehandling, 8. udgave (2019), Steen Rønsholdt, Forvaltningsret – Retssikkerhed Proces Sagsbehandling, 5. udgave, (2020), Sten Bønsing, Almindelig forvaltningsret, 4. udgave (2018), samt Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., Forvaltningsret, 2. udgave (2002). Hertil kommer Hans Gammeltoft-Hansens monografiske fremstilling Inhabilitet i forvaltningen (2011), som i særlig grad beskæftiger sig med videreudvikling af inhabilitetsbegrebet samt dets hensyn og indre sammenhæng og indeholder en række væsentlige bidrag til afklaring af problemstillinger, der ikke er blevet løst tilfredsstillende i praksis.

Inden for særlige områder og omkring specielle problemstillinger har inhabilitets-spørgsmålet jævnligt været genstand for artikler samt i enkelte tilfælde indgået som mindre afsnit i monografier. Der henvises herom til litteraturlisten.

De generelle bestemmelser om forvaltningsretlig inhabilitet findes i forvaltningslovens kapitel 2 (§§ 3-6). Forvaltningslovens regler suppleres af

en række bestemmelser i den forvaltningsretlige særlovgivning. Nogle af disse bestemmelser har videre betydning som f.eks. kommunestyrelseslovens § 29 og tjenestemandsløven § 17. Hertil kommer en lang række bekendtgørelser, fortrinsvis om forretningsordener mv. for forskellige nævn og råd samt standardvedtægter for visse typer af institutioner.

Fremstillingen vil i det væsentlige koncentrere sig om forvaltningslovens bestemmelser. Andre lovbestemmelser om inhabilitet bliver dog omtalt, i det omfang de supplerer eller uddyber forvaltningsloven. Endvidere omtales de mangfoldige særbestemmelser, der især findes i administrative forskrifter, oversigtsmæssigt i kapitel 9.2.

Af forvaltningslovens § 34 fremgår det, at bestemmelser i andre love eller bestemmelser fastsat i henhold til lov opretholdes, såfremt de i videre omfang end efter forvaltningsloven medfører inhabilitet. Forvaltningsloven har således (også på dette område) karakter af en minimumslov i den forstand, at både tidligere og senere bestemmelser af vidererækkende indhold inden for deres anvendelsesområder skal lægges til grund for bedømmelsen af inhabilitetsspørgsmål.

Der er heller ikke noget til hinder for, at der administrativt, herunder i en forretningsorden, fastsættes habilitetsregler, som enten udvider eller præciserer, i hvilket tilfælde inhabilitet foreligger, jf. i samme retning betænkning nr. 1317/1996 om forskningsrådenes sagsbehandling m.m., side 38 ff., Niels Fenger, Forvaltningsloven med kommentarer, 2. udgave, side 926, men delvist anderledes Hans Gammeltoft-Hansen, Inhabilitet i forvaltningen, side 16 f., 187 og 190 f. Fra praksis kan f.eks. henvises til § 16 i bekendtgørelse nr. 1447 af 15. december 2010 om forretningsorden for Sundhedsvæsenets Disciplinærnævn, § 4 i bekendtgørelse nr. 727 af 10. juli 2019 om forretningsorden for børn og unge-udvalgene. Undertiden fastsættes også administrative regler, som i det væsentlige blot henviser til forvaltningslovens bestemmelser, jf. f.eks. pkt. 10 i forretningsordenen for Hovedstaden Letbane I/S.

Principielt kan der også fastsættes særregler om inhabilitet, som er mere lempelige end forvaltningsloven. Da hensigten med forvaltningslovens regler har været at sikre, at der inden for alle forvaltningsområder kommer til at gælde inhabilitetsregler af en styrke, der mindst svarer til forvaltningslovens niveau, jf. FT 1985-86, tillæg A, sp. 178, må der dog kræves særskilt og udtrykkelig hjemmel, hvis sådanne mere lempelige regler skal fastsættes administrativt. Retspolitisk vil der formentlig skulle foreligge meget tungtvejende grunde for at etablere lovregler, hvorved forvaltningslovens minimumsregler fraviges i en mere lempelig retning.

