

# Editorial

---

We hereby present Volume 4, Issue 1 of *Retskraft – Copenhagen Journal of Legal Studies*, the fourth overall issue of the Journal.

As with volumes 1–3, we have continued to receive submissions, primarily from students at the Faculty of Law at the University of Copenhagen, eager to have their scientific work presented to a wider audience and improve their skills in academic writing. We are happy that we are still able to fulfill our role as an outlet for young and upcoming scholars, and are particularly thankful to the academics and practitioners who volunteer their time and effort as peer reviewers, helping our authors sharpen their communicative skills and legal methodology.

Since the last issue, Magnus Esmark, co-founder of *Retskraft* and Editor-in-Chief of two volumes, has finished his master's degree and thus left the editorial board. We thank him for the time, effort and passion he has put into the running of the Journal, as well as the mentorship he has provided for the new editors, and wish him luck with his PhD thesis. We also welcome the many new faces that have joined the editorial board and enriched *Retskraft* with new insights and perspectives.

Since its inception, *Retskraft* has been, and will continue to be, a journal which covers many fields of law, including interdisciplinary approaches. As part of this approach, we are planning to publish two Special Issues by the end of 2020, which are susceptible to innovative and broader approaches to the field of law. The first covers *Artificial Intelligence and Legal Disruption*, the second *EU Law & Politics*. We hope that these Special Issues will prompt many interesting contributions.

The fact that *Retskraft* is a broad and generalist journal is also reflected in the variety of contributions to the present issue.

In the field of constitutional law and human rights, Kristoffer William Homann Kitlen examines whether the Danish implementation of the Bank Recovery and Resolution Directive, specifically the 'bail-in' power, constitutes expropriation under section 73(1) of the Danish Constitution and Article 1, Protocol 1 of the European Convention on Human Rights.

In the field of EU law and administrative law, Emma Aagaard Helt critically examines the ‘trusted flagger’-system created by the European Union to fight the spread of hate speech online.

Returning to human rights law, as well as comparative law, Ana Stella Ebbersmeyer examines the prohibition against enforced disappearances of persons and how it has affected the national legal systems in Argentina and South Africa.

Finally, in the field of labour law, Louis Wolf Kristiansen examines to what extent an employer can regulate the leisure time of its employees under Danish labour law based, *inter alia*, on a judgment of the Danish Labour Court regarding a ban on employee cryptocurrency trading by the Danish bank Nordea.

We thank the authors for their contributions, and hope that you enjoy reading the issue.

# Når de store banker går ned

## En analyse af afviklingsværktøjet bail-in og beskyttelsen af den private ejendomsret

---

Kristoffer William Homann Kitlen\*

This article examines one of the legal challenges of bail-in. Bail-in is a resolution tool which among other things give the resolution authorities the ability to convert liabilities of an institution to equity, without the consent of the creditors. The main purpose of the bail-in tool is to recapitalize an institution without state funded bail-outs. The object of this article is to determine if the use of bail-in interferes with creditors property rights as protected in the Danish constitution and in Article 1 of protocol 1 of the European Convention of Human Rights.

This article concludes that the use of bail-in interferes with creditors property rights as protected in the Danish constitution and in Article 1 of protocol 1 of the European Convention of Human Rights. My conclusion is based on an analysis of the bail-in tool and an overall assessment. My analysis leads to conclusion that the use of bail-in, or more precisely, the conversion of creditors claims to shares or other ownership instruments will constitute expropriation of private property in accordance with section 73 (1) of the Danish constitution and Article 1 of protocol 1 of the European Convention of Human Rights. Furthermore, the article concludes that bail-in however is necessary to safeguard essential social considerations that cannot be met by bankruptcy proceedings or state-financed rescue packages.

### Indledning

Når historikere en gang i fremtiden ser tilbage til begyndelsen af det 21. århundrede, vil de sandsynligvis identificere to samfundschok. Det første er

---

\* Kandidatstuderende ved Københavns Universitet [kristoffer.whk@gmail.com]

terrorangrebene den 11. september 2001. Det andet er den globale finanskriser, som for alvor eskalerede med sammenbruddet af Lehman Brothers i 2008. Terrorangrebene den 11. september førte til krige i Afghanistan og Irak og en ny geopolitisk virkelighed. Lehman Brothers' konkurs førte til et økonomisk, politisk og retligt opgør med finanssektoren og den finansielle regulering. Ligesom kampene mod terror fortsætter, så er den økonomiske, politiske og retlige håndtering af krisen langt fra forbi. Denne artikel fokuserer dog hverken på den globale finanskriser eller på risikoen for en ny finanskriser. Den fokuserer alene på et særligt delaspekt af lovgivers forsøg på at håndtere krisen, nemlig afviklingsværktøjet bail-in, som er udviklet for at sikre en stærk og robust finansiell sektor i tilfælde af en ny global finanskriser.

Artiklen bidrager med en analyse af, hvorvidt Grundlovens § 73 og Den Europæiske Menneskerettighedskonventions 1. tillægsprotokol artikel 1 yder beskyttelse mod bail-in. Artiklens fokus har sin baggrund i, at retstilstanden er uklar, idet spørgsmålet endnu ikke er behandlet i retspraksis eller i den juridiske litteratur, på trods af, at bail-in kan have særdeles indgribende konsekvenser for de berørte kreditorers rettigheder, og at spørgsmålet (i tilfælde af en ny finanskriser) kan gå få stor praktisk betydning. For at koncentrere artiklen mest muligt vil jeg alene analysere spørgsmålet om ekspropriation beføjelsen til at konvertere fordringer til aktieandele og ikke beføjelsen til at nedskrive. Derudover er mit hovedfokus på beskyttelsen af privat ejendomsret efter Grundloven.

Afståelse af privat ejendom er et alvorligt indgreb i individets personlige frihed, og indgrebet skal derfor være legitimeret af tungtvejende hensyn, og af hensyn til retssikkerheden er det et grundlæggende princip, at retsreglerne skal være klare og gennemskuelige. Analysen er vigtig fordi den angår et indgribende juridisk værktøj som ekspropriation. Endvidere er analysen vigtig fordi reglerne kan udgøre en juridisk risiko for Finansiell Stabilitet, idet berørte kreditorer vil kunne rette et krav på baggrund af myndighedernes indgriben i deres private ejendomsret.

For så vidt angår bail-in, vedtog Folketinget i kølvandet på den globale finanskriser den 26. marts 2015 lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder (RAL). De danske regler om bail-in følger af RAL. Bail-in defineres i RAL § 2, stk. 1, nr. 4, og skal forstås som nedskrivning af

forpligtelser og/eller konverteringen af forpligtelser til egenkapital. Kort fortalt giver RAL § 24 hjemmel til, at Finansiell Stabilitet uden samtykke kan pålægge kreditorer, at bære en del af en virksomheds eller enheds tab, ved at disse kreditors krav på virksomheden eller enheden helt eller delvist nedskrives og/eller konverteres til aktier eller andre ejerskabsinstrumenter, bl.a. med det formål at rekapitalisere virksomheden, jf. RAL § 24, stk. 2. Det kan ske ”ud fra hensynet til offentlighedens interesse”, ved at minimere negative konsekvenser på samfundsøkonomien og det finansielle system samt beskytte kunder og indskydere, uanset at bail-in kan være særdeles indgribende i de berørte kreditors rettigheder. Bail-in kan gennemføres på alle efterstillede og ikke-efterstillede forpligtelser, som ikke er undtaget fra bail-in i henhold til reglerne i RAL §§ 24 og 25.

Det centrale er, at bail-in sker uden kreditors samtykke.

## 1. Afviklingsværktøjet bail-in

Historien om bail-in er kort men begivenhedsrig. Begrebet bail-in blev for første gang brugt i en artikel i *The Economist* fra 2010 af Paul Calello og Wilson Ervin.<sup>1</sup> I artiklen blev der argumenteret for en mekanisme, som indebærer;

A ‘bail-in’ process for bank resolution is a potentially powerful ‘third option’ that confronts this problem head-on. It would give officials the authority to force banks to recapitalise from within, using private capital, not public money.<sup>2</sup>

I 2011 tog Financial Stability Board (FSB) ideen op, og bail-in blev et kerneelement i FSB’s ”Key Attributes” for effektive afviklingsredskaber for

---

<sup>1</sup> Paul Calello var chefen for Credit Suisse’s investeringsbank og Wilson Ervin var dens tidligere chef for risikovurdering.

<sup>2</sup> Paul Calello og Wilson Ervin, ‘From bail-out to bail-in’ *The Economist* (28. januar 2010) <<https://www.economist.com/finance-and-economics/2010/01/28/from-bail-out-to-bail-in>>.

finansielle virksomheder.<sup>3</sup> FSB anbefaler heri, at myndighederne får lovbestemte beføjelser til at nedskrive egenkapital og / eller konvertere fordringer i det omfang det er nødvendigt for at absorbere bankens tab.<sup>4</sup> The Financial Stability Board (FSB), er en international organisation. FSB overvåger det globale finansmarked og kommer med anbefalinger til tiltag, der kan forbedre den finansielle stabilitet i verden. Bail-in blev også det innovative omdrejningspunkt i EU's nye krisehåndteringsdirektiv<sup>5</sup> – Bank Recovery and Resolution (BRRD),<sup>6</sup> som blev vedtaget i 2014.

Store dele af BRRD blev implementeret i dansk ret i 2015 gennem lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder (RAL).<sup>7</sup> Med gennemførelsen af BRRD i dansk ret introduceres en række nye beføjelser og kompetencer til Finanstilsynet og Finansiell Stabilitet og bail-in blev nu et afviklingsværktøj i dansk ret. BRRD og RAL er baseret på den opfattelse, at omkostningerne ved en finanskriser først og fremmest skal bæres af ejerne (aktionærerne m.v.), og dernæst efterstillede kreditorer, kreditorer, som er omfattet af bail-in i overensstemmelse med den nu tilpassede konkursorden og under visse omstændigheder af banksektoren som helhed.<sup>8</sup> Desuden er det et grundlæggende princip, at bail-in ikke må stille ejere og kreditorer dårligere, end hvis virksomheden var blevet taget under almindelig konkursbehandling.<sup>9</sup>

I EU fulgte skiftet væk fra skattefinansierede redningspakker (bailout) mod privatfinansieret bankafvikling (bail-in) ikke kun af den internationale tendens – primært sat af FSB –, men også fordi bail-in viste sig at blive en ”game

---

<sup>3</sup> Financial Stability Board, ‘Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions’ (15. oktober 2014) nr 3.5–3.6. Original version: G20, ‘Communiqué: G20 Leaders Summit – Cannes – 3-4 November 2011’ (Cannes, 4. november 2011), afsnit 13.

<sup>4</sup> Financial Stability Board (n 3) nr 3.2.

<sup>5</sup> Europa-Parlamentet og Rådet vedtog direktiv 2014/59/EU af 15. maj 2014 om et regelsæt for genopretning og afvikling af kreditinstitutter og investeringsselskaber [2014] EUT L173/190.

<sup>6</sup> Direktiv 2014/59/EU (n 5), betragtning 1.

<sup>7</sup> Lov 2015-03-31 nr 333 om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder.

<sup>8</sup> De almindelige bemærkninger til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

<sup>9</sup> *ibid.*

changer”<sup>10</sup> i forhandlingerne om bankunionen, da bail-in lettede medlemsstaternes frygt for forhøjede skatteoverførsler til EU.<sup>11</sup> På trods af bail-ins popularitet forbliver bail-in blandt de mest omtvistede elementer i (BRRD) finansiell regulering, og debatten om anvendelsesområdet og rimeligheden af bail-ins anvendelse fortsætter både i EU og internationalt.<sup>12,13</sup> I Danmark er debatten og litteraturen angående bail-in derimod sparsom – for at sige det mildt.

Bekymringerne er delvist rodfæstet i den indgribende karakter af bail-in. Ved afviklingen af finansielle virksomheder beslutter myndighederne – Finansiell Stabilitet<sup>14</sup> i Danmark – hvornår en kreditor skal bære hvilket beløb af bankens tab. Finansiell Stabilitet skal anvende bail-in baseret på de principper og objektive elementer, der er fastsat i RAL, men ofte med en stor fortolkningsgrad og skønsmargin. Da retspraksis og klare retningslinjer endnu ikke er udviklet, er udfordringerne forbundet med bail-in mange – nogle klart retlige mens andre mere politisk og (macro-økonomisk) karakter.

---

<sup>10</sup> Seraina Grünewald, ‘Legal challenges of bail-in’ i ECB Legal Conference, *ECB Legal Conference 2017 – Shaping a new legal order for Europe: a tale of crises and opportunities* (European Central Bank 2017).

<sup>11</sup> Meddelelse fra Kommissionen om statsstøtteregelelernes anvendelse fra den 1. august 2013 på støtteforanstaltninger til fordel for banker i forbindelse med finanskrisen («Bankmeddelelsen») [2013] EUT C216/1, para 42.

<sup>12</sup> Grünewald (n 10).

<sup>13</sup> Se bl.a. de glimrende fremstillinger ‘Making Bank Resolution Credible’ af John Armour, ‘To Bail-in, or to Bail-out, that is the Question’ af Marco Bodellini, og ‘Legal challenges of bail-in’ af Seraina Grünewald.

<sup>14</sup> Finansiell Stabilitet er en selvstændig offentlig virksomhed. Finansiell Stabilitet skal medvirke til at sikre finansiell stabilitet i Danmark, særligt ved at restrukturere og afvikle visse nødlidende finansielle virksomheder. Finansiell Stabilitet varetager desuden den danske indskyder- og investorgarantiordning ved Garantiformuen. Herudover varetager Finansiell Stabilitet afviklingen af de resterende aktiviteter overtaget i medfør af de tidligere bankpakker – se <https://www.fs.dk/om-os>.

## 2. Hvornår er der tale om ekspropriation efter Grundlovens § 73, stk. 1, 1. pkt.?

Sammenlignet med bail-in har beskyttelsen af den private ejendomsret en lang historie, og udgør i dag en hjørnesten i Danmarks demokrati og økonomiske system. Grundlovens § 73 fastsætter i stk. 1 følgende:

Ejendomsretten er ukrænkelig. Ingen kan forpligtes at afstå ejendom, uden hvor almenvellet kræver det. Det kan kun ske ifølge lov og mod fuldstændig erstatning.

Det fremgår af bestemmelsen, at ”Ingen kan forpligtes at afstå ejendom”. Af bestemmelsen kan der udledes tre krav for at Grundlovens § 73 kan yde beskyttelse mod indgreb, herunder bail-in.<sup>15</sup> For det første skal indgrebet være rettet mod *ejendom* i Grundlovens forstand. For det andet skal indgrebet have karakter af *afståelse*, og ikke blot erstatningsfri regulering. For det tredje skal ejendomsbegrebet være rettet mod en beskyttet ejer – ”*ingen kan forpligtes*”.<sup>16</sup> Disse tre krav danner grundlaget for min vurdering af hvorvidt *bail-in* udgør et ekspropriativt indgreb, som kun må ske ifølge lov, hvor det kræves af almenvellet og mod fuldstændig erstatning til den ramte ejer, jf. Grundlovens § 73, stk. 1, 2. og 3. pkt.

### 2.1 Er fordringer ejendom i Grundlovens § 73's forstand?

Bail-in defineres i RAL § 2, nr. 4 som nedskrivningen af forpligtelser eller konvertering af forpligtigelser til egenkapital. Artiklens omdrejningspunkt er selve konverteringen af forpligtigelser. Forpligtigelser skal i denne sammenhæng forstås som en kreditors fordringsrettigheder eller krav. Konvertering af disse forpligtigelser fungerer på den måde, at Finansiell Stabilitet kan pålægge visse kreditorer, at bære en del af en virksomheds eller enheds tab, ved at disse kreditorens krav på virksomheden eller enheden helt eller delvist konverteres til

---

<sup>15</sup> Jens Peter Christensen, Jørgen Albæk Jensen og Michael Hansen Jensen, *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016) 451.

<sup>16</sup> *ibid.*



aktier eller andre ejerskabsinstrumenter, med det formål at tabsabsorbere eller rekapitalisere virksomheden i medfør af RAL § 24, stk. 2.<sup>17</sup> Spørgsmålet er derfor, om en fordring er ejendom i Grundlovens § 73's forstand.

Ejendomsbegrebet i Grundlovens § 73, stk. 1, 1. pkt., skal forstås bredt, og forenklet kan det siges, at enhver i lovgivningen anerkendt ret for den berettigede til at udnytte et givent gode er omfattet,<sup>18</sup> hvorfor at fordringsrettigheder naturligvis er omfattet. Dette følger også af U 1987.1 H (Lægehonorar-sagen). Dommen omhandler et lovindgreb i Praktiserende Lægers Organisations (PLO) overenskomst med sygesikringen. Østre Landsret udtalte, at den ved landsoverenskomsten måtte anses for et formuegode omfattet af beskyttelsen efter Grundlovens § 73, hvilket Højesteret ikke modsagde sig.<sup>19</sup> En sådan aftale er en fordringsrettighed på lige fod med en kreditors krav mod en bank. Forpligtelser omfattet af reglerne i RAL er derfor ejendom i Grundlovens § 73, stk. 1, 1. pkt. forstand.

## 2.2 Har bail-in karakter af tvangsmæssig afståelse efter Grundlovens § 73?

Det er udelukkende indgreb i en ejers ejendom, der har karakter af en afståelse, der omfattes af Grundlovens § 73's beskyttelse af ejendomsretten. I visse situationer giver vurderingen af, om et indgreb i en ejers ejendom har karakter af en afståelse eller blot erstatningsfri ejendomsregulering ikke anledning til tvivl.<sup>20</sup> Der hersker fx ikke stor tvivl om, at der foreligger afståelse af ejendom, i det tilfælde, hvor en fast ejendom overføres fra en borger til staten til brug for anlæg af en ny vej eller andet offentlig anlæg. Det er den klassiske ekspropriationssituation.<sup>21</sup>

Det er derimod mere uvist, hvorvidt bail-in eller mere præcist, hvorvidt Finansiell Stabilitets konvertering af kreditors krav på virksomheden eller

---

<sup>17</sup> De specielle bemærkninger § 24 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

<sup>18</sup> Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1. udg, Gyldendal 1954) 741.

<sup>19</sup> U 1987.1 H.

<sup>20</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 455.

<sup>21</sup> *ibid.*

enheden til aktier eller andre ejerskabsinstrumenter, jf. RAL § 24, kan karakteriseres som tvangsmæssig afståelse.

I den forfatningsretlige teori er der enighed blandt Poul Andersen, Alf Ross og Henrik Zahle om, at grænsen mellem de indgreb, der må karakteriseres som afståelse i Grl. § 73's forstand og de indgreb, der ikke er afståelse, ikke kan trækkes på grundlag af et enkelt kriterium eller moment. Skal grænsen søges trukket, kan det alene ske ved inddragelse af *en række* delvis indbyrdes uafhængige, *momenter*.<sup>22</sup> Som de væsentligste momenter opregner teorien overførelseskriteriet, intensitetskriteriet, indgrebets begrundelse (causa) samt indgrebets grad af generalitet. Denne opregning er ifølge Alf Ross ikke udtømmende.<sup>23</sup>

Kriterierne er baseret på retspraksis.<sup>24</sup> Disse kriterier udgør grundlaget for min vurdering af, om bail-in kan karakteriseres som afståelse eller ej.

### 2.2.1 Kriteriet generelt-konkret

Efter kriteriet generelt-konkret, taler det mod at der er tale om afståelse, hvis et indgreb retter sig mod alle eller alle af en vis kategori,<sup>25</sup> medens det omvendt kan tale for afståelse, hvis kun enkelte eller enkelte inden for en vis kategori rammes af indgrebet.<sup>26,27</sup> Uanset kriteriet ikke i sig selv er fuldstændigt klart og skarpt, er det dog det kriterium som fremhævet af Max Sørensen, der har haft og stadig har den mest fremtrædende plads med hensyn til afståelsesbegrebets fastlæggelse.<sup>28,29</sup> Bent Christensen fremfører det synspunkt, at domstolene vil

---

<sup>22</sup> Andersen (n 18) 734–43; Henrik Zahle, *Dansk Forfatningsret 3* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004) 161–80; Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret II* (Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck 1966) 666–77.

<sup>23</sup> Ross (n 22) 670.

<sup>24</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 456.

<sup>25</sup> U 1972.603 H, jf U 1971.666 (Molersagen).

<sup>26</sup> U 1980.955 (Greendane-sagen).

<sup>27</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 456.

<sup>28</sup> Max Sørensen, *Statsforfatningsret* (2. udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1973) 410.

<sup>29</sup> Jørgen Rønnow Bruun og Jens Peter Christensen, 'Er lovindgreb i kollektive overenskomster ekspropriation?' [1988] Ugeskrift for Retsvæsen B 393.

yde erstatning, hvor ”en enkelt eller enkelte inden for den kategori af ejere, hvis ejerrådighed begrænses, rammes atypisk eller uforudset hårdt”.<sup>30</sup> Henning Skovgaard anfører i sin disputats, at hovedvægten i grænsedragningen mellem afståelse og ikke afståelse bør lægges på den atypiske byrde som en syntese af de gængse momenter. Herved påpeger Henrik Skovgaard, at ikke kun den uligelige behandling, men også den individuelle byrdefuldhed skal tillægges vægt.<sup>31</sup>

Ved vurderingen af bail-in efter kriteriet generelt-konkret forekommer det, at indgrebet i kreditorers ejendom umiddelbart er generelt. Da alle institutter potentielt har systemisk karakter, har Finansiell Stabilitet mulighed for at afvikle et hvilket som helst institut omfattet af RAL § 1. Bail-in kan anvendes på alle den pågældende virksomheds eller enheds ikke-undtagne forpligtelser jf. RAL § 25. Det kan altså siges, at bail-in er et generelt indgreb, fordi bail-in kan ramme alle af en vis kategori af kreditorer.

Spørgsmålet er imidlertid, om det bør tillægges særlig stor vægt. Det forhold, at lovens form er generel, og kan ramme en mere eller mindre bred gruppe kreditorer på grundlag af bestemte kriterier skal tillægges mindre vægt i forhold til den omstændighed, at bail-in ganske vilkårligt kan pålægges nogle få kreditorer inden for samme kategori særligt hårdt. Det taler klart for afståelse, jf. U 1987.1 H (Lægehonorar-sagen), hvori Østre Landsret anerkender, at et i formen generelt indgreb kan være ekspropriativt, hvis det konkret må vurderes som ekstraordinært og alene med virkning for en lille gruppe.

Konvertering af forpligtelser kan pålægges nogle få kreditorer inden for samme kategori, og kan resultere i forskelsbehandling af kreditorer, fordi RAL indeholder en række undtagelser fra bail-in, som i princippet strider mod lovens eget overordnede princip, om at kreditorerne i virksomheden eller enheden skal bære tabene såvel som afviklingsprincippet, om at tab skal bæres i overensstemmelse med konkursordenen. Undtagelserne indebærer, at Finansiell Stabilitet har en skønsmæssig beføjelse til helt eller delvist at undlade at foretage bail-in af visse kreditorers krav, jf. RAL § 25, stk. 4. Det følger af bemærkningerne RAL § 25, stk. 4., at disse undtagelser må antages at være

---

<sup>30</sup> Bent Christensen, 'Almindelige synspunkter' i WE von Eyben (red), *Dansk Miljøret* 1. bind (Akademisk Forlag 1978) 153.

<sup>31</sup> Henning Skovgaard, *Offentlige myndigheders erstatningsansvar* (Gads Forlag 1983) 67 f.

begrænset til "helt særlige tilfælde" og skal være "strengt nødvendige og rimeligt" for at banken kan fortsætte med kritiske funktioner og for at undgå en afsmittende virkning.

Det væsentlige i denne sammenhæng er ikke om, der vil ske en usaglig forskelsbehandling, men om der kan ske en faktisk forskelsbehandling. Hvis få kreditorer inden for samme gruppe af kreditorer kan rammes særligt hårdt, er der ikke tale om et generelt indgreb, men et konkret indgreb, hvilket efter kriteriet generelt-konkret taler for afståelse. Det fremgår også af bemærkningerne til RAL § 25, stk. 4, at hvis Finansiell Stabilitet beslutter at udelukke eller delvist udelukke ellers egnede forpligtelser eller en kategori af forpligtelser fra bail-in, kan omfanget af den nedskrivning eller konvertering, der foretages, øges for andre forpligtelser for at tage højde for sådanne udelukkelse.

Konsekvensen af at udtage visse kreditorers forpligtelser mod bail-in er at man øger byrderne for de ikke-undtagne kreditorer, hvilket betyder, at denne lille gruppe af kreditorer rammes særligt hårdt. På baggrund af Finansiell Stabilitets skønsmæssige afgørelse kan ikke-undtagne kreditorer blive påført et større tab end andre kreditorer inden for samme kategori.

Man kan godt forestille sig en situation, hvor ikke-undtagne kreditorer bliver ringere stillet end undtagne kreditorer, uanset at de ikke-undtagne kreditorer. Det skal dog bemærkes, at det såkaldte "no creditor worse off"-princip, netop skal sikre, at ikke-undtagne kreditorer kun påføres et mindre eller tilsvarende tab, som under en hypotetisk konkursbehandling. Det såkaldte "no creditor worse off"-princip følger af BRRD's artikel 34(1)(g), jf. artikel 73-75 og som implementeret i RAL § 49. Den bærende tanke ved "no creditor worse off"-princippet er at ingen ejere af ejerskabsinstrumenter, som defineret i RAL § 2, stk. 1, nr. 9, herunder pengeinstituttets aktionærer eller kreditorer må påføres større tab, end hvis pengeinstituttet var blevet afviklet ved konkurs.

"No creditor worse off"-princippet sikrer imidlertid ikke direkte mod forskelsbehandling af kreditorer i samme kategori, fordi princippet retter sig mod kreditorernes stilling i en hypotetisk konkurs, medens princippet ikke retter sig mod forholdet mellem de enkelte kreditorer i samme kategori, herunder de undtagende og de ikke-undtagende.

Under disse betingelser kan bail-in reglerne resultere i forskelsbehandling af kreditorer i samme kategori i strid med lighedsprincippet og overtræde

afviklingsprincippet om, at tab skal bæres i overensstemmelse med konkursordenen, idet kreditorer i samme kategori kan undtages.

Sammenfattende kan Finansiell Stabilitets beføjelse til at undtage kreditorer fra bail-in resultere i en uligelig behandling, som kan ramme en lille gruppe kreditorer særligt hårdt set i forhold til den kreds af kreditorer, som kan nyde godt af at blive undtaget fra bail-in. Kriteriet generelt-konkret peger i retningen af, at der er tale om afståelse af ejendom.

### 2.2.2 Causa-kriteriet

Efter causa-kriteriet tillægges indgrebs begrundelse betydning. Det antages traditionelt, at hvis et indgreb er begrundet i at afværge en fare fra et ejendomsgode, er det et forhold, der peger væk fra ekspropriation. Fra retspraksis kan der henvises til U 2000.1. H hvor Højesteret fastslog, at nedslagtningen af en smittefarlig husdyrbesætning ikke berettigede til erstatning efter Grundlovens § 73.<sup>32</sup> Ofte kan der dog ikke tillægges et indgrebs begrundelse afgørende betydning ved afgrænsningen mellem afståelse og erstatningsfrie reguleringer efter Grundlovens § 73, stk. 1, 1. pkt.<sup>33</sup>

Efter causa-kriteriet taler det således mod afståelse, at Finansiell Stabilitet anvender bail-in under hensyn til de almene saglige kriterier, som følger af RAL § 5. Det fremgår af de almindelige bemærkninger til RAL, at bail-in-værktøjet har til formål, at sikre, at banker kan afvikles uden at bringe den finansielle stabilitet i fare, med henblik på at genoprette dens levedygtighed.<sup>34</sup> Fra retspraksis kan der henvises til U 1982.109 H (Fiskeformalingssagen), hvor Højesteret fandt, at et forbud mod formaling af fisk ombord på skibe, som kun ramte nogle få fartøjer, ikke indebar en afståelse, idet forbuddet måtte anses ”som led i en efter almene saglige hensyn foretaget regulering af fiskerierhvervets forhold.”<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 459.

<sup>33</sup> *ibid.*

<sup>34</sup> De almindelige bemærkninger nr 4.3.2. til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

<sup>35</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 456.

Efter causa-kriteriet er det dernæst relevant at stille spørgsmålstejn ved, om bail-in er det eneste tænkelige middel til opnåelse af formålet, som beskrevet ovenfor.<sup>36</sup> Besvarelsen af dette spørgsmål kræver en analyse med udgangspunkt i den globale finanskrisen, og hvordan lovgiver har håndteret krisen. Hvis alternativerne til bail-in kan afværge samme fare/opnå samme formål, taler det efter causa-kriteriet for at der tale om afståelse, fordi indgrebet i de berørte kreditors ejendom ikke kan retfærdiggøres med indgrebets begrundelse.

Problemet ved at anvende almindelig konkursbehandling når de store banker går ned, er at konkursbehandling ikke sikrer videreførelse af institutternes kritiske funktioner og bevarelse af den finansielle stabilitet.<sup>37</sup> Endvidere kan konkursbehandling af store banker tage flere år, idet formålet bl.a. er at maksimere værdien af aktiver i den mislykkede virksomhed i kreditorenes interesse.<sup>38</sup> Efter causa-kriteriet må den berørte kreditor tåle, at Finansiell Stabilitet konverterer vedkommendes fordring, uanset at der herved sker indgreb i den berørte kreditors ejendomsret, fordi indgrebet er begrundet i at afværge fare fra finansmarkederne og samfundet. Ved vurderingen af bail-in ud fra causa-kriteriet taler samtlige hensyn mod afståelse.

### 2.2.3 Overførselskriteriet

Efter overførselskriteriet taler det for, at der er tale om afståelse, hvis en ejendomsret overføres fra en person til en anden (eller til staten).<sup>39</sup> Det tillægges således vægt, om der med konverteringen af forpligtelser til aktieandele sker en tilintetgørelse af rettigheder, en begrænsning i kreditors rådighed, eller om der sker en reel overførsel af rettigheder til andre.<sup>40</sup> Kun sidstnævnte tilfælde taler for afståelse.

På den ene side taler det efter overførselskriteriet mod afståelse, at der ved konverteringen ikke overføres en rettighed til en anden. Derimod tilintetgøres

---

<sup>36</sup> Bruun og Christensen (n 29).

<sup>37</sup> Europa-Kommissionen, 'Bank recovery and resolution proposal: Frequently Asked Questions' (6. juni 2012).

<sup>38</sup> *ibid.*

<sup>39</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 456.

<sup>40</sup> Bruun og Christensen (n 29).

de berørte kreditorers krav og erstatter dem med en nye rettigheder, nemlig aktieandele. Når Finansiell Stabilitet konverterer kreditorers krav mod fx en bank til aktier eller andre ejerskabsinstrumenter, jf. RAL § 24, ”forsvinder” kravet, og kreditor opnår ejerskab af en del af virksomheden i stedet, hvilket taler mod afståelse, idet der ikke sker en overførelse. Det støttes af det forhold, at konverteringen er permanent, jf. RAL § 46, stk. 1. Fra retspraksis kan der henvises til U 1967.22 H (Første håndskriftssag) om overførelsen af en række håndskrifter og noget kapital tilhørende en privat stiftelse til Islands Universitet.

På den anden side taler det efter overførelseskriteriet for afståelse, at de berørte kreditorers ret til at ændre i kontrakt vilkår overføres til Finansiell Stabilitet, således at Finansiell Stabilitet efter RAL § 24 kan konvertere kreditorers fordringer mod en virksomhed til aktier eller andre ejerskabsinstrumenter. RAL § 30 tillægger Finansiell Stabilitet en ganske vid beføjelse til at regulere i virksomhedens eller enhedens kontrakter, således kreditorer under hensynet til gennemførelsen af afviklingsmål – (se afsnit 2.2.2) – skal tåle, at virksomhedens eller enhedens kontrakter kan ophæves eller ændres, med henblik på at anvende bail-in, herunder konvertering af relevante kapitalinstrumenter, uanset at der herved sker indgreb i kreditorers rettigheder.<sup>41</sup>

Spørgsmålet er imidlertid om Finansiell Stabilitets beføjelse til at regulere kontrakter med henblik på at konvertere fordringer udgør en overførelse af kreditorers rettigheder. Sagt med andre, er det vigtigt om konverteringen angår en overførelse af kreditors egen rådighedsret. Spørgsmålet kan besvares ved at sammenligne situationen med, hvordan betingede konvertible obligationer også kan ændre status fra kapital til en aktieandel. Betingede konvertible obligationer er kapital, der kan ændre status (konvertibel) til fx en aktieandel, hvis nogle foruddefinerede begivenheder indtræffer. Betingede konvertible obligationer har grundlæggende samme formål som bail-in, idet de er udstedt for at kunne absorbere tab, hvis udsteder kommer i vanskeligheder. Modsat bail-in er vilkårene for konverteringen naturligvis aftalt mellem parterne og vil være angivet i dokumentationen for obligationen.

