

Forhandlingerne ved

**Det 38. nordiske
Juristmøde**

i København
21.-23. august 2008

Bind I

Faglig redaktør
professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen

Udgivet af Den danske Styrelse

Det 38. nordiske Juristmøde
i København 21.-23. august 2008
Bind 1

Redaktion
Professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen
Lektor, dr.jur. Jonas Christoffersen

Repro og tryk
Kandrup's Bogtrykkeri A/S

Oplag
1500

ISBN
87-992602-0-1

Udgivet af Den danske lokalstyrelse
Den danske lokalstyrelse bringer en særlig tak til A.P. Møller og Hustru Chastine
Mc-Kinney Møllers Fond til almene Formaal, som har betalt udgiften til beret-
ningen

Forord

Dette bind indehold de referater for det 38. nordiske Juristmøde, der er udarbejdet til brug for de enkelte sektioner. Den danske lokalstyrelse har besluttet at udgive dette første bind af forhandlingerne allerede inden mødet. Referaterne findes også på mødets hjemmeside: www.njm2008.dk.

Det faglige program består i 1 plenarmøde, 1 fællesoplæg, 3 foredrag og 26 sektioner med emner fra forskellige områder. Foredragene indgår ikke i dette bind.

Redaktionen for dette bind består af professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen under bistand af lektor, dr.jur. Jonas Christoffersen.

Den danske styrelse for de nordiske Juristmøder ønsker de nordiske jurister velkommen til det 38. nordiske Juristmøde.

København, juni 2008

På den danske styrelses vegne

Mads Bryde Andersen

Indholdsfortegnelse

Olle Abrahamsson.....	7
Kriminalitetsbekæmpelse og integritet	
Hans-Gunnar Axberger.....	25
Retsvæsenets håndtering af sin tillidskapital (förtroendekapital)	
Anders Beskow.....	47
Statens forpligtelser og ansvar ved ekstraordinære hændelser	
Jan Schans Christensen.....	69
Fællesnordisk aktieselskabslovgivning?	
Jens Peter Christensen.....	85
Lovgivningskvalitet og enkeltsagsstyret lovgivning	
Jonas Christoffersen.....	103
Immigrationsret og magtfordeling	
Kyrre Eggen.....	121
Ansattes ytringsfrihed	
Niels Fisch-Thomsen.....	143
Advokaters integritet – bevispåvirkning, sandhedspligt m.m.	
Torstein Frantzen.....	157
Fremtidsfuldmagter	
Hrefna Friðriksdóttir.....	175
Afhøring af børn i sager om seksuelle overgreb	
Peter Garde.....	189
Konflikten mellem ytringsfrihed og religionsfrihed	
Frode Innjord.....	205
Almene råd og vejledninger – styring og skøn	
Aðalheiður Jóhannsdóttir.....	221
Miljødemokrati – offentlighedens deltagelse i beslutningsprocessen	
Jónas Jóhannsson.....	243
Konfliktløsning i familieretten – hensynet til barnets bedste	

Tomas Lindholm	263
Fremmede retsbegreber i nordisk kontraktsret	
Katri Linna	281
Etnisk ligebehandling på arbejdspladsen	
Jussi Matikkala.....	293
Strafferetlige sanktioner ved konkurrenceretsbrud	
Viðar Már Matthíasson	313
Rådgiveransvar og ansvarsfraskrivelser	
Erik Monsen.....	335
Uberettiget berigelse (obehørig vinst) som grundlag for betalingskrav	
Jon Chr. Fløysvik Nordrum.....	355
Suverænitet og internationale investeringsaftaler	
Kimmo Nuotio	379
Mod en EU-retlig strafferet?	
René Offersen	405
Prøvelse af offentlige udbud (upphandling)	
Robin Oldenstam	425
Bestikkelse (mutor) og korruption – hvor skal grænsen gå?	
Thomas Riis	435
Immaterialrettens særlige procesformer	
Inger Marie Sunde.....	457
Beskyttelsen mod overvågning i den fysiske og elektroniske verden	
Christoffer Taxell	481
Selskabers samfundsansvar	
Thomas Wilhelmsson.....	499
Udviklingen af juristuddannelsen i norden	

Olle Abrahamsson

Kriminalitetsbekæmpelse og integritet

Kriminalitetsbekæmpelse og integritet

Rättschef Olle Abrahamsson, Sverige¹

Till värdegemenskapen mellan de nordiska länderna hör uppfattningen att staten inte bara skall tillförsäkra medborgarna fred och frihet utan också ta ett övergripande ansvar för deras välbefinnande och trygghet. I samhällen som i första hand strävar efter att tillgodose medborgarnas behov av välbefinnande och att skydda dem mot brott, kan värdet av allas rätt till personlig integritet inte samtidigt ges högsta prioritet. Väsentligt är emellertid att behovet av en effektiv brottsbekämpning inte tillåts inskränka medborgarnas privata sfär mer än nödvändigt. I detta avseende finns åtskillig kritik att rikta mot den svenska lagstiftningen och de motiv som bär upp denna. Dessvärre har debatten om effektivitet i brottsbekämpningen kontra ett godtagbart integritetsskydd alltför mycket kännetecknats av brist på analys och rationella överväganden, både från deras sida som hävdar att ett demokratiskt samhälle har rätt att ta till i princip alla medel för att försvara sig mot sina fiender och från dem som menar att demokratin vittrar sönder inifrån om den tillåter sig att bekämpa brottsligheten med odemokratiska metoder. I referatet framställs fyra teser som, om hur behovet av effektivitet i brottsbekämpningen kan tillgodoses med minsta möjliga ingrepp i den personliga integriteten.

1. Generell övervakning och kontroll är från integritetsskyddssynpunkt mer skadligt än åtgärder som sätts in vid misstanke om brott.

Hemlig rumsavlyssning (buggning) har sedan tidigare varit tillåtet i Danmark och Finland och har nyligen införts som straffprocessuellt tvångsmedel också i Norge och Sverige. Det har skett under vånda och till ackompanjering av högljudda protester. Kritikerna har visserligen ofta bejakat polisens behov av effektiva hjälpmedel och metoder i kampen mot den grova och organiserade brottsligheten men invänt att buggning i alltför hög grad kränker rätten till personlig integritet, särskilt för oskyldiga som råkar befinna sig på fel plats. Till och med en normalt så återhållsam instans som Riksdagens Justitieombudsman (JO) tog i ett remissyttrande i december 2005 skarpt avstånd från den svenska regeringens lagförslag i ämnet. JO framhöll att buggning är ett utomordentligt långtgående ingrepp i den enskildes integritet och lade i sitt yttrande särskild vikt vid den misstänksamhet som kan uppstå hos allmänheten på grund av blotta vetskapen att polisen får använda sig av buggning. Att döma av flera opinionsundersökningar som gjordes vid denna tid synes misstänksamheten dock ha varit begränsad; i genomsnitt ansåg ca 90 procent av de tillfrågade att polisen borde ges rätt att bugga.

¹ Rättschef i Justitiedepartementet och ordförande i 2004 års parlamentariska integritetsskyddskommitté.

Vid ungefär samma tid aktualiserades i Sverige frågan huruvida Försvarets radioanstalt (FRA) skulle ges rätt att bedriva så kallad signalspaning via tråd och kabel. Regeringen föreslog en lagreglering som innebar en kraftig ökning av FRA:s tillgång till integritetskänslig information. I princip all tele- och internetkommunikation som passerade landets gränser skulle enligt förslaget kunna fångas upp och analyseras av myndigheten. Några garantier för att inrikes trafik, t.ex. i form av vanliga lokala telefonsamtal eller e-postmeddelanden, inte skulle komma att avlyssnas eller avläsas gavs inte. Tvärtom framgick av förslaget att det i praktiken inte skulle vara möjligt att sortera bort inrikes trafik från gränsöverskridande sådan.

Jämfört med propositionen om buggning väckte förslaget om utvidgad signalspaning liten uppmärksamhet. Remissinstanserna ansåg i allmänhet inte att hänsynen till skyddet för den personliga integriteten utgjorde något hinder för det senare förslaget. Medierna, som i buggningspropositionen nära nog hade sett det totala övervakningssamhället på väg att förverkligas, intresserade sig till en början inte nämnvärt för regeringens ungefär samtidigt presenterade förslag om att FRA skulle ges rätt att tappa inte bara eteren utan också signalkablar på information. Om reaktionerna hade grundats på överväganden utifrån respektive förslags samlade skadeverkningar med avseende på den personliga integriteten, borde utfallet enligt min mening ha blivit det omvända. Från integritetsskyddssynpunkt borde alltså förslaget om buggning ha varit lättare att acceptera än förslaget om utvidgad signalspaning. Jag skall förklara varför.

Å ena sidan har vi att göra med ett hemligt processuellt tvångsmedel, buggning, som får tillgripas endast i fall då någon är misstänkt för ett grovt brott. För polisen är buggning mycket resurskrävande och av logistiska skäl ofta svår att genomföra. Arbetsmetoden kräver ett omfattande förspaningsarbete, teknisk utrustning och specialutbildad personal. Domstol måste i varje särskilt fall först ge sitt tillstånd, och verksamheten granskas i efterhand av en särskild nämnd med parlamentariska inslag. Under sådana premisser är och förblir buggning en ganska marginell företeelse i den polisiära verksamheten. Den inhämtade informationsvolymen är relativt liten och antalet drabbade personer högst begränsat. I själva verket synes den vanlige medborgaren inte ha någon rationell anledning att oroa sig för att han skall bli hemligt avlyssnad av polisen. Risken för att han någonsin kommer att få sin integritet kränkt på grund av buggning bör från hans synpunkt framstå som i det närmaste försumbar.

På den andra sidan står en verksamhet, signalspaning, som omfattar enormt stora informationsmängder och som möjliggör hemlig avlyssning av praktiskt taget landets hela befolkning. Beslut av domstol behövs inte och inhämtning får ske alldeles oberoende av om det finns brottsmisstankar eller inte. Telefonsamtal kan avlyssnas, in- och utgående e-post kan avläsas och det är möjligt att exakt följa vilka webbsidor en Internetanvändare besöker. Naturligtvis har FRA varken resurser eller intresse av att övervaka och kartlägga vad varje medborgare har för sig, men för bedömningen av verksamhetens samlade integritetsskadliga effekter är detta förhållande inte avgörande. Redan existensen av ett system som tillåter hemlig avlyssning utgör ett hot

mot dem som träffas av lagstiftningen, framhöll Lagrådet i sitt yttrande över förslaget och fortsatte: "Detta hot slår med nödvändighet mot den frihet att kommunicera som bör finnas mellan människor som använder telekommunikationstjänster. Det utgör därför i sig själv ett intrång i såväl privatliv som korrespondens".

De båda exemplen viser at man vid bedömningen av en åtgärds integritetsinskränkande verkan riskerar att komma till felaktiga slutsatser om man inte ställer frågan vad den ordinära samhällsmedborgaren har anledning att bekymra sig för i sin vardag. Om man tar den frågan som utgångspunkt kommer man vanliga vis fram till att åtgärder som generellt inskränker den privata sfären och som därmed berör hela eller stora delar av ett lands befolkning, får mer djupgående negativa återverkningar, inte minst på det folkpsykologiska planet, än åtgärder som sätts in enbart vid misstanke om att brott har begåtts eller i varje fall kommer att begås.

Ytterligare två exempel skall ges för att visa på skillnaden mellan å ena sidan riktad övervakning och kontroll samt å andra sidan generell kartläggning av befolkningen som helhet. Under den lagstiftningsmässigt dynamiska tiden kring år 2005 diskuterades i Sverige ett förslag som innebar att polisen skulle ges möjlighet att använda hemlig teleavlyssning, hemlig kameraövervakning och postkontroll i brottsförebyggande syfte. Förutsättningen var att det fanns anledning anta att en person skulle begå ett allvarligt brott av visst angivet slag samt att en domstol i varje särskilt fall medgav att det aktuella tvångsmedlet skulle få användas. Förslaget, som numera har resulterat i lagstiftning, angreps häftigt av dem som ville försvara integritets-skyddsintresset. Exempelvis framhöll Justitiekanslern (JK) att det var fråga om en mycket ingripande lagstiftning som innebar ett stort avsteg från grundläggande rättsprinciper. Tillsammans med ett flertal andra remissinstanser tog JK avstånd från förslaget. I medierna beskrevs förslaget som ett stort och ödesdigert steg på vägen mot Storebrorssamhället.

Det uttalade syftet med förslaget var att ge polisen ytterligare ett verktyg i kampen mot terrorism, spioneri och annan allvarlig, ofta systemhotande brottslighet, som äventyrar stora samhällsvärden och utgör ett hot mot enskilda människors liv och hälsa. Den föreslagna nya möjligheten att begagna hemliga tvångsmedel skulle alltså ingalunda tillgripas vid alldagliga eller mer ordinära former av brottslighet utan vara reserverat för en ganska exklusiv kategori av mycket allvarlig kriminalitet. De personer som drabbades skulle naturligtvis kunna åsamkas integritetsförluster, till och med svåra sådana. Från den vanlige medborgarens perspektiv måste emellertid varje rimlig och rationellt grundad bedömning ha talat emot att han själv eller någon närstående skulle råka ut för en integritetsförlust på grund av tvångsmedelsanvändning i förebyggande syfte.

Det andra exemplet, som jag vill ställa i kontrast mot det förra, avser EG-direktivet om lagring av trafikuppgifter, som antogs våren 2006 och som skulle ha varit genomfört i medlemsstaterna den 15 september 2007. Även Norge och Island kommer sannolikt att införa motsvarande lagstiftning. Medlemsstaterna skall enligt direktivet ålägga teleoperatörerna att lagra alla uppgifter om meddelanden som

överförs via fast och mobil telefoni, Internettelefoni och Internetbaserad e-post och om Internetåtkomst. Det innebär en kraftigt utökad skyldighet för operatörerna, eftersom de i dag åläggs en sådan skyldighet endast i de relativt fåtaliga fall då en domstol ger tillstånd till hemlig teleövervakning. Enligt direktivet skall däremot samtliga teletrafikuppgifter sparas i upp till två år. Alla användare av Internet och av fast och mobil telefoni kommer att beröras. Några undantag för t.ex. samtal som omfattas av tystnadsplikt och källskydd kommer inte att ges. Inte heller kommer det att gälla något krav på att brott har begåtts eller att det skall finnas en skäligen misstänkt person.

Det är uppenbart att direktivet och den därpå grundade nationella lagstiftningen kommer att förstärka den känsla som många redan har av att leva i ett övervaknings-samhälle. Vetskapen om att information om i princip varje medborgares strängt privata angelägenheter kontinuerligt lagras och görs tillgänglig för myndigheterna kommer att ge upphov till en frätande ovisshet om vad som sker med denna information, nu och i framtiden. Många kommer att oroas över att en så kraftigt ökad informationsvoly m hos teleoperatörerna också innebär större risk för läckage av känsliga uppgifter till obehöriga och för så kallad ändamålsglidning, dvs. att informationen småningom används för något annat samhällsnyttigt ändamål än den varit avsedd för.

Den dag lagstiftningen träder i kraft och det står klart för medborgarna vad den innebär för dem personligen kommer deras beteendemönster att förändras. I stället för att koppla upp sig på sin egen dator kommer många av försiktighetsskäl att anlita webbcaféer och datorer på bibliotek. Somliga kommer att undvika att tala med vissa personer per telefon. E-postmeddelanden som är känsliga i förhållande till myndigheter, chefer eller närstående, blir kanske inte längre skrivna och postade när det blir allmänt känt att alla uppgifter om e-posttrafiken lagras för att vid behov tas fram och undersökas närmare.

De psykologiska och attitydskapande effekterna av den direktivbaserade lagstiftningens föreskrifter om skyldighet att lagra datatrafikuppgifter kan förväntas bli långt mer omfattande än effekterna av de förut nämnda reformerna på tvångsmedelsområdet – buggning samt hemlig tvångsmedelsanvändning i preventivt syfte – vilka den vanlige medborgaren saknar grundad anledning att bekymra sig för. Ändå ifrågasattes trafikdatalagringsobligatoriet, som Sverige tillsammans med tre andra medlemsstater tog initiativ till inom EU, nästan inte alls från integritetsskyddssynpunkt medan det ännu fanns tid att påverka direktivets innehåll. Den huvudsakliga förklaringen tror jag är en bristande insikt i hur skadliga generella övervaknings- och kontrollåtgärder är från integritetsskyddssynpunkt. Sådana åtgärder är i själva verket till sin typ långt allvarligare än åtgärder som, även om de är skarpa och djupt integritetskränkande i det enskilda fallet, kommer till användning endast när det finns en specifik misstanke om brott.

För att undvika missförstånd bör tilläggas att jag är väl medveten om att lagringsobligatoriet av tele- och datatrafikuppgifter kan bli ett förnämligt hjälpmedel i den brottsbekämpande verksamheten. Redan i dag, när teleoperatörerna av debite-

ringsmæssige skål sparer vissa uppgifter, har polisen tack vare detta i åtskilliga fall kunnat förhindra planerade terroristangrepp och ingripa mot människosmuggling, tvångsprostitution, narkotikahandel och annan grov organiserad kriminalitet, som på senare år gynnats av att gränskontrollerna inom EU till stor del har upphört. Hänsynen till brottsoffren är ett utomordentligt relevant skål för att tvinga teleoperatörerna att undantagslöst lagra trafikuppgifter. Jag ifrågasätter heller inte detta, utan vill endast framhålla att de integritetsskadliga effekterna härav har underskattats samt rikta fokus på det allmänt sett föga uppmärksammade spörsmålet om vad som är värst från integritetsskyddssynpunkt: generell övervakning, kontroll och kartläggning eller åtgärder som sätts in enbart när syftet är att avslöja eller förhindra ett brott. Det är en allvarlig brist i den politiska beslutsprocessen att sådana överväganden ofta inte finns med vid bedömningen av vilka brottsbekämpande åtgärder och metoder som bör vara tillåtna och vilka begränsningar som bör gälla för verksamheten.

2. En integritetsinskränkning uppkommer i och med att känslig information om individen görs tillgänglig för polisiära eller andra myndigheter, inte först när informationen utnyttjas. Staten bör därför vara restriktiv med att inhämta känslig information, men när informationen väl är tillgänglig bör den utnyttjas på ett brottsbekämpningseffektivt sätt.

En gängse utgångspunkt för lagstiftningen är att myndigheterna har rätt att inhämta uppgifter om den enskildes privata förhållanden om det behövs för verksamheten men också en skyldighet att se till att informationen inte missbrukas. Informationen får inte i hamna i orätta händer och inte heller användas för andra ändamål än den var tänkt för. Myndigheterna har givits rätt att samla in en stor mängd individanknuten information samtidigt som ändamålsbestämmelser och restriktiva hanteringsregler avsetts ge tillräckligt skydd. Så länge den känsliga informationen inte når längre än till behöriga personer inom myndigheten eller till andra personer som är bundna av tystnadsplikt, anses inte någon integritetsförlust ha skett. Detta synsätt är djupt rotat men kan ifrågasättas både från effektivitets- och integritetsskyddssynpunkt. Jag skall ge några i sig banala men belysande exempel.

Polisen för sedan 1992 ett anmälningsregister, där uppgifter om bland annat namn på misstänkta personer införs i takt med att anmälda brott utreds. Registret innehåller stora mängder information, däribland uppgifter om personer som aldrig blivit dömda för det som de var misstänkta för. I kampen mot grov och organiserad brottslighet skulle det innebära en stor vinst för polisen om registret fick användas i underrättelseverksamheten och samköras mot andra dataregister. Ett så vidsträckt bruk av anmälningsregistret är emellertid till följd av den av integritetshänsyn uppburna lagstiftningen inte tillåtet. Redan personuppgiftslagens grundläggande krav på att varje behandling av en personuppgift skall vara nödvändig för det tänkta ändamålet utesluter att polisen ges möjlighet att fritt förfoga över registeruppgifterna, och sekre-

tesslagstiftningen hindrar att uppgifterna samkörs med andra myndigheters register utan att en sekretessprövning har gjorts i varje särskilt fall. Polisen har inte ens fått lov att kopiera informationen till det vanliga kriminalunderrättelseregistret, eftersom Datainspektionen sagt nej med hänvisning till integritetsskyddsriskerna.

Situationen kan alltså beskrivas så, att information som polisen lagenligt har inhämtat inte får användas på effektivast möjliga sätt i den brottsutredande verksamheten. En sådan användning av den inhämtade informationen kommer nämligen i konflikt med bestämmelser som syftar till att ge skydd för den personliga integriteten. Någon integritetsskyddskonflikt har däremot inte ansetts uppkomma vid själva inhämtandet av informationen, när det sker för ett i lagstiftningen godkänt ändamål.

Ett annat exempel avser det förhållandet att Skatteverket samlar in en mängd uppgifter om skattskyldiga, för övrigt även uppgifter om förmögenhetsinnehav och annat som strängt taget inte behövs för den fiskala verksamheten. I många fall kan Skatteverket tydligt se att om Försäkringskassan hade tillgång till uppgifter som finns hos verket skulle felaktiga utbetalningar av sjukpenning och andra bidrag förhindras, exempelvis när det av uppgifterna framgår att en bidragstagare inte längre vistas i landet. Ändamålsbestämmelser i sekretesslagen, vilka tillkommit för att skydda den personliga integriteten, förbjuder emellertid Skatteverket att självmant förse Försäkringskassan med uppgifter vid misstanke om bidragsfusk. Kassan kan visserligen på begäran få ut uppgifterna i enskilda fall, men det är tidsödande och ineffektivt jämfört med om man utan eget initiativ försågs med underrättelser om misstänkta oegentligheter. I praktiken innebär detta att ett omfattande bidragsfusk, som i många fall uppfyller kriterierna för bedrägeri och årligen uppgår till mångmiljardbelopp, kan fortgå år efter år utan att myndigheterna kan göra mycket åt saken.

Jurister förtrogna med EU:s dataskyddsdirektiv och den nationella data- och sekretesslagstiftningen ser förmodligen ingenting i grunden felaktigt med dessa konsekvenser. Direktivet, som visserligen formellt inte gäller på EU:s straffrättsliga och polisiära samarbetsområden, bärs ju upp av gemensamma europeiska värderingar vilka också återspeglas i Europakonventions krav på att staterna får inskränka medborgarnas rätt till respekt för privatlivet bara när detta är "nödvändigt" (artikel 8). Från denna synpunkt sett skulle en generell möjlighet att utbyta information myndigheter emellan inkräkta på det integritetsskydd som nödvändighetskravet är avsett att garantera. Detta gäller även om informationsutbytet begränsas till att avse endast de brottsbekämpande myndigheterna inbördes. Ett radikalt förslag i den riktningen, i form av en allmänt hållen sekretessbrytande bestämmelse inom brottsbekämpningen, lades för några år sedan faktiskt fram i ett utredningsbetänkande (SOU 2005:117) men fick kritik under remissbehandlingen och har inte föranlett lagstiftning.

I stort sett förefaller det råda enighet både på det politiska planet och inom juristkåren om att gällande dataskydds- och sekretesslagstiftning skapar en balans mellan effektivitet och integritet, på så sätt att den dels ger tillräckliga möjligheter till informationsutbyte inom och mellan myndigheter, dels är tillräckligt restriktiv för

att uppfylla dataskyddsdirektivets och personuppgiftslagens krav på nödvändighet. Men integritetsskyddsdiskussionen har nästan helt och hållet gällt frågan om hur den hos myndigheterna tillgängliga informationen får behandlas, inte det förhållandet att informationen alls görs tillgänglig för myndigheterna.

Uppfattningen att den personliga integriteten utsätts för fara först när en myndighet *begagnar sig av* inhämtad information om medborgarna är vitt utbredd. Det är inte bara det allmänna som resonerar i dessa banor utan också företrädare för det civila samhället. Man ser påfallande ofta hur intresseorganisationer, medier och enskilda debattörer under åberopande av integritetsskyddsintresset kräver att myndigheterna skärper sina interna rutiner så att inte känslig individrelaterad information missbrukas eller kommer på avvägar, medan man däremot sällan reflekterar över att informationen över huvud taget har gjorts tillgänglig för myndigheten.

Enligt min mening är detta allmänna förhållningssätt grundat på en otillräckligt insikt om vad som konstituerar en integritetsinskränkning. Den avgörande inskränkningen inträffar redan när informationen görs tillgänglig för staten. Från den tidpunkten har den medborgare som informationen rör, förlorat kontrollen över hur denna i fortsättningen kommer att användas. I varje ögonblick herefter måste medborgaren räkna med möjligheten att informationen kan komma att utnyttjas och att det med eller utan lagstöd kan ske när som helst och för vilket ändamål som helst.

