



Kammeradvokaten

Dato: 18. maj 2009
J.nr.: 34-1324 HS/DAM/SHJ/CST

Vester Farimagsgade 23
DK-1606 København V

Telefon: 33 15 20 10
Telefax: 33 15 61 15

mail@kammeradv.dk
www.kammeradv.dk

Pr. mail: ath@ams.dk, tdj@ams.dk

Arbejdsmarkedsstyrelsen
Holmens Kanal 20
Postboks 2150
1016 København K

Forsøgsordninger i udvalgte kommuner efter sygedagpengelovens § 80 - forholdet til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Arbejdsmarkedsstyrelsen har ved e-mail af 22. april 2009 anmodet om min vurdering af, om forsøgsordningen, der er iværksat i 17 udvalgte kommuner omfattet af projektbeskrivelsen "Aktive - hurtigere tilbage", er uforenelig med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK).

Jeg har tidligere vurderet, om forsøgsordningen har fornøden hjemmel i sygedagpengelovens § 80, og om sygedagpengelovens § 21, stk. 1, giver hjemmel til sanktionering af sygedagpengemodtagere, der er omfattet af forsøgsordningen. Jeg henviser herved til min udtalelse af 24. april 2009 henholdsvis mine udtalelser af 12. og 30. marts 2009.

De nævnte udtalelser indeholder, både i relation til sagens baggrund og faktum samt dele af retsgrundlaget, afsnit, der også er af betydning for min vurdering af forholdet mellem forsøgsordningen og EMRK. Som det fremgår nedenfor har jeg for overskuelighedens skyld og for at lette forståelsen af min analyse af forholdet til EMRK tilladt mig at citere fra disse afsnit, i stedet for blot at henvise til mine tidligere udtalelser.

Herefter bemærker jeg:



1. Indholdet af forsøgsordningen

1.1 Arbejdsmarkedsstyrelsens rammebeskrivelse

Arbejdsmarkedsstyrelsens rammebeskrivelse

Mine foregående udtalelser vedrørende forsøgsordningen har taget udgangspunkt i Arbejdsmarkedsstyrelsens rammebeskrivelse af 20. november 2008 for projektet.

Til brug for udarbejdelsen af min seneste udtalelse, udtalelsen af 24. april 2009, modtog jeg yderligere materiale fra styrelsen vedrørende rammerne for forsøgsordningerne samt konkrete beskrivelser af indsatsen udarbejdet af de enkelte forsøgskommuners jobcentre. Jeg modtog beskrivelser fra 12 ud af de 17 forsøgskommuner (Bornholm, Herning, Greve, Nyborg, Ringsted, Vordingborg, Randers, Gentofte, Odense, København, Aalborg og Mors).

Jobcentrenes beskrivelser er udarbejdet, forud for iværksættelsen af de konkrete forsøg. Arbejdsmarkedsstyrelsen er ikke i besiddelse af jobcentrenes konkrete beskrivelser og vurderinger ved udmøntningen af de enkelte forsøg. Det skyldes ifølge det oplyste, at styrelsen ikke er tilsynsmyndighed. På nuværende tidspunkt er evalueringen af forsøget heller ikke gennemført.

Min vurdering baserer sig dermed på Arbejdsmarkedsstyrelsens og de nævnte forsøgskommunernes beskrivelser af rammerne for de senere iværksatte forsøg.

Jeg har allerede i mine tidligere udtalelser fremhævet det centrale fra styrelsens projektbeskrivelse. Af min udtalelse af 30. marts 2009 fremgår således:

"Af projektbeskrivelsen "Aktive - hurtigere tilbage" fremgår, at sygedagpengemodtagerne i visse kommuner vil blive udtaget til deltagelse i forsøget, således at halvdelen er med i deltagergruppen, og den anden halvdel er kontrolgruppen, der modtager den normale indsats. Imidlertid anerkendes i projektbeskrivelsen, at nogle personer ikke kan deltage og derfor indledningsvis skal undtages fra indsatsen.

Det drejer sig om tilfælde, hvor sygdom ikke muliggør tilbagevenden på arbejdet, herunder personer, som har påbegyndt en førtidspensionssag, og personer i terminalstadiet, eller hvor sygdom på nuværende tidspunkt ikke muliggør tilbud, herunder hvor behandling er en hindring, og ved graviditetsbetinget sygdom.



Denne konkrete vurdering af, hvorvidt enkelte personer skal undtages, må siges i sygedagpengelovens terminologi at afspejle, om borgeren har rimelig grund til ikke at medvirke, og dermed også om de aktive tilbud kan betegnes som hensigtsmæssige i lovens forstand sammenholdt med forsøgets formål.

Formålet med forsøget er således blandt andet at afprøve, hvordan anvendelsen af enkeltstående tilbud af forebyggende og afklarende karakter (fysisk træning, kostvejledning, psykologhjælp, mestring af smerter og kroniske lidelser) kan fremme arbejdsfastholdelse og hurtig tilbagevenden. Herudover er det hensigten at få mere viden om, hvilken indsats (og sammensætning af indsats) der virker.

Arbejdshypotesen er, at langt de fleste sygemeldte har gavn af et aktivt tilbud på et tidligt tidspunkt i forløbet, og at forskelligartede tilbud har væsentlig betydning for tilbagevenden til arbejdsmarkedet.

Denne tese er ikke "rent gætteeri", som flere af de medvirkende i udsendelsen på P1 har mere end antydnet. At der er tale om anerkendte, ved lovgivning blåstemplede tiltag illustreres ved, at kommunerne allerede kan give alle disse tilbud, blot ikke så tidligt i sygeforløbet. Tilbuddene af forebyggende og afklarende karakter kan således uden for forsøgsrammen gives som led i et beskæftigelsesfremmende forløb, hvor det f.eks. er indlagt i et længere forløb med virksomhedspraktik, jf. det i projektbeskrivelsen anførte herom. Med andre ord er der inden forsøgets igangsættelse en understøttet formodning om, at forsøget vil have den ønskede effekt om tidligere tilbagevenden, men som generelt gældende ved forskningsmæssigt arbejde ønskes den begrundede hypotese statistisk bekræftet.