Forvaltningslovens inhabilitetsregler er for hovedpartens vedkommende en kodifikation af underliggende retsgrundsætninger. At

forvaltningsloven har karakter af en kodifikation af allerede eksisterende retsgrundsætninger, der dannedes i tiden før lovens ikrafttræden i 1987, indebærer, at også den tidligere praksis fortsat har interesse som fortolkningsbidrag til lovens bestemmelser og til illustration af deres virkemåde.

Forvaltningsloven indeholder kun bestemmelser om den personlige specielle inhabilitet. De regler, der gælder om generel inhabilitet og myndighedsinhabilitet, bygger således i vidt omfang på praksis. Lovgivningen indeholder dog visse særregler om generel inhabilitet, især kommunestyrelseslovens § 29.

Bestemmelserne i forvaltningslovens kapitel 2 er systematiseret således, at de materielle regler om inhabilitet findes i § 3, stk. 1 og 2, samt § 4, suppleret af en særlig bemyndigelsesbestemmelse i § 5. De processuelle regler om fremgangsmåden ved konstatering af eventuel inhabilitet findes i § 6. § 3, stk. 3, indeholder en bestemmelse om den umiddelbare retsvirkning af inhabilitet.

4. Materielt anvendelsesområde for inhabilitetsreguleringen

Forvaltningslovens regler om inhabilitet gælder for forvaltningens afgørelsessager samt for behandlingen af sager om indgåelse af kontraktsforhold og lignende privatretlige dispositioner, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1 og 2. Det har ikke betydning for, om inhabilitetsreglerne finder anvendelse, om den konkrete afgørelse mv. er indgået på baggrund af en politisk aftale.

Ankestyrelsens udtalelse af 15. oktober 2018, j.nr. 2017-435: Ankestyrelsen fandt, at reglerne om inhabilitet også fandt anvendelse i forbindelse med en nyvalgt kommunalbestyrelses konstituerende møde, hvor et nyvalgt medlem var med til at udpege sin ægtefælle til en af kommunens to pladser i et skatteankenævn. Det forhold, at der som led i uformelle forhandlinger forud for et kommunalbestyrelsesmøde var indgået en bred politisk aftale om, hvordan de enkelte medlemmer af kommunalbestyrelsen forventedes at stemme ved behandlingen af forskellige punkter (en såkaldt konstitueringsaftale), kunne ikke føre til, at inhabilitetsreglerne ikke fandt anvendelse i forhold til de ansvarlige medlemmers konkrete stemmeafgivning.

Ikke alle beslutninger, som forvaltningen træffer, udgør afgørelser i forvaltningslovens forstand. I det for forvaltningsloven tilgrundliggende lovforslag udtales, at der »med udtrykket »truffet afgørelse« sigtes til

udfærdigelse af retsakter, dvs. udtalelser, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde«. Det anføres endvidere, at »[u]den for loven falder ... navnlig den administrative sagsbehandling, der har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed, så som patient- og anden klientbehandling, undervisning og rådgivning. Denne virksomhed tager netop ikke sigte på at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede enkeltpersoner«, jf. FT 1985-86, tillæg A, sp. 115 f. Det centrale område for anvendelsen af forvaltningslovens bestemmelser er herefter udstedelse af forvaltningsakter. Forvaltningslovens afgørelsesbegreb er indgående behandlet i den forvaltningsretlige teori, jf. bl.a. Niels Fenger (red.), *Forvaltningsret*, side 76 ff., hvortil der henvises.

Selvom forvaltningsloven som udgangspunkt kun gælder for forvaltningens afgørelsesvirksomhed, er det som nævnt i lovens § 2, stk. 2, bestemt, at bestemmelserne i kapitel 2 om inhabilitet også gælder for behandlingen af sager om indgåelse af kontraktsforhold eller lignende privatretlige dispositioner.

Kammeradvokatens undersøgelse af visse forhold på Statens Serum Institut (rapport af 22. juni 2020, j.nr. 4009938 SFS): I forhandlingerne mellem Statens Serum Institut (SSI) og Serum Institute of India vedrørende bl.a. licensering af et HIV-patent var opfinderne af patentet i større eller mindre grad en aktiv del af forhandlingsteamet, også selvom de som opfindere af patentet ville modtage opfindergodtgørelse opgjort som en forholdsmæssig andel af SSI's indtægter forbundet med aftalen. Kammeradvokaten vurderede, at der var tale om tilsidesættelse af forvaltningslovens bestemmelser om inhabilitet, jf. forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 1.