---

<sup>41</sup> De specielle bemærkninger § 30 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

Det faktum, at det kræver en aftale at gøre en obligation konvertibelt viser, at det er en del af en ejers rådighedsret over en fordring, at kunne gøre den konvertibelt. Når Finansiell Stabilitet uden ejerens (kreditors) samtykke konverterer fordringer, foretager de altså et indgreb i ejerens fulde rådighedsret over fordringen. Med andre ord overføres kreditors ret til fordringen til Finansiell Stabilitet.

Heroverfor skal det efter overførelseskriteriet tillægges vægt, om der med indgrebet blot sker en begrænsning i ejerens rådighed eller, om der sker en reel overførelse af rettigheder til andre.<sup>42</sup> Uanset at konverteringen ikke indebærer en tilintetgørelse af kontrakten, men alene en overførelse af retten til at ændre / regulere i kontrakt vilkår, skal det tillægges vægt, at konverteringen også er en begrænsning af kreditors rådighed.

På trods af, at Finansiell Stabilitets ændring i kontrakt vilkår er en begrænsning af kreditors rådighed, tillægges det derimod afgørende vægt, at konverteringen udgør et indgreb i kreditors fulde rådighedsret, idet konverteringen konflikter med kreditors ret til både at gøre fordringen gældende og ændre i kontraktens vilkår. Konverteringen er derfor et væsentligt indgreb i selve formålet med og grundlaget for fordringens stiftelse.

Sammenfattende er det artiklens påstand, at Finansiell Stabilitet ikke tilintetgøre kreditors ret og erstatter den med en ny ret. Finansiell Stabilitet ændrer vilkårene, på samme måde som parter frivilligt kan aftale at gøre en fordring konvertible. Det er retten til at foretage ændringer i kontrakt vilkår, som overføres Finansiell Stabilitet, og det er denne rådighedsret som fratages kreditor. Efter overførelseskriteriet er der tale om afståelse af ejendom.

Grundlæggende erstattes kreditors ret til at gøre sit krav gældende med en ret til udbetaling af erstatning fra Afviklingsformuen.

---

<sup>42</sup> Bruun og Christensen (n 29).



### 2.2.4 Intensitetskriteriet

Efter intensitetskriteriet taler det mod afståelse, hvis indgrebet er af mindre intensitet. Er der omvendt tale om et meget byrdefuldt indgreb, taler det i retning af afståelse.<sup>43</sup>

Bail-in er af sin natur et byrdefuldt indgreb i kreditorers ejendomsret. Dette er netop et af formålene. Det er ligefrem et overordnede princip i RAL, at kreditorerne i virksomheden eller enheden skal bære tabene. Det følger af de almindelige bemærkninger til RAL, at bail-in-værktøjet har til formål, at sikre,

at det nødlidende instituts aktionærer og kreditorer lider passende tab og bærer en passende del af de omkostninger, der er forbundet med instituttets sammenbrud. Bail-in-værktøjet vil derfor give institutternes aktionærer og kreditorer et stærkere incitament til at overvåge et instituts sundhedstilstand under normale forhold ...<sup>44</sup>

Uanset at bail-in har til formål at være et byrdefuldt indgreb i kreditorers ejendomsret, betyder lovens princip om at ”kreditorer lider passende tab og bærer en passende del af de omkostninger, der er forbundet med instituttets sammenbrud” næppe ikke i sig selv, at der er tale om et *meget byrdefuldt indgreb*, der taler for tvangsmæssig afståelse.

Det taler derimod for afståelse, at bail-in udgør et meget byrdefuldt indgreb, fordi bail-in reglerne er vedtaget med tilbagevirkende kraft. Det følger af den forfatningsretlige teori, at ordninger, der giver de ramte rettighedshavere mulighed for at indrette sig på de nye regler – overgangsregler – ofte vil afsvække indgrebets intensitet.<sup>45</sup> Modsætningsvist kan jeg udlede, at det styrker indgrebets intensitet, at de ramte rettighedshavere ikke har haft mulighed for at indrette sig på de nye regler.

Det fremgår af bemærkningerne til RAL § 17, at ”Bestemmelsen finder også anvendelse på kapitalinstrumenter, som er udstedt før ikrafttræden af denne

---

<sup>43</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 457.

<sup>44</sup> De almindelige bemærkninger til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

<sup>45</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 458.

bestemmelse.”<sup>46</sup> Finansiell Stabilitet kan altså konvertere kreditorers fordringer til aktieandele efter RAL § 17, selv om disse er stiftet før ikrafttræden af loven.

På denne baggrund taler det for tvangsmæssig afståelse, at reglerne om bail-in, er vedtaget med tilbagevirkende kraft, da ikke alle kreditorer har haft mulighed for at indrette sig på de nye regler.<sup>47</sup>

Bail-in udgør derfor et meget byrdefuldt over for de kreditorer, hvis forpligtigelser er stiftet før lovens ikrafttræden, fordi disse kreditorer naturligvis ikke har haft mulighed for at medregne den risiko som følger af bail-in. Det er en risiko, som kan have – væsentlig – betydning i forhold til omkostningerne i forbindelse med fordringen / lånet. Eksempelvis kunne The Financial Times på baggrund af en kundeundersøgelse foretaget af JPMorgan rapportere, at en fjerdedel af de ikke-efterstillede kreditorer har angivet, at de ville nægte at købe kapitalinstrumenter, der ikke er undtaget fra bail-in, hvilket kan øge de gennemsnitlige omkostninger for banklån med 0,87 procent.<sup>48</sup> Intensitetskriteriet peger ligeledes i retningen af afståelse af ejendom.

### 2.2.5 Andre beskyttelseshensyn – herunder uforudsigelighed og uigennemskuelighed

Som nævnt tidligere, er de anvendte kriterier – der ikke er helt skarpe og ikke har en bestemt indbyrdes vægt – ikke udtømmende. I dette tilfælde, hvor flere kriterier peger i retning af afståelse, mens causa-kriteriet peger den modsatte vej, må der foretages en konkret vurdering med udgangspunkt i beskyttelseshensynet bag Grundlovens § 73.<sup>49</sup> Et af beskyttelseshensynene bag Grundlovens § 73, som fremhævet af Bent Christensen;

---

<sup>46</sup> De specielle bemærkninger § 17 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

<sup>47</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 458.

<sup>48</sup> Hal S. Scott, *Connectedness and Contagion* (MIT Press 2016) kap 16, s 200.

<sup>49</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 460.

et af kendetegnene for et nogenlunde velfungerende samfund, at de nødvendige ændringer ikke sker alt for brat, og at ingen gruppers vilkår ændres alt for voldsomt, alt for pludseligt.<sup>50</sup>

Jeg kan heraf udlede, at også indgreb som er uforudsigelige og dermed kan ramme de berørte ejere særligt uforudset hårdt, taler for afståelse. Denne vurdering har karakter af en syntese af kriteriet generelt-konkret og intensitetskriteriet. I min vurdering af hvorvidt bail-in udgør et uforudsigeligt indgreb, som kan ramme de berørte kreditorer uforudset hårdt, er der særligt to momenter i bail-in reglerne, som taler for afståelse. Det første moment er hvordan den værdiansættelse, som fastsætter det beløb, hvormed en kreditors fordring skal konverteres til, er uforudsigelig og subjektiv. Det andet moment er at reglerne for hvornår bail-in kan iværksættes, også er uforudsigelige og uigennemskuelige og kan ramme kreditorer uforudset hårdt.

#### 2.2.5.1 Værdiansættelsen

Det taler for afståelse, at de berørte kreditorer ikke kan vide sig sikker på, at konverteringssatsen repræsenterer en passende compensation, og at værdiansættelsens subjektive karakter kan føre til, at de berørte kreditorer stilles dårligere end ved konkurs. Uforudsigeligheden kan altså resultere i, at de berørte kreditorer ikke ved, at de har lidt et tab og derfor har krav på erstatning.

Af RAL § 24, stk. 3 fremgår, at Finansiell Stabilitet skal gennemføre bail-in på grundlag af en værdiansættelse efter lovens kapitel 3. Finansiell Stabilitet skal herunder vurdere det beløb, hvormed forpligtelserne skal konverteres til aktier for at genoprette den egentlige kernekapitalprocent af banken under afvikling.<sup>51</sup> Vurderingen fastsætter det beløb, hvormed en kreditors fordring skal konverteres til. Det følger af RAL § 18, at konverteringssatsen skal repræsentere en passende compensation, og skal afspejle, at kreditorer i virksomheden eller enheden skal bære tabene, samtidig med at de ikke påføres større tab, end de ville være blevet

---

<sup>50</sup> Christensen (n 30) 141.

<sup>51</sup> De specielle bemærkninger § 24 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

ved en konkursbehandling af virksomheden eller enheden.<sup>52</sup> Fremgangsmåden er imidlertid problematisk i forhold til kreditorers rettigheder af flere grunde.

Uanset at gennemførelsen af bail-in er baseret på flere faktuelle parametre,<sup>53</sup> forbliver vigtige parametre i værdiansættelsen hypotetiske helt til sidst, fordi Finansiell Stabilitet delvist fastsætter konverteringssatsen på grundlag af et estimat af hvordan resultatet af en konkursbehandling for den enkelte kreditor ville have været.

I modsætning til realiseringen af aktiver under konkursbehandling er værdiansættelse et estimat, ikke en kendsgerning, hvorfor værdiansættelserne efter RAL § 24 er subjektive. Det vil formentligt i praksis være svært at finde to uafhængige vurderingspersoner, der kommer til nøjagtig samme konklusioner med hensyn til det estimerede omfang af tab under en hypotetisk konkursbehandling.<sup>54</sup> Der er tale om en meget uforudsigelig proces, og en berørt kreditor kan ikke vide sig sikker på at konverteringssatsen repræsentere en passende kompensation.

Det er i denne sammenhæng ikke afgørende, at de berørte kreditorer stilles dårligere end ved konkurs, men at uforudsigeligheden, og værdiansættelsen subjektive karakter, *kan* føre til at de berørte kreditorer stilles dårligere end ved konkurs, og at de berørte kreditorer ikke kan gennemskue, hvordan Finansiell Stabilitet har fastsat konverteringssatsen. Dette bringer os delvist tilbage til de bekymringer, der er forbundet med skønsbeføjelserne i forhold til undtagelser for bail-in.

Værdiansættelsens subjektive karakter forstærkes endvidere af dens afhængighed af makroøkonomiske forudsætninger. Selvom værdiansættelsen naturligvis ikke altid kan afspejle udfaldet af konkursbehandling en til en, og at en skønsmæssig værdiansættelse nok er den eneste praktiske mulighed, er det vigtigt, at dette ikke udelukker, at specifikke værdiansættelser kan krænke individuelle kreditorers ejendomsret.

---

<sup>52</sup> De specielle bemærkninger § 18 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

<sup>53</sup> De specielle bemærkninger § 24 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

<sup>54</sup> Grünewald (n 10).

Værdiansættelsen medfører på den baggrund en risiko for, at kreditorer stilles dårligere end ved konkurs, da processen af sagens natur beror på en vurdering af udfaldet af en hypotetisk konkursbehandling, som ingen i realiteten kan kende udfaldet af, med den konsekvens at en berørt kreditor ikke kan vide sig sikker på at konverteringssatsen repræsentere en passende kompensation. Det er problematisk for retssikkerheden. Berørte kreditorer får hermed en oplagt mulighed for at anfægte værdiansættelsen og rette et krav mod Finansiell Stabilitet. Uforudsigeligheden forbundet med værdiansættelsen taler for afståelse.

#### 2.2.5.2 Nødlidende eller forventelig nødlidende?

Det taler for afståelse, at grænsen for, hvornår bail-in kan iværksættes, er uforudsigelig og uigennemskuelig. Det gør bail-in mere indgribende, da kreditorer har ikke mulighed for at indrette sig efter reglerne.

Det følger af RAL § 4, at det er Finanstilsynet, der i en administrativ procedure træffer afgørelse om, at en virksomhed er nødlidende eller forventelig nødlidende, og der ikke er andre løsninger, hvorfor virksomheden skal afvikles.<sup>55</sup> På en række punkter er RAL § 4 ikke specifik med hensyn til betingelserne for begrebet ”nødlidende eller forventelig nødlidende”. Det er problematisk, fordi det er vigtigt for kreditorer at de kan indrette sig efter reglerne, og at de kan forudse hvilken risiko der på et givent tidspunkt er for at deres fordring – som jo er en investering – kan blive konverteret til aktieandele. Bail-in er i sig selv et byrdefuldt indgreb i kreditorers rettighed.

Hensynet til hurtig indgriben og en kreditors ejendomsret er her modstridende. Jo mere sandsynlig en banks insolvens bliver, jo mere af en banks værdi kan blive ødelagt uopretteligt, men jo mere sandsynlig en banks insolvens bliver, jo mindre indgribende er bail-in i kreditorers ejendomsret, fordi bankens fremtidige insolvens er uden for enhver tvivl. For at kreditorer kan indrette sig efter bail-in reglerne, må kreditorer kunne besvare spørgsmålet om, hvornår ”forventelig nødlidende” er nok til at anvende bail-in. På den baggrund er

---

<sup>55</sup> De specielle bemærkninger § 4 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

begrebet ”forventelig nødlidende” intet mindre end ekstrapolering af en banks fremtidige insolvens uden rimelig tvivl.<sup>56</sup>

Det fremgår af bemærkningerne til RAL § 4, at en virksomhed er ”forventelig nødlidende” når:

der er objektive elementer til støtte for en konstatering af, at virksomheden i nær fremtid vil misligholde – kravene til fortsat at opretholde en tilladelse til at kunne drive virksomhed.<sup>57</sup>

Herefter henviser bemærkningerne blot til § 224 a, i lov om finansiel virksomhed. Hverken RAL § 4, bemærkningerne hertil, eller § 224 a, i lov om finansiel virksomhed giver en klar sondring mellem hvornår en virksomhed er ”nødlidende” og hvornår den er ”forventelig nødlidende”. Denne sondring må antages at være en nødvendig forudsætning, for at Finans tilsynet kan vurdere, hvornår en virksomhed er ”forventelig nødlidende”.

Fordi hverken loven og forarbejderne ikke giver en klar grænse for, hvornår en virksomhed er forventelig nødlidende, er vurderingen af hvornår en virksomhed er ”forventelig nødlidende”, udelukkende en ekspertvurdering baseret på resultaterne af tilsynsrapporten og evalueringsprocessen efter § 224 a i lov om finansiel virksomhed.<sup>58</sup> Ekspertvurderingen er dog baseret på en række ”objektive elementer”, der er fastlagt i EBA’s retningslinjer for fortolkning af de forskellige situationer, hvor et institut anses for at være nødlidende eller forventeligt nødlidende.<sup>59</sup> Den Europæiske Banktilsynsmyndighed (EBA) er en uafhængig EU-myndighed, som arbejder på at sikre et effektivt og konsekvent regulerings- og tilsynsniveau i hele EU’s banksektor.

Det fremgår af EBA’s retningslinjer, at

---

<sup>56</sup> Grüneward (n 10).

<sup>57</sup> De specielle bemærkninger § 24 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

<sup>58</sup> I overensstemmelse med EBA’s retningslinjer (EBA/GL/2015/07) for fortolkning af de forskellige situationer, hvor et institut anses for at være nødlidende eller forventeligt nødlidende.

<sup>59</sup> EBA/GL/2015/07 (n 58).

Bestemmelserne i disse retningslinjer bør ligeledes finde anvendelse, når en konstatering af, at et institut er nødlidende eller forventeligt nødlidende, gennemføres af den kompetente myndighed i forbindelse med konstateringen af, at et institut ikke længere er levedygtigt med henblik på udøvelsen af nedskrivnings- og/eller konverteringsbeføjelser.

Tilsvarende er listen over objektive elementer ikke udtømmende og bør forblive åbne, da ikke alle kriseomstændigheder med rimelighed kan forudses.<sup>60</sup>

Hverken RAL § 4, eller EBA's retningslinjer indeholder en klar sondring, mellem hvornår en virksomhed er "nødlidende", og hvornår den er "forventelig nødlidende". Endvidere kan der stilles spørgsmålstegn ved, hvorvidt disse "objektive elementer" i realiteten er baseret på et subjektivt skøn over, hvad der sker i fremtiden. Fordi retningslinjerne bestemmer forventelig insolvens eller insolvens i den nærmeste fremtid, er mange af disse objektive elementer naturligvis også fremadrettede og formodende i sig selv.<sup>61</sup> Det er derfor svært, at forestille sig at retningslinjerne er fuldstændige "objektive".

Min påstand er derfor, at reglerne vedrørende, hvornår "forventelig nødlidende" er nok til at Finansiell Stabilitet kan anvende bail-in, ikke giver kreditorer tilstrækkelig mulighed for at forudse, hvornår Finansiell Stabilitet kan konvertere deres krav. Uforudsigeligheden taler for afståelse.

### 2.3 Den beskyttede ejerkreds

Vurderingen af, om bail-in har karakter af ekspropriation, forudsætter ikke blot, at bail-in foretages af en beskyttet ret og opfylder Grundlovens afståelsesbegreb. Indgrebet skal også foretages i forhold til en beskyttet ejer.<sup>62</sup> Det følger af Grundlovens § 73, stk. 1, 2. pkt., at "Ingen kan forpligtes at afstå ejendom, ...", som modsætningsvis må betyde alle ejere. Grundlovens § 73 antages således ikke blot at beskytte fysiske personer, men også alle typer af juridiske personer, som

---

<sup>60</sup> ibid nr 1 og 3.

<sup>61</sup> Grünwald (n 10).

<sup>62</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 464.

er etableret eller overtaget af private – selskaber, foreninger, selvejende institutioner mv.<sup>63</sup> De berørte kreditorer er derfor omfattet af den beskyttede ejerkreds efter Grundlovens § 73.

## 2.4 Sammenfatning – Yder Grundlovens § 73 beskyttelse mod bail-in?

På baggrund af min analyse kan jeg dog også konstatere, at bail-in er rettet mod fordringer som er ejendom i Grundlovens § 73's forstand, at bail-in har karakter af tvangsmæssig afståelse af ejendom, og sidst, at bail-in er rettet mod en beskyttet ejerkreds. En samlet vurdering fører herefter til den konklusion, at anvendelse af bail-in, eller mere præcist, Finansiell Stabilitets konvertering af kreditorers krav på virksomheden eller enheden til aktier eller andre ejerskabsinstrumenter, vil udgøre ekspropriation af privat ejendom.

Reglerne om bail-in i RAL indebærer ikke i sig selv indgreb i kreditorers ejendomsret, men tilvejebringer de nødvendige betingelser herfor. Det er den konkrete udmøntning af reglerne i praksis som vil udgøre et indgreb i kreditorers ejendomsret.

Det skal også bemærkes, at fordi bail-in udgør et ekspropriativt indgreb, betyder nødvendigvis ikke at det i praksis er ulovligt. Det betyder blot, at bail-in kun må ske, ifølge lov, hvor det kræves af almenvellet og mod fuldstændig erstatning til den berørte kreditor jf. Grundlovens § 73, stk. 1, 2. og 3. pkt. Den centrale beskyttelse af de berørte kreditorer ligger i Grundlovens § 73, stk. 1, 3. pkt., krav om, at den, der udsættes for ekspropriation, skal have fuldstændig erstatning for det derved lidte økonomiske tab. Denne garanti sikre i sidste ende, at berørte kreditorer ikke bliver påført større tab, end de ville have under konkursbehandling.

## 3. Almenvellet

Det følger af grundlovens § 73, stk. 1, 2. pkt., at den pågældende ekspropriation skal være "krævet" af almenvellet. I kravet ligger, at en ekspropriation og dens

---

<sup>63</sup> ibid.



udtrækning skal være nødvendig af hensyn til det forfulgte formål – og i det hele taget skal stå i et rimeligt forhold hertil. Lovgivningsmagtens skøn over, at bestemte formål omfattes af almenvellet, kan dog ikke forventes tilsidesat af domstolene, med mindre det er klart, at en ekspropriation slet ikke er begrundet i almene samfundshensyn.<sup>64</sup> Det forholder sig derimod anderledes, hvis at kriteriet almenvellet eller lignende er brugt i en ekspropriationslov som en betingelse for en administrativ afgørelse om ekspropriation. I disse tilfælde vil domstolene foretage en mere intensiv prøvelse, i medfør af grundlovens § 73, stk. 3.<sup>65</sup> Kriteriet om almenvellet har således først og fremmest betydning i forbindelse med domstolsprøvelse af Finansiell Stabilitets konkrete afgørelse om bail-in efter skønspregede lovbestemmelser. Finansiell Stabilitet er en selvstændig offentlig virksomhed og derfor omfattet af forvaltningsloven, jf. FVL § 1, stk. 2, nr. 2. Finansiell Stabilitets skønsmæssige afgørelser i henhold til RAL må derfor side stilles med en administrativ afgørelse.

En af betingelserne for afvikling af et pengeinstitut i henhold til reglerne i RAL er, at offentlighedens interesse, jf. afviklingsmålene i RAL § 5 nødvendiggør iværksættelse af afviklingsforanstaltninger, jf. RAL § 4, stk. 1, nr. 3. Det er også en betingelse, at de pågældende afviklingsmål ikke vil kunne opfyldes i samme omfang ved en likvidation eller konkursbehandling.<sup>66</sup> Det fremgår af bemærkningerne at afviklingsmålene er lige vigtige.

Det fremgår endvidere, at Finansiell Stabilitet skal afveje dem efter omstændighederne i hvert enkelt tilfælde, og i forbindelse med iværksættelse af bail-in skal gennemførelsen være proportionalt med det med mål, der søges opnået. Bail-in må således ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for at opfylde afviklingsmålene. Til sammenligning kan der eksempelvis henvises til § 27 i ellersikkerhedsloven, hvori det fremgår, at ”Når hensynet til almenvellet kræver det, kan Sikkerhedsstyrelsen tillade ekspropriation til elektriske anlæg for produktion, transmission, distribution og lagring af elektrisk energi.”<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> Christensen, Jensen og Jensen (n 15) 468.

<sup>65</sup> *ibid.*

<sup>66</sup> De specielle bemærkninger § 4 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

<sup>67</sup> Lov 2015-04-29 nr 525 om sikkerhed ved elektriske anlæg, elektriske installationer og elektriske materiel.

Betingelserne for at anvende beføjelserne er herudover, at et institut er nødlidende eller forventeligt nødlidende, der ikke kan findes private løsninger, og anvendelsen af beføjelserne er i offentlighedens interesse.

Vurderingen af, om beføjelserne er i offentlighedens interesse foretages af afviklingsmyndighederne bl.a. ud fra et instituts forretningsaktiviteter, dets aktionærstruktur, retlige form, risikoprofil, størrelse og dets forbundethed med andre institutter eller med det finansielle system generelt, omfanget og kompleksiteten af dets aktiviteter mv., og hvorvidt dets sammenbrud og efterfølgende ophør efter reglerne i kap. 15 i lov om finansiell virksomhed vurderes at få en betydelig negativ indvirkning på de finansielle markeder eller på økonomien i almindelighed.

Princippet om, at anvendelsen af beføjelser skal være i offentlighedens interesse, er et afbalanceret princip, der yder kreditorerne den beskyttelse, der er nødvendig henset til, at der kan være tale om anvendelse af beføjelser af særlig indgribende karakter. Nationalbanken har i forbindelse med Finanstilsynets notat om hovedprincipper for afviklingsforanstaltninger vurderet, at et sammenbrud i et SIFI<sup>68</sup>, utvivlsomt vil kunne skade den finansielle stabilitet, og anvendelsen af beføjelserne, herunder bail-in, vil være i offentlighedens interesse. I medfør af § 308 i lov om finansiell virksomhed er følgende seks institutter systemisk vigtige finansielle institutter (SIFI): Danske Bank A/S, Nykredit Realkredit A/S, Nordea Kredit Realkreditaktieselskab, Jyske Bank A/S, Sydbank A/S og DLR Kredit A/S. Derimod fandt nationalbanken ikke, at dette generelt gør sig gældende for mindre og mellemstore pengeinstitutter.<sup>69</sup> Det er ikke en forudsætning for anvendelsen af bail-in, at der er tale om en SIFI, men alene at et pengeinstitut opfylder afviklingsmålene i henhold til RAL § 5. RAL § 5 har altså til formål, at sikre en betryggende proces for anvendelsen af afviklingsværktøjer, og dermed også tilgodese hensynet til de berørte kreditorer og væsentlige samfundshensyn.

---

<sup>68</sup> Finanstilsynet, 'Systematisk vigtige finansielle institutter (SIFI)' (28. juni 2018) <[https://www.finanstilsynet.dk/-/media/Nyhedscenter/2018/Sifi-udpegning/Samlet-oversigt\\_Danmark\\_2018-pdf?la=da](https://www.finanstilsynet.dk/-/media/Nyhedscenter/2018/Sifi-udpegning/Samlet-oversigt_Danmark_2018-pdf?la=da)>.

<sup>69</sup> Danmarks Nationalbank, 'Svar på Finanstilsynets diskussionspapir om afvikling af og fastsættelse af NEP-krav for mindre og mellemstore pengeinstitutter' (27. februar 2017).

Det bemærkes, at bail-in, herunder konvertering af forpligtigelser foretages på et tidspunkt, hvor virksomheden eller enheden er nødlidende eller forventelig nødlidende, hvor en værdiansættelse har vist, at instrumenterne kan have mistet deres værdi, og hvor det er vurderet, at der er væsentlige offentlige hensyn at tage, og hvor indehaverne er sikret mod at blive påført større tab, end hvis der ikke blev truffet foranstaltninger, og virksomheden eller enheden blev taget under konkurs.<sup>70</sup>

Sammenfattende skal Finansiell Stabilitets anvendelse af bail-in være begrundet i at afværge en fare fra den finansielle stabilitet og samfundets økonomi, og herigennem under hensyn til almene saglige kriterier, og bail-in må således ikke gå videre, end hvad der er nødvendigt for at opfylde afviklingsmålene. Afviklingsmålene sikre, at ekspropriationen vil opfylde kriteriet almenvellet. Det vil dog være den konkrete udmøntning af bail-in som vil være udfaldsgivende i praksis.

#### 4. Fuldstændig erstatning

Grundloven indeholder endvidere et krav om, at den borger, der udsættes for ekspropriation, skal have fuldstændig erstatning for det lidte økonomiske tab. Det følger imidlertid af RAL § 49, stk. 3, at hvis en kreditor, har lidt større tab, end den ville have gjort ved konkursbehandling af virksomheden eller enheden, betales forskellen af Afviklingsformuen. Det betyder imidlertid også, at det potentielt er afviklingsformuen, som bærer det endelige tab, hvis værdiansættelsen viser, at nogle kreditorer ikke har modtaget, hvad de kunne have opnået under en konkurs. Afviklingsformuen opbygges ved bidrag fra virksomheder, og skal som udgangspunkt være opbygget senest ved udgangen af 2024. I praksis vil det derfor være svært at forestille sig at man skulle kunne komme i en situation, der minder om ekspropriation uden erstatning. Medmindre en af de helt store banker skulle gå ned før udgangen af 2024.

Det vil i praksis være op til domstolene, at vurdere om erstatningen fra Afviklingsformen er rigtig, jf. Grl. § 73, stk. 3. Domstolene må i den forbindelse

---

<sup>70</sup> De specielle bemærkninger § 44 til forslag til Lov om restrukturering og afvikling af visse finansielle virksomheder, fremsat den 19. december 2014, lovforslag nr 100.

foretage en tilbundsgående prøvelse af erstatningsudmålingen med den konsekvens, at domstolene selv kan fastsætte den erstatning, de finder rigtig.

## 5. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Både Grundlovens § 73 og artikel 1 i EMRK's tillægsprotokol 1 beskytter ejendomsretten. Der er imidlertid forskelle i beskyttelsens bredde og indhold.<sup>71</sup> Dette afsnit vil kortfattet koncentrere sig de områder, hvor art. 1 i EMRK's tillægsprotokol 1 generelt adskiller sig fra Grundlovens § 73. En fuld prøvelse efter artikel 1 i EMRK's tillægsprotokol 1 falder imidlertid uden for denne artikels omfang. Derudover vil vurderingen efter EMRK stort set omhandle de samme elementer af bail-in som vurderes efter Grundloven. Det bemærkes i den forbindelse, at spørgsmålet om bail-ins forenelighed med konventionen allerede er behandlet af bl.a. Tracy Chiyedza Maguze i 'EU Bank Recapitalisation and The Bail-in Option: An Analysis of The Effects of Mandatory Bail-In on Creditors' Property Rights'.

For det første fortolkes begrebet ejendom bredere efter art. 1 end efter Grundloven. Det betyder, at der ikke vil være tvivl om hvorvidt kreditorers krav er ejendom i konventionens forstand.<sup>72</sup> Derudover beskytter artikel 1 i EMRK's tillægsprotokol 1 mod ethvert indgreb i ejendomsretten, hvorimod Grundlovens § 73 alene beskytter imod ekspropriation.<sup>73</sup> Det betyder, at der vil være en række tilfælde, hvor alene artikel 1 i EMRK's tillægsprotokol 1 vil yde beskyttelse mod et indgreb. Ifølge Jens Elo Rytter vil dette navnlig være tilfældet, ved begrænsninger i ejendomsretten, der rammer generelt, eller hvor indgreb i ejendomsretten gennemføres på en måde, der hensætter ejeren i uvished og retsusikkerhed.<sup>74</sup> Konventionen yder altså en bredere beskyttelse end Grundloven, fordi spørgsmålet om hvorvidt der er tale om ekspropriation eller erstatningsfri regulering af ejendomsretten ikke vil give anledning til samme

---

<sup>71</sup> Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder* (2. udg, 1. oplæg, Karnov Group 2016) 397.

<sup>72</sup> *ibid.*

<sup>73</sup> Jon Fridrik Kjølbro, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – for praktikere* (1. udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005) 633.

<sup>74</sup> Rytter (n 71).

tvivl, som efter Grundlovens § 73. Modsat art. 1 i EMRK's tillægsprotokol kræver Grundlovens § 73, at der ydes fuldstændig erstatning i alle ekspropriationstilfælde.<sup>75</sup> Efter retspraksis kræver art. 1 i EMRK's tillægsprotokol alene, at der ydes en rimelig erstatning, hvilket kan betyde en erstatning betydeligt under markedsværdien, så længe indgrebet tjener bredere sociale formål.<sup>76</sup> Herudover overlader EMD generelt staterne en bred skønsmargin i forhold til vurderingen af, om et indgreb er udtryk for en rimelig balance mellem samfundshensyn og individets rettigheder, når der er tale om ejendomsretten.<sup>77</sup>

Der skal derfor meget til før EMD vil underkende de danske myndigheders vurdering. Det betyder, at en kreditor, som rammes af bail-in, vil have bedre udsigter ved at påberåbe sig Grundlovens § 73 ved de danske domstole end art. 1 i EMRK's tillægsprotokol 1.<sup>78</sup> Der er i den forbindelse henvises til UfR 2006.1539 H (Pindstrup-sagen), hvor en dissenterende Højesteret (3-2) et afslag på tilladelse til indvinding af tørv på grund af forbud i naturfredningsloven mod ændring af tilstanden i moser ikke var et ekspropriativt indgreb.<sup>79</sup> EMD fandt imidlertid i Pindstrup Mosebrug A/S (2008) enstemmigt, at Højesterets dom var udtryk for en rimelig balance mellem samfundshensyn og individets rettigheder, og henviste til staternes brede skønsmargin på ejendomsrettens område.<sup>80</sup>

## 6. Konklusion

Grundlæggende skal bail-in reglerne sikre at samfundet kan håndtere en stor bank, som er på randen af konkurs. Bail-in kan imidlertid ikke gennemføres uden omkostninger i form af indgreb i kreditorers ejendomsrettigheder ligesom det kan give retssikkerhedsmæssige betænkeligheder.

---

<sup>75</sup> *ibid.*

<sup>76</sup> *ibid.*

<sup>77</sup> Kjølbros (n 73).