Vetskapen om att någon annan människa kan komma att ta del av informationen utgör i sig en integritetsbegränsning och en mycket påtaglig sådan. Det spelar härvid inte någon roll om den människan är en behörig företrädare för en myndighet eller inte. Min personliga integritet kan kränkas lika mycket genom att en åklagare eller en domare läser sekretessbelagda handlingar om mig som genom att en närstående eller obekant person utan lov gör samma sak. När en människa ständigt måste hålla i minnet att viss känslig information om henne finns tillgänglig hos myndigheterna, har hon i själva verket redan till stor del in-tecknat den ytterligare integritetsförlust som uppkommer om och när informationen sedan verkligen utnyttjas.

Om min tes stämmer, att den avgörande integritetsförlusten uppkommer redan när känsliga uppgifter inhämtas oavsett ändamålet härmed, borde det logiskt sett få till konsekvens att den information som gjorts tillgänglig hos myndigheterna i större utsträckning än i dag används i den brottsbekämpande verksamheten. Utbyte av information borde i högre grad tillåtas både mellan och inom myndigheter och polisen borde ges rätt att använda tillgängliga arkiv och register både i utrednings- och spaningsverksamhet. Samkörning av registerdata borde oftare få ske som ett led i kampen mot grov brottslighet men också för att stävja sådant som skatte- och bidragsbedrägerier. En från integritetsskyddssynpunkt positiv sidoeffekt av att redan inhämtad information utnyttjas i högre grad än tidigare skulle bli att polisen inte lika ofta behöver tillgripa hemlig teleavlyssning eller andra för dem som drabbas härav starkt integritetsbegränsande tvångsmedel.

En radikal omläggning av rådande system i denna riktning är en utopi. Men redan ett måttligt ökat utnyttjande av sådan information om medborgarna som redan

finns tillgänglig för myndigheterna stöter på problem. Det är det ingen enkel sak att förändra synen på en dataskydds- och sekretessreglering som enligt de flestas åsikt innefattar en någorlunda god balans mellan effektivitets- och integritetshänsyn. Likväl finns det enligt min mening skäl att i frågasätt ett system vars själva idé är att kolossala mängder integritetskänslig information görs tillgänglig för myndigheterna medan bara en liten bråkdel härav utnyttjas i brottsbekämpningen.

Det EG-direktivbaserade trafikdatalagringsobligatoriet och FRA:s föreslagna möjlighet att signalspana via kabel utgör två osedvanligt tydliga exempel på hur enorma informationsmängder görs tillgängliga i fullt medvetande om att den alldeles övervägande delen av materialet fullkomligt saknar intresse för myndigheterna och aldrig någonsin kommer att användas i brottsbekämpningen. I båda fallen saknas dessvärre också insikt om de omfattande integritetsskador som blir följden av den sortens massövervakning och storskalig kartläggning av ett lands hela befolkning.

3. Allmän kameraövervakning och DNA-registrering är exempel på metoder som är kostnadseffektiva och som få människor upplever som integritetskränkande. Metoder som likt dessa tålereras av befolkningen bör därför användas mer i den brottsbekämpande verksamheten.

I Sverige har integritetsskyddsdebatten till betydande del ägnats frågan i vad mån buggning bör vara tillåten och under vilka förutsättningar teleavlyssning och andra hemliga tvångsmedel bör få användas i den polisiära verksamheten. Denna debatt har varit principiellt intressant och väl på sin plats, eftersom användning av hemliga straffprocessuella tvångsmedel kan innebära djupgående integritetsförluster för dem som drabbas. Verksamheten är emellertid förenad med åtskilliga logistiska och processuella svårigheter och mycket resurskrävande, bland annat behöver specialutbildad personal tas i anspråk, ofta under lång tid. Som förut nämnts kan användningen av de hemliga tvångsmedel redan av det skälet knappast få mer än marginell betydelse i polisens utredande och förebyggande arbete.

Parallellt har det förts en diskussion rörande omfattningen av systemet med fast monterade övervakningskameror på gator och torg och på andra platser där allmänheten vistas. Denna debatt har följt ungefär samma spår som diskussionen om tvångsmedelsanvändningen. De som av integritetsskäl har varit emot buggning och användning av hemliga tvångsmedel i preventivt syfte har med i stort sett samma argument haft invändningar också mot en utbyggnad av systemet med allmän kameraövervakning. Antalet ansökningar om att få installera kameror på offentliga platser har emellertid stadigt ökat. Som skäl har åberopats sådant som att busschaufförer blivit misshandlade av passagerare, att mobbning förekommit i skolor och sexuella trakasserier i simhallar och att kyrkor blivit plundrade på kollekt och egendom. De myndigheter som har tillsyn och kontroll över verksamheten (länsstyrelserna, Datainspektionen och JK) har emellertid betonat integritetsskyddsaspekt-

erna och intagit en restriktiv hållning till bruket av allmän kameraövervakning.

Inte bara myndigheterna utan också en stor del av landets politiska och intellektuella elit har ställt sig skeptiska till en ytterligare utbyggnad av systemet med allmän kameraövervakning. De som velat framhäva riskerna för den personliga integriteten har inte dragit sig för att åkalla George Orwells framtidsskildring *1984*, där interaktiva teleskärmar övervakar medborgarna vilka framlever sina liv inför "Storbrors" allseende öga, eller Karin Boyes *Kallocain*, som skildrar ett samhälle där människorna är fråntagna varje möjlighet till privatliv och där kameraövervakning är obligatorisk i varje hem.

Det är intressant att jämföra denna elitistiska negativism med gemene mans inställning till allmän kameraövervakning. Integritetsskyddskommittén lät häromåret Statistiska centralbyrån utföra en enkätundersökning avseende medborgarnas attityder till bland annat olika integritetskänsliga metoder som används i den brottsbekämpande verksamheten. Undersökningen gav ett entydigt utfall när det gällde användning av allmän kameraövervakning. 97 procent av de tillfrågade ansåg att sådan övervakning bör vara tillåten på allmän plats om det kan förhindra grov brottslighet. 90 procent menade att kameraövervakning bör få ske även om syftet bara är att folk skall känna sig tryggare. Över huvud taget var det tydligt att de tillfrågade uppfattade allmän kameraövervakning som en väsentlig trygghetsskapande faktor i vardagstillvaron.

Inom forskningen finns ingen entydig bild av hur effektiv den icke hemliga kameraövervakningen är i brottsbekämpningens tjänst. De studier som gjorts tycks visa att företeelsen har en avsevärd brottsförebyggande effekt i stadskärnor och parker och på parkeringsplatser, medan resultaten är mindre tydliga och säkra på andra platser (Brottsförebyggande rådets tidskrift *Apropå* 4/2007). Självfallet har kameraövervakningen härjämte en brottsupplärande betydelse. Även om den sidan av saken inte tycks ha intresserat forskningen i samma utsträckning. Vad som emellertid står klart är att övervakning av offentliga platser med fast monterade och väl skyltade kameror är en effektiv brottsbekämpande metod i förhållande till de begränsade kostnader och personella resurser som krävs.

Allmän kameraövervakning är alltså en kostnadseffektiv metod som en överväldigande majoritet av befolkningen inte upplever som nämnvärt integritetskränkande. Än svårbegripligare är att statsmakterna har visat så stor försiktighet med att utvidga systemet med kameraövervakning samtidigt som man från det allmännas sida har bedrivit ett energiskt och omfattande rättsligt reformarbete i syfte att på annat sätt ge polisen tillgång till mer integritetskänslig information, bland annat genom ökad användning av hemliga tvångsmedel och obligatorisk skyldighet att lagra uppgifter om tele- och datakommunikation.

Sedan några år är det i Sverige tillåtet att i ett register föra in uppgifter om DNA-analyser avseende personer som har dömts till annan påföljd än böter. Det har också gjorts möjligt att i ett nyinrättat utredningsregister föra in analysuppgifter för eventuellt framtida bruk, förutsatt att personen i fråga är skäligen misstänkt för brott på

vilket fängelse kan följa. Bakgrunden är att jämförande DNA-analyser har visat sig vara en effektiv och säker metod, användbar både för att klara upp brott och för att avskryva oskyldiga personer från brottsmisstanke. Reformen går längre än vad som är tillåtet enligt Europarådets rekommendation i ämnet och bemöttes med åtskillig kritik. Advokatsamfundet menade i sitt remissyttrande över den utredning som låg till grund för reformen att en korrekt avvägning inte hade gjorts mellan reformens positiva effekter och dess negativa verkningar med avseende på den personliga integriteten. Flera riksdagspartier röstade av integritetsskäl mot regeringens proposition i ämnet.

På samma sätt som beträffande allmän kameraövervakning är motståndet mot en utbyggnad av systemet med DNA-registrering svårt att förklara i den mån det motiveras utifrån hänsyn till de registrerades personliga integritet. En del av förklaringen ligger förmodligen i den ganska vanliga missuppfattningen att de så kallade DNA-profilerna kan användas till annat än identifiering. Det borde emellertid framstå som uppenbart att integritetsförluster som uppkommer i samband med provtagning och användning av analysmaterialet är närmast försumbara vid jämförelse med de positiva effekter som tekniken med registrering av DNA-analyser har visat sig få i brottsförebyggande och i synnerhet i brottsupplärande hänseende. Härtill kommer att tekniken är kostnadseffektiv och kan bespara många människor obehag och lidande.

Denna bild av DNA-registrering som ett användbart och från integritetsskyddssynpunkt ganska harmlöst verktyg i brottsbekämpningens tjänst stämmer väl överens med medborgarnas allmänna uppfattning i frågan. Endast tre procent av de tillfrågade i den nyss nämnda attitydundersökningen ansåg att brottsmisstänkta personer inte borde DNA-registreras. Över hälften ansåg, måhända något överraskande, att "även om många människor upplever det som integritetskränkande bör hela befolkningen DNA-registreras".

Mot denna bakgrund är den relevanta frågan inte så mycket om den nuvarande ordningen med DNA-registrering är godtagbar från integritetssynpunkt utan snarare varför inte registret tillåts bli än mer omfattande. Effekten av en ytterligare utbyggnad skulle i själva verket stärka integritetsskyddet, dels genom att de mer ingripande hemliga processuella tvångsmedlen skulle behöva utnyttjas i mindre utsträckning, dels genom att ett snabbt och säkert upplärande särskilt av grövre brott i sig innebär integritetsvinster på flera plan.

Vad som sammanfattningsvis är av vikt är att inte alla integritetspåverkande metoder i brottsbekämpningen skärs över en kam, utan att de så analytiskt och lidelsefritt som möjligt placeras in på en skala som sträcker sig från starkt integritetsskadliga metoder till sådana som är harmlösa från integritetssynpunkt. Denna skala bör sedan jämföras med en som visar graden av olika åtgärders effektivitet och användbarhet från brottsbekämpningssynpunkt, varvid även en sådan faktor som polisens resurstillgång bör vägas in och beaktas. Först då blir det möjligt att på ett rationellt sätt, med tillvaratagande av både brottsbekämpnings- och integritetshänsyn, bedöma vilka metoder som bör prioriteras i den brottsbekämpande verksam-

heten respektive användas i begränsad utsträckning eller inte alls.

Den framlagda tesen – att brottsbekämpande metoder som är kostnadseffektiva och föga integritetskränkande bör användas mer *et vice versa* – har allmän giltighet och är alltså inte begränsad till exemplen med allmän kameraövervakning och DNA-registrering. Ett exempel av annat slag på vart ett rationellt ställningstagande leder är den situation som uppkommer när valet står mellan att utsätta en misstänkt brottsling för hemlig teleavlyssning och att söka på hans namn i register och arkiv som redan finns tillgängliga hos polisen och hos andra myndigheter. Ett sökande i register och arkiv är nästan alltid mindre integritetskränkande än hemlig teleavlyssning, ändå återspeglas inte detta basala förhållande i lagstiftningen.

4. Proportionalitetsprincipen tillämpas inte på ett korrekt sätt vid integritetsbegränsande lagstiftning på brottsbekämpningsområdet.

Den svenska regeringsformen innehåller i 2 kap. 12 § en proportionalitetsprincip av innebörd att viss rättighetsinskränkande lagstiftning aldrig får gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den. Motsvarande princip finns i artikel 8 i Europakonventionen och formuleras där som att vars och ens rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens inte får inskränkas annat än om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till vissa angivna motstående intressen. Inskränkningar i integritetsskyddet får göras endast om det motstående intresse som skall tillgodoses är så starkt och integritetsskyddsintresset så förhållandevis svagt att inskränkningen framstår som proportionerlig. Ett krav på nödvändighet och proportionalitet vid behandling av personuppgifter genomsyrar också EU:s dataskyddsdirektiv och den på direktivet baserade nationella lagstiftningen.

För att rätt kunna bedöma proportionaliteten av en viss åtgärd krävs självfallet kännedom inte bara om behovet och de positiva effekterna av åtgärden i fråga utan också om de motstående intressena och åtgärdens negativa effekter för dessa. I detta avseende bör sägas att behovet av nya integritetskänsliga brottsbekämpningsåtgärder ofta utreds och redovisas ganska väl av lagstiftaren. Som exempel kan nämnas regeringens proposition 2005/06:178 där det polisiära behovet av att kunna använda buggning belystes på ett bra sätt. Ett genomgående drag i lagstiftningsprocessen är däremot att det saknas noggranna och vederhäftiga redovisningar och analyser av de negativa verkningar från integritetsskyddssynpunkt som lagstiftningen kan medföra.

I de fall då någon som helst beskrivning förekommer av ett lagförslags integritetsbegränsande effekter, framstår denna redogörelse inte sällan som schablonartad och substanslös. Illustrativa exempel på vad en person kan tänkas råka ut för till följd av att integritetsskyddet sätts ur spel lämnas så gott som aldrig. Ett typiskt tillvägagångssätt i de skrivna motiven till lagstiftningen är att fördelarna med en föreslagna integritetsbegränsande åtgärd sammanfattningsvis anges vara så stora att hänsynen till integritetsskyddet måste vika, utan att det närmare förklaras vari inte-

gritetskadorna består och vilka effekter de kan beräknas få till art och omfattning.

Denna summariska metod kan exempelvis ta sig följande uttryck: ”Användande av hemliga tvångsmedel kan i och för sig inkräkta på tredje mans integritetsintresse, t.ex. en person som talar i telefon med en presumtiv gärningsman. De behovs- och effektivitetsskäl på det brottsförebyggande området som talar för förslaget väger emellertid så tungt att tredje mans integritetsintresse i viss mån måste få stå tillbaka i dessa fall” (prop. 2005/06:177).

Men även när beredningsunderlaget i och för sig kan synas vara tillräckligt för att möjliggöra en fullödig proportionalitetsbedömning görs denna ofta – oavsett om termen ”proportionalitet” används eller inte – på ett alltför klichéartat sätt. Många gånger sägs egentligen bara att integritetsintrånget visserligen är betydande men att det jämfört med fördelarna med den föreslagna åtgärden ändå inte är så stort att det vore försvarligt att avstå från lagstiftning.

Ett nödvändigt moment i en proportionalitetsbedömning är att lagstiftaren undersöker vilka alternativa och mindre ingripande metoder som kan finnas för att uppnå syftet med en föreslagen åtgärd samt därefter omsorgsfullt prövar hur långt det går att komma med sådana alternativa åtgärder, varvid eventuella nackdelar med dessa åtgärder från annat än effektivitetssynpunkt beskrivs och värderas. Denna typ av resonemang, som ständigt återkommer i EG-domstolens avgöranden, finns nästan inte alls i motiven till svensk lagstiftning på integritetsskyddsområdet.

De invändningar jag har mött från dem som sysslat med att utarbeta förslag till integritetsbegränsande lagstiftning på brottsbekämpningsområdet är att det är svårt att närmare bedöma och kvantifiera en åtgärds betydelse med avseende på den personliga integriteten, särskilt som de subjektiva upplevelserna av en kränkning kan variera kraftigt. Enligt min mening är dessa svårigheter överdrivna. När förslag till ny lagstiftning utarbetas bör det vara fullt möjligt att ta fram ett underlag beträffande integritetsskyddet som svarar mot beskrivningen av fördelarna med förslaget. En rad relevanta frågor kan ställas och bli belysta i det sammanhanget: Vad kännetecknar de integritetsförluster som kan uppkomma, dvs. vilken typ av förluster rör det sig om; hur stor är risken för olika kategorier av medborgare att råka ut för integritetsförluster; vilken omfattning kan skadorna väntas medföra; drabbas alla medborgare eller bara de som tillhör en viss grupp; vad kan de tillämpande myndigheterna och medborgarna själva göra för att begränsa respektive skydda sig mot integritetsförlusterna; hur allvarliga är integritetsförlusterna i förhållande till andra integritetsskador?

För att öka graden av konkretion borde lagstiftaren gå ännu ett steg längre och redovisa fallstudier över inträffade eller tänkta intrång i privatlivet. Fallstudier är vanliga för att påvisa de brottsbekämpningsmässiga fördelarna med integritetsbegränsande lagstiftning men förekommer nästan inte alls för att illustrera nackdelarna från integritetsskyddssynpunkt.

Genom att pröva idéer och uppkast gentemot proportionalitetsprincipen tvingas lagstiftaren att aktivt och allsidigt tänka igenom sina förslag innan de presenteras, till gagn för kvaliteten i den integritetsbegränsande lagstiftningen. Som professor Mikael

Hidén framhöll i sitt referat till ämnet ”Brottsbekämpning och grundrättigheterna” inför Nordiska juristmötet 2005 behöver balanspunkterna mellan integritetsskyddet och andra berättigade intressen ständigt prövas på nytt i en pågående offentlig diskussion. Lösningar ges inte en gång för alla och står heller inte att finna i givna formler, utan det är just genom att ställa och söka svaret på de frågor som följer med proportionalitetsprincipen och dess krav på analys och värdering av argumenten för och emot som de rätta balanspunkterna uppnås – eller konstateras inte ha uppnåtts.

Den tid borde vara förbi, även för svenskt vidkommande, då lagstiftaren på ett självtillräckligt sätt struntar i att redovisa egna proportionalitetsbedömningar med hänvisning till att domstolarna ändå är skyldiga att döma enligt lagen som den är skriven. Denna inställning är desto mindre hållbar som domstolarna och för övrigt också andra rättstillämpande myndigheter kan sätta integritetsinskränkande lagstiftning ur spel genom att hänvisa till proportionalitetsprincipen, en realitet som blivit allt mer påtaglig till följd av europarättens utveckling och ökade genomslag i den nationella rätten. Det borde därför ligga i lagstiftarens eget intresse att utförligt redovisa sina väl grundade överväganden för att härigenom övertyga domstolarna om att en proportionerlig avvägning har gjorts mellan brottsbekämpnings- och integritetsskyddsintresset.

Frånvaron av proportionalitetsresonemang i lagförarbetena behöver inte betyda att det är något fel på själva lagstiftningen. Men det räcker inte att motstående intressen är väl balanserade i lagstiftningen, denna måste också *framstå* som väl balanserad. Det har ett stort värde att lagstiftaren noggrant, uppriktigt och med pedagogisk klarhet redovisar sina skäl och värderingar. I de nordiska länderna bjuder traditionen att dessa överväganden redovisas i förarbeten till lagstiftningen, i första hand i propositioner och utskottsbetänkanden som sin tur kompletteras av det utredningsmaterial som föregår departementsbehandlingen. En betydande del av det motstånd mot integritetsbegränsande lagstiftning, inte minst när det gäller buggning och tvångsmedelsanvändning i brottspreventiv syfte, som kommit till uttryck i den allmänna debatten kan förmodligen förklaras just av att proportionalitetsresonemangen inte har utvecklats tillräckligt väl i motivskrivningarna och därmed också har haft svårt att få genomslag i medierna och i den rättspolitiska diskussionen.

Utan en noggrann redovisning av de proportionalitetsbedömningar som ligger till grund för lagstiftningen försämras också möjligheterna att i efterhand utvärdera lagstiftningen. En korrekt utvärdering måste utgå från de prognoser som vid lagstiftningens tillkomst gjordes beträffande åtgärdernas effektivitet och förväntade inverkan på den personliga integriteten. Om lagmotiven inte innehåller den typen av bedömningar går det inte att senare studera hur väl den faktiska verkan av lagstiftningen uppfyller de mål som uppställdes vid lagstiftningens tillkomst.

5. Sammanfattande teser

Tese 1: Generell övervakning och kontroll är från integritetsskyddssynpunkt mer skadlig än åtgärder som sätts in vid misstanke om brott.

Det finns en stor, inte minst folklig förståelse för att de brottsbekämpande myndigheterna behöver använda sig av även kraftigt integritetsinskränkande metoder, såsom buggning och andra hemliga tvångsmedel, för att utreda eller förhindra grova brott som har begåtts eller som misstänks vara under planläggning. Generell övervakning och kartläggning som inbegriper hela befolkningen och vars enda syfte är att inhämta information för eventuellt framtida bruk, riskerar däremot att få djupgående negativa återverkningar och inger medborgarna känslan av att leva i en övervaknings- och kontrollstat.

Tese 2: En integritetskränkning uppkommer redan i och med att känslig information om individen görs tillgänglig för polisiära eller andra myndigheter.

Staten bör därför vara restriktiv med att utan samtycke inhämta sådan information. När informationen väl är tillgänglig saknas rationella skäl att inte använda den på ett brottsbekämpningseffektivt sätt. Den ytterligare integritetsförlust som själva användningen innebär är nämligen av marginell karaktär, eftersom den till stor del redan är in-tecknad och bokförd av den som informationen rör.

Tese 3: Allmän kameraövervakning och DNA-registrering är exempel på metoder som endast i mindre grad upplevs som integritetskränkande.

I den allmänna debatten och även från myndigheternas sida har emellertid dessa och andra måttligt integritetsbegränsande metoder på ett olyckligt sätt jämförts med hemliga tvångsmedel, obligatorisk lagring av teletrafikuppgifter och andra mycket integritetskänsliga metoder som används i brottsbekämpande syfte. Eftersom allmän kameraövervakning och DNA-registrering är relativt harmlösa från integritetsskyddssynpunkt och dessutom effektiva i förhållande till de resurser som krävs för att begagna dem, bör de komma till ökad användning i brottsbekämpningen. Om så sker kan bruket minska av hemliga tvångsmedel och andra mer påtagligt integritetsinskränkande metoder.

Tese 4: Proportionalitetsprincipen tillämpas ofta inte på rätt sätt när integritetsbegränsande lagstiftning utarbetas på brottsbekämpningsområdet.

Inskränkningar i integritetsskyddet får göras bara om syftet inte kan uppnås på annat sätt och om vinsterna för den brottsbekämpande verksamheten är så stora och förlusterna för integritetsskyddet så förhållandevis små att inskränkningarna framstår som berättigade. För att bedömningar av denna typ skall kunna göras i lagstiftningsarbetet räcker det inte att fördelarna från brottsbekämpningssynpunkt klargörs, utan det krävs också fullgod utredning om lagstiftningens negativa verkningar med avseende på den personliga integriteten. I de flesta lagstiftningsärenden saknas emellertid underlag som gör det möjligt att närmare bedöma integritetsskadorna, vilket innebär risk för felaktiga ställningstaganden och äventyrar lagstiftningens trovärdighet.

Hans-Gunnar Axberger

Retsvæsenets håndtering af sin
tillidskapital (förtroendekapital)

Retsväsenets håndtering af sin tillidskapital (förtroendekapital)

Justitieombudsman *Hans-Gunnar Axberger*, Sverige

Referatet inleds med reflektioner om allmänna "förtroendemätningars" betydelse. Rättsväsendets förtroendekapital och vari detta består diskuteras. Lagstiftarens och sedan domarens roll som förvaltare av detta kapital tas upp, liksom betydelsen av samspelet dem emellan. Möjligheten att betrakta förtroende som något som kan vårdas för sig avvisas. Därefter följer en kort analys av den betydelse rätten till överprövning har för allmänhetens förtroende för rättsväsendet, varvid behovet av egenutvärderade utvärderingar bland rättsväsendets aktörer berörs. I ett särskilt avsnitt behandlas frågor om information och insyn, följt av en diskussion om förhållandet mellan rättsväsendet och massmedia. Referatet avslutas med reflektioner kring etiska regelsystem och om detta skulle kunna vara något rättsväsendets institutioner är i behov av. De viktigaste ställningstagandena i referatet finns formulerade i de teser, som inleder framställningen.