Sådanne interessekonflikter i privatretlige dispositioner var før forvaltningslovens ikrafttrædelse omfattet af uskrevne retsgrundsætninger om inhabilitet.

U 1961.482 H: En sognerådsformand, der havde ladet nogle leverancer af materialer i forbindelse med et af kommunen iværksat byggeri gå gennem et aktieselskab, i hvilket han havde aktiemajoriteten, og for hvilket han var direktør, tilpligtedes at erstatte kommunen den merpris, som kommunen herved havde måttet udrede. En protokoltilførsel, der i et sognerådsmøde var foretaget i anledning af fremkommet kritik mod sognerådsformanden, fandtes ikke til hinder for, at sognerådet senere efter pålæg af amtsrådet rejste kravet om erstatning.

FOB 1978.289: En kommunalbestyrelse havde i forbindelse med en ansøgning til tilsynsrådet om tilladelse til salg af parceller fra en udstykning ikke oplyst, at der var

4. Materielt anvendelsesområde for inhabilitetsreguleringen

spørgsmål om salg til et kommunalbestyrelsesmedlem samt fire personer med tilknytning til kommunens forvaltning, således at tilsynsrådet kunne have fastsat vilkår om offentligt udbud. Ombudsmanden kritiserede dette samt det forhold, at hverken det pågældende kommunalbestyrelsesmedlem eller kommunalbestyrelsen i øvrigt havde været opmærksom på, at han måtte anses for inhabil ved kommunalbestyrelsens behandling af spørgsmålet om godkendelse af blandt andre ham som køber.

FOB 1977.176: Ombudsmanden kritiserede, at det ikke blev ført til protokol, at et kommunalbestyrelsesmedlem deltog i kommunalbestyrelsens behandling af et salg af to parceller til kommunalbestyrelsesmedlemmets ægtefælle.

Det er ikke nærmere bestemt i forarbejderne til forvaltningsloven, hvad der præcist forstås ved »sager om indgåelser af kontraktsforhold eller lignende privatretlige dispositioner«, men det er anført, at »[d]en afgrænsning af forvaltningslovens anvendelsesområde, der er foretaget i lovforslagets § 2, stk. 1, [ikke bør] gælde for lovforslagets regler om inhabilitet, der også bør finde anvendelse på sager om indgåelse af kontraktsforhold m.v.«. Det er nærliggende at antage, at det ikke kun er selve »indgåelsesspørgsmålet«, der omfattes af inhabilitetsreglerne, men også f.eks. om myndigheden skal rejse erstatningskrav overfor en virksomhed, som myndigheden har indgået aftale med, eller myndighedens indgåelse af forlig i forbindelse med privatretlige tvister mv. Spørgsmålet om den nærmere afgrænsning af anvendelsesområdet for forvaltningslovens § 2, stk. 2, har hovedsageligt kun citeringsmæssig interesse, da retsgrundsætninger af tilsvarende indhold normalt vil finde anvendelse uden for forvaltningslovens anvendelsesområde (jf. herom nedenfor). Se således Statsforvaltningen Syddanmarks udtalelse af 23. maj 2012, j.nr. 2011-613/966, hvor det fandtes tvivlsomt, om en sag om modregning var omfattet af forvaltningslovens begreb »indgåelse af kontraktsforhold eller andre privatretlige dispositioner«, men hvis loven ikke fandt direkte anvendelse, ville principperne i loven finde anvendelse.

Ved bedømmelsen af inhabilitet i forbindelse med anden forvaltningsvirksomhed end afgørelsesvirksomhed og privatretlige dispositioner vil retsgrundsætninger af tilsvarende indhold som forvaltningslovens bestemmelser normalt finde anvendelse.

Indenrigsministeriets udtalelse af 18. november 2002, 2. k.k.t. j.nr. 2002/1220/070-19 (RDB 02.2.1): Spørgsmål om visse generelle ændringer i en amtskommunes sygehusstruktur blev behandlet i amtets sundhedsudvalg. Et medlems ægtefælle var ansat på et sygehus, der var omfattet af de påtænkte ændringer, og der forelå risiko for, at

Kapitel 1 Indledning

ægtefællen i givet fald ville blive afskediget. Det pågældende medlem blev på denne baggrund anset for inhabil. I forbindelse med sagen udtalte ministeriet, at en sag som den foreliggende vedrørende ændringer af sygehusstrukturen i en amtskommune ikke er en sag, som er omfattet af forvaltningslovens § 2, stk. 1 og 2. Ved afgørelsen måtte det derfor være principperne i forvaltningslovens kapitel 2 (ikke bestemmelserne direkte), der skulle anvendes.