<sup>78</sup> *ibid.*

<sup>79</sup> *ibid.*

<sup>80</sup> *ibid.*

I min analyse af ekspropriation i forbindelse med bail-in, og særligt i hvilken grad bail-in kan udgøre et ekspropriativt indgreb, har jeg konkret fremhævet, hvordan bail-in reglerne potentilet vil udgøre et indgreb i de berørte kreditors private ejendomsret, som er beskyttet af Grundlovens § 73, stk. 1, 1. pkt. I øvrigt har jeg også påpeget retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved bail-in reglerne.

Analysen er vigtig, fordi såfremt bail-in visser sig at være lig med ekspropriation, vil det have den konsekvens, at bail-in kun må ske, ifølge lov, hvor det kræves af almenvellet og mod fuldstændig erstatning til den berørte kreditor jf. Grundlovens § 73, stk. 1, 2. og 3. pkt. For kreditorer er dette en vigtig retsgaranti for de berørte kreditorer, men for samfundet kan det indebære udgifter vedrørende erstatningskrav.

Det centrale spørgsmål i artiklen er, om bail-in indebærer en tvangsmæssig afståelse, idet spørgsmålet om, hvorvidt bail-in vil gribe ind i ejendom i Grundlovens § 73's forstand tilhørende en beskyttet ejer, ikke giver anledning til større tvivl.

I min analyse af, om bail-in kan karakteriseres som tvangsmæssig afståelse eller ej, har jeg lagt følgende kriterier til grund; overførelseskriteriet, kriteriet generelt-konkret, intensitetskriteriet og causa-kriteriet. Endvidere har jeg foretaget en konkret vurdering med udgangspunkt i beskyttelseshensynet bag Grundlovens § 73, hvor jeg lægger afgørende vægt på, at bail-in vil udgøre et uforudsigeligt indgreb, og som dermed kan ramme de berørte kreditorer uforudset hårdt.

Det konkluderes at konvertering af kreditors fordring mod en virksomhed til aktier eller andre ejerskabsinstrumenter må betegnes som et ekspropriativt indgreb. Denne konklusion kan dog give anledning til tvivl, idet grænsen mellem erstatningsfri regulering af ejendom og afståelse i dette tilfælde ikke er helt skarp. Jeg kan i øvrigt konkludere, at regler mangler klarhed, forudsigelighed og er blevet indført med tilbagevirkende kraft. Det er bekymrende i forhold til retssikkerheden, at dette samfundsøkonomiske vigtige spørgsmål om beskyttelsen af den finansielle stabilitet og kreditors retsstilling ikke er udtrykkeligt afklaret i loven uden at give anledning til unødigt fortolkningstvivl.

At bail-in vil udgøre et ekspropriativt indgreb, betyder nødvendigvis ikke, at det i praksis er ulovligt. Det betyder blot, at bail-in kun må ske, ifølge lov, hvor det kræves af almenvellet og mod fuldstændig erstatning til den berørte kreditor

jf. Grundlovens § 73, stk. 1, 2. og 3. pkt. Den centrale beskyttelse af de berørte kreditorer ligger i Grundlovens § 73's krav om, at den, der udsættes for ekspropriation, skal have fuldstændig erstatning for det derved lidte økonomiske tab. Denne garanti sikrer, at de berørte kreditorer ikke bliver påført større tab, end de ville have under konkursbehandling.

I sidste ende er bail-in nødvendigt for at varetage væsentlige samfundshensyn, som hverken kan varetages ved konkursbehandling eller skattefinansierede redningspakker. Indgrebet i de berørte kreditorers rettigheder er derfor også et nødvendigt onde.

# Indholdspoliti

## Den private udøvende magt på internettet

---

Emma Aagaard Helt\*

Online content is constantly moderated by commercial entities. Now, The European Commission encourage an even stronger moderation in close collaboration between online service providers and so-called trusted flaggers – third parties with specialized expertise in identifying illegal content on the platforms. This article initially examines who these so-called trusted flaggers are, and then addresses the legal challenges spawned by EU's choice to privatize law enforcement on the internet. The author claims, that the use of trusted flaggers is problematic for numerous reasons. For one, the Danish Public Administration Act prohibits the delegation of any decisive authority related to citizens, to a private operator. Private operators may prepare, analyze, and advice. But the decisions must made by the public authority itself. Secondly, trusted flaggers enjoy a high degree of contractual freedom, and are not subject to regulation and control the way traditional law enforcement agencies, such as the police, are. That way, they themselves become sole responsible for balancing our most fundamental rights. Also, this privatization may fuel national differences within the EU, and ultimately challenge a unified EU strategy. Finally, there is a tangible risk that close collaboration between online service providers and trusted flaggers will lead to excessive moderation of online content. Moderation based on company policies and commercial interests; to the extent that freedom of speech is restricted. That way, the internet becomes subject to censorship. The author concludes that the European Commission has set an unclear non-binding recommendation, with potentially far reaching consequences.

---

\* Jurastuderende, Københavns Universitet [emmahelt@gmail.com]



## Introduktion

Du bruger din frokostpause på Facebook. Pludselig fanges dine øjne af et opslag, som er delt mere end 20.000 gange. Du klikker og læser. Opslaget hænger en navngiven person ud med vrede udtalelser, skældsord og trusler. Du liker og deler det med en kollega. Inden du ved af det, har historien spredt sig til hele kontoret. I forarges. Både du og kollegaerne har læst de hadefulde ord og deler en helt klar opfattelse af, hvad synderen er for en person. I virkeligheden har I kun hørt den halve sandhed. I ved faktisk ikke, hvad der er sandt og falsk, men tager de skrevne ord for gode varer – og scroller så videre.

Dette er blot ét eksempel på de digitale udfordringer, der følger med vores øgede anvendelse af internettet. Internettet der i dag anvendes af halvdelen af verdens befolkning<sup>1</sup> og i stadig flere dele af vores hverdagsliv – både privat og på arbejde. De digitale medier er blevet en integreret del af medielandskabet og vores hverdag. Og Facebook er nærmest blevet vores fælles digitale forsamlingshus, hvor alle ytringer kan fremsættes, deles og spredes. På den ene side har internettet givet alle en megafon til offentlighedens ører og dermed styrket ytringsfriheden. På den anden side oplever vi alle, at tonen er blevet hård og nedladende. Det er langt lettere at ytre sig hårdt, hadsk og urigtigt bag skærmens anonymitet – og dermed også konsekvensløst. Det skaber usikkerhed og mistillid i befolkningen, hvilket på sigt kan få store konsekvenser. Men hvordan stopper man deling af hadsk, urigtigt eller ulovligt indhold på et globalt medie som internettet?

I forsøget på at give et svar på det spørgsmål og imødegå problematikken, udsendte EU-kommissionen i september 2017 en meddelelse om bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet.<sup>2</sup> Meddelelsen, der er fulgt op af Henstilling (EU) 2018/334,<sup>3</sup> optegner retningslinjer og principper for, hvordan man kan intensivere kampen mod ulovligt indhold, herunder indhold der tilskynder til

---

<sup>1</sup> Henrik og Helle Stub, 'Snart bliver internettet for hele verden', *Videnskab.dk* (15. januar 2018), <<https://videnskab.dk/teknologi-innovation/snart-bliver-internettet-for-hele-verden>> besøgt den 30. august 2019.

<sup>2</sup> Commission, 'Tackling Illegal Content Online' (Communication) COM(2017) 555 final (28. september 2017).

<sup>3</sup> Commission Recommendation (EU) 2018/334 on measures to effectively tackle illegal content online [2018] OJ L63/50.

had – også kaldet ”hate speech”. For at komme problemet til livs, indeholder meddelelsen og henstillingen vigtige nyskabelser, idet de begge opfordrer til at give tredjeparter – såkaldte troværdige meddelere – en privilegeret mulighed for at markere, vurdere og indberette ulovligt, digitalt indhold. I retsakterne opfordrer Kommissionen både onlineplatforme og leverandører af hostingtjenester til at arbejde tættere sammen med nationale, kompetente myndigheder og såkaldt troværdige meddelere – ”trusted flaggers”, som er offentlige eller private specialiserede enheder med ekspertviden om, hvad der udgør ulovligt indhold. Disse enheder skal vurdere, hvornår noget falder under kategorien ”ulovligt indhold” og derefter træffe beslutninger om mulige foranstaltninger. En opgave, som oprindeligt varetages af offentlige myndigheder, men som løses af platformene selv – nu med hjælp fra trusted flaggers. Dermed har opgaven bevæget sig endnu et led væk fra de offentlige myndigheder.

Det rejser imidlertid en række retlige spørgsmål, når vigtige offentlige arbejdsopgaver privatiseres – i dette tilfælde ved at lade private aktører overtage den initierende del af retshåndhævelsen. Det er disse spørgsmål, som undersøges kritisk i nærværende artikel. Først og fremmest rejser sig spørgsmål af materiel retlig karakter i forhold til, hvem der besidder den rette kompetence til at kunne varetage opgaver på vegne af offentlige myndigheder og onlineplatforme. Desuden opstår med trusted flaggers en række mere generelle retlige spørgsmål. Det synes for det første problematisk, at håndhævelsen bliver privatiseret, fordi den derved falder uden for de offentlige administrative regler. For det andet er det problematisk, ud fra hensynet om legitimitet og gennemsigtighed, at trusted flaggers’ arbejde baseres på en privatretslig aftale (frivillig eller kontraktlig) mellem dem og onlineplatformene/hostingtjenesteyderne. For det tredje synes det problematisk, at private aktører kommer til at agere en slags politi – eller anklagemyndighed – i komplicerede sager, når lovgivningen på de områder ofte ligger i et retligt krydsfelt mellem nationale bestemmelser og grundlæggende menneskerettigheder. Afgørelserne beror på et skøn. Et skøn, som meget vel kan blive pejlemærke for håndtering af fremtidige sager af lignende karakter.

Trusted flaggers tillægges i givet fald et stort medansvar for at håndhæve og ikke mindst ”udfylde” lovgivningen på de digitale platforme, og de bliver af den grund nemt et decideret indholdspoliti på internettet. Traditionelt set tilhører

dette ansvarsområde politiet, der som en del af den udøvende magt, har til opgave at føre kontrol med, at lovene overholdes og skride ind over for lovovertrædelser ved efterforskning og retsforfølgning. EU-kommissionen understreger i meddelelsen, at de privatejede onlineplatforme spiller en central rolle i samfundet, idet de giver brugerne adgang til væsentlig information. Af den grund bærer de et betydeligt samfundsmæssigt ansvar for at sikre, at de ikke bliver fora for eksempelvis hadefulde ytringer mod individer. Endvidere skal de sikre, at de samme rettigheder, som folk har offline også gør sig gældende online – nøjagtigt som De Forenede Nationers Menneskerettighedsråds slog fast i 2016.<sup>4</sup> For at sikre den hurtigste og mest effektive håndhævelse, opfordrer EU-Kommissionen derfor til, at en del af ansvarsområdet uddelegeres til private aktører – de såkaldte trusted flaggers.

Formålet med denne artikel er at bidrage med en kritisk analyse af opfordringen fra EU, og undersøge hvilke problematikker der ligger i brugen af trusted flaggers. Artiklen kan kritiseres for at ”male fanden på væggen”, da den alene behandler ikke-bindende lovgivning. Men tværtimod. Det kan nemlig være startskuddet til en langt mere omfattende regulering af området. Vi er – uden tvivl – udfordret af ulovligt indhold der deles på internettet og har derfor et behov for at komme problemet til livs. Omvendt er det et principielt problem, at EU skaber retningslinjer for brugen af internettet, som risikerer at undergrave vores europæiske grundværdier og den digitale ”frihed”. Desuden ligger der et problem i at lade private institutioner stå for implementering og efterfølgelse af disse retningslinjer.

Artiklen er struktureret på følgende måde: I afsnit 2 redegøres for begrebet ”hate speech”. I afsnit 3 beskrives, hvilken retlig betydning en meddelelse og henstillingen fra EU-kommissionen kan have i dansk ret. I afsnit 4 redegøres der for det nye indholdspoliti, herunder hvem de er, og hvad de er. I afsnit 5 gennemgås de væsentligste problemstillinger. I afsnit 5.1 undersøges det ud fra et forvaltningsretligt synspunkt, hvilke konsekvenser det har, når retshåndhævelsen privatiseres. I afsnit 5.2 undersøges, hvilket regelsæt der gælder for trusted flaggers. I afsnit 5.3 behandles problemstillingerne omkring national

---

<sup>4</sup> United Nations, General Assembly, ‘The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet’, 27. juni 2016, A/HRC/32/L.20.

lovgivning og den menneskeretlige kurs i EU. Afsnittet undersøger – særligt med fokus på hate speech – hvordan ytringsfriheden fortolkes på national plan, da det er centralt for at forstå, om trusted flaggers harmonerer med idéen om en fælles vision i EU. I afsnit 5.4 præsenteres begrebet ”virksomhedscensur”. Her forsøges det at overføre forbuddet mod censur i grundloven fra offentlig- til privatretlig regi. Derigennem vil jeg problematisere og diskutere, at indholdspolitiet (private aktører) handler ud fra egne normer, egne fortolkninger af lovgivningen og egeninteresser. I afsnit 5.5 behandles begrebet retssikkerhed. Slutteligt behandles bekymringen for en (mulig) endnu større regulering kort i afsnit 5.6.

## 1. Teori og metode

Forslaget fra EU-kommissionen blev i september 2017 fremlagt i en meddelelse om bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet<sup>5</sup> (og desuden præsenteret i en pressemeddelelse)<sup>6</sup> og efterfølgende fulgt af Henstilling (EU) 2018/334 fra marts 2018 om foranstaltninger til effektiv bekæmpelse af ulovligt indhold på internettet.<sup>7</sup> Der er ikke udarbejdet specifikke retningslinjer for, hvem de private aktører kan være, hvorfor der heller ikke sket en udvælgelse af trusted flaggers. Af den grund er både viden og litteraturen om opfordringen naturligvis sparsom. Kun en enkelt artikel<sup>8</sup> – der fortsat er under udarbejdelse – fra november 2018, er kommet denne artikel forkøbet, men ellers har det ikke været muligt at finde hverken forskningsbaseret materiale eller andre artikler, som behandler nærværende problemstilling.

---

<sup>5</sup> Meddelelsen (n 3).

<sup>6</sup> Europa-Kommissionen, ’Sikkerhedsunionen: Kommissionen skærper indsatsen i kampen mod ulovligt indhold på internettet’ (Pressemeddelelse, 28. september 2017) <[https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-3493\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3493_en.htm)> besøgt den 20. august 2019.

<sup>7</sup> Henstilling (n 4).

<sup>8</sup> Sebastian Felix Schwemer, ’Trusted notifiers and the privatization of online enforcement’, (University of Copenhagen and Danish Internet Forum (DIFO), november 2018).

Artiklen kaster således et helt nyt og første lys på, hvilke problematikker en større udbredelse<sup>9</sup> af trusted flaggers kan få på komplekse juridiske områder som disse. Specielt set i en dansk kontekst. Af hensyn til artiklens omfang har det kun været muligt at behandle én af de utallige digitale udfordringer, der eksisterer, og som retskilderne fra EU søger at imødegå: hate speech. Når problemstillingerne med trusted flaggers eksemplificeres, vil det derfor være med fokus på den gråzone, der opstår mellem informations- og ytringsfriheden og strafbare udtalelser, hvor fænomenet ”hate speech” ligger placeret. Området er valgt, da der, modsat digitale udfordringer som deling af terrorvideoer og børnepornografisk materiale, ikke ligger en klar linje for håndtering af denne type digital udfordring. Artiklen vil endvidere koncentrere sig om de tilfælde, hvor arbejdet som trusted flaggers tildeles private aktører, og hvor arbejdet består i at fjerne hele eller dele af hjemmesider. Artiklen behandler ikke de tilfælde, hvor internetdomæner lukkes.

## 2. Hate speech

Fænomenet hadedytringer eller hate speech har de facto altid eksisteret. Går man knapt hundrede år tilbage i historien, er antisemitismen<sup>10</sup> måske det mest åbenlyse eksempel herpå. Selve termen ”hate speech” er af nyere dato og er i dag karakteriseret ved at være mundtlige eller skriftlige udsagn eller i en vis udstrækning kropssprog,<sup>11</sup> der angriber, truer eller fornærmer en person eller en gruppe. Fænomenet optræder på mange forskellige måder, og de nedladende ytringerne kan fremsættes på baggrund af en lang række årsager, herunder hudfarve, seksualitet, køn, religion, etnisk oprindelse, handicap, politiske overbevisning, moralske opfattelse, beskæftigelse eller lignende.

---

<sup>9</sup> European Commission, ‘EU Internet Forum: Bringing together governments, Europol and technology companies to counter terrorist content and hate speech online’ (Pressemeddelelse, 3. december 2015), IP/15/6243.

<sup>10</sup> Antisemitisme var kendt før nazisternes tid, men jødehadet var en stor del af Hitlers ideologi, da han overtog magten i 1933.

<sup>11</sup> Rigsadvokaten Informerer, nr 18/2006 (senest opdateret 23/10-08) 11, vedrørende bødeforelæg til en person (overtrædelse af straffelovens § 266 b), der var fremkommet med »abelyde« på et værtshus.

Hate speech kan enten være rettet mod enkeltpersoner eller hele grupper. Fx på Facebook, hvor der chikaneres eller diskrimineres i kommentarfeltet til et opslag – både i lukkede grupper eller på egne profiler. Det kan være ytringer, der opfordrer til forbrydelse, jf. TfK 2017.725. Det kan være systematisk mobning af skolebørn, også kaldet trolling. Det kan være falske oprettede profiler på de sociale medier. Listen over eksempler er blevet uendelig, og fænomenet er stærkt stigende. Meget tyder på, at internettet er en væsentligt katalysator hertil.<sup>12</sup>

I 2016 fremlagde EU-Kommissionen og fire store IT-virksomheder, Facebook, Microsoft, Twitter og YouTube derfor adfærdskodekset ”Code of conduct on countering illegal hate speech online”,<sup>13</sup> som en reaktion på den store udbredelse af hadtale på onlineplatforme. Adfærdskodekset signalerer et kollektivt ansvar for at fremme den digitale ytringsfrihed, og har desuden til formål at hjælpe brugere med at anmelde ulovligt hadesprog på de sociale platforme. Parterne blev enige om, at platformene skal vurdere de fleste brugeranmeldelser indenfor 24 timer, overholde både EU’s og national lovgivning om hadtale samt fjerne det ulovlige indhold, såfremt det overtræder de nævnte regler.

Adfærdskodekset er et eksempel på, at der i dag allerede findes systemer og modeller for fjernelse af ulovligt indhold, hvor private parter vurderer lovligheden af det indhold, som brugerne anmelder. EU-Kommissionens meddelelse om bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet fra september 2017 og henstillingen fra marts 2018 om foranstaltninger til bekæmpelse af ulovligt indhold på online platforme skal ses i forlængelse af den strategi, som gav anledning til adfærdskodekset.

Hate speech, som retlig term, er imidlertid ukendt i dansk strafferet. Da fænomenet omfatter forskellige typer af udsagn, har flere af straffelovens bestemmelser betydning for, hvilke indgreb der kan iværksættes overfor den

---

<sup>12</sup> Vincent F. Hendricks, ’Tillid i en digital virkelighed’, i Henriette Korf, Anna Vibe Onsberg Hansen, Anders Young Rasmussen og Merete Arentoft (red), *Når forbrydelser bliver digitale: En antologi om IT-kriminalitet og adfærd på internettet* (Det Kriminalpræventive Råd 2016) 74–77.

<sup>13</sup> European Commission, ’Code of conduct on countering illegal hate speech online’ (30. juni 2016) <[https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/countering-illegal-hate-speech-online\\_en](https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/countering-illegal-hate-speech-online_en)> besøgt den 1. september 2019.

uønskede kommunikation. Overfor ytring- og informationsfriheden i EMRK<sup>14</sup> artikel 10 står straffelovens § 266 b om racistiske udtalelser og reglerne om freds- og ærekrænkelser i straffelovens kapitel 27, foruden § 136 om offentlig tilskyndelse til forbrydelse. Fænomenets brede definition og vage placering i strafferetten, gør det svært at komme problemet til livs på national såvel som international plan. Vurderingen af, hvornår ytringer betegnes som hadefulde og ulovlige, afhænger af den betydning, som selve ytringen og ytringsfriheden tillægges i den nationale retskultur.<sup>15</sup>

Hate speech er med andre ord et diffust begreb, som modsat eksempelvis ulovlig deling af terrorvideoer og børnepornografisk materiale, lægger op til komplekse, juridiske afvejninger, der virker bekymrende at skulle overlade til private tredjeparter. Disse bekymringer behandles senere i nærværende artikel.

### 3. EU-retskilders betydning i dansk ret

Henstillinger og udtalelser er ikke-bindende retsakter (sekundære retsregler), jf. traktaten om den Europæiske Unions Funktionsmådes (TEUF) artikel 288, stk. 5, som EU ifølge traktaten om den Europæiske Unions (TEU) art. 5, stk. 1 og 2, har kompetence til at udstede. EU-domstolen har dog fastslået i sin praksis, at begge typer retsregler kan have nogle retlige virkninger. Domstolen fastslog eksempelvis i sagen *C-317-320-08, Alassini*, at selvom henstillinger og udtalelser ikke er rettigheder, som private kan påberåbe sig ved en national domstol, ”kan de dog ikke anses for at være ganske uden retsvirkninger”. Det betyder, at nationale retsinstanser, ifølge EU-domstolen, skal ”tage hensyn til henstillingerne”, eksempelvis hvis de har til formål at udfylde bindende EU-retlige bestemmelser, jf. præmis 40 i afgørelsen. Det samme gør sig gældende med meddelelser fra EU-kommissionen, som trods deres ikke-bindende karakter, ifølge Karsten Engsig Sørensen og Jens Hartig Danielsen,<sup>16</sup> alligevel i

---

<sup>14</sup> Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, ratificeret ved Lov nr 285 af 29. april 1992 (Den Europæiske Menneskerettighedskonvention).

<sup>15</sup> Trine Braumbach og Peter Blume, ’Had på nettet – en retlig udfordring’ [2009] *Juristen* 7.

<sup>16</sup> Karsten Engsig Sørensen og Jens Hartig Danielsen, *EU-retten* (7. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2019) 111–112.

et eller andet omfang må binde den institution, som har udstedt retsakten. Det skaber ifølge forfatterne en berettiget forventning om, at den pågældende institution i praksis vil anvende samme fortolkning, når den håndhæver reglerne.

Konkret for artiklens omdrejningspunkt vil det betyde, at Kommissionens meddelelse og henstilling kan og typisk vil udgøre et væsentlig inspirationsgrundlag, hvis der i medlemsstaterne skal udarbejdes retsakter på området. Endvidere spiller det en rolle i forhold til, hvordan virksomheder sikrer ordentlig adfærd og håndhævelse af lovene på deres platforme.<sup>17</sup> Det er af den grund interessant at undersøge, hvilke problematikker opfordringen fra EU har. For selvom de nævnte EU-retskilder i sin rene form ikke udgør bindende lovgivning, kan de at få stor betydning hos de privatejede platforme.

#### 4. Trusted flaggers – det nye indholdspoliti

Et større fokus på god onlinekultur kommer – foruden af ovennævnte adfærdskodeks – også af den strategi, der blev lagt for Kommissionen i 2014. Europa-kommissionens snarligt aftrædende formand Jean-Claude Juncker fremhævede på daværende tidspunkt<sup>18</sup> ”det digitale indre marked”, som én af de i alt ti politiske prioriteringer for årene 2015-2019. Fokus i denne periode er at skabe et erhvervs-klima, som tilpasses de digitale muligheder. Målet er at skabe en bedre og mere sikker onlinehandel samt gøre digitaliseringen til drivkraft for vækst i unionen. Der er et ønske i EU, om at digitaliseringen udnyttes fuldt ud, men samtidig at de kriminelle konsekvenser af teknologiens udvikling stoppes gennem et samarbejde på tværs af geografiske grænser.

Konsekvenserne er som nævnt allerede ved at være legio,<sup>19</sup> og derfor mener EU, at onlineplatformene, som den primære adgangskilde til digitalt indhold (for de fleste internetbrugere) bærer et betydeligt samfundsmæssigt ansvar med hensyn til at beskytte brugerne og samfundet som helhed. Onlineplatforme formidler adgang til digitalt indhold, eksempelvis gennem hostingtjenester, som

---

<sup>17</sup> Det fremgår ligeledes af EU-kommissionens meddelelse fra september 2017.

<sup>18</sup> Daværende formand for Europa-kommissionen, Jean-Claude Juncker, politiske retningslinjer, 15. juli 2014.

<sup>19</sup> Meddelelsen (n 3) 2.



giver mulighed for upload af indhold fra tredjeparter.<sup>20</sup> Disse hostingtjenester kan eksempelvis være onlinemarkedspladser, videodelingsplatforme, sociale netværk og bloggingwebsteder.<sup>21</sup> I EU-kommissionen meddelelse fra september 2017<sup>22</sup> opfordres onlineplatformene til at forhindre, at deres infrastruktur og virksomhed anvendes til at udøve krænkende aktiviteter og forbrydelser (gennem onlinetjenester). Kommissionen lægger op til større selvregulering og opstiller i meddelelsen ikke-bindende retningslinjer og principper for, hvordan onlineplatformene i samarbejde med medlemsstaterne, de nationale myndigheder og andre relevante interessenter kan intensivere kampen mod ulovligt indhold.

Kommissionens vigtigste forslag er, at platformene 1) opretter automatiske værktøjer, der kan forhindre, at tidligere fjernet indhold optræder igen, 2) opretter specifikke tidsrammer for fjernelse af indholdet, 3) skaber automatiske påvisningsteknologier, der kan indberette ulovligt indhold samt 4) opbygger et tættere samarbejde med betroede meddelere – ”trusted flaggers”. Denne artikel har fokus på sidstnævnte.

#### 4.1 Henstilling (EU) 2018/334

Kommissionen lovede i meddelelsen at overvåge fremskridtene og vurdere, om der er behov for yderligere foranstaltninger for at sikre hurtig og proaktiv påvisning og fjernelse af ulovligt indhold på nettet, herunder mulige lovgivningsmæssige foranstaltninger.<sup>23</sup> 1. marts 2018 fulgte Kommissionen op med Henstillingen (EU) 2018/334 om foranstaltninger til effektiv bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet. Henstillingen indeholder operationelle foranstaltninger og beskyttelsesforanstaltninger, som virksomheder og medlemsstater skal træffe for i endnu højere grad at bekæmpe ulovligt indhold, der i henstillingens pkt. 14 er defineret som ”enhver form for indhold, som ikke

---

<sup>20</sup> ibid 5.

<sup>21</sup> ibid.

<sup>22</sup> ibid 3.

<sup>23</sup> European Commission, Fact Sheet, ‘Stepping up the EU’s efforts to tackle illegal content online’ (1. marts 2018) <[https://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-17-3522\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-3522_en.htm)> besøgt den 29. august 2019.

er i overensstemmelse med EU-retten eller med medlemsstaternes lovgivning, uanset lovgivningens art eller særlige genstand”.

Henstillingen søger at udmønte de politiske retningslinjer, som blev fremlagt af Kommissionen i meddelelsen fra september 2017. De søger at præcisere de (forskellige) mekanismer til indberetning af ulovligt indhold, der skal indføres, samt hvordan anmeldelser af lovligt indhold skal behandles (sikkerhedsforanstaltninger). Men hvor meddelelsen var rettet mod onlineplatformene, retter henstillingen sig i stedet mod medlemsstaterne og udbydere af hostingtjenesterne. Kommissionen udvider således deres løsninger for, hvordan der bedst holdes justits på de digitale medier, ved nu at tildele hostingtjenesterne en del af ansvaret. Kommissionen underbygger denne udvidelse ved at fastslå, at ”hostingtjenesteyderne spiller en særlig vigtig rolle i bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet, da de lagrer oplysninger, der leveres af deres brugere og på disses anmodning...”<sup>24</sup> Henstillingen fastslår desuden, at såfremt det er hensigtsmæssigt, kan henstillingen også anvendes på andre berørte udbydere af internettet.<sup>25</sup> Der er i henstillingen ikke blevet uddybet, eksemplificeret eller lavet vejledning til, hvem disse ”hostingtjenesteydere” er (foruden nedenstående i afsnit 4.2). Det efterlader en usikkerhed for medlemsstaterne og de berørte tjenester, der selv får til opgave at definere ansvarsfordelingen ud fra skøn.

Hostingtjenesterne tilskyndes imidlertid til at anvende automatiske metoder til identificering og fjernelse af ulovligt indhold, til at træffe en række gennemsigtighedsforanstaltninger og særligt at arbejde sammen indbyrdes med medlemsstaterne og med trusted flaggers, hvilket ifølge Kommissionen vil bidrage til hurtigere bekæmpelse af ulovligt indhold.<sup>26</sup>

## 4.2 Karakteristik af indholdspolitiet

Trusted flaggers eller troværdige meddeleler er personer eller enheder, herunder ikke-statslige organisationer og erhvervsorganisationer, med særlig ekspertise og et ønske om på frivillig basis at påtage sig et vist ansvar i forbindelse med

---

<sup>24</sup> Henstilling (n 4), præambelbetragtning nr 15.

<sup>25</sup> *ibid.*

<sup>26</sup> Henstilling (n 4), præambelbetragtning nr 25, 29.

bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet.<sup>27</sup> De er udpeget specifikt af hostingtjenesteyderne til at bistå med særlig ekspertise og et særligt ansvar med henblik på bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet.<sup>28</sup> Det er således op til tjenesteyderne selv at vurdere, hvilke personer eller enheder de anser for egnet til at udføre deres aktiviteter på en omhyggelig og objektiv måde og med respekt for de værdier, som Unionen bygger på, jf. TEU artikel 2. Tjenesteyderne opfordres til at offentliggøre klare og objektive kriterier for bestemmelse af, hvilke personer eller institutioner de anser for troværdige meddelere. Disse kriterier er endnu ikke at finde.

Kommissionen uddyber i henstillingen vigtigheden af, at samarbejdet mellem nationale myndigheder,<sup>29</sup> hostingtjenesteyderne og trusted flaggers styrkes grundet det høje antal anmeldelser om ulovlig aktivitet på internettet. De understreger, at anmeldelser fra meddelerne skal tillægges høj prioritet, og at der skal udvises en passende grad af tillid til deres korrekthed. Det betyder, at tjenesteyderne (i højere grad) bliver forpligtet til skulle overvåge – blandt andet med hjælp fra tredjeparter – deres egne medier og støvsuge dem for ulovligt indhold. Det er på sin vis en ændring af de fritagelsesregler, der følger af E-handelsdirektivet,<sup>30</sup> som ellers har til formål at sikre europæiske udbydere (mellemænd) mod ansvar for den information, der udveksles på deres tjenester.<sup>31</sup> Mellemænd er fysiske eller juridiske personer, der stiller tjenester til rådighed, som giver internetbrugere mulighed for at udveksle information.<sup>32</sup> På EU-plan sætter E-handelsdirektivet de overordnede retlige rammer for fjernelse af ulovligt indhold, og indeholder vigtige regler om ansvarsfrihed for ”mellemænd”.

---

<sup>27</sup> Henstilling (n 4), præambelbetragtning nr 29.

<sup>28</sup> *ibid* artikel 1, stk 4, litra g.

<sup>29</sup> *ibid* artikel 1, stk 4, litra j: ”De kompetente myndigheder er udpeget af medlemsstaterne i overensstemmelse med deres nationale lovgivning til at udføre opgaver, som omfatter bekæmpelse af ulovligt indhold på nettet, herunder retshåndhævende myndigheder og forvaltningsmyndigheder, der har til opgave at håndhæve den gældende lovgivning på visse særlige områder, uanset lovgivningens art eller særlige genstand.”

<sup>30</sup> Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (Direktivet om elektronisk handel) [2000] EUT L178/1.

<sup>31</sup> Henrik Udsen, *IT-RET* (4. udg, Ex Tuto 2019) 279.

<sup>32</sup> *ibid* 272.

Ifølge direktivets artikel 14, kan disse ”mellemmænd” ikke drages til ansvar for information, der lagres efter anmodning fra tredjemand, forudsat en række betingelser er opfyldt. Det følger desuden af artikel 15, at medlemsstaterne ikke må pålægge ”mellemmændene” en forpligtelse til at overvåge den information, der flourer på deres platforme (aktiv overvågning), medmindre de får konkret viden eller bevidsthed om den ulovlige aktivitet. Det er interessante problemstillinger – om direkte modsætninger i EU-retsakterne – som ikke behandles yderligere i nærværende artikel.