1. Att mäta förtroende

År 2006 hade 46 procent av svenskarna stort eller mycket stort "förtroende" för domstolarna.¹ 1994 var motsvarande siffra 53 procent, "förtroendet" sjunker alltså något. Siffrorna för polisen följer samma trend men är högre, 63 respektive 57 procent. Som jämförelse kan några andra siffror från den senaste mätningen noteras: sjukvården 67, kungahuset 45, riksdagen 33, regeringen 31, försvaret 25, de politiska partierna 16 och EU-kommissionen 14 procent.

Det svenska brottsförebyggande rådet, BRÅ, redovisade 2007 en liknande mätning.² 54 procent svarade att de hade ganska (46) eller mycket (8) stort förtroende för rättsväsendet, definierat som polis, åklagare, domstolar och kriminalvård (dvs. snarare "rättskedjan" än rättsväsendet). 25 procent hade varken stort eller litet förtroende och 15 procent hade ganska litet eller litet förtroende för rättsväsendet. Även här åtnjöt polisen ett högre förtroende än domstolarna, som låg på samma nivå som åklagarna. Beträffande bägge dessa senare institutioner var det noterbart

¹ I Sverige finns genom det s k SOM-institutet en viss tradition av att "mäta förtroende". SOM står för samhälle, opinion och massmedia och betecknar en årlig vetenskaplig frågeundersökning som gjorts vid Göteborgs universitet sedan 1986. Den senaste publikationen heter *Det nya Sverige*, SOM-rapport nr 41, 2007. Siffrorna är därifrån.

² Förtroendet för rättsväsendet, Brottsförebyggande rådet, Rapport 2007:9, se www.bra.se

att många inte hade någon åsikt alls; ungefär en av fyra hade ingen uppfattning om dem. (Beträffande polisen uttryckte 96 procent en mening.)

Siffror av detta slag får ett relativt stort genomslag. Det gäller särskilt SOM-undersökningarna, som behandlas som något slags rankinglistor, med en årligt återkommande betygssättning av olika samhällsinstitutioner. Frågan är dock vad de innehåller för kunskap. Hur skall noteringarna för rättsväsendet förstås? Att folk har större förtroende för poliser än för domare? Och hur skall man förhålla sig till att de tillfrågades "förtroende" för riksdagen är 24 procentenheter lägre än det som redovisas för polisen? När det gäller riksdag, regering och de politiska partierna kan noteringarna jämföras med den andel respondenter som svarar att de är nöjda eller mycket nöjda med hur demokratin fungerar: 78 procent, vilket är en i sådana här sammanhang anmärkningsvärt hög siffra. Tilltro till systemet alltså, men snarare misstro mot dess institutioner och aktörer.

Något kan man i och för sig utläsa för rättsväsendets del. Om än alltså svagt sjunkande tyder siffrorna på att den svenska allmänheten är någorlunda nöjd med hur rättsväsendet fungerar. De tyder också på att intresset för rättsväsendets institutioner, med undantag för polisen, inte är så stort.

I övrigt finns inte mycket att utläsa. I BRÅ:s undersökning tillfrågades respondenter om sitt förtroende för "polisens/åklagarnas/domstolarnas/ kriminalvårdens sätt att bedriva sitt arbete". Därvid hade de väsentligt högre förtroende för polisens sätt att sköta sitt jobb än för hur kriminalvården skötte sitt. Det är svårt att se någon saklig grund för den skillnaden i "betyg". Det är betydligt mer troligt att siffrorna återspeglar högst allmänna attityder till det polisen gör respektive det kriminalvården gör. Det finns i själva verket ett ganska gott stöd för hypotesen, att det människor ger uttryck för när de svarar på enkäter som dessa är påverkat av allmänna kriminalpolitiska attityder.³

Hypotesen passar även för "förtroendesiffrorna" för domstolar och polisen. Polisen uppfattas som den centrala brottsbekämpande institutionen med en jämförelsevis renodlat repressiv funktion. Domstolarna skall däremot avväga brottsbekämpningsintressen mot rättssäkerhetshänsyn och finna meningsfulla påföljder för brott. Det kan leda till att misstänkta brottslingar frikänns eller till att straff sätts lägre än vad en betydande del av opinionen kan känna sig tillfreds med. Att kriminalvården får ännu lägre siffror ligger också i linje med hypotesen. Kriminalvården förknippas ju redan genom sin benämning mindre med repression än med behandling och återanpassning.

"Förtroendesiffrorna" bör alltså ses i ett kriminalpolitiskt sammanhang. Den faktiska kriminalpolitiken tenderar att bemötas med skepsis i den allmänna opinionen. Det beror på att brottslighet, särskilt i det enskilda fallet, framkallar krav på straff och

³ Allmänheten vill generellt sett se strängare straff än de som faktiskt utdöms. Det tenderar att gälla oavsett repressionsnivå. Se Axberger, "Det allmänna rättsmedvetandet", Brottsförebyggande rådet, 1996. Flera delresultat i BRÅ-mätningen från 2007 stärker den uppställda hypotesen. Resonemangen här är av utrymmesskäl starkt komprimerade.

faktiskt även vedergällning, som det på flera sätt inte är vare sig rationellt eller humant att tillmötesgå. Ett visst missnöje finns därför så att säga budgeterat i politiken. Det är något som lätt kan kanaliseras mot domstolarna, och i än högre grad mot kriminalvården. Ett missnöje av det slaget är emellertid något som de rättstillämpande organen inom rättsväsendet måste kunna leva med. Det vore förstås förkastligt om domstolarna för att gradera upp sitt ”förtroende” tog mer intryck av antaganden om ”det allmänna rättsmedvetandet” än av lagstiftningen.

Att uppnå höga förtroendenoteringar i opinionsmätningar är således inte nödvändigtvis ett mått på framgång i arbetet. För att få underlag för att bedöma hur väl verksamheten fungerar finns andra redskap, såsom verksamhetsutvärderingar av olika slag. Sådana utvärderingar finns det goda skäl att göra, men de måste utgå från de uppgifter olika aktörer inom rättsväsendet har. När det gäller rättsväsendet är förtroende inte en fråga om popularitet utan om upprätthållandet av tilltron till de rättsstatliga funktionerna.

2. Förtroendekapitalet

Kravet på att människor måste känna förtroende för rättsväsendet är antagligen den omständighet som oftast åberopas till stöd för att rättsväsendet måste agera eller fungera på det ena eller andra sättet. Vad som närmare bestämt menas med detta krav är kanske inte så mycket lättare att svara på, än vad som är rättvisa. Om den saken råder det som bekant delade meningar, såväl i allmänhet som i enskilda tvisteämnen. Rättsväsendets sätt att skapa förtroende är därför i betydande utsträckning inriktat på rättstillämpningens former. Det finns fångat i det anglosaxiska talesättet: *Justice must not only be done but also be seen to be done*. Medborgarnas förtroende för att rättsstaten fungerar som den ska upprätthålls mer genom att de kan iakttä rättsskipningens former och konstatera, att dessa följer de principer som finns fastlagda. Det är betydligt enklare än att sätta sig in i fakta i alla enskilda ärenden och ta ställning i sak. Principen blir att det som ser korrekt ut antagligen är korrekt, medan det som verkar konstigt bör granskas närmare. Så fungerar i mångt och mycket det vi kan kalla rättsväsendets förtroendekapital.

Närmare besett kan förtroendet för rättsväsendet i en rättsstat sägas vara inbyggt i konstitutioner och övriga grundläggande rättsprinciper. Rättsordningen som helhet är så konstruerad att medborgarna skall kunna känna tillit till att rättsreglerna tillämpas av oberoende instanser på ett rättssäkert sätt. Det är i själva verket rättsväsendets *raison d'être*; om inte denna grundläggande tillit eftersträvades skulle inget rättsväsende behövas och samhällsbygget kunna se helt annorlunda ut. Ett rättssystem innefattar i långa stycken en formalisering och byråkratisering av den mänskliga samlevnaden. Detta utgör på sitt sätt ett pris vi betalar – *en investering* – för en ordning som vi tror är mera tillitsskapande och därmed stabil än mer informella strukturer.

Som jurister är vi alla väl bekanta med denna ordning. Det handlar om rättsstatens fundamenta: oberoende rättsliga institutioner med självständiga, oväldiga beslutsfattare, legalitetsprincipen och oskuldspresumtionen, fri- och rättigheter för enskilda, saklighet och objektivitet i dömande och ämbetsutövning, insyn i det allmännas verksamhet, rätt till domstolsprövning och rättvis rättegång inklusive rätt till överklagande och överprövning m.m. Det kan beskrivas på skilda sätt. En rättsstatlig likare finns i den alltmer förfinade praxis som växer fram i Europadomstolen i Strasbourg. Av rättsväsendet krävs i utgångsläget inte så mycket mer än en ansvarsfull förvaltning av det på detta sätt investerade kapitalet.

3. Lagstiftarens roll

Lagstiftaren bär ansvar för att lagarnas korrekta tillämpning leder till förtroendeingivande resultat. I det ingår att stifta lagar som kan vinna acceptans men också att öva tillsyn så att rättsordningen som helhet fungerar friktionsfritt. Till detta kan läggas statens ansvar för att rättsväsendet får arbeta under sådana villkor att uppgifterna kan utföras enligt intentionerna.

Förtroendet för rättsväsendet påverkas av rättspolitiska värderingar. Även om alla dess aktörer agerar korrekt och professionellt kan en rättsprocess resultera i misstro bland allmänheten. Det gäller då det är lagstiftningen snarare än dess tillämpning som sätts ifråga. Ansvaret för förtroendeskador i sådana situationer vilar på lagstiftaren. Att diskutera förtroendet för rättsväsendet utan att involvera lagstiftaren synes därför uteslutet.

Från denna synpunkt vore det naturligt att inräkna lagstiftaren bland rättsväsendets aktörer. Det skulle i så fall också understryka något ibland försummat, nämligen att lagstiftarrollen inte bara är politisk. Det är sant att den vilar på politisk grund. Och sjuttioårsretoriken om att ”lagarna bara är ett sätt att förändra samhället” är på sitt sätt alldeles korrekt; felet ligger i det lilla ordet ”bara”. Delvis är lagstiftning nämligen också förvaltning. Lagstiftaren har tillsyn över hela rättsordningen och är – åtminstone enligt de principer som länge tillämpats i Sverige – den som ytterst ansvarar för att denna är sammanhängande, motsägelsefri och väl fungerande. Det är en förvaltningsuppgift för jurister, som på olika nivåer har ansvar för beredningen av lagar, förordningar och föreskrifter.

Om lagstiftaren görs uppmärksam på att delar av rättsordningen fungerar illa på ett eller annat sätt men inte gör något åt saken riskerar förtroendeskador förstås att uppkomma. En intressant fråga är vad som sker om lagstiftaren tenderar att undandra sig detta ansvar. Utan att kunna belägga det i siffror har jag det rätt bestämda intrycket, att den svenske lagstiftaren under senare decennier blivit mer passiv i sin tillsyn över lagstiftningens funktionssätt. Jag har mött många exempel från de rättsområden, som jag arbetat med, där förväntade åtgärder från lagstiftaren uteblivit, trots uppenbara brister och trots att gott utredningsunderlag funnits framtaget.

Svaret på frågan vad som händer om lagstiftaren blir passiv kan mycket väl vara att domstolar (och andra organ som kan påverka rättsbildningen) mer eller mindre tvingas till aktivitet. Jag tror att en sådan utveckling kan vara förestående. Fortfarande är reflexen inom det svenska rättslivet att ropa på lagstiftaren när något inte fungerar. Men om erfarenheten blir att "det inte är någon hemma" är det sannolikt att de luckor och funktionsbrister som man velat få lagstiftarens hjälp med i stället hanteras i rättstillämpningen, dvs man får en förskjutning i den rättsskapande verksamheten, från lagstiftare till framför allt domstolar, men även organ som Riksåklagaren, Justitiekanslern och Riksdagens ombudsmän kan känna sig manade till större aktivitet i rättsbildande riktning. I förlängningen kan en roll för den under det sena nittonhundratalet tämligen marginaliserade rättsvetenskapliga doktrinen också skönjas. Inget av detta är ju från historiskt perspektiv okänt. I 1993 års svenska domarutredning påvisas hur domstolarnas roll i rättsskapandet varierat under olika epoker.⁴

4. Rättsväsendets viktigaste aktör: domaren

Domaren är rättsväsendets viktigaste aktör och skall i sin person förkroppsliga förtroendekapitalet. En gång var domaren av Guds nåde, eller som heter i Olaus Petri domarregler:

"En domare skall först besinna, att han är en Guds befallningsman, och det ämbete han förer, det hörer Gudi till, och icke honom själv, och därför hörer domen, som han avsäger, Gudi till, efter det han avsågd varder i Guds ämbete, på Guds vägnar, så att det är visserligen Guds dom, och icke människors."

Detta står ännu att läsa i den ledande svenska lagboken. Något mer obsolet är dock svårt att leta fram. Den metafysiska grunden för dömandet rensades slutligt ut med rättsrealism och rättspositivism. Synen på domaryrket som något i viss mån upphöjt finns knappast längre företrädd, även om den här och där kan iaktas i symbolform, t ex i äldre domstolsbyggnader och rättssalar. Men kanske ändå något av värde kastades ut när "metafysiken" skulle bort. Det finns särskilda förväntningar inbyggda i rättsväsendets domarroll, som gör yrket unikt.

I äldre tid förekom det att domaren liknades vid prästen och läkaren, dvs yrken som ofta beskrevs som "kall", ett uttryck som dock har en dragning tillbaka mot det metafysiska, åtminstone om man som i Svenska Akademiens ordlista definierar det som "livsuppgift vartill någon känner sig kallad". Jämförelsen med prästen och läkaren är likväl givande. Det är yrken som förenas av särskilda förväntningar på utövaren: förmåga att leva sig in i andra människors livssituationer, altruistiskt sinnelag, livserfarenhet och boklig lärdom i kombination samt ett visst allvar, som svarar mot karaktären av de sammanhang, där ens tjänster efterfrågas.

⁴ SOU 1994:99, t ex s. 50 ff

I den ovan nämnda svenska domarutredningen förs en hel del resonemang om domarrollen och bland bilagorna finns en uppsats om domarkultur, författad av professorn i rättshistoria Kjell Å Modéer.⁵ Han återger flera exempel på den som idag kan tycka något svulstiga domaridealismen. Men om man kan bortse från de överspända inslagen, finns i somliga av dessa beskrivningar något som till sin kärna ter sig tidlöst och tänkvärt. Vid ett nordiskt juristmöte år 1926 anförde Ernst Trygger om domaren:⁶

”Människor anlägga --- på hans liv och yttringarna av detsamma en annan måttstock än på sitt eget eller på folks i allmänhet. De ställa anspråken högre på domaren även utom hans egentliga livsuppgift än på andra människor. --- I sanning, ringa är icke det, som vi i samhällets intresse måste fordra av domaren för att han skall kunna förverkliga sin höga bestämmelse.”

Reflektionsvis skulle jag vilja tillägga att bilden av domaren inte enbart kan bestå i föredömliga egenskaper; då föreställer den endast allmän förträfflighet. Modéer återgav en karakteristik där en mer komplex och intresseväckande bild framträder:⁷

”En domare äger, som de flesta andra, mer eller mindre av det rörliga fluidum, som kallas temperament, och detta kan icke undgå att röra på sig mot kallt eller varmt även i hans officiella gärning. Också en domare – den inbitne lantdomaren icke minst – har sina älsklingsmeningar, sin kanske ur en minnesvärd erfarenhet hämtad standard för att bedöma människor eller händelser. --- Vi tänkte oss inte [domaren] som en särdeles skarpsinnig jurist --- men som en myndig och vördig samt om sin värdighet mån patriark, imponerande i domstolen, human och rättrådig men en smula pedantisk och i det enskilda umgänget kanske väl så otillgänglig och pompös. Så ville nog också tingsmenigheten att dess domare skulle vara.”

I denna karakteristik framhålls alltså att domarrollen rymmer betydande individualitet, att myndigheten och rättrådigheten kan beledsagas av pompösa och pedantiska drag samt att det inte i första hand är på skarpsinnet det kommer an. Därmed vare väl inte sagt att de skarpsinniga skall föras åt sidan och de pompösa pedanterna vaskas fram; dessa korta citat är huvudsakligen återgivna för att väcka tankar och stimulera till diskussion kring ett ämne som det kan vara dags att ånyo intressera sig för.

Till förvaltandet av rättsväsendets tillitskapital hör i alla händelser utbildningen och rekryteringen av domare, som motsvarar de förväntningar som finns på dessa. Dit hör även mekanismer som gör det möjligt att från yrket skilja dem som inte svarar mot dessa förväntningar. Det får antas ha negativa effekter på förtroendet för

⁵ SOU 1994:99; Modéers uppsats har titeln *Den svenska domarkulturen – europeiska och nationella förebilder*.

⁶ Citerat från a. bet., del B, s. 156 (originalet i Nordiska juriststämman 1926, s. 396 f.).

⁷ Eliel Löfgren, *Klockorna i Östervåla*, 1934, s. 52 f, här citerat från a. bet., del B s. 157. För en nyutkommen skildring i samma anda, se Erland Aspelin, *Domarliv och dömda själar*, 2007.

rättsväsendet om en domare som avvikit från de krav som ställs kan fortsätta i sin roll. Om utbildning och rekrytering fungerar väl bör behovet av detta vara litet, men möjligheten måste finnas. Självklart skall den noga vägas mot kravet på domarens oberoende ställning, men förtroendet för rättsväsendet som helhet måste vara överordnat. I svensk praxis föreligger inget principiellt hinder mot att domare som döms för brott får vara kvar i tjänst.⁸ För egen del tror jag att den framtida domarrollen förutsätter en strengere syn. Det kan tilläggas att för en domare är brott begångna sedan eden svurits dubbelt belastande. Dels berörs det allmänna oförvitlighetskravet, dels är det särskilt förtroendeskadligt när den som anförtrotts att döma andra och förutsätts sitta med den yppersta kunskapen om lagen inte själv håller sig inom dess gränser. I det sistnämnda hänseendet finns en parallell till det krav som ofta ställs på politiker, att de skall leva som de lär.

Möjligheten för domare och domstolar att förvalta sitt förtroendekapital är inte bara avhängigt av domarens förmågor och egenskaper utan också av vilka uppgifter som läggs på domstolarna. Därmed kommer vi in på rollfördelningen mellan lagstiftare och domare.

5. Lagstiftaren och domaren – ett sammanvägt perspektiv

Att domarens uppgift kan spänna från att tillämpa lag till att skapa rätt är en gammal iakttagelse. Lag *säga*, lag *tälja* och lag *göra*, benämndes en gång dessa kanske mer grad- än artskilda funktioner.

Det är lagstiftaren som bestämmer domarens uppgift. Ju mer precist lagen förutsätter de fall över vilka domaren skall döma desto mer renodlad blir dennes rättstillämpande roll. Ytterligheten är Montesquieus domare: bara den mun genom vilken lagstiftaren talar.

För frågor om tilliten till rättsväsendet är uppgiftsfördelningen mellan lagstiftare och domstolar av stor betydelse. När lagstiftaren fullt ut använder sitt mandat att styra genom lag, återstår för domstolarna renodlade juridiska uppgifter. Det är en expertfunktion, som rättssystemet är skapat för och domarna utbildade till. Det är här större delen av förtroendekapitalet är investerat. Domstolarna kan förvalta det genom att "bara" göra sitt jobb.

Domaryrket ställer då krav på oberoende och juridisk-teknisk färdighet. Den mer idealistiska sidan kan tonas ned eftersom det i en sådan roll är mindre som överlämnas till domaren att bestämma på egen hand. Om domaren är en juridisk ingenjör är det yrkesskickligheten som efterfrågas; vad ingenjören gör efter jobbet spelar mindre roll. Detta är det synsätt som vi åtminstone i Sverige under lång tid – från tidigt trettio-tal och framåt – utvecklat och levat med. Läger man därtill det alltmer sofistikerade bruket av lagförarbeten som styrmedel för rättstillämpningen uppnås i stort sett det ideal Montesquieu satte upp.

⁸ Se praxisredovisningen i SOU 1994:99 del B, s. 99 f

Sedan något decennium, lite drygt, har denna utveckling avstannat. Det finns flera samverkande skäl till det. Det mest uppenbara är att Sverige genom inträdet i den europeiska gemenskapen i praktiken öppnade sig för andra tänkesätt och en helt annan rättspolitisk praktik än den som länge drivits i vår ände av Europa. Det var ett pris som vi fick betala, om man vill se det så; andra skulle säga att det var något vi fick på köpet.

Normbildningen inom EU kan förenklat och tillspetsat beskrivas så att politiker från många länder enas om det de förmår enas om, ofta allmänt hållna påbud utan några förarbeten av värde, för att överlämna resten till en rättsutveckling i praxis. Det är långt från Montesquieus ideal. Skall man låna hans metaforik, kanske man kan säga att inom EU är politikerna hjärtat och medan juristerna förväntas vara hjärnan. Att EG-domstolen särskilt över tid ägnar sig åt att skapa lag råder det ingen tvekan om. Detsamma gäller Europadomstolen.

Utvecklingen går nu mot en viss "juridifiering" av samhällslivet, där domstolarna får lov att ta hand om sådant som de annars varit vana vid att lagstiftaren, gärna i god allians med korporativa intressen, skall bestämma. Tydligast är detta när EG-domstolen träffar avgöranden som gäller svensk rättspolitik (eller det vi trodde var svensk rättspolitik) och som alltså griper in i vår lagstiftning och rätts-syn. Längre fanns föreställningen att det bara är när EG-domstolen uttalar något med tydlig svensk adress som vi behöver anpassa oss. Men så är det ju inte; all nationell rättstillämpning måste inkludera EG-rätten, vilket betyder att även våra domstolar måste gå in i en mer rättsskapande verksamhet än tidigare. Detsamma gäller Europakonventionen om mänskliga rättigheter, där svenska domstolar inte, som de länge gjorde, kan nöja sig med att tillämpa inhemsk lag och hänvisa den som åberopar konventionen till Strasbourg. Högsta domstolens prejudikat från senare år visar klart att konventionen måste få genomslag redan i de nationella instanserna. Även här leds domstolarna in i en friare rättstillämpningsroll.

Till det sagda kommer det intryck, som ovan berörts, att den svenske lagstiftaren inte längre visar samma aktivitet som under sjuttioalet och det stora reformarbetets tid. En mer passiv lagstiftarroll tvingar för eller senare fram en mer aktivt rättsskapande rättstillämpning.

När domstolarna får en mer rättsskapande roll kommer de att ställas till svars på ett område där de har ett mer begränsat förtroendekapital. Domstolarnas rättsstatliga funktion är att tillämpa lagar som folkvalda organ stiftat, inte att själva "driva politik". Domstolar som rättsskapande organ löper därvid en risk att misstros från utgångspunkten att de endast indirekt är demokratiska organ.

Hanteringen av förtroendekapitalet i en utveckling som går i denna riktning måste innefatta en del förändringar i jämförelse med den mer renodlade "montesquianska" rollen. Det är svårt att ange hur ett rättsväsende som det svenska utan konvulsioner skall kunna anpassa sig till detta. Inte ens våra renodlade prejudikatinstanser är vana vid en rättsskapande roll; de är skickliga på att "tälja lag" men obenäga att skapa rätt. Till detta kommer att de flesta domare antagligen och på

i mina ögon respektabla grunder inte anser att de skall skapa rätt. Kjell Å Modéer noterar i den ovan nämnda uppsatsen att domarkulturen präglas av en uttalad kontinuitet som bidrar till att politiska förändringar först efter någon generation slår igenom i domarkulturen.⁹ Det antyder att invanda tänkesätt kommer att bjuda motstånd mot förändring.

6. Förtroende som sådant

Efter den granskning av resningsärenden som den svenske justitiekanslern lät utföra för några år sedan och som jag bar huvudansvaret för hette det från höga positioner inom rättsväsendet att granskningen som sådan orsakat rättsväsendet allvarliga – irreparabla, rentav – förtroendeskadorna. Denna inställning bemöts väl med vad Hjalmar Söderberg en gång skrev om Dreyfusaffären eller, rättare sagt, de ord han lät sin figur *kyrkofadern Papinianus* yttra:

”Domare äro människor och kunna misstaga sig. Det är sannolikt att många bliva oskyldigt dömda; men det är en stor lycka, att man i allmänhet förblir i okunnighet om dessa fall, och det är dåraktigt och brottsligt, att vilja bringa dem till allmänhetens kännedom och att söka få en gång under alla lagliga former avkunnad dom upphävd. Det är dåraktigt och brottsligt att för en endas skull vilja rubba det allmänna förtroendet för rättsskipningen och därigenom föra samhället ett steg närmare dess upplösning. Om kapten Dreyfus vore en verklig fosterlandsvän skulle han själv inse detta. Som sakerna nu stå, kan han icke tjäna sitt land bättre än genom att erkänna sig skyldig. Genom att vidhålla sin oskuld begår han just det fosterlandsförräderi, till vilket han kanske från början var oskyldig.”