Det er således almindeligt antaget, at forvaltningslovens regler om inhabilitet suppleres af en uskreven retsgrundsætning om speciel inhabilitet uden for forvaltningslovens område. Den uskrevne retsgrundsætning kan f.eks. finde anvendelse i forbindelse med faktisk forvaltningsvirksomhed, men også i forbindelse med procesledende beslutninger, udarbejdelse af indstillinger fra en myndighed til en anden, udarbejdelse af udtalelser og redegørelser mv. samt generelle organisations- og planmæssige beslutninger.

FOB 1997.333: En lektor, der var blevet afskediget i forbindelse med personalereduktioner ved en ingeniørhøjskole, klagede over sagens behandling. Afgørelsen var truffet af højskolens styrelsesråd efter indstilling fra en gruppe bestående af rektor og tre studienævnsformænd. En af studienævnsformændene underviste i et fag, der i henhold til faglige strategiplaner skulle nedprioriteres, og tilhørte dermed en gruppe af lærere, som kunne risikere afskedigelse. Ombudsmanden fandt, at den pågældende havde været inhabil.

Om der foreligger en situation, hvor den uskrevne retsgrundsætning om speciel inhabilitet finder anvendelse, beror på en konkret vurdering af karakteren af den virksomhed, der udøves. Det er imidlertid almindeligt antaget, at forvaltningslovens regler om inhabilitet har en vis afsmittende betydning for fastlæggelsen af, i hvilke tilfælde en offentligt ansat person i medfør af den uskrevne retsgrundsætning om speciel inhabilitet bør afholde sig fra at udøve en bestemt faktisk forvaltningsvirksomhed.

Navnlig i tilfælde, hvor den faktiske forvaltningsvirksomhed kan stå i forbindelse med en afgørelse i forvaltningslovens forstand, eller hvor der er tale om beslutninger, der ligger i grænseområdet op til forvaltningsretlige afgørelser, kan der foreligge inhabilitet, jf. bl.a. FOB 2014-11. Som eksempel kan nævnes, at der ikke er noget til hinder for, at en lærer underviser sine egne børn, men at den pågældende lærer derimod ikke bør medvirke ved sine egne børns eksamen og afgivelse af årskarakter til dem, selvom karaktergivning ikke er en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

4. Materielt anvendelsesområde for inhabilitetsreguleringen

FOB 2008.352: En gymnasielærer var nabo til en af sine elever. Mellem læreren og elevens familie var der en nabostrid, som bl.a. omfattede en retssag om skel og hegn, og striden kulminerede det forår, eleven skulle til eksamen. Ombudsmanden udtalte, at for beslutninger om års- og eksamenskarakterer gælder forvaltningsretlige grundsætninger om inhabilitet svarende til de udtrykkelige regler i forvaltningsloven. På den baggrund mente ombudsmanden, at læreren havde været inhabil i forbindelse med fastsættelsen af elevens karakterer efter grundsætningen i forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5, og at læreren efter grundsætningen i forvaltningslovens § 6, stk. 1, skulle have underrettet gymnasiet om den mulige inhabilitet. Ombudsmanden pegede herved på forskellige substitutionsmuligheder i en situation som den foreliggende.

Tilsvarende er der ikke noget til hinder for, at en ansat på et plejehjem medvirker ved plejen af et familiemedlem. Den ansatte bør imidlertid ikke medvirke ved f.eks. beslutningen om fordeling af et særligt attraktivt værelse på plejehjemmet, hvis den ansattes familiemedlem er en af de beboere, der er i betragtning til værelset, jf. FOB 2014-11.

I betænkning nr. 1317/1996 om Forskningsrådernes sagsbehandling m.m., side 25 ff. og 58 ff., er det anført, at den uskrevne retsgrundsætning om inhabilitet bl.a. er af betydning i forhold til forskningsrådernes generelle beslutninger om satsning på bestemte forskningsområder, forskningsopgaver etc.