Trusted flaggers får til opgave at holde øje i al den information, der flourer på hostingtjenesteydernes informationstjenester. Det indhold, som de mener ikke er i overensstemmelse med EU-retten eller den berørte medlemsstats lovgivning, skal de indberette til hostingtjenesterne med en anmodning om, at tjenesteyderne hurtigt får fjernet eller deaktiveret adgangen til indholdet. Trusted Flaggers kommer dermed til at fungere som indholdspoliti – en slags privatiseret retshåndhæver på internettet. De kommer til at sidde med en lang række opgaver, der vedrører alt fra at mindske udbredelse af terrorrelateret propaganda, over deling af videoer, hvor børn seksuelt bliver misbrugt, til sager om krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder (IP) og hate speech. De tillægges dermed et stort ansvar for at vurdere, hvad der udgør ulovligt digitalt indhold, og derigennem også udfylde lovens rammer på de mere ”uklare” retsområder, som eksempelvis hate speech.

Trusted flaggers har, som beskrevet, ikke en direkte adgang til at fjerne ulovligt indhold, men kommer til at have en væsentligt funktion i den initierende del af retshåndhævelsen. I lyset af trusted flaggers’ status om ”troværdig meddelelser” og Kommissionen anbefaling om, at deres indberetninger bør gives høj prioritet og anerkendes som korrekte,<sup>33</sup> bliver deres anmeldelser afgørende for, hvad der fremover vil blive opfattet som ulovlig aktivitet på internettet, og dermed bør fjernes fra hjemmesider. De sætter altså en form for standard for praksis.

---

<sup>33</sup> Henstilling (n 4), præambelbetragtning nr 29.

## 5. Privat myndighedsudøvelse

En myndighed er en samfundsinstitution, som forvalter og som har autoritet til at udøve magt på et bestemt område. Det kan for eksempel være statslige myndigheder, herunder ministerierne, der under en ministers ledelse har ansvaret for at forberede og gennemføre lovgivning. Det kan også være politiet, der som allerede nævnt har ansvaret for føre kontrol med, at lovene overholdes og at skride ind over for lovovertrædelser. Fælles for de offentlige myndigheder er, at de demokratiske organisationer (i hvert fald i Danmark) nyder en generel tillid fra borgerne, og at de har opnået legitimitet, idet deres arbejde udgør en væsentlig del af staten.<sup>34</sup> Niveaue af tillid er helt specielt i Danmark. Seneste tryghedsundersøgelse fra 2016, foretaget af European Social Survey,<sup>35</sup> viser, at danskernes tillid til politiet og domstolene ligger i toppen, når man sammenligner med andre europæiske lande. Vi – som samfund – stoler på vores offentlige myndigheder, og tror i store træk på, at særligt politiet arbejder ud fra en objektiv tilgang.

Denne grundfæstede opfattelse af, at politiet besidder legitimitet, fordi de, som en del af staten, sørger for, at lovene overholdes, er ikke ensbetydende med, at andre aktører, der udøver samme form for arbejde, vil opnå samme legitimitet. Vores tillid bygger på en klar tiltro til, at politiet behandler identiske tilfælde ens og dermed overholder grundprincippet om, at alle er lige for loven.

I EU's fælles forsøg på at intensivere kampen mod ulovligt indhold, herunder hate speech, ligger en forventning fra EU-kommissionen om, at privatejede hjemmesider ikke blot følger deres egne retningslinjer, men ligeledes overholder de offentlige love, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK).<sup>36</sup> Friheden til selv at vælge indhold er ikke absolut, selvom

---

<sup>34</sup> Justitsministeriets forskningskontor, 'Tryghed og holdning til politi og retssystem' (januar 2016) <<http://www.justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Pressemeddelelser/pdf/2015/ESS%2520rapport%25202015%2520%25282%2529.pdf>> besøgt den 1. september 2019.

<sup>35</sup> *ibid.*

<sup>36</sup> Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, ratificeret ved Lov nr. 285 af 29. april 1992 (Den Europæiske Menneskerettighedskonvention).

hjemmesiderne er private, og det er således ikke tilladt at ignorere lovgivningen. Med argumentet, om at trusted flaggers besidder en større ekspertise indenfor det lovgivningsmæssige område end hostingtjenesteyderne, opfordrer Kommissionen aktørerne til at anvende dette nye indholdspoliti.<sup>37</sup> En udvikling der skal ses i lyset af, at hverken politiet eller anklagemyndigheden selv har ressourcerne til at efterforske og retsforfølge alle dem, som uploader eller deler ulovligt indhold.<sup>38</sup>

Fokus i dette afsnit er at gennemgå nogle af de problemstillinger der ligger i, at trusted flaggers kommer til at blive en privat myndighedsudøver, og hvad der kan tale imod, at disse private enheder er repræsentative i udøvelsen af deres arbejde.

## 5.1 Forvaltningsret

Den første problemstilling er hele spørgsmålet, om hvorvidt det er tilladt at overlade retshåndhævelse til selvstændige private enheder. Ud fra et forvaltningsretligt synspunkt vil der overordnet set ske ekstern delegation af forvaltningsretlig kompetence, fordi private aktører pålægges en forpligtelse til at håndhæve loven på digitale medier. Retshåndhævelsen delegeres dermed fra politiet til hostingtjenesterne og videre til trusted flaggers. Det er ikke en ukendt tendens i dag,<sup>39</sup> og det er indiskutabelt en nødvendighed at bede de digitale medier og platforme om hjælp, hvis ulovligt indhold hurtigt og effektivt skal fjernes. Ikke desto mindre rokker det med den klassiske magtfordelingslære.

Tager man et kig på forvaltningsloven, eksisterer der ikke en hovedregel om, at delegation kræver hjemmel, men omvendt gælder der heller ikke en hovedregel om, at alle former for ekstern delegation frit kan foretages. Dette skyldes, at delegationsreglerne ikke i alle tilfælde er klare, hvorfor vurderingen af om der er hjemmel til at foretage ekstern delegation, må træffes fra område til område.<sup>40</sup>

Delegation til private af kompetence til at træffe afgørelse i forhold til borgerne, jf. forvaltningslovens § 2, stk. 1, kræver klar og udtrykkelig

---

<sup>37</sup> Fact Sheet (n 22).

<sup>38</sup> Pressemeddelelsen (n 6).

<sup>39</sup> Fx Code of Conduct (n 9).

<sup>40</sup> Niels Fenger, *Forvaltningsret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2019) 141.

lovhjemmel.<sup>41</sup> Dette følger blandt andet af Justitsministeriets udtalelse i 1991, i forbindelse med bevarelse af en række spørgsmål til lovforslag L 135 om ændring af færdselsloven, hvortil de svarede, at kommunerne ikke kunne (videre)delegere kompetencen til at foretage parkeringskontrol til private, idet der var tale om en myndighedsopgave. Derimod antages det i dag, at der ikke gælder et almindeligt krav om lovhjemmel, når det drejer sig om delegation til private i forberedelsen af afgørelsessager.<sup>42</sup> Retsstillingen blev fastslået i FOB 2013-9,<sup>43</sup> hvor Ombudsmanden konkluderede, at dele af sagsforberedelsen i afgørelsessager kunne overlades til private, såfremt en række krav er opfyldt. Det er interessant at dykke ned i denne sag, fordi grænsen mellem, hvornår arbejdet blot består i at udarbejde dele af sagsforberedelsen kontra, hvornår der er tale om at træffe endelig afgørelse, ikke er klar. Trusted flaggers kommer til at blive en del af sagsbehandlingerne i afgørelsessager<sup>44</sup> (særligt den initierende del), men grænsen mellem ovenstående har betydning for, hvordan anmeldelser, leveret af trusted flaggers, skal håndteres og behandles.

FOB 2013-9 vedrørte det daværende Miljøklagenævns aftale (i 2009) med Kammeradvokaten, om bistand til behandlingen af nogle klagesager over kommunale afgørelser om husdyrsbrug. Det fremgår af udtalelsen, at Kammeradvokatens bistand blandt andet bestod i gennemgang af sagens akter og udarbejdelse af udkast til afgørelsen, herunder rådgivning om juridiske spørgsmål. Udkastet sendte de til Miljøanklagenævnet, som foretog de fornødne rettelser. Derefter blev det tilrettede udkast af Kammeradvokaten sendt videre til partshøring, hvorefter Kammeradvokaten selv foretog de fornødne rettelser herefter. Miljøanklagenævnet læste slutteligt udkastet til afgørelsen, og kunne blot underskrive, hvorefter sagen blev afsluttet. Ombudsmanden konkluderede i udtalelsen, at selvom der ikke var hjemmel i lovgivningen, til at Miljøklagenævnet kunne overlade opgaver i forbindelse med behandlingen af

---

<sup>41</sup> *ibid* 143.

<sup>42</sup> *ibid* 143.

<sup>43</sup> FOB 2013-9, 'Lovlig delegation af sagsforberedelse til advokatfirma' (28. juni 2013) <[http://www.ombudsmanden.dk/find/udtalelser/beretningssager/alle\\_bsager/2013-9/dokument/](http://www.ombudsmanden.dk/find/udtalelser/beretningssager/alle_bsager/2013-9/dokument/)> besøgt den 1. september 2019.

<sup>44</sup> En afgørelse i forvaltningslovens forstand er en retsakt (forvaltningsakt), dvs. en udtalelse, der går ud på at fastsætte, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde.

konkrete sager på området til private, var det i overensstemmelse med de almindelige forvaltningsretlige principper om delegation af myndighedsudøvelse til private.

Det er vigtigt at understrege, at ovennævnte ikke 1:1 kan overføres på forholdet mellem de delegerende aktører og trusted flaggers. Der er ikke tale om direkte myndighedsudøvelse efter bogens regler; både fordi begge parter er private og fordi, trusted flaggers ikke tager den endelige beslutning, om hvorvidt indholdet skal fjernes. Alligevel kan man med en vis forsigtighed bruge konklusionen i ombudsmandsudtalelsen på ovennævnte forhold.

Arbejdsdelingen mellem hostingtjenesterne og trusted flaggers er endnu ikke blevet klarlagt på området for håndtering af ulovligt, digitalt indhold herunder for håndtering af hate speech. Af den grund er det usikkert, hvilken rolle trusted flaggers får, og hvilken værdi deres anmeldelser tillægges. Det må dog forventes, at denne ikke bliver ubetydelig. Det blev gjort klart i henstillingen, jf. redegørelsen i afsnit 4.2, at anmeldelser fra meddelerne skal gives høj prioritet, og at der skal udvises en passende grad af tillid til deres korrekthed. Ligeledes er hovedargumentet for at anvende trusted flaggers, at deres ekspertise rækker ud over, hvad hostingtjenesteyderne besidder. Det må ud fra konklusionen i ombudsmandsudtalelsen antages, at delegation af sagsbehandlingsskrift, der har væsentligt indflydelse på både forvaltningsprocessen og på forvaltningsaktens indhold, ikke er udelukket. Den vurdering som trusted flaggers foretager af det digitale indhold, og som eventuelt senere bliver indberettet til hostingtjenesteyderne, må således godt have afgørende indflydelse på afgørelsens endelige udfald. Den udvikling må siges at stå i modstrid med udgangspunktet om, at der efter forvaltningslovens § 2, stk. 1, kræves klar og udtrykkelig lovhjemmel, når der delegeres til private af kompetence til at træffe afgørelse i forhold til borgerne. Denne ”nye linje”<sup>45</sup> og brede fortolkning af delegationsforbuddet er også at se i nyere praksis. Senest kan nævnes højesteretsdom UfR 2017.3389 H, hvor det ikke fandtes i strid med lovgivningen, at SKAT, i deres afgørelse om afskedigelse af en medarbejder, havde henvist til en privat konsulentvurdering, som SKAT i partshøringsbrevet erklærede sig enig i. Domstolen fandt frem til, at SKAT hverken formelt eller

---

<sup>45</sup> Michael Gøtze, 'Når offentligt bliver privat' [2018] Juristen 32.



reelt kunne anses for at have delegeret sin kompetence til at afskedige deres medarbejder, selvom deres afgørelser i høj grad byggede på konsulentens vurdering.

Set ud fra synspunktet om effektivisering, er brugen af trusted flaggers – og ekstern delegation i det hele taget – et gode og et led i en effektiv udnyttelse af offentlige midler. Man kan måske gå så langt som at sige, at det er en modernisering af delegationslæren. Fra en formalistisk sort på hvidtforvaltningsret, hvor det offentlige stod med ansvaret, jf. lovens ordlyd, til en mere nytænkende forvaltningsret, hvor opgaver overlades til dem med den rette – og måske bedste – ekspertise på området. Men selvom denne såkaldte ”nye linje” er effektiv, er den ikke uden retssikkerhedsmæssige problemer (behandles yderligere i afsnit 5.5).

Fra en borgers synsvinkel virker det usikkert og uigennemsigtigt, at en del af magtudøvelsen på de digitale medier skal varetages af ikke-synlige og måske ej heller identificerbare private aktører. Aktører, som ikke hører direkte under vores demokratisk kontrollerede myndigheder. Her kan der argumenteres for, at det grundlæggende problem eksisterer såvel når hostingtjenesterne som når trusted flaggers står for retshåndhævelsen. En væsentlighedsvurdering, der ikke synes ubetydelig. For hvem har ansvaret for, at der føres retlig kontrol med aktørerne og delegationsordningerne?

Det er vigtigt at huske på, at delegationen til trusted flaggers består i magtudøvelse – et kerneområde inden for retlig forvaltningsvirksomhed. I forhold til hate speech betyder det delegation af bemyndigelse, til blandt andet at kunne gøre indgreb i den enkelte borgers kernerettighed; ytringsfriheden. Af den grund bør der være en klar fælles opfattelse blandt borgere og staten, om at de aktører, som skal kunne gøre indgreb i en så fundamental rettighed, besidder en stor legitimitet. Deres afgørelser skal opfattes som værende korrekte og ud fra en objektiv antagelse bygge på vedtagne fælles interesser og værdier.<sup>46</sup> Selvom det er ønsket fra EU, at den digitale håndhævelse i højere grad tillægges private aktører, og delegationsforbuddet i dansk ret må siges at være blødt op, stiller forvaltningsretten alligevel krav til, hvordan aftalegrundlaget for samarbejdet mellem hostingtjenesteyderne og trusted flaggers skal udformes. Det bør måske

---

<sup>46</sup> Henstilling (n 4), kapitel 2, pkt 27.

ikke være op til tjenesteyderne selv at vurdere, hvem de finder egnet til udførelse af dette stykke arbejde.

## 5.2 Regelsættet

Den anden problemstilling er regelsættet. Trusted flaggers får, som nævnt ovenfor, til opgave at anmelde indhold, der ikke stemmer overens med EU-retten eller medlemsstaternes lovgivning. Det bliver, for så vidt angår deling af terrorrelateret indhold eller deling af børnepornografisk materiale, nemt for meddelerne at identificere indholdets ulovlighed. På andre og mindre 'præcise' retsområder, som eksempelvis hate speech, vil påvisningen afhænge af meddelerens ekspertise og dennes fortolkning af lovgivningen. Det betyder helt grundlæggende, at der kan opstå situationer, hvor trusted flaggers beslutter, at indhold, eksempelvis hele eller dele af hjemmesider, skal fjernes, uden at dette nødvendigvis begrundes i konkrete retsregler. I stedet begrundes det i en række privatretlige retningslinjer eller brugsvilkår udstedt af hostingtjenesteyderne<sup>47</sup> eller af trusted flaggers selv. Der kan på den ene side argumenteres for, at hjemmesider selv bør være herre over, hvad de ønsker at formidle på deres private sider. Omvendt blev det i Danmark, ved Højesterets afgørelse U.2010.2221 H, som forpligtede Telenor til at hindre adgang til hjemmesiden [www.thepiratebay.org](http://www.thepiratebay.org), understreget, at der på internettet ikke er ubegrænset ytringsfrihed. Internettet er private rum, der stilles til rådighed af private onlinetjenester, som nu får til opgave at holde justits.

Én af problemstillingerne ved at lade private onlineplatforme stå for håndhævelsen af loven på egne tjenester blev allerede i 2014 fremhævet af Europarådets menneskerettighedskommissær. I "The rule of law on the Internet and in the wider digital world" udtalte Kommissæren, at "(...) private entities can impose (and be "encouraged" to impose) restrictions on access to information without being subject to the constitutional or international law constraints that apply to state limitations of the right to freedom of expression". Opgaver som at identificere og fjerne ulovligt indhold og generelt håndhæve loven på digitale platforme ligger traditionelt set placeret i offentlige myndigheders sfære. Men hvor offentlige myndigheder er underlagt en række

---

<sup>47</sup> Meddelelse (n 3) 16.

juridiske sikkerhedskrav, i udførelsen af dette arbejde (fx de forfatnings- såvel som forvaltningsretlige principper), nyder private aktører en større kontraktlig frihed. I Danmark indeholder forvaltningsloven eksempelvis regler for sagsbehandling, som giver borgere rettigheder og beføjelser i forbindelse med myndigheders behandling af en sag. Eksempler herpå er reglerne om sagsoplysning, partsaktindsigt og begrundelse. Ekstern delegation af retshåndhævelsen vil af den grund medføre, at man som borger ikke har samme rettigheder, som hvis sagen blev behandlet af en offentlig myndighed.

Henstillingen fra marts 2018 indeholder i stedet en række beskyttelsesforanstaltninger og garantier som eksempelvis gennemsigtighed, nøjagtigt og retfærdighed<sup>48</sup>, der skal skabe sikkerhed i anmeldelses- og indgrebsordningerne. Disse foranstaltninger forpligter både de private såvel som offentlige meddeleler, men de er langt mindre klare og præcise, som de juridiske sikkerhedskrav de offentlige myndigheder er bundet af.

En anden problemstilling ved at overlade retshåndhævelsen til hostingtjenesteyderne selv og deres trusted flaggers er lovgivningens regler (eller mangel på samme) for indgreb i brugers ytrings- og informationsfrihed. Det fremgår eksplicit af henstillingen, at onlineplatformene er forpligtet til at tage hensyn til ”brugeres grundlæggende rettigheder og legitime interesser”<sup>49</sup> og desuden den centrale rolle, de selv spiller med hensyn til at fremme offentlig debat samt formidling og modtagelse af oplysninger i overensstemmelse med lovgivningen.<sup>50</sup> Problemet heri er blot, at hvor staten er underlagt strenge regler for indskrænkning af ytrings- og informationsfriheden, jf. EMRK art. 10, stk. 1, 2. pkt., gør det sig ikke gældende for de private aktører. Dette vil blive behandlet senere i artiklen.

Det er et helt tydeligt budskab i henstillingen, at retshåndhævelsen på de digitale medier i høj grad skal privatiseres – men retningslinjerne synes usikre. Trusted flaggers bliver ikke én fælles og synlig enhed som eksempelvis det danske politi. Politiet, vi kender alle fra gaden, iført lyseblå skjorter og i hvide patruljebiler. I stedet bliver de en masse små selvstændige enheder, placeret under private eller offentlige virksomheder. Man vil som bruger ikke kunne genkende

---

<sup>48</sup> Henstilling (n 4), præambelbetragtning nr 18–20.

<sup>49</sup> *ibid*, præambelbetragtning nr 13.

<sup>50</sup> *ibid*.

dem – om man så gik forbi dem på gaden. Manglen på fælles forståelse og retningslinjer kan medføre situationer, hvor digitalt indhold, der tilskynder til had, ikke behandles ens. Denne problematik vil også blive behandlet nedenfor.

### 5.3 Menneskeretlig kurs

Henstillingen fra marts 2018 er et forsøg fra EU på at give hostingtjenesteyderne mere ansvar over det brugergenerede indhold på deres tjenester. Heri ligger en anselig opgave for udbyderne i at afgøre, hvornår det digitale indhold enten forbyder sig imod eller er beskyttet af vores lovgivning, herunder af bestemmelserne i EMRK<sup>51</sup> og vores nationale straffelov.<sup>52</sup> Gør man eksempelvis indgreb i personers udtalelser eller holdninger på de sociale medier, kan det retlig betyde et indgreb i ytrings- og informationsfriheden, med begrundelse i beskyttelsen af retten til privatliv eller de nationale strafbestemmelser – og vice versa.

Hate speech, der kan komme til udtryk på et væld af forskellige måder, skaber retlige konflikter mellem de enkelte af vores grundlæggende rettigheder samt mellem de grundlæggende rettigheder og vores nationale straffelovgivning. Imidlertid anerkendes ytrings- og informationsfriheden i dag som en af grundstenene i et demokratisk samfund<sup>53</sup> og som den helt fundamentale politiske menneskerettighed.<sup>54</sup>

EMRK artikel 10 beskytter den formelle og materielle ytringsfrihed, modsat Grundlovens § 77, der kun beskytter den formelle. Ytringsfriheden efter artikel 10 er imidlertid ikke absolut. Efter bestemmelsens stk. 2 kan der gøres indgreb i ytringsfriheden, hvis indgrebet har hjemmel i lov og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til et af de legitime hensyn, der er opregnet i stk. 2. Ifølge praksis fra Den Europæiske Menneskeretsdomstols (EMD) falder hate speech desuagtet ikke under artikel 10, idet udsagn af en sådan karakter anses for

---

<sup>51</sup> Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950, ratificeret ved Lov nr 285 af 29. april 1992 (Den Europæiske Menneskerettighedskonvention).

<sup>52</sup> Lovbekendtgørelse nr 1156 af 20. oktober 2019 (Straffeloven).

<sup>53</sup> Trine Baumbach, 'Racismebestemmelsens usikre grænser', [2014] Juristen 47.

<sup>54</sup> Trine Baumbach, *Medieret – frihed og ansvar* (Karnov Group 2017), 42.

at være ytringer, som fornægter konventionsforudsætningerne (demokratisk styreform, retsstatsprincippet og en vilje til at overholde menneskerettighederne) og konventionens bærende værdi (princippet om den menneskelige værdighed).<sup>55</sup>

EMD behandler i stedet forholdene efter EMRK artikel 17, om misbrug af rettigheder.<sup>56</sup> Dette hænger nøje sammen med artikel 10 stk. 2, som eksplicit påpeger, at udøvelsen af frihedsrettigheden medfører ”pligter og ansvar”, der nok ikke anses for at være efterkommet, hvis ens kommunikation udmønter sig som hate speech. Ifølge Trine Baumbach findes der ikke en universel definition af hate speech.<sup>57</sup> Alligevel kan fænomenet – den egentlige hate speech omfattet af artikel 17 – ud fra EMD’s praksis med nogenlunde sikkerhed defineres som ”ytringer, der direkte opfordrer til vold, eller er stærkt voldsforherligende, samt ytringer, der lægger befolkningsgrupper for had”.<sup>58</sup> Ytringer af mindre grov og hadefuld karakter falder derimod under EMRK artikel 10, stk. 1, og indgreb i sådanne skal således retfærdiggøres efter stk. 2.

At bekæmpe hadefulde ytringer på nettet indeholder derfor en problemstilling om, i hvilken udstrækning og på hvilken måde der kan ske en begrænsning af den materielle ytringsfrihed begrundet i, at den hadefulde ytring krænker de berørte personers privatliv og integritet på en samfundsmæssigt uønskelig måde.<sup>59</sup>

I Danmark er der opstillet materielle begrænsninger for ytringsfriheden i eksempelvis straffelovens § 266 b, der beskytter mod hån og uberettigede beskyldninger (nærmere kendt som racismeparagraffen) samt i straffelovens kapitel 27 om freds- og ærekrænkelser. Straffelovens § 266 b kriminaliserer langt fra alle former for hate speech, men grundet artiklens begrænset længde vil fokus være på denne. Bestemmelsen har til formål at beskytte befolkningsgrupper mod racistiske udtalelser, der krænker gruppens menneskelige værdighed – en

---

<sup>55</sup> *ibid* 71.

<sup>56</sup> *ibid* samt *Perincek v Switzerland* ECHR 2015-IV 181 (om fornægtelse af det armenske folkedrab mv) og *Pavel Ivanov v Russia* App no 35222/04 (EMD, 20. februar 2007) (om stærkt antisemistiske udsagn omfattet af artikel 17).

<sup>57</sup> Baumbach 2017 (n 55) 72.

<sup>58</sup> *ibid*.

<sup>59</sup> Braumbach og Blume (n 16) 8.

beskyttelsesinteresse, der er omfattet af de legitime hensyn efter EMRK artikel 10, stk. 2.<sup>60</sup> Da straffelovens § 266 b kriminaliserer handlinger, som borgere har en menneskeret til, skal den fortolkes i lyset af ytringsfriheden<sup>61</sup> og den praksis, som EMD har fastlagt.<sup>62</sup>

Ikke desto mindre skal der – som skitseret ovenfor – foretages en række afvejsninger af ytringens karakter. Og det giver anledning til nationale forskelle. De materielle begrænsninger, som staterne kan fastsætte, afspejler den betydning, som ytringen tillægges i de respektive retskulturer. I Danmark er vi eksempelvis forpligtet til at sikre, at hate speech straffes i overensstemmelse med hjemlen i straffelovens § 266 b, såfremt tiltalte objektivt og subjektivt har realiseret gerningsindholdet.<sup>63</sup> En svær afvejning, der også giver anledning til problemer for vores egne domstole, jf. eksempelvis U 2003.2435 V (om politiske udtalelser på et landsmøde, der efterfølgende gav debat, om hvorvidt domstolens retsanvendelse er for mekanisk således, at udtalelser er for generaliserende),<sup>64</sup> U 2012.2361 H (om manglende fortsat til udbredelse) og U 2014.73 V (om meget generaliserende truende og nedværdigende udtalelser, der var omfattet bestemmelsen, selvom de indgav i saglig debat).

De nationale afvejsninger, altså om den pågældende ytring falder under EMRK artikel 10 eller artikel 17 samt under en af vores nationale materielle begrænsninger, bliver essentiel i trusted flaggers arbejde. De får til opgave at vurdere, hvornår ytringer og udsagn har en vis nytteværdi for samfundet, og dermed frit kan offentliggøres, kontra hvornår ytringer overtræder den nationale straffelovgivning (som godt nok skal fortolkes i lyset af EMRK) og dermed bør fjernes. Hertil kommer desuden, at EMD har fastslået, at staten ikke er berettiget til at tage alle udsagn for pålydende eller forstå alle udsagn bogstaveligt.<sup>65</sup> Der er altså lagt op til vurderinger, som kan spænde bredt – både på grund af de forskelligartede nationale retskulturer, men særligt også indbyrdes mellem de

---

<sup>60</sup> Baumbach 2017 (n 55) 262.

<sup>61</sup> *ibid* 223.

<sup>62</sup> Baumbach 2014 (n 54) 47.

<sup>63</sup> *ibid* 54.

<sup>64</sup> Baumbach 2017 (n 55) 263.

<sup>65</sup> *Gül and Others v Turkey* App no 35071/97 (EMD, 4. december 2003) og desuden Baumbach (n 55) 271.

forskelligartede hostingtjenester, der som nævnt skal holde justits med det indhold, som flourer på deres medie(r).

Kommissionens anbefaling om at anvende trusted flaggers i forsøget på at skabe den mest effektive og samordnet tilgang til bekæmpelsen af ulovligt indhold er derfor ikke uden komplikationer. Særligt taget i betragtning af internettets og hostingtjenesternes globale virke.

Det er et indbygget problem i vores overnationale menneskerettigheder, at der opstår statslige forskelle i håndhævelsen af EU-lovgivningen. Dét, at vi nationaliserer vores internationale regler,<sup>66</sup> skaber egne erfaringer, interesser og udsigtspunkter, som kan risikere at medføre, at vi vil se andre staters værdier som trusler mod vor egne på trods af, at de tager afsæt i samme menneskerettigheder. Et digitalt og globalt problem som hate speech er derfor svært at bekæmpe i fællesskab, også selvom EMD har forsøgt at skabe harmoni mellem reglerne. Disse forhold gør det usikkert at overlade rollen som samfundets indholdspoliti til mere eller mindre tilfældige private aktører.

#### 5.4 Virksomhedscensur, transperens og over-fjernelse

Det voksende fokus på onlineplatforme og hostingtjenesteyders ansvar for ulovligt digitalt indhold, har – foruden EU-kommissionens opfordring om trusted flaggers og den frivillige aftale om ”Code of conduct” – også ført til andre tiltag. Eksempelvis indførte Tyskland i 2018 en ny medielov (NetzDG), som pålægger sociale medieplatforme at fjerne ulovligt indhold inden for 24 timer. Men selvom tiltagene prøver at bidrage positivt til bekæmpelse af de digitale udfordringer, kritiseres de også for at legitimere privat censur.

Fænomenet privat censur opstår af den redaktionelle frihed, som medierne har til selv nøje at udvælge og formidle det indhold, de privatejede platforme ønsker. Grundlovens § 77 og EMRK artikel 10 hjemler begge et censurforbud, hvorefter myndigheder ikke må foretage en forhåndskontrol af de ytringer og den information, der offentliggøres. Endvidere indeholder EMRK artikel 10 som nævnt en ret til at modtage information. Men forbuddet forbyder alene

---

<sup>66</sup> Anthea Roberts, *Is international Law International?* (Oxford University Press 2017) 325.

offentlig forhåndskontrol, hvorfor kun staten og ikke private er omfattet. Der er ganske enkelt en stor frihed for både onlineplatformene og hostingtjenesteyderne til selv at definere deres platform og deres ansigt ud af til. Af den grund opstiller virksomhederne forventeligt nok en række retningslinjer for, hvilket indhold de ønsker at formidle, og hvilket de må fjerne. Det kan føre til situationer, som nævnt i afsnit 5.2, hvor indhold fjernes, ikke fordi det direkte strider imod lovgivningen, men fordi det strider imod tjenesternes politik og retningslinjer. Og det er herigennem, der opstår privat – og fuldt lovlig – censur. Opfordringen til at anvende trusted flaggers kan risikere at ”fodre” dette fænomen – ud fra andre og udokumenterede retningslinjer. Hvor privat censur sker på baggrund af én aktørs udvælgelse, kan man fremadrettet forestille sig, at digitalt indhold fjernes, fordi det ikke harmonerer med en intern strategi, som hostingtjenesteyderne og trusted flaggers har fastsat. Denne form for strategi er udtryk for censur på baggrund af en (måske uofficiel) virksomhedsstrategi – heraf ordet lovlig ”virksomhedscensur”.

Kommissionen har som nævnt anbefalet hostingtjenesteydere at gøre brug af trusted flaggers til identificering og indberetning af ulovligt indhold, der strider mod EU-retten eller den berørte medlemsstats lovgivning. Det betyder, at hostingtjenester både har adgang til at fjerne indhold, som ikke lever op til deres egne regler og retningslinjer (virksomhedsstrategi) – uagtet at indholdet er lovligt, og nu også får til opgave til holde justits med det indhold, som flourer på deres medie, og som ikke lever op til lovgivningens krav. En form for dobbeltrolle, der virker bekymrende.

Onlineplatforme og hostingtjenester spiller i dag begge centrale roller den offentlige debat – især dennes demokratiske kvalitet og pluralisme. Vi mennesker er sociale dyr, som er enormt påvirkelige overfor det indhold, der flourer online, og vi danner meninger ud fra, hvad andre deler, ”liker” og kommenterer.<sup>67</sup> Af den grund er det ikke underordnet, hvilket og i hvor høj grad digitalt indhold fjernes. For den almindelige bruger af de digitale platforme, bliver lovens grænser for henholdsvis lovligt og ulovligt indhold vanskelig at gennemskue. De private aktører får med deres ”dobbeltrolle” rig mulighed for at forme og sætte grænserne for vores ytringsfrihed og for ulovligt, digitalt indhold. Uagtet lovgivningens ord,

---

<sup>67</sup> Hendricks (n 13).



skaber tjenesternes fjernelses- og blokeringsprocedure de uskrevne regler for, hvordan brugere af tjenesterne må og skal opføre sig. Det er her vigtigt at understrege, at man har mulighed for at få afprøvet beslutninger om fjernelse af hele eller dele af hjemmesider ved domstolen. Men det kræver, at der er kendskab til baggrunden fra fjernelsen.

Hostingtjenesterne bør derfor i høj grad være transparente i deres samarbejde med meddelerne og særligt gennemsigtige i forhold til, hvad de foretager sig, lige fra udvikling af retningslinjer til indsigt i, hvordan de håndhæves. Transparens kan også være med til at sikre, der ikke sker en form for ”over-fjernelse”. En over-fjernelse af digitalt indhold, som begrænser den reelle ytringsfrihed. For hvis alt digitalt indhold bliver underlagt en lang række interne retningslinjer, vil den digitale ytringsfrihed indsnævres – langt mere end den allerede er i forvejen. Det er ikke utænkeligt, at platformene ud fra et konkurrencesynspunkt (ønsket om at bevare deres stilling på det digitale marked) og tjenesteydernes større medansvar for at bekæmpe ulovligt digitalt indhold samt delegationen af retshåndhævende kompetence til trusted flaggers, alle kan medføre en øget over-fjernelse af digitalt indhold.