Ifølge projektbeskrivelsen indeholder forsøget flere etaper. Indledningsvis får den udtrukne deltagergruppe ugentligt samtaler de første 4 uger, som vedrører den kommende aktivering.

Jeg har forstået denne del af forløbet således, at kommunen foretager en konkret vurdering af, hvilke af de mulige aktiveringstilbud der vil være hensigtsmæssige for den enkelte med henblik på at få vedkommende tilbage på arbejdet. Dette støtter jeg på, at det i projektbeskrivelsen anføres, at indholdet i de aktive forløb skal tilpasses målgruppen under hensyntagen til, at målet er at få deltageren hurtigt i job, og at der skal være tale om relevante tilbud, som tager højde for borgerens



forudsætninger og behov. Jeg går således også ud fra, at der ikke iværksættes forløb, der ikke konkret er hensigtsmæssige i forhold til den enkeltes muligheder for at vende tilbage til arbejdsmarkedet.

Senest efter 4 uger modtager alle i deltagergruppen et aktivt tilbud af en varighed på som udgangspunkt 10 timer om ugen, som kan bestå af:

1) Delvis raskmelding

2) Vejledning og opkvalificering, virksomhedspraktik og ansættelse med løntilskud i min. 10 timer ugentligt (dog ikke ansættelse med løntilskud til sygemeldte med job)

3) Forebyggende og afklarende tilbud som f.eks. fysisk træning, kostvejledning, psykologhjælp, mestring af smerter og kroniske lidelser, depressionsskole m.v.

De ugentlige kontaktsamtaler fortsætter sideløbende med gennemførelsen af det aktive tilbud.

Det er fremhævet i projektbeskrivelsen, at indsatsen altid skal bestå af kontaktsamtaler og et eller flere andre tilbud, hvilket betyder, at de enkelte elementer i realiteten skal ses som en helhed, og at en sygedagpengemodtager, der i forbindelse med forsøgets påbegyndelse eller måske først ved påbegyndelsen af det aktive tilbud afslår at deltage, dermed undlader at medvirke til både de intensiverede opfølgningssamtaler, optræning og muligvis behandling i sygedagpengelovens forstand, jf. nærmere nedenfor om de enkelte begreber."

For så vidt angår den nærmere regulering af forsøgsordningen, som sket i bekendtgørelsesform, henvises til min gennemgang af retsgrundlaget nedenfor i afsnit 2.

1.2 De konkrete projektbeskrivelser i kommunerne

I forbindelse med udarbejdelsen af min udtalelse af 24. april 2009 gennemgik jeg de under punkt 1.1. omtalte kommunale projektbeskrivelser, hvorom jeg i udtalelsen anførte:



"De beskrivelser, jeg har modtaget, viser, hvorledes jobcentrene forud for forsøgenes iværksættelse har planlagt at gennemføre forsøgsordningen. Hvordan de (enkelte forsøg) i praksis er blevet udmøntet, fremgår som allerede nævnt ikke af det foreliggende materiale.

På baggrund af beskrivelserne kan det overordnet konkluderes, at jobcentrenes beskrivelse af indsats og fremgangsmåde er i overensstemmelse med Arbejdsmarkedsstyrelsens projektbeskrivelse.

Indledningsvis fremgår det således af beskrivelserne, at kommunerne først foretager en konkret vurdering af, hvorvidt de enkelte sygedagpengemodtagere bør indgå i forsøget eller bør undtages grundet deres situation. Hvilke borgere der undtages fra forsøgsordningen, afgøres i de enkelte jobcentre i overensstemmelse med de retningslinjer, som er fastsat i projektbeskrivelsen for forsøgsprojektet udarbejdet af Arbejdsmarkedsstyrelsen.

Herudover fremgår det af beskrivelserne, at jobcentrene dernæst i de indledende kontaktsamtaler foretager en konkret vurdering af den enkeltes kompetencer og ressourcer og på baggrund heraf afgør, hvilke beskæftigelsesfremmende tilbud der vil være gavnlige for den vedkommende. Der er således tale om individuelt tilrettelagte forløb, hvor jobcentrene sætter ind med målrettede tilbud baseret på den enkeltes behov og forudsætninger for at deltage i netop disse tilbud. I denne vurdering tages hensyn til sygedagpengemodtagerens fortsatte tilknytning til sin arbejdsplads, vedkommendes forudgående beskæftigelsesforhold samt den helbredsmæssige situation mv.

Flere af jobcentrene fremhæver specifikt, at de kan inddrage læge og/eller psykolog i forbindelse med udarbejdelsen af den enkeltes forløb i forsøgsordningen. Hvorvidt de centre, der ikke har angivet denne mulighed, rent faktisk også benytter sig af denne fremgangsmåde, fremgår ikke af det fremsendte materiale. Under alle omstændigheder giver de udarbejdede beskrivelser alle indtryk af, at der er afsat de fornødne og relevante ressourcer til gennemførelse af forsøgene.

Kommunerne anfører, at de iværksætter tilbud efter lov om aktiv beskæftigelse kapitel 10 og 11 samt tilbud om enkeltstående afklarende og forebyggende forløb, som efter de gældende regler kan indgå i et vejlednings- eller opkvalificeringsforløb efter samme lovs kapitel 10.