Det er endvidere fastsat i § 3 i lov om retssikkerhed ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og oplysningspligter, at forvaltningslovens §§ 3-9 a, 10-18 og 22-26 finder anvendelse ved beslutninger om iværksættelse af tvangsindgreb. For så vidt angår indgreb, der falder uden for lovens anvendelsesområde, må den almindelige uskrevne forvaltningsretlige habilitetsgrundsætning iagttages, jf. Ole Hasselgaard m.fl., Retssikkerhedsloven med kommentarer, side 23, og Niels Fenger, Forvaltningsloven med kommentarer, 2. udgave, side 180.

Tilsvarende er det fastsat i § 10 i lov nr. 2187 af 29. december 2020 om tilsynet med told- og skatteforvaltningens it-område, at forvaltningslovens §§ 3 og 4 finder tilsvarende anvendelse ved tilsynets medlemmers og ansatte i sekretariatets behandling af en sag. Baggrunden for bestemmelsen er, at selvom It-tilsynet er en del af den offentlige forvaltning, er hovedparten af tilsynets aktiviteter ikke omfattet af forvaltningslovens bestemmelser om inhabilitet. I forarbejderne til bestemmelsen er følgende bl.a. anført: »For at styrke tilliden til tilsynet foreslås det, at tilsynets medlemmer og de ansatte i tilsynets sekretariat bliver omfattet af forvaltningslovens regler om personlig, speciel inhabilitet, dvs. også når de behandler sager som ikke munder ud i en afgørelse i forvaltningsretlig forstand«, jf. FT 2020/21, lovforslag nr. L 87, de specielle bemærkninger

til § 10. Der henvises endvidere til kapitel 9.2.4, som indeholder en oversigt over bestemmelser, der ved lov udvider inhabilitetsreguleringen til faktisk forvaltningsvirksomhed.

5. Inhabilitetsreguleringens personelle anvendelsesområde

Forvaltningslovens § 3, stk. 1, foreskriver, at den, »der virker inden for den offentlige forvaltning«, er inhabil i forhold til en bestemt sag under nærmere angivne forhold. Inhabilitet kan foreligge i forhold til enhver, der virker inden for den offentlige forvaltning. Det er således uden betydning, om den pågældendes virke beror på et ansættelsesforhold, på en beskikkelse eller på et valg, om arbejdet er aflønnet eller ej, og om det har karakter af en heltids- eller deltidsbeskæftigelse, herunder af bestridelse af et hverv som medlem af en kollegialt sammensat forvaltningsmyndighed.

FOB 2010-20-4: På det tidspunkt, hvor Københavns Kommune traf beslutning om, hvem der skulle ansættes i de ledige stillinger, var den nyvalgte overborgmester endnu ikke tiltrådt i stillingen, men han blev inddraget i sagen, fordi han snart skulle tiltræde som overborgmester. Om den kommende overborgmester var inhabil, måtte derfor bedømmes efter de retningslinjer, der fremgår af forvaltningslovens § 3.

De almindelige forvaltningsretlige regler om inhabilitet gælder også for interesserepræsentanter i offentlige forvaltningsorganer, uanset om de er udpeget af organer, der ikke selv tilhører den offentlige forvaltning.

FOB 1999.257: Et lokalradionævn gjorde gældende, at forvaltningslovens inhabilitetsregler var irrelevante for de medlemmer af nævnet, der var udpeget af henholdsvis oplysningsforbundene og LO. Ombudsmanden afviste denne retsopfattelse som urigtig og henviste herved til, at medlemmerne af et lokalradionævn virker inden for den offentlige forvaltning og dermed er omfattet af forvaltningslovens regler, uanset om de er udpeget af organer, der ikke selv tilhører den offentlige forvaltning.

Inhabilitetsreglerne gælder for alle, der virker inden for den offentlige forvaltning, og reglerne gælder således ikke kun den person, der træffer afgørelse i en sag eller indgår kontrakt, jf. f.eks. U 1963.973 H, FOB 1996.203 og FOB 1974.264. Principielt set omfatter inhabilitetsreglerne også personer, der kun har rent tekniske funktioner såsom journalisering, renskrivning, kopiering eller postbesørgelse, men inhabilitet vil

sjældent blive udløst, da den pågældendes funktioner i forbindelse med sagsbehandlingen ikke kan antages at være til fare for, at afgørelsen i sagen vil kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn, jf. forvaltningslovens § 3, stk. 2 (se nærmere kapitel 4.2).

