

BRANCHEREGLER OG BRANCHEPROCES

STEN BØNSING

Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Brancheregler og brancheprocess
1. udgave

© 2001 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Omslagsillustration: Morten Højmark
Tryk: Gentofte Tryk
Indbinding: Damm's Bogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2001
ISBN 87-574-0635-9

*Udgivet med støtte fra Jurist- og Økonomforbundets Forlags legat
til støtte af udgivelse af videnskabelig litteratur*

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: fl@djoef.dk

Homepage: www.djoef.dk/forlag

FORORD

Denne bog er en udgivelse af min afhandling, der i foråret 2001 dannede grundlag for erhvervelsen af den juridiske Ph.D.-grad. Afhandlingen er udarbejdet under ansættelse som Ph.D.-stipendiat på Institut for Erhvervsstudier på Aalborg Universitet i perioden 1997-2000.

Først og fremmest vil jeg gerne rette en varm tak til min vejleder professor, dr.jur. Erik Werlauff for megen hjælp med idéer samt hjælp til at luge ud i de vildeste af mine egne idéer. De mange og lange diskussioner har været af stor værdi for arbejdet.

En tak skal også rettes til de øvrige af mine nærmeste kolleger, navnlig Kandidatstipendiat Karsten Naundrup Olesen og adjunkt, Ph.D. Steen Treumer. Docent, lic.jur. Morten Wegener takker jeg for hjælp til formueretlige problemstillinger, og professor Claus Haagen Jensen for hjælp til forvaltningsretlige problemstillinger. Alle har velvilligt lagt øre til problemer og spørgsmål og ledt mig på vej. Endelig takker jeg kontorfuldmægtig Inger M. Kiis for hjælp og tålmodighed ved redigering og tekstbehandling i forbindelse med udgivelsen.

Afhandlingen blev afleveret 1. august 2000 og er kun i begrænset omfang ændret efter denne dato.

Aalborg, juni 2001
Sten Bønsing

INDHOLDSFORTEGNELSE

INDLEDNING	1
DEL I: BRANCHEREGLER	3
KAPITTEL I – INDLEDNING	5
A. Problemformulering mv.	5
B. Regler, der er genstand for analyse	7
1. Lovgivning mv	7
2. Brancheregler, herunder etiske regler	8
3. God skik-regler	15
C. Erhverv, der er genstand for analyse	22
D. Hensigten med udstedelse af brancheregler	23
1. Mål	23
2. Midler	25
3. Særligt om § 17-retningslinjer	26
KAPITTEL II. – BRANCHEREGLERS RETSKILDEMÆSSIGE	
STATUS	29
A. Nogle udvalgte retsinstitutter	29
1. Indledning	29
2. Aftaleretlige spørgsmål	32
a. Vedtagelse	32
b. Ugyldighed	33
c. Fortolkning og udfyldning	38
d. Sammenfatning	43
3. Erstatningsretlige spørgsmål	44
a. Domme, der inddrager brancheregler og responsa	47
b. God skik	57
c. Nærmere om opdeling af ansvarsgrundlaget	59
d. Sammenfatning og vurdering	64
4. Strafferetlige spørgsmål	65
a. Forbud efter markedsføringsloven	69
b. Revisorområdet	71
c. Sammenfatning	72
5. Disciplinærretlige spørgsmål	73
a. Revisorområdet	74
b. Advokatområdet	76

c. Sammenfatning	78
6. Andre retsfølger m.m.	79
a. Anerkendelse/oprejsning efter medieansvarsloven	79
b. UfR 1996.729 SH	80
c. Ophør af personlig hæftelse efter tvangsauktion	80
d. Tilbagekaldelse af erhvervstilladelser	81
e. Andre retsvirkninger	82
7. Sammenfatning	82
8. Afslutning	83
B. Branche- og god skik-regler – faktum eller jus?	84
C. Forhold, der har betydning for anvendelsen af brancheregler ..	88
1. Hvem der har udarbejdet branchereglerne	89
2. Tilstedeværelsen af responsumudvalg	89
3. Indholdet og karakteren af den enkelte regel	90
4. Lovgivningens “accept” af branchereglerne	96
5. Retssagens tilrettelæggelse	99
6. Sammenfatning	99
D. Sammenfatning	100
KAPITEL III. – FORENINGSRETLIGE SPØRGSMÅL	103
A. Indledning	103
B. Interne/foreningsretlige krav til vedtagelse af brancheregler ..	104
1. Hjemmel til vedtagelse af brancheregler	104
a. Kræver det hjemmel at vedtage brancheregler?	104
b. Hvor kan hjemmelen findes?	105
c. Etablering og anvendelse af hjemmel i vedtægterne ...	108
2. Fastsættelse af brancheregler, samt delegation og kom- petence	114
C. Det eksterne forhold	115
D. Medlemmernes bundethed i forhold til foreningen	119
E. Sammenfatning og konklusion	120
KAPITEL IV. – BRANCHEREGLERS LØFTEVIRKNING	123
A. Indledning	123
B. Indledning om tredjemandsløfter	123
C. Parterne	126
1. Egentlige brancheregler	126
a. Løftegiver (Y) og løftemodtager (A)	126
b. Tredjemand (T)	128
2. § 17-retningslinjer	129
D. Ydelsen	130
E. Mulige retsinstanser: Til søgsmålsret	134

