

Forvaltningslovens afgørelsesbegreb – teoretiske rammer og gældende ret

- En undersøgelse af afgørelsesbegrebets rækkevidde i relation til forvaltningens personaleretlige og processuelle beslutninger

The 'Resolution Concept' in the Danish Administrative Act – Theoretical Frames and Current Law

- A Study of the Scope of the Resolution Concept in Relation to Administrative Legal Decisions Concerning Personnel and Procedure

af PETER NICK STAUSHOLM-MØLLER

På baggrund af en teoretisk og empirisk analyse af 3 forskellige teoretiske opfattelser af afgørelses-begrebet i forvaltningslovens § 2, stk. 1, behandler specialet spørgsmålet om hvorledes afgørelses-begrebet nærmere skal forstås i relation til forvaltningens personale- og procesledende beslutninger. Det er specialets centrale tese at forvaltningslovens forarbejder taler for en syntese mellem et traditionelt og et behovsafgrænsede afgørelsesbegreb – et modificeret behovsafgrænset afgørelsesbegreb. Herefter kan en kombineret vurdering af en given beslutnings væsentlighed samt adressatens behov for opnåelse af forvaltningslovens partsrettigheder føre til at beslutningen må klassificeres som en afgørelse, selvom beslutningen ikke efter en traditionel opfattelse vil være en afgørelse. Dette forudsætter dog at beslutningen i form og indhold minder om traditionelle afgørelser. Retspraksis på området kan ligeledes bedst forklares med det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Det samme gælder for en stor dels vedkommende ombudsmandspraksis. Herefter vil en personale-beslutning om stillingsændring kunne udgøre en afgørelse hvis den indebærer en væsentlig ændring af den ansattes arbejdsforhold og er begrundet i dadehværdige forhold. En diskretionær advarsel vil være en afgørelse hvis den udgør en væsentlig retlig forudsætning for skrappe sanktioner.

For så vidt angår processuelle beslutninger, er det afgørende om det kan antages at lovgiver har overvejet eller haft anledning til at overveje om en given processuel beslutning kan påklages særskilt. Er dette tilfældet, må lovgiver antages selv at have foretaget en sådan afvejning af retssikkerhedsbetydning at der ikke er plads til en kombineret væsentligheds- og behovsvurdering. Er dette ikke tilfældet, vil der derimod være en særlig plads til en sådan vurdering m.h.b. på at afklare om beslutningen kan påklages særskilt. Er dette tilfældet vil beslutningen være en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

On the basis a theoretical and empirical analysis of 3 different theoretical conceptions of the resolution concept art. 2.1. of the Danish Administrative Act, this thesis treats the question as to how the resolution concept is to be conceived in relation to administrative decisions concerning personnel and procedure. It is my main argument that the history of the Administrative Act favours a synthesis between a traditional and a "need-defined" resolution concept – a modified need-defined resolution concept. Hence, a combined assessment of the significance of a given decision and the need the addressee for the rights in the Administrative Act may result in the classification of said decision as a resolution even though the decision may not be a resolution from a traditional point of view. This is only so if said decision resembles traditional resolutions in shape and form. The practice of the courts, and in large parts the practice of the ombudsman, are also in accordance with the modified need-defined resolution concept. Hence, a personnel decision concerning change of position will be a resolution if it implies a significant change in the work conditions of the employee, and if it is based on reprehensible conditions blamed on the latter. Likewise, a discretionary warning will be a resolution if it constitutes a significant legal condition for more severe sanctions. As for procedural decisions the question as to whether it may be assumed that legislature has considered or had occasion to consider if a given decision can be subject to individual appeal, becomes imperative. If the answer is positive, then there will be no room for a combined significance/need-assessment as the legislature has presumably already made such an assessment. If the answer is negative, there will, however, be special room for such an assessment in order to consider whether a given decision may be subject to individual appeal. If this question is answered in the affirmative, then the decision will constitute a resolution.

INDHOLDSFORTEGNELSE

1.0. Indledning.....	3
2.0. Teori.....	5
2.1. Forvaltningslovens anvendelsesområde	5
2.2. Det klassiske forvaltningsaktsbegreb	7
2.3. Den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet	8
2.4. Det udvidede afgørelsesbegreb	9
2.4.1. Ny sondring mellem retlig og faktisk forvaltningsvirksomhed	10
2.4.2. Væsentlighedskriteriet.....	11
2.4.3. Den metodiske argumentation	12
2.5. Behovsfortolkningen – en mellemform.....	13
2.6. Sammenfatning og fremsættelse af hypoteser	15
3.0. Diskussion af mulighederne for en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet.....	16
3.1. Forvaltningslovens almindelige bemærkninger	16
3.2. Begrundelsesbetænkningen.....	18
3.2.1 Begrundelsesbetænkningens fortolkningsmæssige værdi.....	22
3.3. Har samfundsudviklingen medført et øget behov for en udvidende fortolkning?.....	22
3.4. Konklusion.....	24
4.0. Afgørelsesbegrebet i praksis.....	25
4.1. Personalebeslutninger.....	26
4.1.1. Stillingsændringer – U 2008.636 H.....	27
4.1.2. Ombudsmandens praksis i sager om stillingsændringer.....	33
4.1.3. U 2008.636 H's rækkevidde ud over stillingsændringer	36
4.1.4. Sammenfatning for så vidt angår personalebeslutninger.....	40
4.2. Procesledende beslutninger	41

4.2.1. U 2008.422/1 H – En afstandtagen fra den traditionelle afgrænsning?	42
4.2.2. Kan det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb anvendes på processuelle beslutninger? ..	44
4.2.3. Sammenfatning	49
5.0. Konklusion.....	49
6.0. Litteraturliste.....	51

1.0. INDLEDNING

Syvogtyve år som lærer på samme skole! Og nu – nærmest som ud af den blå luft – siger kommunen pludselig – efter anmodning fra skolechefen – at hun skal skifte arbejdsplads til en anden skole i kommunen. Det kom helt bag på hende – hun anede ikke engang at kommunen overhovedet var informeret om hendes anstrengte forhold til hendes chef. Kunne det virkelig passe at kommunen kunne træffe en for hende så indgribende beslutning uden at hun overhovedet kunne få lejlighed til forinden at forsvare sig overfor chefens kritik? Kommunen mente ja, ombudsmanden og landsretten mente nej. Højesterets flertal mente nej, mindretallet klart ja¹. Hvad så med professoren der på grund af påståede samarbejdsproblemer men uden begrundelse og partshøring flyttes fra ét institut til et andet, stofmisbrugeren hvis ret til bisidder uden nærmere begrundelse tilsidesættes, eller fonden der uden forudgående partshøring tvinges til at betale for en gennemgående granskning af sine forhold. Hvornår kan forvaltningen træffe sådanne væsentlige beslutninger uden forudgående partshøring eller efterfølgende begrundelse?

Efter forvaltningslovens § 2, stk. 1, synes svaret umiddelbart indlysende – kun når der er tale om en sag hvori der af en forvaltningsmyndighed er eller vil blive truffet *afgørelse*, har parten et retligt krav på forudgående partshøring eller efterfølgende begrundelse. Men er en beslutning om stillingsændring en afgørelse? Hvad med en diskretionær advarsel eller en processuel beslutning om granskning eller om nægtelse af ret til partsrepræsentation?

Svaret på disse spørgsmål afhænger af hvilken forståelse der bliver lagt til grund for forvaltningslovens afgørelsesbegreb. Lægges der – som visse dele af den juridiske teori – i hovedsagen vægt på ordlyden af de specielle forarbejder til forvaltningsloven, synes spørgsmålene at måtte besvares benægtende. Anlægges der omvendt en

¹ Jf. U 2008.636 H

mere fri fortolkning med baggrund i formålstilkendegivelserne i lovens almindelige bemærkninger, *kan* de nævnte beslutninger være afgørelser i forvaltningslovens forstand. Således har den nuværende ombudsmand, dr. jur. Hans Gammeltoft-Hansen, argumenteret for at det afgørende er hvor *væsentligt* et indgreb beslutningen er udtryk for, mens dr.jur. Steen Rønsholdt tillægger det afgørende vægt i hvilket omfang adressaten har et særligt *behov* for at opnå forvaltningslovens partsrettigheder.

Med andre ord er forståelsen af forvaltningslovens afgørelsesbegreb af afgørende betydning for borgerens retsstilling i forhold til forvaltningen. Den betydelige uenighed i den juridiske teori der i de senere år har hersket om afgørelsesbegrebets indhold, har således – som det fremgår af de ovenstående praktiske eksempler – affødt en tilsvarende betydelig uklarhed om borgerens retsstilling i forhold til de beslutninger fra det offentliges side der ligger i det traditionelle afgørelsesbegrebs grænseområde.

Det er dette forhold der er anledningen til dette speciale. Det centrale problem bliver herefter at afdække forvaltningslovens afgørelsesbegrebs nærmere indhold og undersøge hvilken definition af begrebet der bedst beskriver gældende ret. I erkendelse af at afgørelsesbegrebet principielt dækker over et utal af forskellige beslutningstyper inden for næsten lige så mange forskellige sagsområder, vil problemstillingen i dette speciale af pladsmæssige hensyn blive begrænset til en afklaring af afgørelsesbegrebets indhold i relation til to overordnede beslutningstyper, nemlig det offentliges personale-dispositioner og procesledende beslutninger. Som der vil blive argumenteret nærmere for i indledningen til afsnit 4.0., er det dog nærliggende at antage at forståelsen af afgørelsesbegrebets indhold i relation til netop disse beslutningstyper langt hen ad vejen vil kunne forklare praksis i relation til andre beslutningstyper.

Problemstillingen vil blive undersøgt gennem inddragelse og analyse af tre forskellige opfattelser af afgørelsesbegrebet: (1) Den traditionelle opfattelse, hvorefter afgørelsesbegrebet i det væsentligste er identisk med det klassiske forvaltningsaktsbegreb (det ”*traditionelle afgørelsesbegreb*”). (2) Hans Gammeltoft-Hansens opfattelse, hvorefter afgørelsesbegrebet må udvides udover det klassiske forvaltningsaktsbegreb ud fra et *væsentlighedskriterium* (det ”*udvidede afgørelsesbegreb*”), og (3) Steen Rønsholdts opfattelse, hvorefter en vurdering af borgerens *behov* for opnåelse af forvaltningslovens partsrettigheder i grænsetilfældene kan være afgørende for om en beslutning skal klassificeres som en afgørelse eller ej (det ”*behovsafgrænsede afgørelsesbegreb*”).

I afsnit 2.0. vil der – på baggrund af en grundig præsentation af de forskellige opfattelser – blive formuleret tre forskellige hypoteser om afgørelsesbegrebets indhold. I afsnit 3.0. vil de tre hypotesers teoretiske legitimitet blive testet i lyset af forvaltningslovens forarbejder og den almindelige retsudvikling. Der vil i dette afsnit blive argumenteret for at en syntese mellem det traditionelle og det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb (det *modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb*) umiddelbart har størst teoretisk legitimitet.

I afsnit 4.0. vil de i afsnit 2.0. formulerede hypoteser blive underkastet en empirisk analyse i forhold til rets- og ombudsmandspraksis. Afsnittets tyngdepunkt vil blive en analyse af hypotesernes forklaringskraft i relation til to

centrale højesteretsdomme fra 2008. På baggrund af denne analyse vil der blive taget stilling til i hvilket omfang ombudsmandens praksis kan antages at være i overensstemmelse med den af Højesteret anlagte linje.

På baggrund af analysen i afsnit 4.0. vil det i afsnit 5.0. blive konkluderet at hverken det traditionelle, det udvide- de eller det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb på tilfredsstillende vis kan forklare gældende ret som udtrykt ved de to domme fra Højesteret. Den bedste og teoretisk mest holdbare løsning udgøres derimod af det i afsnit 3.0. udviklede *modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb*, hvorefter personale- og procesledende beslutninger der i form og indhold minder om traditionelle afgørelser, efter en *kombineret væsentligheds- og behovsvurdering* i visse særligt kvali- ficerede situationer kan klassificeres som en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

2.0. TEORI

I det følgende vil den juridiske teoris forskellige opfattelser af afgørelsesbegrebets indhold blive præsenteret med henblik på (i afsnit 2.6.) at formulere tre forskellige hypoteser om afgørelsesbegrebets forståelse der senere vil blive gjort til genstand for empirisk analyse. Inden den nærmere præsentation af de forskellige opfattelser vil der dog i det næste afsnit 2.1. blive givet en overordnet beskrivelse af forvaltningslovens anvendelsesområde.

2.1. FORVALTNINGSLOVENS ANVENDELSESOMRÅDE

Ifølge forvaltningslovens § 1 gælder loven for alle dele af den offentlige forvaltning. Lovens § 2, stk. 1, begrænser dog loven til som hovedregel kun at gælde for sager hvori der er eller vil blive truffet en afgørelse af en forvalt- ningsmyndighed. Som undtagelse hertil finder kapitel 2 om speciel inhabilitet imidlertid også anvendelse for be- handlingen af sager om indgåelse af kontraktforhold og lignende privatretlige dispositioner, jf. § 2, stk. 2, og kapi- tel 8 og 8a om tavshedspligt gælder for al virksomhed der udøves inden for den offentlige forvaltning, jf. § 2, stk. 3. I øvrigt fremgår det af § 2 stk. 4, at vedkommende minister efter forhandling med justitsministeren kan fast- sætte regler om at lovens bestemmelser i øvrigt helt eller delvis skal gælde for anden forvaltningsvirksomhed end nævnt i stk. 1.

Afgørende for afgrænsningen af lovens anvendelsesområde bliver således dels forståelsen af ordet ”offentlig forvaltning” i § 1, dels forståelsen af ordet ”afgørelse” i lovens § 2, stk. 1. Som nævnt i indledningen i afsnit 1.0. er det alene forståelsen af ordet ”afgørelse” i § 2, stk. 1, der er genstand for analyse i dette speciale.

Et grundlæggende redskab til forståelsen af forvaltningslovens afgørelsesbegreb udgøres af de specielle bemærk- ninger til lovforslagets § 2. Af bemærkningerne til § 2 fremgår bl.a. følgende:

”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. Uden for lovens anvendelsesområde falder således navnlig den administrative sagsbehandling, der har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed, så som patient- og anden klientbehandling, undervisning og rådgivning. Denne virk- somhed tager nemlig ikke sigte på at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede enkeltpersoner. Det følger endvidere

af formuleringen 'truffet afgørelse', at loven kun omfatter sagsbehandlingen i forbindelse med udfærdigelsen af offentligretlige retsakter i modsætning til indgåelse af kontraktsforhold eller andre privatretlige dispositioner, jf. dog udvidelsen i stk. 2.”²

Ifølge bemærkningerne karakteriseres en afgørelse således som en udtalelse fra en forvaltningsmyndighed der har til formål enten at skabe eller konstatere ret i et foreliggende tilfælde. Herved afgrænses afgørelsesbegrebet i forhold til ”faktisk forvaltningsvirksomhed” hvis formål ikke er at skabe eller konstatere ret i forhold til borgerne, og privatretlige dispositioner hvor retsskabelsen forudsætter en kontraktspart (og dermed ikke som offentligretlige dispositioner er ensidigt fastlagt). På denne baggrund fastslår forarbejderne at loven som udgangspunkt gælder for sager om udfærdigelse af generelle retsakter (fx bekendtgørelser og visse planer) og sager om udfærdigelse af ”konkrete forvaltningsakter”.³

Idet mange af de rettigheder som forvaltningsloven udløser, forudsætter partsstatus, bliver det centrale anvendelsesområde for forvaltningsloven dog ifølge forarbejderne den administrative sagsbehandling i forbindelse med udstedelse af konkrete forvaltningsakter⁴. Spørgsmålet om afgørelsesbegrebets indhold bliver hermed ifølge de specielle bemærkninger i praksis til et spørgsmål om indholdet af begrebet ”konkret forvaltningsakt”

Afgørelsesbegrebets indhold bliver dog yderligere præciseret i de specielle bemærkninger til forvaltningslovens § 22. Ifølge lovens § 22 er det alene den skriftlige meddelelse af en *afgørelse* der skal ledsages af en begrundelse. Det præciseres i de specielle bemærkninger til § 22 at det ”således kun er afgørelsen af den pågældende sags realitet, der skal begrundes.”⁵ I forlængelse heraf undtager bemærkningerne udtrykkeligt procesledende beslutninger og andre dispositioner i forbindelse med tilrettelæggelsen af sagens behandling fra begrundelsespligten medmindre der for disse beslutninger er adgang til særskilt påklage, jf. således til eksempel § 16, stk. 4, om klage over afslag på aktindsigt. En afgørelse i forvaltningslovens forstand vedrører således efter forarbejderne som udgangspunkt alene den *endelige* fastlæggelse af hvad der i konkret tilfælde er eller skal være ret.

Da forarbejderne, som det ses, kobler forvaltningslovens afgørelsesbegreb til begrebet ”forvaltningsakt”, er en forståelse af forvaltningsaktsbegrebet tilsyneladende af afgørende betydning for forståelsen af det afgørelsesbegreb forarbejderne lægger til grund, og dermed for forståelsen af lovens anvendelsesområde i sin helhed. Dette begreb vil derfor blive analyseret i det følgende afsnit 2.2.

² Jf. Folketingstidende 1985-86, Tillæg A, sp. 116

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Folketingstidende 1985/86, Tillæg A, sp. 160

2.2. DET KLASSISKE FORVALTNINGSAKTSBEGREB

Det klassiske forvaltningsaktsbegreb blev introduceret i forvaltningsretten af Poul Andersen som i *Dansk Forvaltningsret* for så vidt angår de handlinger der udgør den offentlige forvaltning, opererede med de samme hovedsondringer som forvaltningslovens forarbejder.⁶ Den første sondring udgøres af den del af forvaltningens virksomhed hvis formål ikke er retsvirkninger. Som eksempler herpå nævnes bl.a. undervisning, postbesørgelse, vedligeholdelse og renholdelse af offentlige lokaliteter m.v. Uanset at sådanne handlinger ofte har retlig betydning, så er handlingernes *formål* fremkaldelse af ”faktiske” virkninger. Dette *formålskriterium* som afgrænsning imellem retsakter og faktisk forvaltningsvirksomhed svarer til den afgrænsning der foretages i de specielle bemærkninger til forvaltningsloven der som ovenfor anført taler om at faktisk forvaltningsvirksomhed i modsætning til retsakter ikke tager ”sigte på” at træffe retligt bindende afgørelser i forhold til de implicerede enkeltpersoner.

Ved siden af sådanne handlinger der har til formål at fremkalde ”faktiske” virkninger, udfærdiger forvaltningsmyndighederne ifølge Poul Andersen *retsakter* som han definerer som ”Udtalelser, hvis Formaal er at fremkalde abstrakte eller konkrete Retsvirkninger, der svarer til Udtalelsens indhold”⁷. Uden for begrebet retsakt falder udtalelser som blot giver udtryk for uforbindende krav eller en uforbindende opfattelse.

Poul Andersen udskiller ligesom forvaltningslovens forarbejder retsakterne i to hovedkategorier: privatretlige retsakter (fx kontraktsindgåelse) og retsakter af offentligretlig karakter. Blandt de sidstnævnte sondres yderligere imellem administrative *retsforskrifter* (generelle retsakter, anordninger) som fastsætter en generel ordning på samme måde som love, og *forvaltningsakter*. Forvaltningsakten adskiller sig ifølge Poul Andersen fra den administrative retsforskrift ved sit konkrete indhold og defineres som en offentlig myndigheds udtalelse af konkret indhold gående ud på at bestemme hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde.⁸ Definitionen af en forvaltningsakt er således nøjagtig den samme som definitionen af en ”afgørelse” i de specielle bemærkninger til forvaltningslovens § 2. At udtalelsen skal have et konkret indhold indebærer at udtalelsen i modsætning til en generel retsforskrift retter sig mod en enkelt person eller bestemt flerhed af personer. Som eksempler på forvaltningsakter nævner Poul Andersen bl.a. meddelelse af næringsbrev, polititilladelse og -forbud, byggetilladelser, afskedigelser af tjenestemænd, m.v.