Forvaltningslovens inhabilitetsregler gælder som udgangspunkt ikke for private, herunder den virksomhed, der – efter aftale med en offentlig myndighed – udøves af personer, som ikke er ansat eller på anden måde virker i den offentlige forvaltning. Det gør i den forbindelse ikke nogen forskel, at den private udøver funktioner, som kan opfattes som en offentligretlig funktion, herunder funktioner, der også udøves af den offentlige forvaltning. Forvaltningslovens inhabilitetsregler og grundsætninger om myndighedsinhabilitet finder således f.eks. ikke anvendelse, hvor en hidtil opgave henlagt til det offentlige ved lov bliver overført til private. Her må spørgsmålet om eventuelle interessekonflikter overvejes og så vidt muligt afklares i forbindelse med de vilkår, der opstilles som led i privatiseringsordningen.

FOB 2008.323: Ved lov nr. 473 af 9. juni 2004 åbnedes der mulighed for, at også private virksomheder under visse betingelser kan udføre syn af køretøjer. Ved den tilhørende bekendtgørelse (nr. 968 af 14. oktober 2005) overførtes reglerne i forvaltningslovens kapitel 2. Da de almindelige retsgrundsætninger om myndighedsinhabilitet ikke var overført, kunne ombudsmanden ikke kritisere Færdselsstyrelsen for, at en synsvirksomhed, der også fungerede som rustbeskyttelsescenter, selv kunne tage stilling til fejl og mangler ved et køretøj, som virksomheden tidligere havde rustbeskyttet.

Østre Landsrets dom af 18. september 2009, B-926-08, refereret i Niels Fenger, Forvaltningsloven med kommentarer, 2. udgave, side 174: Ørestadsselskabet I/S var offentligt ejet, finansieret og drevet. Henset til karakteren af de opgaver, Ørestadsselskabet I/S skulle varetage, og de beføjelser, det ved lov var tillagt, var selskabet imidlertid ikke i forbindelse med udbud af opgaver bundet af ulovbestemte offentligretlige habilitetsgrundsætninger.

Advokaters virke for det offentlige kan ikke anses for direkte omfattet af forvaltningslovens regler om inhabilitet, men retsgrundsætninger med et tilsvarende indhold vil kunne finde anvendelse.

Cfr. FOB 1988.69: Både kommunaldirektøren og den advokat, som kommunen havde engageret til at udforme en lejeaftale med et hotelprojekt, havde anparter i det selskab, der solgte grund og bygninger til brug for hotelprojektet. I forbindelse med lejeaftalen påtog kommunen sig betydelige udgifter til bl.a. byggemodning, anlæg af parkeringspladser m.m. Ombudsmanden fandt, at kommunaldirektørens og advokatens

Kapitel 1 Indledning

økonomiske engagement i det sælgende selskab medførte en økonomisk interesse i, at udsigterne for køber tegnede sig så positivt som muligt på tidspunktet for købsvilkårenes (herunder prisen) fastsættelse. Begge måtte på denne baggrund anses for inhabile. Forholdene i denne sag lå forud for forvaltningslovens ikrafttræden, men ombudsmanden henviste alligevel til bestemmelserne i forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 1.

Se også modsat Statsamtet Nordjyllands udtalelse af 27. oktober 2005, j.nr. 2004-613/389, hvor en advokat blev anset for inhabil i forbindelse med sit engagement som kommunens juridiske rådgiver i en sag om salg af et areal.

I Indenrigsministeriets udtalelse af 5. februar 1999, 4. k.kt. j.nr. 1998/1220/743-5 (RDB 99.8.1) anførtes det, at en advokat, der rådgiver en offentlig myndighed, ikke vil være direkte omfattet af forvaltningslovens § 3, men at advokaten i medfør af uskrevne retsgrundsætninger vil kunne anses for inhabil.

Er der tale om delegation af forvaltningsvirksomhed til private, er det bl.a. et krav, at opgaven må kunne udføres, uden at der opstår interessekonflikter i forhold til myndigheden, og at de sagsskridt mv., som den private aktør foretager, lever op til de saglige og retssikkerhedsmæssige krav, der stilles til den offentlige forvaltning.