1. Egentlige brancheregler	138
2. § 17-retningslinjer	140
F. A's fordring og søgsmålsret	143
G. Tilbagekaldelse, omgørelse og ophævelse af brancheregler ..	145
H. Andre mulige retsinstitutter end tredjemandsløftet	151
1. Almindeligt løfte	151
2. Negotiorum gestio	154
3. Stiltiende cession	154
I. Forpligtelse for erhvervsdrivende uden for foreningerne	154
J. Sammenfatning og konklusion	156
KAPITEL V. – SAMMENFATNING OG KONKLUSION – DEL I ..	159
A. Sammenfatning og konklusion	159
B. Den forventede retsudvikling: Branche- og dommerskabt ret	163
1. Branchers indflydelse på retsstillingen	163
2. God skik-begrebet	165
a. Lovgivningspraksis	165
b. Retspraksis	167
DEL II – BRANCHEPROCESSEN – ORGANER OG PROCES TIL PÅLÆG AF DISCIPLINÆRE SANKTIONER	169
KAPITEL VI. – OM BRANCHEDISCIPLINÆRSYSTEMET	171
A. Indledning	171
B. Typer af organer	173
1. Private organer	173
2. Offentlige nævn	175
a. Kompetence til obligationsretlige retsfølger – “forbruger- klagenævn”	176
b. Kompetence til disciplinære sanktioner – “disciplinær- nævn”	177
3. Domstole	180
C. Er disciplinærsanktioner straffe?	182
1. Typer af disciplinærsanktioner	182
2. Begrebet “straf”	186
a. Dansk ret	186
b. EMK	187
c. Øvrige karakteristika	194
d. Advokatnævnets praksis	195
3. Konklusion og vurdering	196
D. Disciplinærprocessen og EMK art. 6	199

1. Sammenhængen mellem stk. 2 og 3 og stk. 1. Fair trial- begrebet	199	1. Kunderne	258
2. EMDs praksis	200	2. Organisationer	259
3. Sanktionerne	203	3. Myndigheder	260
4. Betydningen af fuld prøvelsesmulighed ved domstolene ..	204	4. Sagsrejsning ex officio	262
5. Sammenfatning	206	5. Pligt til realitetsbehandling	263
6. Den retlige status af EMK; herunder folkeretligt	207	6. Sammenfatning	264
E. Disciplinærafgørelser som forvaltningsakter	210	F. Official-, forhandlings- og dispositionsmaksimerne	264
F. Disciplinærnævn som forvaltningsorganer	212	1. Sagens rammer	265
G. Sager i straffe- hhv. civilprocessen	213	a. Civil- og straffeprocessen	265
H. Dømmende myndighed uden for domstolene – grundretligt set	214	b. Forvaltningsprocessen	266
I. Sammenlignelige processer	219	c. Branchedisciplinærprocessen	268
1. Administrative bøder m.m.	219	d. Løsninger på den “stødende” retsstilling om bundethed	273
2. Private straffesager	221	2. Indklagedes erkendelse – dispositionsmaksimen	274
J. Foreløbige vurderinger	222	3. Forvaltningens bundethed som klager	276
KAPITEL VII. – BRANCHEDISCIPLINÆRPROCESSEN	227	4. Sammenfatning	278
A. Disciplinærnævnenes kompetence	227	G. Oplysning af sagen (undersøgelse)	278
1. Generel afgrænsning af kompetencen	227	1. Undersøgelsesprincippet	278
2. Særligt om afgrænsning over for domstolenes kompetence. Ne bis in idem	230	2. Branchedisciplinærprocessen	283
a. Problemstilling – dobbelt straf	230	a. Skriftligt ctr. mundtligt materiale	283
b. “Samme sag”	231	b. Konsekvens af manglende bevis	284
c. Mulige afgrænsninger mellem kompetencen hos dis- ciplinærnævnene og domstolene	233	c. “Udspørger”	286
d. Løsninger på problemet	235	d. Nævnenes pligt til vidneafhøring	289
e. Sanktionsfastsættelse	239	e. “Undersøgelsesdommer”-problemstillingen	291
f. Særligt om frakendelser	240	II. Partshøring	292
g. Sammenfatning	242	I. Indklagedes udtalelser/oplysninger	296
3. Afgrænsning som følge af muligheder for bevisfrem- skaffelse	242	1. Ret til at udtale sig (kontradiktion)	296
B. Nævnenes uafhængighed	243	2. Pligten til at udtale sig	297
1. Nævnsmedlemmerne og deres udpegning	243	a. Den materielle pligt og selvinkrimineringsforbudet ...	297
2. Udnævnelseslængde og genudnævnelse	247	b. Afhøringer, herunder navnlig indenretslige	303
3. Personlig uafhængighed – afsættelighed	249	c. Processuel skadevirkning og bevisbyrde	306
4. Instrukser – generelle og konkrete	249	d. Tvangsbøder	311
C. Upartiskhed (inhabilitet)	250	e. Straf	313
1. Speciel inhabilitet	251	3. Sanktionering af falske udtalelser	315
2. Særligt om “foreningsinhabilitet”	253	4. Sammenfatning, vurdering og konklusion	316
D. Om partsbegrebet	256	J. Ret til foretræde for nævnet	318
E. Klageadgang (“indkomplaget”) og ensens rejning	258	1. Indledning	318
		2. Retsplejen	319
		3. EMK	320
		4. Almindelig forvaltningsret	323
		5. Branchedisciplinærnævn	324
		K. Tredjemænds oplysningspligt	325
		1. Privates oplysningspligt – materiel pligt	325