Det er problematisk, hvis private aktører både får til opgave at sætte de overordnede rammer for internettet – i forhold til ønskeligt indhold, tonen og de generelle retningslinjer – og samtidig får ansvaret for at retshåndhæve deres egne såvel som de offentlige regler på internettet. På den måde bliver den lovgivende, udøvende og dømmende magt de facto til én aktør. Og det hele vil ske uden indblanding fra ”rigtige” myndigheder og retshåndhævere.

## 5.5 Retssikkerhed

Der er mange årsager til, at ulovligt indhold – herunder hate speech – er udfordringer, som skal håndteres. Det er dog en nødvendighed, at midlerne til bekæmpelse af de digitale udfordringer ikke går på kompromis med hverken retssikkerheden eller andre grundlæggende rettigheder.

Retssikkerhed kan overordnet forklares som det grundlæggende element i en demokratisk retsstat, der sikrer private mod vilkårlige, ulovhjemlede og

uforudsigelige indgreb fra statens side.<sup>68</sup> Retssikkerheden hænger nøje sammen med retsstatsprincippet, der i henhold til artikel 2 i TEU er en af EU's grundlæggende værdier. Det er princippet om, at både EU og alle EU-landene er styret af et lovkompleks (regelsæt og procedurer), der er vedtaget efter fastlagte processer i stedet for ved skønsmæssige beslutninger eller ad hoc-afgørelser. Det er helt essentielt for begge principper, at der er lighed for loven og forudsigelighed i afgørelser, så borgerne kan have tillid og tiltro til systemet. Trusted flaggers' afgørelser udfordrer både disse grundlæggende principper og generelt den traditionelle juridiske metode, som bygger på fastlæggelse af jus og retsfaktum, hvorefter der foretages en subsumption. Deres arbejde formodes i højere grad at være baseret på egen fortolkning af lovgivning, egen virksomhedsstrategi og ud fra tidligere afgørelser af pågældende type, mere end det baseres på fastlæggelse af regelsættet og sagsoplysning. Rammerne for den demokratiske debat og vores ytringsfrihed overlades på den måde til en "sort boks", hvor ukendte vurderingskriterier henholdsvis indskrænker eller liberaliserer den enkeltes frihed til at debattere og ytre sig.

Det må almindeligvis antages, at det på ingen måde må forringe borgerens retsstilling, at opgaven som digitalt politi bliver uddelegeret til private aktører. Men selvom Kommissionen anfører "højere kvalitetsmeddelelser" og "hurtigere nedtagninger", som fordele ved betroede anmeldere, præciserer de ikke yderligere, hvad der ligger i disse kvalitetsforbedringer.<sup>69</sup> Kommissionen har primært fokus på effektiviseringsstrategier til bekæmpelse af de digitale udfordringer – men det er ikke nok. De retssikkerhedsmæssige problematikker skal nøje overvejes og gennemtænkes, særligt hvis trusted flaggers skal besidde en legitimitet svarende til det rigtige politi og opnå samme tillid fra borgerne.

---

<sup>68</sup> Institut For Menneskerettigheder, 'Lov og Ret' <<https://menneskeret.dk/emner/lov-ret>> besøgt den 3. september 2019.

<sup>69</sup> Meddelelsen (n 3) 8.

## 5.6 Bindende lovgivningsmæssige foranstaltninger på området for hate speech

Artiklen har i det foregående koncentreret sig om de to ikke-bindende EU-retsakter, og hvilke retlige problematikker disse medfører. Afslutningsvist vil der kort knyttes et par ord til, hvilke problematikker der kan opstå ved, at Kommissionen, som nævnt i meddelelsen fra september 2017, supplerer retningslinjerne med lovgivningsmæssige foranstaltninger<sup>70</sup> – og dermed bindende retsakter – på området for hate speech.

Der er ingen tvivl om, at der er brug for effektive midler, der kan forhindre eller i det mindste reducere deling af ulovligt og krænkende indhold. Spørgsmålet er bare – hvilke midler?

Lovgivningsmæssige foranstaltninger skaber klare retningslinjer og måske en mere ensartet håndhævelse. Det vil endvidere harmonere med den virkelighed, vi normalt lever i – altså når vi ikke er online på internettets mange platforme, hvor ytringsfriheden også møder materielle begrænsninger (fx i straffeloven). Internettets utallige digitale udfordringer har potentiale til at skade menneskets viden, holdninger og den generelle tillid til hinanden og samfundet.<sup>71</sup> I større skala kan det potentielt give demokratiske udfordringer og allerværst være demokratiundergravende. Af den grund er samfundet forpligtet til at reagere.

Det er naivt at tro, at det hele nok skal blive bedre – altså med mindre vi vil skyde en hvid pil efter demokratiet. Men det er imidlertid svært at forestille sig, hvordan reglerne skal udformes. Internettet er globalt med den konsekvens, at ytringerne på nettet er underlagt mange jurisdiktioner. De ytringer, der krænker personer her i landet, opfattes ikke nødvendigvis ikke som værende krænkende endsige strafbare uden for Danmarks grænser, jf. ovenstående. Så hvis vi i endnu højere grad nationaliserer vores internationale regler, risikerer vi i endnu højere grad at komme til at se andre staters værdier som trusler mod vor egne.

Det gavner desuden ikke demokratiet og ytringsfriheden, hvis staten og de retshåndhævende myndigheder begynder at sondre mellem tilladelige og ikke-tilladelige ytringer, og begynder at stille for rigide krav til både afsender og modtager af disse. Ud fra en mere filosofisk tilgang kan dette også begrundes

---

<sup>70</sup> Meddelelsen (n 3) 3, 21.

<sup>71</sup> Hendricks (n 13) 77.

med, at for at vi som mennesker kan danne os oplyste og velbegrundet meninger, har vi måske også brug for at møde usandheder, radikale holdninger og andet 'provokerende' materiale. Altså til en vis grad. Der er behov for, at problemer og emner sættes under debat – og det skal ikke kun være efter de retningslinjer, som magthaverne sætter.

Slutteligt kan der også sættes spørgsmålstejn ved, om det overhovedet er en offentlig opgave at intervenere i borgeres indbyrdes verbale konflikter. Måske en del af reguleringen skal ligge hos internetbrugerne og deres reflekterede opfattelse af den digitale virkelighed. Det kan overvejes om de humanistiske virkemidler skal tages i brug, og det i stedet handler om at danne brugerne.<sup>72</sup> En national handleplan for digital dannelse, kan også være en måde, hvorpå der skabes en bedre digital infrastruktur og rarere debatkultur.<sup>73</sup>

## 6. Konklusion

En styrket indsats mod digitale udfordringer, som eksempelvis den udbredte brug af hate speech, er en nødvendighed. Der er behov for effektive midler, der kan forhindre, reducere eller helt fjerne ulovligt og krænkende indhold fra både enkeltpersoner, organisationer og platformes hjemmesider. Forslaget fra EU-kommissionen om uddelegeringen af ansvar til private aktører som retshåndhævere på de digitale medier synes derfor umiddelbart både tidssvarende og effektivt.

Der er ingen tvivl om, at hostingtjenesteyerne bør bære en langt større del af ansvaret for bekæmpelsen af den omfattende spredning af ulovlig indhold. Internettet er blevet et uundværligt redskab i hverdagen. Platformene har gennem de tjenester, de stiller til rådighed, muliggjort en hidtil uset adgang til information og udveksling af meningen og har åbnet op for helt nye markedsmuligheder for virksomheder. De spiller en central rolle for den offentlige debat og kan være med til at styrke ytringsfriheden – kvaliteten og pluralismen i den demokratiske debat. Imidlertid har det også givet anledning til

---

<sup>72</sup> *ibid.*

<sup>73</sup> Man har forsøgt at sætte digital dannelse på skoleskemaet i de danske folkeskole, jf. <<https://www.uvm.dk/folkeskolen/laering-og-laeringsmiljoe/it-i-undervisningen/digital-dannelse>> besøgt d. 15. september 2019.

lang række bekymringer, da flere bruger platformene som fora til deling af ulovligt indhold, hvad end det er terrorrelateret indhold, hate speech eller andet. Det har fået flere aktører herunder FN og EU til at slå fast, at hvad der er ulovligt offline også er ulovligt online.

Det større samfundsansvar, der tillægges hostingtjenesteyerne for beskyttelse af brugere og samfundet som helhed, mod de, som anvender deres tjenester til forbrydelser, vil efter anbefalingerne skulle deles med trusted flaggers. Det synes fordelagtigt at lade private aktører overtage en del af retshåndhævelsen på de digitale medier, fordi de som udgangspunkt besidder en større ekspertise på området. Artiklen har dog vist, at dette forslag ikke er uden retsmæssige bekymringer.

Traditionelt set er retshåndhævelsen placeret hos de offentlige myndigheder, hvor politiet er den myndighed, som har ansvaret for at føre kontrol med, at lovene overholdes og at skride ind over for lovovertrædelser. Trusted flaggers bliver modsat hertil aktører placeret under private enheder. Således bliver de langt mindre kontrolleret og kommer til at nyde en stor kontraktlig frihed i valg af metoder og grad af åbenhed. Trusted flaggers vil ikke blive underligt samme forvaltningsregler som politiet, selvom de får væsentlig indflydelse på forvaltningsprocessen (hvilket ifølge Ombudsmandens praksis er tilladt, jf. FOB 2013-9.) Det i sig selv synes ikke tilstrækkeligt, eftersom forvaltningslovens § 2 hjemler et forbud mod ekstern delegation til private af kompetence til at træffe afgørelse i forhold til borgere. Med det in mente betyder det, at såfremt Henstilling (EU) 2018/334 var bindende i alle sine enkeltheder, vil den være vanskelig at implementere i dansk lovgivning (trods EU-rettens forrang).

Henstillingen anbefaler, til trods for at trusted flaggers ikke nødvendigvis er offentlige myndigheder<sup>74</sup>, at aktørerne respekterer vores fundamentale rettigheder herunder ytringsfriheden. Henstillingen tildeler dermed trusted flaggers offentligretlige forpligtelser, men uden at gå så langt som til at forpligte til en overholdelse af alle forvaltning – såvel som forfatningsretlige regler. En gennemført respekt for de fundamentale rettigheder vil dog kræve en mere ensartet menneskeretlig kurs og forståelse herfor – hvilket nok er en utopi. Stater

---

<sup>74</sup> Artiklen har kun haft fokus på de tilfælde, hvor trusted flaggers er private aktører.

nationaliserer til en vis grad de internationale regler og forpligtelser, og det kan betyde, at staterne indbyrdes kommer til at modarbejde hinanden.

Det er heller ikke utænkeligt, at der kan opstå så tæt samarbejde mellem hostingtjenesteyderne og trusted flaggers, at de gennem interne retningslinjer og egen fortolkning af vores menneskerettigheder overregulerer og over-fjerner digitalt indhold. Måske endda i så høj grad, at de begynder at forme og sætte grænserne for vores ytringsfrihed og for ulovligt, digitalt indhold – der måske nok er lovlig, men stadig uacceptabel. I forlængelse heraf ønskes langt flere og klarere regler for, hvordan retssikkerheden opretholdes. Her tænkes i forhold til kontrollen af trusted flaggers og transparensen i deres arbejde. Offentlig kontrol og indsigt i deres vurderinger og fjernelse af ulovligt indhold vil ydermere øge deres legitimitet og troværdighed. Det samme vil en lovfæstet forpligtelse til at begrunde enhver fjernelse af indhold.

Det er klart, at ulovligt indhold på internettet ikke må underminere borgernes tillid og tiltro til det digitale miljø og demokratiet generelt. Ej heller må det true de økonomiske muligheder. Det digitale indre marked, der også er en del af EU-kommissionens strategier for perioden 2015-2019, skal styrkes. Det må dog være et ufravigeligt krav, at der skal findes passende beskyttelsesforanstaltninger, som hverken går på kompromis med retssikkerheden eller vores lovgivning – herunder menneskerettighederne. Der skal findes metoder, som tilpasses de nationale regler og som samtidigt sikrer, at bekæmpelsen af de digitale udfordringer sker på baggrund af en fælles strategi og vision fra EU. Internettet er globalt – og derfor skal metoderne også fungere globalt. Fordelene og ulemperne ved privatiserede håndhævelsesmekanismer skal nøjes afbalanceres – og effektivitetshensynet må ikke uden videre trumfe.

Alene på baggrund af de udvalgte behandlede betænkeligheder – en brøkdell af alle de retsmæssige konflikter, må det konkluderes, at EU-kommissionen har opstillet uklare, ikke-bindende anbefalinger. Henstillingen, som vejledning for både hostingtjenesteyderne og trusted flaggers selv, synes både usikker og ugenomtænkt og efterlader desuden mange tvivlsspørgsmål.

# Enforced Disappearances of Persons: Interactions between International and Domestic Law

## Case Studies: Argentina and South Africa

---

Ana Stella Ebbersmeyer\*

The purpose of this paper is to answer the question of how international and domestic law on the crime of enforced disappearances interact with each other, focusing on the examples of Argentina and South Africa. Regarding the international aspect of this paper, the current legal status of the prohibition of enforced disappearances under international law will be examined by conducting doctrinal legal research, such as mapping out the legislative framework and analyzing the jurisprudence of international and regional international courts. Concerning the domestic aspect of this paper, doctrinal and comparative legal research will be conducted. The two countries of Argentina and South Africa were chosen due to their history with enforced disappearances and their striking similarities and differences in dealing with this crime, especially in the context of international law. Although research on enforced disappearances in Argentina already exists, a comparison with South Africa, which will allow for a better assessment of the value of international law, is still missing. This paper aims at filling this gap in research.

---

\* Law student, University of Copenhagen [Stella.ebbersmeyer@jur.ku.dk]

## 1. Introduction: The Crime of Enforced Disappearances

In 2007, the *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearances* (ICED)<sup>1</sup> was opened for signature by the United Nations (UN), after immense efforts taken by non-governmental organizations (NGOs) and relatives of victims in order to combat the practice of enforced disappearances.<sup>2</sup> This crime is especially heinous since it violates a number of human rights at once, such as the right to life, the right to liberty and security of a person and the right to a legal remedy.<sup>3</sup> Moreover, if used in a systematic way, it results in a multiplicity of victims and leaves relatives of victims in an uncertain state without access to information. A definition can be found in article 2 of the ICED which states that an ‘enforced disappearance’ is considered to be:

the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.<sup>4</sup>

Due to the crime’s ability of spreading terror in society and paralyzing political opponents, it has been a characteristic of repressive, dictatorial regimes for decades. The phenomenon was firstly used in a systematic manner during World

---

<sup>1</sup> International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (adopted 20 December 2006, entered into force 23 December 2010) 2716 UNTS 3 (ICED).

<sup>2</sup> Nikolas Kyriakou, ‘The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance and Its Contributions to International Human Rights Law, with Specific Reference to Extraordinary Rendition’ (2012) 13 *Melbourne Journal of International Law* 424, 425.

<sup>3</sup> Gabriella Citroni and Tullio Scovazzi, ‘Recent Developments in International Law to Combat Enforced Disappearances’ (2009) 3 *Revista Internacional de Direito e Cidadania* 89, 90.

<sup>4</sup> ICED art 2.



War II when the Nazis, acting under Hitler and Keitel's *Nacht und Nebel* ('Night and Fog') decree, made people who were 'endangering German security' disappear without a trace.<sup>5</sup> During the Algerian War (1954-1962)<sup>6</sup> and the period of Latin American military dictatorships in the 1970s,<sup>7</sup> the systematic practice re-surfaced and can also be observed in multiple African countries and European regions, such as Turkey or Chechnya.<sup>8</sup> Although this crime used to be the product of military dictatorships, the global problem of disappearances today also results from issues such as long-standing internal conflicts, gender-based violence and the decimation of indigenous populations.<sup>9</sup> Due to the uncontested severity and global nature of the crime, many steps have been taken by the international community to combat it. The prohibition has been codified in various treaties and has been dealt with by multiple human rights bodies and courts. However, next to international law, the question arises how specific countries which have experienced the phenomenon of enforced disappearances in the past have dealt with this in their domestic legal systems. This paper seeks to combine these two aspects by answering the question of how international and domestic law on the crime of enforced disappearances interact with each other, focusing on the examples of Argentina and South Africa.

In order to answer this question, this paper will utilize a hybrid methodological approach. Next to literature review, doctrinal and comparative legal research will be conducted. Doctrinal research will be conducted by critically analyzing the legal status of the prohibition of enforced disappearances in both international and domestic legislation and jurisprudence. Comparative

---

<sup>5</sup> Dalia Vitkauskaitė-Meurice and Justinas Žilinskas, 'The Concept of Enforced Disappearances in International Law' (2010) 120 *Jurisprudencija: Mokslo darbu žurnalas* 197, 198.

<sup>6</sup> Human Rights Watch, 'Time for Reckoning: Enforced Disappearances in Algeria' (2003) 15(2)(E) *Human Rights Watch Reports*.

<sup>7</sup> Vitkauskaitė-Meurice and Justinas Žilinskas (n 5) 198.

<sup>8</sup> Citroni and Scovazzi (n 3) 90; Ophelia Claude, 'A Comparative Approach to Enforced Disappearances in the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights Jurisprudence' (2010) 5 *International Human Rights Law Review* 407, 408.

<sup>9</sup> Ioanna Pervou, 'The Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: Moving Human Rights Protection Ahead' (2012) 5 *European Journal of Legal Studies* 145, 148.

research will be conducted by comparing the jurisprudence of different (regional) international courts and the different levels of interactions between international and domestic law in Argentina and South Africa.

Following this introduction (1), the paper will examine how the prohibition of enforced disappearances is defined and classified in international legislation and international jurisprudence (2). Thereafter, it will analyze how the countries of Argentina (3) and South Africa (4) dealt with this crime in their domestic legal systems and which interactions exist with international law. Lastly, a conclusion will be drawn which provides an answer to the question of how international and domestic law on the crime of enforced disappearances interact with each other by briefly comparing the two countries (5).

## 2. Enforced Disappearances under International Law

In order to answer the question of how international and domestic law on the crime of enforced disappearances interact with each other, this section will analyze the current status of the crime under international law. To do so, doctrinal legal research will be conducted by critically analyzing international conventions and jurisprudence.

### 2.1 International Conventions: Classification and Definitions

It is important to note that the crime of enforced disappearances exists both in the context of International Human Rights Law (IHRL), in which human rights courts are deciding whether certain practices by states violate their citizens' rights, and in the context of International Criminal Law (ICL) in which courts try responsible individuals for the commission of this crime. Over the last decades, the international community, including both IHRL and ICL, has slowly but surely, taken steps to combat the phenomenon of enforced disappearances.

As concerns IHRL, to date, three main instruments have come into force: Firstly, the *Declaration on the Protection of All Persons from Enforced*

*Disappearances* (1992),<sup>10</sup> a UN General Assembly resolution of non-binding character.<sup>11</sup> Secondly, the *Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons* (1994),<sup>12</sup> which, although it does constitute a legally binding instrument, has only been ratified by 15 states due to its regional character. Lastly, in 2007, the *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance* (ICED)<sup>13</sup> came into force, ‘fill[ing] a legal gap and represent[ing] an effective tool to prevent and suppress the international crime of enforced disappearance as well as [to send] a political message that this odious practice and ultimate denial of human beings will no longer be tolerated’.<sup>14</sup> These three instruments contain a relatively similar definition of the crime, which is comprised of three different elements:<sup>15</sup>

1. the deprivation of liberty of the victim;
2. the perpetrators are State agents, or persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State; and
3. a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person. The result of an enforced disappearance is that the victim is placed outside the protection of the law.

---

<sup>10</sup> Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, UNGA Res 47/133 (18 December 1992).

<sup>11</sup> Tullio Scovazzi and Gabriella Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention* (Brill Nijhoff 2007) 249.

<sup>12</sup> Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons, Organization of American States (OAS) (adopted 9 June 1994, entered into force 28 March 1996).

<sup>13</sup> International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (adopted 20 December 2006, entered into force 23 December 2010) 2716 UNTS 3 (ICED).

<sup>14</sup> Gabriella Citroni, ‘The International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: A Milestone in International Human Rights Law’ <[https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/7287/8611/The\\_International\\_Convention\\_for\\_the\\_Protection.pdf](https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/7287/8611/The_International_Convention_for_the_Protection.pdf)> accessed 2 March 2019. Moreover, ICED established the Committee on Enforced Disappearances which monitors the implementation of the treaty.

<sup>15</sup> Gabriella Citroni, ‘Enforced Disappearance as a Human Rights Violation and An International Crime’ (*Case Matrix Network*, 22 October 2014) <[http://blog.casematrixnetwork.org/toolkits/enforced-disappearance/?doing\\_wp\\_cron=1551951000.7882430553436279296875](http://blog.casematrixnetwork.org/toolkits/enforced-disappearance/?doing_wp_cron=1551951000.7882430553436279296875)> accessed 2 March 2019.

Moreover, these three instruments classify the crime of enforced disappearances as a crime against humanity, if it is practiced systematically or on a widespread basis.<sup>16</sup> This classification is of paramount importance since it leads to considerable legal consequences concerning, i.a. universal jurisdiction, the state's responsibility to punish and investigate, and the prohibition of amnesties.<sup>17</sup>

As concerns ICL, the prohibition of enforced disappearances has been included in article 7 of the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), which also classifies the phenomenon of enforced disappearances as a crime against humanity, if practiced systematically or on a widespread basis.<sup>18</sup> However, this definition is narrower, as the intention of removing the victim from the protection of the law for a prolonged period of time constitutes an element of the crime.

The international community has thus, albeit rather slowly, made considerable progress regarding the crime of enforced disappearances by integrating it into the Rome Statute of the ICC and establishing ICED as a tool to end the practice of enforced disappearances. Nonetheless, apart from these treaty instruments, international human rights bodies and courts still remain crucial for closing gaps via interpretation, clarifying the status of this crime, providing redress to victims and by holding states responsible for their actions.<sup>19</sup> In the following section, multiple international and regional international courts and their jurisprudence on enforced disappearances will be examined.

---

<sup>16</sup> Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (n 10) preamble; Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons (n 12) preamble; International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance (n 13) preamble and art 5.

<sup>17</sup> Scovazzi and Citroni (n 11) 285.

<sup>18</sup> Rome Statute of the International Criminal Court (adopted 17 July 1998, entered into force 1 July 2002) 2187 UNTS 38544.

<sup>19</sup> Helen Keller and Corina Heri, 'Enforced Disappearance and the European Court of Human Rights: A 'Wall of Silence', Fact-Finding Difficulties and States as 'Subversive Objectors' (2014) 12 *Journal of International Criminal Justice* 735, 736.

## 2.2 International Jurisprudence: Interpretational Differences

### 2.2.1 *Jus Cogens* and the Silence of the International Court of Justice (ICJ)

Although a clear definition of the prohibition of enforced disappearances can be found in article 2 of the ICED, there is still much uncertainty about its status under international law. In particular, the question has arisen whether the prohibition has attained the status of a peremptory norm (*jus cogens*). *Jus cogens* norms are rules of customary international law that hold the highest hierarchical position in international law.<sup>20</sup> The notion of *jus cogens* has been codified in article 53 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT);<sup>21</sup> however, both its content and scope have never been clearly defined.<sup>22</sup> If the prohibition of enforced disappearances was to constitute a *jus cogens* norm, this would lead to significant legal consequences: State immunities and amnesty laws should cease to exist, each state should have to codify this crime under their domestic criminal law and be under the obligation to ‘investigate, judge and sanction those responsible for enforced disappearance without exception’.<sup>23</sup> Classifying the prohibition of enforced disappearances as a peremptory norm would thus be an important step to prevent impunity.

The court with primary competence to clarify the scope and definition of article 53 VCLT is the International Court of Justice (ICJ).<sup>24</sup> Unfortunately, however, the ICJ has been very reluctant in this regard and has not clarified the matter in its jurisprudence. As a consequence of the ICJ’s unwillingness to elucidate this issue, it has been argued that other international courts and

---

<sup>20</sup> Jeremy Sarkin, ‘Why the Prohibition of Enforced Disappearances Has Attained *Jus Cogens* Status in International Law’ (2012) 81 *Nordic Journal of International Law* 537, 566.

<sup>21</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331, art 53.

<sup>22</sup> Ignacio Alvarez-Rio and Diana Contreras-Garduño, ‘A Barren Effort? The Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on *Jus Cogens*’ (2016) 14 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* 113, 113.

<sup>23</sup> Sarkin, ‘Why the Prohibition of Enforced Disappearances Has Attained *Jus Cogens* Status in International Law’ (n 20) 543, 582.

<sup>24</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (n 21) arts 53, 54, 65(3), 66(a).

tribunals also have the competence to identify *jus cogens* norms, pursuant to article 53 VCLT.<sup>25</sup> In that respect, the Inter-American and European approach to this topic will be examined. Furthermore, their jurisprudence concerning the topic of enforced disappearances in general will be compared and contrasted.

### 2.2.2 The Progressive Approach of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)

The IACtHR, contrary to the ICJ, has been vocal in granting the prohibition of enforced disappearances the status of *jus cogens*. Mr. Cançado Trindade, former judge at the IACtHR, was the first to address this issue. In 1996, in his concurring opinion in the case *Blake v Guatemala* he acknowledged that ‘non-derogable fundamental rights’ are *jus cogens* norms<sup>26</sup> and that the prohibition of enforced disappearances falls within this category.<sup>27</sup> After much ambiguity surrounding this remark, the Court itself finally found in 2006 in the case *Goiburú v Paraguay* that ‘the prohibition of the forced disappearance of persons and the corresponding obligation to investigate and punish those responsible has attained the status of *jus cogens*’.<sup>28</sup> Following this landmark judgment, the Court decided many cases following the reasoning in *Goiburú v Paraguay* and

---

<sup>25</sup> Arguments in favor of this can be found by Special Rapporteur Waldock and in the 2001 commentaries on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, see Alvarez-Rio and Contreras-Garduño (n 22) 116. Moreover, the International Law Commission (ILC), has made reference to the high support of inter-American and domestic courts classifying enforced disappearances as *jus cogens* norms, although it has not included it itself in the draft conclusions, see UN General Assembly, International Law Commission, Seventy-first session, ‘Fourth report on peremptory norms of general international law (*jus cogens*) by Dire Tladi, Special Rapporteur’ (Geneva, 29 April – 7 June and 8 July – 9 August 2019) paras 124–127.

<sup>26</sup> *Blake v Guatemala* Series C no 27 (IACtHR, 2 July 1996) Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para 15.

<sup>27</sup> Alvarez-Rio and Contreras-Garduño (n 22) 121. Judge Cançado Trindade further elaborated his opinion on this topic in Antônio Augusto Cançado Trindade, ‘Enforced Disappearances of Persons as a Violation of Jus Cogens: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights’ (2012) 81 Nordic Journal of International Law 507.

<sup>28</sup> *Goiburú et al v Paraguay* Series C no 153 (IACtHR, 22 September 2006), para 84 (emphasis added).

reaffirmed the characterization of the prohibition of enforced disappearances as a peremptory norm.<sup>29</sup> However, the legitimacy of the Court's rulings concerning the elucidation of *jus cogens* norms and thus the interpretation of art. 53 VCLT are contested in the international community.<sup>30</sup>

Nonetheless, the classification of the crime as a *jus cogens* norm clearly demonstrates the Court's ambition to put an end to the practice of enforced disappearances and to end impunity. These efforts can also be observed by the Court's decision to declare so called 'self-amnesty laws' (domestic laws granting amnesty only to state agents) as incompatible with the Convention,<sup>31</sup> and by stressing that each state has the obligation to codify the crime of enforced disappearances in their national criminal code as an autonomous offense.<sup>32</sup>

Moreover, the Court has underlined the complex nature of the offense. Already in 1988, in *Velásquez Rodríguez v Honduras*, the Court stressed that 'the phenomenon of disappearances is a complex form of human rights violation that must be understood and confronted in an integral fashion'.<sup>33</sup> Consequently, the Court adopted the so-called 'multiple rights approach' which concludes that if a violation of the prohibition of enforced disappearance has been found, then, automatically, multiple other rights have been violated as well. Thus, the Court does not analyze each right separately, but recognizes their violation as an

---

<sup>29</sup> *Myrna Mack Chang v Guatemala* Series C no 101 (IACtHR, 25 November 2003), para 27; *La Cantuta v Peru* Series C no 162 (IACtHR, 29 November 2006), para. 157; *Tiu-Tojín v Guatemala* Series C no 190 (IACtHR, 26 November 2008), para 91; *Chitay Nech et al v Guatemala* Series C no 212 (IACtHR, 25 May 2010), paras 86, 193; *Radilla-Pacheco v Mexico* Series C no 209 (IACtHR, 23 November 2009), para 139; *Anzualdo-Castro v Peru* Series C no 202 (IACtHR, 22 September 2009), para 59; *The Río Negro Massacres v Guatemala* Series C no 250 (IACtHR, 4 September 2012), para 114.

<sup>30</sup> Alvarez-Rio and Contreras-Garduño (n 22) 114.

<sup>31</sup> *Barrios Altos v Peru* Series C no 70 (IACtHR, 14 March 2001), para 41; *Gomes Lund and Others v Brazil* Series C no 219 (IACtHR, 24 November 2010); Eleonora Mesquita Ceia, 'The Contributions of the Inter-American Court of Human Rights to the Development of Transitional Justice' (2015) 14 *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 457, 468.

<sup>32</sup> *Heliodoro Portugal v Panama* Series C no 186 (IACtHR, 12 August 2008), paras 181, 183; Citroni and Scovazzi (n 2) 97.

<sup>33</sup> *Velásquez Rodríguez v Honduras* Series C no 4 (IACtHR, 29 July 1988), para 150; Claude (n 6) 429.

inevitable consequence of the enforced disappearance.<sup>34</sup> In the same vein, the Court also acknowledged the continuing or permanent character of the offense which means that the offense is considered ongoing or permanent for the period in which the fate of the victim cannot be determined.<sup>35</sup>

Lastly, concerning the Court's quest to end the practice of enforced disappearances, it is important to note its stance on military tribunals. In *Tiu Tojín v Guatemala*, the Court stressed that military tribunals are absolutely prohibited in cases of enforced disappearances due to their restrictive nature and exceptional application which are linked to military functions.<sup>36</sup>

Looking at the IACtHR's jurisprudence over the years, it can thus be said that the Court has taken immense steps to combat the practice of enforced disappearances and to end impunity. It has taken measures such as classifying the prohibition as a *jus cogens* norm, invalidating amnesty laws, emphasizing the complex nature of the offense and declaring military courts incompetent. Hence, there is no doubt concerning the Court's stance and activism on this issue. However, since the phenomenon of enforced disappearances is not confined to the Americas but can also be observed in European regions, in the following section, another major human rights court, the European Court of Human Rights (ECtHR) and its jurisprudence on this issue will be examined.

### 2.2.3 The Conservative Approach of the European Court of Human Rights (ECtHR)

Contrary to the IACtHR, the ECtHR has been a lot less activist on the issue of enforced disappearances. To start, the ECtHR did not address the issue of *jus cogens* in its case-law at all.<sup>37</sup> This is rather interesting since the two courts are

---

<sup>34</sup> Claude (n 6) 431.

<sup>35</sup> Inter-American Convention on Forced Disappearance of Persons (n 12) art 3; Claude (n 6) 430.

<sup>36</sup> *Tiu-Tojín v Guatemala* (n 29) paras 119–120; Citroni and Scovazzi (n 2) 97.