Sammenfattende kan det altså konkluderes at Poul Andersens forvaltningsaktsbegreb svarer ganske præcist til de specielle bemærkningers definition af afgørelsesbegrebet. Forvaltningsaktsbegrebet fastlægges ved hjælp af et

⁶Poul Andersen, s. 247 ff.

⁷ Ibid. s. 248

⁸Ibid. s. 249 f.

formålskriterium. Er formålet med en myndigheds beslutning at konstatere hvad der i et foreliggende tilfælde er eller skal være ret, udgør beslutningen en konkret forvaltningsakt. Er formålet omvendt først og fremmest fremkaldelse af faktiske virkninger, så er der tale om faktisk forvaltningsvirksomhed. Faktisk forvaltningsvirksomhed bliver herefter en residualkategori omfattende et væld af forskelligartede forvaltningsbeslutninger der alle har det tilfældes at de ikke først og fremmest har et retligt men derimod et faktisk formål.

En sådan opdeling af forvaltningens virksomhed i en retlig og en faktisk del virker logisk og sammenhængende. I praksis har det dog voldt betydelige problemer entydigt at kategorisere visse beslutningstyper som enten den ene eller anden virksomhedstype. Da forvaltningsaktsbegrebet som nævnt i forarbejderne er koblet til forvaltningslovens afgørelsesbegreb, spilder disse problemer over i spørgsmålet om hvilke forvaltningsbeslutninger der er afgørelser i forvaltningslovens forstand. I de følgende afsnit 2.3., 2.4. og 2.5. vil den juridiske teoris forskellige løsninger på dette afgrænsningsproblem blive gennemgået.

Den overordnede skillelinje mellem de forskellige løsninger udgøres af den grad til hvilken man gennem fortolkning fraviger den binding mellem afgørelses- og forvaltningsaktsbegrebet der udtrykkes i de specielle bemærkninger til forvaltningslovens § 2, stk. 1. På baggrund af denne skillelinje vil der i det følgende blive sondret imellem en *traditionel afgrænsning* af afgørelsesbegrebet, et *udvidet* afgørelsesbegreb, og et *behovsafgrænset* afgørelsesbegreb. Den traditionelle afgrænsning kendetegnes ved en stærk binding til det traditionelle forvaltningsaktsbegreb som udtrykt i de specielle forarbejder til forvaltningsloven. Det udvidede afgørelsesbegreb er derimod udtryk for en grundlæggende redefinering af afgørelsesbegrebet der legitimeres under henvisning til formålstilkendegivelserne i de almindelige bemærkninger til forvaltningsloven. Midt imellem disse to afgrænsninger står hvad man kan kalde det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb, hvor det traditionelle forvaltningsaktsbegreb ligeledes under henvisning til de almindelige bemærkninger suppleres med et behovskriterium, dvs. med en vurdering af borgernes behov for at opnå de rettigheder som forvaltningsloven indebærer.

2.3.DEN TRADITIONELLE AFGRÆNSNING AF AFGØRELSESBEGREBET

Som nævnt holder den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet sig tæt til de specielle bemærkninger til forvaltningslovens § 2, stk. 1, hvorefter en afgørelse i det væsentligste svarer til den klassiske forvaltningsakt⁹. Der må således i almindelighed lægges vægt på om en myndighedsbeslutning ”*overvejende er af retlig karakter – altså har som sit hovedformål at fastlægge hvad der er eller skal vær ret i en bestemt situation.*”¹⁰ I denne udtalelse anes tydeligt afgørelsesbegrebets sammenhæng med Poul Andersens forvaltningsaktsbegreb idet afgrænsningskriteriet bliver beslutningens *formål*. I udtalelsen ligger dog også implicit en erkendelse af at ikke al forvaltningsvirksomhed med

⁹ Jf. Garde, m.fl., s. 14

¹⁰ Vogter, s. 117

mening lader sig kategorisere entydigt efter dikotomien retligt formål/faktisk formål, jf. udtrykkene ”overvejende af retlig karakter” og ”hovedformål”. Afgørende for om en beslutning kan karakteriseres som en afgørelse, bliver således ikke om beslutningen kan kategoriseres efter det ene eller det andet formål, men hvilket formål der konkret har vejet tungest ved beslutningens udstedelse. Denne relativisering af forvaltningsaktsbegrebet skaber en større grad af smidighed og dermed en større forklaringskraft end den dikotomisering af forvaltningsvirksomheden som det klassiske forvaltningsaktsbegreb ellers lægger op til, ligesom begrebet i langt højere grad kommer til at spejle den praktiske virkelighed. Den større forklaringskraft sker dog på bekostning af begrebets entydighed. Den tilføjede relativitet skaber en større grad af vaghed og dermed en tilsvarende mindre grad af forudsigelighed ved kriteriets anvendelse.

Denne større grad af vaghed medfører at der kan forekomme tvivlstilfælde, dvs. tilfælde hvor man ikke entydigt kan fastlægge om en beslutnings formål hovedsageligt er retligt eller faktisk. I sådanne tilfælde kan formålskriteriet efter omstændighederne suppleres med en vurdering af den pågældende beslutnings *væsentlighed* for den berørte borger. Hvis der fortsat er tvivl, kan der tillige lægges vægt på den pågældende borgers *reale behov* for i den konkrete situation at være omfattet af forvaltningslovens partsrettigheder¹¹.

2.4. DET UDVIDEDE AFGØRELSESBEGREB

Den sammenkobling af afgørelsesbegrebet og forvaltningsakten som forvaltningslovens forarbejder lægger op til, kritiseres af Hans Gammeltoft-Hansen i dennes ”*Forvaltningsret*”. Sammenkoblingen er ifølge Gammeltoft-Hansen især uheldig i forhold til afgrænsningen imellem afgørelser og faktisk forvaltningsvirksomhed samt inden for det personaleadministrative område.¹²

Sondringen imellem forvaltningsakter og faktisk forvaltningsvirksomhed er ifølge Gammeltoft-Hansen i en sådan grad præget af analytisk og praktisk uklarhed at dens praktiske anvendelse bliver problematisk. Således forekommer det i praksis alt for ofte vilkårligt om en myndighedshandling karakteriseres som en afgørelse eller som en faktisk handling. Som eksempler nævnes at beslutningen om optagelse på et plejehjem er en afgørelse, mens beslutningen om hvorvidt beboeren skal tildeles et mere eller mindre attraktivt værelse, ikke anses for en afgørelse. Ligeledes karakteriseres bortvisningen af en elev fra en skole som en afgørelse hvorimod en beslutning om elevens bortvisning fra en time opfattes som et led i den faktiske undervisningsvirksomhed. I sådanne og mangfoldige lignende tilfælde synes skillelinjen, ifølge Gammeltoft-Hansen, snarere at drages efter om myndighedsindgrebet er mere eller mindre væsentligt end efter hvorvidt der er tale om en bindende beslutning, en afgørelse.

¹¹ Jf. Garde, m.fl. s. 14

¹² Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 34 ff.

Roden til denne begrebmæssige uklarhed skal ifølge Gammeltoft-Hansen findes i forestillingen om at afgørelsesbegrebet, med visse mindre korrektioner, er knyttet til forvaltningsakten. Da den klassiske forståelse af forvaltningsakten er behæftet med analytisk og praktisk uklarhed, vil også forvaltningslovens afgørelsesbegreb ifølge Gammeltoft-Hansen være bundet af en sådan uklarhed.

2.4.1. NY SONDRING MELLEM RETLIG OG FAKTISK FORVALTNINGSVIRKSOMHED

Det grundlæggende problem med den klassiske forvaltningsakt som grundlag for afgørelsesbegrebet ligger ifølge Gammeltoft-Hansen i definitionen på en forvaltningsakt som værende en udtalelse om hvad der i et konkret tilfælde er eller skal være *ret*. Ved at føje ordet ”ret” ind i forhold til de øvrige elementer i definitionen på en forvaltningsakt skabes der ifølge forfatteren en afgørende uklarhed som får vidtrækkende konsekvenser for forståelsen og anvendelsen af forvaltningsaktsbegrebet og dermed for afgørelsesbegrebet. Ifølge forfatteren vil enhver handling fra forvaltningens side hvorved noget konsekvent bestemmes overfor en borger, altid være en ”retsakt”, og en retsakt vil have *et faktisk øjemed* forstået som en adfærdsdirektion, normalt i form af en pligt til at foretage handlinger eller iagttage undladelser.¹³

Begrebmæssigt er lærerens ordre til en skoleelev om at tilbringe resten af timen uden for døren således lige så meget en ”retsakt” som bortvisning af eleven for stedse. Materielt er der i begge situationer tale om offentlig myndighedsudøvelse i den forstand at der ensidigt fastsættes nogle rammer for borgerens handlemuligheder – forskellen, anfører Gammeltoft-Hansen, består alene i at indgrebet i det ene tilfælde er langt mere væsentligt for borgeren end i det andet tilfælde.

På denne baggrund argumenterer Gammeltoft-Hansen for at man ved fastlæggelsen af afgørelsesbegrebet må anlægge en anden grænse imellem ”retsakter” og ”faktiske handlinger” end hidtil. Retsaktsbegrebet må udvides til at omfatte ”*alt hvad en offentlig myndighed (og berunder en forvaltningsperson) ensidigt tilkendegiver med bindende virkning for borgeren.*”¹⁴ Uden for denne definition opstår to residualgrupper. Den ene gruppe udgøres af de handlinger der indgår i et sagsforløb som munder ud i (eller vil kunne munde ud i) retsakter (indstillinger, forhåndstilkendegivelser, processuelle beslutninger vedrørende sagsbehandlingen, etc.). Den anden residualgruppe udgøres af den faktiske forvaltningsvirksomhed som herefter omfatter en bred vifte af offentlige aktiviteter som fx bygge- og anlægsvirksomhed, rengøring, undervisning, etc. Det karakteristiske for den faktiske virksomhed som residualgruppe er at der for så vidt angår denne virksomhed, ikke er tale om handlinger hvorved noget bestemmes

¹³ Ibid. s. 35

¹⁴ Ibid s. 35-36

med bindende virkning overfor borgerne (retsakter), eller om tilkendegivelser mv. til forberedelse heraf (procesbeslutninger og indstillinger mv.).

Den udvidede definition af begrebet retsakt er imidlertid ikke i sig tilstrækkelig til en fastlæggelse af indholdet af forvaltningslovens afgørelsesbegreb. Idet forvaltningslovens afgørelsesbegreb åbner for anvendelsen af forvaltningslovens regler og beføjelser, må dette begreb ifølge Gammeltoft-Hansen nødvendigvis være snævrere end retsaktbegrebet. Den eneste meningsfulde og holdbare måde at forklare det forhold at en beslutning om at sætte en elev uden for døren ikke er afgørelse, medens en bortvisningsbeslutning omvendt er en afgørelse, er ifølge forfatteren at bortvisningsbeslutningen har langt mere indgribende betydning for eleven end beslutningen om at eleven skal sendes uden for klasselokalet. Han argumenterer herefter for at afgørelsesbegrebets indhold kan fastlægges ved at supplere retsaktbegrebet med et væsentlighedskriterium.¹⁵

2.4.2. VÆSENTLIGHEDSKRITERIET

Under henvisning til de almindelige bemærkninger til forvaltningsloven anfører Gammeltoft-Hansen at det ”væsentligste”¹⁶ blandt de overordnede formål med loven er at ”sikre, at den enkelte borger kan få indflydelse på de beslutningsprocesser, der vedrører den pågældendes egne forhold, og forøge den enkeltes mulighed for at forstå indholdet af de trufne afgørelser og baggrunden herfor.”¹⁷ Gammeltoft-Hansen medgiver at det givet ikke har været hensigten at forvaltningsloven skulle finde anvendelse i en hvilken som helst situation hvor forvaltningen træffer beslutninger i forhold til borgerne, men kun sådanne hvor beslutningen vedrører forhold af en vis væsentlighed. Denne væsentlighedsbetingelse finder Gammeltoft-Hansen indirekte udtrykt i forarbejderne derved at man har undtaget faktisk forvaltningsvirksomhed, idet mange af de retsakter (som defineret i afsnit 2.4.1.) der træffes i forbindelse med borgerrettet faktisk forvaltningsvirksomhed, netop er af mindre indgribende betydning.¹⁸ Han henviser herudover til at der i forvaltningens egen og prøvelsesorganernes praksis næppe heller er tvivl om at væsentlighedsbetingelsen spiller en rolle i de tilfælde hvor der har kunnet herske tvivl om hvorvidt en given beslutning er en afgørelse eller ej.

¹⁵ Ibid s. 37ff.

¹⁶ Ibid. s. 37

¹⁷ Jf. Folketingstidende 1985-86, tillæg A, sp. 76

¹⁸ Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl. s. 37

Herefter kan afgørelsesbegrebet defineres som en *”offentlig myndigheds ensidige og for borgerne bindende tilkendegivelse [en ”retsakt”] af væsentlig betydning for de berørte medmindre andet fremgår af eller forudsættes ved særlige lovbestemmelser.”*¹⁹ Af pædagogiske årsager vil dette afgørelsesbegreb i det følgende blive henvist til som *”det udvidede afgørelsesbegreb”*²⁰ som modsætning til det *”traditionelle afgørelsesbegreb”* karakteriseret i forarbejderne og den traditionelle forvaltningsretlige litteratur, jf. afsnit 2.3.

2.4.3. DEN METODISKE ARGUMENTATION

Gammeltoft-Hansen medgiver at der analytisk set er forskelle imellem det udvidede afgørelsesbegreb og forarbejdernes karakteristik af afgørelsesbegrebet; først og fremmest væsentlighedskriteriets afløsning af sondringen faktisk contra retlig virksomhed, og at der metodisk kan stilles spørgsmålstegn herved. Han påpeger imidlertid dels at den praktiske rækkevidde af forskellene er begrænset, dels at det – hvis man går ud fra at lovgivers forudsætninger næppe er af begrebsmæssig art men snarere rettet mod forvaltningslovens konsekvenser – netop er begrænsningen i den praktiske virkning der er af afgørende betydning.²¹ Herudover anføres det at det af forvaltningslovens forarbejder klart fremgår at principperne om god forvaltningsskik forudsættes opretholdt og videreudviklet herunder at lade partsbeføjelser svarende til forvaltningslovens finde tilsvarende anvendelse uden for lovens anvendelsesområde²². Denne forudsatte fortsatte dynamik i retsanvendelsen svækker ifølge Gammeltoft-Hansen til en vis grad forestillingen om en statisk lovgiverforudsætning vedrørende forvaltningslovens virkninger og ressourcemæssige konsekvenser. Endelig anføres det at det forhold at lovforslagsbemærkningerne for så vidt angår bl.a. afgørelsesbegrebet knytter sig ganske nøje til den retsvidenskabelige litteratur, næppe indebærer at man binder sig til det stede den retsvidenskabelige begrebsbestemmelse da befinder sig på. I hvert fald ikke medmindre der foreligger særlige holdepunkter for den modsatte opfattelse. Sker der en videreudvikling af den retsvidenskabelige analyse og begrebsafklaring, vil lovforslagsbemærkningerne således ikke i sig selv afskære at dette får betydning for lovbestemmelsernes fortolkning.²³

¹⁹ Ibid s. 43

²⁰ For en udførlig kritik af Gammeltoft-Hansens udvidede afgørelsesbegreb, se Jens Peter Christensen i UfR B. 2003.230/2

²¹ Gammeltoft-Hansen m.fl. s. 39f.

²² jf. Folketingstidende 1985-86, tillæg A, sp. 78f.

²³ Gammeltoft-Hansen m.fl. s. 39f.

2.5. BEHOVSFORTOLKNINGEN – EN MELLEMFORM

Gammeltoft-Hansens argument om at det traditionelle forvaltningsaktsbegreb er et utilstrækkeligt redskab til afgrænsning af afgørelsesbegrebet, får i nogen grad støtte af Steen Rønsholdt i dennes *Forvaltningsret, Retssikkerhed, Proces, Sagsbehandling* (2006). Således anfører Rønsholdt at den traditionelle afgrænsning af faktisk forvaltningsvirksomhed som et residualbegreb i forhold til den klassiske forvaltningsakt (som forvaltningslovens specielle forarbejder er udtryk for) udgør en overordentlig grov opdeling af forvaltningens virksomhedsområde. Dette illustreres eksempelvis ved at begrebet faktisk forvaltningsvirksomhed ikke blot omfatter fysiske faktiske ydelser og aktiviteter som fx undervisning, ældrepleje, transport, etc. Begrebet omfatter tillige beslutninger af mere retlig karakter som fx udarbejdelse af indstillinger, tjenestebefalinger, m.v. Det er ifølge Rønsholdt i forhold til sådanne *afgørelseslignende* beslutninger at spørgsmålet om afgrænsningen af forvaltningslovens afgørelsesbegreb presser sig på²⁴.

Ved denne afgrænsning må man ifølge Rønsholdt have sig for øje at forvaltningsloven regulerer behandlingen af sager med det formål at sikre lovligheden og rigtigheden af de beslutninger som denne sagsbehandling resulterer i. Hvor forvaltningens virksomhed ikke har karakter af *sagsbehandling*, kan der således ikke være tale om en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Usikkerheden melder sig først når virksomheden har karakter af sagsbehandling men hvor slutproduktet alene er en beslutning men ikke en afgørelse i traditionel forstand. Sådant virksomhed kan fx være en beslutning om hvad der skal undervises i og på hvilken måde, hvilken pleje eller omsorg der ydes, m.v. Sådanne beslutninger – der bliver til på baggrund af forudgående sagsbehandling – har ikke karakter af afgørelser i traditionel forstand idet de ikke går ud på at fastlægge hvad der er eller skal være ret. Alligevel, fremhæver Rønsholdt, *kan* der for den enkelte være knyttet så væsentlige og helt sammenlignelige retssikkerhedsinteresser til udførelsen af denne form for faktisk forvaltningsvirksomhed med tilhørende sagsbehandling og beslutning. Som eksempel nævnes at beslutning om fjernelse af et barn fra hjemmet har karakter af en afgørelse, medens en beslutning om arten af den behandling barnet skal have under sit institutionsophold, har karakter af faktisk forvaltningsvirksomhed. På denne baggrund anfører Rønsholdt at der klart kan være et *behov* for at udvide forvaltningslovens rækkevidde ud over området for det traditionelle afgørelsesbegreb.²⁵

En sådan udvidelse kan, ifølge Rønsholdt, til dels ses i lyset af den ”*bevægelse i retning af judicialisering eller retliggørelse, der kendetegner den almindelige samfunds- og retsudvikling*”²⁶, og at forvaltningsloven selv er udtryk for en sådan judicia-

²⁴Rønsholdt, , s. 100 f.

²⁵ Ibid., s. 103 f.

²⁶ Ibid., s. 105 – for en diskussion af betydningen af den stigende tendens til retliggørelse, se nedenfor i afsnit 3.3.

lisering²⁷. Under henvisning til forarbejdernes bemærkning om, at loven skal *”sikre, at den enkelte borger kan få indflydelse på de beslutningsprocesser, der vedrører pågældendes egne forhold og forøge den enkeltes mulighed for at forstå indholdet af de truffne afgørelser og baggrunden herfor”*²⁸, lægger han til grund at loven med forarbejder ikke afskærer en i hvert fald noget udvidet fortolkning. Følgelig kan lovens bestemmelser udstrækkes til forvaltningsvirksomhed som ikke ligger i kerneområdet af retsafgørelsesbegrebet, og den nærmere afgrænsning af bestemmelsens rækkevidde kan herefter ske med udgangspunkt i en formålsorienteret fortolkning med henblik på realisering af lovens formål som udtrykt i det ovenstående citat fra forarbejderne.²⁹ Rønsholdt henviser i denne forbindelse til FOB 1999.284 (s. 296) hvor ombudsmanden omtaler valget mellem to forskellige fortolkningsprincipper. Det ene princip lægger vægt på det traditionelle retsaktsbegreb, mens det andet princip lægger vægt på at *”lade forvaltningslovens regler finde anvendelse ved myndighedsudøvelse af besluttede karakter, dersom beslutningen er af en sådan art, at der for de berørte parter normalt vil bestå et væsentligt behov for at få tillagt lovens beføjelser, og disse beføjelser vil være egnede til at tilgodese borgernes interesser i henseende til at øve indflydelse på myndighedernes beslutningsprocesser”*.