Nogle kommuner inddeler tilbud i forsøgsordningen i kategorier bestående af a) tilbud, der er omfattet af lov om aktiv beskæftigelse og b) tilbud, der ligger uden for loven. Denne opdeling, som umiddelbart fremstår fejlagtig, da sidstnævnte pkt. b ikke er en mulighed, skyldes formentlig opbygningen af den af styrelsen udleverede skabelon, som kan give indtryk af, at en sådan sondring skal foretages.

Styrelsen har da også på min telefoniske henvendelse bekræftet, at alle de af jobcentrene opremsede tilbud kan gives efter lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, blot ikke som enkeltstående tilbud. Den anførte opdeling har således ikke reel betydning.

De konkrete tilbud består som anført i rammebeskrivelsen for forsøgsprojektet bl.a. af fysisk træning, kostvejledning, psykologhjælp, mestring af smerter og kroniske lidelser, depressionsskole mv.

Sammensætningen af tilbud i de enkelte forsøg er ikke beskrevet, hvilket imidlertid heller ikke ville give mening, da jobcentrene, som fremhævet ovenfor, netop foretager en konkret og individuel vurdering, som danner grundlag for de beskæftigelsesfremmende tilbud, som den enkelte modtager.

I enkelte af jobcentrenes beskrivelser er anført, at de i forhold til igangsættelse af forsøget har tidligere erfaringer, da de allerede har haft projekter/strategier/forsøg med aktive tilbud for sygedagpengemodtagere. Arbejdsmarkedsstyrelsen har telefonisk oplyst, at der må have været tale om en tættere kontakt med borgerne, hvilket der er hjemmel til i sygedagpengeloven."

2. Det retlige grundlag for forsøgsordningen og sanktionering

Forsøgsordningen er iværksat med udstedelsen af bekendtgørelse nr. 1327 af 15. december 2008, som trådte i kraft den 1. januar 2009, og var en ændring af bekendtgørelse nr. 1034 af 10. oktober 2008. Bekendtgørelse nr. 1327 er efterfølgende blevet erstattet af bekendtgørelse nr. 269 af 2. april 2009, hvori det er præciseret, at hjemlen for bekendtgørelsen også er sygedagpengelovens § 80.

Af bekendtgørelsens § 3 fremgår bl.a., at Beskæftigelsesministeriet har givet tilladelse til, at 17 udvalgte kommuner



"§ 3. [...] gennemfører forsøg, hvorefter kommunen i jobcenteret kan give personer, der modtager sygedagpenge en intensiveret opfølgning med samtaler og beskæftigelsesfremmende tilbud og personer, der er visiteret til fleksjob, et intensiveret kontaktføreløb med beskæftigelsesfremmende tilbud. Arbejdsmarkedsstyrelsen fastsætter retningslinier for samtaler som led i opfølgningen og for kontaktføreløbet. [...]

Stk. 5. Arbejdsmarkedsstyrelsen fastsætter, hvorledes målgruppen af sygedagpengemodtagere og fleksjobvisiterede afgrænses. Arbejdsmarkedsstyrelsen kan fastsætte retningslinjer for indholdet af tilbuddene efter stk. 2-4.

Stk. 6. Personer, omfattet af forsøget, har pligt til at deltage i det intensiverede kontaktføreløb samt de tilbud, kommunen giver. Sygedagpengemodtageres manglende deltagelse sanktioneres efter reglerne i § 21, stk. 1, i lov om sygedagpenge."

Bekendtgørelsen er som nævnt udstedt i medfør af bl.a. sygedagpengelovens § 80, hvorefter beskæftigelsesministeren efter aftale med en kommune kan tillade, at der bliver lavet forsøgsordninger, herunder forsøgsordninger med digital administration, der fraviger reglerne i lovens §§ 8-17, 35-40 og 54-58.

I lovforslagets bemærkninger til bestemmelsen (Folketingstidende 2000-01, Tillæg A, side 2524) fremgår om formålet:

"Forslaget er begrundet i, at en forsøgsordning vil kunne medvirke til, at overvejelser om eventuelle ændringer i loven vil kunne ses fungere i praksis, før de bliver indført i hele landet."

Som det fremgår af min udtalelse af 24. april 2009 mener jeg, at forsøgsordningen har fornøden hjemmel i sygedagpengelovens § 80. I udtalelsen anførte jeg herom:

"I § 80 i sygedagpengeloven er det bestemt, at beskæftigelsesministeren kan tillade, at der bliver lavet forsøgsordninger. Det nærmere indhold er ikke præciseret i bemyndigelsesbestemmelsen eller forarbejderne, men det fremgår, at disse bl.a. kan fravige reglerne om opfølgning i sygedagpengeloven.

Reglerne om opfølgning findes i lovens kapitel 6 (§§ 8-17) og omfatter meget andet end samtaler med den sygemeldte. Opfølgning i sygedagpengelovens forstand skal, som det også fremgår af vejledningen af 25. juni 2008 udarbejdet af Arbejds-



direktoratet, forstås som et samlebegreb, der omfatter både kontakt i form af samtaler og de *aktive initiativer* i form af behandling, optræning eller revalidering.

Som konsekvens heraf kan det efter min opfattelse konstateres, at lovens § 80 giver hjemmel til at lave forsøg, der omfatter aktive initiativer. Såfremt lovgivers intention havde været at undtage nogle delelementer af opfølgningen fra mulige forsøgsordninger, burde dette således have været fremhævet specifikt.

I bemærkningerne til § 80 er også anført, at formålet med en forsøgsordning er, at den vil kunne medvirke til, at overvejelser om eventuelle ændringer i loven vil kunne ses fungere i praksis, før de bliver indført i hele landet.

Den bredt formulerede angivelse i § 80 af, at reglerne om opfølgning i kapitel 6 kan fraviges, indebærer som udgangspunkt en adgang til at fravige såvel tidspunkt for indsats som sammensætningen og indholdet af tilbuddet.

Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at sygedagpengemodtagerne kan pålægges at deltage i et hvilket som helst opfindsomt tilbud med henvisning til, at der er tale om et forsøg, som er hjemlet i sygedagpengelovens § 80.

Sygedagpengemodtagerne nyder under alle omstændigheder den beskyttelse, at den opfølgende foranstaltning skal være saglig, og at dette krav kan prøves ved domstolene, jf. nærmere tilsvarende herom på side 10 i min vurdering af 12. marts 2009.

Den af Arbejdsmarkedstyrelsen udarbejdede ramme for det kontrollerede forsøg sammenholdt med de enkelte jobcentres beskrivelser af den påtænkte indsats understøtter, at saglighedskravet ikke tilsidesættes. Det fremgår således, at der for det første i overensstemmelse med fastlagte kriterier foretages en konkret vurdering af, om den enkelte sygedagpengemodtager skal deltage i forsøget eller undtages. Dernæst foretages i de indledende kontaktsamtaler en konkret vurdering med udgangspunkt i den enkeltes kompetencer og ressourcer, og denne vurdering danner grundlag for en afgørelse af, hvilke beskæftigelsesfremmende tilbud der vil være gavnlige for vedkommende.

Det understøtter forsøgets saglighed, at der ikke kan anvendes tilbud, som ikke i forvejen - om end under andre konditioner - anvendes i medfør af lov om en aktiv



beskæftigelsesindsats. Herved skabes en formodning for, at der er tale om tilbud, som medfører en udvikling eller afdækning af borgerens faglige, sociale eller sproglige kompetencer med henblik på opkvalificering til arbejdsmarkedet, jf. lov om aktiv beskæftigelsesindsats § 32, stk. 3.

Såfremt jobcentrene også i praksis følger den fremgangsmåde, der fremgår af deres beskrivelser, og som er i klar overensstemmelse med reguleringen i bekendtgørelsen, er det min vurdering, at de kontrollerede forsøg er lovlige og har den fornødne hjemmel i § 80. I det omfang et aktivt tilbud må betegnes som behandling, er det som anført i min udtalelse af 30. marts 2009, side 10, en forudsætning for en anvendelse af sanktionsbestemmelsen i lovens § 21, stk. 1, nr. 1, at en læge har vurderet, at behandlingen er nødvendig."

Som udførligt begrundet i mine udtalelser af 12. og 30. marts 2009 mener jeg, at en sygedagpengemodtageres vægring mod at deltage i forsøgsordningen kan sanktioneres i medfør af sygedagpengelovens § 21.

3. Udvælgelse af deltagere til forsøgsordningen.

Ifølge Arbejdsmarkedsstyrelsens notat af 11. december 2008 om "Interesserede jobcentre og forventede antal deltagere", skønnedes det, at forsøgsordningen ville omfatte 2.663 sygedagpengemodtagere.

Med hjemmel i bekendtgørelse nr. 269 § 3, stk. 5 (oprindelig bekendtgørelse nr. 1327 § 6 a, stk. 5), har Arbejdsmarkedsstyrelsen i notat af 17. november 2008 om "Udvælgelse af deltagere samt beskrivelse af forløb" under overskriften "Kriterier for udtagelse" fastsat følgende:

"De sygemeldte, der skal til første opfølgningssamtale (lovpligtige 8 ugers samtale) deles i en deltagergruppe og en kontrolgruppe på grundlag af fødselsår, således at personer født i ulige år indgår i deltagergruppen og personer født i lige år indgår i kontrolgruppen.

De jobcentre, der har flere sygedagpengemodtagere med 8 ugers fravær, end der skal udtages til deltagergruppe og kontrolgruppe, skal desuden foretage en yderligere reduktion ligeledes på grundlag af objektive kriterier. Det kan fx være at forsøget alene omfatter sygedagpengemodtagere i ét områdekantor. Hvor det ikke er



muligt at udpege et områdekontor, foretages den yderligere reduktion ved alene at medtage personer til deltagergruppe og kontrolgruppe, som fx er født d. 1-10 i måneden. Ved reduktion på grundlag af fødselstidspunkt i måneden medtages den 1. i måneden altid. Den konkrete model for yderligere reduktion aftales altid med beskæftigelsesregionen og Arbejdsmarkedsstyrelsen."

4. Kritikken

I en række radioudsendelser har "Orientering" på Danmarks Radios P1 sat fokus på forsøgsordningens lovlighed, herunder ordningens forenelighed med EMRK. Jeg har hørt udsendelserne og foretaget udskrifter heraf.

I udsendelsen, der blev bragt den 5. marts 2009, udtalte professor, dr.jur. Kirsten Ketcher, Københavns Universitet, bl.a.:

"Det vi taler om her, det er at fratage enkeltpersoner retten til en ydelse, som de ellers ville have haft, hvis de ikke havde været omfattet af forsøget. Og det er efter Den europæiske Menneskerettighedskonvention et spørgsmål om at krænke ejendomsretten til sociale ydelser, og det kræver altså, at man har et grundlag, hvor man kan retfærdiggøre det, og der vil jeg sige, at denne måde at undersøge, hvordan en gruppe syge mennesker vil opføre sig, hvis de blev hårdere truet på deres eksistensgrundlag, vil blive fuldstændigt uproportionalt. Man lader altså nogle mennesker være et middel for andre, og derved forskelsbehandler man dem, og gør altså nogen mennesker mere værd end andre eller nogen mennesker mindre værd end andre.

[...]

Man laver jo forsøget, fordi man er usikker på, om det er en god ide. Hvis det var en god ide, så kunne man jo bare gennemføre det. Men det, der er det særlige her det er, at man ligger og forbereder et lovforslag, og man samtidig laver forsøg med levende mennesker og altså indkalkulerer den risiko det er, at disse mennesker bliver påført skader af den ene eller den anden art."