JM 1995-760-154: Om muligt inhabilitetsforhold med hensyn til skorstensfejernes godkendelse efter bygge-loven af de brændeovne og pejse mv., de selv har installeret. Bl.a. udtalt, at der for privatansatte skorstensfejere ikke opstår spørgsmål om inhabilitet efter forvaltningsloven, men at det snarere er et spørgsmål om, i hvilken udstrækning vedkommende myndighed i forbindelse med indgåelse af aftaler bør fastsætte vilkår, der sikrer, at udførelsen af det lovpligtige skorstensfejerarbejde sker på en sådan måde, at der ikke opstår interessekonflikter.

I FOB 2013-19 havde Miljøklagenævnet delegeret forberedelsen af 103 klagesager om husdyrbrug til Kammeradvokaten/Advokatfirmaet Poul Schmith, som er et privat advokatfirma. Ombudsmanden fremhævede nogle væsentlige, principielle forudsætninger, som delegation af sagsforberedelse til private må opfylde, herunder at den private aktør må have den nødvendige fagkyndige ekspertise til at udføre opgaven, at opgaven kan udføres, uden at der opstår interessekonflikter i forhold til myndigheden, og at de sagsskridt mv., som den private aktør foretager, lever op til de saglige og retssikkerhedsmæssige krav mv., der stilles til den offentlige forvaltning.

Ankestyrelsen, udtalelse af 24. juni 2020, j.nr. 19-62648: Ankestyrelsen foretog en vurdering af 30 kommuners brug af konsulenter til løsning af opgaver på det sociale område. Udtalt, at kommuner ikke lovligt kunne aflønne konsulenter for ydelser, der

5. *Inhabilitetsreguleringens personelle anvendelsesområde*

indebar sagsforberedelse i afgørelsessager efter »no-cure-no-pay«-princippet. Ankestyrelsen lagde herved vægt på, at det incitament, der lå i betalingsformen, indebar, at konsulenten havde en direkte økonomisk interesse i sagens udfald, dvs. at sagen mundede ud i, at ydelsen til borgeren blev nedsat. Dette skyldtes, at konsulentens honorar for sin deltagelse i sagsbehandlingen ikke afhang af den indsats, konsulenten havde ydet, men af det resultat, som afgørelsen ville få. I visse tilfælde kunne konsulenten direkte beregne sit eget vederlag på baggrund af resultatet af borgerens sag, f.eks. 10 pct. af det, som hjælpen til borgeren blev nedsat med. Ankestyrelsen lagde herudover vægt på, at grundsætningerne om inhabilitet fører til, at myndighederne ikke bør anvende en privat aktør, hvis der foreligger en inhabilitetsgrund for denne aktør. Endelig bemærkede styrelsen, at delegation af sagsforberedelse til private forudsætter, at den enkelte borgers retsstilling ikke forringes som følge af inddragelsen af en privat aktør, herunder ved at de sagsbehandlingsregler, der gælder for den offentlige forvaltning, i realiteten omgås. Derfor må de sagsskridt, som den private aktør foretager, leve op til de saglige og retssikkerhedsmæssige krav, der stilles til den offentlige forvaltning.

For advokater gælder også de advokatetiske regler, som stiller krav om habilitet, jf. de advokatetiske regler, pkt. 12. Det kan endvidere påpeges, at »no-cure-no-pay«-princippet er i strid med de advokatetiske regler, der foreskriver, at en advokat ikke må indgå honoraraftaler om vederlæggelse af en andel af det udbytte, der måtte opnås ved gennemførelse af en sag, jf. de advokatetiske regler, pkt. 16.2.

En advokat, der virker som anklager i en straffesag, skal både opfylde forvaltningslovens habilitetsregler, jf. retsplejelovens § 97, og udvise en adfærd, der stemmer med god advokatskik, jf. retsplejelovens § 126. Se hertil U 1999.1837 H, U 2015.1123 V og TfK 2017.340 Ø.

For så vidt angår de almindelige forvaltningsretlige regler og principers anvendelsesområde på private organer, der udfører forvaltningsvirksomhed i materiel forstand, kan endvidere henvises til Niels Fenger (red.), Forvaltningsret, side 124 f., Azad Taheri Abkenar, Delegation af myndighedsudøvelse til private aktører, side 161 ff., og Helle Bødker Madsen, Privatisering og patientrettigheder, side 132 ff.