Detta synsätt kan idag te sig lika främmande som förbudet mot att kvälja dom. Vid tiden för Dreyfusaffären – ett drygt sekel bort – torde det dock ännu haft en del förespråkare. Samhället var uttalat hierarkiskt och auktoritetstron uppfattades som viktig för statens funktioner, inte minst krigsmaktens. Att den enskilde kunde få lov att offra sig för sitt land var en mer levande realitet än nu.

Man kan fråga sig om tankar av det här slaget kan ha någon tillämpning för rättsväsendets del. Rättssystemet är uppbyggt för att skapa tilltro. Är det då inte naturligt att av dess aktörer kräva, att de avstår från sådant som kan skada den tilltron? Jo, i och för sig, men problemet är att det kan bli ödesdigert att slå vakt om tilltron för dess egen skull. Dreyfusaffären är här lärorik. Under många år gavs intresset av arméns anseende företräde framför den dömdes anspråk på upprättelse. Kostnaden för denna utdragna kamp betalades med förtroendekapitalet, som vid tiden för Dreyfus slutliga frikännande var förbrukat. Cyniskt uttryckt kan man säga, att en marginell

⁹ A.bet. s. 154

del av ett stort förtroendekapital kanske kan användas till förhindrande av att en förtroendeskadlig händelse kommer till allmän kännedom. Men det är, som Dreyfusaffären visar, ett spel med höga insatser. Om det finns en stark motmakt – t ex en tredje statsmakt, massmedier – som synar, måste insatserna höjas. Till sist kan allt vara förlorat.

Det slags förtroende som rättsväsendet bygger på skadas i själva verket redan av antydning till försök att skydda förtroendet som sådant. Förtroendet kan bara förvaltas genom att man till etthundra procent bejakar rätten till ifrågasättande. All verksamhet som innefattar maktutövning förväntas i ett demokratiskt samhälle vara så organiserad att den tål insyn i en eller annan form. Medborgarnas tillit byggs inte av att de vet med sig att fel aldrig begås eller att maktmissbruk inte förekommer utan av att de litar på att det sällan kan förekomma utan att uppdagas.

Idén att vissa verksamheter skall bedrivas utifrån premissen att viss insyn av förtroendeskäl måste begränsas är oförenlig med dessa förväntningar. Från förtroendesynpunkt är det bättre att man inom en verksamhet själv strävar efter att synliggöra tillkortakommanden av olika slag. Misstankar om att maktmissbruk döljs är mer skadliga än uppdagandet av sådant missbruk, om uppdagandet är en följd av att normala insyns- och kontrollmekanismer fungerat. Det sistnämnda kan till och med antas vara förtroendebyggande. Så fungerar ett av de mest karakteristiska dragen i ett rättssystem, rätten att överklaga. Det kan synas förtroendeskadligt att domare i skilda instanser gör olika bedömningar i samma mål, men det är i själva verket tvärtom. Det tydliggör att instanserna fungerar oberoende, att nya argument kan leda till nya bedömningar och att var domare är självständig i sitt ställningstagande.

7. Överprövning, utvärderingar och egenkontroll

Överprövningsrätten är ett av de viktigaste inslagen i rättsväsendets förtroendekapital. Ett av dess ändamål är kravet på rättstillämpningens enhetlighet, att lika skall dömas lika. Det har betydelse för rättsordningen som en sammanhängande helhet och därmed för förvaltandet av förtroendekapitalet. Det kan dock i rätt hög grad åstadkommas redan genom en relativt summarisk kontroll i överinstans. Men det gäller knappast ett annat ändamål, nämligen det som handlar om att tillgodose parternas anspråk på att få sin sak hörd och synad i flera från varandra oberoende instanser.

Många har genom åren ansett det vara mest rationellt att avskaffa flerinstitutionsprövningar och möjligheten har successivt inskränkts. Det torde dock vara ett mycket effektivt förtroendeskapande redskap, att låta den som hyser misstro få en ny prövning inför nya domare. Det bygger inte bara på förtroende hos missnöjda parter; minst lika viktigt är att redan förekomsten av denna inbyggda möjlighet till självrättelse

främjar den breda allmänhetens benägenhet att lita på rättsliga processer. Liksom insynsrätten utgör överprövningsrätten självändamål i den meningen att den har sitt existensberättigande även om man antar att alla domar och beslut i första instans är korrekta.

Överprövningsrätten kan vara ett skäl till att rättsväsendet varit främmande för att utvärdera sin verksamhet. Stora delar av samhällslivet i övrigt har genomgått en utveckling där egna och fristående verksamhetsutvärderingar blivit allt vanligare. När det svenska riksrevisionsverket för ett tiotal år sedan gjorde några effektivitetsrevisioner av det man kallade "rättskedjan" mötte det inget varmare välkomnande från rättens aktörer. Ett av flera framskymtande skäl till den tveksamma hållningen var att revisorerna inte var domstolsjurister. För en verksamhet som är beroende allmänhetens förtroende är det emellertid en ologisk inställning att inte vara öppen för utvärderingar från ett generalistperspektiv. Det antyder också en inskränkt syn på den egna verksamheten om man inte anser att den kan tillföras något av värde genom att utvärderas på samma sätt som andra verksamheter.

I Granskningskommissionen efter mordet på Olof Palme, där jag medverkade, använde vi oss av Riksrevisionsverket. Två revisorer därifrån, varav en med mycket bred granskningserfarenhet, gick igenom hela polisutredningen från just ett generalistperspektiv, för att, som det heter, "kvalitetssäkra" denna. Jag var för egen del inledningsvis skeptisk till att någon som inte själv var insatt i brottsutredning och det styrande regelverket skulle kunna tillföra något av värde, men jag fick lov att omvärdera den uppfattningen. Resultatet var synnerligen värdefullt och ställde förundersökningsledningen inför ett antal frågor, som den inte tidigare ställts inför och följaktligen inte heller hade några bra svar på. Det bidrog väsentligt till kommissionens granskningsarbete.

Den svenska polisen har från nittioalet och framåt utvecklat sin inspektionsverksamhet och utvärderar numera en hel del händelser på ett sätt som inte tidigare förekom. Detsamma gäller åklagarväsendet, där det inrättats särskilda utvecklingscentra som bl a fyller en utvärderingsfunktion. I dessa delar av rättsväsendet har det alltså hänt en del. Inom domstolsväsendet synes det gå trögare. I enlighet med vad som ovan sagts torde det ha betydelse från förtroendesynpunkt om rättsväsendet genom egna initiativ kontinuerligt bedriver en viss egenkontroll. Det hör således till förvaltandet av förtroendekapitalet.

Det finns också för domstolarnas del en medvetenhet om detta. I somras tillsatte den svenska regeringen en utredning om förtroende och kvalitet i domstolarna.¹⁰ Dess direktiv har en viss slagsida mot sådant som bemötande, tillgänglighet och information. Sådant är förvisso viktigt. Justitiekanslern Göran Lambertz har i en uppsats beskrivit hur en domares beteende i ett vårdnadsmål bidrar till att driva en olycklig människa ut på rättshaveriets brant.¹¹ Den olycklige upplever att domaren inte lyssnar, har tagit ställning på förhand osv. Skildringen understryker hur vik-

¹⁰ Direktiv 2007:93, Förtroende och kvalitet i domstolarna.

¹¹ Lamberts, Förtroendet för rättsväsendet, i Festskrift till Per Henrik Lindblom, s. 375 ff.

tigt det är att domaren inte bara själv är övertygad om sin objektivitet utan också bemödar sig om att bete sig så att parterna inte ges anledning att tvivla på den saken. Det är dock viktigt att ett arbete av det slag utredningsdirektiven syftar till inte stannar vid ytan utan även inriktas på utvärderingar av kvaliteten i kärnverksamheten. Det är inte fel att putsa på fasaden, men skulle något vara murket inunder nyttar det inte mycket till.

8. Information och insyn

Den attityd som förekommer inom rättsväsendet och som innebär att man betraktar förtroendet som en sak att vårdas för sig leder lätt till att detta betraktas som en informationsfråga. Och det kan det delvis vara. God information om en verksamhet är i sig förtroendeskapande. Aktiva informationsinsatser kan också vara ett sätt att rätta till missförstånd och förmedla kunskap. För att information skall kunna fungera på det sättet måste den dock förenas med öppenhet, annars riskerar den att uppfattas som försök att styra. Det är helt i sin ordning att skriva ett pressmeddelande om att vissa beslut fattats och i begriplig form redovisa dessa. Men om det samtidigt råder omfattande sekretess beträffande själva besluten, ingen är beredd att svara på frågor om dem etc blir slutresultatet inte förtroendeskapande. Man kan således inte välja mellan information och insyn.

Den nordiska offentlighetsprincipen har en starkt förtroendebyggande funktion. Den består dock väsentligen av *passiv* offentlighet, dvs att allmänheten *ges tillfälle* till insyn. Det är många gånger så och så med möjligheten för den enskilde att använda sig av offentlighetsprincipen. Att rättssalens offentlighet i så pass liten utsträckning utnyttjas kan tas till intäkt för att den inte behövs. Så är det inte. För det första är redan allmänhetens kännedom om att var och en, om han eller hon vill, har tillträde till rättssalarna förtroendeskapande, oavsett hur mycket detta utnyttjas. För det andra borde reflektionerna gå i motsatt riktning – vad kan vi göra för att underlätta för allmänheten att hålla sig underrättad om vad som sker i domstolarna? Jag har behandlat dessa frågor i ett referat till 2002 års nordiska juristmöte med överläggningssämnet *Processens offentlighet – värn eller hinder?* I det här sammanhanget skall jag endast uppehålla mig vid några reflektioner kring vilka mer aktiva åtgärder, som rättsväsendet kan använda för att förvalta sitt förtroendekapital.

Det är en allmän samhällstrend, att alla skall synas och informera om vad man gör osv. "Informationssamhället" erbjuder ett ständigt ökande antal möjligheter till detta. Trender av det slaget kan det i en verksamhet som rättsväsendets finnas skäl att förhålla sig avvaktande till. Emellertid är det tydligt att allmänhetens kunskap om hur rättsväsendet faktiskt fungerar är låg. I "förtroendemätningarna", som diskuterades ovan, framgick att påfallande många tillfrågade avstod från att uttala någon mening om domstolar och åklagare, vilket får tolkas som att dessa institutioners verksamheter är ganska okända. Av undersökningarna framgick också att människors

kunskaper om rättsväsendet har betydelse för vilket förtroende de hyser för detta. Under förutsättning att den verksamhet som bedrivs är bra finns det skäl att utgå från att mer aktiv information om det som sker i domstolarna skulle vara förtroendehöjande. Slentrianmässiga attityder, kanske hämtade från film och television som inte ens skildrar det egna rättssystemet, skulle kunna ersättas av riktig kunskap. Det kan förstås inte vara rättsväsendets viktigaste uppdrag, men man skulle kanske kunna jämföra med det som i universitetsvärlden kallas "den tredje uppgiften", dvs att vid sidan av forskning och utbildning även ägna sig åt att bland allmänheten sprida kunskap om det man gör.

Enligt min mening borde detta höra till rättsväsendets uppgifter. Domstolar och andra rättsväsende myndigheter bör exempelvis finnas på Internet och där utnyttja möjligheten att informera om rättsväsendet, enskilda mål, hur rättsprocesser går till osv. Målgruppen bör vara den kunskapssökande allmänheten. Här finns en del att göra.

Detta pekar vidare mot det som många jurister kanske först tänker på när hanteringen av allmänhetens förtroende för rättsväsendet skall diskuteras men som här alltså sparats, nämligen förhållningssättet till massmedierna.

9. Massmediernas betydelse för rättsväsendets förtroendekapital

Det finns ett skäl till att frågan om hur rättsväsendets förtroendekapital skall hanteras i relation till massmedierna sparats. Svaret bör nämligen utgå från rättsväsendets uppgifter och förutsättningar, inte massmediernas. Rubriken speglar det synsätt många jurister har på ämnet, nämligen att det är massmedierna och journalisterna som är problemet. De anses ge en förenklad, felaktig, vinklad etc bild av verkligheten. De som har denna syn på medierna är i stort sällskap. Det finns en omfattande och väldokumenterad mediekritik från alla samhällsfält som går ut på att det ena eller det andra ämnet behandlas på ett otillfredsställande sätt av medierna.

Åtskilligt i kritik av detta slag är välgrundat, annat har sin grund i bristande förståelse för mediernas funktion och arbetssätt. Men det spelar i det här sammanhanget just ingen roll, eftersom "mediefaktorns" betydelse för rättsväsendets anseende inte påverkas av sådan kritik. Medierna fungerar som de gör, huvudsakligen på grund av sin via den grundlagsfästa yttrandefriheten skyddade ställning som "tredje statsmakt" och kommersiella drivkrafter. En ansvarsfull förvaltning av rättsväsendets förtroendekapital kräver *en viss* anpassning till detta.

Det innebär att det inom rättsväsendet måste finnas god kunskap om medierna. Jag har för egen del sedan ett femtontal år tillbaka varit engagerad i domarutbildningar i detta ämne. Dessa, inte särskilt djupgående, utbildningar har tagit sikte just på mediekunskap. Den bakomliggande tanken har varit att domare bör veta hur "mediernas aktörer" arbetar och resonerar för att underlätta samspelet mellan rättsväsende och massmedier. Det är viktigt för en domare att veta vad han eller hon kan förvänta sig i detta umgänge, liksom att ha en föreställning om vad journalister förväntar sig.

Rättsväsendet bör, i enlighet med vad som tidigare sagts om vikten av att aktivt förmedla kunskap på sitt fält, använda sig av massmedierna på samma sätt som andra samhällsinstitutioner gör. Det finns vidare berättigade förväntningar på att man just inom rättsväsendet är särskilt väl insatt i offentlighetslagstiftningen och lever upp till såväl dess bokstav som dess anda. Till detta slags mer allmänna professionalism hör även att beslutsfattare gör sitt bästa för att allmänheten via massmedia skall få en rättvisande bild av verksamheten, t ex genom att ställa upp och svara på frågor samt verka för att uppenbara felaktigheter rättas. Man bör även behärska de vanligaste redskapen i kommunikationen med journalister, t ex när och hur pressmeddelanden kan utfärdas. Det sagda torde vara okontroversiellt och framgår även i det svenska domstolsverkets skrift *Domstolarna och massmedierna från 2005*, där det inledningsvis heter:

”Det är angeläget att allmänhetens förtroende för domstolarna bibehålls och utvecklas. Det viktigaste är naturligtvis hög kvalitet i den dömande verksamheten men också att det som sker i domstolarna återspeglas i samhället på ett korrekt och sakligt sätt – ett ansvar som ligger på såväl domstolarna som massmedierna.”

När de nyss nämnda medieutbildningarna började var domarnas förkunskaper om medier och journalister begränsade och inställningen artigt negativ. Det har svängt påtagligt under senare år. Det gäller även attityden till att ställa upp för massmedia. Tidigt nittiotal var den helt dominerande inställningen, att man inte skulle delta i massmediernas behandling av de domar och beslut som man själv medverkat till. Att ”kommentera” sin dom ansågs oetiskt, olämpligt eller i största allmänhet alldeles för riskabelt. Numera verkar inställningen vara den motsatta. De flesta brukar anse att det man inte bara kan utan till och med bör ställa upp och kanske inte ”kommentera” men i alla fall förklara och svara på frågor kring sina egna domar.

Detta torde vara ett uttryck för en i allt väsentligt positiv utveckling. Men det har sina risker att oreserverat bejaka den. Det finns ett antal ”klassiska” argument mot att domare ”kommenterar” domar de medverkat till. Det viktigaste är kanske risken för att förtroeligheten i rättens överläggningar kan skadas. En lagfaren domare bör dock utan svårighet klara av att hålla sina svar och kommentarer på behörigt avstånd från detta. En annan gammal farhåga är att den kommenterande domaren skall lockas att tillföra andra argument än dem som finns i domskälen, genom att exempelvis söka formulera dessa på ett mer ”folkligt” sätt. Det som i så fall kan ske är att massmedierna blir en del av rättsprocessen, eftersom domarens uttalanden då kan åberopas i en eventuell fortsatt process. Den risken är, tror jag, något större; det har funnits exempel av det slaget i Sverige. Den kommenterande domaren måste därför vara väl förberedd inför intervjuer och företrädesvis hålla sig till det som står i domen. Det kan för övrigt, i massmedialt uppmärksammade ärenden, vara en god idé att redan då domen formuleras tänka över formuleringarna så att de även kan användas i pressmeddelande och muntliga kommentarer. En sådan synkronisering kan vara till gagn för såväl domskälen som för möjligheten att förmedla dessa till

allmänheten. När det gäller språk har jurister en del att lära av journalister. Det juridiska språket är överlägset i precision, men journalister är överlägsna i kommunikation. Min erfarenhet är att jurister underskattar sin förmåga att, sedan ett ställningstagande väl preciserats, uttrycka detta på ett rakt och enkelt sätt. Man föreställer sig att precisionen går förlorad när mindre komplicerade uttrycksformer väljs. Journalistikens styrka ligger just i att omformulera fackspråk i mer allmängiltiga termer. Det är en färdighet som även jurister bör uppmärksammas på.

Rättsväsendets förhållande till massmedia är mångbottnat; det skulle kunna vara ett eget överläggningsämne.¹² Här finns endast utrymme för att konstatera, att det förtroendekapitalet är viktigt att domare som beslutsfattare framträder och ger domstolen ett ansikte och att man aktivt bidrar till att medieinnehållet blir korrekt, men också att framträdande i massmedierna kan innefatta risker från förtroendesynpunkt. En risk av mer strategiskt slag, som rättsväsendet enligt min mening bör förhålla sig till, är det fenomen som ibland kallas "medialisering".

Medialisering syftar på mediernas allt större betydelse i samhällslivet. I Sverige ligger medborgarnas genomsnittliga mediekonsumtion på mellan fem och sex timmar om dagen. Då inräknas den tid då man tar del av något medieinnehåll samtidigt som man även gör annat, men det är ändå en påfallande hög "konsumtion". Det är den kvantitativa delen av medialiseringen. Av minst lika stort intresse är den kvalitativa, dvs den anpassning som sker i samhällslivet i övrigt till medier och mediers villkor. Det innebär att "medielogiken" tar över på områden där den egentligen inte alls är särskilt ändamålsenlig eller "logisk". Politiken är det område där detta tydligast kan iakttas. Politikerna och de politiska institutionerna lever i realiteten i symbios med medierna; demokratins egentliga huvudscen – parlamentet – är ersatt av den mediala scenen, där allt av vikt händer – i enlighet med massmediernas logik.

Ju större delar av samhällslivet som medialiseras, desto större skäl finns det att ta fenomen av detta slag på allvar. Varhelst det dyker upp leder det till förenkling, polarisering och personifiering. Den tidigare svenske statsministern Göran Persson skrev i en rätt bitter kommentar till ett tv-program, som sänts om honom, att han oroades över:

"vart det demokratiska samtalet tar vägen när stort blir smått och smått blir stort i mediernas sätt att spegla en händelse --- jag skräms av en utveckling där politiker bara uppträder och uttrycker sig på ett sådant sätt att de passar in i mal-len för snabba tv-klipp och därefter blir verklighetsfrämmande företrädare långt från medborgarna."

Det hör till medialiseringens natur att ifrågasättanden av det här slaget inte får så stor uppmärksamhet; journalister tycks vara ganska blinda för fenomenets betydelse. Men det bör tas på allvar. Inom samhällssektorer som ännu inte medialiserats bör man fundera över om det är önskvärt att styra utvecklingen i någon riktning och hur

¹² På den finländska högsta domstolens hemsida finns utlagt ett anförande av Leif Sevón, där flera aspekter detta ämne diskuteras, se www.kko.fi, Domaren och den offentliga debatten. Se även dokumentationen från föregående juristmötes (Reykjavik 2005) överläggningsämne "Dommerens uttalelser om gældende ret uden for dommen".

det i så fall kan ske. Rättsväsendet är en av de samhällssektorer som ännu inte är medialiserade.

Det finns bland många jurister en instinktiv skepsis inför massmedial behandling av rättssaker. Den torde delvis bottna i en insikt om att rättsväsendets förtroendekapital lätt kan förskingras av krav på snabbhet och förenkling. I rättstillämpningen är det viktigare att det blir rätt än att det går fort och grundlig sakbehandling med friläggande av varje nyans är den rättsliga prövningens adelsmärke. Det finns alltså goda skäl att inom rättsväsendet motverka tendenser till medialisering.

10. Etiska koder

”Etiska regler” är en patentmedicin i förtroendebanschen. Det har varit journalisters sätt att tvätta bort murvelstämpeln, advokatskråets skrank mot sakförarna och numera det globaliserade näringslivets försök att genom *corporate governance*-koder distansera sig från rövarkapitalismen. Exemplet på skrivna eller oskrivna etiska koder som på ett eller annat sätt syftar till att bygga eller förvalta förtroende kan mångfaldigas: läkaretik, forskningsetik, banketik, reklametik, mäklaretik, gen-etik osv. Skulle detta även kunna vara ett värdefullt instrument när man inom rättsväsendet funderar över förvaltningen av sitt förtroendekapital?

Etiska koder fyller olika slags funktioner. En är inåtriktad. Den har med yrkesidentitet och självbild att göra. Inom professioner där moraliska dilemman återkommer uppstår ett behov bland aktörerna att utbyta tankar och finna gemensamma förhållningssätt. Det hjälper den enskilde utövaren i vardagen och främjar yrkets utveckling. En kod fungerar sammanhållande och kan utgöra ett värn mot anspråk och påtryckningar från andra håll.

En andra funktion riktar sig till mot omvärlden. När en yrkeskår ifrågasätts på moraliska grunder uppkommer ett behov att visa att verksamheten är respektabel och drivs på ett ansvarsfullt sätt. Det kan ske genom att etiska regler antas, gärna i kombination med att utomstående erbjuds insyn och kanske inflytande i interna granskningsorgan. På så sätt kan förtroendet för verksamheten byggas upp hos allmänheten och i grupper som man är särskilt beroende av (kunder, patienter, försökspersoner etc).

Inom rättsväsendet utmärker sig advokatsamfundet med särskilt utvecklade etiska regelsystem. De fyller delvis de ovan nämnda funktionerna. Men därtill kommer en konstitutionell aspekt, nämligen det rättsstatliga önskemålet att advokatväsendet skall stå fritt från statsmakten. Det innebär att utrymmet för lagstiftning och statlig kontroll bör begränsas. Det leder i sin tur till ett ganska påtagligt normativt vakuum, som utfylls av de advokatetiska reglerna och de därtill knutna granskningssystemen.

De ovan omnämnda domarreglerna kan i någon mån sägas utgöra en etisk kod för domare. De synes ha kommit till genom att omvärldens rättskulturer ”scannades av”, varvid det som befanns vara av intresse togs in i reglerna. I den meningen uttrycker de en brett förankrad rättstradition. Idag får det anses tveksamt om de tillför något utöver

sådant som redan finns invävt i rättssystemet som helhet. Reglerna framstår, i den mån de inte är historiskt överspelade, som slagkraftigt formulerade självklarheter utan sammanhang. De uttrycker dock, och däri ligger deras värde, ett *domaretos*, som kanske kan betraktas som tidlöst. Men något etisk kod utgör de inte och så används de ju inte heller.

Någon åklagaretisk kod finns inte, även om det förekommer att "åklagaretiska" överväganden åberopas (se nedan). Inte heller polisen har särskilda etiska regler. Det synes finnas ett allmängiltigt skäl till det.

Det finns redan i polislagstiftningen en hel del regler av "etisk" karaktär. I polisförordningen 4 kap. 1 § heter det t ex att polisman skall "uppträda på ett sätt som inger förtroende och aktning --- hövligt, hänsynsfullt och med fasthet samt iaktta självbehärsknung och undvika vad som kan uppfattas som utslag av ovänlighet eller småaktighet". Det kan jämföras med domarreglernas "uppförandekod", t ex följande ur reglerna 22-23: "Domaren skall tala saktmodeligen med dem som komma för rätten, annars varder han misstänkt, att han icke skall döma rätt, och den misstanken får den till honom som illa tilltalad varder. Förty att man kommer icke för domaren i den akt, att man skall där bannad bliva eller illa tilltalad, utan till att söka sin rätt. --- När domaren sitter för rätta, skall han icke vara på någon part vred, förty vreden förhindrar honom, att han icke kan besinna vad rätt är i saken."