Om "skader" udtalte Kirsten Ketcher nærmere:



"Det kan da være i forbindelse med, at de bliver stillet overfor krav til et aktivitetsniveau, som de ikke kan honorere med den sygdom de har - det kan da også være et spørgsmål om, at de mister deres penge i en situation, hvor det ville medføre store skader på deres privatøkonomi o.s.v. o.s.v., som jeg har svært ved at se, at man kan retfærdiggøre i et menneskeretligt perspektiv."

Ifølge udsendelsen havde Orientering over for Beskæftigelsesministeriet skriftligt præciseret, at Kirsten Ketscher mere nøjagtigt mente, at forsøgsordningen er i strid med EMRK artikel 14 sammenholdt med Tillægsprotokol 1, artikel 1. Orientering havde samtidig oplyst om relevante afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). Arbejdsmarkedsstyrelsen har over for mig oplyst, at Orientering har henvist til EMDs dom i Stec m.fl. mod Storbritannien.

I udsendelsen, der blev bragt den 24. marts 2009, vurderede Ida Elisabeth Koch, ph.d. og ansat ved Institut for Menneskerettigheder, med henvisning til EMDs praksis på andre sociale områder, bl.a. forskelsbehandling af mænd og kvinder i relation til pensionsydelser, at forsøgsordningen "med en relativ stor grad af sikkerhed" næppe ville kunne bestå en proportionalitetsvurdering.

Arbejdsmarkedsstyrelsen har i et notat af 14. april 2009, "Forsøget 'Aktive - hurtigere tilbage' - lovlighed", vurderet, at forsøgsordningen ikke er i strid med EMRK. Notatet er offentliggjort på styrelsens hjemmeside (www.ams.dk).

5. Min vurdering

Ved lov nr. 285 af 29. april 1992 blev EMRK og en række tilknyttede protokoller (under ét benævnt EMRK) inkorporeret i dansk ret. Konventionen er således en bestanddel af dansk ret med lovs rang.

Forsøgsordningen er ikke fastsat ved lov, men ved bekendtgørelse udstedt i medfør af lov. Ordningen har derfor ikke lovs rang. Det følger derfor også af princippet om den retlige trinfølge, at bekendtgørelsen om forsøgsordningen må vige for konventionen, i det omfang der måtte bestå en konflikt imellem retsgrundlaget for forsøgsordningen og konventionen, jf. således også Betænkning nr. 1407, 2001 om Inkorporering af menneskeret-tighedskonventioner i dansk ret, side 308.



EMRK's bestemmelser er kendetegnet ved abstrakte og vage formuleringer, der sjældent i sig selv yder nogen afgørende vejledning med hensyn til bedømmelsen af, om der i et givent tilfælde foreligger en krænkelse af de rettigheder, der efter EMRK tilkommer borgerne. Rettighedernes omfang og nærmere indhold fastlægges og udvikles af EMD, hvis praksis derfor spiller en central rolle i bedømmelsen.

Jeg er ikke bekendt med nogen afgørelse fra EMD, der i relation til de relevante faktiske og retlige omstændigheder angår et forhold, der er sammenlignelig med forsøgsordningen, og som derfor kan danne grundlag for en umiddelbar konstatering af, at retsgrundlaget for forsøgsordningen ikke er forenelig med konventionen.

Spørgsmålet er herefter, om de generelle principper, der kan udledes af EMD's praksis, med en betydelig grad af sikkerhed giver grundlag for at fastslå en konflikt imellem retsgrundlaget for forsøgsordningen og EMRK, jf. tilsvarende betænkning 1407/2001, side 307 f.

Som det fremgår nedenfor, angår min vurdering artikel 1 i Tillægsprotokol 1 om "Beskyttelse af ejendom" og EMRK artikel 14 om "Forbud mod diskriminering". Jeg anser det for klart, at der ikke består nogen konflikt imellem retsgrundlaget for forsøgsordningen og de øvrige rettigheder, der efter konventionen tilkommer borgerne.

5.1 Beskyttelse af ejendom

Artikel 1 i Tillægsprotokol 1 er sålydende:

"Enhver fysisk eller juridisk person har ret til respekt for sin ejendom. Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat ved lov og følger af folkerettens almindelige principper.

Foranstående bestemmelser skal imidlertid ikke på nogen måde begrænse statens ret til at håndhæve sådanne love, som den anser for nødvendige for at overvåge, at ejendomsretten udøves i overensstemmelse med almenhedens interesse, eller for at sikre betaling af skatter, andre afgifter og bøder."

Frem til EMD's dom af 12. april 2006 i *Stec m.fl. mod Storbritannien* var det uafklaret, i hvilket omfang og under hvilke betingelser sociale ydelser - overhovedet - måtte anses for en "ejendom" i konventionens forstand. Efter dommens præmisser og den forudgåen-



de afgørelse af 6. juli 2005 om sagens antagelse til realitetsbehandling, og som dommen henviser til, må sociale ydelser ("welfare benefits") anses for omfattet af anvendelsesområdet for artikel 1 i Tillægsprotokol 1. Det gælder uanset, om den sociale ydelse helt eller delvist finansieres via bidrag til ordningen eller udelukkende via skatter. Jeg henviser herved navnlig til punkterne 50-55 i afgørelsen fra 2005 og punkt 53 i dommen.

Med dommen må retsstillingen nu anses for endelig afklaret. Dens principper er således lagt til grund for afgørelsen af senere sager, jf. eksempelvis EMD's domme af 29. juni 2006 i Zeman mod Østrig (punkt 34) og 25. juli 2007 i Runkee og White mod Storbritannien (punkt 33).

På den baggrund mener jeg, at der ikke hersker nogen særlig tvivl om, at sygedagpenge må anses for en "ejendom" i konventionens forstand.