<sup>37</sup> See, for example: *Kurt v Turkey* App no 24276/94 (ECtHR, 25 May 1998); *Cyprus v Turkey* ECHR 2001-IV 1; *Timurtaş v Turkey* ECHR 2000-VI 303; *Mujkanović and Others v Bosnia and Herzegovina* App no 47063/08 (ECtHR, 3 June 2014); *Palić v Bosnia and Herzegovina* App no 4704/04 (ECtHR, 15 February 2011).



not two completely separate entities; in fact, the European Court has on many occasions found its decisions by quoting cases of the Inter-American Court. Such is the case in *Kurt v Turkey*, where the ECtHR did refer to cases of enforced disappearances in front of the IACtHR, however, without mentioning its findings concerning peremptory norms.<sup>38</sup> The ECtHR's deliberate silence in this regard could lead to the assumption that it does not regard the prohibition of enforced disappearances as a peremptory norm of international law. Moreover, it can be argued that the ECtHR has not acknowledged the complex character of the offense of enforced disappearances, since contrary to the IACtHR, it does not make use of the multiple rights approach, but instead examines each right on its own as if they all stemmed from different incidents.<sup>39</sup> Additionally, it does not endorse the IACtHR's 'continuous-offense' approach, and only presumes victims dead, with the help of a quantitative formula, when a significant amount of time has passed without revealing any information on the disappearance.<sup>40</sup>

Notwithstanding these issues, the attitude of the ECtHR has been changing. Although it used to rule cases of enforced disappearances under article 5 of the European Convention on Human Rights (ECHR) (right to liberty and security), it now invokes article 2 ECHR (right to life); thereby following the IACtHR's approach. Moreover, in cases such as *Timurtas* and *Çiçek*, the ECtHR demonstrated that it has discarded its 'proof beyond reasonable doubt standard' for violations of the right to life, stating that circumstantial evidence would suffice, which thus facilitates an easier condemnation of states for the practice of enforced disappearances.<sup>41</sup>

In conclusion, it can thus be said that to date, the ECtHR's approach is more restrictive and not as well developed as that of the IACtHR. Hence, for the future, it would be desirable if the ECtHR was to change its method of interpretation and aligned it even more with that of the IACtHR, especially in the context of the multiple-offense approach and the *jus cogens* classification. By

---

<sup>38</sup> *Kurt v Turkey* (n 37), para 67.

<sup>39</sup> *Claude* (n 8) 432.

<sup>40</sup> *Pervou* (n 9) 151.

<sup>41</sup> *Timurtas v Turkey* (n 37); *Çiçek v Turkey* App no 25704/94 (ECtHR, 27 February 2001); Gobind Singh Sethi, 'The European Court of Human Rights' Jurisprudence on Issues of Forced Disappearances' (2001) 8(3) Human Rights Brief 29, 30–31.

doing so, it would contribute to a comprehensive international approach to this topic and to an effective protection of human rights in Europe.

As has been demonstrated above, a comprehensive theoretical framework on the phenomenon of enforced disappearances exists in international law. The crime has been integrated into the Rome Statute of the ICC and multiple human rights instrument dealing solely with this issue have come into force. Moreover, multiple international courts have dealt with this topic, the IACtHR playing a leading role in this regard. Now the question arises whether, and to which extent, this theoretical framework has had interactions with the national level. Has the national legislature made use of the definitions and classifications provided for under international law? Have national courts invoked international jurisprudence in capital rulings? Questions like these will be answered in the following section, using as an example the countries of Argentina and South Africa.

### 3. *Nunca Más*: Argentina's Long Road to Justice

Argentina was chosen as a country to analyze due to the enormous amount of cases of enforced disappearances which occurred under its military dictatorship between 1976 and 1983. The national truth finding commission has identified around 9,000 cases of enforced disappearances, however, the number estimated by many experts is considerably higher (35,000).<sup>42</sup> Moreover, Argentina's interactions with the international level, particularly in the Inter-American realm, provide for an interesting analysis. The following section will explore how Argentina classified the crime of enforced disappearances in its domestic law and will compare this classification to international law. Furthermore, a chronological overview of how Argentina dealt with the phenomenon of enforced disappearances will be provided.

---

<sup>42</sup> Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), 'Nunca Más' (20 September 1984) Prologue.

### 3.1 Classification of Enforced Disappearances under Argentinian Law

As mentioned in section 2, international law classifies the crime of enforced disappearances as a crime against humanity. Since Argentina incorporated international conventions into its Constitution in 1994 it could be assumed that it would use the same classification for this crime in its domestic law. However, although Argentina adopted this classification in some cases, it has also introduced another, rather unusual classification for the crime of enforced disappearances. In 2006, an Argentinian court declared for the first time that enforced disappearances constitute ‘a crime against humanity in the framework of genocide’.<sup>43</sup> This statement, however, seems rather odd since ‘a crime against humanity in the framework of genocide’ does not actually exist in either international or domestic law. Either the crimes were committed against any civilian population (crime against humanity), or they were committed against a protected group of people with the overall specific intent to destroy it (genocide). What the Argentinian court could have meant here is that the acts that took place constitute crimes against humanity (such as the crime of enforced disappearances); and that these acts occurred ‘in the context of genocide’, referring to the overall intent of the military regime to extinguish its political opponents between 1976 and 1983. However, since political groups are not counted as protected groups in international law,<sup>44</sup> the international system qualifies this offense (only) as a crime against humanity, in contrast with Argentina which brings it under the umbrella of genocide. A first discrepancy can be observed here between international and domestic law.<sup>45</sup> In combining the two classifications of crimes against humanity and genocide, it could be

---

<sup>43</sup> *Miguel Osvaldo Etchecolatz LE* No 5124838 (Tribunal Oral en lo Criminal Federal N1 de La Plata, 19 Septiembre 2006).

<sup>44</sup> Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (adopted 9 December 1948, entered into force 12 January 1951) 78 UNTS 277, art 2.

<sup>45</sup> The crime of enforced disappearances is one instance in which the narrow international-law definition of genocide led to its ‘downgrading’ as a crime against humanity. For a general discussion on this issue, see Patricia M Wald, ‘Genocide and Crimes Against Humanity’ (2007) 6 Washington University Global Studies Law Review 621.

assumed that the Argentinian courts finally wanted to acknowledge the horrendous events that occurred by emphasizing the serious nature of the crimes that took place during the military regime.<sup>46</sup> However, as this section will show, Argentina and its courts have not always been willing or able to go to these lengths.

## 3.2 The Different Phases in Argentina's History of Enforced Disappearances

The following section will provide a chronological overview, divided into four main phases, of how Argentina dealt with the phenomenon of enforced disappearances by examining specific laws and national jurisprudence and their interactions with the international legal system.

### 3.2.1 Military Dictatorship and Self-Amnesties

When the military seized power in Argentina in 1976, it conducted a so called 'war against subversion'<sup>47</sup> – a systematic practice of eradicating its political opposition. Apart from committing heinous crimes such as enforced disappearances and torture, the military junta reorganized the national structure to preserve its power. This reorganization process received an official name – 'Proceso de Reorganización Nacional' – and introduced norms of

---

<sup>46</sup> Moreover, the crime of enforced disappearances was incorporated into the Penal Code in 2011 which classifies it as a 'crime against individual freedom' ('delito contra la libertad individual'), see Código Penal de la Nación Argentina (Fecha de Sanción 21 Diciembre 1984, Fecha de Publicación en BO 16 Enero 1985) Ley No 11179, art 142ter.

<sup>47</sup> Anne Marie Latham, 'Duty to Punish: International Law and the Human Rights Policy of Argentina' (1989) 7 Boston University International Law Journal 355, 356.

supraconstitutional nature.<sup>48</sup> It dissolved Congress,<sup>49</sup> dismissed eighty percent of the judges (even the ones acting under life tenure at the Supreme Court) and suspended multiple articles of the Constitution.<sup>50</sup> Moreover, only two weeks before its fall, the junta enacted a self-amnesty law which protected all officers who had committed offenses between May 1973 and June 1982.<sup>51</sup> This, however, stands in contrast with international law. As observed above, the IACtHR ruled that self-amnesty laws are incompatible with the Convention. In the case *Barrios Altos v Peru*, it stated:

This Court considers that all amnesty provisions, provisions on prescription and the establishment of measures designed to eliminate responsibility are inadmissible, because they are intended to prevent the investigation and punishment of those responsible for serious human rights violations such as torture, extrajudicial, summary or arbitrary execution and forced disappearance, all of them prohibited because they violate non-derogable rights recognized by international human rights law.<sup>52</sup>

Thus, since the Inter-American system does not tolerate domestic laws protecting individuals who committed serious violations of human rights, such

---

<sup>48</sup> Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional (Fecha de Sanción 24 Marzo 1976, Fecha de Publicación en el Boletín Oficial 31 Marzo 1976).

<sup>49</sup> To replace Congress, the military regime established the Comisión Asesora Legislativa (CAL), which was composed of three military officers with legislative force on behalf of the armed forces, see Reglamento para el funcionamiento de la Junta Militar, Poder Ejecutivo Nacional y Comisión de Asesoramiento Legislativo (24 Marzo 1976) Ley No 21256, art 3.2.1.

<sup>50</sup> Daniel W Schwartz, 'Rectifying Twenty-Five Years of Material Breach: Argentina and the Legacy of the Dirty War in International Law' (2004) 18 *Emory International Law Review* 317, 321; David Weissbrodt and Maria Luisa Bartolomei, 'The Effectiveness of International Human Rights Pressures: The Case of Argentina, 1976-1983' (1991) 75 *Minnesota Law Review* 1009, 1012.

<sup>51</sup> Ley de Pacificación Nacional: Medidas políticas y noramtivas tendientes a sentar las bases de la definitiva pacificación del país (22 Setiembre 1983) Ley No 22924; Schwartz (n 50) 326.

<sup>52</sup> *Barrios Altos v Peru* (n 31), para 41.

as enforced disappearances,<sup>53</sup> a discrepancy can be observed between the international and domestic legal order.<sup>54</sup>

### 3.2.2 Post-Military Progressive Start

#### 3.2.2.1 Alfonsín's early presidency

Following the fall of the military, newly elected president Raúl Alfonsín had a difficult task. Although he wanted to restore democracy in the country and punish those responsible for enforced disappearances, he was still constrained by the omni-present military. Nonetheless, his first years in office proved a success. Shortly after his inauguration, Alfonsín created the *Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas* (CONADEP) in order to investigate past cases of enforced disappearances. This truth finding commission later published the well-known *Nunca más* report,<sup>55</sup> which was used as evidence in later trials and sparked a cascade of truth commissions worldwide.<sup>56</sup> In comparison to other truth finding commissions, CONADEP was not aimed at reconciliation, but solely at getting to know the truth of what happened under the military regime, especially concerning the fate and whereabouts of the disappeared.<sup>57</sup> In a 1992 report on Argentina, the Inter-American Commission on Human Rights (the Inter-American Commission) applauded the creation of CONADEP and its

---

<sup>53</sup> Mesquita Ceia (n 31) 478.

<sup>54</sup> Since Argentina had not ratified the Convention at the time of the enactment of the self-amnesties and the judgment in *Barrios Altos v Peru* was only delivered in 2001, it cannot necessarily be spoken of a violation of international law in this case, but of a discrepancy.

<sup>55</sup> Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP), 'Nunca Más' (20 September 1984).

<sup>56</sup> Carlos S Nino, 'The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina' (1991) 100 *Yale Law Journal* 2619, 2623; Kathryn Sikkink, 'From Pariah State to Global Protagonist: Argentina and the Struggle for International Human Rights' (2008) 50(1) *Latin American Politics and Society* 1, 8.

<sup>57</sup> Ayeray Medina Bustos, 'Paths to Truth, Justice and Reconciliation' (The Ethics of War and Peace 51st Annual Conference of the Societas Ethica Maribor, 21–24 August 2014) 115, 128.

investigation and documentation of the disappearances.<sup>58</sup> Besides this, Alfonsín's presidency proved successful in other ways. In this sense, Congress declared the self-amnesty law by the military null and void, arguing that the law constituted a de facto imposed norm by an authoritarian government with invalid content.<sup>59</sup> Moreover, under Alfonsín's presidency, Argentina ratified multiple international conventions, such as the *American Convention on Human Rights* and the *United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* (UNCAT).<sup>60</sup>

### 3.2.2.2 Trial of the Juntas

In addition to all this, Alfonsín also mandated the trial against nine high-ranking junta members.<sup>61</sup> Concerning the aspect of jurisdiction for the crimes committed by armed forces, Alfonsín was forced to strike a political compromise as he was still constrained by the military. It was decided that military courts would have jurisdiction in the first instance, however, only with the condition of an automatic appeal in front of the federal court of appeals.<sup>62</sup> Alfonsín had hoped that this would give the military a chance to forfeit a couple of high-ranking military officers to restore its integrity;<sup>63</sup> however, much like human rights groups had anticipated, this was not the case. Argentina's military courts

---

<sup>58</sup> Inter-American Commission on Human Rights, 'Cases 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 and 10.311: Argentina' (2 October 1992) Report No 28/92, para 42.

<sup>59</sup> Nino (n 56) 2624.

<sup>60</sup> American Convention on Human Rights, Organization of American States (OAS) (adopted 22 November 1969, entered into force 18 July 1978) 1144 UNTS 123; Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85.

<sup>61</sup> Sikkink (n 56) 6.

<sup>62</sup> Nino (n 56) 2625. It was later decided by the IACtHR in *Tiu Tojín v Guatemala* that military tribunals are absolutely prohibited in cases of enforced disappearances, due to their restrictive nature and exceptional application which are linked to military functions, see *Tiu-Tojín v Guatemala* (n 29), paras 119–120.

<sup>63</sup> Emilio F Mignone, Cynthia L Estlund and Samuel Issacharoff, 'Dictatorship on Trial: Prosecution of Human Rights Violations in Argentina' (1984) 10 *Yale Journal of International Law* 118, 142.

refused to prosecute high ranking officials and even decided to stop proceedings against the nine junta members.<sup>64</sup> The *Trial of the Juntas* (also called the *juicio del siglo* due to its popularity) thus ended up in the Federal Chamber of Appeals ('Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal'),<sup>65</sup> and on 9 December 1985, the Chamber convicted five of the nine defendants.<sup>66</sup> This trial, and previous actions taken by Alfonsín and his government, were of particular importance since they demonstrated to the Argentinian people that 'power is not immune from prosecution'.<sup>67</sup> Moreover, this trial did not go unnoticed by the international community. In its 1992 report on Argentina, the Inter-American Commission stated that it was 'pleased to observe the historic precedent the Argentinian Government set when it put on trial high-ranking officials of the de facto government and convicted them of human rights violations'.<sup>68</sup>

### 3.2.3 Setbacks: Amnesties and Pardons

#### 3.2.3.1 Laws of *Full Stop* and *Due Obedience*

The military, however, was not content with these turns of events. Due to the junta trials, the actions taken by CONADEP, the nullification of the self-amnesties, and the hundreds of cases pending against (lower) military officers, multiple military uprisings arose.<sup>69</sup> Although Alfonsín was able to suppress these uprisings, he was forced to yield to the military's pressures.<sup>70</sup> Hence, in 1986 and 1987, he pushed two laws through Congress which were effectively granting amnesties to those responsible for the atrocities during the military regime.<sup>71</sup>

---

<sup>64</sup> *ibid* 143.

<sup>65</sup> Paula K Speck, 'The Trial of the Argentine Junta: Responsibilities and Realities' (1987) 18 *University of Miami Inter-American Law Review* 491, 494.

<sup>66</sup> *ibid* 503.

<sup>67</sup> Nino (n 56) 2630.

<sup>68</sup> Inter-American Commission on Human Rights, 'Cases 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 and 10.311: Argentina' (2 October 1992) Report No 28/92, para 43.

<sup>69</sup> Schwartz (n 50) 329.

<sup>70</sup> Schwartz (n 50) 332.

<sup>71</sup> Latham (n 47) 355.



Firstly, the *Law of Full Stop* ('Ley de Punto Final') was enacted.<sup>72</sup> This law provided a sixty-day limit to bring new cases concerning human rights violations during the military regime before the courts.<sup>73</sup> It was intended to end trials on this issue as soon as possible by not allowing new cases to be prosecuted after the sixty-day period expired.<sup>74</sup> However, the law had the opposite effect. Although this time limit overlapped with the one-month recess of the courts, it sparked a new wave of complaints. By the time the sixty days had expired, more than 450 military officers and soldiers had been indicted.<sup>75</sup>

Secondly, following another military uprising, the *Law of Due Obedience* ('Ley de Obediencia Debida') was passed.<sup>76</sup> This law distinguished military ranks with decision-making powers from those without, and exempted all military personnel below a specific rank from criminal responsibility for acts committed between 1976 and 1983.<sup>77</sup> It presumed that lower-ranking military personnel was only following orders or acting under duress and was thus not liable for the offenses it committed.<sup>78</sup> Due to this law, which was upheld by the Supreme Court in a four-to-one vote, the 400 officers and soldiers who were previously indicted now became immune from prosecution.<sup>79</sup> This immensely reduced the number of defendants, leaving only about 50 high-ranking officers.<sup>80</sup>

With regard to section two of this paper however, it seems evident that these two laws are not compatible with the international legal system. This was confirmed by the Inter-American Commission which stated in its report that Laws N° 23,492 (*Law of Full Stop*) and N° 23,521 (*Law of Due Obedience*) are 'incompatible with Article XVIII (right to a fair trial) of the American Declaration of the Rights and Duties of Man and Articles 1, 8 and 25 of the

---

<sup>72</sup> Ley de Punto Final (23 Diciembre 1986) Ley No 23492.

<sup>73</sup> Schwartz (n 50) 332.

<sup>74</sup> Latcham (n 47) 361.

<sup>75</sup> Nino (n 56) 2629; Elin Skaar, *Judicial Independence and Human Rights in Latin America* (Palgrave Macmillan 2011) 52.

<sup>76</sup> Ley de Obediencia Debida (8 Junio 1987) Ley No 23521.

<sup>77</sup> Latcham (n 47) 362; Nino (n 56) 2629.

<sup>78</sup> Latcham (n 47) 363.

<sup>79</sup> *ibid* 364; Speck (n 65) 533.

<sup>80</sup> Latcham (n 47) 364.

American Convention on Human Rights'.<sup>81</sup> Notwithstanding this discrepancy between the international and domestic system, these laws were kept in place in the Argentina until 2005.

### 3.2.3.2 Presidential pardons

Evidently, the pursuit of justice which had been practiced strongly in the early years of the reinstated democracy, stalled in the mid to late 1980s. This halt of justice further intensified in 1989, when newly-elected president Carlos Menem granted presidential pardons to hundreds of prosecuted and/or convicted military officers and even released the five previously convicted junta members.<sup>82</sup> Similarly to Alfonsíns amnesty laws, the *Presidential Decree of Pardon*<sup>83</sup> was condemned by the Inter-American Commission which stated that this decree 'denied the victims their right to obtain judicial investigation in a court of criminal law to determine those responsible for the crimes committed and punish them accordingly'.<sup>84</sup> Furthermore, the Commission noted that, since Argentina had ratified the *American Convention on Human Rights* in 1984, the *Presidential Decree of Pardon*, the *Law of Full Stop* and the *Law of Due Obedience* constituted a violation 'of the right to a fair trial (Article 8) and of the right to judicial protection (Article 25), in relation to the obligation of the States to guarantee the full and free exercise of the rights recognized in the Convention (Article 1.1)'.<sup>85</sup> Nonetheless, despite this clear violation of the Convention, it took Argentina another 13 years to declare these laws as null and void.

---

<sup>81</sup> Inter-American Commission on Human Rights, 'Cases 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 and 10.311: Argentina' (2 October 1992) Report No 28/92; American Convention on Human Rights (n 60).

<sup>82</sup> Antonius CGM Robben, 'Testimonies, Truths, and Transitions of Justice in Argentina and Chile' in Alexander L Hinton (ed), *Transitional Justice: Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence* (Rutgers University Press 2010) 188; Weissbrodt and Bartolomei (n 50) 1035.

<sup>83</sup> Decreto 1002/89 (7 Octubre 1989).

<sup>84</sup> Inter-American Commission on Human Rights, 'Cases 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 and 10.311: Argentina' (2 October 1992) Report No 28/92, para 50.

<sup>85</sup> *ibid.*

### 3.2.4 A New Era of Justice

#### 3.2.4.1 The Truth trials

Due to the presidential pardons and the laws of *Full Stop* and *Due Obedience*, the traditional route to justice thus seemed to be closed and the Argentinian people had to resort to other, alternative routes. Apart from focusing on public apologies and the establishment of commemorative monuments,<sup>86</sup> ‘truth trials’ (*juicios por la verdad*) started to take place in the 1990s.<sup>87</sup> The objective of these trials was not to prosecute those responsible (as this was in any case impossible due to Alfonsín’s amnesty laws and Menem’s pardons), but for the families of the disappeared to know the truth about the fate and whereabouts of the victims. On the domestic level, NGOs and other human rights groups, such as the *Center for Legal and Social Studies* (CELS) and the *Grandmothers of Plaza de Mayo* were the driving force behind the establishment of those trials.<sup>88</sup> However, these trials also had an international element. Their legal basis, the ‘right to truth’ and thus the obligation of the state to investigate were in fact established at the international level – in the IACtHR’s case *Velásquez Rodríguez v Honduras*.<sup>89</sup> In this context, an interesting interaction between the international and domestic system can be observed: Argentinian NGOs decided to bring cases such the one concerning Carmen Aguiar de Lapacó to the Inter-American Commission, demanding the applicants right to know the truth.<sup>90</sup> As a consequence, this case directly led to the signing of an ‘agreement for a friendly settlement’ between the Argentinian Government and Carmen Aguiar de Lapacó.<sup>91</sup> In turn, the Commission’s report, although not a binding instrument, then put pressure on

---

<sup>86</sup> Catalina Smulovitz, “‘The past is never dead’ Accountability and justice for past human rights violations in Argentina” in Vesselin Popovski and Mónica Serrano (eds), *After Oppression: Transitional justice in Latin America and Eastern Europe* (United Nations University Press 2012) 71.

<sup>87</sup> Skaar (n 75) 57.

<sup>88</sup> Daniel Levy, ‘Recursive cosmopolitization: Argentina and the global Human Rights Regime’ (2010) 61 *British Journal of Sociology* 579, 588; Skaar (n 75) 64.

<sup>89</sup> *Velásquez Rodríguez v Honduras* (n 33), para 166.

<sup>90</sup> Inter-American Commission on Human Rights, ‘Case 12.059: Argentina’ (29 February 2000) Report No 21/00.

<sup>91</sup> *ibid*, para 17.

the Argentinian judicial system, and federal Argentinian courts started accepting ‘the right to truth’. Hence, due to the interactions between the international and domestic level, a new route to justice was born in Argentina – the truth trials.

### 3.2.4.2 The Cavallo decision

In addition to the efforts mentioned above, the two human rights groups, CELS and *Grandmothers of Plaza de Mayo*, were instrumental in the struggle to have Alfonsín’s amnesty laws nullified and voided.<sup>92</sup> Since the amnesty laws and pardons did not include the disappearance of minors, the *Grandmothers of Plaza de Mayo* were able to initiate legal proceedings against military officers for this crime via this route.<sup>93</sup> Once these trials had started, CELS seized this opportunity to demonstrate to the court the flaw in the system which allowed for the prosecution of the crime of enforced disappearances against the minor, but not against its parents.<sup>94</sup> In 2001, in an unexpected turn of events, Federal Judge Gabriel Cavallo, inspired by CELS’ reasoning, declared the *Full Stop* and *Due Obedience* laws as unconstitutional and therefore null and void.<sup>95</sup>

To explain this decision, it is important to note that in 1994, international conventions were incorporated into the Argentinian Constitution and given the same legal force as the Constitution itself. In that regard, section 75(22) of the Constitution reads that ‘[t]reaties and concordats have a higher hierarchy than laws (...) they have constitutional hierarchy’.<sup>96</sup> Thus, when Judge Cavallo declared the amnesty laws as unconstitutional law, he was referring to the fact that they were incompatible with Argentina’s obligation under international law. In particular, he emphasized the incompatibility of the *Full Stop* and *Due Obedience* laws with Argentina’s treaty obligations under the *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR), the UNCAT, the *American*

---

<sup>92</sup> Sikkink (n 56) 14.

<sup>93</sup> Coreen Davis, *State Terrorism and Post-transitional Justice in Argentina: An Analysis of Mega Cause I Trial* (Palgrave Macmillan 2013) 9.

<sup>94</sup> Smulovitz (n 86) 74.

<sup>95</sup> *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años* No 8686/2000 (Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, 6 Marzo 2001); Schwartz (n 50) 338; Skaar (n 75) 66.

<sup>96</sup> Constitución de la Nación Argentina (3 Enero 1995) Ley No 24430, art 75(22).

*Convention on Human Rights*, and the *American Declaration on the Rights and Duties of Man*.<sup>97</sup> Moreover, he referred to the international law classification of ‘crimes against humanity’ stating that these crimes do not only carry an international implication but also lead to domestic responsibility.<sup>98</sup> Consequently, this case clearly shows how international law can influence domestic jurisprudence.

### 3.2.4.3 The Kirchners and the Supreme Court

The Cavallo decision marked a new beginning for justice in Argentina which was further pursued under the precedency of Néstor Kirchner (2003-2007) and, subsequently, under that of his wife Cristina Fernández de Kirchner (2007-2015). Both made it a priority to restore the judicial process, by allowing military officers to be prosecuted again. In 2003, Néstor Kirchner helped pass a law through Congress which finally declared the *Full Stop* and *Due Obedience* laws null and void.<sup>99</sup> This was later upheld by the Supreme Court in 2005 which stated that these laws were evidently unconstitutional and constitute an interference in the judicial system and autonomy of the courts.<sup>100</sup> In its decision, the Supreme Court referred to the IACtHR’s judgment in the case of *Barrios Altos v Peru* which established that amnesty provisions are incompatible with the Convention.<sup>101</sup> Moreover, the Supreme Court argued that Alfonsín’s amnesty laws were intended to prevent the prosecution of past violations of human rights

---

<sup>97</sup> *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años* (n 95); International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 19 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171; Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (n 60); American Convention on Human Rights (n 60); American Declaration on the Rights and Duties of Man, Inter-American Commission on Human Rights (entered into force 2 May 1948); Schwartz (n 50) 339.

<sup>98</sup> *Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años* (n 95); Levy (n 88) 590.

<sup>99</sup> Sikkink (n 56) 14.

<sup>100</sup> *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* No 17768, S 1767 XXXVIII (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14 Junio 2005); Skaar (n 75) 53.

<sup>101</sup> *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* (n 100); *Barrios Altos v Peru* (n 31), para 41.

and thus directly violated Argentina's treaty obligations and the Constitution which incorporates these treaties.<sup>102</sup> Lastly, the Supreme Court stated that the crime of enforced disappearances constitutes a crime against humanity, and thus does not allow for any statutes of limitations.<sup>103</sup> Since it was impossible for the state to prosecute crimes such as enforced disappearances due to the enactment of the *Full Stop* and *Due Obedience* laws, the Supreme Court found a violation of international and domestic law and declared the amnesty laws null and void.<sup>104</sup> Again, a clear interaction between the international and domestic level can be observed. Due to the influence of international conventions and the IACtHR's jurisprudence, Argentina's amnesty laws were finally declared null and void.

#### 3.2.4.4 The situation today

As a consequence of the nullification of the amnesty laws, hundreds of suspects were detained and prosecuted, and cases, such as the *Trial of the Juntas*, were reopened.<sup>105</sup> Finally, after decades of struggle, the amnesty laws had been removed, the crime of enforced disappearances was codified into domestic law, and the ones responsible for the commission of the atrocities during the military regime were brought to justice. Nonetheless, trials to prosecute those responsible for the crimes committed during the military regime are still ongoing. In December 2018, an Argentinian court convicted former *Ford Motor* executives, proving how companies helped the military regime by setting up detention centers inside their factories and were able to benefit economically under the umbrella of the dictatorship.<sup>106</sup> Moreover, just recently, on 3 May 2019, a

---

<sup>102</sup> *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc.* (n 100); 'Julio Simón et al. v. Public Prosecutor' (*International Crimes Database*, 2013) <<http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/49>> accessed 6 May 2019.

<sup>103</sup> *ibid.*

<sup>104</sup> *ibid.*

<sup>105</sup> Robben (n 82) 190; Sikkink (n 56) 19.

<sup>106</sup> Daniel Politi, 'Argentina Convicts Ex-Ford Executives for Abuses During Dictatorship' (*The New York Times*, 11 December 2018) <<https://www.nytimes.com/2018/12/11/world/americas/argentina-ford.html>> accessed 6 May 2019.

former chief of the army was put on trial for kidnapping and torture during the military dictatorship and will be facing a separate trial for the crime of enforced disappearances in September.<sup>107</sup> These are only two examples of trials prosecuting those responsible for the crimes committed during the military dictatorship. Many more are still in progress and will follow in the future.

This analysis has shown that the level of interaction between international law and domestic Argentinian law is rather high. Although quite a few discrepancies existed between the two levels, an interesting interplay between the two can be observed. In this regard, it is important to note how international law, in particular treaty obligations and the international law classification of enforced disappearances as a crime against humanity, has influenced domestic jurisprudence and was thus able to contribute to the nullification process of the amnesty laws. Moreover, an interesting interaction between the two levels can be observed regarding the establishment of Argentina's 'truth trials'. It is safe to say that these interactions directly facilitated the creation of this new route to justice. However, interactions to such an extent cannot always be observed. In the following section, the country of South Africa, and its approach towards the phenomenon of enforced disappearances under international and domestic law will be analyzed.

## 4. The Struggle for Justice in Post-Apartheid South Africa

Similar to Argentina, South Africa was chosen to analyze because of its history with enforced disappearances. During the apartheid era (1948-1994), which was characterized by the government's violent racial oppression against the

---

<sup>107</sup> 'Former Argentine army chief on trial for torture' (*Channel News Asia*, 4 May 2019) <<https://www.channelnewsasia.com/news/world/former-argentine-army-chief-on-trial-for-torture-11502708>> accessed 6 May 2019.

indigenous population,<sup>108</sup> many human rights violations which were classified as crimes against humanity under international law were legal in South Africa. As a result, as many as 2,000 people disappeared.<sup>109</sup> Moreover, South Africa's distance to the Inter-American realm, and thus also to the jurisprudence of the IACtHR, provides for an interesting comparison with Argentina. The following section will explore how South Africa classified the crime of enforced disappearances in its domestic law and will compare this to international law. Furthermore, a chronological overview of how South Africa dealt with the phenomenon of enforced disappearances will be provided.

#### 4.1 Classification of Enforced Disappearances under South African Law

Although the phenomenon of enforced disappearances occurred on a regular basis in South Africa during the apartheid regime, the country has not made any efforts to include this offense in their domestic law. No specific crime on its prohibition can be found in the South African legal system and next to this gap in its domestic law the country has, to this date, still not signed or ratified the ICED. Nonetheless, the prohibition of enforced disappearances has found its way into the South African legal system via another, more indirect route, namely by Act No 27 of 2002. This act implements the Rome Statute of the ICC which, as stated above, classifies the crime of enforced disappearances as a crime against

---

<sup>108</sup> Louise Mallinder, 'Indemnity, Amnesty, Pardon and Prosecution Guidelines in South Africa' (Working Paper No 2 from *Beyond Legalism: Amnesties, Transition and Conflict Transformation, Institute of Criminology and Criminal Justice, Queen's University Belfast, 2009*) 1, 5. Contrary to Argentina where the crimes committed were based on political opposition, the atrocities which occurred in South Africa were based on racial oppression.

<sup>109</sup> Jeremy Sarkin, 'The Role of the International Criminal Court (ICC) in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa: Towards Developing Transitional Justice Strategies' (2011) 11 *Studies in Ethnicity and Nationalism* 130, 133; Jeremy Sarkin, 'Dealing with Enforced Disappearances in South Africa (With a Focus on the Nokuthula Simelane Case) and around the World: The Need to Ensure Progress on the Rights to Truth, Justice and Reparations in Practice' (2015) 29 *Speculum Juris* 23, 27.



humanity.<sup>110</sup> It can thus be assumed that South Africa adopts this same classification for this crime. However, notwithstanding Act No 27 of 2002, section two of this paper has shown that the gravity of this crime and its classification as a crime against humanity and (possibly) as a *jus cogens* norm, require it to be classified as an autonomous offense under domestic law. Unfortunately, South Africa has not made any efforts to end impunity for this crime by including this offense in their national legal system or by ratifying international conventions, such as the ICED. This already foreshadows the extent to which international law and domestic South African law interact with each other in this context.

## 4.2 The Different Phases in South Africa's History of Enforced Disappearances

The following section will analyze in three main phases how South Africa dealt with the phenomenon of enforced disappearances by examining specific laws and national jurisprudence and their interactions with the international legal system.

### 4.2.1 Apartheid and Indemnities

Similar to what happened in Argentina, South Africa's ruling government during the apartheid era wanted to protect itself from criminal prosecution for the crimes it committed. To do so, it enacted multiple indemnity acts. In 1961 and 1977, the first Indemnity Acts were implemented, ensuring that no criminal (or civil) proceedings could be brought against the officials mentioned in the acts.<sup>111</sup> Later, the issue of indemnity arose again during the formal transition negotiations which took place in the late 1980s to early 1990s.<sup>112</sup> The government argued that it was necessary to grant immunity and indemnity to individuals which had committed political crimes in order to advance

---

<sup>110</sup> Implementation of the Rome Statute of the International Criminal Court Act 27 of 2002.