Det som på andra samhällsområden kan behöva fyllas ut genom etiska regler bör inom rättsväsendet höra till gällande rätt. Rättssystemet präglas som sagt av en hög grad av formalisering. Det rimmar illa med detta att utöver de rättsregler som finns uppställa mindre formella och därmed mer skönsmässiga etikregler kring rättsliga procedurer. Ett exempel kan illustrera.

Hösten 2007 fördes en debatt kring ett åklagarbeslag av en dator hos en medarbetare vid ett svenskt TV-företag. En del rättsliga frågor visade sig vara oklara, närmast oreglerade. Det framgick att man i åklagarpraxis ansåg sig ha möjligheter att besluta om beslag av detta slag, men att man samtidigt av "åklagaretiska" skäl ansåg sig böra använda denna möjlighet med försiktighet.¹³ Det är emellertid olämpligt att tvångsmedelsanvändningen skall styras av annat än rättsliga regler, eftersom det öppnar för godtycke och bristande förutsebarhet, dvs det strider mot rättsstatliga principer.

Det finns frågor, som kan ligga i ett gränsland mellan det som bör vara uttryckligt reglerat och det som snarare får anses följa av grundläggande principer. Det kan gälla sådant som uppförande. Det som står i polisförordningen om detta torde ha gällt även denna paragraf förutan och även utan bokstavligt lagstöd går det att i gällande rätt finna täckning för det som citerades ur domarreglerna. Men utrym-

¹³ Åklagaretiken – "god åklagarsed" – åberopas i ett tillsynsärende gällande beslag av en dator hos en advokat. Det sägs bl a: "Ändmålet med beslagsförbudsregeln måste beaktas då innehållet i en beslagtagna dator eller en kopierad hårddisk närmare analyseras. Annars finns det en avsevärd risk att åtgärder vidtas i strid med vad som kan anses åklagaretiskt riktigt." (RÅ:s beslut 2006-12-21) Argumentationen borde enligt min mening i stället rätteligen utgå från rättegångsbalkens regler om proportionalitet.

met för ”etisk” utfyllnad måste på rättsväsendets område vara mycket begränsat. Det är en felaktig tanke att rättsväsendets institutioner på mer eller mindre kommersiella institutioners vis är i behov av att skapa förtroende med hjälp av etiska regler. Rättsväsendet har sitt förtroendekapital uppbyggt på annat sätt.

Det hindrar emellertid inte anläggandet av ett vidare perspektiv. Definitionen av rättsväsendet kan göras mer omfattande än vad som här underförstås, nämligen som hela den sektor av samhället där juridiken utgör arbetsredskapet. Rättsväsendet innefattar då alla som är professionellt verksamma på det juridiska fältet, t ex befattningshavare som bolagsjurister inom näringslivet och ämbetsmannajurister vid statliga myndigheter samt forskare i rättsvetenskap.

Alla dessa aktörer har skäl att diskutera sina yrkesroller. Utan att gå in på detta i varje enskildhet vill jag gärna med min bakgrund peka på frånvaron av en etisk kod inom den rättsvetenskapliga forskningen. Det är en naturlig uppgift för denna yrkesgrupp att informera om rättsväsendet och att vara aktiv för undanröjande av missförstånd i rättsliga frågor. Därvid är det ett återkommande bekymmer med företrädare för rättsvetenskapen som inte beaktar den för all juridisk diskussion grundläggande skillnaden mellan ”information” *de lege lata* och ”agitation” *de lege ferenda*. Inte minst medialiseringsfenomen leder till att det syndas en del i detta gränsland. Det skadar förtroendet för såväl den rättsvetenskapliga forskningen som rättsväsendet som helhet. Ett annat område där det enligt min mening finns behov av ett gemensamt etiskt förhållningssätt gäller rättsutlåtanden. Genom ett inom svenskt rättsväsende överdrivet bruk av sådana har förtroendet för detta instrument urholkats. Rättsutlåtanden uppfattas idag, ofta med rätta, enbart som partsinlagor, långt från *amicus curiae*-traditionen. Ett återupprättande av förtroendet för detta instrument vore värdefullt för rättsväsendet som helhet. Det skulle kunna ske om man inom rättsvetenskapen kunde anta vissa etiska principer för när och hur rättsutlåtanden bör användas.

Ett vidare perspektiv möjliggör även en diskussion kring den eventuella förekomsten av ett för alla rättsväsendets – i vid mening – aktörer gemensamt ansvar. Det är lätt att säga att det borde finnas ett sådant ansvar. Rättsväsendet är dock organiserat som ett rollspel, med tydliga partskonstellationer. I rättssalen är det närmast en förutsättning att parterna förhåller sig kritiskt till varandra. En gemensam etik kan då vara avlägsen. Likväl finns det en hel del som förenar och alla rollerna hör till samma pjäs. I relationen till allmänheten, inte minst den som speglas genom massmedierna, är det lätt att finna för alla rollinnehavare gemensamma intressen.

En kanske alltför from förhoppning är att de olika aktörsgrupperna ibland kunde stötta varandra. T ex skulle åklagare ibland kunna förklara försvarens roll och vice versa. Och även om förbudet mot att kvälja dom är obsolet fanns i detta en kärna som alla aktörer har anledning att besinna, nämligen att det till syvende og sist är domaren som dömer.

Anders Beskow

Statens forpligtelser og ansvar ved
ekstraordinære hændelser

Statens forpligtelser og ansvar ved ekstraordinære hændelser

Vice verkställande direktören *Anders Beskow*, Sverige

Samhället utsätts och kommer i framtiden att utsättas för allvarliga skadehändelser. Samtidigt har vi en ordning där den enskilde och olika privata aktörer har ett eget ansvar för konsekvenserna av skadehändelserna – ett ansvar som går längre än vad många förväntar sig. Skadekostnader, även sådana som kan kopplas till extraordinära händelser, täcks i dag i hög grad av privata försäkringar.

Privat försäkring ger incitament till att skador undviks och att kostnaderna för inträffande skador begränsas. Detta ger en samhällsvinst. Det förekommer dock att en del av olika skäl avstår från att hålla sig med ett privat försäkringsskydd som erbjuds på marknaden. Det reser frågan om det är det lämpligt att staten vid extraordinära skadehändelser ersätter skadedrabbade som inte har tecknat försäkring. Om staten tar ett ansvar, finns det en risk att vi får ett minskat intresse för privat försäkring.

Vi måste också räkna med allvarliga skadehändelser för vilka det i dag inte går att få ett fullständigt försäkringsskydd. I dessa fall kan det framstå som mer naturligt med ett statligt ansvar. En alltför generös inställning hos staten är dock riskfyllt. Statens ansvar vid extraordinära händelser måste förtydligas. En oklarhet kan få allvarliga konsekvenser för den enskilde och för samhället i stort. Diskussionen måste föras innan vid står inför en allvarlig skadehändelse.

1. Skadehändelser och den enskildes skydd

Sammenfatning: Samhället kommer även i framtiden att utsättas för allvarliga skadehändelser med allvarliga konsekvenser för enskilda och för samhället i stort. Frågan är i vad mån ansvaret vid alla olika skadehändelser bör ligga på de olika aktörerna utifrån vad som gäller i dag eller om staten vid extraordinära skadehändelser bör ha ett längre gående ansvar. Vad det ytterst handlar om är om ansvaret ska bäras av den skadelidande själv, den som eventuellt orsakat en skada, ett försäkringsbolag eller staten.

Samhället utsätts och kommer i framtiden att utsättas för mer eller mindre allvarliga händelser. Det kan gälla naturkatastrofer av olika slag, t ex skogsbränder, stormar, översvämningar, värmeböljor samt skred och ras. Men också händelser som kan kopplas till den tekniska utvecklingen, t ex skador förknippade med elektromagnetisk strålning och nanoteknologi, är av intresse. Vidare måste man ta hänsyn till bl a risken för pandemier.

Beroende på situationen drabbas i olika grad enskilda individer och företag liksom samhället i stort av inträffade händelser. Individer kan skadas till person,

såväl fysiskt som psykiskt. De kan också - liksom privata företag, staten och kommuner - drabbas rent ekonomiskt, till följd av exempelvis sagskador och uteblivna intäkter.

Samhället måste på olika sätt anpassa sig till olika tänkbara händelser. Anpassningen bygger på erfarenheter från det förgångna. Men det gäller också att skaffa sig kunskap om vad som kan ligga i ett framtida kort och långt perspektiv.

Med det moderna samhället följer att vi utsätts för allt större risk för skador av olika slag. Befolkningen lever nu t ex mera koncentrerat än tidigare, vilket innebär att en och samma skadehändelse samtidigt kan drabba en stor mängd människor. Av intresse är också att vi har ett allt större antal medborgare, som kan råka illa ut vid skadehändelser utanför det egna landet.

Förväntningarna på det allmänna är i dag stora när det gäller dels insatser för att hindra eller begränsa katastrofliknande skador, dels kostnadsansvaret för sådana skador. Sådan förväntan finns också beträffande händelser som drabbar svenskar utomlands.

Frågan är om ansvaret vid alla olika skadehändelser bör ligga på de olika aktörerna utifrån vad som gäller i dag eller om staten vid extraordinära skadehändelser bör ha ett längre gående ansvar.

Vad det ytterst handlar om är om ansvaret för insatser och ansvaret för kostnader av olika slag ska bäras av den skadelidande själv, den som eventuellt orsakat en skada, ett försäkringsbolag eller staten. De två senare alternativen innebär att ett kollektiv finansierar uppkomna kostnader, antingen i form försäkringspremier eller i form av skatt.

Frågor av detta slag har numera stor uppmärksamhet i många enskilda länder. Det finns förväntningar också på ett effektivt europeiskt samarbete, som garanterar att länderna får internationellt stöd vid exempelvis allvarliga stormar, översvämningar, epidemier och terroristattacker.

Här bör nämnas EU:s sk solidaritetsfond, som inrättades 2002 med anledning av de omfattande översvämningarna i Centraleuropa. Fonden, som har en årlig budget på en miljard euro, har till syfte att komplettera staternas egna insatser. Den ska finansiera en del av staternas egna icke försäkringsbara kostnader i samband med framför allt naturkatastrofer. Fonden ska inte bistå enskilda som drabbats av skadeförluster, något som förklaras av bl a den vikt man lägger vid det skydd som erbjuds i form av privat försäkring. Detta förklarar att så pass begränsade summor kommit att betalas ut från fonden i förhållande till de stora kostnader som naturskadorna vållat under senare år. Klimatskadorna under åren 2002 - 2005 beräknas sammanlagt ha uppgått till drygt 62 miljarder Euro, varav försäkringsbolagen svarat för 21 % av kostnaderna och EU:s solidaritetsfond för endast 2 % av kostnaderna. Utbetalningarna från fonden har motiverats av bl a stormar, översvämningar och bränder. Bidragen har i hög grad använts till återställande av infrastruktur och röjning av skadedrabbade områden. Fonden kan i framtiden få betydelse också vid andra skadehändelser t ex terroristangrepp.

För svensk ställs allt oftare frågan hur man kan skapa system som garanterar ersättning vid större skadehändelser. Det tar sig uttryck i krav på obligatoriska privata försäkringar och "katastroffonder". I fokus står då enskildas och företags intressen, men även kommunernas behov av ekonomiskt stöd vid större katastrofer får en allt större uppmärksamhet.

2. Extraordinär händelse – definition

Sammenfattning: Med utgångspunkt i vad som tas upp i detta referat bör en händelse betecknas som extraordinär först när den får konsekvenser som går så mycket längre än vad som kan ses som normalt. Fundamentalt är att det rör sig om händelser som ställer väsentligt större krav på samhällets aktörer än vad som kan ses som normalt.

Av intresse i detta referat är ansvaret vid vad som kan betecknas som extraordinära händelser. "Extraordinär" innebär att det rör sig om något som avviker från det normala. Men begreppet "normal" är inte entydigt. En händelse kan i ett land ses som normal, samtidigt som den på goda grunder kan ses som extraordinär i ett annat land där den inte inträffat tidigare. På samma sätt kan en inträffad händelse på en viss plats med fog ses som extraordinär; efter en tid, när den blivit mer frekvent på samma plats, kan det dock finnas skäl att beteckna händelsen som ordinär.

Sammantaget kan man alltså varken över tid eller i ett bredare geografiskt perspektiv generellt beskriva vissa händelser som extraordinära. Händelserna måste ofta definieras i ett snävt perspektiv vad gäller både tid och rum.

Med utgångspunkt i vad som behandlas i detta referat bör en händelse betecknas som extraordinär först när den får konsekvenser som går så mycket längre än vad som kan ses som normalt. Uppmärksamhet bör ägnas händelser som tvingar fram ovanligt omfattande och ofta kostsamma räddningsinsatser för att undanröja eller begränsa konsekvenserna samt händelser där själva skadorna är ovanligt kostsamma. I det ligger att det normalt rör sig om situationer där många är utsatta för en fara eller är skadade i något avseende. Fundamentalt är att det rör sig om händelser som ställer väsentligt större krav på samhällets aktörer än vad som kan ses som normalt.

För att det ska vara fråga om en extraordinär händelse ska fokus alltså läggas på följderna av händelsen och inte på händelsen som sådan. De är alltså följderna som ska uppmärksammas när man tar ställning till olika ansvarsfrågor - när man planerar inför allvarliga scenarier och när insatser ska göras med anledning av en inträffad händelse.

Att vissa händelser kan leda till omfattande och allvarliga skador är uppmärksammat sedan länge. Ett belysande exempel är konsekvenserna av en *kärnkraftolycka*.

Ett annat exempel är de dramatiska konsekvenser som ett genombrott i en stor *vattendamm* kan få för omgivningen vad gäller personskador, skador på egendom och infrastruktur samt avbrott i olika verksamheter.

Från senare tid har vi konkreta skadehändelser som måste betecknas som extraordinära, t ex *flodvågskatastrofen* i Thailand 2004, som drabbade också många svenskar och som krävde omfattande vård och andra insatser samt transport av levande och avlidna till Sverige.

Ett annat extremt fall är *stormen "Gudrun"*, som drog fram över Sverige under 2005 och som orsakade stora skador.

Gemensamt för flodvågskatastrofen och stormen Gudrun är att ekonomiskt stöd gavs till flera skadedrabbade av staten och av privata försäkringsbolag till följd av meddelade försäkringar.

Också *översvämningar* bör uppmärksammas i detta sammanhang. Bl a kan nämnas de allvarliga översvämningar som 2002 inträffade på ön Orust på Sveriges västkust. Antalet skador uppgick där till närmare 5 000 och sammanlagt betalade försäkringsbolagen ut mer än 100 miljoner kronor.

Erfarenhetsmässigt berör allvarliga stormar samhället mer än översvämningar, något som belyses av stormen Gudrun. Då drabbades omkring 57 000 enskilda personer och 33 000 företag, varvid försäkringsbolagen betalade ut omkring 4 miljarder kronor. Det ska samtidigt sägas att den sammanlagda skadekostnaden för samhället till följd av stormen Gudrun beräknas till närmare 20 miljarder. En rätt stor del av såg skogsskador för vilka ej tecknats försäkring.

Framtiden rymmer många scenarier där vi kan komma att stå i dramatiska skadesituationer med avbrott i centrala funktioner såväl hos det allmänna som hos privata aktörer. Avbrotten kan i sin tur ha sin grund i bl a *utebliven elleverans* och allvarliga *epidemier*.

Det går vidare inte att komma ifrån att även det svenska samhället kan komma att få uppleva mycket allvarliga *terrordåd* riktade mot person och egendom.

3. Dagens regelverk

Det offentliga åtagandet

Sammenfattning: Den svenska regeringsformen anses ge uttryck för att staten är yttersta garant för medborgarnas säkerhet och trygghet. Det primära ansvaret anses ligga på den enskilde och olika privata aktörer; detta ansvar går många gånger längre än vad medborgarna som regel förväntar sig.

Inför en diskussion om statens ansvar bör erinras om vad som för svensk del allmänt gäller beträffande det offentliga åtagandet.

I 1 kap 2 § regeringsformen anges att den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd ska vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Vidare anges att det särskilt åligger det allmänna att trygga rätten till hälsa, arbete, bostad och utbildning samt att verka för social omsorg och trygghet.

Det er här fråga om målsättningsregler, vilka inte i sig ger medborgarna några rättigheter.

Regeringsformen anses ge uttryck för att staten är yttersta garant för medborgarnas säkerhet och trygghet. Det primära ansvaret anses ligga på den enskilde och olika privata aktörer; detta ansvar går många gånger längre än vad medborgarna som regel förväntar sig.

Ett offentligt åtagande kan ta sig uttryck i olika former. Det kan angå ett huvudmannaskap med ansvar för att en viss verksamhet överhuvudtaget kommer till stånd, t ex genom lagstiftning.

Det offentliga åtagandet kan också avse produktion av tjänster. Vidare kan åtagandet angå själva finansieringen av olika aktiviteter.

Ett offentligt åtagande behöver inte samtidigt avse såväl huvudmannaskap, produktion och finansiering; det kan mycket väl angå bara ett eller två av dessa moment.

Till den del staten inte har ansvar för något av nyssnämnda moment kan ett alternativ vara att den enskildes skydd tillgodoses uteslutande genom frivillig privat försäkring. Och om staten svarar för endast ett huvudmannaskap, exempelvis genom att lagstifta om obligatorisk försäkring, kan en lösning vara att privat försäkring levererar tjänsterna och svarar för finansiering genom försäkringspremier.

Skadeförebyggande verksamhet och räddningsinsatser

Sammenfattning: Enligt det svenska regelverket är den enskilde ansvarig för att förebygga olyckor och att begränsa inträffade olyckor. Kommuners och statens ansvar vid inträffade olyckor aktualiseras först när den enskilde inte själv klarar situationen. Detta tar sikte även på skadehändelser som kan ses som extraordinära. Det betyder att det även i sådana situationer i första hand är den enskilde som har ansvaret.

I lagar och myndighetsföreskrifter ställs krav som är ägnade att minimera risken för skadehändelser av olika slag. Centralt i det förebyggande arbetet är också den krisberedskap, som finns i samhället i form av samverkan myndigheter emellan men också mellan myndigheter och privata aktörer.

Skador som ändå inträffar bekämpas genom räddningsinsatser för vilka för svensk del den enskilde, kommuner och staten har ett ansvar.

Den svenska lagen om skydd mot olyckor syftar till att i hela landet bereda människors liv och hälsa samt egendom och miljö ett med hänsyn till de lokala förhållandena tillfredsställande och likvärdigt skydd mot olyckor. Kommunerna har enligt lagen ett ansvar för förebyggande åtgärder mot olyckor.

Vidare svarar - beroende på typ av händelse - staten respektive kommunerna för att man vid olyckor och överhängande fara för olyckor hindrar och begränsar skador på människor, egendom eller miljö. Men staten och kommunerna ska svara för räddningsinsatser endast om det är motiverat med hänsyn till behovet av snabbt ingripande, det hotade intressets vikt, kostnaderna för insatsen och omständigheterna

i övrigt. Det är alltså den enskilde som har det primära ansvaret för att hindra olyckor och för att begränsa effekterna av inträffade olyckor.

Det nyssnämnda tar sikte även på skadehändelser som kan ses som extraordinära. Det betyder att det även i sådana situationer i första hand är den enskilde själv som har ansvaret. Kommuners och statens ansvar aktualiseras först när den enskilde inte själv klarar situationen. Av naturliga skäl blir dock det allmännas ansvar för räddningstjänst normalt mera påtagligt när det rör sig om extraordinära händelser.

Enskildas kostnader för räddningsåtgärder stannar på den enskilde. På samma sätt svarar staten och kommunerna för sina kostnader för utförd räddningstjänst. Har en kommunal räddningsinsats medfört vad som kan ses som extraordinära kostnader, kan finansiellt stöd ges till kommunen från staten. Den enskilde har alltså inte något kostnadsansvar för de insatser som eventuellt görs av det allmänna.

Vad som beskrivits om det allmännas ansvar för räddningsinsatser tar sikte på aktiviteter inom landet. Det allmännas ansvar för räddningsinsatser till följd av skadehändelser utomlands som drabbar svenska intressen är författningsmässigt mycket begränsat. Utgångspunkten är att den enskilde har ett eget ansvar vid vistelse utomlands. Svenskar som drabbas av skador utomlands kan alltså i dag inte med stöd av regelverken räkna med annat stöd av den svenska staten än vad som följer av bestämmelserna om konsulärt bistånd. Sådant bistånd innebär att om andra lösningar inte står till buds, kan staten tillfälligtvis ta på sig en viss kostnad, som den enskilde senare får ansvaret för.

Den enskildes ansvar för räddningsinsatser har en parallell i villkoren för privat försäkring. Enligt försäkringsavtalen brukar den försäkrade ha en skyldighet att genom olika insatser hindra eller begränsa en överhängande försäkringsskada såvida detta kan ske utan egen fara. Kostnaderna för sådana insatser betalas enligt villkoren av försäkringsbolaget.

Närmare om direkta skadekostnader

Sammenfattning: Direkta ser skadekostnader som drabbar svenska intressen såväl inom som utom landet betalas i princip inte av staten, inte ens vid allvarliga händelser. För ett statligt ekonomiskt ansvar vid en konkret skada krävs i princip ett särskilt regeringsbeslut.

Den som råkat ut för en skada kan ha ett eget försäkringsskydd, som omfattar skada på tex honom själv eller hans egendom.

Har en enskild råkat ut för en skada som har sin grund i en aktivitet av tredje man gäller det att utifrån lagstiftning och praxis lägga fast dennes juridiska ansvar och därefter eventuellt framställa ett skadeståndskrav mot den ansvarige. Skadevållaren kan i sin tur ha ett försäkringsskydd, som täcker skadeståndsansvaret.

Situationen kan också vara sådan den drabbade får stå för hela skadekostnaden själv.

Direkta skadekostnader som drabbar svenska intressen såväl inom som utom

landet betalas i princip inte av staten, inte ens vid allvarliga händelser. För ett statligt ekonomiskt ansvar vid en konkret skada - utöver vad som följer av det nyssnämnda - krävs i princip ett särskilt regeringsbeslut.

Ett givet undantag från vad som nu sagts är när staten enligt civilrätten har ett skadeståndsansvar mot den enskilde.

Ett annat undantag är den ersättning som vid en personskada utgår från den allmänna socialförsäkringen som finansieras genom skatter; enskild som till person drabbas av en skada i Sverige har ett grundläggande skydd genom den allmänna försäkringen. Härigenom garanteras viss ersättning vid inkomstbortfall. Vad som på detta sätt utgår från det allmänna stannar på staten; det finns inte något utrymme för regress från staten mot den som vållat en personskada.

Ytterligare exempel är statlig ersättning, som enligt lagstiftningen utgår om det vid en kärnkraftsolycka visar sig att den ersättning som ska utgå på grund av reglerna om strikt ansvar för anläggningsinnehavaren och som ska täckas av privat försäkring är otillräcklig.

Sammanfattningsvis gäller alltså att skadedrabbade i allmänhet är hänvisade till vad de kan få betalt av ansvarig skadevållare eller dennes försäkringsbolag eller till vad de kan ha rätt till från egen försäkring.

4. Det privata försäkringsskyddet

Teser: Privata försäkringar ger bra incitament att minska antalet skador och att mildra konsekvenserna av inträffade skador.

Skadekostnader, även sådana som kan kopplas till extraordinära händelser och som brukar betecknas som force majeure, täcks i dag i hög grad av privata försäkringar.

Det kan inte accepteras att försäkringsbolag vid allvarliga skadehändelser sätts under politiskt tryck att i strid mot gällande avtal utge ersättning vid allvarliga skadehändelser.

Försäkringsavtalet

Som framgått har den enskilde ett långtgående eget ansvar för vad som drabbar honom eller henne. Mot detta kan den enskilde skydda sig genom olika privata försäkringar. Ett skydd kan också finnas genom eventuella ansvarsförsäkringar, som en skadevållare kan ha tecknat.

Privat försäkring bygger på att ett större antal individer tillsammans bär den ekonomiska risken för att ett begränsat antal försäkrade råkar ut för en viss händelse.

Själva försäkringsavtalet kan ses som vilket avtal som helst. Det ska samtidigt sägas att avtal av detta slag i många länder uppfattas som så speciella att de regleras i särskild lagstiftning.