Herfra kan imidlertid ikke slutes, at en skærpelse af vilkårene for (fortsat) at oppebære sygedagpenge i alle tilfælde indebærer et indgreb i en ejendomsret som omhandlet i artikel 1 i Tillægsprotokol 1.

Bestemmelsen indebærer nemlig ingen begrænsninger i statens ret til at bestemme om - og i givet fald på hvilken måde og i hvilket omfang - sociale sikringsordninger skal gennemføres, jf. EMD's dom af 4. november 2008 i Carson og andre mod Storbritannien, hvoraf bl.a. fremgår (punkt 67):

"The Court recalls that Article 1 of Protocol No. 1 applies only to a person's existing possessions and does not guarantee the right to acquire possessions [...]. It follows that there is no right under Article 1 of Protocol No. 1 to receive a social security benefit or pension payment of any kind or amount, unless national law provides for such an entitlement. "

Det følger således også af EMD's faste praksis, at der kun foreligger et indgreb i en ejendomsret i konventionens forstand, hvis indgrebet retter sig mod en aktuel rettighed ("existing possessions") eller en rettighed, som den, der mener sig krænket, har haft en retsbeskyttet forventning ("legitimate expectation") om at nyde, jf. eksempelvis EMD's domme af 28. september 2004 i Kopecký mod Slovakiet (punkt 35 c) og 22. januar 2009 i "Bulves" AD mod Bulgarien (punkt 53).



Derfor må der ved bedømmelsen af, om retsgrundlaget for forsøgsordningen indebærer et indgreb i en ejendomsret for deltagerne i forsøgsgruppen, skelnes mellem to kategorier af deltagere. Til den første gruppe henregnes deltagere, der forinden iværksættelsen af forsøgsordningen opfyldte de (da-)gældende betingelser for udbetaling af sygedagpenge. Til den anden gruppe henregnes personer, som først efter iværksættelsen af forsøgsordningen blev berettiget til at modtage sygedagpenge.

I relation til den sidstnævnte gruppe foreligger der som udgangspunkt slet ikke noget indgreb i en ejendomsret. Det er således klart, at der med iværksættelsen af forsøgsordningen ikke skete et indgreb i en rettighed, der var aktuel for dem. Man kan heller ikke meningsfuldt tale om, at de har haft en retsbeskyttet forventning om, at de i tilfælde af sygdomsbegrundet uarbejdsdygtighed ville oppebære sygedagpenge på de vilkår, der var gældende forud for iværksættelsen af forsøgsordningen. Om forholdet til EMRK artikel 14 henvises til redegørelsen nedenfor under pkt. 5.2.

Spørgsmålet er herefter, om der i forhold til den første gruppe er sket en krænkelse af deres rettigheder efter artikel 1 i Tillægsprotokol 1.

Forsøgsordningen indebærer et indgreb over for personerne i denne gruppe. Det skyldes, at de - for fortsat at kunne oppebære sygedagpenge - skal deltage i tilbud, som de ikke tidligere skulle deltage i, og at en vægring mod deltagelse efter omstændighederne kan føre til, at retten til sygedagpenge bortfalder. Fra denne konstatering kan imidlertid heller ikke slutes, at der i forhold til dem foreligger en krænkelse.

Et indgreb i en social sikkerhedsordning kan efter omstændighederne indebære en krænkelse. Jeg henviser i den forbindelse til EMD's dom af 12. oktober 2004 i Kjartan Ásmundsson mod Island, hvor klageren, Ásmundsson, efter et lovindgreb - som én af meget få invalidepensionister - helt mistede retten den invalidepension, han havde oppebåret i næsten 20 år.

Det følger imidlertid også af EMD's praksis, at ingen har krav på at oppebære en socialydelse på uændrede vilkår, så længe den pågældende opfylder de oprindelige vilkår og betingelser for ydelsen. Jeg henviser herved til EMD's admissibilitetsafgørelse af 22. september 2005 i Goudswaard-Van der Lans mod Holland, hvor af bl.a. fremgår:

"The Court cannot accept the suggestion made by the applicant and the third parties that their pension entitlements, based as they were on contributions to a par-



particular fund made specifically for their benefit, should remain unaltered once they had been granted. There is no authority in its case-law for so categorical a statement; in actual fact, it has accepted the possibility of reductions in social-security entitlements in certain circumstances [...]."

Det afgørende for, om der foreligger en krænkelse af en ejendomsret omfattet af artikel 1 i Tillægsprotokol 1 eller ej er, om indgrebet er lovligt ("lawful"), forfølger et anerkendelsesværdigt formål i samfundets interesse ("public interest") og er udtryk for en rimelig balance ("fair balance") mellem hensynet til den samfundsmæssige interesse og hensynet til beskyttelsen af det enkelte individ.

Som nærmere udviklet i min udtalelse af 24. april 2009 samt mine udtalelser af 12. og 30. marts 2009, gengivet i uddrag ovenfor under punkt 2, mener jeg, at forsøgsordningen har fornøden hjemmel i sygedagpengelovens § 80, og at sygedagpengelovens § 21, stk. 1, giver hjemmel til sanktionering af sygedagpengemodtagere, der er omfattet af forsøgsgruppen.

Efter Arbejdsmarkedsstyrelsens rammebeskrivelse, jf. nærmere punkt 1.1., er formålet med forsøgsordningen at afprøve, hvordan anvendelsen af enkeltstående tilbud af forebyggende og afklarende karakter kan fremme arbejdsfastholdelse og hurtig tilbagevenden til arbejdsmarkedet, og at få mere viden om, hvilken indsats (og sammensætning af indsats), der virker.