Anvendelsen af denne formålsbestemte fortolkningsstil skal dog, ifølge Rønsholdt, ske under inddragelse af de væsentlige modhensyn som i det konkrete tilfælde kan tale imod en udvidende afgrænsning af lovens anvendelsesområde. Som sådanne væsentlige modhensyn nævnes ressourcehensyn samt hensynet til andre borgeres interesser (fx i hurtig sagsbehandling, beskyttelse af følsomme, private oplysninger, etc.). Samlet set beror spørgsmålet om anvendelse af en udvidet fortolkning, ifølge Rønsholdt, på en konkret afvejning af hensyn/modhensyn og interesser i sagen, dog således at denne afvejning også omfatter de bredere ressourcehensyn i almindelighed, dvs. hensynet til smidig forvaltning.³⁰

Til illustration af anvendelsen af den formålsorienterede fortolkningsstil henviser Rønsholdt til FOB 1993.315 der vedrørte spørgsmålet om karaktergivning er en afgørelse i forvaltningslovens forstand. I sagen udtalte ombudsmanden at eksamensafholdelse og –bedømmelse på den ene side normalt er et led i et samlet undervisningsforløb, mens den på den anden side har væsentlige ligheder med sædvanlige forvaltningsafgørelser. Da forarbejderne ifølge ombudsmanden ikke indeholdt et klart svar på dette spørgsmål, måtte det efter ombudsmandens opfattelse besvares under inddragelse af reale hensyn. I denne forbindelse lagde ombudsmanden bl.a. vægt på at den studerende åbenbart kunne have et behov for gennem aktindsigt at gøre sig bekendt med grundlaget for bedømmelsen. Reglerne om partshøring ville normalt hverken være en byrde for forvaltningen eller en særlig

²⁷ Ibid.

²⁸ Folketingstidende 1985/86, Tillæg A, sp. 115

²⁹ Rønsholdt, s. 106.

³⁰ Ibid. s. 107

fordel for eksaminanten idet denne normalt måtte forudsættes at være bekendt med det faktiske grundlag for vurderingen. Reglerne om klagevejledning ville også ganske let kunne opfyldes af forvaltningen uden brug af nævneværdige ressourcer. Anvendelsen af reglerne om begrundelse i FVL §§ 22-24 ville derimod medføre væsentlige, ressourcekrævende foranstaltninger ligesom det kunne blive vanskeligt at vurdere hvornår eksaminanten ikke havde fået ”fuldt ud medhold” og følgelig ville have krav på begrundelse. På baggrund af denne afvejning konkluderede ombudsmanden at det ikke uden videre kunne fastslås at beslutninger om eksamenskarakterer var afgørelser i forvaltningslovens forstand.

Sammenfattende repræsenterer Rønsholdt således en opfattelse af afgørelsesbegrebet der er væsentligt mindre vidtgående end Gammeltoft-Hansens. Udgangspunktet for fortolkningen af afgørelsesbegrebet er – i hvert fald for så vidt angår procesledende og andre beslutninger med forudgående sagsbehandling der minder om traditionelle afgørelser – en formålsbestemt fortolkningsstil med vægt på borgerens behov for at opnå de rettigheder forvaltningsloven indeholder. I vurderingen skal der dog – som eksemplificeret i FOB 1993.315 – altid inddrages evt. modhensyn herunder hensynet til de yderligere ressourcemæssige omkostninger som anvendelsen af forvaltningsloven indebærer for forvaltningen.

2.6. SAMMENFATNING OG FREMSÆTTELSE AF HYPOTESER

På baggrund af de ovenfor anførte forskellige teoretiske afgrænsninger af afgørelsesbegrebet kan der opstilles følgende hypoteser:

- a) Den traditionelle afgrænsning: Kun hvis en beslutning har som sit hovedformål at fastlægge hvad der er eller skal være ret i et konkret tilfælde, er der tale om en afgørelse. I tvivlstilfælde kan der lægges vægt på beslutningens væsentlighed og ved fortsat tvivl på borgerens behov for opnåelse af forvaltningslovens partsrettigheder.
- b) Det udvidede afgørelsesbegreb: Hvis en beslutning er udtryk for en offentlig myndigheds ensidige og for borgerne bindende tilkendegivelse [en ”retsakt”] af væsentlig betydning for de berørte, er der tale om en afgørelse (medmindre andet fremgår af eller forudsættes ved særlige lovbestemmelser).
- c) Det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb: Har en beslutning som hovedformål i et konkret tilfælde at fastlægge hvad der er eller skal være ret, er der tale om en afgørelse. En beslutning der i form og tilblivelse minder om en traditionel forvaltningsakt men ikke konkret fastlægger hvad der er eller skal være ret, er en afgørelse *hvis* borgerens behov for opnåelse af forvaltningslovens partsrettigheder *konkret* vejer tungere end hensynet til smidig/effektiv forvaltning.

De fremsatte hypoteser vil blive testet empirisk i afsnit 4.0. Som det anes af deres formulering, er hypoteserne imidlertid så fleksible at de hver især kan forklare ganske mange praktiske eksempler. Risikoen ved alene at foretage en empirisk test af hypoteserne er således at de – netop på grund af deres smidighed – ikke med sikkerhed vil kunne afvises som forklaring på et givent resultat i praksis. Ved valget mellem to eller flere hypoteser der hver

især kan forklare en given beslutnings klassifikation som enten en afgørelse eller ikke-afgørelse, må det afgørende kriterium være den enkelte hypoteses teoretiske legitimitet. Inden den empiriske test af hypoteserne vil der derfor i det følgende afsnit 3.0. blive foretaget en analyse af hypotesernes teoretiske legitimitet i lyset af forvaltningslovens forarbejder.

Der vil i analysen blive argumenteret for at en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet i nogen grad kan legitimeres i forarbejderne, men at en syntese mellem den traditionelle og den behovsorienterede tilgang udgør den fortolkningsmæssigt mest holdbare måde at afgrænse afgørelsesbegrebet på.

3.0. DISKUSSION AF MULIGHEDERNE FOR EN UDVIDENDE FORTOLKNING AF AFGØRELSESBEGREBET

Som det fremgår af det ovenstående, beror den juridiske teori uenighed om afgørelsesbegrebets rækkevidde på forskellige fortolkninger af bl.a. forvaltningslovens forarbejder. I dette afsnit vil de teoretiske muligheder for en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet blive behandlet. Dette vil først og fremmest ske gennem en analyse af de almindelige bemærkninger til forvaltningsloven, men også den generelle udvikling i den retlige regulering af samfundet vil blive inddraget til at belyse det aktuelle behov for en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet.

3.1. FORVALTNINGSLOVENS ALMINDELIGE BEMÆRKNINGER

Såvel Hans Gammeltoft-Hansen som Steen Rønsholdt legitimerer en udvidende fortolkning ved at henvise til formålstilkendegivelsen i de almindelige bemærkninger til forvaltningsloven. Spørgsmålet er imidlertid hvor langt man på baggrund af disse almindelige bemærkninger kan legitimere at udvide afgørelsesbegrebet i forhold til udgangspunktet i de specielle bemærkninger. Det afsnit hvorfra det nævnte citat er taget, lyder i sin helhed således:

”1. Formålet med lovforslaget er at gennemføre en samlet lovfæstelse af de væsentligste rettigheder og beføjelser, der tilkommer den, der er part i en forvaltningssag. Gennemførelsen af lovforslaget skal medvirke til at forbedre sagsbehandlingen i den offentlige forvaltning og dermed øge sikkerheden for, at myndighedernes afgørelser bliver lovlige og rigtige. Lovforslaget skal endvidere sikre, at den enkelte borger kan få indflydelse på de beslutningsprocesser, der vedrører den pågældendes egne forhold, og forøge den enkeltes mulighed for at forstå indholdet af de trufne afgørelser og baggrunden herfor.

2. For at opfylde de krav der i et moderne samfund stilles til regulering af forskellige områder, har lovgivningsmagten på en lang række områder tillagt den offentlige forvaltning beføjelser til at træffe afgørelser, der ofte er af vidtrækkende betydning for de enkelte borgere og erhvervsvirksomheder.

Denne udvikling har medført behov for gennemførelse af en lovmæssig regulering med henblik på at forbedre sagsbehandlingen i den offentlige forvaltning og sikre den enkeltes retsstilling i forhold til den offentlige forvaltning.”³¹

Det fremgår af det citerede at den del af de almindelige bemærkninger som såvel Hans Gammeltoft-Hansen som Steen Rønsholdt lægger vægt på (3. pkt. i citatet), netop henviser til behovet for at den enkelte borger kan forstå indholdet af de trufne *afgørelser*. Når man i denne sammenhæng netop har valgt ordet ”afgørelser”, er det nærliggende at spørge om det er rimeligt at forstå ordet som synonym for en enhver forvaltningsbeslutning af bestemmende art og dermed i en anden forståelse end den der angivet i de specielle bemærkninger? Også citatets 2. pkt. anvender ordet *afgørelser*, idet det anføres at loven skal øge sikkerheden for at disse bliver lovlige og rigtige.

Det afgørende led i citatet bliver således udtalelsen om at lovforslaget skal sikre at den enkelte borger kan få indflydelse på de beslutningsprocesser der vedrører den pågældendes egne forhold. Dette led taler med nogen styrke for i hvert fald Rønsholdts synspunkt om muligheden for at anlægge en udvidende, behovsorienteret fortolkning i hvert fald så vidt angår beslutninger der træffes efter en forudgående sagsbehandling (jf. formuleringen ”*beslutningsprocesser*”).

Som det vil blive fremhævet i det følgende, indeholder forarbejderne en række andre fortolkningsmomenter der begrænser mulighederne for en udvidet fortolkning. En vurdering af en forvaltningsbeslutning i forhold til afgørelsesbegrebet bør således ikke alene foretages på baggrund af det i citatet anførte men under inddragelse af og afvejning overfor de øvrige fortolkningsmomenter som forvaltningslovens forarbejder indeholder.

Her kan bl.a. nævnes at citatets 4. og 5. pkt. i nogen grad synes at begrænse lovgiverforudsætningerne (og dermed mulighederne) for en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet. Også her anvendes udtrykket ”*afgørelser*”, og der henvises i den forbindelse til den udvidelse af den offentlige forvaltnings beføjelser til at træffe afgørelser af ”vidtrækkende” betydning for borgere og erhvervsvirksomheder der er en konsekvens af samfundsudviklingen. Det er med andre ord forvaltningens øgede regulering af borgernes forhold og den mere ”vidtrækkende” karakter af de hermed forbundne forvaltningsafgørelser der har afstedkommet et behov for en regulering i forvaltningsloven. Det er mest nærliggende at antage at man her har tænkt på forvaltningens øgede muligheder for (med hjemmel i bl.a. miljø- og anden reguleringslovgivning) at påvirke borgernes retsforhold gennem fx påbud og forbud, og at ordet ”vidtrækkende” må ses i lyset heraf. Når det netop er denne udvikling i den *retlige* regulering af borgernes forhold der har medført behovet for forvaltningsloven, synes det nærliggende at antage at man i de almindelige bemærkninger har anvendt ordet ”afgørelse” i samme betydning som i de specielle bemærkninger, nemlig som forvaltningens fastlæggelse af hvad der (i et konkret tilfælde) er eller skal være *ret*.

³¹ Folketingstidende 1985-86, Tillæg A, sp. 76-77.

Herudover fremgår det af citatet at loven alene skal ”medvirke” til at forbedre den offentlige sagsbehandling. Dette ord indikerer hvad der efterfølgende udtrykkeligt fastslås i de almindelige bemærkninger, nemlig at loven ikke var tænkt som en udtømmende regulering af borgernes rettigheder i forhold til forvaltningen men som en lovfæstelse af mindstekravene vedrørende de mest centrale og grundlæggende rettigheder som bør tilkomme den der bliver part i en forvaltningssag.³² Dette skyldes at hensynet til at sikre en udtømmende regulering i en generel forvaltningslov ikke i alle tilfælde kan opveje de fordele ”der består i, at der på særlige forvaltningsområder indføres yderligere retssikkerhedsgarantier vedrørende sagsbehandlingen, eller at reglerne på områder, hvor forholdene og administrative hensyn gør det påkrævet, udformes på en særlig måde.”³³ Med andre ord var det forudsat at hvis der på konkrete områder var et særligt behov for videre beskyttelse end den der blev sikret ved forvaltningsloven, så skulle dette ske ved speciallovgivning.

Denne forudsætning om udvikling via specialregulering fremgår tillige relativt klart af forvaltningslovens § 2, stk. 4, der netop giver vedkommende minister mulighed for efter forhandling med Justitsministeren at bestemme at forvaltningslovens bestemmelser helt eller delvis skal gælde for anden forvaltningsvirksomhed end afgørelsesvirksomhed. I øvrigt fremhæver Justitsministeriet i de almindelige bemærkninger at valget af emner der reguleres i forvaltningsloven, ikke er noget statisk. Justitsministeriet ville således løbende overveje om der skulle vise sig yderligere forvaltningsretlige regler der er af en sådan karakter, at de bør optages i en generel forvaltningslov.³⁴ Disse forhold indskrænker *behøvet* for en udvidende fortolkning af lovens anvendelsesområde idet det klart var forudsat at loven suppleredes med speciallovgivning og bekendtgørelser og løbende ville være under overvejelse af Justitsministeriet.

3.2. BEGRUNDELSBETÆNKNINGEN

Antagelsen om at forarbejderne kun i ringe grad støtter en udvidende, dynamisk fortolkning af afgørelsesbegrebet, støttes desuden i høj grad af det forhold at det i de almindelige bemærkninger anføres at lovforslaget var udarbejdet på grundlag af bl.a. Betænkning 657/1972 om begrundelse af forvaltningsafgørelser og administrativ rekurs³⁵ (*”begrundelsesbetænkningen”*). I betænkningen overvejedes bl.a. spørgsmålet om i hvilket omfang og i hvilken form forvaltningens afgørelser skulle være ledsaget af en begrundelse.

³² Jf. Folketingstidende 1985/86, Tillæg A, sp. 78

³³ Ibid.

³⁴ Folketingstidende 1985/86, Tillæg A, sp. 81

³⁵ Ibid.

Udvalget overvejede bl.a. mulighederne for en *almindelig* begrundelsespligt for forvaltningen men fandt at en sådan regel i givet fald måtte formuleres meget vagt og ubestemt og derfor i praksis ville volde administrationsmæssige problemer. En sådan regel ville desuden kun i ringe omfang være til vejledning for domstole og andre instanser som kontrollerer forvaltningsprocessen. Der skulle efter udvalgets opfattelse meget vægtige grunde til at vælge sådanne vage lovbestemmelser.³⁶ En tilsvarende opfattelse fremgår af de almindelige bemærkninger til forvaltningsloven hvori det fremhæves ”at der *nappe opnås fordele ved at lønfæste sagsbehandlingsprincipper, der alene kan formuleres i brede målsætninger af mere upræcis karakter.*”³⁷ Det anførtes bl.a. at sådanne upræcise forskrifter ville kunne give anledning til ”*betydelige problemer for forvaltningen og de myndigheder, der udøver kontrol med forvaltningen.*”³⁸

Selvom det anførte om upræcise bestemmelser umiddelbart vedrører karakteren af lovens rettigheder og ikke kriterierne for lovens afgrænsning, så spilder problemstillingen dog over i afgrænsningsproblematikken. I Betynkning 1972/657 drog man således den slutning at det ville være muligt at formulere nogenlunde præcise regler om begrundelse ”*ved at formulere reglerne med bestemte sagsområder eller afgørelsestyper for øje. Den nødvendige afvejning mellem forskellige hensyn og dermed udformningen af undtagelser fra begrundelsesreglen og bestemmelsen om begrundelsesform og – indhold vil væsentligt lettere kunne formuleres, hvis reglerne har et snævrere sagsområde for øje.*”³⁹ For at kunne formulere præcise regler om lovens (parts-)rettigheder var det altså nødvendigt at begrænse de afgørelsestyper som skulle omfattes af den påtænkte begrundelsespligt. På denne baggrund var det udvalgets indstilling at ”*Kun i de tilfælde, hvor det offentlige træffer beslutninger af retligt forbindende karakter – forvaltningsakter -, der afgør sagen i denne instans, synes det rimeligt at opstille en begrundelsesforskrift.*”⁴⁰ Man valgte således – ligesom i de specielle bemærkninger til forvaltningsloven – udtrykkeligt at knytte afgørelsesbegrebet til begrebet forvaltningsakt. Om afgrænsningen af dette begreb i forhold til andre forvaltningsbeslutninger i sagsforløbet anførte udvalget følgende:

”*Afgrænsningen mellem de endelige retsforbindende afgørelser, der omfattes af begrundelsesreglen og andre kategorier: myndighedernes uforbindende udtalelser, procesforberedende skridt eller andre udtalelser, der indgår i sagsforberedelsen, kan være meget vanskelig. Udgangspunktet bør være, at den almindelige begrundelsespligt kun bør gælde i de utvilsomme tilfælde. Hensynene for og imod begrundelse på grænseområderne er så komplicerede, at afvejningen bør overlades til speciallovgivningen.*”⁴¹

³⁶ Bet. 657/1972, s. 34

³⁷ jf. Folketingstidende 1985-1986, Tillæg A, spalte 78

³⁸ Ibid.

³⁹ Bet. 657/1972 s. 35

⁴⁰ Bet. 657/1972 s. 40

⁴¹ Ibid.

Betænkningen udtrykker klart baggrunden for valget af afgørelsesbegrebet som kriterium for afgrænsningen af lovens anvendelsesområde. Valget var udtryk for et nøje afbalanceret kompromis mellem på den ene side systemhensynet (hensynet til effektiv forvaltning) og på den anden side retssikkerhedshensynet der som udgangspunkt skulle gælde for *hele* forvaltningens virksomhed. Var der på specielle forvaltningsområder særlige hensyn at tage til fx det ene af disse hensyn, skulle dette hensyn tilgodeses ikke ved ”dynamisk fortolkning” men ved lovgivningsmagtens mellemkomst. Som nævnt anes denne forudsætning ligeledes i forvaltningslovens § 2, stk. 4, hvor lovgivningsmagten har givet vedkommende minister mulighed for på specielle områder at *udvide* loven til også at omfatte anden forvaltningsvirksomhed end afgørelsesvirksomhed.

I de specielle bemærkninger begrundes man det forhold at forslaget til forvaltningsloven afgrænses snævrere end forslaget til offentlighedsloven, med at bl.a. reglerne om forudgående partshøring ikke med mening lader sig udstrække til alle dele af forvaltningens virksomhed, og at det samme i al væsentlighed gælder for reglerne om begrundelse. Der henvises i denne forbindelse netop til side 40 f. i Betænkningen 1972/657 hvorfra det ovenstående citat er taget. I forlængelse heraf tilføjes det at ”*Det anførte er baggrunden for, at lovforslagets § 2 indeholder en snævrere afgrænsning af anvendelsesområdet forvaltningslovens regler end den, der er foreslået i offentlighedsloven.*”⁴² Herved må forarbejderne i al væsentlighed antages at have tilsluttet sig betænkningssudvalgets indstilling for så vidt angår afgrænsningen af de sager som burde omfattes af begrundelsespligten.