<sup>111</sup> Indemnity Act 61 of 1961; Indemnity Act 13 of 1977.

<sup>112</sup> Mallinder (n 108) 12.

reconciliation in the country.<sup>113</sup> As a result, the 1990 Indemnity Act was enacted, granting ‘temporary immunity or permanent indemnity against arrest, prosecution, detention and legal process’.<sup>114</sup> Additionally, in 1992, the Further Indemnity Act was implemented, which allowed for a broader scope of indemnity and was seen by many as a measure of self-amnesty.<sup>115</sup>

As established in the theoretical framework above, self-amnesties in relation to the crime of enforced disappearances are not tolerated under international law. Similar to Argentina and the military’s enactment of self-amnesty laws, a discrepancy can thus be observed here between international and domestic law. By enacting multiple indemnity laws, the government of South Africa wanted to protect (only) itself from punishment for the crimes that it committed. Although South Africa has not ratified ICED nor is it legally bound by the decisions of the IACtHR, it can still be argued that the indemnity laws are in contrast with international law. Due to the crimes classification as a crime against humanity in international law, and its possible classification as a *jus cogens* norm, state immunities and amnesty laws would not be allowed to exist in any domestic legal order.<sup>116</sup> As a result, there exists at least a discrepancy, if not an incompatibility, between the international and domestic legal system in this regard.

## 4.2.2 Truth and Reconciliation

### 4.2.2.1 Promotion of National Unity and Reconciliation Act and the TRC

Following the end of the apartheid era, Parliament enacted the ‘Promotion of National Unity and Reconciliation Act’ (the Act) in 1995,<sup>117</sup> which established

---

<sup>113</sup> *ibid* 18–19.

<sup>114</sup> Indemnity Act 35 of 1990; Mallinder (n 108) 18.

<sup>115</sup> Further Indemnity Act 151 of 1992; Mallinder (n 108) 41.

<sup>116</sup> Sarkin, ‘Why the Prohibition of Enforced Disappearances Has Attained *Jus Cogens* Status in International Law’ (n 15) 543, 582.

<sup>117</sup> Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995.

the Truth and Reconciliation Commission (TRC).<sup>118</sup> In South Africa, the truth commission's main objectives were to establish the truth and to pursue national unity and reconciliation.<sup>119</sup> In order to pursue its objectives, the TRC was comprised of three separate committees:<sup>120</sup> The Human Rights Violations Committee, which oversaw public hearings of victims/witnesses; the Reparation and Rehabilitation Committee, which developed a long-term reparation plan; and the Amnesty Committee, which conducted amnesty hearings for perpetrators. However, notwithstanding this well-designed structure of the TRC, an issue can be observed with respect to its jurisdiction *ratione materiae*. In this context, law-makers decided to limit the jurisdiction of the TRC to only include acts which were deemed criminal under the apartheid regime, and not under international law.<sup>121</sup> By doing so, although it never explicitly admitted to this, the TRC effectively excluded the crime of enforced disappearances from its jurisdiction, although this crime had accounted for many deaths during the apartheid era.<sup>122</sup>

However, it is important to reiterate that enforced disappearances constitute norms of customary international law, and maybe even of *jus cogens*. Consequently, as Orentlicher pointed out by drawing on a wide range of United Nations and intergovernmental organizations documents, there exists a 'duty to punish human rights crimes imposed by customary law' especially in relation to torture, enforced disappearances and extra-legal executions.<sup>123</sup> It can thus be argued that there is a discrepancy between the international law obligation to

---

<sup>118</sup> John Dugard, 'Is the Truth and Reconciliation Process Compatible with International Law – An Unanswered Question – Azapo v President of the Republic of South Africa 1996' (1997) 13 South African Journal on Human Rights 258, 259.

<sup>119</sup> Alex Boraine, 'Truth and Reconciliation Commission in South Africa Amnesty: The Price of Peace' in Jon Elster (ed), *Retribution and Reparation in the Transition to Democracy* (Cambridge University Press 2010) 312.

<sup>120</sup> *ibid* 304; Dugard (n 118) 259; Catherine M Cole, 'Performance, Transitional Justice, and the Law: South Africa's Truth and Reconciliation Commission' (2007) 59 Theatre Journal 167, 173.

<sup>121</sup> Promotion of National Unity and Reconciliation Act (n 117) section 1; Dugard (n 118) 260.

<sup>122</sup> Mallinder (n 108) 55.

<sup>123</sup> Diane F Orentlicher, 'Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime' (1991) 100 Yale Law Journal 2537, 2583-2599.

punish the crime of enforced disappearances, and the decision of South Africa, not to include international law (and thus the crime of enforced disappearances) in the TRC's jurisdiction. Nonetheless, as will be shown below, hearings in front of the TRC were not the only way through which justice was served in South Africa, as trials on the crimes committed during the apartheid era took place simultaneously.<sup>124</sup>

#### 4.2.2.2 Amnesty within the TRC

Notwithstanding the jurisdiction issue, the TRC still tried to solve cases of enforced disappearances;<sup>125</sup> and when doing so had the unusual power of granting amnesty. Similar to what happened in Argentina, the amnesties in the South African legal system seem to have sprung from a political compromise. Former President Nelson Mandela stated in a private interview that security forces had warned him of severe consequences concerning peaceful elections in case these forces would be subjected to compulsory trials.<sup>126</sup> Under these circumstances, to limit impunity as far as possible, a general/blanket amnesty was rejected and a more 'narrow' definition of amnesty provision was incorporated into the Act.<sup>127</sup> Contrary to the general amnesties of Argentina, applicants for amnesty had to fulfill many conditions, such as fully disclosing their human rights violations, on an individual basis, at a hearing in front of the Amnesty Committee and the public.<sup>128</sup> Moreover, in contrast with Argentina where amnesties existed exclusively to protect the military, amnesties in South Africa were very much focused on providing a mechanism for finding out the truth of what happened. The argument thus existed that the amnesties provided for by the TRC were not in contrast with international law, as they did not solely grant amnesty to state agents and were only awarded in very specific

---

<sup>124</sup> Boraine (n 119) 308.

<sup>125</sup> 'South African Republic' (*International Commission on Missing Persons*) <<https://www.icmp.int/where-we-work/africa/south-african-republic/>> accessed 6 May 2019.

<sup>126</sup> Boraine (n 119) 302.

<sup>127</sup> Promotion of National Unity and Reconciliation Act (n 117) section 20(7).

<sup>128</sup> *ibid* section 20; Boraine (n 119) 306-307.

circumstances for the sole purpose of getting to know the truth, not to ensure impunity.<sup>129</sup>

#### 4.2.2.3 Challenging the TRC: The *AZAPO* case

This view, however, was not shared by whole population of South Africa. In the case *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and others*, the applicants challenged section 20(7) of the Act, which provided the TRC with the power to grant amnesty, arguing that this provision was not only unconstitutional, but also incompatible with international law.<sup>130</sup> The applicants submitted that, according to international law, States are obliged to prosecute those responsible for gross violations of human rights, and that this was effectively made impossible in South Africa due to section 20(7) of the Act. However, the Constitutional Court's reasoning in this case in respect to international is rather disappointing. After quickly dismissing South Africa's obligations under treaty-law,<sup>131</sup> the court moved on to the point of customary international law.<sup>132</sup> Although it expressly made reference to Orentlicher's paper on 'The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime',<sup>133</sup> it nonetheless failed to mention the main point of this paper, namely the above-mentioned obligation imposed by customary law to punish human rights crimes (especially crimes against humanity). Moreover, although the Constitutional Court did refer to other jurisdictions and situations, such as Argentina, Chile and El Salvador, it cleverly ignored the IACtHR's judgment in *Velásquez Rodríguez v Honduras*, which obliges States to investigate and prosecute those responsible for violations of human rights.<sup>134</sup> This judgment

---

<sup>129</sup> An example of this line argumentation can be found in the reasoning of judge Mohamed DP in *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and others* Case No CCT 17/96 (Constitutional Court of South Africa, 25 July 1996) para 32.

<sup>130</sup> *Azanian Peoples Organisation (AZAPO) and Others v President of the Republic of South Africa and others* (n 129).

<sup>131</sup> *ibid* paras 27-29.

<sup>132</sup> *ibid* paras 30-31.

<sup>133</sup> *ibid* para 31.

<sup>134</sup> *Velásquez Rodríguez v Honduras* (n 33), para 166.

thus makes it clear that in relation to the crimes committed under the apartheid regime, the South African legal system quite deliberately ignored the obligations imposed by international law. Although South Africa is not bound by decisions of courts such as the IACtHR, this judgment could have presented an ideal starting point for the Constitutional Court to branch out and to ‘embark on a wider survey of comparative precedents’<sup>135</sup> and to explore in more detail the international customary law obligation of punishing human rights violations. This would have demonstrated to the rest of the world that the country shows concern and respect for the international legal system which classifies not only the crime of enforced disappearances as a crime against humanity, but also that of apartheid in general.<sup>136</sup>

#### 4.3.3 Pardons and Prosecutions

Following the expiration of the TRC’s mandate, multiple policy changes occurred in South Africa which changed the style of the previous reconciliation process. Firstly, president Thabo Mbeki started offering presidential pardons to political prisoners – an action similar to that of president Menem in Argentina.<sup>137</sup> In 2002, Mbeki decided to pardon 33 individuals, 20 of which appeared to have been denied amnesty by the TRC;<sup>138</sup> and in 2007 he announced a new pardon program ‘to bring to a close the vexing matter of those prisoners serving sentences for what might be considered politically motivated crimes’, ergo including the crime of enforced disappearances.<sup>139</sup> It can thus be argued that this pardon-scheme undermined the careful and well-designed amnesty process of the TRC, by giving perpetrators a ‘second bite at the amnesty cherry’ without the conditions which were required to be met under the TRC

---

<sup>135</sup> Dugard (n 118) 266.

<sup>136</sup> International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid (adopted 30 November 1973, entered into force 18 July 1976) 1015 UNTS 243; Dugard (n 118) 268.

<sup>137</sup> Mallinder (n 108) 127–128.

<sup>138</sup> *ibid* 111–128.

<sup>139</sup> *ibid* 129; ‘South Africa Announces Pardons for Apartheid-Era Political Crimes’ (*VOA News*, 1 November 2009) <<https://www.voanews.com/a/a-13-2007-11-21-voa42/400702.html>> accessed 9 May 2019.

Amnesty Committee scheme.<sup>140</sup> Secondly, following a restructuring process at the ‘National Prosecution Authority’ in 2003, a new institution was created to deal with post-TRC prosecutions – the ‘Priority Crimes Litigation Unit’ (PCLU).<sup>141</sup> This institution was i.a. responsible for managing and directing investigations and prosecutions arising from the Rome Statute of the ICC, and for missing person cases which emanated from the TRC process.<sup>142</sup> This thus seemed to open the door for trials against crimes against humanity, such as that of enforced disappearances. Unfortunately, however, not many cases were taken up in this regard since then.<sup>143</sup> Thirdly, another policy change took place which threatened to undermine the TRC’s progress. In 2005, the ‘Prosecution Policy’ was amended and essentially introduced ‘prosecutorial indemnity’ by allowing a wide scheme of plea bargains and thus taking away victims’ right to seek adequate judicial redress.<sup>144</sup> However, this amendment was successfully challenged in the case *Thembisile Phumelele Nkadimeng et al v National Director of Public Prosecutions et al*, in which the court stated that the amendment ‘is a recipe for conflict and absurdity’.<sup>145</sup>

The new form of ‘reconciliation’ which crystallized after the TRC’s expiration thus displays both negative and positive aspects in regard to punishing crimes such as enforced disappearances. On the one hand, the presidential pardons and the amended prosecution policy constituted an obstacle to further ‘truth finding’ and prosecution; on the other hand, the *Thembisile* case and the creation of the PCLU in particular represent the opening of a new door for

---

<sup>140</sup> Mallinder (n 108) 135.

<sup>141</sup> *ibid* 113; Priority Crimes Litigation Unit (PCLU) <<https://www.npa.gov.za/sites/default/files/pclu/About%20PCLU%20signedoff.pdf>> accessed 6 May 2019.

<sup>142</sup> *ibid* section 1.

<sup>143</sup> Mallinder (n 108) 115.

<sup>144</sup> *ibid* 124; *Thembisile Phumelele Nkadimeng et al v National Director of Public Prosecutions et al* Case No 32709/07 (High Court of South Africa, Transvaal Provincial Division, 12 December 2008) para 9.1. For the current policy, see Prosecution Policy <<https://www.npa.gov.za/sites/default/files/Library/Prosecution%20Policy%20%28Final%20as%20Revised%20in%20June%202013.%2027%20Nov%202014%29.pdf>> accessed 6 May 2019.

<sup>145</sup> *Thembisile Phumelele Nkadimeng et al v National Director of Public Prosecutions et al* (n 144) para 15.5.4.

prosecuting crimes which are deemed illegal under international law, such as that of enforced disappearances.

It is thus evident that, regarding enforced disappearances during the apartheid era, South Africa's interaction with international law is not very high. The country's non-ratification of the ICED and its distance to the Inter-American realm resulted in a low level of interaction between international law and domestic law. Contrary to Argentina, the indemnity laws were not annulled in South Africa, nor were they condemned by a (regional) international human rights commission. Moreover, the South African legal system has shown that it does not pay due regard to international law by excluding international law from the jurisdiction *ratione materiae* of the TRC and cleverly ignoring customary international law obligations in the *AZAPO* case, which could have presented an ideal starting point for interaction between the international and domestic legal systems. Only by establishing the PCLU has South Africa taken action to investigate and prosecute crimes arising from the Rome Statute of the ICC, such as enforced disappearances. It can only be hoped that, in the future, more of such cases will be considered both on the domestic and the international level. To this end, the African Court on Human and Peoples' Rights, which has hitherto stayed quiet on the issue of enforced disappearances, could play a leading role. Such interactions and a higher regard for international law would certainly contribute to a better protection of human rights in South Africa.

## 5. Concluding Remarks

Due to the severity and global nature of the systematic practice of enforced disappearances, the international community has, although rather slowly, taken multiple steps to combat this practice. It has classified the crime of enforced disappearances as a crime against humanity, has included it into the Rome Statute of the ICC and enacted multiple human rights instruments specifically dealing with this topic. Moreover, significant action has been taken by (regional) international courts, in particular by the IACtHR. By taking steps such as classifying the prohibition of enforced disappearances as a *jus cogens* norm, invalidating amnesty laws, emphasizing the complex nature of the offense and declaring military courts incompetent, the Court has demonstrated its quest to



combat the practice of enforced disappearances and to end impunity. Contrary to the IACtHR, the European approach to end this practice has been more restrictive and not as well developed. It would thus be desirable if the ECtHR would align its interpretation more with that of the IACtHR in order to contribute to a comprehensive international approach to this topic.

To answer the question of how international and domestic law interact with each other in the context of enforced disappearances, the countries of Argentina and South Africa were analyzed. This paper has shown that the extent of interaction between the two levels can vary considerably, depending not only on the legislative framework that surrounds it but also on the countries willingness to interact with international law. It has been demonstrated that, contrary to South Africa, there has been a relatively high level of interaction between the international and domestic level in Argentina. After some early discrepancies, Argentina has shown that it pays due regard to international law in the context of enforced disappearances, by ratifying ICED and the Inter-American Convention. Moreover, this paper has shown that Argentina's ability and willingness to interact with the international level led to positive legislative changes in the country. By making use of international jurisprudence in domestic court-cases and interacting actively with the Inter-American Commission, the Argentinian amnesties were later nullified and a new route to justice, the 'truth trials', was established. In South Africa, however, such interactions did not take place. The indemnities/amnesties were not nullified, and domestic courts did not invoke rulings from the international level.

As the example of Argentina has made clear, a high level of interaction between international and domestic law in the context of enforced disappearances can lead to positive changes in the domestic legal system. It would thus be desirable that such an interaction would also be facilitated in countries such as South Africa. To do so, however, South Africa would have to express its willingness to interact with the international level by ratifying international conventions dealing with this topic (such as ICED) and paying higher regard to customary international law. Moreover, to facilitate South Africa's ability of prosecuting and combatting the practice enforced disappearances, a similar instrument to the Inter-American Convention could

be drafted by the African Union.<sup>146</sup> Thus, if South Africa was to ratify this Convention, the African counterpart to the IACtHR – the African Court on Human and People’s Rights – would be competent to hear cases of enforced disappearances which occurred in South Africa during the apartheid era. Such steps would contribute to a comprehensive international approach to this topic and to an effective eradication of the practice of enforced disappearances.

---

<sup>146</sup> Sarkin, ‘The Role of the International Criminal Court (ICC) in Reducing Massive Human Rights Violations Such as Enforced Disappearances in Africa: Towards Developing Transitional Justice Strategies’ (n 109) 139.

# Arbejdsgiverens regulering af medarbejdernes adfærd i fritiden

---

Louis Wolf Kristiansen\*

Case law has repeatedly shown that the employer can regulate employees' behavior in their leisure time under the managerial prerogative. Nevertheless, recent case law has shown the uncertainty of the employer's scope of judicial power to regulate leisure time, as cases have pertained solely to leisure time in the workplace and working hours, such as self-paid lunch breaks at work.

In its most recent ruling on this issue, the Danish Labour Court found that Nordea's complete ban on the employees' trading of cryptocurrency was justified, as well as in the employees' leisure time. However, the ruling was extremely narrowly based making it difficult to estimate the significance it will have outside the financial sector, and if it will grant employers to commonly regulate employees' leisure time outside the workplace and working hours.

The article therefore seeks to uncover the extent to which the employer can regulate employees' leisure time in light of past practice and the Labour Court's latest determination. It is concluded that the basic criterion for imposing restrictions on employees' leisure time is when the employer has a substantive, operational justification, such as health and safety considerations and the company's image are recognized as factual, operational justifications in cases concerning alcohol and smoking bans and in the Nordea case's ban on cryptocurrency trading. Important elements in this assessment are the placement of the leisure time (in between working hours or after work), the object of the regulations, the nature of the workplace, and whether the employer is a public authority or private enterprise.

---

\* Cand.jur. ved Københavns Universitet [louiskristiansen@outlook.com]

## 1. Indledning

Arbejdsgiverens ledelsesret er et af de grundlæggende principper i dansk arbejdsret. Ledelsesretten blev fastslået allerede i 1899 i forbindelse med indgåelsen af Septemberforliget<sup>1</sup> og er i dag fortsat udtrykkeligt fastslået i de kollektive hovedaftaler, jf. f.eks. § 4, stk. 1, i Hovedaftalen mellem DA og LO.<sup>2</sup> Selvom ledelsesretten dermed har været anerkendt i mere end et århundrede, er rækkevidden af ledelsesretten stadig genstand for retlige tvister. I nyere retspraksis har der navnlig været tvister om udstedelse af reglementariske bestemmelser for medarbejdernes adfærd, f.eks. om alkoholforbud og rygeforbud.<sup>3</sup>

En væsentlig problemstilling er, om arbejdsgiveren kan udstede reglementariske bestemmelser for medarbejdernes adfærd i fritiden, og i så fald i hvilket omfang dette er muligt. Problemstillingen er endnu langt fra afklaret i retspraksis og meget aktuel, da Arbejdsretten så sent som i december 2019 afsagde en dom med udvidet formandskab om et forbud for medarbejderne i Nordea mod at handle med kryptovaluta, f.eks. bitcoins, selv om der var tale om privatøkonomiske dispositioner.<sup>4</sup>

Artiklen vil derfor belyse, hvilke grænser der er for arbejdsgiverens udstedelse af reglementariske bestemmelser for medarbejdernes adfærd i fritiden i medfør af ledelsesretten.

De generelle retningslinjer for udøvelsen af ledelsesretten er i det væsentlige udviklet af Arbejdsretten og de faglige voldgiftsretter. De fagretlige organer har kompetence til at behandle sager vedrørende brud på og fortolkning af hovedaftaler og kollektive overenskomster, jf. arbejdsretslovens §§ 9 og 21. De almindelige domstole er som udgangspunkt inkompetente til at behandle sager, som falder ind under de fagretlige domstoles kompetence, jf. arbejdsretslovens

---

<sup>1</sup> Jens Kristiansen, *Grundlæggende arbejdsret* (4. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2016) 26 f.

<sup>2</sup> LO og FTF fusionerede under overenskomstforhandlingerne på det offentlige område i foråret 2018, og har siden 1. juni 2019 heddet FH (Fagbevægelsens Hovedorganisation).

<sup>3</sup> Se nærmere herom i afsnit 3.1.

<sup>4</sup> Se nærmere herom i afsnit 3.2.

§§ 11, stk. 1, og 22, stk. 1, 1. pkt.<sup>5</sup> Spørgsmål om ledelsesrettens grænser vil som regel kun blive forelagt for de almindelige domstole som et led i en sag, der handler om rimeligheden af en opsigelse eller berettigelsen af en bortvisning, jf. f.eks. U 2004.273 Ø om bortvisning af en sygemeldt medarbejder efter en hemmelig overvågning af medarbejderen.

Ledelsesretten er anerkendt som et almindeligt princip i arbejdsretten, og der gælder også grænser for ledelsesrettens udøvelse, selv om arbejdsgiveren ikke er forpligtet af en overenskomst.<sup>6</sup> Der er således ikke noget til hinder for, at en lønmodtager anfægter en ledelsesmæssig disposition over for en ikke-overenskomstforpligtet arbejdsgiver ved de almindelige domstole, f.eks. med sigte på at blive tilkendt en tortgodtgørelse i medfør af erstatningsansvarslovens § 26, jf. f.eks. U2020.1615H om TV-overvågning af en medarbejder i strid med både ledelsesretten og databeskyttelseslovgivningen, som berettigede medarbejderen til en tortgodtgørelse efter en konkret vurdering.

Artiklen redegør først for betingelserne for arbejdsgiverens overenskomstmæssige udstedelse af reglementariske bestemmelser i medfør af ledelsesretten (afsnit 2), derefter følger en analyse af nyere retspraksis om reglementariske bestemmelser med sigte på medarbejdernes fritid (afsnit 3) og en diskussion og vurdering af retsstillingen (afsnit 4). Artiklen rundes af med en afsluttende konklusion (afsnit 5).

Artiklen vil behandle de grænser, der gælder for udstedelse af reglementariske bestemmelser med sigte på fritiden ud fra fagretlig praksis om misbrug af ledelsesretten. Artiklen vil ikke inddrage og behandle de andre begrænsninger, der er i ledelsesretten i medfør af den ansættelsesretlige lovgivning, f.eks. ligebehandlings- og forskelsbehandlingsloven. Den Europæiske

---

<sup>5</sup> Om det fagretlige system generelt se Ole Hasselbalch, *Arbejdsprocesret* (Thomson Reuters 2008) 15 ff. Se herudover Knud Illum, *Den kollektive arbejdsret* (3. udg, Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck 1964) 291 ff; Per Jacobsen, *Kollektiv arbejdsret* (5. reviderede udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1994) 338 ff; Peer Schaumburg-Müller, Oluf Emborg og Line Budtz Pedersen, *Kollektiv arbejdsret* (Forlaget Thomson 2007) 351 ff; Jens Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret* (3. udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2014) 553 ff.

<sup>6</sup> Se f.eks. afsnit 2.5. om arbejdsgiverens ledelsesret i forarbejderne til ændringen af TV-overvågningsloven i 1998, der udvidede lovens anvendelsesområde til også at gælde arbejdspladser (FT 1998-1999, tillæg A, sp 553ff).

Menneskerettighedskonvention inddrages dog kortfattet under vurderingen i afsnit 5.

## 2. Arbejdsgiverens ledelsesret i forhold til reglementariske bestemmelser

Det er fast antaget i praksis og teori, at arbejdsgiveren i medfør af ledelsesretten og uden specifik hjemmel i overenskomsten kan udstede reglementariske bestemmelser for medarbejdernes adfærd på arbejdspladsen, som dog skal respektere lovgivningen, overenskomsten og ansættelsesaftalen.<sup>7</sup> Arbejdsgiveren skal informere samarbejdsudvalget om en påtænkt udstedelse af reglementariske bestemmelser, jf. f.eks. § 4, stk. 1, i Hovedaftalen, hvorefter ledelsesretten udøves i samarbejde med lønmodtagerne, og nærmere herom i samarbejdsaftalen mellem DA og LO fra 2006. Samarbejdsudvalget er dog ikke et forhandlingsorgan, som arbejdsgiveren skal nå til enighed med for at kunne udstede reglementariske bestemmelser, og arbejdsgiveren har reelt derfor kun en informations- og høringspligt over for samarbejdsudvalget.<sup>8</sup>

Der gælder efter fagretlig praksis et almindeligt forbud mod misbrug af ledelsesretten. Kravene til udstedelse af reglementariske bestemmelser er formuleret således i faglig voldgiftskendelse af 6. november 1995, hvori opmanden i en sag om et totalt rygeforbud i arbejdstiden på arbejdspladsen udtalte: ”Det er en almindelig forudsætning for, at en arbejdsgiver i kraft af sin ledelsesret kan give reglementariske bestemmelser om forholdene på arbejdspladsen, at de reglementariske bestemmelser er driftsmæssigt begrundet, ikke er udtryk for chikane eller vilkårlighed over for medarbejderne og ikke går videre end nødvendigt af hensyn til driften.”

Betingelsen om driftsmæssig begrundelse indebærer, at arbejdsgiveren skal have en saglig grund for at indføre reglementariske bestemmelser, der vedrører

---

<sup>7</sup> Se f.eks. Illum (n 5) 197; Jacobsen (n 5) 631 ff; Schaumburg-Müller, Emborg og Pedersen (n 5) 454 f; Ole Hasselbalch, *Den danske arbejdsret bind II – ansættelsesretten* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2009) 1504; Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret* (n 5) 365 ff.

<sup>8</sup> Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret* (n 5) 397 ff.

driften af virksomheden, f.eks. sikkerhedshensyn eller virksomhedens omdømme. Arbejdsgiverens reglementariske bestemmelser må ikke være vilkårlige eller chikanerende og heri ligger bl.a., at reglementariske bestemmelser ikke må bruges som en straf over for medarbejderne, f.eks. efter en overenskomststridig strejke, jf. Arbejdsrettens dom af 8. marts 2019 i sag nr. AR2017.0566. Den sidste betingelse om, at bestemmelserne ikke må gå videre end nødvendigt af hensyn til driften indebærer et krav om proportionalitet. Et reglement kan således have en saglig driftsmæssig begrundelse, og hverken være udtryk for chikane eller vilkårlighed over for medarbejderne, men alligevel ligge uden for ledelsesrettens grænser, fordi reglementet er for vidtgående.

Hvis reglementariske bestemmelser opfylder betingelserne oven for, har arbejdsgiveren handlet inden for ledelsesrettens grænser, og de reglementariske bestemmelser er dermed overenskomstmæssige. Modsat foreligger der et misbrug af ledelsesretten og dermed et overenskomstbrud, hvis de reglementariske bestemmelser ikke opfylder betingelserne, da de i så fald ligger uden for ledelsesrettens grænser. Konsekvensen af overenskomstbrud er, at arbejdsgiveren kan idømmes en bod af Arbejdsretten, jf. arbejdsretslovens § 12, stk. 1.

### 3. Praxis om reglementariske bestemmelser for fritiden

Det er antaget i den juridiske litteratur, at arbejdsgiveren som alt overvejende udgangspunkt ikke kan udstede reglementariske bestemmelser for medarbejdernes adfærd i fritiden.<sup>9</sup> Dette følger for så vidt også af det almindelige forbud mod misbrug af ledelsesretten, da arbejdsgiveren ofte vil have vanskeligt ved at påvise en tilstrækkelig saglig driftsmæssig begrundelse for at gøre indskrænkninger i medarbejdernes adfærd i fritiden, ligesom sådanne forbud også kan gå videre end nødvendigt af hensyn til driften af virksomheden. Beskyttelsen af lønmodtagernes privatliv og fritid følger også af grundsætningen om integritetsværnet, som både er en del af forbuddet mod misbrug af

---

<sup>9</sup> Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret* (n 5) 368.

ledelsesretten og en selvstændig grundsætning.<sup>10</sup> Grundsætningen kan udledes af tankegrundlaget i flere internationale retskilder, jf. f.eks. EU-Chartrets art. 7 og EMRK art. 8.<sup>11</sup>

Forbuddet mod misbrug af ledelsesretten og integritetsværnet betyder dog ikke, at medarbejderne dermed i enhver henseende er stillet fuldstændig frit i forhold til arbejdsgiveren i fritiden, da medarbejderne i medfør af den almindelige loyalitetspligt er forpligtet til at udvise en loyal adfærd over for arbejdsgiveren både i og uden for arbejdstiden.<sup>12</sup> Et brud på loyalitetsforpligtelsen kan medføre en berettiget opsigelse eller bortvisning,<sup>13</sup> jf. f.eks. faglig voldgiftskendelse af 15. september 2010 i sag FV2010.0129, hvor opmanden ikke fandt, at en medarbejders ytringer på Facebook havde været så kritisable, at de kunne berettige en bortvisning i det konkrete tilfælde, men til gengæld var afskedigelse af medarbejderen saglig.

Medarbejderne kan herudover også være forpligtet i fritiden af deorumkravet, som pålægger medarbejderne at udvise en adfærd i og uden for arbejdstiden, som er forenelig med stillingen, de besidder. Dekorumkravet gør sig først og fremmest gældende for ansatte i det offentlige og er udtrykkeligt fastsat for tjenestemænd i tjenestemandsløvens § 10 og i KL-tjenestemandregulativ § 10, og det er fast antaget, at det også gælder for

---

<sup>10</sup> Hasselbalch, *Den danske arbejdsret bind II – ansættelsesretten* (n 7) 1999 ff; Martin Gräs Lind, *Medarbejderes integritetsbeskyttelse i dansk ret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006) 57 ff; Ole Hasselbalch under medvirken af Natalie Videbæk Munkholm, *Lærebog i ansættelsesret og personalejura* (6. udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2019) 219 ff, 670 f.

<sup>11</sup> Disse retskilder kan påberåbes direkte over for offentlige arbejdsgivere, men de vil kun kunne indgå som fortolkningsbidrag i en tvist mellem private, da hverken EMRK eller EU-Chartret kan forpligte private parter direkte med den virkning, at en modstridende dansk lovregel fortrænges, jf U2017.824H, hvor Højesteret fandt, at der ikke er hjemmel i tiltrædelsesloven til at lade bestemmelser i EU-Chartret få direkte virkning i en tvist mellem private. EMRK's betydning i dansk ret er gennemgået under afsnit 4.4.

<sup>12</sup> Grundsætningen om loyalitetspligten er bla forudsat i lovforarbejderne til både den nye lov om ansættelsesklausuler og lov om forretningshemmeligheder, jf lovforslag L 25 som fremsat den 7. oktober 2015 til lov om ansættelsesklausuler og lovforslag L 125 som fremsat den 10. januar 2018 til lov om forretningshemmeligheder.

<sup>13</sup> Hasselbalch og Munkholm (n 10) 506 ff.



overenskomstansatte i det offentlige i almindelighed.<sup>14</sup> Dekorumskravet gælder også i et vist omfang for ansatte i det private, men i det private vil dekorumskravet i høj grad afhænge af stillingens karakter.<sup>15</sup> Tilsidesættelse af dekorumskravet kan ligesom tilsidesættelse af loyalitetspligten sanktioneres ansættelsesretligt med påtale, advarsel, afskedigelse og evt. bortvisning.

### 3.1 Faglig voldgiftspraksis om alkohol- og rygeforbud

I det fagretlige system har der været flere sager om arbejdsgiverens regulering af medarbejdernes adfærd i fritiden. Der har bl.a. været sager om denne problemstilling vedrørende alkoholforbud i arbejdstiden, herunder i (selvbetalte) spisepauser.<sup>16</sup> Oprindeligt var Den Faste Voldgiftsret<sup>17</sup> af den opfattelse, at et forbud mod indtagelse af alkohol i arbejdstiden generelt, herunder i selvbetalte spisepauser, lå uden for ledelsesrettens grænser, jf. kendelse af 17. juli 1925 (K 843).<sup>18</sup>

Dette synspunkt blev fortsat fulgt i to faglige voldgiftskendelser fra 2003 mellem Specialarbejderforbundet i Danmark (i dag 3F) og Dansk Byggeri, som blev afsagt af samme opmand, jf. faglig voldgiftskendelse af 8. april 2003 og faglig voldgiftskendelse af 18. december 2003. Det fremgår af kendelserne, at arbejdsgiverne, i det ene tilfælde en betonelementproducent og i det andet tilfælde en murermester, havde indført alkoholforbuddene af hensyn til sikkerheden på arbejdspladserne og for at fremstå som moderne virksomheder. Opmanden fandt, at begge forbud var sikkerhedsmæssigt sagligt begrundet, og at der desuden var grund til at tro, at udbredelsen af totale alkoholforbud i virksomhederne ville vokse i de efterfølgende år. Opmanden fandt dog på den anden side, at der i Danmark er tradition for at drikke øl til maden, hvilket bl.a. efter opmandens opfattelse kom til udtryk i den daværende færdselslov, som

---

<sup>14</sup> Jens Kristiansen, 'Retsgrundlaget for offentlig personaleforvaltning' i Niels Fenger (red), *Forvaltningsret* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018) 194 ff.