Forsøgsordningen bygger på en hypotese om, at langt de fleste sygemeldte har gavn af et aktivt tilbud på et tidligt tidspunkt i forløbet, og at forskelligartede tilbud har væsentlig betydning for tilbagevenden til arbejdsmarkedet. Forsøgsordningen er ikke funderet på gætværk. Som nærmere beskrevet under punkt 1.1. var der forud for forsøgsordningens iværksættelse en begrundet formodning om, at forsøget vil have den ønskede effekt om en hurtigere tilbagevenden, men som generelt gældende ved forskningsmæssigt arbejde ønskedes den begrundede hypotese statistisk bekræftet.

Ved bedømmelsen af, om et indgreb forfølger et anerkendelsesværdigt formål i samfundets interesse, tilkommer der efter EMDs praksis konventionsstaterne en vid skønsmargin. Det gælder i særlig høj grad, når der er tale om økonomiske og socialpolitiske forhold. I sådanne tilfælde tilsidesætter EMD ikke konventionsstatens skøn, medmindre det er "manifestly without reasonable foundation", jf. EMD's dom af 21. februar 1986 i James og andre mod Storbritannien (punkt 46).



Jeg henviser i den forbindelse også til admissibilitetsafgørelsen i Goudswaard-Van der Lans mod Holland, omtalt ovenfor, hvoraf fremgår:

"Nor is the Court concerned with the possibility that other options were open to the authorities of the respondent State. The possible existence of alternative solutions does not in itself render the contested legislation unjustified [...]."

Et initiativ, der har til formål at fremme uarbejdsdygtige personers tilbagevenden til beskæftigelse, nyder vel almindelig anerkendelse. Efter min opfattelse giver EMD's praksis i al fald ikke noget grundlag for en antagelse om, at det formål, der forfølges med forsøgsordningen, er "manifestly without reasonable foundation".

Betingelsen om en "fair balance" betyder, at der skal være en rimelig grad af proportionalitet mellem de foranstaltninger, der benyttes, og det formål, der varetages ved indgrebet. Proportionalitetskravet indebærer, at foranstaltningerne skal være egnede til at opnå det formål, der varetages med indgrebet, og at foranstaltningerne ikke må gå videre end nødvendigt for at opnå det pågældende formål. Betingelsen er ikke opfyldt, hvis den er udtryk for "an individual and excessive burden" for den, indgrebet retter sig imod, jf. EMD's dom af 21. februar 1982 i James og andre mod Storbritannien (punkt 50).

Ved bedømmelsen af, om et lovgivningsinitiativ er udtryk for en "fair balance", tilkommer der efter EMD's praksis ligeledes konventionsstaterne en betydelig skønsmargin, jf. EMD's dom af 30. juni 2005 i Jahn og andre mod Tyskland, hvoraf bl.a. fremgår (punkt 93):

"[T]he Court recognises that the State enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question."

Vurderingen af, om retsgrundlaget for forsøgsordningen afspejler en "fair balance", beror altså på en skønsmæssig afvejning.

Som anført ovenfor mener jeg, at forsøgsordningen indebærer et indgreb over for de deltagere, der forud for ordningens iværksættelse opfyldte de (da-)gældende betingelser for modtagelse ydelsen.



Det må imidlertid betones, at forsøgsordningen ikke indebærer, at deltagerne uden videre mister retten til sygedagpenge. Deltagerne modtager fortsat sygedagpenge, men er dog forpligtet til at deltage i tilbud, således at vægring imod deltagelse efter en konkret vurdering kan medføre, at retten til sygedagpenge bortfalder.

Forsøgsordningen indebærer som nævnt under punkt 2 ikke, at deltagerne kan pålægges at deltage i et hvilket som helst opfindsomt tilbud. Der er tale om tilbud, som i forvejen - om end under andre konditioner - anvendes i medfør af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats.

Deltagerne nyder altså under alle omstændigheder den beskyttelse, at tilbuddet skal være sagligt begrundet.

Det må endvidere tages i betragtning, at forsøgsgruppen ikke omfatter personer, hvis sygdom ikke muliggør tilbagevenden på arbejdet, eller hvis sygdom aktuelt ikke muliggør deltagelse i tilbud.

Tilbuddene gives også i øvrigt efter konkrete vurderinger af, hvilke af de mulige aktiveringstilbud der vil være hensigtsmæssige for den enkelte deltager med henblik på at få den pågældende tilbage på arbejdet.

Endelig må tages i betragtning, at bortfald af retten til sygedagpenge forudsætter, at den manglende medvirken er uden rimelig grund, og at kommunen har givet deltageren en skriftlig orientering om konsekvenserne af manglende medvirken, jf. sygedagpengelovens § 21, stk. 1, nr. 3, og stk. 2. Hvis tilbuddet har karakter af behandling forudsætter bortfaldet, at en læge har vurderet, at behandlingen er nødvendig. Alle disse betingelser for ordningen og for sanktioners iværksættelse kan gøres til genstand for domstolskontrol.

Under hensyn til disse forhold mener jeg, at der består en "fair balance" mellem formålet, der tilsigtes med forsøgsordningen, og de foranstaltninger, der er iværksat for at opnå formålet.

EMD's praksis giver efter min opfattelse ikke noget grundlag for en antagelse om, at retsgrundlaget for forsøgsordningen generelt indebærer "an individual and excessive burden" for forsøgsgruppens deltagere med den følge, at der i forhold til deltagerne foreligger en krænkelse af deres rettigheder efter artikel 1 i Tillægsprotokol 1.



5.2 Usaglig forskelsbehandling

EMRK artikel 14 er sålydende:

"Nydelsen af de i denne konvention anerkendte rettigheder og friheder skal sikres uden forskel på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold."

Som det fremgår under punkt 3, er deltagerne i forsøgsordningen udvalgt, fordi de er født i ulige år. Kontrolgruppens deltagere er kendetegnet ved, at de er født i lige år.