Försäkringarna anpassas till kundernas önskemål och bolagens erfarenheter. Premier och andra villkor bestäms med hänsyn till vad som framkommer om skaderiskerna. Försäkringarna föreskriver ofta en självrisk samt ett maximalt tak för ersättningen. I försäkringsvillkoren ställs krav, som på olika sätt bidrar till att skador undviks och att inträffade skador inte blir dyrare än nödvändigt. Dessa krav grundas på bolagens expertkunskap beträffande skaderisker m.m. Genom sin konstruktion ger försäkringsavtalet den försäkrade incitament att själv minska risken för försäkringsfall och kostnaderna för försäkringen. Det skadeförebyggande inslaget är alltså av stor betydelse inom privat försäkring.

Från försäkringsskyddet görs en del undantag. Ett exempel är att det inom personförsäkring och skadeförsäkring för konsumenter inte ges något försäkringsskydd för skador som har samband med krig eller krigsliknande situationer inom Sverige eller i annat land där den försäkrade vistas. Det ska dock sägas att undantaget beträffande skador utomlands inte är ovillkorligt; den som befinner sig utomlands när ett krig utbryter kan ha rätt till försäkringsersättning under en kortare tid efter att oroligheterna brutit ut. - På samma sätt görs inom företagsförsäkring undantag från försäkringsskyddet beträffande skador som direkt eller indirekt vållats av bl a krig eller krigsliknande händelser.

Villkor av sistnämnda slag är självfallet av stor betydelse när, som i dag, många svenskar vistas utomlands och inte sällan på platser där krig eller andra oroligheter kan uppstå. Man kan inte bortse från att i en förändrad värld med oroligheter av olika slag kan undantaget i en konkret situation komma att bli föremål för en tolkningsdiskussion.

Skydd mot det oväntade

Grundläggande för privat försäkring är att skydd ges endast för oväntade skadehändelser. Det betyder att försäkringsskydd inte kan ges mot skador som med mycket stor sannolikhet kommer att inträffa. I ett längre perspektiv skulle, om skaderiskerna inte uppmärksammas tillräckligt, detta kunna tillämpas på följderna av bl a vissa naturkatastrofer. Som ett exempel kan tas bebyggelse på nivåer som, med hänsyn till klimatförändringen, med synnerligen stor sannolikhet svämmas över av vatten vid nederbörd.

Skyddet vid allvarliga händelser

Flera av de i avsnitt 2 redovisade exemplen på allvarliga skadehändelser belyser - till skillnad mot en vanlig uppfattning - att privata skadeförsäkringar och personförsäkringar ger skydd också vid händelser som ofta ses som force majeure, exempelvis naturkatastrofer. Vid flodvågen i Thailand täckte sålunda flertalet försäkringar skador som hade samband med katastrofen. Detta betyder att försäkringsbolagen, i vart fall i dag, anser sig ha goda förutsättningar att beräkna risker och därmed bestämma premier också beträffande skador till följd av extraordinära händelser.

Frivillig och obligatorisk försäkring

Det privata försäkringsskyddet kan ha sin grund i helt frivilliga försäkringar, där den enskilde avgör om han eller hon mot en viss premie vill befria sig från den ekonomiska belastning som en skada annars innebär. Men det kan också handla om så kallade obligatoriska försäkringar, alltså försäkringar som man enligt författning måste hålla sig med om man ägnar sig åt viss verksamhet. Som exempel kan tas den obligatoriska trafikförsäkringen och den obligatoriska patientskadeförsäkringen, som tecknas av fordonsägare respektive de som sysslar med hälsovård.

Kommunal verksamhet

Också kommunal verksamhet medför många olika skaderisker, som omfattas av privat försäkring. Det ska samtidigt sägas att all kommunal verksamhet i dag inte skyddas genom privat försäkring. Det gäller inte minst skador på infrastrukturen.

Återförsäkring

Det enskilda försäkringsbolagets möjligheter att täcka en viss risk är ofta beroende av att bolaget i sin tur kan skydda sig genom återförsäkring hos andra försäkringsbolag. Återförsäkring bidrar till en ökad riskspridning och därmed till större försäkringsmöjligheter. Återförsäkringsbolagens riskbedömning och skadeutfall påverkar återförsäkringspremierna, vilka i sin tur har inflytande på direktförsäkringarnas omfattning och premier.

”Kulans”

I vissa sammanhang tillämpar försäkringsbolagen vad som kallas ”kulans” eller ”generös avtalstillämpning”. Därmed avses att ett försäkringsbolag till förmån för den försäkrade går vid sidan av vad som juridiskt följer av avtalet.

Som förklaring till kulans brukar åberopas villkorens stränghet, konkurrensen inom branschen och bolagets kostnader.

Betydelsen av försäkringsvillkorens utformning i detta sammanhang har sannolikt mindre relevans när vi som nu har en tvingande försäkringsavtalslagstiftning, som väl fångar upp försäkringstagarnas skyddsintresse. Tidigare fanns det sannolikt ett visst intresse hos bolagen att – utan att det stred mot lagen – ställa mycket stränga krav i försäkringsvillkoren vilka man i enskilda fall var beredd att efterge.

Konkurrensen mellan bolagen har i dag en inte så liten betydelse för bolagens agerande mot de enskilda kunderna. Generellt sett är konkurrensen nu större än tidigare, något som tar sig uttryck i att kunderna inte i lika stor omfattning som tidigare möter samma försäkringsvillkor i de olika bolagen. Det kan inte uteslutas att detta i någon mån kan locka ett försäkringsbolag till att inte ovillkorligt tillämpa ett villkor som i kundens perspektiv negativt avviker från vad som gäller i andra konkurrerande försäkringsbolag.

Av betydelse för en eventuell generös avtalstillämpning är tveklöst kostnadsfrågan. Bolagen måste självfallet inför en eventuell generös avtalstillämpning överväga hur mycket som i det enskilda fallet kan komma att betalas ut utöver vad bolagen uppfattar som juridiskt korrekt. Men också processkostnader som kan uppkomma om kunden vid ett avslag för processen vidare måste uppmärksammas av försäkringsbolaget.

Bolagen måste också väga in vilken betydelse som en generös skadereglering mot den enskilde kunden kan ha i andra liknande situationer. Om förhållandena i det enskilda fallet har en motsvarighet i många andra skadefall kan det med hänsyn till de ekonomiska konsekvenserna vara svårt att acceptera en generös avtalstillämpning.

Ytterst handlar kulans om bolagens rättsliga ansvar mot försäkringskollektivet som sådant. Kollektivet har berättigade krav på att inbetalda premier används till vad som ryms inom gällande försäkringsvillkor. Försäkringsbolagens handlingsutrymme styrs av försäkringsrörelsereglerna och myndigheternas tillsyn av bolagen.

Inte minst av kostnadsskäl kan man inte räkna med att försäkringsbolag av kulans är beredda att ta på sig ett stort kostnadsansvar vid extraordinära händelser.

Politiskt tryck

Man måste ha respekt för försäkringsavtalets innebörd. Det finns dock en risk att försäkringsbolagen vid allvarliga händelser utsätts för kritik om det visar sig att försäkringarna inte ger skydd mot det slag av skada som kan ha inträffat. I första hand måste detta förebyggas genom att försäkringstagarna är väl informerade om avtalens innebörd.

Tyvärr har vi under senare tid sett exempel på bristande respekt för försäkringsavtalen. Det har sålunda förekommit att försäkringsbolag vid allvarliga skadehändelser satts under så starkt politiskt tryck att det varit svårt för dem att avböja ersättning. Erfarenhet av detta finns från större översvämningar, där en del fastighetsägare haft ett försäkringskydd som inte gått lika långt som det som gällt för andra fastighetsägare och där alltså alla inte haft samma rätt till ersättning för uppkomna skador. Det är inte acceptabelt att försäkringsbolag på grund av politiska utspel kan se sig tvingade att avvika från gällande avtal på ett sätt som kan strida mot gällande lagstiftning.

5. Behovet av klarläggande om det offentliga ansvaret

Teser: Innan vi står inför allvarliga skadehändelser måste det finnas tydliga regler om det allmännas ansvar för insatser och kostnader. Bristande tydlighet kan få långtgående konsekvenser.

En generös inställning hos det allmänna vid extraordinära skadehändelser kan upplevas som orättvist i jämförelse med vad som gäller i andra skadesituationer.

Som påpekats finns det i dag förväntningar på staten, som går längre än vad som gäller enligt svensk rätt. Många tror att skadelidande inte själva behöver bära de stora

kostnader som de kan drabbas av vid ekstraordinære hændelser.

Det er derfor viktig at vi innan allvarlige skadehændelser intræffar har tydelige regler om hur ansvar og kostnader av skilda slag ska fördelas mellan olika aktører. Det allmännas förpliktelse og ansvar er av særskilt interesse i dessa sammenhang. Bristende tydelighet kan få allvarlige konsekvenser.

Reglerne måste vara så klare at det går at førtutse vem som på ulike sätt har ett ansvar vid en eventuell skade. Med tanke på bl a försikringsbolagens interesse i en korrekt premiesætning måste bolagen långsiktig kunne kenne sig trygge på grænsdragningen mellom det allmännas og det privatas ansvar og dermed vad som kan komme at belaste försikringarna.

I situationer når snabbe insatser måste till får det inte råda någon tvekan om ansvarsforhållandene. Passivitet i en konkret situation kan få førdødende følger.

Ytterst handlar det om vem som ska bære ansvaret for at ulike insatser kommer till stånd samt vem som ska svare for insatskostnader og direkte skadekostnader. Dagens ordning där staten i varje enskilt fall tar ställning till om man økonomisk ska bidra till den de som drabbats av en skade skapar usikkerhet og er ikke bra.

Det finns gode eksempler på behovet av klarleggande kring det allmännas ansvar. Vi ser hur vissa kommuner planerer bebyggelse på nivåer som med hensyn till risken for oversvømmingsskader er klart olæmplig. Inställningen hos dessa kommuner synes vara at ansvaret for eventuelle skader ikke vilar på kommunen utan på andra. Samtidig finns en oppenbar risiko at försikringsbolagen ikke anser sig kunne försikre sådan byggnation. Vid en skade kan då finnes store forventninger på staten. Vad som behøvs er ett tydelig ställningstagande på statens side og ett økat ansvarstagande hos kommunerna for at forhindre skader.

Ett annat eksemple er den varierende syn som kommunerna hade på det egne ansvaret i samband med stormen Gudrun; vissa kommuner var - utifrån hur man såg på sitt ansvar - betydlig mer aktive i reddningsarbeidet än andra.

En særskild aspekt på ett eventuelt ansvar hos det allmänna er rettvisesforågan. Ekstraordinære hændelser oppmerksommas ofte derfor at det er mange som drabbas samtidig. For den enskilde er en skade i allmænhet like besværende når helst den intræffar. En generøs inställning hos det allmänna vid ekstraordinære hændelser kan derfor oppleves som orættvist i jæmførelse med vad som gæller i andre situationer. Det krævs en vøl genømtænk argumentation for at forklare en eventuell skillnad mellom ulike skadefall.

6. Statens ansvar - hur det bør vara

6.1. Betydelsen av att privat försikringssskydd står till buds

Teser: Staten bør ikke ta på sig ett kostnadsansvar for skader till följd av ekstraordinære hændelser for vilka det går at få ett privat försikringssskydd. Ett statlig ansvar urhol-

kar i längden intresset för privat försäkringsskydd. Mot bakgrund av att staten anses vara den yttersta garanten för den enskildes skydd kan det vid traumatiska skadehändelser inom Sverige och utomlands vara naturligt med ett visst statligt engagemang.

Grundläggande princip

Privata försäkringslösningar innebär att staten avlastas den ekonomiska börda det innebär att ha ett motsvarande ansvar, något som är av särskilt intresse när de statliga finanserna står under tryck bl a på grund av den demografiska utvecklingen.

Försäkringsbolagens riskbedömning, dess påverkan på premierna och dialogen mellan bolag och försäkringstagare om skadeförebyggande och skadebegränsande åtgärder ger goda incitament att minska risken för skador och att begränsa de skador som inträffar. Genom privat försäkring ges de skadelidande möjlighet till snabb ersättning vid inträffade skador, ofta på ett helt annat sätt än när man är beroende av eventuell ersättning från staten.

Privat försäkring innebär alltså inte bara ett alternativt sätt att finansiera vissa kostnader i samhället. Genom privat försäkring ges ökade förutsättningar för att samhällets skadekostnader kan läggas på en lägre nivå än annars. Privat försäkring ger därmed en samhällsvinst.

I detta sammanhang finns anledning att peka på den utredning som nu görs av den svenska trafikskadelagstiftningen. Som ett led i att få ned antalet skador i trafiken och en effektivare rehabilitering planerar man att lägga i princip hela ansvaret för de trafikskadade på försäkringsbolagen; i dag är ansvaret för personsador i trafiken fördelat mellan det allmänna och staten.

Mot bakgrund av vad som nu anförts talar mycket för att det allmänna inte ska ta ett ansvar beträffande den som kan ha ett skydd genom privat försäkring. Här ska erinras om det långtgående skydd som de privata försäkringarna – enligt vad som beskrivits ovan - ger också vid händelser som kan betecknas som force majeure.

Staten bör i princip inte ta på sig ett ansvar ens i förhållande till den som av olika anledningar avstått från att alls hålla sig med privat försäkring som erbjuds på marknaden ("självförsäkrare") eller avstått från ett försäkringsmoment som tagit sikte just på den typ av skada som vederbörande senare råkat ut för.

Detta betyder att om staten haft en viss kostnad för exempelvis evakuering från ett visst land, bör kostnaden i princip återkrävas av den som berörts av insatsen.

Gör man avsteg från principen om återkrav urholkas intresset för privat försäkring under förevändning att staten förväntas gå in när privat försäkringsskydd saknas.

Vad nu sagts om den privata försäkringens betydelse för det allmännas eventuella ansvar är av intresse för skador som drabbar enskilda personer, företag och kommuner.

En särskild fråga är hur man ska uppfatta försäkringsmarknaden i detta sammanhang eller närmare bestämt vilka krav kan man ställa på potentiella skadelidande att gå över nationsgränsen för att skaffa privat försäkring. Så länge det rör sig om kon-

sumenter och sannolikt också mindre företag, ligger det nära till hands att stanna vid försäkringar som erbjuds på den svenska marknaden. Vad angår större företag kan dock ett bredare perspektiv vara naturligt, varvid det försäkringsskydd som finns att tillgå på den internationella arenan också bör beaktas.

Risken med avsteg från principen

Under senare tid har vi sett exempel på statliga aktiviteter som står i strid mot dessa principer. Efter stormen Gudrun under 2005 framkom att många skogsägare inte hade det försäkringsskydd mot stormskador som fanns att tillgå på marknaden. I ett sådant läge är det inte lämpligt att, på sätt skedde, ekonomisk kompensation utgår från staten till drabbade skogsägare. Agerandet kan framstå som orättvist för de som haft försäkring. Vidare kan det, som redan framhållits, motverka intresset för privat försäkringsskydd.

Det finns anledning att här också beröra Tsunamikatastrofen 2004. Även då tog staten på sig ett visst slutligt kostnadsansvar i förhållande till personer som avstått från att hålla sig med ett privat försäkringsskydd, som i och för sig fanns att tillgå på marknaden. Det angick bl a kostnader för sjukvård på platsen och transporter till Sverige. Även om man kan ha förståelse för det tryck som ställs på staten i en sådan situation, kan man inte bortse från att ett statligt agerande på detta sätt kan bidra till ett minskat intresse för privat försäkringsskydd.

På samma sätt som försäkringsbolagen inte genom "kulans" kan tillämpa en generös avtalstillämpning vid extraordinära händelser, bör inte staten på grund av en händelses karaktär ta på sig ett ansvar för skador som drabbat den som avstått från att hålla sig med ett försäkringsskydd.

Ytterst kan statens agerande få människor att avstå från att hålla sig med ett eget försäkringsskydd. Detta kan vara förödande om staten, när en skada väl inträffar, förklarar att den inte är beredd att svara för uppkomna kostnader.

Det finns anledning att här erinra om vad som under rubriken "Politiskt tryck" i avsnitt 4 ovan tagits upp om det oacceptabla i att försäkringsgivare sätts under tryck att i vissa fall avstå från att åberopa vissa försäkringsvillkor.

Vissa statliga aktiviteter

Staten anses vara den yttersta garanten för den enskildes skydd. Staten är också en politisk organisation som är beroende av medborgarnas stöd och förtroende. I ljuset av detta kan det vid skadehändelser inom Sverige och utomlands som är traumatiska för såväl den närmast drabbade som samhället stort vara naturligt med ett visst statligt engagemang. Det kan annars uppfattas som att staten saknar empati.

Statens engagemang vid en konkret skadehändelse bör i första hand ta sig uttryck i att man säkerställer att samhällets olika aktörer, exempelvis den kommunala räddningstjänsten vid skador inom Sverige, kan ta sitt ansvar.

Mot bakgrund av att allt fler svenskar befinner sig utomlands ökar förväntningarna på staten även när det gäller räddningsinsatser utanför Sverige. Vi ser också ökad ambition hos staten att bistå svenskar vid allvarliga skadehändelser utomlands. Till exempel övervägs nu en svensk lagstiftning, som ska göra det möjligt att i katastrofsituationer ge svensk hälsovård utomlands. Vidare finns ett lagförslag beträffande så kallad statlig konsular katastrofinsats vid allvarlig kris eller katastrof utomlands.

Det ökade resandet motiverar att staten också vid allvarliga händelser utomlands följer upp att olika aktörer på plats kan ge tillräckligt stöd till drabbade svenskar.

Vid allvarliga händelser inom och utom landet bör staten gå in med mera aktiva räddningsinsatser och liknande först när man bedömer att övriga resurser inte räcker för att lösa situationen. Med tanke på de brådskande insatser som ofta behövs vid en allvarlig skadehändelse bör man dock ha förståelse för att staten gör en del aktiva insatser innan det kunnat helt klarläggas om övriga resurser räcker till.

Kostnaderna för eventuella statliga räddningsinsatser inom landet vid allvarliga händelser bör, i linje med det synsätt som gäller i dag beträffande statlig och kommunal räddningstjänst, stanna på det allmänna.

Vad beträffar eventuella statliga insatser för att bistå svenskar vid allvarliga händelser utomlands, till exempel evakuering eller sjukvård på platsen, bör kostnaderna slutligen läggas på den enskilde; kostnader av detta slag täcks normalt av de försäkringar som tillhandahålls på marknaden.

Behovet av samverkan och tydlighet

Vad nu sagts belyser vikten av en nära samverkan mellan staten och den privata försäkringsbranschen, varigenom staten håller sig informerad om det försäkringsskydd som finns att tillgå i form av privat försäkring beträffande händelser inom och utom landet.

Mot bakgrund av det stora ansvar som bör ligga på den enskilde även vid extraordinära händelser är det också angeläget att staten är tydlig. Medborgarnas måste göras väl medvetna om vad som gäller; finns ett försäkringsskydd att tillgå på marknaden ligger ansvaret på den enskilde och någon ersättning från staten kan inte påräknas för direkta skadekostnader. En passivitet på statens sida kan som redan sagts leda till att det vid en skadehändelse kommer att finnas flera skadelidande som - med förväntningar på statligt stöd i olika former - avstått från att hålla sig med privat försäkringsskydd.

Obligatorisk försäkring

Mot bakgrund av den privata försäkringens betydelse för medborgarna kan det synas naturligt att lagstiftaren ställer krav på att försäkring tecknas i avseende på vissa skadrisiker.

Som redan framgått finns obligatoriska försäkringar i Sverige liksom i många andra länder. Ofta avser dessa försäkringar skador som vållas tredje man. Ett vanligt

område for obligatorisk försäkring är trafiken, där försäkringen garanterar ersättning till den som skadas i trafiken.

En obligatorisk försäkring med många försäkrade bidrar till en god riskspridning där det allmänna kan förlita sig på att de skadelidandes intressen tillgodoses.

Det går dock inte att komma ifrån att en obligatorisk försäkring också har vissa nackdelar. För det första kan det ibland vara svårt att ange vilka exakta händelser som bör omfattas av ett obligatoriskt skydd. Vidare kräver en obligatorisk försäkring en administration, som fångar upp alla som omfattas av försäkringsplikten liksom skadefall som vållas av dem som åsidosatt försäkringsplikten. Belysande är svårigheterna att nå alla dem som skulle kunna omfattas av ett eventuellt krav på att hålla sig med reseförsäkring. Det bör också nämnas att om självrisker inte får tillämpas inom obligatorisk försäkring kan intresset för skadeförebyggande åtgärder på den försäkrades sida minska.

Detta betyder att obligatoriska försäkringar inte alltid är en lämplig lösning; i varje enskilt fall måste man noga pröva skälen för och emot ett obligatorium, inte minst om man kan konstatera att försäkring på frivillig väg redan omfattar många.

Vad som däremot alltid är angeläget är att medborgarna görs väl medvetna om de kostnader som de vid en skada kan komma att drabbas av om de inte håller sig med försäkring.

6.2 Betydelsen av att privat försäkringsskydd inte står till buds

Teser: Staten bör vara restriktiv till ett statligt kostnadsansvar beträffande skador som orsakas av extraordinära händelser även när det inte finns tillgång till ett privat försäkringsskydd. Ett statligt ansvar vid sådana händelser hämmar intresset för en produktutveckling inom privat försäkring. Även med en restriktiv inställning till ett statligt ansvar, kan ett visst statligt engagemang vara motiverat vid extraordinära händelser.

En otydlighet kring statens ansvar vid extraordinära skadehändelser kan få allvarliga konsekvenser vid exempelvis dammbrott och terroråd riktade mot vårt samhälle.

Vad som diskuterats i avsnitt 6.1 är statens eventuella ansvar vid extrema händelser när ett privat försäkringsskydd funnits i det konkreta fallet eller i vart fall varit tillgängligt. En annan fråga är vad som bör gälla beträffande statens ansvar vid extraordinära händelser för vilka det på marknaden inte finns något försäkringsskydd alls eller där det visar sig att skadekostnaderna överstiger ett belopp som det inte gått att få ett försäkringsskydd för.

Det går inte att komma ifrån att det i vissa fall inte erbjuds ett försäkringsskydd, något som kan bero på risken för alltför höga skadekostnader eventuellt i kombination med att det inte ges utrymme för att "poola" risken mellan flera försäkringsbolag.

Staten som yttersta garant

Det finns tveklöst extra stora förväntningar på att staten vid extraordinära händelser hjälper dem som inte kunnat få ett skydd genom egen försäkring eller genom ansvarsförsäkring hos skadevållaren. Mot bakgrund av synen på staten som den yttersta garanten för medborgarnas trygghet och säkerhet kan man ha förståelse för detta. Det kan vara rimligt att staten vid en allvarlig skadehändelse till viss del bistår skadade som inte kunnat skydda sig genom privat försäkring.

En alltför generös inställning på statens sida i dessa fall är dock riskfylld. För det första förutsätter det en god kunskap hos staten om vad som är och inte är försäkringsbart till annan. Detta kräver i sin tur nära kontakter mellan staten och försäkringsbranschen. För det andra finns en risk att staten genom ett eget ansvar hämmar utvecklingen på försäkringsområdet. Intresset hos försäkringsbolagen att ta på sig nya åtaganden kan nämligen komma att hållas tillbaka om staten ger intryck av att den är beredd att i många fall bära kostnader vid skadehändelser som inte täcks av försäkring. Mot bakgrund av de privata försäkringsbolagens möjligheter att tillsammans med de försäkrade bidra till färre skador och lägre skadekostnader vore detta olyckligt – för individen och för samhället i stort.

Större tydlighet kring statens ansvar

Det är viktigt att staten - innan en skada inträffar - ger sin syn på det statliga ansvaret vid olika allvarliga skadehändelser där det kan antas att det i dag inte går att få ett tillräckligt försäkringsskydd.

En tydlighet minskar risken för att staten ställs inför skadeståndskrav liknande det som resebranschen efter Tsunamihändelsen riktade mot den svenska staten på grund av vidtagna flygtransporter till Sverige. Utan att det fanns en direkt rättslig grund, beslutade staten att i detta fall ersätta resebranschen med mer än 30 miljoner kronor. Hade staten redan före Tsunamihändelsen varit tydlig på hur man ser på det egna ansvaret hade det kanske varit naturligare för staten att stå emot ersättningskravet, som alltså saknade rättslig grund.