I *Forvaltningsret* medgiver Gammeltoft-Hansen at hans væsentlighedskriterium åbenbart er ”vagt og standardpræget”.⁴³ Han forsvarer dette med at forvaltningsloven også andre steder opererer med vage og standardprægede begreber, fx ved afgrænsningen af lovens partsbegreb, hvorefter partsstatus forudsætter en væsentlig og individuel interesse. Han understreger herefter at der er forskel på den grundlæggende analytiske uklarhed som forvaltningsaktsbegrebet er forbundet med, og indholdsmæssig vaghed i udmøntningen.⁴⁴ Heri har Gammeltoft-Hansen ganske sikkert ret, men som det fremgår af Betænkning 657/1972, så var man ved valget af kriterierne for lovens afgrænsning særdeles opmærksom på muligheden for at formulere disse på en vag måde. Man afviste dog udtrykkeligt denne mulighed og valgte i stedet et mere præcist begreb. Man tillagde endog præcisions- og forudberegnelighedshensynet så stor vægt at man foreslog den hovedregel at begrundelsespligten kun skulle gælde i de utvivlsomme tilfælde. Som anført af Gammeltoft-Hansen⁴⁵ indebærer retsvidenskabelige begrebsbestemmelser i lovforarbejder næppe i almindelighed at man binder sig til netop det stede begrebsbestemmelsen da

⁴² Folketingstidende 1985/86, Tillæg A, sp. 115

⁴³ Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 43

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Gammeltoft-Hansen m.fl. ”*Forvaltningsret*”, s. 40

befinder sig på, medmindre der er særlige holdepunkter herfor. Som det ses var afgørelsesbegrebet dog nøje udvalgt netop på grund af den særlige forståelse af forvaltningsaktsbegrebet, og der må med forarbejdernes udtrykkelige henvisning til grundlovsbetænkningens side 40 siges at være netop et sådant ”særligt holdepunkt” for at antage at lovgiver har bundet sig til begrebet i dens datidige forståelse. Set i dette lys synes Gammeltoft-Hansens omkalfatring af afgørelsesbegrebet til et mere vagt kriterium ikke at være i overensstemmelse med den ånd hvori begrebet blev formuleret.

Også muligheden for en udvidende fortolkning under henvisning til borgernes behov synes begrænset af det ovenstående citat fra grundlovsbetænkningen om end det ingenlunde ganske udelukker en sådan fortolkning. Citatet udtrykker at *udgangspunktet i tvivlsfælde* er at en beslutning ikke kategoriseres som en afgørelse. At man anvender netop ordet ”udgangspunkt” indikerer at der alene er tale om en (klar) hovedregel der konkret kan fraviges. Hvornår udgangspunktet kan fraviges, må afhænge af en konkret afvejning af de relevante hensyn henholdsvis for og imod at kategorisere en beslutning som en afgørelse. Betænkningen udtrykker klart at systemhensynet skal indgå i denne afvejning, og at hensynet på forhånd har et ”forspring” (skal indgå i vurderingen med en særlig vægt) derved at der er en formodning imod at kategorisere beslutningen som en afgørelse.

Et afgørende spørgsmål er herefter hvilke hensyn der konkret kan begrunde en fravigelse af dette udgangspunkt. En afgørende baggrund for lovens indførelse var den adgang forvaltningen på mange områder havde til træffe afgørelser af vidtrækkende betydning for borgerne. Dette forhold legitimerer klart en inddragelse af en beslutnings væsentlighed i vurderingen af om en beslutning i tvivlsfælde skal kategoriseres som en afgørelse eller ej. Som anført af såvel Rønsholdt som Gammeltoft-Hansen må tillige borgernes konkrete behov for at opnå forvaltningslovens partsrettigheder kunne inddrages i vurderingen da en del lovens formål som nævnt var at give borgeren indflydelse på de beslutningsprocesser der vedrører den pågældendes egne forhold. Såvel væsentligheds- som behovskriteriet må således anses for relevante og saglige hensyn for så vidt angår afgrænsningen af afgørelsesbegrebet.

En vurdering i tvivlstilfælde af på den ene side systemhensynet (hensynet til effektiv forvaltning) og på den anden side indgrebets væsentlighed og borgerens konkrete behov med et forspring til systemhensynet svarer ganske godt til den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet, jf. afsnit 2.4.

Omvendt kan Rønsholdts behovsafgrænsede afgørelsesbegreb ikke ganske afvises idet dennes teoretiske legitimation bl.a. afhænger af ”hvor stort” et forspring systemhensynet konkret skal tillægges, og med hvor stor vægt borgerens behov kan inddrages i afvejningen. Det er her værd at bemærke at Rønsholdt understreger at systemhensynet altid skal inddrages i afvejningen. En særlig vægtning af hensynet til borgerens behov kan desuden i et vist omfang stadig legitimeres dels i forarbejdernes almindelige formålstilkendegivelse og dels i at et sådan behov kan være øget siden lovens vedtagelse i takt med en stigende retliggørelse af samfundet. Dette sidstnævnte argument vil behandles i afsnit 3.3.

Idet begrundelsesudvalgets betænkning tilsyneladende udgør et stærkt argument imod en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet, er det dog nødvendigt først at diskutere betænkningens fortolkningsmæssige værdi.

3.2.1 BEGRUNDELSBETÆNKNINGENS FORTOLKNINGSMÆSSIGE VÆRDI

Der kan med rette stilles spørgsmålstegn ved hvilken vægt betænkningens udtalelse skal tillægges ved fortolkningen af *forvaltningslovens* afgørelsesbegreb. Således gik man med forvaltningsloven gik langt videre med begrundelseskravet end betænkningens flertal havde ønsket. Imod anbefalingerne i betænkningen lod man således begrundelseskravet fastsætte ved lov og indeholde krav om *samtidig* begrundelse hvor man i betænkningen kun havde ønsket at lade kravet fastsætte i cirkulærereform og i denne kun fastsætte regler om begrundelse *efter begæring*. Det oprindelige lovforslag fulgte betænkningens anbefaling om at begrundelse kun skulle meddeles efter begæring men dette blev ændret i forbindelse med den anden fremsættelse af lovforslaget i 1985 efter ønske fra Folketingets Retsudvalg. Den nuværende vidtrækkende formulering af begrundelseskravet kan således siges at have en særlig demokratisk baggrund som må tillægges en vis vægt i fortolkningsmæssig henseende.

At man fra lovgivers side har valgt at formulere begrundelseskravet videre end foreslået i betænkningen indebærer dog ikke at de heri anførte betænkeligheder vedrørende afgrænsningen af hvilke sagstyper der skulle omfattes af begrundelseskravet, har mindre vægt. Tværtimod må hensynet til en klar afgrænsning af de omfattede sagstyper veje særlig tungt, når lovgiver vælger at øge den administrative byrde som forvaltningen er pålagt i disse sagstyper. Man har da også i de almindelige bemærkninger citeret betænkningens udtalelse om at præcise regler om begrundelse kun kunne udformes med bestemte sagsområder eller afgørelsestyper for øje.⁴⁶ Man har i forvaltningsloven valgt at lade loven gælde for alle sagsområder (man undlod fx udtrykkeligt at undtage kommunalbestyrelses afgørelser fra lovens anvendelsesområde) og i stedet afgrænse efter afgørelsestypen – det i § 2 formulerede afgørelsesbegreb. Som baggrund for valget af denne afgrænsning af forvaltningslovens anvendelsesområde henvises der i de specielle bemærkninger som anført ovenfor udtrykkeligt til de bemærkninger der er anført på side 40f. i Betænkning 1972/567. Dette forhold cementerer betænkningens betydning som lovgiverforudsætning og dermed som redskab til fortolkning af afgørelsesbegrebet.

3.3. HAR SAMFUNDSUDVIKLINGEN MEDFØRT ET ØGET BEHOV FOR EN UDVIDENDE FORTOLKNING?

Som nævnt i afsnit 2.5. anfører Steen Rønsholdt at en udvidelse af forvaltningslovens afgørelsesbegreb begrundet i reale hensyn til dels skal ses i lyset af ”*den bevægelse i retning af judicialisering eller retliggørelse, som kendetegner den*

⁴⁶ Jf. Folketingstidende 1985/86, sp. 95-96

*almindelige samfundsudvikling.*⁴⁷ En udvikling som forvaltningsloven ifølge Rønsholdt selv er udtryk for. Udsagnet uddybes dog ikke nærmere, og det er således ikke ganske klart om der med udsagnet sigtes til at retliggørelsen af samfundet siden forvaltningslovens vedtagelse har nået et omfang som man ved lovens vedtagelse ikke havde kunnet forestille sig. Da baggrunden for udsagnet er at legitimere en fortolkning af afgørelsesbegrebet der tilsyneladende ligger ud over lovgiverforudsætningerne i de specielle bemærkninger, synes det oplagt at forstå udsagnet på denne måde. Er der ikke siden lovforslagets vedtagelse i december 1985 sket nogen væsentlig forandring i retliggørelsestendensen, er der vel heller ikke under henvisning hertil grundlag for en udvidende fortolkning. Det rækker ud over rammerne for dette speciale at foretage en indgående analyse af udviklingen i den retlige regulering af samfundet. Da spørgsmålet imidlertid er ganske relevant for muligheden for en udvidende fortolkning, vil der i det følgende blive givet en kortfattet redegørelse for udviklingen i den retlige regulering. Herved kan der dannes et groft billede af det legitime i at begrunde en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet med denne udvikling.

En behandling af retliggørelsen af samfundet er foretaget af Jørgen Dalberg-Larsen i *Lovene og Livet*. Denne definerer ordet *retliggørelse* som dels det forhold at stadig flere af borgernes livsområder underkastes en retlig regulering oftest ved hjælp af lovgivning, dels det forhold at lovgivningen på allerede regulerede områder bliver tættere.⁴⁸ Et mål herfor er bl.a. den årlige lovproduktion. Således blev der i 1875-1877 vedtaget gennemsnitligt 35 love pr. år, heraf 2 ændringslove. I årene 1950-55 lå gennemsnittet på 122 love pr. år (heraf 44 ændringslove, dvs. stadig under halvdelen). I årene 1975-84 fremkom der årligt 161 love i gennemsnit, herunder 110 ændringslove. Fra 1984-88 blev der vedtaget mellem 126 og 189 love årligt. Fra 1989/90 til 1996/97 steg antallet af vedtagne lovforslag med 50 årligt til knap 250 i 1996/97. Også antallet af bekendtgørelser er steget løbende. Fra 1980-1984 udstedtes der gennemsnitligt 460 bekendtgørelser pr. år mens tallet i 1995 lå på lidt under 900. Disse tal udtrykker ifølge Dalberg-Larsen en øget retliggørelse af samfundet⁴⁹ der som det fremgår af tallene tog sin begyndelse omkring midten af det 20. århundrede.

Det må således medgives Rønsholdt at tendensen til retliggørelse er taget til i styrke siden lovens vedtagelse. Omvendt er retliggørelsestendensen ikke et nyt fænomen og bestemt ikke ukendt på tidspunktet for lovens vedtagelse. Det fremgår da også af ovenstående citat ved note 31 at det netop var den øgede retliggørelse af samfundet der var en afgørende bevæggrund for lovens fremsættelse. Da man således fra lovgiverside var opmærksom på retliggørelsestendensen, må man antage at en udvidende fortolkning alene kan legitimeres under henvisning til væsentlige forandringer i denne tendens som lovgiver næppe kunne have forudsat ved lovens vedtagelse.

⁴⁷ Rønsholdt s. 105

⁴⁸ Dalberg-Larsen, s. 133

⁴⁹ Ibid

Der er på baggrund af de ovenstående data næppe sikre holdepunkter for at antage at der er sket *væsentlige* og *uforudsigelige* forandringer i retliggørelsestendensen, og en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet kan i hvert fald ikke legitimeres *alene* under henvisning til udviklingen i retliggørelsestendensen. Sammenfattende kan retliggørelsesargumentet således ikke afvises som værende ganske uden betydning for spørgsmålet om legitimiteten af en udvidende fortolkning af afgørelsesbegrebet, men argumentets vægt i forhold til de øvrige fortolkningsmomenter i forarbejderne er dog særdeles begrænset.

3.4. KONKLUSION.

Formålet med afsnit 3 var som nævnt at foretage en teoretisk vurdering af i hvilket omfang forvaltningslovens forarbejder og i de heri hvilende lovgiverforudsætninger legitimerer en fortolkning af afgørelsesbegrebet der rækker væsentligt videre end ordlyden af de specielle bemærkninger til lovens § 2, stk. 1.

For så vidt angår Gammeltoft-Hansens udvidede afgørelsesbegreb må det klart konkluderes at forarbejderne ikke levner plads til en så grundlæggende redefinerings af afgørelsesbegrebet som hans teori er udtryk for. De specielle bemærkninger til § 2, stk. 1's udtrykkelige henvisning til det i begrundelsesbetænkningen anførte vedrørende betydningen af anvendelsen af netop forvaltningsaktsbegrebet som afgrænsningskriterium må anses for en særlig lovgiverforudsætning for så vidt angår netop dette begreb. Der kan følgelig ikke være plads til at udskifte forvaltningsaktsbegrebet totalt med et kombineret retsakts-/væsentlighedsbegreb.

Det kan dog ikke afvises at de almindelige bemærkningers formålstillkendegivelse kombineret med formuleringen af begrundelsesbetænkningens konklusion for så vidt angår afgrænsningen af afgørelsesbegrebet, i nogen grad levner plads til en udvidende fortolkning på baggrund af en vurdering af borgerens behov for at opnå forvaltningslovens partsrettigheder. Baggrunden for forvaltningslovens fremsættelse og den stigende lovgivertendens i retning af retliggørelse af stadigt flere samfundsområder peger i ligeledes i nogen grad i retning af et behovsafgrænset afgørelsesbegreb.

Samlet giver forarbejderne dog et billede af afgørelsesbegrebet som udtryk for en nøje overvejet, delikat balance mellem modstående hensyn. Adgangen til via en udvidende fortolkning at forrykke denne balance til fordel for ét af de modstående hensyn (fx retssikkerhedshensynet) må dermed være begrænsede. Som anført i det ovenstående citat fra begrundelsesbetænkningen må et *generelt* behov på specielle sagsområder for en særlig vægtning af ét hensyn på bekostning af et andet opfyldes ved speciallovgivning og ikke ved dynamisk fortolkning.

Umiddelbart taler forarbejderne således for en fastholdelse af den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet hvorefter behovs- og væsentlighedsvurderinger kun i ganske særlige undtagelsestilfælde – dvs. hvor en vurdering af den pågældende beslutnings hovedformål ikke entydigt lader sig foretage – er berettiget. En behovsafgrænset fortolkning af afgørelsesbegrebet må i hvert fald afvises i det omfang den indebærer at system- og behovshensyn som udgangspunkt inddrages med samme vægt i vurderingen af grænsetilfældene.

Omvendt kan man på baggrund de ovennævnte argumenter *for* en udvidende fortolkning godt læse den forudsætning ind i forarbejderne at behovs- og væsentlighedshensynene altid vil være saglige og således skal inddrages i vurderingen af de grænsetilfælde der på grund af eksempelvis den forudgående sagsbehandling minder om afgørelser i traditionel forstand.

Herefter må der drages den konklusion at man – uanset at de fleste momenter taler for en fastholdelse af det traditionelle afgørelsesbegreb – ikke på baggrund af forarbejderne ganske kan forkaste et behovsafgrænset afgørelsesbegreb. Samlet taler forarbejderne sammenholdt med den almindelige retsudvikling, jf. afsnit 3.3., således efter min opfattelse for en *synthese* af de to tilgange. Udgangspunktet for vurderingen af om en given beslutning er en afgørelse i forvaltningslovens forstand, må herefter være om formålet med beslutningen i hovedsagen er at fastlægge hvad der i et konkret tilfælde er eller skal være ret. Giver denne analyse ikke et klart svar, må udgangspunktet være at der ikke er tale om en afgørelse. Undtagelse kan dog (og *skal* efter omstændighederne) gøres hvis der er tale om myndighedsudøvelse af besluttende karakter med forudgående sagsbehandling, og ”*dersom beslutningen er af en sådan art, at der for de berørte parter normalt vil bestå et væsentligt behov for at få tillagt lovens beføjelser, og disse beføjelser vil være egnede til at tilgodese borgernes interesser i henseende til at øve indflydelse på myndighedens beslutningsprocesser*⁵⁰.” I så fald *skal* hensynet til borgerens behov og beslutningens væsentlighed inddrages i vurderingen og afvejes overfor hensynet til effektiv forvaltning (samt eventuelle andre borgeres modstående interesser). Dog har systemhensynet på forhånd et *forspring* i denne afvejning, og hensynet til borgeren skal derfor ud fra et kombineret væsentligheds- og behovskriterium veje særligt tungt for undtagelsesvis at kunne legitimere en udvidelse af afgørelsesbegrebet ud over de traditionelle forvaltningsakter. Af pædagogiske årsager vil denne syntese mellem det traditionelle og det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb blive kaldt *det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb*.

Det forhold at forarbejderne synes at tale for en sådan forståelse af afgørelsesbegrebet og imod et udvidet afgørelsesbegreb, er imidlertid uden betydning hvis det kan påvises, at den ene eller den anden afgrænsningsform faktisk finder anvendelse i praksis. Formålet med det følgende afsnit 4.0. bliver derfor at teste de i afsnit 2.6 formulerede hypoteser på rets- og ombudsmandspraksis for derved at analysere de enkelte afgrænsningsteoriens forklaringskraft.

4.0. AFGØRELSESBEGREBET I PRAKSIS

I det følgende vil de tre hypoteser vedrørende afgørelsesbegrebet der blev formuleret i afsnit 2.6., blive underkastet en empirisk test gennem en analyse af praksis.

⁵⁰ FOB 1999.284 (s. 296)

Da afgørelsesbegrebet i princippet kan dække over et utal af forskellige beslutninger på talrige forvaltningsområder, har det, som anført i indledningen i afsnit 1.0., af pladsmæssige årsager været nødvendigt at foretage en overordnet afgrænsning af hvilke beslutningstyper der vil analyseres. Da der i 2008 blev afsagt to særdeles interessante højesteretsdomme vedrørende den retlige karakter af henholdsvis personalebeslutninger og procesledende beslutninger, vil analysen i det følgende blive afgrænset til disse to beslutningstyper.

De udvalgte procesledende beslutninger og det personale-dispositioner minder i form og tilblivelse meget om traditionelle forvaltningsakter. Hertil kommer at de ofte antager en endog meget indgribende karakter (som for eksempel visse administrative tvangsindgreb og stillingsændringer). Det må af denne grund forventes at domstolene netop på disse områder vil have anledning til at overveje anvendelsen af andre metoder til afgrænsning af afgørelsesbegrebet end det traditionelle. De udvalgte beslutningstyper udgør dermed nogle særdeles velegnede udgangspunkter for en test af hypoteserne vedrørende henholdsvis det udvidede og det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Må hypoteserne afvises for så vidt angår disse typer beslutninger, hvor hypoteserne ellers særligt må anses for relevante, er der så meget desto mere grund til at forvente at hypoteserne også må afvises for så vidt angår andre beslutningstyper.

Det er generelt sparsomt med nyere retspraksis vedrørende afgørelsesbegrebet. Analyseafsnittene vil derfor tage udgangspunkt i en grundig analyse og fortolkning af de nævnte højesteretsdomme. Det vil herefter blive vurderet hvilken hypotese der bedst forklarer højesterets resultater. Herefter vil fortolkningsresultatet blive sammenholdt med især ombudsmandspraksis for derved at undersøge om der er forskelle i fortolkningsstil, og om det i givet fald er muligt at forene ombudsmandspraksis med de nævnte domme.