INDLEDNING

2. Særligt om indenretslige afhøringer	328
3. Tvangsbøder	329
4. Offentlige myndigheders oplysningspligt	330
L. Offentlighed	331
1. Mødeoffentlighed	331
2. Dokumentoffentlighed	334
M. Advokatbeskikkelse	336
1. Retsplejen	336
2. Forvaltnings- herunder branchedisciplinærprocessen	339
N. Begrundelse	342
O. Retsmidler mod afgørelser	344
1. Ved samme instans (Genoptagelse, omgørelse og rettelse)	345
2. Rekurs	349
3. Indbringelse for domstolene	352
a. Indledende om domstolsprøvelsen. Adgangen til prøv-	
else	352
b. Domstolsniveau	356
c. Opsættende virkning	357
d. Sagens parter	358
e. Domstolenes bedømmelsesgrundlag og prøvelses-	
intensitet. Endelighedsklausler	358
f. Reaktionsmuligheder	365
g. Øvrige problemstillinger	365
4. Folketingets Ombudsmands kompetence	367
P. Eksekutionskraft	371
 KAPITEL VIII. – SAMMENFATNING OG KONKLUSION – DEL II	375
 KAPITEL IX. – VURDERINGER OG PERSPEKTIVERING – DEL I	
OG II	393
 SUMMARY IN ENGLISH	397
FORKORTELSER ANVENDT I AFHANDLINGEN	402
LITTERATUROVERSIGT	403
DOMSREGISTER	409
STIKORDSREGISTER	412

Denne afhandling er delt i to.

I Del I analyseres fra forskellige vinkler den type regler, som i det daglige kaldes som "etiske regler", "brancheregler", "god skik-regler" m.m. Reglerne kaldes i det følgende benævnes: *brancheregler*. Fællestrækket og det centrale i disse regler er, at der er tale om *regler eller regelsæt, der er udarbejdet af brancheforeninger og ikke af lovgivningsmagten*. Genstanden for den nærværende analyse er derfor at undersøge disse regelsæt, der ikke i almindelig ret er bindende for tredjemand ved at være udstedt med hjemmel i aftaleretligt grundlag eller i kraft af andre almindeligt accepterede og kendte juridiske konstruktioner.¹

Spørgsmålet er, om reglerne kan blive (eller er) bindende i kraft af andre juridiske konstruktioner. Dette kunne være i kraft af, at domstolene rent faktisk kan tillægges regelsættene (branchereglerne) som kildemateriale til fastlæggelse af retsregler på områder, hvor det kan blive relevant. Dette kunne eksempelvis være til fastlæggelse af culpastandarden eller til fastlæggelse af andre standarder for retlige standarder i lovgivningen, fx i straffelovgivningen, aftaleretningen. På denne måde skal det således undersøges, om regelsættene kan blive en kilde til udfyldning af forskellige retlige standarder mv.

I Del II af afhandlingen skal der foretages en analyse af en anden side af "branchereguleringen", nemlig den processuelle del – *branchedisciplinærprocessen*. Den vinkel, der lægges her, er, at der ses på processen ved de såkaldte "branchedisciplinærnævne", dvs. nævn, der pålægger disciplinært ansvar på branchens drivende.

Afhandlingen behandler således to meget centrale aspekter af erhvervs- og brancheregulering. Den første del kan siges at være en analyse af regulering af materiel forstand. Den anden del kan siges at være en analyse af regulering af processuel (formel) forstand.

¹ Reglerne kan være aftaleretligt bindende internt mellem brancheforeningernes medlemmer. Denne problemstilling vil navnlig blive diskuteret i kapitel III og IV.

Begrebet "retskilde" anvendes her i betydningen: samtlige de faktorer (det materiale), som oven i måltid på de retsanvendende myndigheder ved valget af de regler, som anvendes ved afgørelsen af konkrete retsspørgsmål. cf. *Morten Weagner, Juridisk Metode*.