Staten måste sålunda hålla sig väl informerad om försäkringsmöjligheterna och vara tydlig på sitt ansvar. Ett bra exempel på klarhet är den svenska lagstiftningen om *kärnkraftsolyckor*, som bygger på ett internationellt samarbete. Lagen tar i hög grad hänsyn till vikten av att tredje man hålls skadeslös vid en eventuell olycka. Lagen, som föreskriver obligatorisk privat ansvarsförsäkring, ger ett långtgående skydd för tredje man vid dessa extraordinära händelser. Statens ansvar vid skador som ligger över det skydd som den privata försäkringsmarknaden erbjuder är noga redovisat i lagen. Och omfattningen av det försäkringsskydd som erbjuds på marknaden har under lång tid följts upp av staten.

Här bör också pekas på vad som gäller vi *oljeskador* till sjöss. Vid skador av detta slag gäller ett i princip strikt skadeståndsansvar upp till ett visst belopp. Detta ansvar ska enligt regelverken vara täckt av privat försäkring. Om skadekostnaderna vid en

olycka överstiger vad ägaren till berört fartyg ansvarar för, kan ersättning utgå från den internationella oljeskadefonden. Denna fond bygger på internationella konventioner och finansieras genom bidrag från beställarna av oljetransporter.

Vi ser dock också exempel på en besvärande oklarhet kring statens ansvar. Ett angår statens eventuella ansvar för konsekvenserna av ett allvarligt *dammbrött*. Sedan försäkringsbolagen för ett antal år sedan uppmärksammat att de vid ett större dammbrott inte skulle kunna möta ersättningskrav som översteg bolagens kapacitet, beslöt bolagen att i villkoren för egendomsförsäkring undanta skador till följd av dammbrott. Vid samma tillfälle slog lagstiftaren fast att dammägare har ett strikt ansvar för inträffade skador. Frågan om obligatorisk försäkring behandlades dock inte.

Det är att märka att dammägarnas ansvarsförsäkringar i dag har sådana beloppsbegränsningar att alla skadelidande vid en allvarlig dammolycka av allt att döma inte kan påräkna full kompensation. De skadelidande har därför att räkna med att de vid en svår olycka måste kräva skadestånd av dammägaren själv, vilket självfallet inte garanterar ersättning för hela skadan. Frågan om staten, i fall att de skadelidande står utan ersättning, är beredd att ta på sig vissa kostnader i förhållande till de skadedrabbade är obesvarad. Detta är självfallet mycket otillfredsställande.

Det är möjligt att dammägarna i dag har svårt att få ett större försäkringsskydd än vad som gäller i dag. Det finns dock en risk - om staten inte uppmärksammar frågan tillräckligt - att ansvarsförsäkringarna inte utvecklas på ett önskvärt sätt. Den uppmärksamhet som statsmakterna under senare tid ägnat försäkringsmöjligheterna för kärnkraftsindustrin saknar motsvarighet beträffande vattendammarna.

Slutsatsen av detta är att staten inte kan stanna vid att ställa stora krav på dammsäkerhet och beredskap inför eventuella olyckor. Staten bör öppet redovisa antingen att medborgarna inte ska förvänta sig att staten tar ett kostnadsansvar vid en eventuell allvarlig dammolycka eller att staten är beredd att ta på sig i vart fall ett visst ansvar för skador som inte omfattas av försäkring som erbjuds på marknaden. Det senare förutsätter att staten, som är fallet på kärnkraftområdet, fortlöpande håller sig informerad om försäkringsbolagens möjligheter att täcka dammägarnas ansvar genom ansvarsförsäkring. Det ligger också nära till hands att staten, av intresse för tredje man, överväger om det enligt lag bör åligga dammägarna att ha ansvarsförsäkring med ett skydd som går så långt som man kan anta att försäkringsbolagen kan leva upp till.

Vad nu sagts om eventuella dammolyckor är ett exempel på en tänkbar allvarlig skadehändelse. Staten bör också överväga sitt ansvar vid andra tänkbara extraordinära händelser där det kanske inte är möjligt att få ett fullständigt försäkringsskydd. Som exempel kan tas ett allvarligt *terrordåd* där det i försäkringsskyddet i dag - utöver beloppsbegränsningar som vid all försäkring - kan förekomma undantag för skador till följd av användning av biologiska och kemiska medel liksom kärnämnen. I en del länder finns tydliga lösningar av innebörd att också staten i vissa fall går in med ersättning vid terrordåd. En sådan diskussion förs inte i Sverige.

Prioritering av statligt stöd till vissa skadelidande

En särskild aspekt i fråga om statens eventuella ersättningsansvar vid extraordinära händelser är vilken betydelse det ska ha om det är konsumenter eller näringsidkare som drabbas av en skada som inte täcks av försäkring. Om den statliga sammanlagda ersättningen inte räcker till alla skador, talar en hel del för att fysiska personers intressen prioriteras. Man kan å andra sidan inte alltid bortse från vad som drabbar privat affärsverksamhet, lika litet som kommunal verksamhet. Ett statligt stöd till sådan verksamhet kan nämligen möjliggöra fortsatt samhällsviktig verksamhet till gagn för samhället i stort. Även aspekter av detta slag måste vägas in.

Icke försäkringsbara skador i kommunal verksamhet

Vissa skador som drabbar kommuner har fått stor uppmärksamhet under senare tid. Nyligen har i Sverige lagts fram författningsförslag om ett riskfinansieringssystem med avseende bl a på skador på den kommunala infrastrukturen till följd av naturkatastrofer. Upp till en viss nivå föreslås den enskilda kommunen själv svara för kostnaderna. Kostnader över denna nivå ska upp till en viss högre nivå ersättas genom en obligatorisk kommunal katastrofförsäkring, som finansieras av kommunerna själva men som administreras av staten. I den mån skadorna överstiger den högsta nivån i den obligatoriska försäkringen ska enligt förslaget staten bära kostnaderna. Av intresse är att ersättning från försäkringen eller - när det gäller mycket höga kostnader enligt det nyssnämnda - från staten ska utgå endast när kostnaderna inte kan täckas av annan försäkring.

Förslaget vilar alltså - i linje med vad som förordas i detta referat - på principen att skydd i form av privat försäkring ska utnyttjas av kommunerna i första hand och att ett statligt ansvar aktualiseras först när man passerat gränsen för vad som kan skyddas genom privat försäkring. Härigenom ges utrymme för att utnyttja den incitament som ryms inom privat försäkring som innebär att samhällets skadekostnader som sådana kan läggas på lägre nivå än annars.

Förslaget har den ytterligare fördelen att vi kommer bort från dagens ordning där staten vid allvarliga händelser i varje enskilt fall tar ställning till om statlig ersättning ska gå till drabbade kommuner.

7. Fonder

Sammenfattning: Fondlösningar, vid sidan av privata försäkringslösningar, med inriktning på olika tänkbara skadehändelser bör uppmärksammas av staten på ett helt annat sätt än vad som förekommit hittills.

Fondlösningar - som alternativ till privat försäkring - med statligt engagemang i olika former förekommer i en del länder såvitt gäller bl a skador till följd av naturkata-

strofer. Det ska samtidigt sägas att i vissa länder förekommer inte någon som helst inblandning av staten vad gäller garantier för att skadelidande får ersättning vid t ex naturkatastrofer.

Som framgått ovan väcks ibland i svenska politiska sammanhang förslag att skapa "katastroffonder" som ett alternativ till privata försäkringslösningar. Förslagen har dock hittills avvisats, vilket i någon mån överraskar.

Det statliga inslaget i en fond kan variera i omfattning. För det första kan staten i lag föreskriva en fondlösning för vissa sammanhang. Staten kan också tänkas svara för administrationen av en fond. Vidare kan staten också helt eller delvis bidra ekonomiskt till en fond.

En fondlösning kan vara motiverad när man kan konstatera att det inte finns tillgång till ett som det anses fullgott privat försäkringsskydd samtidigt som man vill kunna garantera skadedrabbade ett visst skydd.

En fond kan skapas för att finansiera skador i framtiden eller för att täcka redan inträffade skador. När den byggs upp för framtida bruk ger den en viss garanti för att det vid en eventuell skadehändelse finns medel till att täcka olika kostnader.

Fondlösningar har också vissa nackdelar. Ofta tar det tid innan en fond får en tillräcklig ekonomisk kapacitet och det är alltid osäkert om fonden kommer att kunna täcka allt vad den är avsedd för. Vidare kan bidragens storlek till fonden inte alltid anpassas till eventuella skadeförebyggande insatser, inte minst när en fond byggs upp för att täcka redan inträffande skador.

Till detta kommer att en fond, liksom ett försäkringsbolag, kräver kompetens och administration. Det finns också en risk att en fond genom sin existens rycker undan utrymmet och intresset för privat försäkring och därmed de positiva incitament som ligger i sådan försäkring.

Avslutningsvis ska erinras om vad som tidigare redovisats om EU:s solidaritetsfond, som finansieras av de olika medlemsländerna. Som framgått ska fonden - på samma sätt som gäller för den internationella oljeskadefonden - utnyttjas endast vid skador som inte täcks av försäkring. På så sätt ska fondernas existens inte rycka undan det fundamentala och viktiga inslaget i privat försäkring, nämligen incitamenten till skadeförebyggande och skadebegränsande insatser. Man ska dock inte bortse från att existensen av fonder, liksom statliga utfästelser i olika former, kan hämma intresset för en för hela samhället angelägen produktutveckling inom privat försäkring.

Jan Schans Christensen

Fællesnordisk aktieselskabslovgivning?

Fællesnordisk aktieselskabslovgivning?

Professor, dr. jur. *Jan Schans Christensen*, Danmark

Oplægget behandler spørgsmålet, om det er formålstjenligt at stræbe efter en fællesnordisk aktieselskabslovgivning. Dette spørgsmål undersøges og drøftes med afsæt i fire teser. Den første tese er, at det ikke er givet, at harmonisering på nordisk plan tjener de nordiske landes interesser. Anden tese er, at der ikke er behov for et nordisk selskab. Tredje tese er, at der ikke er behov for nordiske regler om grænseoverskridende fusioner og spaltninger, mens fjerde tese er, at der ikke er behov for i øvrigt at harmonisere nordisk aktieselskabsret.

1. Indledning

Titlen for dette oplæg rummer spørgsmålet, om vi i Norden skal eller bør have en fælles nordisk aktieselskabslovgivning. Med udtrykket en "fællesnordisk aktieselskabslovgivning" tænkes i denne sammenhæng på nordiske selskabslove, som i al væsentlighed er ens, men hvor der dog findes visse forskelle begrundet i det enkelte lands særlige forhold og ønsker. Vi har ikke en sådan fælles lovgivning i dag, om end der har været flere tilløb hertil i årenes løb, ligesom de nordiske aktieselskabslove i perioder har været relativt ensartede. Dette skyldes, at der navnlig i gennem 1960'erne har været et ganske nært samarbejde mellem de nordiske lande om aktieselskabsretten.

Det, som ud fra en nordisk synsvinkel påkalder sig opmærksomhed i dag, er, hvorvidt det er formålstjenligt at stræbe mod en fællesnordisk aktieselskabslovgivning. Der er sket en betydelig udvikling siden arbejdet hen i mod en fællesnordisk aktieselskabslovgivning pågik, og en række forhold, herunder ikke mindst de nordiske landes medlemskab af EU eller EØS, har medført, at der i en årrække har været mindre fokus på et nordisk samarbejde om selskabsretten.

2. Den historiske baggrund

Reguleringen af aktieselskaber i Europa kom relativt tidligt, for Frankrigs vedkommende kom den første egentlige selskabsretlige regulering allerede i 1807. Andre europæiske lande fulgte efter, England i 1844 med Joint Stock Companies Act og Tyskland i 1861.

Blandt de nordiske lande var Sverige først med en aktieselskabslov i 1848, Norge fulgte i 1910 og Danmark i 1917.

Der havde ganske vist været et vist uformelt samarbejde mellem de nordiske lande længe før, men det var først i 1934, at et mere formaliseret nordisk samarbejde kom

i stand på den svenske regerings initiativ. Uanset samarbejdet var udarbejdelsen af lovforslag stadig et nationalt anliggende, idet en fælles nordisk lov dengang ansås for uopnåelig. Genstanden for drøftelserne var derfor tilpasning og udbygning af de dagældende selskabslove.¹

Ønsket om at skabe større ensartethed i de nordiske aktieselskabslove sattes igen på dagsordenen i 1961, denne gang af Nordisk Råd. Fra oprindelig at have fokuseret på afgrænsede forhold – såsom selskabsledelsens legitimation udadtil samt adgangen for nordiske statsborgere til at være stiftere, bestyrelsesmedlemmer og direktører – blev ambitionsniveauet løftet således, at samarbejdet skulle sigte på at skabe så vidt muligt ensartede nordiske love om aktieselskaber. Danmark tog dog forbehold for, at dette videregående samarbejde ikke skulle være til hinder for en gennemførelse af det udkast til aktieselskabslov, som den danske aktielovskommission havde forberedt.²

Ikke desto mindre førte samarbejdet til, at de nordiske aktieselskabslove, der blev vedtaget i de år, der fulgte, i vidt omfang var bygget op over den samme læst, og langt hen ad vejen indeholdt de ensartede regler.³

Danmarks medlemskab af EF i 1972 markerede et vendepunkt i denne udvikling. Vedtagelsen af en anpartsselskabslov og den dermed skabte hjemmel til efter tysk forbillede at gøre brug af en selskabsform rettet særligt mod små selskaber med en begrænset ejerkreds indebar, at Danmark skilte sig ud fra de øvrige nordiske lande. Herudover betød den omstændighed, at Danmark blev undergivet de fællesskabsretlige retsakter, herunder ikke mindst en række selskabsdirektiver, at opmærksomheden fra dansk side i vidt omfang rettedes mod det europæiske samarbejde.

Sverige og Finland er som bekendt efterfølgende også blevet medlem af EF (nu: EU), mens Norge og Island har tilsluttet sig EØS-samarbejdet. Dette har naturligt ført til, at også disse lande de senere år primært har været optaget af det europæiske samarbejde og i mindre grad af samarbejdet på det nordiske plan.

Et forsøg i 1998 fra Nordisk Ministerråds side på at genoptage samarbejdet har ikke båret frugt, og det reformarbejde, som har fundet sted i en række af de nordiske lande (dog ikke Danmark) i gennem 1990'erne, bærer ikke meget præg af fællesnordisk samarbejde.⁴

Der gøres fra tid til anden forsøg på at undersøge og kortlægge de eksisterende barrierer for adgang til markederne eller virksomhedsetablering, –drift eller –

¹ Jf. Bernhard Gomard, *Aktieselskabsret*, 2. udgave 1970, p. 71.

² Jf. Betænkning nr. 362/1964 om revision af aktieselskabslovgivningen, p. 6.

³ Jf. herved for Danmarks vedkommende betænkning nr. 540/1969 om en fællesnordisk aktieselskabslov, hvis titel signalerer den nordiske forankring af det danske betænkningsarbejde.

⁴ Jf. redegørelsen for reformarbejdet hos Mette Neville i Mette Neville og Karsten Engsig Sørensen (red.), *The Regulation of Companies – A tribute to Paul Krüger Andersen*, p. 39 ff. Se ligeledes bemærkningerne hos Paul Krüger Andersen i Ulf Bernitz (red.), *Modern Company Law for a European Economy – Ways and Means*, p. 263 ff.

opkøb samt redegøre for, hvilke initiativer der kan tænkes at fjerne eller mindske nogle af disse barrierer.⁵

3. Status for udviklingen i de nordiske landes aktieselskabslove

Det er en kendsgerning, at de nordiske landes aktieselskabslove i dag repræsenterer flere forskellige løsninger, hvor den fællesnordiske indflydelse og ensartethed er begrænset.

På det strukturelle plan har Sverige og Finland åbnet mulighed for at både aktieselskabsformen og anpartsselskabsformen anvendes, men har valgt at lade begge former omfatte af én og samme lov, mens Norge og Island, på linje med Danmark, har valgt at regulere de to former i hver sin lov. Den danske økonomi- og erhvervsminister har i 2006 iværksat et omfattende reformarbejde vedrørende aktie- og anpartsselskabslovgivningen, og det vides endnu ikke, om Danmark fremover vil fastholde opdelingen i to love.

Traditionelt har alle de nordiske lande været præget af, at de har haft relativt kortfattede selskabslove, hvor mange spørgsmål var overladt til at blive besvaret i administrativ praksis og domstolspraksis. Dette forhold er nu ændret i flere lande bl.a. med den følge, at selskabslovene er blevet mere omfangsrige. Den svenske Aktiebolagslag, som med virkning fra 1. januar 2006 afløste den hidtidige svenske aktieselskabslov, indeholder eksempelvis ikke mindre end 785 paragraffer, hvilket er næsten dobbelt så meget som den hidtidige lov.⁶

Mange af de forskelle mellem de nordiske landes regulering af aktieselskaber, der findes i dag, er af strukturel, systematisk og teknisk karakter. Der er imidlertid også en række væsentlige ændringer i den materielle regulering af aktieselskaber. Den gældende finske aktieselskabslov er f.eks. i høj grad præget af et ønske om at give selskaberne og deres ejere en større fleksibilitet til at indrette sig, som de finder bedst, hvor der ikke foreligger særlige modhensyn. Ikke alle de nordiske lande har taget dette skridt (endnu), som ellers er i harmoni med den tradition, der har præget de nordiske selskabslove.

I dag repræsenterer de nordiske aktieselskabslove således forskellige tilgange og løsninger på en række selskabsretlige spørgsmål, og der kan ikke siges at eksistere noget, der minder om en fælles lovgivning på området. Vi kan næppe heller længere tale om, at der f.eks. findes en nordisk ledelsesmodel, selvom der er visse fælles træk ved ledelsesstrukturene i nogle af de nordiske selskabslove.⁷

⁵ Jf. rapporten *Over grænsen efter konkurrenceevne - Udredning om betydningen af skatte- og selskabsretlige barrierer for virksomhedssammenlægninger og -køb over grænserne i Norden*, udarbejdet af Oxford Research A/S på foranledning af Nordisk Industrifond og Nordisk Ministerråd, maj 2002, samt rapporten *Nordisk Konkurrencekraft - barrierer for erhvervsmæssig synergi i Norden 2006* udarbejdet af Oxford Research A/S på foranledning af Nordic Innovation Centre (Nordisk Ministerråd) februar 2007.

⁶ Jf. nærmere hos Paul Krüger Andersen i Ulf Bernitz (red.), *Modern Company Law for a European Economy - Ways and Means*, p. 274 f.

⁷ At der, i hvert fald indtil for nylig, har eksisteret noget der minder om en nordisk ledelsesmodel rede-

Det er givet, at de nordiske lande ikke kan vedtage en fællesnordisk aktieselskabslovgivning, som er uforenelig med bindende EU eller EØS-retsakter. De selskabsretlige direktiver efterlader imidlertid på mange områder mulighed for, at medlemslandene træffer nærmere bestemmelse om et givet forhold ud fra, hvad landene finder mest hensigtsmæssigt. Dette gælder f.eks. med hensyn til indretningen af selskabers ledelse og disses virke, herunder opgaver og ansvar. Det står med andre ord de nordiske lande frit at danne en fællesnordisk selskabslovgivning indenfor de fællesskabsretlige rammer. De nordiske landes traktatretlige forpligtelser forhindrer dog selvsagt, at borgere og virksomheder fra andre EU- og EØS-lande diskrimineres i forhold til nordiske statsborgere.

4. Er det formålstjenligt at stræbe efter en fællesnordisk aktieselskabslovgivning?

For at kunne besvare dette spørgsmål, er det nødvendigt at tage stilling til en række delspørgsmål, som jeg i det følgende præsenterer med henblik på, at de kan danne udgangspunktet for diskussionen.

Til brug for dette vil jeg fremsætte et antal teser eller synspunkter, hvoraf den første er sålydende:

4.1. Det er ikke givet, at harmonisering på nordisk plan tjener de nordiske landes interesser

Det traditionelle argument for at indføre fælles regler i en flerhed af lande eller markeder er ønsket om at opnå øget økonomisk integration mellem erhvervslivet i de pågældende lande eller markeder. Gennem fælles regler kan adgangen til andre markeder end hjemmemarkedet samt handel og etablering af virksomhed på tværs af landegrænserne gøres lettere og dermed billigere, hvilket vil gavne erhvervslivet og dermed samfundet som sådant. De midler, som investeres i erhvervslivet vil blive anvendt bedst, hvis der ikke er juridiske (eller andre) barrierer, som er til hinder for den mest hensigtsmæssige anvendelse. Diskussionen af denne type integration har traditionelt indtaget en central rolle, når harmonisering har været drøftet i Nordisk Råds regi.

Udover denne, om man vil, almindelige interesse i integration, har der været peget på, at de nordiske lande som region vil have en interesse i at være knyttet sammen ud fra den betragtning, at en kritisk masse indenfor specialiseret forskning, veluddannet arbejdskraft og dynamiske erhvervsmiljøer, vil sætte Norden i stand til at konkurrere med andre betydende vækstregioner i verden.⁸ Ofte har f.eks. Øresunds-

gøres der for hos Jesper Lau Hansen i *Nordic Company Law – the Regulation of Public Companies in Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden*, 2003, p. 72 ff.

⁸ Jf. rapporten *Nordisk Konkurrencekraft – barrierer for erhvervsmæssig synergi i Norden 2006* udarbejdet af Oxford Research A/S på foranledning af Nordic Innovation Centre (Nordisk Ministerråd) februar

regionen været fremhævet som et område, hvor virksomhederne har interesse i et tæt samarbejde.

Et andet synspunkt, som kan gøres gældende, er, at de nordiske lande hver især – ligesom andre lande – konkurrerer for at tiltrække virksomheder for dermed at skabe arbejdspladser, udvide beskatningsgrundlaget og skabe øget velstand. Den aktieselskabsretlige regulering indgår kun med en vis vægt, når der skal træffes beslutning om, hvorvidt en virksomhed ønsker at etablere sig eller forblive i et givet land. I den forbindelse spiller selskabsretten generelt en rolle sammen med eksempelvis skattemæssige forhold og medarbejderforhold. Aktieselskabsformen optræder imidlertid i denne forbindelse i konkurrence med andre retsformer, herunder anpartsselskabsformen. Hvorvidt et lands selskabsret vil blive foretrukket, vil derfor bero, ikke på aktieselskabsretten alene, men på de muligheder, som selskaberne og deres ejere generelt har for at indrette sig, som de finder mest hensigtsmæssigt.

I USA var der tidligere en betydelig debat om, hvorvidt selskabsretten skulle være et føderalt anliggende eller et delstatsanliggende. Nogle gjorde gældende, at de amerikanske delstaters udformning af deres selskabslove var drevet af et ønske fra visse delstaters side om at få det størst mulige antal selskaber til at registrere sig i delstaten med den følge, at delstaten opnåede retten til en særlig registreringskat. Da selskabers ledelse har en central rolle ved afgørelsen af, i hvilken delstat selskabet skal registreres, har de pågældende delstater bestræbt sig på at udforme deres selskabslove således, at ledelsen er blevet styrket på aktionærene bekostning. Dette gav anledning til bekymring hos nogle om, at der ville opstå et "race to the bottom.", jf. f.eks. William Cary i 88 *Yale Law Journal* 663 (1974). Omvendt blev det fremført til støtte for ikke at harmonisere på føderalt (eller EU) niveau, at de amerikanske delstaters frihed til at indrette sig, som de har fundet mest hensigtsmæssigt, angiveligt har betydet, at der i mange delstater er fremkommet selskabslove, som har tilpasset sig selskabernes og markedernes ønsker. Der er med andre ord opstået en for selskaberne sund konkurrence blandt delstaterne om at opnå den mest hensigtsmæssige regulering for dermed at tiltrække flest selskaber. I stedet for et "race to the bottom" er der angiveligt startet et "race for the top". Det synspunkt, at selskabsretten ikke skal harmoniseres, er bl.a. fremført af Roberta Romano, *The Genius of American Corporate Law*, 1993. Den herskende opfattelse i dag synes at være, at der aldrig kom et race to the bottom. Spørgsmålet er tillige behandlet hos Hanne Søndergaard Birkmose, *Konkurrence mellem retssystemer. Delaware-effekten i et europæisk selskabsretligt perspektiv*, 2004.

I det omfang der lægges vægt på, at det enkelte nordiske land skal fremstå så attraktivt som muligt for investorer fra hele Europa og det øvrige udland, vil der ikke nødvendigvis være den store vilje hos det enkelte nordiske land til at arbejde med et nordisk harmoniseringsprojekt.

Selvom det lægges til grund, at de nordiske lande måtte have interesse i at opnå integration og dermed harmonisering, er det ikke givet, at der er behov for harmonisering. Det er givet, at selskabsretten i alle tilfælde kun er én (om end væsentlig) faktor, og at mange af de elementer, som er afgørende for, om integration opnås, ligger udenfor den selskabsretlige regulering.