Denne diskriminationsgrund er ikke omfattet, at de grunde, der udtrykkeligt er opregnet i EMRK artikel 14. Jeg bemærker i den forbindelse, at "fødsel", tager sigte på diskrimination af børn født uden for ægteskab.

Som det imidlertid også fremgår af bestemmelsen, er der ikke tale om en udtømmende opregning ("eller ethvert andet forhold"). Ved vurderingen af, om der foreligger en krænkelse, er det derfor ikke afgørende, på grundlag af hvilket eller hvilke kriterier en forskelsbehandling finder sted, når bare det er godtgjort, at forskelsbehandling finder sted, jf. Kjølbros, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - for praktikere, 2. udg., side 766. Det afgørende er, om kriteriet eller kriterierne fører til en forskelsbehandling af personer, der i øvrigt er i en lignende eller sammenlignelig situation.

Det er uden videre klart, at deltagerne i forsøgsgruppen og deltagerne i kontrolgruppen - bortset fra, at de er født i ulige henholdsvis lige år - er i en sammenlignelig situation.

Det fremgår af en fast og langvarig praksis fra EMD, at artikel 14 kun er relevant i det omfang, der er tale om en forskelsbehandling vedrørende nydelsen af de i konventionen anerkendte rettigheder og friheder. Bestemmelsen har således ikke noget selvstændigt anvendelsesområde, jf. eksempelvis EMD's dom af 31. august 1996 i Gaygusuz mod Østrig (punkt 36).

Med EMD's dom i Stec m.fl. mod Storbritannien, omtalt ovenfor, ligger det fast, at bestemmelsen kan påberåbes i sammenhæng med artikel 1, i Tillægsprotokol 1, med den følge, at forbuddet mod diskrimination gælder i relation til konventionsstaternes eventu-



elle lovgivning om sociale ydelser. Deltagerne i forsøgsgruppen kan derfor også påberåbe sig EMRK artikel 14 i forhold til den forskelsbehandling, de er udsat for.

Det er imidlertid ikke enhver forskelsbehandling, der udgør en diskrimination i strid med EMRK artikel 14. Der foreligger kun en krænkelse, hvis formålet med diskriminationen ikke er objektivt og rimeligt begrundet ("objective and reasonable justification"), og der ikke er et rimeligt forhold imellem foranstaltningen og formålet, som søges realiseret, jf. eksempelvis EMD's dom i *Gaygusuz mod Østrig* (punkt 42).

EMD overlader konventionsstaterne en skønsmargin ved vurderingen af, om forskelle i ellers sammenlignelige situationer kan begrunde en forskelsbehandling. Det gælder navnlig i relation til staternes socialpolitiske reguleringer, jf. eksempelvis EMD's dom af 4. november 2008 i *Carson mod Storbritannien*, hvoraf bl.a. fremgår (punkt 73):

"Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature's policy choice unless it is "manifestly without reasonable foundation"."

For så vidt angår forsøgsordningens formål henviser jeg til mine bemærkninger under det foregående punkt.

Efter min opfattelse er der ikke grundlag for en antagelse om, at der ikke er et rimeligt forhold imellem foranstaltningerne, der iværksættes over for deltagerne i forsøgsgruppen, og formålet, som forsøgsordningen søger at realisere. Jeg henviser herved til min vurdering af, om forsøgsordningen i forhold til artikel 1 i Tillægsprotokol 1 er udtryk for en "fair balance".

Den praksis, som EMD har udviklet i relation til EMRK artikel 14 sammenholdt med artikel 1 i Tillægsprotokol 1, giver heller ikke grundlag for en anden antagelse.

Jeg er bekendt med, at EMD i flere tilfælde har fundet, at forskelsbehandling på grundlag af køn i forhold til pension udgjorde en usaglig diskrimination, jf. eksempelvis EMD's dom af 4. juni 2002 i *Wessels-Bergervoet mod Holland*. Der foreligger imidlertid også domme, hvor EMD har fundet, at forskelsbehandling på grundlag af køn i forhold til pension ikke indebar usaglig diskrimination, jf. eksempelvis *Stec m.fl. mod Storbritannien*. I relation til



bedømmelsen af, om forsøgsordningen indebærer en usaglig forskelsbehandling, yder udfaldet af disse sager imidlertid ingen vejledning, idet sagerne med hensyn til relevante faktiske og retlige omstændigheder ikke er sammenlignelig med forsøgsordningen.

Afslutningsvis bemærker jeg, at kriteriet "lige/ulige fødselsår" isoleret set er almindeligt anerkendt som et objektivt og sagligt kriterium for dannelse af forsøgsgrupper og kontrolgrupper, hvor hypoteser søges statistisk bekræftet/afkræftet.

6. Sammenfatning


Efter min opfattelse består der ikke en konflikt imellem retsgrundlaget for forsøgsordningen og EMRK.

Jeg er således ikke bekendt med nogen afgørelse fra EMD, der i relation til de relevante faktiske og retlige omstændigheder angår et forhold, der er sammenlignelig med forsøgsordningen, og som derfor kan danne grundlag for en umiddelbar konstatering af, at retsgrundlaget for forsøgsordningen krænker de rettigheder, som deltagerne nyder i medfør af artikel 1 i Tillægsprotokol 1 og EMRK artikel 14 sammenholdt med artikel 1 i Tillægsprotokol 1.

De generelle principper, der kan udledes af EMD's praksis i relation til de nævnte bestemmelser, giver efter min vurdering heller ikke grundlag for at fastslå en konflikt imellem retsgrundlaget for forsøgsordningen og konventionen.

Efter min opfattelse vil en krænkelse af EMRK således alene kunne komme på tale i tilfælde, hvor en kommune ved den konkrete administration går uden for forsøgsordningens retlige rammer, men en sådan administration vil i givet fald også være i strid med sygedagpengelovgivningen.

Med venlig hilsen



K. Hagel-Sørensen
Kammeradvokat