4.1. PERSONALEBESLUTNINGER

Spørgsmålet om afgørelsesbegrebets indhold har særligt voldt problemer i relation til forvaltningens personale-dispositioner. Der foretages her et væld af forskelligartede beslutninger hvor sondringen mellem retlig og faktisk virksomhed i nogen grad kan være flydende. I dette afsnit vil analysen blive koncentreret til beslutninger om stillingsændringer og advarsler. Dette skyldes dels pladsmæssige hensyn dels at særligt afgrænsningen af disse to beslutningstyper, som det vil fremgå i det følgende, har voldt problemer i praksis.

Indledningsvis er en kort karakteristik af Højesterets praksis for så vidt angår afskedigelser og fratrædelsesaftaler dog nødvendig for herved at kunne danne sig et billede af den linje der tidligere er blevet anlagt af Højesteret.

I U 1996.1462 H slog Højesteret under henvisning til de specielle forarbejder til forvaltningsloven fast at en beslutning om afskedigelse af en overenskomstansat er en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Dette gælder

uagtet at myndigheden disponerer på et aftaleretligt grundlag. Det afgørende må antages at være at beslutningen hovedsageligt var retlig i den forstand at den bragte et ansættelsesforhold til ophør⁵¹.

I U 2005.616 H fandt Højesteret derimod at en offentligt ansat fratrædelse ved gensidig fratrædelsesaftale ifølge forvaltningslovens ordlyd og forarbejder ikke var en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Ej heller en offentlig ledelses indstilling om løntillæg der tildeltes ved aftale mellem ledelsen og tillidsrepræsentant i henhold til en overenskomstmæssig ordning, var en afgørelse, jf. U 2005.2111 H. Herved forkastedes den klassifikation af sådanne dispositioner som ombudsmanden ud fra bl.a. behovs- og formålsvurderinger var nået frem til i FOB 1998.139 (om tildeling af lokalløn) og FOB 1998.491 (om fratrædelsesaftaler), hvorved de udgjorde afgørelser i forvaltningslovens forstand.

Ifølge Jens Kristiansen er det karakteristisk for alle tre domme at Højesteret henviser til det afgørelsesbegreb der er fastlagt i de forvaltningslovens forarbejder. Højesteret har således undladt at anvende det mere dynamiske afgørelsesbegreb der var udviklet af ombudsmanden i FOB 1998.139 og FOB 1998.491.⁵² Højesterets praksis for så vidt angår det offentliges personalepositioner har således i kraft af sine udtrykkelige henvisninger til de specielle bemærkninger til forvaltningsloven langt hen ad vejen kunnet forklares med det traditionelle afgørelsesbegreb. På baggrund af denne praksis er det således forventeligt at Højesteret også for så vidt angår andre personalebeslutninger som fx stillingsændringer og advarsler vil afgrænse afgørelsesbegrebet på et traditionelt grundlag og således lægge vægt på om den pågældende beslutnings hovedformål er at konstatere hvad der i et konkret tilfælde er eller skal være ret.

4.1.1.1. STILLINGSÆNDRINGER – U 2008.636 H

U 2008.636 H vedrørte en kommunes beslutning om at flytte en tjenstemandsansat lærer til en anden skole inden for hendes ansættelsesområde. Beslutninger om stillingsændringer inden for forflyttelsesgrænsen gives normalt ved tjenestebefaling⁵³. Da tjenestebefalinger ifølge de specielle forarbejder til forvaltningsloven ikke er afgørelser i forvaltningslovens forstand, måtte man således på baggrund af Højesterets tidligere praksis, jf. ovenfor, forvente at beslutningen om flytning af læreren ikke ville være en afgørelse.

⁵¹ Jf. Jens Kristiansen i Juristen 2008, nr. 5 (s. 159 ff.)

⁵² Ibid.

⁵³ Jf. Revsbech s. 57

Sagen er særligt interessant derved at spørgsmålet om hvorvidt flytningsbeslutningen var en afgørelse eller ej, var til pådømmelse hos såvel ombudsmanden som Vestre Landsret og Højesteret. Ombudsmandens sagsfremstilling, men ikke dennes kvalifikation af faktum, var gengivet i landsrettens sagsfremstilling.

Den pågældende lærer havde forinden flytningen arbejdet i 27 år på den samme skole. Flytningen var begrundet i en anmodning herom fra skolelederen på denne skole, ifølge hvem læreren var en væsentlig årsag til samarbejdsproblemer på skolen. Kommunen flyttede herefter læreren til en anden skole uden forudgående partshøring efter forvaltningslovens § 19, stk. 1. Efter anmodning fra ombudsmanden oplyste kommunen at man ikke mente at den overflyttede lærer alene var skyld i samarbejdsproblemerne men at der snarere var tale om dårlig kemi mellem hende og skolelederen. I et sådant tilfælde hvor årsag og skyld ikke ensidigt kunne placeres, var der ifølge kommunen tale om en beslutning i henhold til ledelsesretten (en tjenestebefaling) og ikke om en afgørelse.⁵⁴

Ombudsmanden fandt at overflytningsbeslutningen var truffet i medfør af tjenestemandslovens § 12, hvorefter en tjenestemand inden for sit ansættelsesområde i et vist omfang har pligt til finde sig i bl.a. stillingsændringer. Ombudsmanden tilkendegav i denne forbindelse at stillingsændringer ud over forflyttelsesgrænsen utvivlsomt var afgørelser i forvaltningslovens forstand. Er der derimod tale om stillingsændringer inden for forflyttelsesgrænsen, ”*må det efter min opfattelse bero på en konkret vurdering om der er tale om en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Det må afhænge af bl.a. grundlaget for stillingsændringen og af hvor indgribende foranstaltningen er for den pågældende ansatte.*”⁵⁵

Ombudsmanden lagde til grund at der var tale om en stillingsændring inden for forflyttelsesgrænsen, men da ændringen af tjenestested var ”*begrundet i individuelle og (i hvert fald delvis) bebrejdesværdige forhold hos hende*”⁵⁶, var beslutningen efter ombudsmandens opfattelse en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

Det er i denne forbindelse værd at bemærke at ombudsmanden ikke anvender kriteriet ”hvad der er eller skal være ret”, men tilsyneladende alene hæfter sig ved beslutningens baggrund og væsentlighed som de afgørende kriterier for i almindelighed at afgøre om en forflyttelsesbeslutning er en afgørelse eller ej. Dette *kan* skyldes at man som anført af Gammeltoft-Hansen finder dette kriterium uanvendeligt. Omvendt *kan* det også skyldes en erkendelse af at beslutningen befinder sig i grænseområdet for de traditionelle forvaltningsakter, hvorefter kriterierne væsentlighed og baggrund får betydning. Sidstnævnte mulighed synes mest oplagt *dels* fordi ombudsmanden selv anfører at beslutningen befinder sig i et område der *minder om* men ikke *er* en forflyttelse (der traditionelt anses som en forvaltningsakt), *dels* fordi selve klassifikationen af beslutningen ikke udtrykkeligt indeholder en

⁵⁴ Jf. Folketingets Ombudsmands j.nr. 2002-1730-804

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid

vurdering af beslutningens væsentlighed men alene en vurdering af dennes baggrund. Dette forhold kan hverken forklares af den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet eller det udvidede afgørelsesbegreb. Ved den traditionelle afgrænsning vil man som nævnt i afsnit 2.6. i tvivlstilfælde (som det foreliggende) først og fremmest inddrage beslutningens væsentlighed og først herefter inddrage behovskriteriet hvis der fortsat er tvivl om resultatet. En anvendelse af det udvidede afgørelsesbegreb forudsætter også først og fremmest en konkret vurdering af beslutningens væsentlighed for den pågældende. Som nævnt bæres ombudsmandens resultat imidlertid først og fremmest hjem af det forhold at beslutningen er begrundet i individuelle og bebrejdelseværdige forhold hos læreren. Dette forhold kan alene forklares ved hjælp af det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb idet læreren netop af denne grund havde *behov* for forvaltningslovens partsrettigheder for at kunne modargumentere skoleleders fremlægning af sagen. Beslutningens bebrejdellespekt indebar ikke nogen ændring af beslutningens indhold men havde alene betydning for lærerens behov for partshøring.

Vestre Landsret lagde til grund at flytningen var foranlediget af de påståede samarbejdsproblemer og ikke af driftsmæssige hensyn, og at beslutningen betød at hun skulle forlade den arbejdsplads hvor hun havde været ansat siden 1975. Selvom stillingsændringen lå inden for forflytelsesgrænsen, fandt landsretten at kommunens beslutning var en afgørelse i forvaltningslovens forstand hvorfor der følgelig burde være sket partshøring, ligesom afgørelsen burde have været begrundet. Landsretten synes således at følge ombudsmandens argumentation dog med den lille forskel at retten i selve kvalifikationen udtrykkeligt inddrager beslutningens betydning (væsentlighed) for læreren. Afgørende har således også i denne forbindelse været beslutningens baggrund i dadelværdige forhold. Også landsrettens afgørelse lader sig således bedst forklare med det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb.

Højesterets flertal (5 dommere) stadfæstede landsrettens afgørelse med følgende begrundelse:

”Overflytningen af A fra X Skole, hvor hun havde været ansat i 27 år, til Y Skole indebar en væsentlig ændring af hendes arbejdsforhold. Beslutningen om overflytning blev truffet af K Kommune på grundlag af indstillinger fra skolelederen på X Skole, som omtalte en række konkrete forhold, der blev bebrejdet A. Med disse bemærkninger og i øvrigt af de grunde, der er anført af landsretten, tiltræder vi, at K Kommunes beslutning om ændret tjenestested for A var en afgørelse i forvaltningslovens forstand, jf. lovens § 2, stk. 1, således at kommunen skulle have foretaget partshøring efter § 19 og begrundet afgørelsen i overensstemmelse med § 24.”⁵⁷

Mindretallet (2 dommere) lagde vægt på at læreren ikke havde gjort gældende at flytningen var en skjult disciplinær reaktion over for hende. Dommerne lagde herefter vægt på de specielle forarbejder til forvaltningslovens § 2 hvorefter konkrete tjenestebefalinger falder uden for lovens regler om begrundelse og partshøring. Da det er fast antaget at en tjenestemand kan flyttes inden for sit tjenesteområde ved tjenestebefaling, og da samarbejdsproblemer kan udgøre et sagligt grundlag herfor, fandt mindretallet at flytningen ikke var en afgørelse i forvaltnings-

⁵⁷ UFR 2008.636 H, s. 648

lovens forstand men derimod en konkret tjenestebefaling. Selv hvis flytningen måtte være besluttet som følge af forhold der delvis kunne bebrejdes hende, kunne dette ikke give tjenestebefalingen karakter af en afgørelse. Det ændrede heller ikke herpå at flytningen indebar en væsentlig ændring af hendes arbejdsforhold.

Forskellen mellem flertallets og mindretallets begrundelser giver anledning til at diskutere spørgsmålet om betydningen af på den ene side flytningens væsentlighed og på den anden side flytningens formål og begrundelse.

En interessant fortolkning af dommen for så vidt angår dette spørgsmål fremgår af Statsforvaltningen Midtjyllands afgørelse af 22. december 2009⁵⁸. I sagen havde Silkeborg Kommune tildelt en ansat en advarsel for ”*brud på ... forpligtelser som medarbejder*” med bemærkning om at gentagelse ville medføre afskedigelse eller bortvisning. Ved vurderingen af om advarslen var en afgørelse, lagde Statsforvaltningen afgørende vægt på højesterets begrundelse i U 2008.636 H som fortolkedes således at det afgørende kriterium måtte være om den pågældende beslutning indebar en væsentlig ændring af den ansattes arbejdsforhold. Dernæst kunne det tillægges betydning om der i grundlaget for beslutningen indgik bebrejdelser af den ansatte. Dette sidstnævnte forhold havde ifølge statsforvaltningen sin selvstændige betydning når det skulle fastlægges hvad der reelt var grunden til den truffede beslutning, ”og dermed hvad der er og skal være temaet for partsbøring.”⁵⁹ Herefter udtalte statsforvaltningen følgende:

*”Det er herefter statsforvaltningens opfattelse, at der, i hvert fald i situationer, hvor en beslutning indebærer en væsentlig ændring af den offentligt ansattes arbejdsforhold, vil være tale om en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Det vil der være uanset grunden til, at ansættelsesmyndigheden har truffet en beslutning.”*⁶⁰

Da advarslen ikke – efter statsforvaltningens opfattelse – indebar en ændring af den ansattes arbejdsforhold, kunne advarslen ikke klassificeres som en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Statsforvaltningen lagde herved vægt på at advarslen alene indebar en tilkendegivelse af hvilke videre sanktioner der kunne eller ville blive iværksat såfremt den ansatte ikke ændrede sin embedsførelse. Statsforvaltningens afgørelse er efter det oplyste påklaget til Indenrigs- og Socialministeriet.⁶¹

Statsforvaltningens fortolkning af Højesterets dom synes at forudsætte at flertallet ikke har tillagt flytningens formål og begrundelse – de fremsatte bebrejdelser af læreren – nogen betydning. Højesterets dom synes således i nogen grad at være taget til indtægt for en anerkendelse af Gammeltoft-Hansens væsentlighedskriterium. Dette

⁵⁸ J.nr. 2008-613/316

⁵⁹ Statsforvaltningens afgørelse af 22.12.09, s. 5

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Jf. telefonisk forespørgsel hos Socialpædagogerne Landsforbund af 27. Januar 2010

er efter min opfattelse en forkert fortolkning. Hvis flertallet havde fundet flytningens begrundelse betydningsløs i relation til afgørelsesspørgsmålet, var der ikke nogen grund at fremhæve denne begrundelse i domskonklusionen. Denne fremhævelse må efter min opfattelse fortolkes således at flertallet i hvert fald i et vist omfang har opfattet flytningen som en sanktion overfor læreren, og at Højesteret har tillagt dette forhold betydning ved kvalifikationen af beslutningen som en afgørelse. Dette må efter min opfattelse skyldes at netop begrundelsen i dadelværdige forhold hos læreren aktiverede et *behov* for partshøring – dette behov ville være knap så påtrængende hvis beslutningen var begrundet i forhold der ikke havde noget med læreren at gøre. En sådan fortolkning kan forklare dissensen i sagen. Mindretallet lagde udtrykkeligt vægt på de specielle bemærkninger til forvaltningslovens § 2, stk. 1, hvorefter tjenestebefalinger ikke er afgørelser. Herefter fremhævede man at *hverken* beslutningens *baggrund* eller *væsentlighed* kunne ændre herved. Denne fremhævelse må efter min opfattelse forstås således at mindretallet var uenig med flertallet i *begge* disse forholds betydning – med andre ord må mindretallets dissens forstås således at flertallet lagde vægt på *såvel* indgrebets væsentlighed som dets baggrund i bebrejdselsværdige forhold. En fortolkning af dommen hvorefter der skal lægges vægt på en *kombineret* væsentligheds- og behovsvurdering, er således efter min opfattelse den mest fornuftige måde at forstå det forhold at både flertal og mindretal inddrager såvel beslutningens væsentlighed som beslutningens baggrund i deres respektive præmisser.

En fortolkning af U 2008.636 H hvorefter væsentlighedskriteriet ikke kan stå alene, svarer til Indenrigs- og Socialministeriets praksis i lignende sager. I en afgørelse af 19. juni 2001⁶² udtalte det daværende Indenrigs- og Sundhedsministerium at en omrokering af en tjenestemand inden for forflytelsesgrænsen ikke kunne antages at være en afgørelse i forvaltningslovens forstand, idet omrokeringen ikke kunne antages at have været en sanktion over for den pågældende tjenestemand. Sagen er interessant idet sanktionsproblematikken blev udskilt fra afgørelsesspørgsmålet. Herefter kunne beslutningens væsentlighed ikke i sig selv give den karakter af en afgørelse. Ud fra tesen om at alene en forskel kan forklare en variation, og da den eneste relevante forskel imellem denne sag og sagen i U 2008.636 H umiddelbart er overflytningsbeslutningens baggrund, synes det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb således at være det bedste redskab til at fortolke de forskellige kvalifikationer af beslutningerne.⁶³

Teorien om det udvidede afgørelsesbegreb er således efter min opfattelse ikke i sig selv tilstrækkelig til at forklare Højesterets resultat i U 2008.636 H. Ifølge teorien er enhver beslutning fra forvaltningens side der er bindende for borgeren, en retsakt. Klassifikationen af en given beslutning som en afgørelse i forvaltningslovens forstand afhænger herefter først og fremmest af om forvaltningens beslutning er væsentlig for den berørte borger. Det må lægges til grund at skolens beslutning om at flytte læreren – som fremhævet af såvel landsretten som højesteret –

⁶² Indenrigs- og Socialministeriets j.nr. 1999/1220/015-16)

⁶³ Det skal dog bemærkes at sanktionsmomentet heller ikke *i sig selv* kan være afgørende for om en beslutning er en afgørelse eller ej jf. sammenligningen af FOB 2005.369 og U 2008.636 H nedenfor.

var af væsentlig betydning for hende. Som nævnt tyder såvel flertallets som mindretallets præmisser imidlertid på at beslutningens væsentlighed ikke var nok i sig selv. Det afgørende var at flytningen var begrundet i forhold der kunne bebrejdes hende. Dette aspekt fanges ikke af teorien om det udvidede afgørelsesbegreb der således ikke kan udgøre en fyldestgørende forklaring på højesterets resultat.

Antagelsen om sanktionsmomentets afgørende karakter bekræftes ifølge Jon Andersen og Elizabeth Bøggild (begge medarbejdere hos ombudsmanden) yderligere af U 2007.651 V. I sagen blev en skolelærer – uden forudgående partshøring – fritstillet med fuld løn umiddelbart efter kommunen havde erfaret at vedkommende var tiltalt for vold af særlig grov karakter. Landsretten lagde vægt på at tjenestefritagelsen skete uden indskrænkninger i løn eller andre rettigheder, og anførte at kommunens beslutning om tjenestefritagelse med henblik på en nærmere afklaring af spørgsmålet om lærerens ansættelsesforhold måtte anses for et led i kommunens almindelige ledelsesfunktion inden for ansættelsesforholdets rammer. Der var derfor ikke tale om en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Det afgørende var her ifølge Jon Andersen og Elizabeth Bøggild at tjenestefritagelsen ikke var en sanktion men derimod et forberedende skridt med henblik på fastsættelse af en sanktion⁶⁴. Hertil skal det dog bemærkes at kommunens beslutning lige så vel kan opfattes som procesledende, dvs. som en beslutning som led i den endelige afgørelse af spørgsmålet om hendes ansættelsesforhold. Da sådanne procesledende beslutninger som udgangspunkt ikke er afgørelser i forvaltningslovens forstand, jf. de specielle bemærkninger til forvaltningslovens § 2⁶⁵, bidrager dommen reelt ikke væsentligt til spørgsmålet om sanktionsmomentets isolerede betydning da såvel det behovsafgrænsede som det traditionelle afgørelsesbegreb kan forklare resultatet. Omvendt taler sagen med nogen styrke imod Gammeltoft-Hansens udvidede afgørelsesbegreb der tilsyneladende ikke kan forklare landsrettens resultat. Således må beslutningen betragtes som ganske væsentlig for den pågældende lærer (selvom beslutningen ikke indebar indskrænkninger af løn eller andre rettigheder efter ansættelsesforholdet) – i hvert fald så væsentlig at hun var villig til at lade beslutningen prøve i såvel byretten som landsretten.