<sup>15</sup> Hasselbalch og Munkholm (n 10) 498 ff.

<sup>16</sup> Nicole Christiansen, *Fra arbejderbeskyttelse til sundhedsfremme på arbejdspladsen* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018) 228 ff.

<sup>17</sup> Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret* (n 5) 33 ff.

<sup>18</sup> Kendelsen er ikke at finde inde i Arbejdsretsportalen, men den kan findes i trykt form i Den Faste Voldgiftsrets Kendelser 1925 udgivet af Dansk Arbejdsgiverforening, 63 f.

tillod en promille i blodet på 0,5 for billister, uagtet at selv så lav en promille kan øge risikoen for trafikuheld. Opmanden fandt derfor, at de to totalforbud mod alkohol i spisepauserne var for vidtgående på det pågældende tidspunkt, men at arbejdsgiverne dog var berettiget til at forbyde indtagelse af alkohol i den resterende arbejdstid, og at fastsætte grænser for mængden af alkohol, som medarbejderne måtte indtage i spisepauserne af hensynet til sikkerheden på arbejdspladsen.

Den ovenstående tendens vendte dog i 2006, hvor der også blev afsagt to faglige voldgiftskendelser om alkoholforbud. I faglig voldgiftskendelse af 3. februar 2006 fandt opmanden, at et totalt alkoholforbud for kommunalt ansatte i hele arbejdstiden, herunder i selvbetalte spisepauser, og både på og uden for arbejdspladsen, lå inden for ledelsesrettens grænser. Medarbejderne var kun undtaget for forbuddet, hvis de i deres selvbetalte spisepause opholdt sig uden for arbejdspladsen iført deres eget tøj modsat deres arbejdsuniform. Opmanden udtalte indledningsvis generelt om reglementariske og selvbetalte (spise)pauser: ”Det følger af fagretlig praksis, at en arbejdsgiver også for så vidt angår de medarbejderbetalte pauser kan fastsætte reglementariske bestemmelser, herunder om begrænsninger i eller forbud mod alkoholindtagelse, alt under forudsætning af at der er den fornødne saglige begrundelse herfor.”

Kommunen anførte som saglige driftsmæssige begrundelser, at medarbejderne havde en kontakt med borgerne, som ikke kunne fravælges, og at vægtige personalepolitiske og forvaltningsretlige hensyn talte for forbuddet. Kommunen anførte herudover, at kommunen i forbindelse med den daværende strukturreform ville blive pålagt et særligt ansvar for forebyggende foranstaltninger inden for sundhedsområdet. Opmanden udtalte herom: ”Jeg finder, at disse hensyn på baggrund af den almindelige udvikling i samfundet og navnlig sammenholdt med kommunens øgede ansvar for sundhedsområdet utvivlsomt udgør det tilstrækkelige grundlag for, at kommunalbestyrelsen i Albertslund Kommune kan anses berettiget til som sket med tilslutning fra den langt overvejende del af medarbejderne at indføre det omhandlede alkoholforbud som en generel ordning for samtlige kommunens medarbejdere.”

Kendelsen viser sammenholdt med kendelsen fra 1925 og kendelserne fra 2003 oven for, at ledelsesretten er en retlig standard,<sup>19</sup> og at den almindelige udvikling i samfundet derfor tillægges betydning, når det skal vurderes, om arbejdsgiverens driftsmæssige begrundelse er tilstrækkelig. Kendelsen viser også, at arbejdsgiveren ikke alene kan regulere medarbejdernes adfærd i selvbetalte spisepauser på arbejdspladsen, men at reguleringen i den selvbetalte spisepause også kan udstrækkes til at gælde uden for arbejdspladsen, hvis medarbejderne kan identificeres med arbejdsgiveren, f.eks. på grund af uniformering. Dette gør sig særligt gældende for ansatte i det offentlige, som i medfør af det almindelige dekorumkrav er forpligtet til at udvise en særlig passende adfærd både på og uden for arbejdspladsen samt i og uden for arbejdstiden, som det også var tilfældet i kendelsen fra 2006.

Samme år blev der afsagt en anden faglig voldgiftskendelse om alkoholforbud, jf. kendelse af 12. oktober 2006, hvor et rederi havde indført et totalt alkoholforbud for de ansatte ombord på rederiets skibe. Opmanden udtalte: ”Som også erkendt af 3F tilkommer det i medfør af ledelsesretten rederiet at fastsætte de regler om personalets forhold om bord, herunder den alkoholpolitik, som det finder nødvendigt af hensyn til skibenes forsvarlige drift, både sikkerhedsmæssigt og økonomisk. Rederiet er herunder berettiget til at inddrage hensynet til virksomhedens anseelse i offentligheden. Det bemærkes herved, at netop offentlighedens tillid til, at sikkerhedstjenesten – som tjenerne indgår i, også i deres fritid – fungerer upåklageligt, kan være af meget væsentlig betydning for rederiet som helhed. Medieomtalen af episoden i sommeren 2005 illustrerer da også, at en – berettiget eller uberettiget – negativ omtale af forhold, der kan have betydning for sikkerheden om bord, kan have stor betydning for rederiet.”

Forbuddet i denne kendelse kan umiddelbart forekomme vidtgående, fordi de ansatte på skibet forrettede tjeneste fjorten dage ad gangen, og da forbuddet gjaldt både i arbejdstiden og fritiden. De ansatte var derfor fuldstændig afskåret fra at indtage alkohol fjorten dage ad gangen. Omvendt gør der sig nogle særegne forhold gældende for besætningen ombord på et skib, da de bl.a. skal være klar

---

<sup>19</sup> Se f.eks. Carsten Munk-Hansen, *Retsvidenskabsteori* (2. udg, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2018) 263.

til at håndtere en nødsituation når som helst. Kendelsen viser i overensstemmelse med den ovenstående kendelse fra 2006 om Albertslund kommune, at arbejdsgiveren, under forudsætning af en saglig driftsmæssig begrundelse som hensynet til sikkerhed og rederiets omdømme, kan regulere medarbejdernes adfærd så længe, de enten opholder sig på arbejdspladsen eller kan identificeres med arbejdsgiveren.

De faglige voldgiftsretter har også flere gange taget stilling til rygeforbud. I faglig voldgiftskendelse af 9. december 2010 i sag FV2010.173 havde Molslinjen indført et totalt rygeforbud for alle ansatte i rederiet i arbejdstiden. Forbuddet gjaldt dog ikke for den mønstrede besætning, som havde ret til at ryge i en dertil særligt indrettet rygekabine. Opmanden udtalte generelt indledningsvis, at arbejdsgiveren efter praksis er overladt et vidt skøn for vurderingen af, hvorvidt der foreligger en tilstrækkelig driftsmæssig begrundelse for udstedelse af reglementariske bestemmelser. Herefter udtalte opmanden om rygeforbuddet: ”Gennemførelsen af loven om røgfri miljøer betød, at Mols-Liniens ledelse skulle sikre, at loven efterleves på skibene, men ikke nødvendigvis – som opslaget af 10. august 2007 ellers kunne give indtryk af – at der skulle indføres et absolut rygeforbud. Imidlertid besluttede ledelsen at forbyde medarbejderne al rygning både på skibene og i land, idet den fandt, at de særlige driftsmæssige forhold og de deraf følgende særlige arbejdsforhold på hurtigfærgerne, hensynet til rederiets image over for passagererne og omverdenen og ønsket om at undgå forskelsbehandling af medarbejderne tilsagde dette. Jeg finder ikke, at jeg har det fornødne grundlag for at tilsidesætte dette skøn.”

Kendelse af 15. december 2015 i sag FV2015.0086 er den seneste sag om rygeforbud i faglig voldgiftspraksis. Arbejdsgiveren, Københavns Lufthavne A/S, havde indført et totalt rygeforbud, som gjaldt i hele arbejdstiden og på hele arbejdspladsen med den virkning, at rygeforbuddet også havde betydning for medarbejdernes fritid inden og efter arbejdstiden, da medarbejderne var nødsaget til at færdes på lufthavnens matrikel for at checke ind på arbejde ved et af de særlige mødesteder, hvorfra arbejdstiden begyndte. Opmanden udtalte indledningsvis, at et totalt rygeforbud i arbejdstiden på arbejdspladsen som udgangspunkt ligger inden for ledelsesrettens grænser, og at det som udgangspunkt kunne udstrækkes til hele arbejdspladsen af hensyn til virksomhedens omdømme. Opmanden bemærkede dog herefter, at Københavns

Lufthavn er en arbejdsplads med en usædvanlig stor matrikel (12 millioner kvadratmeter). Opmanden fandt derfor, at i det omfang medarbejderne kunne identificeres med arbejdsgiveren inden for lufthavnens matrikel, lå rygeforbuddet inden for ledelsesrettens grænser af hensyn til virksomhedens omdømme uanset, om rygningen fandt sted i arbejdstiden eller i fritiden til og fra arbejde. Rygeforbuddet lå derimod uden for ledelsesrettens grænser for så vidt angik de tilfælde, hvor medarbejderne i deres fritid færdedes til og fra arbejde i deres almindelige tøj.

De ovenstående kendelser om alkohol- og rygeforbud viser, at sikkerheds- og sundhedsmæssige hensyn og virksomhedens image i retspraksis anerkendes som saglige driftsmæssige begrundelser, og at disse skal fortolkes i lyset af udviklingen i samfundet, herunder udviklingen i (ryge)lovgivningen, da ledelsesretten er en retlig standard. Kendelserne viser endvidere, at arbejdsgiveren, under forudsætning af en saglig driftsmæssig begrundelse, hvor arbejdsgiveren tillægges et vidt skøn, i et vist omfang kan udstede reglementariske bestemmelser for medarbejdernes adfærd i fritiden, om end det ofte er under forudsætning af, at medarbejderne stadig bevarer en tilknytning til arbejdspladsen, f.eks. hvis de fortsat opholder sig på arbejdspladsen eller er uden for arbejdspladsen i uniformering i arbejdstiden.

Det kan dog anføres til ovenstående, at det er tvivlsomt, i hvilket omfang de reglementariske bestemmelser i kendelserne reelt kan siges at regulere medarbejdernes fritid, da ingen af kendelserne vedrører den ”egentlige fritid”, dvs. fritid placeret uden for arbejdspladsen og arbejdstiden, men vedrører en form for fritid, der har en nær relation til arbejdstiden og arbejdspladsen, f.eks. selvbetalte spisepauser på arbejdspladsen. Der er således grund til at sondre mellem fritid uden for arbejdstiden og arbejdspladsen på den ene side og fritid i arbejdstiden og/eller på arbejdspladsen på den anden side. I afsnit 3.2 behandles en ny dom fra Arbejdsretten, som i højere grad vedrørte dispositioner rettet mod fritiden uden for arbejdstiden og arbejdspladsen.

### 3.2 Arbejdsrettens dom om forbud mod handel med kryptovaluta

Arbejdsretten har i dom af 2. december 2019 i sag nr. AR2018.0297 truffet afgørelse i en sag, hvor Nordea havde forbudt deres medarbejdere at handle med kryptovaluta både i og uden for arbejdstiden med virkning fra den 28. februar 2018. Arbejdsretten fandt, at det udstedte forbud lå inden for ledelsesrettens grænser. Dommens resultat kan umiddelbart forekomme at være meget vidtgående, men dommen skal formentlig ses i lyset af de særlige forhold, som gør sig gældende inden for den finansielle sektor. Det er derfor usikkert, om dommen kan betragtes som et generelt præjudikat uden for den finansielle sektor, da Arbejdsrettens præmisser er konkret begrundet i de forpligtelser, som påhviler bl.a. pengeinstitutter i medfør af hvidvasklovgivningen og de bagvedliggende hvidvaskdirektiver samt Finanstilsynets advarsel mod handel med kryptovaluta.

Arbejdsrettens præmisser bliver dog en anelse mere generelle afslutningsvis efter en længere gennemgang af reguleringen af finansielle virksomheder, hvor Arbejdsretten udtaler, at ”Nordea Danmarks forbud mod, at medarbejderne fremover investerer i kryptovaluta, må vurderes i lyset af karakteren af de risici, der på det foreliggende grundlag må antages at være forbundet med investering i kryptovaluta, og som har ført til lovgivningsinitiativer på europæisk plan. Forbuddet må endvidere vurderes i lyset af, at bankens interne regler i forvejen opstiller visse begrænsninger vedrørende medarbejdernes privatøkonomiske dispositioner, hvilket må antages bl.a. at være begrundet i dens virke og rolle som finansiell virksomhed og risikoen for loyalitetskonflikter m.v. Der gælder f.eks. et forbud mod spekulative transaktioner i fremmed valuta.”

I tråd med kendelserne om alkohol- og rygeforbud gennemgået oven for, vurderer Arbejdsretten forbuddet mod investering i kryptovaluta i lyset af de sikkerhedsmæssige risici, der er forbundet med investering i kryptovaluta, og tillægger det betydning, at der på europæisk plan er en intensiv regulering af den finansielle sektor (udviklingen i samfundet). Den samme tendens ses generelt i den fagretlige praksis om alkohol- og rygeforbud, hvor arbejdsgiveren har vidtgående muligheder for at regulere medarbejdernes adfærd, fordi disse forbud i vidt omfang har støtte i både lovgivning (især rygning) og i den generelle

opfattelse i samfundet, jf. f.eks. allerede om rygning i faglig voldgiftskendelse af 6. november 1995: ”Tværtimod taler dette synspunkt, som støttes af udviklingen i de seneste år – også lovgivningsmæssigt – i samfundets syn på tobaksrygning, i væsentlig grad til fordel såvel for de allerede ved meddelelsen af 11. oktober 1993 gennemførte rygebegrænsninger som for et senere egentligt rygeforbud.”

Arbejdsretten tillægger det herudover også betydning, at Nordea allerede har interne regler, som opstiller begrænsninger i medarbejdernes privatøkonomiske dispositioner, hvilket lader til at have været accepteret af parterne i sagen og derfor heller ikke problematiseres af Arbejdsretten. Det lader også til, at sådanne interne regler i praksis accepteres inden for den finansielle sektor, jf. U1993.341SH og ØL 16/9 1999 (B-3777-98).<sup>20</sup> I Sø- og Handelsrettens dom udtalte retten, at arbejdsgiveren, en bank ligesom i Arbejdsrettens dom, der havde en personalepolitik om, at medarbejderne skulle have orden i deres privatøkonomiske forhold og bl.a. ikke have overtræk på kontoen, havde været berettiget til at ”fastsætte normer som sket med hensyn til medarbejdernes økonomiske forhold, og at sagsøgeren ved sine jævnlige overtræk på kassekrediten har handlet i strid med disse normer.” I Østre Landsrets dom stadfæstede landsrettens byrettens dom,<sup>21</sup> hvorefter en arbejdsgiver, et ejendomsselskab, havde været berettiget til at bortvise en funktionær, som havde handlet med aktier i strid med selskabets interne personalepolitik vedrørende de ansattes handel med selskabets aktier.

Civilretlige sager er dog underlagt forhandlings- og dispositionsmaksimen, jf. retsplejelovens § 338, og parterne kan derfor som udgangspunkt selv bestemme, hvad retten skal tage stilling til. I dommen fra Sø- og Handelsretten var det ikke gjort gældende, at personalepolitikken lå uden for ledelsesrettens grænser, og i dommen fra landsretten var der tale om aktivitet med virksomhedens egne aktier, og derfor ikke et forhold som er uafhængigt af arbejdsgiveren. Det er derfor usikkert, om dommene kan tages til indtægt for, at domstolene er mere tilbøjelige til at acceptere vidtgående personalepolitikker inden for den finansielle sektor på grund af de særlige forhold og hensyn, som gør sig gældende

---

<sup>20</sup> Østre Landsrets dom er utrykt, men dommen kan findes inde på Arbejdsretsportalen af Djøf Forlag og Schultz.

<sup>21</sup> Lyngby byrets dom af 15. december 1998 i sag BS 2-839/97 (kan findes i Arbejdsretsportalen).

i sektoren, hvilket også har lovgivningsmæssig støtte, da den finansielle sektor er genstand for indgående regulering på grund af de økonomiske risici, som er forbundet med sektoren.

Efter vurderingen af Nordeas forbud mod handel med kryptovaluta, konkluderer Arbejdsretten, at den ikke har et tilstrækkeligt grundlag for at tilsidesætte Nordeas skøn af, hvorvidt der foreligger en saglig driftsmæssig begrundelse: ”På den anførte baggrund finder Arbejdsretten ikke grundlag for at tilsidesætte det skøn, der må tilkomme Nordea Danmark med hensyn til at vurdere de foreliggende risici for bl.a. loyalitetskonflikter og den heraf følgende driftsmæssige betydning for banken af at forbyde medarbejderne at foretage private investeringer i kryptovaluta.” Præmisserne minder om opmandens bemærkninger i faglig voldgiftskendelse af 9. december 2010 om et totalt rygeforbud for medarbejderne hos Molslinjen, hvor opmanden også fandt, at forbuddet havde støtte i både lovgivning og opfattelsen i samfundet, og derfor var påpasselig med at tilsidesætte arbejdsgiverens vide skøn i medfør af ledelsesretten.

Arbejdsretten udtaler afslutningsvis om betingelsen om proportionalitet, at forbuddet ikke har medført, at medarbejderne skulle afhænde allerede erhvervede beholdninger, og at forbuddet ikke gælder for medarbejdernes nærtstående privatøkonomiske dispositioner, som medarbejderne ikke er involveret i. Forbuddet gik derfor ikke længere end nødvendigt af hensyn til driften af virksomheden. For så vidt angår et muligt påbud om afhændelse af allerede erhvervede beholdninger, afspejler præmisserne en bredere tendens i retspraksis og litteraturen om reglementariske bestemmelser. Der er ingen eksempler i retspraksis på reglementariske bestemmelser i form af påbud, mens der er en række eksempler på forbud, jf. samtlige kendelser nævnt i afsnit 3.1. Dette skyldes formentlig, at påbud anses for et mere vidtgående indgreb i medarbejdernes integritetsværn end forbud. Sondringen mellem reglementariske bestemmelser i form af henholdsvis forbud og påbud har også været fremhævet i den juridiske litteratur i forbindelse med arbejdsgiverens muligheder for at indføre tvungne kost- og motionsordninger i arbejdstiden, hvor det også anføres



som et muligt problem i forhold til ledelsesretten, at disse i så fald skal indføres i form af påbud om en bestemt adfærd.<sup>22</sup>

Arbejdsretten bemærker herudover også om betingelsen om proportionalitet, at forbuddet ikke omfatter medarbejdernes nærtstående privatøkonomiske dispositioner, som medarbejderne ikke er involveret i. Dette ville have været for vidtgående, fordi arbejdsgiveren ikke har en ledelsesret over medarbejdernes nærtstående, og dermed også ville udgøre et vidtgående indgreb i deres integritetsværn. Præmisserne afspejler derfor mere generelt, at arbejdsgiveren ikke kan udstrække sin ledelsesret til også at gælde for medarbejdernes nærtstående, med mindre medarbejderne måtte bruge deres nærtstående til at omgå forbuddet.

#### 4. Diskussion og vurdering af rækkevidden af praksis

Retspraksis viser, at arbejdsgiveren i medfør af ledelsesretten kan udstede reglementariske bestemmelser for medarbejdernes adfærd i fritiden, hvis arbejdsgiveren har en tilstrækkelig saglig driftsmæssig begrundelse vurderet i lyset af udviklingen i samfundet, men at rækkevidden af disse reglementariske bestemmelser er usikker, især for så vidt angår den ”egentlige fritid”, som tilbringes uden for arbejdstiden og arbejdspladsen, hvor medarbejdernes adfærd i forhold til arbejdsgiveren som udgangspunkt kun reguleres af den almindelige loyalitetspligt. Neden for foretages på baggrund af analysen af praksis i afsnit 3 en vurdering af, i hvilket nærmere omfang arbejdsgiveren kan udstede reglementariske bestemmelser, der regulerer medarbejdernes adfærd i fritiden.

##### 4.1 Fritidens stedlige og tidsmæssige placering

Retspraksis fra de faglige voldgiftsretter viser, at arbejdsgiveren har kunnet regulere medarbejdernes adfærd i selvbetalte spisepauser både på og uden for arbejdspladsen under forudsætning af, at medarbejderne har kunnet identificeres med arbejdsgiveren. Kendetegnende for de selvbetalte spisepauser er, at selv om

---

<sup>22</sup> Nicole Christiansen, 'Obligatorisk motion på arbejdspladsen i et arbejdsmiljøretligt perspektiv' [2018] Tidsskrift for Miljø 239.

de betragtes som fritid, ligger de alligevel tidsmæssigt placeret således, at der er arbejdstid inden og efter, hvilket lader til at tillægges betydning i praksis. Ligeledes har arbejdsgiveren været berettiget til at udstede et alkoholforbud for medarbejderne hos et rederi, som gjaldt både i arbejdstiden og fritiden, fordi de befandt sig på arbejdspladsen, et skib, fjorten dage ad gangen, eller et rygeforbud for hele Københavns Lufthavns samlede areal. Praksis efterlader derfor det indtryk, at den stedlige og tidsmæssige placering af fritiden tillægges væsentlig betydning for vurderingen af, om arbejdsgiverens reglementariske bestemmelser ligger inden for ledelsesrettens grænser.

Der ses derimod ikke at være eksempler fra de faglige voldgiftsretters praksis på regulering af medarbejdernes fritid uden for arbejdstiden og arbejdspladsen, men Arbejdsretten tog stilling til en sådan regulering i dommen om forbuddet mod handel med kryptovaluta. Arbejdsrettens dom kan formentlig tages til indtægt for, at der ikke gælder et absolut forbud for arbejdsgivere mod at udstede reglementariske bestemmelser, der regulerer medarbejdernes adfærd i fritiden uden for arbejdspladsen, men omvendt siger dommen heller ikke noget generelt om regulering af medarbejdernes adfærd i fritiden uden for arbejdspladsen, da dommen er konkret begrundet i de særlige forhold, der gør sig gældende i den finansielle sektor.

Det er derfor fortsat meget tvivlsomt, i hvilken udstrækning arbejdsgiveren kan udstede reglementariske bestemmelser, der regulerer medarbejdernes adfærd i fritiden uden for arbejdstiden og arbejdspladsen i almindelighed, om end dommen sammenholdt med kendelserne om alkohol- og rygeforbud giver det indtryk, at forbud i fritiden kan være tilstrækkeligt driftsmæssigt begrundet, hvis der foreligger særligt tungtvejende sikkerhedsmæssige hensyn med støtte i lovgivningen. Dommen åbner derimod ikke op for nogen generel adgang for arbejdsgivere til at regulere medarbejdernes adfærd i fritiden uden for arbejdstiden og arbejdspladsen.

## 4.2 Genstanden for de reglementariske bestemmelser

Selv om der er flere eksempler på, at arbejdsgiverens regulering af medarbejdernes adfærd i fritiden har ligget inden for ledelsesrettens grænser i retspraksis, er det kendetegnende for de omhandlede forbud, at de er begrænset

til specifikke genstande i form af alkohol, rygning og kryptovaluta. Det kan derfor overvejes, om arbejdsgiverens regulering af medarbejdernes fritid reelt er begrænset til disse tre genstande (på nuværende tidspunkt).

Arbejdsgiveren vil selvfølgelig også være berettiget til at forbyde medarbejderne at indtage euforiserende stoffer i fritiden, der har tilknytning til arbejdstiden eller arbejdspladsen, da de samme hensyn gør sig gældende for euforiserende stoffer som alkohol og rygning. Det kan derimod overvejes, om arbejdsgiveren vil kunne forbyde medarbejderne at indtage sukker i form af f.eks. kage eller sodavand i arbejdstiden, herunder i de selvbetalte spisepauser. Et sådan forbud ville, ligesom alkohol- og rygeforbud, kunne begrundes i sundhedsmæssige hensyn og hensynet til virksomhedens image. Disse hensyn skal dog på baggrund af retspraksis vurderes i lyset af udviklingen i samfundet, og det er imidlertid nok tvivlsomt, om der på det nuværende stade af udviklingen i synet på sukker er en tilstrækkelig driftsmæssig begrundelse for et totalt forbud mod sukker i arbejdstiden, herunder selvbetalte spisepauser, da sukker ikke frembyder den samme fare for pludselige uheld, som indtagelse af alkohol kan medføre, eller er ligeså indgående reguleret i lovgivningen, som rygning eller kryptovaluta er, der herudover også begge involvere henholdsvis sundhedsmæssige og sikkerhedsmæssige risici. Sukker har heller ikke den samme umiddelbare effekt som rusmidler som euforiserende stoffer og alkohol.

### 4.3 Arbejdspladsens karakter

En fremtrædende driftsmæssig begrundelse i retspraksis er sikkerhedsmæssige hensyn på arbejdspladsen, som har kunnet begrunde både alkohol- og rygeforbud for rederimedarbejdere ombord på skibe og forbud mod bankmedarbejders handel med kryptovaluta. Begge arbejdspladser er kendetegnet ved, at nogle helt særlige forhold gør sig gældende. Omvendt var sikkerhedsmæssige hensyn ikke en tilstrækkelig begrundelse for at indføre alkoholforbud i hele arbejdstiden for henholdsvis en betonelementproducent og murermester, om end denne praksis formentlig er blevet ændret i dag i takt med udviklingen i opfattelsen af alkohol i samfundet.

For så vidt angår alkoholforbud kunne praksis pege i retning af, at et totalforbud mod indtagelse af alkohol i hele arbejdstiden forudsætter, at arbejdspladsens karakter medfører, at medarbejderne til hver en tid bør være

ædru, hvilket var tilfældet i kendelsen om medarbejderne hos rederiet, der forrettede tjeneste fjorten dage ad gangen og skulle være klar til at håndtere en potentiel nødsituation når som helst, mens dette ikke var tilfældet for medarbejderne hos hverken betonelementproducenten eller muremesteren. Omvendt kan det anføres, at de to sidstnævnte kendelser blev afsagt før kendelsen om medarbejderne hos rederiet, og at det anderledes udfald skyldes, at synet på sammenblanding af alkohol og arbejde havde ændret sig yderligere i retning af et totalforbud i løbet af de mellemliggende år.

#### 4.4 Offentlige arbejdsgivere

I faglig voldgiftskendelsen om det totale alkoholforbud i arbejdstiden for medarbejderne i Albertslunds kommune fremhævede opmanden kommunens ansvar for sundhedsområdet, som en omstændighed, der talte for alkoholforbuddet. Kommunen procederede herudover også på det almindelige dekorumkrav for medarbejdere i det offentlige, som opmanden dog ikke forholder sig direkte til i præmisserne, men det er nærliggende at antage på baggrund af kendelsen, at offentlige arbejdsgivere generelt kan stille nogle krav til medarbejderne, som ikke gør sig gældende i samme omfang for private arbejdsgivere og deres medarbejdere, om end ansatte i det private også efter omstændighederne kan være underlagt et dekorumkrav. Omvendt vil offentlige arbejdsgivere ikke kunne påberåbe sig hensynet til virksomhedens image som en saglig driftsmæssig begrundelse på samme måde som private arbejdsgivere, da en privat virksomhed kan lide store økonomiske tab på grund af et forringet image, mens det samme ikke gør sig gældende for en offentlig myndighed, som i stedet må henholde sig til påberåbelse af dekorumkravet.

Det kan overvejes, om Arbejdsrettens dom om forbuddet mod handel med kryptovaluta er i strid med EMRK art. 8 om retten til privatlivets fred, og om arbejdsgiveres indgreb i medarbejdernes fritid uden for arbejdstiden og arbejdspladsen generelt kan være i strid med EMRK. art. 8. Denne problemstilling er særlig relevant i forhold til offentlige arbejdsgivere, da de er pligtssubjekter efter EMRK, mens EMRK ikke direkte forpligter private

arbejdsgivere.<sup>23</sup> I denne henseende er Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 5. september 2017 (Barbulescu mod Rumænien) afsagt af Storkammeret relevant, da EMD fandt, at en arbejdsgivers overvågning af medarbejdernes private e-mails sendt fra deres arbejdsmail var i strid med EMRK art. 8. Dommen forudsætter, at medarbejderne altid har ret til et privatliv i et eller andet omfang selv i arbejdstiden på arbejdspladsen, hvilket så meget desto mere må tale for, at beskyttelsen af medarbejdernes privatliv er endnu stærkere i fritiden uden for arbejdstiden og arbejdspladsen. Omvendt er det dog vigtigt at bemærke, at dommen vedrørte en kontrolforanstaltning<sup>24</sup> (overvågning), der betragtes som mere indgribende end reglementariske bestemmelser, og at medarbejderne ikke var blevet orienteret om kontrolforanstaltningen, hvilket aldrig ville være tilfældet med reglementariske bestemmelser, da de i så fald ikke ville tjene noget formål. Herudover forudsætter anvendelsen af EMRK art. 8, at der foreligger et indgreb i retten til privatlivet, og mens en kontrolforanstaltning udgør et indgreb, er det ikke sikkert, at et forbud mod at handle med kryptovaluta gør det.

## 5. Konklusion

Det fremgår af den fagretlige praksis, at det grundlæggende kriterium for, om reglementariske bestemmelser udstedt af arbejdsgiveren ligger inden for

---

<sup>23</sup> Offentlige myndigheder er pligtsubjekter efter EMRK, og konventionens bestemmelser kan derfor påberåbes direkte over for offentlige arbejdsgivere. Private arbejdsgivere er derimod ikke pligtsubjekter efter EMRK, og selvom den danske stat har en positiv forpligtelse til gennem lovgivning og håndhævelsen heraf at beskytte borgerne mod indgreb i deres menneskerettigheder foretaget af andre borgere, kan EMRK ikke påberåbes direkte over for private parter. Det er lagt til grund i både betænkning 2001 nr 1407 og betænkning 2014 nr 1546 om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, at hvis den danske lovgivning viser sig at være i strid med EMRK, uden at dette kan løses ved fortolkning, kan EMRK ikke fortrænge en dansk retsregel til skade for en privat part. Østre landsret lagde også til grund i U1998.2102Ø, at EMRK ikke kan påberåbes i en tvist mellem private parter. Hvis en borger lider et tab, fordi EMRK er gennemført forkert i dansk ret, må borgeren rette et erstatningskrav mod den danske stat.

<sup>24</sup> Om kontrolforanstaltninger, se f.eks. Jacobsen (n 5) 623 ff; Schaumburg-Müller, Emborg og Pedersen (n 5) 449 ff; Hasselbalch, *Den danske arbejdsret bind II – ansættelsesretten* (n 7) 1496 ff; Kristiansen, *Den kollektive arbejdsret* (n 5) 368 ff.

ledelsesrettens grænser, er, at arbejdsgiveren har en saglig driftsmæssig begrundelse vurderet i lyset af udviklingen i samfundet. På baggrund af retspraksis kan det udledes, at sundheds- og sikkerhedsmæssige hensyn og virksomhedens image anerkendes som saglige driftsmæssige begrundelser.

Arbejdsgiveren har inden for de seneste år flere gange fået medhold i, at de kan udstede alkohol- og rygeforbud, som gælder både i arbejdstiden og i et eller andet omfang i fritiden. Det er dog fortsat usikkert, i hvilket omfang arbejdsgiveren kan udstede reglementariske bestemmelser, som tager sigte på at regulere medarbejdernes adfærd i fritiden, især uden for arbejdstiden og arbejdspladsen. Indtil videre foreligger kun Arbejdsrettens dom om forbud mod handel med kryptovaluta for Nordeas medarbejdere, og det er usikkert om den reelt rækker videre end til den finansielle sektor.

Der kan dog på baggrund af retspraksis udledes nogle mere generelle retningslinjer for, hvad der tillægges betydning ved vurderingen af, om arbejdsgiveren har den tilstrækkelige driftsmæssige begrundelse for at regulere medarbejdernes fritid. Der lægges bl.a. vægt på, hvor fritiden stedligt og tidsmæssigt er placeret, genstanden for de reglementariske bestemmelser, arbejdspladsens karakter, og om arbejdsgiveren er en offentlig myndighed eller privat virksomhed.