Den anførte fortolkning af U 2008.636 H indebærer altså at beslutningens formål *har* væsentlig betydning ved vurderingen af om der er tale om en afgørelse eller en konkret tjenestebefaling. Dette forhold kan bedst forklares med det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb men også i nogen grad med det traditionelle. Det er værd at lægge mærke til at Højesterets flertal, modsat landsretten og ombudsmanden, først nævner beslutningens væsentlighed og herefter inddrager beslutningens baggrund. Dette svarer til vurderingsrækkefølgen efter den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet hvorefter der i tvivlstilfælde først skal foretages en vurdering af beslutningens væsentlighed og, ved fortsat tvivl, herefter suppleres med en behovsvurdering. Omvendt synes det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb stadig at have mere for sig. Dette skyldes bl.a. at Højesteret efter bemærkningerne om

⁶⁴ Jf. Jon Andersen og Elizabeth Bøggild Nielsen i U 2008B.175, s. 177

⁶⁵ Jf. Folketingstidende 1985/86, Tillæg A, sp. 160 og ovenfor afsnit 2.2.

beslutningens væsentlighed og baggrund henviser til de *grunde* landsretten havde anført for at beslutningen havde karakter af en afgørelse. Dommen kan således læses som grundlæggende accept af landsrettens præmisser dog med det forbehold at beslutningens væsentlig tillige blev tillagt afgørende betydning. Hvis Højesterets analyse havde afvejet væsentligt fra landsrettens (fx derved at man havde lagt en ganske anden afgrænsnings af afgørelsesbegrebet til grund), ville en sådan henvisning ikke give mening.

Da behovsteorien desuden ganske enkelt har en mere logisk sammenhængende teoretisk forklaring på betydningen af beslutningens baggrund, synes denne umiddelbart at måtte foretrækkes som forklaring på Højesterets resultat. Højesterets (flertals) afgørelse må dog forstås derhen at behovsvurderingen må og skal ses i sammenhæng med beslutningens væsentlighed. Der er altså ikke åbnet op for en ganske fri anvendelse af behovsvurderingen hvad især ombudsmandens og i nogen grad landsrettens præmisser ellers åbnede op for. Behovskriteriet kunne ikke stå alene men skulle suppleres med en væsentlighedsvurdering. Højesterets vurdering svarer således ganske godt til udgangspunktet i de specielle bemærkninger hvorefter der kun i ganske særlige tilfælde (her hvor der var tale om en meget væsentlig beslutning der i form mindede om en traditionel afgørelse [en forflyttelse]) vil være plads til en sådan behovsvurdering, jf. ovenfor afsnit 3.4.

Højesterets resultat lader sig derfor efter min vurdering bedst forklare med det *modificerede* behovsafgrænsede afgørelsesbegreb som i afsnit 3.4. blev formuleret på baggrund af en syntese mellem det traditionelle og det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Herefter kan hverken behovs- eller væsentlighedskriteriet *hver for sig* være tilstrækkeligt tungtvejende til at karakterisere en beslutning i grænseområdet til forvaltningsakter som en afgørelse. Kun en samlet vurdering af begge kriterier kan undtagelsesvis indebære at en sådan beslutning får karakter af en afgørelse.

4.1.2. OMBUDSMANDENS PRAKSIS I SAGER OM STILLINGSÆNDRINGER

Ombudsmanden har haft lejlighed til at udtale sig om en del sager der minder om sagen i U 2008.636 H. Det er således et interessant spørgsmål i hvilket omfang ombudsmandens praksis i disse sager kan forenes med Højesterets afgørelse.

I denne forbindelse påkalder FOB 1993.348 sig særlig opmærksomhed idet den faktisk minder meget om U 2008.636 H. I sagen blev en skolelærer – der i 34 år havde været ansat på den pågældende skole – overflyttet til en anden skole i samme kommune, jf. tjenestemandenslovens § 12, stk. 1. Årsagen til overflytningen var imidlertid ikke bebrejdelseværdige forhold hos denne lærer, men derimod arbejdsmangel på den pågældende skole. Ombudsmanden fandt at beslutningen var en tjenestebefaling og dermed ikke en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Sammenholdt med U 2008.636 H kan ombudsmandens resultat næppe forklares med det udvidede afgørelsesbegreb. Højesteret fremhævede jo netop at overflytningen af en lærer med over 20 års anciennitet fra én

skole til en anden udgjorde en ”væsentlig ændring” af lærerens arbejdsforhold⁶⁶. Den eneste sagligt relevante forskel mellem de to sager udgøres således af overflytningens begrundelse.

I FOB 2005.258 fandt såvel Kirkeministeriet som ombudsmanden at ministeriets beslutning om at fratage en sognepræst hvervet som begravelsesmyndighed var en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Ombudsmanden lagde herved *bl.a.* vægt på at ”*beslutningen var truffet under henvisning til bebrejdesværdige forhold*”⁶⁷ hos sognepræsten. Også ombudsmanden finder således at sanktionsmomentet har afgørende betydning for spørgsmålet om hvornår en stillingsændring (inden for forflyttelsesgrænsen) er en afgørelse. Forskellen mellem ombudsmandens udtalelse og Højesterets præmisser i U 2008.636 H ligger dog navnlig i at Højesteret som nævnt kraftigt understreger betydningen af overflytningsbeslutningens væsentlighed – et forhold som ombudsmanden ikke udtrykkeligt inddrager i udtalelsen. Dette kan dog muligvis forklares med at Kirkeministeriet ikke problematiserer spørgsmålet om beslutningens karakter af en afgørelse hvad der antageligt må mindske ombudsmandens behov for en særlig detaljeret begrundelse.

Situationen var anderledes i FOB 2005.369. I sagen når ombudsmanden, modsat Videnskabsministeriet, frem til at flytningen af en professor fra ét institut til et andet institut ved samme universitet var en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Ministeriet havde lagt vægt på at overflytningen lå inden for forflyttelsesgrænsen og at professorens arbejdsopgaver ikke blev ændret herved idet hans arbejdsopgaver ville fortsætte som hidtil. Professorens undervisning skulle således fortsat ligge inden for den undervisning der påhvilede det institut hvorfra han blev flyttet. Ombudsmanden lagde til grund at beslutningen lå inden for tålegrænsen hvorfor der – ligesom i U 2008.636 H – følgelig ikke var tale om en forflyttelse i tjenestemandenslovens forstand. Flytningen var imidlertid begrundet i individuelle forhold hos professoren idet man havde anført at hans tilstedeværelse havde en ”negativ effekt” og var en ”belastning”. Da flytningen således var meddelt professoren som person og ikke som udøver af en bestemt funktion, var der ifølge ombudsmanden tale om en personalebeslutning og ikke en tjenestebefaling. På denne baggrund udtalte ombudsmanden følgende: ”*Det var således bebrejdesværdige forhold som lå til grund for beslutningen om flytning. Herved ligger situationen tæt op ad de forhold som karakteriserer egentlige disciplinære sanktioner. Under disse omstændigheder mener jeg at beslutningen om flytning må anses for en afgørelse i forvaltningslovens forstand.*”⁶⁸

Umiddelbart synes udtalelsen ikke at kunne forklares efter den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet idet hovedformålet med beslutningen næppe kan siges at være at fastlægge hvad der er eller skal være ret. Hovedformålet var snarere, som udtrykt af universitetet, ”*at skabe ro... og sørge for, at der etableres ordentlige for rolige arbejds-*

⁶⁶ I FOB 1993.348 var beslutningen så væsentlig for læreren at denne efterfølgende sygemeldte sig!

⁶⁷ Jf. FOB 2005.258 s. 277

⁶⁸ FOB 2005.369, s. 381

*forhold for samtlige medarbejdere.*⁶⁹ I forhold til sagen i U 2008.636 H fremtræder beslutningen heller ikke voldsomt væsentlig. Flytningen indebar næppe en ”væsentligt ændring” af professorens ansættelsesforhold. Af denne grund synes heller ikke det i det udvidede afgørelsesbegreb indeholdte væsentlighedskriterium at kunne udgøre en fyldestgørende forklaring på udtalelsen medmindre man finder beslutningens sanktionsagtige præg væsentligt i sig selv. Det udvidede afgørelsesbegreb må i hvert fald afvises al den stund at ombudsmanden ikke foretager en konkret vurdering af beslutningens væsentlighed men alene hæfter sig ved beslutningens begrundelse.

Den bedste forklaring udgøres derimod af det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Det er i denne forbindelse særdeles interessant at ombudsmanden henviser til at situationen ligger tæt op ad de forhold som karakteriserer egentlige disciplinære sanktioner (som utvivlsomt er afgørelser). Dette svarer til den af Rønsholdt anførte betingelse for anvendelsen af det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb hvorefter beslutningen skal minde om traditionelle afgørelser. Det forhold at beslutningens baggrund i bebrejdellesværdige forhold herefter i sig selv bliver afgørende, er ligeledes interessant idet en borger vel netop i en sådan situation har et særligt behov for at forvaltningslovens partshøringsregler finder anvendelse. Netop i en sådan situation har man behov for at kunne ”forsvare” sig mod eventuelle beskyldninger og dermed få indflydelse på de beslutningsprocesser der vedrører ens egne forhold. Det må således konkluderes at Rønsholdts behovsafgrænsede afgørelsesbegreb udgør den bedste forklaring på ombudsmandens resultat.

Ombudsmandens udtalelse kan imidlertid næppe fuldt ud forenes med Højesterets afgørelse i U 2008.636 H.⁷⁰ Som det fremgår ovenfor lagde Højesteret udtrykkelig vægt på beslutningens konkrete væsentlighed i forhold til den berørte lærer. Højesteret henviste ikke – som ombudsmanden i FOB 2005.258, FOB 2005.369 og den ovenfor refererede ombudsmandssag j.nr. 2002-1730-804 – alene eller i det væsentligste til beslutningens baggrund i dadelværdige forhold hos adressaten. Dommen synes derimod – som ovenfor anført – at være båret af en kombineret væsentligheds- og behovsvurdering. Da flytningen af den pågældende professor i FOB 2005.369 til et andet institut inden for det samme universitet (og fakultet) næppe kan antages at være lige så ”væsentlig” som overflytningen af læreren i U 2008.636 H til en helt anden skole, er det efter min opfattelse tvivlsomt om Højesteret ville være nået til det samme resultat som ombudsmanden. Dette spørgsmål ville i givet fald bero på Højesterets nærmere vurdering af beslutningens væsentlighed for den berørte professor – en vurdering der tilsyneladende ikke er foretaget af ombudsmanden i FOB 2005.369.

⁶⁹ FOB 2005.369, s. 370

⁷⁰ Se dog modsat Jon Andersen og Elizabeth Bøggild Nielsen i U 2008B.175, s. 176 hvor det uden nærmere begrundelse anføres at bl.a. U 2008.636 H og FOB 2005.369 illustrerer at stillingsændringer begrundet i individuelle forhold hos den ansatte må betragtes som afgørelser.

Samlet må det således konkluderes at ombudsmanden i sager om stillingsændringer tilsyneladende anvender det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb som det er formuleret af Rønsholdt. Afgørende er herefter først og fremmest stillingsændringsbeslutningens baggrund i dadelværdige forhold hos adressaten og dennes heraf affødte behov for at blive omfattet af forvaltningslovens partsrettigheder. Denne praksis svarer imidlertid ikke ganske til Højesterets. Som anført i afsnit 4.1.1. må Højesterets flertal i U 2008.636 H antages hverken at have fulgt det traditionelle eller det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Afgørende for højesterets kvalifikation af beslutningen om stillingsændring synes nærmere at have været have været en mellemform mellem disse to afgrænsningstyper svarende til det i afsnit 3.4. formulerede modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Afgørende var således en kombineret væsentligheds- og behovsvurdering – en kombination som ombudsmanden ikke ses udtrykkeligt at foretage i tilsvarende sager.

4.1.3. U 2008.636 H'S RÆKKEVIDDE UD OVER STILLINGSÆNDRINGER

Som det er fremgået ovenfor har Statsforvaltningen Midtjylland forstået U 2008.636 H således at en personale-disposition *i almindelighed* alene er afgørelse hvis dispositionen indebærer en ”væsentlig ændring af en offentligt ansats arbejdsforhold.” Der er ovenfor argumenteret for hvorfor denne fortolkning ikke stemmer med Højesterets præmisser der efter min opfattelse må fortolkes som indeholdende en *kombineret* væsentligheds- og behovsvurdering.

Som det er anført i forbindelse med gennemgangen af FOB 2005.369 vedrørende en overflytning af en professor mellem to institutter, må dommen således fortolkes derhen at man ved kvalifikationen af stillingsændringer ikke alene kan lægge vægt på en beslutnings baggrund i dadelværdige forhold. Der må tillige foretages en konkret vurdering af om stillingsændringen indebærer en væsentlig ændring af den pågældendes arbejdsforhold.

Denne fortolkning aktualiserer spørgsmålet om præmissen ”væsentlig ændring” af ”arbejdsforhold” også efter sin ordlyd skal overføres direkte på andre personale-dispositioner end stillingsændringer. Dette spørgsmål er tilsyneladende besvaret bekræftende af Statsforvaltningen Midtjylland der i den ovennævnte udtalelse af 22. december 2009 udtaler følgende:

*”Statsforvaltningen finder herefter inden for det personaleretlige område, at det afgørende for, om en konkret personaleretlig beslutning må betragtes som en afgørelse i forvaltningslovens forstand er, om beslutningen indebærer en væsentlig ændring af den pågældendes arbejdsforhold.”*⁷¹

I forbindelse med kvalifikationen af Silkeborg Kommunes advarsel til en ansat lagde statsforvaltningen herefter vægt på at advarslen beskrev nogle forhold i den ansattes embedsførelse som kommunen ikke ønskede skulle

⁷¹ Jf. Statsforvaltningen Midtjyllands afgørelse af 22.12.2009, s. 6, (j.nr. 2008-613/316)

gentage sig. Det var desuden anført i advarslen at den ansatte i gentagelsestilfælde ville blive afskediget. Disse forhold indebar imidlertid ikke efter statsforvaltningens opfattelse en ændring af den ansattes arbejdsforhold, og advarslen var dermed ikke en afgørelse i forvaltningslovens forstand⁷².

Ved den anlagte fortolkning af U 2008.636 H gjorde statsforvaltningen under henvisning til bl.a. FOB 2003.644 udtrykkeligt op med ombudsmandens praksis for så vidt angår diskretionære advarsler.⁷³ Dette rejser spørgsmålet om i hvilket omfang højesterets dom kan forstås som en tilsidesættelse ombudsmandens praksis i advarselssager.

I FOB 2003.644 havde en kommune iværksat en arbejdspladsvurdering på en ungdomsskole der viste at der var alvorlige problemer med det psykiske arbejdsmiljø på skolen. Dette skyldtes samarbejdsproblemer som i væsentlig grad blev tilskrevet skolens leder, og kommunen indskærpede derfor over for den pågældende at det ville medføre indstilling om afskedigelse hvis der ikke skete væsentlige ændringer af ledelsesforholdene på skolen og i hendes ledelsesstil. Kommunen oplyste over for ombudsmanden at der ikke var tale om en disciplinær advarsel i tjenstemandslovens forstand men om en samtale om lederens ledelsesmæssige adfærd. En eventuel afskedigelse ville ske af diskretionære og ikke af disciplinære årsager. På denne baggrund lagde ombudsmanden til grund at samarbejdsproblemerne ikke var blevet tilskrevet lederen som en tjensteforseelse. Irettesættelsen var således givet på diskretionært grundlag.

Herefter udtalte ombudsmanden at det almindelige forvaltningsretlige proportionalitetsprincip ofte ville indebære at en *disciplinær* afskedigelse ikke kan gennemføres korrekt uden at der forinden er givet tjenstemanden en mildere disciplinær reaktion for i det væsentlige samme forhold, fx en advarsel. For så vidt angår diskretionære dispositioner anførte ombudsmanden at det efter proportionalitetsprincippet ligeledes ofte vil være en forudsætning for en korrekt diskretionær afskedigelse begrundet i fx uegnethed, samarbejdsvanskeligheder og sygdom at vedkommende forinden er blevet tildelt en tjenstlig mildere reaktion fx i form af advarsel for det forhold som ligger til grund for afskedigelsen. På denne baggrund anførte ombudsmanden at uanset om en advarsel gives af disciplinære eller af diskretionære grunde, må den anses for en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Da det overfor den pågældende leder ikke blot var blevet indskærpet at hun skulle ændre på forholdene og sin ledelsesstil, men også at manglende iagttagelse heraf ville medføre afskedigelse, mente ombudsmanden at irettesættelsen havde karakter af en ”*diskretionær advarsel der var en afgørelse i forvaltningslovens forstand*”⁷⁴.

⁷² Ibid s. 7

⁷³ Ibid. s. 5

⁷⁴ FOB 2003.644 s. 678 f. Ombudsmandens opfattelse svarede til den linje han i FOB 2003.192 havde anlagt overfor bl.a. Justitsministeriet i en lignende sag.

Det er klart at hvis U 2008.636 H skal forstås som anført at Statsforvaltningen Midtjylland, så må ombudsmandens opfattelse være forkert. Dette skyldes som nævnt at advarslen ikke indebar nogen ændring af hendes arbejdsforhold – advarslen præciserede vel egentlig blot hvilke pligter den stilling hun allerede havde, indebar. En sådan fortolkning af dommen vil efter min opfattelse være for vidtgående.

Højesterets anvendelse af kriteriet ”væsentlig ændring af arbejdsforhold” må efter min opfattelse forstås i lyset af det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb der som tidligere anført minder stærkt om det af Rønsholdt formulerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb.⁷⁵ Efter denne teori er det som nævnt i afsnit 2.5. bl.a. afgørende i hvilket omfang en beslutning i form og indhold minder om en afgørelse i traditionel forstand. Ved stillingsændringer er det relevante sammenligningsgrundlag *forflyttelser* der efter traditionel opfattelse utvivlsomt er afgørelser i forvaltningslovens forstand⁷⁶. Udgangspunktet ved en stillingtagen til om en beslutning er en forflyttelse, er en sammenligning af stillingen før og efter stillingsændringen, ”*hvor vægten især må lægges på karakteren og graden af den skete ændring i arbejdets omfang og dets vilkår, herunder det sted, hvor arbejdet udøves*”⁷⁷.

Stillingsændringer der ikke er væsentlige nok til at udgøre forflyttelser (stillingsændringer der ligger inden for *forflyttelsesgrænsen*), meddeles som udgangspunkt ved tjenestebefaling og er dermed i almindelighed ikke afgørelser.⁷⁸ Når det skal vurderes om en beslutning inden for forflyttelsesgrænsen *undtagelsesvis* er afgørelse, må det afgørende moment således være hvor meget denne beslutning ligner en forflyttelse. Dette må – som anført af Højesteret i U 2008.636 H – afhænge af en vurdering af i hvilket omfang beslutningen indebærer en *væsentlig ændring af adressatens arbejdsforhold*. Ligger beslutningen tæt op ad en traditionel forflyttelse, kan beslutningens baggrund i dadelværdige forhold hos adressaten undtagelsesvis bringe beslutningen ind under forvaltningslovens afgørelsesbegreb⁷⁹.

Når der er tale om advarsler er det relevante sammenligningsgrundlag ikke forflyttelser. Spørgsmålet om hvorvidt beslutningen indebærer en væsentlig ændring af adressatens arbejdsforhold får derfor ikke den samme afgørende betydning som i U 2008.636 H. Væsentlighedskriteriet skal stadig inddrages men med et andet udgangspunkt.

⁷⁵ Det er ovenfor i afsnit 4.1.2. argumenteret for at denne teori bedst kan forklare højesterets resultat i U 2008.636 H.

⁷⁶ Jf. Jørgen Mathiassen, s. 137

⁷⁷ Jf. Betænkning 483/1969, s. 22

⁷⁸ Jf. Jørgen Mathiassen, s. 139

⁷⁹ Hvis ikke særlige forhold gør at systemhensynet må tillægges endnu større vægt end sædvanlig, se ovenfor afsnit 3.4. om systemhensynets særlige vægt.

Det relevante sammenligningsgrundlag for diskretionære advarsler må være disciplinære advarsler efter tjenestemandsløven der ligesom andre disciplinære ledelsesreaktioner efter tjenestemandsløven er afgørelser i forvaltningslovens forstand.⁸⁰ Som det fremgår af ombudsmandens udtalelse i FOB 2003.644, minder diskretionære advarsler om disciplinære advarsler i den forstand at de begge i kraft af proportionalitetsprincippet kan være retlige forudsætninger for skrappe reaktioner, fx afskedigelser der uanset baggrunden er afgørelser i forvaltningslovens forstand.⁸¹ Også ombudsmanden synes således at anvende et behovsafgrænset afgørelseskriterium. Han fremhæver ikke udtrykkeligt spørgsmålet om advarslens væsentlighed, men dette forhold må antages implicit at ligge i sammenligningen med disciplinære advarsler. Når en diskretionær advarsel kan blive den *retlige forudsætning* for en eventuel senere afskedigelse, er der i hvert fald tale om en beslutning med væsentlige retlige konsekvenser for den ansatte. Der er således tale om en beslutning med et væsentligt retligt præg der i form og indhold minder stærkt disciplinære advarsler. Da en sådan advarsel pr. definition altid vil være begrundet i individuelle forhold hos adressaten, vil der altid bestå et særligt behov hos den pågældende for de partsrettigheder der følger af forvaltningsloven.

Da diskretionære advarsler således klart har et retligt præg af væsentlig betydning for den ansatte, *da* de i form og indhold minder om traditionelle forvaltningsakter (disciplinære advarsler), og *da* der består et behov for forvaltningslovens partsrettigheder, må sådanne afgørelser som udgangspunkt anses for afgørelser i forvaltningslovens også efter den linje der er blevet lagt af Højesteret i U 2008.636 H.

Det er således min tese at ombudsmandens praksis i de nævnte sager vedrørende diskretionære advarsler fuldt ud kan forenes med U 2008.636 H. Dette skyldes at begge instansers praksis tilsyneladende kan forklares med det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb.

En yderligere test af dette postulat kan foretages ved en prøvelse af følgende arbejdshypotese: En advarsel der ikke har ansættelsesretlige konsekvenser, er ikke en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Dette skyldes at advarslen nu savner det væsentlige retlige præg der ifølge det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb er en afgørende forudsætning for at advarslen kan være en afgørelse, og advarslen ville ikke længere minde om utvivlsomme forvaltningsakter (disciplinære advarsler).

I FOB 2004.248 havde en chef i Danmarks Radio på et møde fremsat kritik af en medarbejders arbejdsform. Kritikken blev nedfældet i et notat og lagt på medarbejderens personalesag. Medarbejderens fagforening klagede herefter til ombudsmanden over at medarbejderen ikke var blevet partshørt i overensstemmelse med forvaltningslovens § 19. Ombudsmanden behandlede klagen efter reglerne om begrænset realitetsbehandling i om-

⁸⁰ Jf. Jørgen Mathiassen, s. 226 med henvisning til FOB 1993.173

⁸¹ Idet ansættelsesforholdet herved såvel retligt som faktisk bringes til ophør, jf. også U 1996.1462 H.

budsmandslovens § 16, stk. 2, idet klagen efter hans opfattelse ikke gav anledning til kritik, henstilling, m.v. Ombudsmanden lagde herved vægt på at tilkendegivelsen ikke indeholdt nogen sanktion eller omtale af negative følgevirkninger for ansættelsesforholdet. På denne baggrund fandt ombudsmanden at mest talte for ikke at anse kritikken som en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Det forhold at kritikken blev lagt på personalesagen, var ikke i sig selv tilstrækkeligt til at anse kritikken for en afgørelse.

Umiddelbart synes ovennævnte arbejdshypotese at være bekræftet af FOB 2004.248, idet ombudsmanden udtrykkeligt lagde vægt på de manglende negative (retlige) konsekvenser for ansættelsesforholdet. Dog kan udtalelsen om at kritikken ikke indeholdt nogen ”sanktion” give anledning til nogen tvivl om hvad der nærmere menes hermed. Ifølge det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb er det ikke enhver sanktion der vil udgøre en afgørelse i forvaltningslovens forstand, jf. det ovenfor vedrørende FOB 2005.369 anførte. Sanktionen må for at en afgørelse være af så væsentlig betydning at den minder om traditionelle afgørelser, fx disciplinære advarsler – det må således antages at være af afgørende betydning hvilke retlige konsekvenser sanktionen får. Det er antagelig afgørende at sanktionen ændrer den ansattes retsstilling i en sådan grad at det bliver muligt i fremtiden at bringe strengere og væsentligere retlige sanktion i værk som eksempel afskedigelse for en adfærd svarende til den sanktionerede. Det er ikke ganske klart om ombudsmandens anvendelse af ordet ”sanktion” skal forstås i en så snæver betydning. Hvis der sammenlignes med den linje ombudsmanden har lagt for så vidt angår stillingsændringer (der som nævnt ikke ganske kan forenes med Højesterets linje), tyder meget på at ordet ”sanktion” må forstås noget videre. Dette kan dog ikke på det foreliggende grundlag slås endeligt fast.

Det er dog sikkert at konkludere at ombudsmanden som minimum anvender det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb for så vidt angår advarsler. Det kan dog heller ikke afvises at ombudsmandens praksis i advarselsager kan rummes i det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb som der er argumenteret for i afsnit 3.4., og som U 2008.636 H er udtryk for. I hvert fald kan *resultaterne* i FOB 2003.644 og FOB 2004.248 også forklares af denne teori, og det må derfor forventes at Højesteret ved en eventuel retssag ved nå til samme resultater.

4.1.4. SAMMENFATNING FOR SÅ VIDT ANGÅR PERSONALEBESLUTNINGER

Resultatet og begrundelsen i U2008.636 H kan bedst forklares af det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Det afgørende kriterium for hvornår en personalebeslutning der ikke entydigt kan klassificeres som en forvaltningsakt, alligevel er en afgørelse, er herefter først og fremmest i hvor høj grad beslutningen minder om traditionelle forvaltningsakter. Det afgørende sammenligningsgrundlag for beslutninger om stillingsændringer er afgørelser om forflyttelse, mens beslutninger om diskretionære advarsler bør sammenlignes med afgørelser om disciplinære advarsler.

Herefter må der foretages en kombineret væsentligheds- og behovsvurdering. Kun beslutninger af væsentlig betydning for den berørte ansatte, og hvor denne har et oplagt behov for partsrettigheder efter forvaltningsloven, kan undtagelsesvis berettiget at beslutningen klassificeres som en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

For så vidt angår stillingsændringer er det herefter afgørende dels at der er tale om en væsentlig ændring af den pågældende arbejdsforhold, dels at denne ændring er begrundet i forhold der bebrejdes den ansatte. For så vidt angår diskretionære advarsler, må det være afgørende at advarslen indebærer en væsentlig retlig ændring i den ansattes forhold i den forstand at advarslen udgør den retlige forudsætning for at meget indgribende senere kan bringes til anvendelse som sanktion over for den adfærd der udløste advarslen. Da advarsler pr. definition altid vil være begrundet i forhold der bebrejdes den ansatte, vil den ansatte altid i sådanne situationer have et behov for fx partshøring og fyldestgørende begrundelse efter forvaltningsloven.

Det er naturligt at spørge sig selv om det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb vil være i stand til at forklare andet end blot personale-dispositioner. I det følgende vil der derfor – med udgangspunkt i U 2008.422/1 H – blive foretaget en analyse af hvilket afgørelsesbegreb der bedst kan forklare klassifikationen af procesledende beslutninger.

4.2. PROCESLEDENDE BESLUTNINGER

Forvaltningslovens forarbejder er temmelig klare for så vidt angår procesledende beslutninger. Som nævnt i afsnit 2.1. er det ifølge de specielle bemærkninger til forvaltningslovens § 22 alene myndighedens *endelige* beslutning om hvad der i et konkret tilfælde er eller skal være ret, der er afgørelse i forvaltningslovens forstand. Procesledende beslutninger er således ifølge forarbejderne til forvaltningsloven ikke afgørelser medmindre der for disses vedkommende er adgang til særskilt påklage. Dette kan begrundes med at procesledende beslutninger normalt kan påklages i forbindelse med den endelige afgørelse. Adgang til særskilt påklage ”lukker” dog i en vis forstand sagen for så vidt angår den pågældende procesledende beslutnings vedkommende, og den må hermed betragtes som endelig i forvaltningslovens forstand. Da baggrunden for begrundelsesreglerne netop er at give adressaten et fyldestgørende grundlag for at vurdere om der er grund til at påklage afgørelsen, giver denne sammenkobling mellem adgangen til særskilt klage og afgørelsesbegrebet strukturelt set ganske god mening. Som udgangspunkt vil en klassifikation af en procesledende beslutning der ikke kan påklages særskilt, som en afgørelse således ikke kunne forklares med den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet.⁸²

Omvendt vil en sådan klassifikation kunne forklares med det udvidede afgørelsesbegreb dersom der kan argumenteres for at beslutningen har væsentlig betydning for den pågældende borger.⁸³ Som oplagt eksempel herpå nævner Gammeltoft-Hansen beslutninger om afvisning, nægtelse af genoptagelse af en sag mv. Afgørende er for

⁸² Selvom der dog ifølge denne afgrænsning i ganske særlige tvivlstilfælde kan lægges vægt på beslutningens væsentlig og ved fortsat tvivl en behovsvurdering.

⁸³ Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 48

disses vedkommende at beslutningen har et negativt udfald set med borgerens øjne og har væsentlig betydning for sagen som helhed.⁸⁴

Behovsafgrænsningen vil omvendt lægge vægt på *dels* i hvilket omfang beslutningen minder om traditionelle forvaltningsakter (fx på grund af den forudgående sagsbehandling) *dels* en afvejning af borgerens behov for partsretigheder overfor hensynet til effektiv forvaltning.

4.2.1. U 2008.422/1 H – EN AFSTANDTAGEN FRA DEN TRADITIONELLE AFGRÆNSNING?

U 2008.422/1H vedrørte Erhvervs- og Selskabsstyrelsens beslutning efter Lov om erhvervsdrivende fonde § 59, stk. 1, om at der skulle foretages en såkaldt ”granskning” af tre fonde. Baggrunden herfor var at der var blevet iværksat en politimæssig undersøgelse af fondenes forhold, og granskningsresultatet affødte senere en afgørelse om en række ændringer i fondenes ledelsesforhold. Granskningen var et led i Erhvervs- og Selskabsstyrelsen oplysning af sagen med henblik på at vurdere hvilke reaktionsmuligheder der skulle bringes til anvendelse overfor fondene. Der var således tale om en procesledende beslutning. Dommen er kun gengivet i et kort referat i Ugeskrift for Retsvæsen. Af referatet fremgår alene at Højesteret fandt at granskningsbeslutningen var retligt bindende for den pågældende fond der derfor var forpligtet til at bidrage til granskningens gennemførelse *og afholde udgifterne* herved. Herefter udtalte Højesteret at beslutningen om at iværksætte granskningen, som fondene blev hørt over, var en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen burde således have angivet de oplysninger vedrørende sagens faktiske omstændigheder som var væsentlige for overvejelserne om at iværksætte granskningen.

Det er klart at Højesterets resultat kan forklares af såvel det udvidede som det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Der er *dels* tale om en særdeles væsentlig beslutning for de pågældende fonde, og *dels* var der også et oplagt behov for blive partshørt forud for granskningens foretagelse.

Særligt for så vidt angår det udvidede afgørelsesbegreb anfører Gammeltoft-Hansen netop at administrative tvangsindgreb på grund af deres væsentlighed ofte må anses for afgørelser. Han henviser i denne forbindelse til ombudsmandens sag j.nr. 1986-1537-220 der i såvel faktum som resultat minder en del om U 2008.422/1 H. I sagen nåede ombudsmanden således frem til at skattemyndighedernes tvangsmæssige indhentelse af oplysninger fra et selskab efter skattekontrollovens regler var en afgørelse i forvaltningslovens forstand og henviste herved blandt andet til indgrebets betydning for selskabet. Gammeltoft-Hansen anfører sagen som et eksempel på at en processuel beslutnings væsentlighed kan få betydning for om den skal karakteriseres som en afgørelse trods sin

⁸⁴ Ibid. s. 49

procesledende karakter. Han anfører i tilslutning hertil at skattemyndighederne nu klart i deres praksis og administrative forskrifter lægger til grund at tvangsmæssig indhentelse af oplysninger hos tredjemand efter skattekontrollovens § 9 (hvorefter oplysningspligtens tilsidesættelse efter told- og skattemyndighedernes bestemmelse kan sanktioneres med dagbøder) er afgørelser⁸⁵. Set i dette lys kan U 2008.422/1 H tilsyneladende læses som en bekræftelse af hypotesen om det udvidede afgørelsesbegreb.

Det forhold at Højesteret anfører at beslutningen er *retligt bindende*, og ikke udtrykkeligt anvender en afvejning af beslutningens væsentlighed (men dog henviser til at den af beslutningen udløste betalingsforpligtelse) kan dog umiddelbart tyde på at man har lagt det klassiske forvaltningsaktsbegreb til grund og hermed lagt vægt på beslutningens hovedsageligt retlige karakter. Heroverfor står imidlertid det forhold at granskningsbeslutningen i og for sig blot var et led i Erhvervs- og Selskabsstyrelsens sagsoplysning og dermed principielt en procesledende beslutning. Det er derfor nærliggende at spørge om sagen er udtryk for at Højesteret har fraveget forudsætningen i de specielle bemærkninger om at sådanne beslutninger som udgangspunkt ikke er omfattet af lovens afgørelsesbegreb og således lagt afstand til den traditionelle afgrænsning. Som nævnt er det afgørende falsifikationskriterium for den traditionelle afgrænsning om den procesledende beslutning kan være genstand for særskilt påklage. Hvis granskningsbeslutningen ikke kan påklages særskilt men alene i forbindelse med Erhvervs- og Selskabsstyrelsen endelige afgørelse i sagen, må det antages at Højesteret har lagt et andet afgrænsningskriterium til grund end det traditionelle.

Beslutningen om granskningen blev som nævnt truffet i medfør af lov om erhvervsdrivende fonde § 59, stk. 1, hvorefter Erhvervs- og Selskabsstyrelsen kan ”bestemme” at der skal foretages granskning. I medfør af lovens § 62, stk. 2, kan ”afgørelser” efter loven truffet af Erhvervs- og Selskabsstyrelsen indbringes for Erhvervsankenævnet. Det fremgår ikke af lovens ordlyd at ”bestemmelser” efter § 59, stk. 1, er ”afgørelser” i § 62, stk. 2’s forstand der kan være genstand for særskilt påklage.

Af de specielle bemærkninger til lov om erhvervsdrivende fondes § 55 (nu § 59) fremgår dog bl.a. følgende:

”Granskningsinstituttet er imidlertid omkostningskrævende og af indgribende karakter for fonden, hvorfor man forudsætter, at det kun vil blive anvendt i tilfælde, hvor der foreligger vægtige grunde. Overregistrators afgørelser kan indbringes for industriministeren [nu erhvervsankenævnet] efter reglerne i forslaget § 59, stk. 2 [nu § 62, stk. 2].”⁸⁶

Det fremgår således klart af lovbemærkningerne at granskningsbeslutninger kan være genstand for særskilt påklage. Heraf følger således også efter den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet at enhver granskningsbe-

⁸⁵ Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl. *Forvaltningsret*, s. 52

⁸⁶ Folketingstidende 1983/84, Tillæg A, sp. 2894

slutning vil være en afgørelse i forvaltningslovens forstand uanset beslutningens konkrete væsentlighed på samme måde som en aktindsigtsbeslutning vil være det, jf. forvaltningslovens § 16, stk. 4.

Den traditionelle afgrænsning af afgørelsesbegrebet kan således ikke forkastes som forklaring på Højesterets resultat. Som anført kan resultatet dog ligeledes forklares af såvel det udvidede som det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Højesteret har imidlertid ikke haft nogen særlig anledning til at tage stilling til om der var behov at anvende et andet afgrænsningskriterium, idet beslutningen klart – på grund af adgangen til særskilt påklage – var omfattet af den traditionelle afgrænsning. Selvom resultatet svarede til ombudsmandens i den føromtalte skattekontrolsag fra 1986, kan dommen således ikke tages til indtægt for hverken en verifikation af hypotesen om det udvidede afgørelsesbegreb eller en falsifikation af det traditionelle eller behovsafgrænsede afgørelsesbegreb.

Spørgsmålet er herefter om retstilstanden for så vidt angår procesledende beslutninger (herunder administrative tvangsindgreb) definitivt må sammenfattes således at kun sådanne beslutninger som lovgivningsmagten mere eller mindre udtrykkeligt har forudsat kan påklages særskilt, er afgørelser i forvaltningslovens forstand. Dette spørgsmål må efter min opfattelse besvares benægtende. Dette skyldes at Højesteret som nævnt ikke i 2008.422/1 H havde særlig lejlighed til at tage stilling til anvendelsen af andre afgrænsningskriterier end det traditionelle, og at alle tre teorier principielt kan forklare resultatet.

4.2.2. KAN DET MODIFICEREDE BEHOVSAFGRÆNSEDE AFGØRELSESBEGREB ANVENDES PÅ PROCESSUELLE BESLUTNINGER?

U 2008.422/1H bidrager således ikke afgørende til den nærmere afgrænsning af afgørelsesbegrebet i relation til procesledende beslutninger. Dog rejser dommen sammenholdt med ombudsmandens udtalelse i j.nr. 1986-1537-220 det interessante spørgsmål om en processuel beslutning uden udtrykkeligt (forudsat) hjemmel til særskilt påklage alligevel kan være en afgørelse i forvaltningslovens forstand. Spørgsmålet er for omfattende til at blive besvaret endeligt i dette speciale, men i det følgende vil der med udgangspunkt i det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb blive givet et forslag til løsning af problemet.

Adgangen til påklage af visse særligt væsentlige procesledende beslutninger, som f.eks. administrative tvangsindgreb, er ofte særligt reguleret i lovgivningen eller administrative bekendtgørelser, og af den grund giver kriteriet ”adgang til særskilt påklage” i forarbejderne til forvaltningsloven god mening. Som det fremgår af citatet fra forarbejderne til lov om erhvervsdrivende fonde ovenfor, er klagereglerne ofte begrundet i en vurdering af indgrebenes væsentlighed og dermed de berørte borgeres retssikkerhedsmæssige behov at kunne klage. I denne relation har væsentligheds- og behovskriteriet således en åbenbar betydning som *almindelig* lovgiverforudsætning.

Man kan herefter spørge om det forhold at lovgivningsmagten konkret måtte have undladt at give (eller udtrykkeligt forudsat) adgang til særskilt påklage af en væsentlig processuel beslutning, altid vil indebære at denne ikke på ulovbestemt grundlag ville kunne påklages. Der er god grund til at antage at dette ikke vil være tilfældet. Den

manglende klageadgang kunne eksempelvis skyldes forglemmelse eller at lovgiver ikke havde haft anledning til særskilt at overveje klagespørgsmålet. Dette forhold illustreres af ombudsmandens udtalelse i sag j.nr. 1986-1537-220 (jf. afsnit 4.2.1. ovenfor) hvor den manglende udtrykkelige klageadgang må antages at have beroet på en forglemmelse⁸⁷. Dette forhold er der nu rent administrativt rådet bod på idet der er skabt hjemmel til særskilt påklage af en beslutning om tvangsindgreb efter skattekontrollovens § 9 til Landsskatteretten, jf. § 1, stk. 1, nr. 133, i bekendtgørelse nr. 1262 af 24. oktober 2007. Der er herefter ikke tvivl om at sådanne beslutninger er afgørelser i forvaltningslovens forstand uagtet deres procesledende karakter.

Retssikkerhedssynspunkter har således tilsyneladende afgørende betydning for lovgivers stillingtagen til om en given processuel beslutning kan påklages særskilt. Det er herefter nærliggende at antage at der for så vidt angår sådanne beslutninger er en særlig plads til det i det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb indeholdte væsentligheds- og behovskriterium der jo netop er udtryk for sådanne retssikkerhedshensyn. Lægges linjen fra U 2008.636 H til grund, kan man på denne baggrund fremsætte følgende – forsigtige – *arbejdshypotese*:

En lovhjemlet administrativ beslutning

- der fastlægger hvad der i et konkret tilfælde er eller skal være ret (dvs. minder om traditionelle afgørelser),
- men som efter sin karakter er procesledende (som fx administrative tvangsindgreb),
- vil kunne *påklages* og dermed være en afgørelse i forvaltningslovens forstand, hvis den udgør et særligt væsentligt indgreb overfor den berørte borger, og denne har behov for adgang til påklage,
- medmindre der i loven er fortolkningsmæssige holdepunkter for at antage at lovgivningsmagten har overvejet eller haft særlig anledning til at overveje spørgsmålet om særskilt klage.

Arbejdshypotesen har et snævrere teoretisk anvendelsesområde end både det udvidede og (Rønsholdts) behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Dette skyldes på den ene side at der skal foretages en *kombineret* væsentligheds- og behovsvurdering, jf. den i U 2008.636 H anlagte linje. Det skyldes desuden at der kun bliver plads til en sådan vurdering i de tilfælde hvor lovgivers manglende udtrykkelige stillingtagen til klagespørgsmålet må antages at bero på at man ikke har været (eller haft anledning til at være) opmærksom herpå. Arbejdshypotesen er forenelig med Højesterets resultat i U 2008.422/1 H, hvor der netop heller ikke forelå en udtrykkelig klageadgang. Da arbejdshypotesen er formuleret på baggrund af de spørgsmål dommen rejser, er dette imidlertid ikke overraskende.

⁸⁷ De ellers udførlige bemærkninger i forarbejderne til det oprindelige lovforslag nr. 147 af 14. juni 1946 (forløberer til skattekontrolloven) indeholder således ingen specielle bemærkninger til § 9 om tvangsmæssig indhentelse af oplysninger, men springer behændigt over denne § i lovforslaget.

FOB 2006.644 udgør et derimod et interessant grundlag for en test af arbejdshypotesen. Sagen vedrørte et amtsligt behandlingscenters beslutning om at begrænse stofmisbrugerens adgang til at benytte bisiddere efter forvaltningslovens § 8. Hvis man lagde det udvidede eller Rønsholdts behovsafgrænsede afgørelsesbegreb til grund, måtte man umiddelbart kunne forvente at ombudsmanden ville foretage en *konkret afvejning* af nægtelsesbeslutningens væsentlighed eller de berørte borgeres konkrete behov for partsrettigheder. Beslutninger vedrørende partsrepræsentation kan ikke påklages efter forvaltningslovens ordlyd. Vi vil derfor efter den i dette afsnit formulerede arbejdshypotese kun kunne forvente en sådan afvejning hvis der efter forvaltningslovens motiver *ikke* er grundlag for at antage at lovgiver havde særlig anledning til at behandle spørgsmålet om klageadgang for så vidt angår partsbeføjelser. Havde man derimod en sådan særlig anledning, må man efter arbejdshypotesen forvente samme resultat som efter den traditionelle afgrænsning, nemlig at den manglende adgang til særskilt påklage bliver afgørende uanset den pågældende beslutnings væsentlighed.

For så vidt angik spørgsmålet om den retlige karakter af to konkrete beslutninger hvorved bisidderne blev udelukket fra et møde i forvaltningen, udtalte ombudsmanden uden nærmere argumentation at beslutningen om at afskære muligheden for at benytte repræsentation/bisiddere under behandlingen af en sag *ikke* var en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

Det interessante er i denne sammenhæng at ombudsmanden ikke foretog en nærmere vurdering af beslutningens konkrete væsentlighed i forhold til de berørte stofmisbrugere (eller disses beskyttelsesbehov) hvis *ret* til partsrepræsentation – som er den klare hovedregel efter forvaltningslovens § 8, stk. 1 – blev nægtet. Netop i en sådan sag hvor de berørte borgere tilhører en social gruppe der i mødet med forvaltningen må antages at have et særligt behov for støtte og vejledning gennem partsrepræsentation, er det bemærkelsesværdigt at ombudsmanden uden en udtrykkelig afvejning fastslår at nægtelse af partsrepræsentation ikke er en afgørelse. Ville resultatet mon have været anderledes hvis en af de pågældende stofmisbrugere havde en særlig angst/fobi over for forvaltningen og dermed havde et særligt behov for repræsentation? Når det i forvaltningslovens § 8, stk. 2, fastslås at retten til partsrepræsentation er så grundlæggende en rettighed at kun *væsentlige* hensyn til offentlige eller private interesser kan begrunde nægtelse af partens adgang hertil, må der være grund til at forvente at ombudsmanden – dersom han i sin praksis konsekvent anvendte enten det udvidede eller det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb – i det mindste ville have foretaget en udtrykkelig afvejning. Hermed ville han have åbnet op for at en konkret vurdering af beslutningens væsentlighed/beskyttelsesbehov i forhold til den borger der er blevet nægtet adgang til repræsentation, under andre – mere graverende – omstændigheder ville kunne have ført til et andet resultat.

På trods af den manglende afvejning, skal ombudsmandens resultat dog næppe forstås som udtryk for anvendelsen af det traditionelle afgørelsesbegreb. Dette skyldes at ombudsmanden tilsyneladende følger en lidt særlig linje for så vidt angår beslutninger vedrørende partsbeføjelser efter forvaltningsloven. Gammeltoft-Hansen anfører således at selvom det kunne være nærliggende at antage at væsentlige beslutninger om partsbeføjelser normalt skal anses for afgørelser, så taler forvaltningslovens særlige formulering dog imod en sådan slutning. Det forhold

at forvaltningsloven kun for så vidt angår afslag på aktindsigt indeholder bestemmelse om at afvisningsbeslutningen er en afgørelse, taler således i nogen grad for en *modsætningslutning* hvorefter andre afslag på partsbeføjelser ikke er afgørelser⁸⁸. Man kunne således tale om en særlig lovgiverforudsætning der begrænser anvendelsen af det udvidede eller behovsafgrænsede afgørelsesbegreb.

Denne argumentation kan forklare ombudsmandens bastante udtalelse i FOB 2006.644 og indikerer at udtalelsen ingenlunde kan anses for en generel afstandtagen til hverken det udvidede eller det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb.

Gammeltoft-Hansen har her efter min opfattelse fat i noget af det rigtige. Det er dog ikke det forhold at § 16, stk. 4, anvender ordet ”afgørelse”, der er det vigtige. Det vigtige er det forhold at § 16, stk. 4, hjemler adgang til særskilt påklage af aktindsigtsbeslutningen. Som anført i afsnit 2.1. ovenfor fremgår det udtrykkeligt af de specielle bemærkninger til forvaltningslovens § 22 at beslutninger om aktindsigt er afgørelser *fordi* der i loven er skabt adgang til særskilt påklage. At afslag ifølge § 16, stk. 4, er afgørelser, skyldes således næppe at lovgiver specifikt har ønsket dem omfattet af forvaltningsloven, men er en logisk konsekvens af det forhold at lovgiver har besluttet at disse beslutninger skal kunne påklages særskilt.

Når der således i forarbejderne til forvaltningsloven udtrykkeligt er fastslået *dels* den hovedregel at processuelle beslutninger ikke er afgørelser, *dels*, under henvisning til netop beslutninger om aktindsigt, den undtagelse at processuelle beslutninger der kan påklages særskilt, er afgørelser, må forvaltningsloven netop være et eksempel på en lov hvor lovgiver nøje har overvejet hvilke lovfæstede processuelle beslutninger der kan påklages. Der er herefter ikke noget grundlag for hverken via et udvidet eller behovsafgrænset afgørelsesbegreb at anse procesledende beslutninger om andre partsbeføjelser end aktindsigt for afgørelser. Set i dette lys synes ombudsmandens resultat i FOB 2006.644 og kortfattede begrundelse bedst at kunne forklares af den i dette afsnit formulerede arbejdshypotese særligt vedrørende processuelle beslutninger. Lovgiver havde særlig anledning til at tage stilling til spørgsmålet om klageadgang vedrørende de i forvaltningsloven fastlagte procesbeslutninger. Der er herefter ikke grundlag for på baggrund af en konkret afvejning efter hverken det udvidede eller det (modificerede) behovsafgrænsede afgørelsesbegreb at klassificere andre beslutninger vedrørende partsbeføjelser end aktindsigtsbeslutninger som afgørelser i forvaltningslovens forstand.

Selvom arbejdshypotesen således kan forklare resultatet, kan den dog ingenlunde anses for endeligt verificeret af ombudsmandsudtalelsen idet forvaltningsloven netop indeholdt særlige holdepunkter der talte imod en konkret væsentligheds- og behovsvurdering. Arbejdshypotesen er således desværre ikke for alvor blevet testet – det kan den forhåbentligt blive i fremtidige sager. Arbejdshypotesen udgør dog den bedste forklaring på hvorfor om-

⁸⁸ Jf. Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 50

budsmanden i FOB 2006.644 ikke foretog en konkret væsentlighedsafvejning mens det omvendte var tilfældet i sag j.nr. 1986-1537.220. I førstnævnte sag talte forarbejderne for at lovgiver havde haft anledning til at overveje spørgsmålet om særskilt påklage, mens forarbejderne omvendt var *tavse* for så vidt angår dette spørgsmål i sidstnævnte sag. Da kun en forskel kan forklare en variation, synes arbejdshypotesen således væsentligt underbygget af såvel lovgivnings- som ombudsmandspraksis.

Til yderligere belysning af arbejdshypotesen kan spørgsmålet om habilitetsbeslutningers retlige karakter inddrages i analysen. Det anføres af Gammeltoft-Hansen at beslutninger om afvisning af indsigelser om inhabilitet ”formentlig” er afgørelser⁸⁹. Ligeledes anfører Rønsholdt at beslutninger i habilitetssager må antages at være afgørelser i forvaltningslovens forstand⁹⁰. Umiddelbart synes en sådan kvalifikation ikke at passe med det ovenfor anførte vedrørende forvaltningslovens forarbejders stillingtagen til klagespørgsmålet.

Denne stillingtagen vedrørte imidlertid alene forvaltningslovens partsbeføjelser. I de almindelige bemærkninger til forvaltningsloven anføres således bl.a. følgende vedrørende reglerne om inhabilitet.:

”På nogle sagsområder vil en myndigheds afgørelse af et spørgsmål om inhabilitet og om virkningen heraf endvidere kunne påklages særskilt, dvs. umiddelbart efter, at der er truffet afgørelse om dette spørgsmål, men inden behandlingen af den underliggende sag er tilendebragt.

Efter Justitsministeriets opfattelse er der næppe i praksis et generelt behov for at kunne påklage dette forhold særskilt, når parten kan få spørgsmålet prøvet i forbindelse med en klage over selve afgørelsen. Der er derfor i lovforslaget ikke medtaget generelle regler om adgang til særskilt klage over inhabilitetsafgørelser. Det vil fortsat skulle afgøres for hvert enkelt forvaltningsområde, i hvilket omfang der bl.a. ud fra retssikkerhedsmæssige synspunkter er behov herfor.⁹¹”

Lige præcis for så vidt angår beslutninger om inhabilitet har forarbejderne altså udtrykkeligt afstået fra en generel regulering i loven af spørgsmålet om adgangen til særskilt påklage og i stedet lagt op til at dette afgøres for hvert enkelt forvaltningsområde ud fra *retssikkerhedsmæssige synspunkter*. På netop dette punkt er der således særlige fortolkningsmæssige holdepunkter for – trods den manglende udtrykkelige regulering af klageadgangen – at foretage en konkret behovs- og væsentlighedsvurdering (ud retssikkerhedsmæssige synspunkter) af spørgsmålet om hvorvidt habilitetsbeslutninger kan *påklages særskilt* og dermed er afgørelser i forvaltningslovens forstand. Lige præcis her er således en særlig plads til væsentligheds- og behovsvurderinger.

⁸⁹ Gammeltoft-Hansen m.fl., s. 50

⁹⁰ Rønsholdt, s. 112

⁹¹ Jf. Folketingstidende 1985/86 Tillæg A, sp. 87

Motivudtalelsen synes endvidere at bekræfte det ovenfor anførte postulat om at lovgivningsmagten *generelt* vægter retssikkerhedshensyn (og dermed væsentligheds- og behovsvurderinger) særligt højt når der skal tages til spørgsmål om særskilt påklage af processuelle beslutninger. Dette forhold underbygger arbejdshypotesen om at man på ulovbestemt grundlag – hvor der ikke er konkrete fortolkningsmæssige holdepunkter for et andet resultat – efter en kombineret væsentligheds- og behovsvurdering kan nå frem til at en processuel beslutning kan påklages særskilt. Når man efter sådan vurdering frem til at beslutningen kan påklages særskilt, er der ikke længere tvivl om at beslutningen er en afgørelse i forvaltningslovens forstand.

4.2.3. SAMMENFATNING

Eftersom det i forarbejderne til lov om erhvervsdrivende fonde klart var forudsat at granskningsbeslutninger efter (nu) § 59, stk. 1, skulle kunne påklages særskilt efter (nu) § 62, stk. 2, må det konkluderes at U 2008.422/1 H ikke kan ses som en afstandtagen fra det traditionelle forvaltningsaktsbegreb. Tværtimod kan dommen efter sin formulering forklares såvel det traditionelle som det udvidede og det behovsafgrænsede afgørelsesbegreb.

Ombudsmandens sag j.nr. 1986.1537.220 sammenholdt med FOB 2006.644 og den i U 2008.636 H anlagte linje (hvor i nogen grad åbnes op en kombineret væsentligheds- og behovsvurdering) synes dog at tale for at der for så vidt angår processuelle beslutninger kan være en særlig plads til en kombineret væsentligheds- og behovsvurdering. Dette gælder dog kun i tilfælde hvor lovgivers manglende stillingtagen til spørgsmålet om særskilt påklage må antages at bero på at man ikke har taget (eller haft anledning til at tage) stilling klagespørgsmålet. Dette skyldes at lovgiver må antages i *almindelighed* at vægte retssikkerhedssynspunkter særligt højt ved vurderingen af om processuelle beslutninger bør være genstand for særskilt påklage – en formodning der især bekræftes af forarbejderne til forvaltningsloven selv hvor der for så vidt angår habilitetsbeslutninger udtrykkeligt lægges op til en sådan linje. Refleksvirkningen heraf må dog omvendt være at hvis lovgiver *havde* anledning til at tage stilling til klagespørgsmålet, men alligevel har afholdt sig fra at indsætte eller forudsætte en klageadgang, så er der ingen plads til en sådan væsentligheds- og behovsvurdering, jf. FOB 2006.644, idet lovgiver må antages at have foretaget en sådan retssikkerhedsmæssig afvejning ved sin mere eller mindre udtrykkelige stillingtagen til spørgsmålet om særskilt påklage.

5.0. KONKLUSION

Den teoretiske analyse i afsnit 3.0. påviste at den traditionelle afgrænsning af forvaltningsaktsbegrebet er det af de tre i afsnit 2.0. formulerede afgørelsesbegreber der bedst kan legitimeres i forarbejderne. På baggrund af forarbejdernes klare henvisning til Betænkning 657/1972 må det af Gammeltoft-Hansen formulerede udvidede afgørelsesbegreb ganske afvises som værende legitimeret i forarbejderne.

En samlet vurdering af forarbejderne sammenholdt med den almindelige retsudvikling taler dog mest for et fjerde begreb; en syntese mellem det behovsafgrænsede og det traditionelle afgørelsesbegreb. Dette modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb indebærer at man for så vidt angår beslutninger der i form og indhold minder om – men ikke er – afgørelser i traditionel forstand, kan og skal foretage en kombineret væsentligheds- og behovsvurdering. Disse kriterier skal afvejes overfor hensynet til effektiv forvaltning der dog som udgangspunkt har et forspring (en særlig vægt) i denne afvejning. I tilfælde hvor det kombinerede væsentligheds- og behovskriterium har en særlig vægt, kan det undtagelsesvis være legitimeret at klassificere en beslutning, der ikke er forvaltningsakt i klassisk forstand, som en afgørelse.

På baggrund af den empiriske analyse i afsnit 4.0. må det konkluderes at Højesterets resultat i U 2008.636 H bedst kan forklares med det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb. Da stillingsændringen i form og indhold mindede om tjenstlige forflytninger der efter traditionel opfattelse er afgørelser i forvaltningslovens forstand, var der plads til en væsentligheds- og behovsvurdering. Hver især kunne disse kriterier dog ikke forklare højesterets resultat. Det afgørende var en *kombineret* vurdering af begge kriterier.

For så vidt angår stillingsændringer er det herefter afgørende dels at der er tale om en væsentlig ændring af den pågældende arbejdsforhold, dels at denne ændring er begrundet i forhold der kan bebrejdes den ansatte. For så vidt angår diskretionære advarsler er det afgørende at advarslen indebærer en væsentlig retlig ændring i den ansattes forhold i den forstand at advarslen udgør den retlige forudsætning for at mere indgribende foranstaltninger senere kan bringes i værk som sanktion over for den adfærd der udløste advarslen. Da advarsler pr. definition altid vil være begrundet i forhold der kan bebrejdes den ansatte, vil den ansatte altid i sådanne situationer have et behov for fx partshøring og fyldestgørende begrundelse efter forvaltningsloven.

For så vidt angår procesledende beslutninger, kan det ikke definitivt fastlægges hvilket afgørelsesbegreb Højesteret lagde til grund i U 2008.422/1 H, idet alle de diskutererede afgørelsesbegreber principielt kunne forklare resultatet. Det modificerede behovsafgrænsede afgørelsesbegreb – som udtrykt ved U 2008.636 H – synes dog generelt mest anvendeligt til at forklare hvorfor procesledende beslutninger der ikke udtrykkeligt efter lovgivningen kan være genstand for særskilt påklage, på ulovbestemt grundlag på baggrund af en kombineret væsentligheds- og behovsvurdering kan påklages særskilt og dermed udgøre afgørelser i forvaltningslovens forstand. Der er dog kun plads til en sådan væsentligheds- og behovsvurdering hvis motiverne til den pågældende lov lægger op til en sådan vurdering, eller det klart må antages at lovgiver ikke har haft lejlighed til at tage stilling hertil, eller den manglende udtrykkelige stillingtagen må antages at bero på en forglemmelse.

6.0. LITTERATURLISTE

Andersen, Jon og Nielsen, Elizabeth Bøgild, *Mere om partsbøring i personalesager*, Ugeskrift for Retsvæsen, Litterær Afdeling, 2008 s. 175 ff.

Andersen, Poul, *Dansk Forvaltningsret*, 5. udgave, København, Gyldendalske Boghandel, Nordisk Forlag A/S, 1965

Betænkning nr. 483, 1. del, *Tjenestemandsløven*, 1969

Betænkning nr. 657 *om begrundelse af forvaltningsafgørelser og administrativ rekurs m.v.*, 1972

Dahlberg-Larsen, Jørgen, *Lovene og livet*, 5. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2005.

Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl., *Forvaltningsret*, 2. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003

Garde, Jens, m.fl., *Forvaltningsret – Sagsbehandling*, 6. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2007

Kristiansen, Jens, *Sagsbehandlingsfejl – flytning af lærer*, i Juristen nr. 5, 2008, s. 159 ff.

Mathiassen, Jørgen, *Forvaltningspersonalet*, 2. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000

Revsbech, Karsten, *Forvaltningspersonalet*, 2. udgave, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2009

Rønsholdt, Steen, *Forvaltningsret – Retssikkerhed, proces, sagsbehandling*, 2. udgave, København, Forlaget Thomson A/S, 2006

Vogter, John, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 3. udgave, 2. reviderede oplag, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001