For at kunne tage stilling til, om fællesnordisk aktieselskabsret er et relevant og egnet redskab må det undersøges, hvilken type barriere eller problem som søges fjernet henholdsvis løst.

I den forbindelse er min anden tese:

4.2. Der er ikke behov for et nordisk selskab

Med udtrykket "et nordisk selskab" menes i denne sammenhæng en selskabsform, der er fælles for de nordiske lande, og som kan benyttes i alle landene.

I en undersøgelse fra maj 2002,⁹ baseret på en henvendelse til en række virksomheder, peges der som et af de væsentlige problemer på, at det ikke er muligt at etablere et "egentligt nordisk selskab". Som følge heraf er det ifølge rapporten nødvendigt at have komplette virksomhedsstrukturer i hvert land og holdingstrukturer til at binde selskaberne sammen, hvorved der ikke kan gennemføres en egentlig integration af selskaberne. Undersøgelsen synes ikke at tage i betragtning, at de fællesskabsretlige regler allerede på det tidspunkt, hvor undersøgelsen blev foretaget, gjorde det muligt for et aktieselskab i et EU/EØS-land at etablere virksomhed i et andet EU/EØS-land gennem filialdannelse, hvorved det påpegede problem i vidt omfang kunne løses. Dette ændrer dog ikke på det forhold, at der vil kunne være fordele ved en retsform, der er undergivet fælles regler.

I det europæiske arbejde om selskabsretten blev grundstenen til drøftelserne om en væsentligt mere ambitiøst fælleseuropæisk selskabsform allerede lagt for næsten 50 år siden.¹⁰

Først meget senere, i oktober 2001, vedtog Rådet forordningen om Statut for det Europæiske Selskab (Societas Europaea, forkortet "SE") og det tilhørende direktiv om medarbejderindflydelse (SE-medarbejderdirektivet).¹¹ Begge retsakter trådte i kraft den 8. oktober 2004. Den oprindelige hensigt om, at SE-selskabet skulle være en supranational selskabsform viste det sig ikke muligt at opnå politisk enighed om. Den endelige version af forordningen indeholder således en række grundlæggende bestemmelser, som suppleres af henvisninger til lovgivningen i det land, hvor selskabet har sit vedtægtsmæssige hjemsted og hovedkontor.

⁹ Jf. rapporten *Over grænsen efter konkurrenceevne - Udredning om betydningen af skatte- og selskabsretlige barrierer for virksomhedssammenlægninger og - køb over grænserne i Norden*, udarbejdet af Oxford Research A/S på foranledning af Nordisk Industrifond og Nordisk Ministerråd, maj 2002, p. 39 ff.

¹⁰ Jf. herom hos Jan Schans Christensen og Sanne Dahl Laursen, *Det Europæiske Selskab*, 2007, p. 40.

¹¹ Jf. Rådets forordning 2157/2001 samt Rådsk Direktiv nr. 2001/ 86/EF, begge af 8. oktober 2001.

SE-forordningen fastsætter udtømmende de måder, hvorpå et SE-selskab kan stiftes. Den første stiftelsesmåde er stiftelse af et SE-selskab ved fusion mellem aktieselskaber, hvor mindst to af selskaberne henhører under forskellige medlemsstaters lovgivning, jf. art. 2, stk. 1, og 17-31. Den anden stiftelsesmåde er stiftelse ved, at aktieselskaber eller andre selskaber med begrænset ansvar etablerer et holdingselskab, hvor mindst to af selskaberne er omfattet af forskellige medlemsstaters lovgivning, eller i mindst to år har haft et datterselskab eller en filial i en anden medlemsstat, jf. art. 2, stk. 2, og 32-34. Den tredje stiftelsesmåde er stiftelse ved, at selskaber omfattet af EF-traktatens art. 48, stk. 2, eller andre privatretlige eller offentligretlige juridiske enheder etablerer et fælles datterselskab, og hvor mindst to af selskaberne er omfattet af forskellige medlemsstaters lovgivning, eller i mindst to år har haft et datterselskab eller en filial i en anden medlemsstat, jf. art. 2, stk. 3, og 35-36. Den fjerde stiftelsesmåde er stiftelse ved at et aktieselskab omdanner sig til et SE-selskab, forudsat at det i mindst to år har haft et datterselskab i en anden medlemsstat, jf. art. 2, stk. 4, og 37. Herudover kan et allerede etableret SE-selskab som en femte stiftelsesmåde stifte et nyt SE-selskab som datterselskab, jf. art. 3, stk. 2. Jf. nærmere herom hos Jan Schans Christensen og Sanne Dahl Laursen, *Det Europæiske Selskab*, 2007, p. 137 ff.

En væsentlig nyskabelse er SE-selskabets mulighed for at flytte vedtægtsmæssigt hjemsted over landegrænser (og dermed skifte nationalitet), uden at selskabets status som retssubjekt forsvinder. Det fremgår således af forordningens art. 8, stk. 1, 1. pkt., at et SE-selskabs vedtægtsmæssige hjemsted kan flyttes til en anden medlemsstat i overensstemmelse med procedurerne i forordningens art. 8, stk. 2-13. Dette aspekt af SE-selskabet er af særlig interesse nu, hvor Kommissionen har taget sit forslag til fjortende selskabsdirektiv om selskabers nationalitetsskifte af bordet.¹²

Herudover skal bemærkes, at et SE-selskab er et aktieselskab, hvorfor national lovgivning vedrørende SE-selskabet skal være i harmoni med de selskabsdirektiver, der gælder for aktieselskaber, jf. forordningens art. 9. Bortset fra, hvor dette er angivet i forordningen, må medlemslandene ikke forskelsbehandle SE-selskaber i forhold til nationale aktieselskaber, jf. SE-forordningens art. 10.

Sammenfattende kan man sige, at SE-selskabet er fællesskabsrettens bud på en selskabsform, som er egnet til at danne rammerne for erhvervsvirksomhed på tværs af landegrænserne. Man kan naturligvis spørge, om ikke de nordiske lande kunne tænkes at videreføre bestræbelserne på at skabe en 100% supranational selskabsform. Hertil er dog at sige, at det er vanskeligt at forestille sig, at de nordiske lande skulle være interesseret i at forfølge mulighederne for at skabe en retsform, som alene er anvendelig i Norden, i stedet for at gøre brug af SE-selskabet. Hertil kommer, at gennemførelsen af SE-forordningen, som på en række områder har givet de nordiske lande – i lighed

¹² Jf. talen holdt af Kommissæren for det Indre Marked (Charlie McCreevy) i Europa Parlamentets juridiske udvalg den 3. oktober 2007.

med de øvrige EU og EØS-lande – valgmulighed ved implementeringen af en række af forordningens bestemmelser ikke har ført til ensartede resultater i alle de nordiske lande. Det vil derfor være meget optimistisk at forvente, at de nordiske lande skulle kunne blive enige om regler, der skal gælde for et særligt nordisk aktieselskab.

Som det er fremgået, kan et SE-selskab bl.a. stiftes ved fusion mellem aktieselskaber fra forskellige medlemslande, dvs. en grænseoverskridende fusion. Man kan måske i den anledning indvende, at det er en mangel ved denne selskabsform, at SE-forordningen ikke forholder sig til SE-selskabets mulighed for efterfølgende at fusionere eller spalte på tværs af landegrænser.

Min tredje tese forholder sig bl.a. hertil, og lyder:

4.3. Der er ikke behov for nordiske regler om grænseoverskridende fusioner og spaltninger

I undersøgelsen fra maj 2002 påpeges ligeledes, at selskabslovgivningen ikke muliggør grænseoverskridende fusioner. Et nordisk selskab vil således ikke kunne overtage et andet nordisk selskab gennem fusion med fuld universalsuccession. I stedet skal der ske likvidation af det ophørende selskab med bl.a. ophørsbeskatning til følge.¹³

I sagen SEVIC Systems Aktiengesellschaft mod Amtsgericht Neuwied (sag C-411/03) traf EF-domstolen en præjudiciel afgørelse i en sag, hvor der var blevet givet afslag på selskabets anmodning om registrering i det nationale handelsregister af fusionen mellem selskabet og Security Visions Concept SA, som havde hjemsted i Luxembourg. Begrundelsen for afslaget var, at tysk lovgivning om selskabsomdannelse alene omhandler fusioner mellem selskaber med hjemsted i Tyskland. EF-domstolen nåede frem til, at et generelt forbud mod en fusion mellem et selskab i en stat med et selskab i en anden stat vil være i strid med EF-traktatens art. 43 og 48, der beskytter etableringsretten. SEVIC-afgørelsen tager kun stilling til tilflytterstatens (modtagerlandets) nægtelse af at tillade og registrere en grænseoverskridende fusion. Dommen må imidlertid forstås derhen, at også fraflytterstaten (oprindelseslandet) er afskåret fra at begrænse (medmindre der foreligger tvingende almene hensyn) adgangen til at gennemføre fusioner mellem selskaber fra EU- og EØS-landene.

Som led i EU-Kommissionens handlingsplan for modernisering af selskabsretten og forbedret virksomhedsledelse blev der i oktober 2005 vedtaget et tiende selskabsdirektiv (2005/56/EF). Arbejdet hermed var påbegyndt længe før SEVIC-sagen blev indledt, men direktivet endte med at blive en opfølgning på sagen. Direktivet er udtryk for et forsøg på at løse de samme behov som SE-selskabet. Direktivet har en generel målsætning om integration af de europæiske markeder

¹³ Jf. rapporten *Over grænsen efter konkurrenceevne - Udredning om betydningen af skatte- og selskabsretlige barrierer for virksomhedssammenlægninger og - køb over grænserne i Norden*, udarbejdet af Oxford Research A/S på foranledning af Nordisk Industrifond og Nordisk Ministerråd, maj 2002, p. 39 ff.

og behovet for samarbejde og sammenlægninger mellem virksomheder fra forskellige medlemsstater, jf. præambel nr. 1 til direktivet. Endvidere tilstræber direktivet at lette gennemførelsen af grænseoverskridende fusioner mellem selskaber med begrænset ansvar, der henhører under forskellige medlemsstaters lovgivninger, jf. præambel nr. 2. Direktivet medfører mulighed for en grænseoverskridende fusionsprocedure, hvorved fusioner mellem selskaber i forskellige medlemsstater i EU som udgangspunkt underlægges de regler og principper, der gælder for fusioner mellem selskaber beliggende i samme stat.

Tiende selskabsdirektiv finder anvendelse på fusioner af selskaber med begrænset ansvar, der er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende i EU, jf. art. 1. Det er et krav, at mindst to af de fusionerende selskaber henhører under forskellige medlemsstaters lovgivning. Direktivet omfatter, som nævnt, selskaber med begrænset ansvar, hvilket er nærmere defineret i art. 2, nr. 1, som selskaber omfattet af første selskabsdirektiv (68/151/EØF) eller andre selskaber med aktiekapital, der har status af juridisk person og har en separat formue (aktiekapital), som alene hæfter for virksomhedens forpligtelser, og som er omfattet af national lovgivning på de garantivilkår, der er fastsat i første selskabsdirektiv.

Udover at et SE-selskab kan stiftes ved fusion, er denne selskabsform omfattet af tiende selskabsdirektiv, hvorfor SE-selskabet kan fusionere både nationalt og på tværs af landegrænser. Fusioner, hvori SE-selskaber indgår, kan herefter være omfattet af enten national ret til gennemførelse af tredje selskabsdirektiv, SE-forordningen eller tiende selskabsdirektiv.¹⁴

I modsætning til SE-forordningens regler, hvor det er et krav, at fusioner resulterer i dannelsen af et SE-selskab, er det ikke et krav efter tiende selskabsdirektiv, at fusionen fører til en ny europæisk selskabstype. Tværtimod forbliver det selskab, der er resultatet af fusionen, et nationalt selskab. Direktivet skulle være gennemført i national ret senest 15. december 2007, jf. art. 19.

Sammenfattende kan siges, at retstilstanden i EU/EØS-landene åbner mulighed for, at der kan gennemføres fusioner på tværs af landegrænser i et omfang, der må antages at imødekomme erhvervslivets behov herfor.

SEVIC-afgørelsen må antages også at gælde for spaltninger på tværs af grænserne mellem EU/EØS-landene. Spaltning har ud fra en selskabsretlig betragtning en betydelig lighed med fusion, og der må i vidt omfang antages at gælde de samme hensyn. Medlemslandene har ikke efter sjette selskabsdirektiv om spaltning – i modsætning til tredje selskabsdirektiv om fusion – pligt til at tillade spaltning, men hvis et medlemsland tillader spaltning, skal direktivets bestemmelser finde anvendelse. Grænseoverskridende spaltninger kan således ske i dag for så vidt de involverede selskaber er fra medlemslande, som har tilladt spaltning, der involverer ationale selskaber. I hvert fald de fleste af de nordiske lande har i dag regler om

¹⁴ Jf. nærmere herom hos Jan Schans Christensen og Sanne Dahl Laursen, *Det Europæiske Selskab*, 2007, p. 1023.

spaltning. Danmark har herudover tillige valgt at indføre regler om grænseoverskridende spaltning, hvilket gør det lettere for selskaberne at benytte sig af den ret til at gennemføre grænseoverskridende spaltninger, der allerede må antages at følge af SEVIC-afgørelsen.

Den fjerde tese er sålydende:

4.4. Der er ikke behov for i øvrigt at harmonisere nordisk aktieselskabsret

Udover at have etableret en særlig europæisk retsform samt muliggjort grænseoverskridende fusioner (og i et vist omfang) spaltninger, indebærer det store antal selskabsdirektiver, der er vedtaget og gennemført, at der på en række centrale områder gælder en høj grad af harmonisering.¹⁵

Der gælder således bl.a. direktiver¹⁶ om offentliggørelse af væsentlige selskabsoplysninger (første selskabsdirektiv, 68/151/EØF), selskabers kapital (andet selskabsdirektiv, 77/91/EØF), fusion og spaltning (tredje selskabsdirektiv, 78/855 EØF, og sjette selskabsdirektiv, 82/891 EØF), årsregnskaber og koncernregnskaber (fjerde selskabsdirektiv, 78/660 EØF, og syvende direktiv, 83/349 EØF), lovpligtig revision (2006/43/EF), filialer ((89/666 EØF) samt offentlige overtagelsestilbud (Overtagelsesdirektivet, 2004/25/EF).

Sidstnævnte er af relevans for selskaber optaget til handel eller notering på regulerede markeder (f.eks. fondsbørser), og tilsigter bl.a. at skabe et mere ensartet regelgrundlag ("level playing field") for virksomhedsovertagelser i EU. Direktivet skulle være implementeret inden 20. maj 2006. Det er karakteristisk, at direktivet med hensyn til visse anliggender indeholder regler, som er udtryk for en nyskabelse i forhold til gældende europæisk ret, men samtidig tillader medlemsstaterne at træffe bestemmelse om, at iagttagelse af de pågældende regler er en frivillig sag for selskaberne. Dette gælder f.eks. "neutralitetsreglen" og "gennembrudsreglen". Den såkaldte neutralitetsregel findes i direktivets art. 9 og betyder som udgangspunkt, at et selskabs bestyrelse ikke på egen hånd og uden generalforsamlingens godkendelse skal kunne etablere defensive tiltag over for en potentiel køber af aktier i selskabet, når det først er oplyst, at der vil fremkomme et offentligt købstilbud for aktierne. Bestyrelsen må dog selvsagt gerne være imod et overtagelsesforsøg og f.eks. forsøge at formå andre til at afgive et (konkurrerende) bud, hvorfor bestemmelsen ikke pålægger bestyrelsen at være neutral. Som et centralt element i direktivet introduceres en såkaldt gennembrudsregel ("break-through" regel), hvorefter individuelt fastlagte indflydelsesstrukturer (herunder aktier med forskellig stemmewægt, A- og B-aktier, samt ejer- og stemmelofter) suspenderes og senere gennembrydes, når der bliver afgivet et overtagelsestilbud, og visse øvrige betingelser er opfyldt, jf. direktivets art.

¹⁵ En redegørelse for de selskabsretlige direktiver og andre retsakter findes hos Jan Schans Christensen, *Kapitalselskaber*, 2. udgave 2007, p. 62 ff.

¹⁶ I det følgende angives direktiverne alene med deres oprindelige betegnelse, idet der ses bort fra betegnelser anvendt ved efterfølgende ændringer.

11. Reglen omfatter de nævnte strukturer, hvad enten de findes i selskabets vedtægter eller i en aktionæroverenskomst. Både i forbindelse med neutralitetsreglen og for så vidt angår gennembrudsreglen overlades det til medlemsstaterne at afgøre, om reglen skal finde generel anvendelse, eller om det enkelte selskab skal kunne vælge, hvorvidt reglen skal finde anvendelse for det pågældende selskab (såkaldt opt-in). Bortset fra de baltiske lande, synes alle EU-lande at gøre brug af den her beskrevne mulighed for at undgå direktivets virkninger på de her drøftede områder. Af samme grund er det ikke nærliggende at antage, at de nordiske lande, som tæller de mest markante modstandere mod bl.a. gennembrudsreglen, skulle ønske at styrke direktivet. De nordiske lande vil selvsagt ikke kunne gennemføre direktivet på en sådan måde, at erhververe fra de nordiske lande gives en særligt favorabel behandling i forhold til erhververe fra andre EU- eller EØS-lande.

Til de nævnte retsakter kommer en række andre direktiver, som særligt retter sig mod de selskaber, som har værdipapirer optaget til notering eller handel på et reguleret marked.

Dette gælder bl.a. det såkaldte storaktionærdirektiv (88/627/EØF), som indeholder bestemmelser om oplysningspligt ved overdragelse af aktier, det såkaldte markedsmissbrugsdirektiv om insiderhandel og kursmanipulation (2003/6/EØF) samt det såkaldte transparensdirektiv (2004/109/EF) Transparensdirektivet sigter på at ajourføre lovgivningen om værdipapirmarkedene specielt for at forbedre gennemsigtigheden og oplysningerne vedrørende udstedere, hvis værdipapirer omsættes på regulerede markeder. Det såkaldte MiFID-direktiv (2004/39/EF) tilsigter at modernisere reglerne for tilladelse og drift af de markedspladser, hvor der handles værdipapirer, og reglerne for selve værdipapirhandlen.

Den EU-retlige regulering af aktieselskaber er ganske omfattende. Dette er ikke ensbetydende med, at reguleringen er optimal eller fungerer optimalt i praksis på alle felter. EU har imidlertid taget mange og væsentlige skridt som led i harmoniseringen af europæisk aktieselskabsret, og at der herudover skulle være behov for eller ønske om en særlig fællesnordisk lovgivning, er tvivlsomt.

Det skal i denne forbindelse også holdes for øje, at harmonisering har sin pris. De nordiske lande er i forvejen undergivet den EU-retlige selskabsregulering, hvilket på mange områder opfattes som positivt. Der er dog retsakter eller initiativer som undertiden giver anledning til debat ud fra det enkelte medlemslands ønske om at bevare eller tilgodese f.eks. kulturelle, historiske eller værdimæssige præferencer. Hvis der således lægges endnu et "lag" harmonisering ind, må det påregnes, at det enkelte lands muligheder for at indrette sig, som det selv finder bedst, mindskes, mere end det i dag er tilfældet. Den betragtning, at harmonisering kan have en bagside, og at et land derved kan komme til at indføre eller give afkald på regler, som det ellers ikke ville have indført eller givet afkald på, er kendt også fra det harmoniseringsarbejde, som fandt sted i 1960'erne.¹⁷

¹⁷ Jf. f.eks. betænkning nr. 540/1969 om en fællesnordisk aktieselskabslov, p. 9.

Det anførte stiller skærpede krav til den, der gør gældende, at harmonisering på nordisk plan er påkrævet.

5. Konklusion og afrunding

Med udgangspunkt i de teser, som jeg har fremsat og kommenteret ovenfor, er det min opfattelse, at der ikke bør stræbes efter en fællesnordisk aktieselskabslovgivning, idet jeg gør gældende,

at det ikke er givet, at harmonisering på nordisk plan tjener de nordiske landes interesser,

at der ikke er behov for et nordisk selskab,

at der ikke er behov for nordiske regler om grænseoverskridende fusioner og spaltninger, og

at der ikke er behov for i øvrigt at harmonisere nordisk aktieselskabsret.

Hvis man er tilhænger af et omfattende samarbejde indenfor selskabsretten på nordisk plan, kan den udvikling og de synspunkter, der er redegjort for i dette indlæg, måske umiddelbart forekomme noget mistrøstige.

Der er imidlertid tradition for at de nordiske selskabsmyndigheder har uformelle kontakter og orienterer hinanden om reformarbejde. Hertil kommer, at et nordisk netværk af selskabsretsforskere og retsanvendere med jævne mellemrum arrangerer faglige seminarer og konferencer, ligesom forskerne deltager i videnskabeligt bedømmelsesarbejde mv. Der sker således en løbende udveksling af viden og tanker om selskabsretlige anliggender.

Det er karakteristisk for de nordiske kontakter og det nordiske samarbejde, herunder netværket indenfor selskabsretten, at de er ganske tætte, og bl.a. involverer embedsmænd fra de nordiske fagministerier og selskabsmyndigheder. Nordisk Tidsskrift for Selskabsret har i en årrække formidlet forskning og debat om emner indenfor selskabsretten, og har dermed utvivlsomt medvirket til at udvikle og styrke det faglige samarbejde om selskabsretten i Norden.

Disse initiativer viser, at der er et meget aktivt miljø for selskabsretlig forskning og debat i Norden. Det er væsentligt, at det nordiske faglige samarbejde videreføres, ikke for at harmonisere lovgivningen i de nordiske lande, men for at sikre, at der også fremover vil være et forum for de, der arbejder med aktieselskabsretten på et teoretisk eller praktisk plan, og som kan medvirke til at opretholde den nødvendige kvalitet i retsudviklingen.

Jens Peter Christensen

Lovgivningskvalitet
og enkeltsagsstyret lovgivning

Lovgivningskvalitet og enkeltsagsstyret lovgivning

Højesteretsdommer, professor dr.jur. *Jens Peter Christensen*, Danmark

Hver tid har været af den opfattelse, at kvaliteten af lovene var faldende, og at lovgivningens uoverskuelighed var voksende. Det sidste er ubetvivleligt sandt. Lovgivningen er med tiden blevet mere og mere uoverskuelig, og intet taler for, at den udvikling vil stoppe. I diskussionen om lovkvalitet må der sondres mellem krav til lovgivningens indhold og krav til lovgivningsprocessen. Indholdsmæssige krav om, at lovgivningen skal være forståelig, juridisk-teknisk korrekt, nødvendig og virke efter hensigten er centrale. Det samme er krav om grundighed og sagkundskab i lovgivningsprocessen. I praksis vil der imidlertid ofte være betydelig uenighed om, hvad der er god, og hvad der er dårlig lovkvalitet. Der er grundlæggende ikke noget galt i, at enkeltsager danner grundlag for lovinitiativer. Det er ofte netop i de konkrete sager, at lovgivningens styrker og svagheder viser sig i praksis. Det afgørende er, at de konkrete sager i den efterfølgende lovgivningsproces sættes i de rette proportioner. Spørgsmålet om lovkvalitet er et juridisk spørgsmål, men det er i høj grad også et politisk spørgsmål. Ofte fremstår kritikken af lovgivningens kvalitet derfor også med et noget urealistisk præg, og det står næppe så skidt til, som det ofte hævdes.

”At lave love er ligesom at lave pølser. Man er bedst tjent med ikke at se processen”

Bismarck

Debatten om lovkvalitet synes evig ung. Overvejelser over, hvordan kvaliteten kan gøres bedre og beklagelser over tingenes tilstand, finder man århundreder tilbage. I sjældnen grad er der her intet nyt under solen.

I det følgende vil jeg derfor indlede med et historisk tilbageblik på debatten om lovkvalitet, således som denne debat har udspillet sig i Danmark.

Jeg vil dernæst kort drøfte begrebet lovkvalitet, hvorefter jeg vil forsøge at formulere nogle praktisk orienterede synspunkter på lovkvalitetsproblemet, og hvad der måske kan gøres ved det.

Til sidst vil jeg kort drøfte, om det står så ringe til med lovkvaliteten, som det jævnligt hævdes.

Bidraget slutes af med et konkluderende afsnit med fem teser som oplæg til videre debat.

1. Et historisk tilbageblik

1.1. Det lange historiske perspektiv

Allerede det generalprokurør-embede, der blev oprettet ved enevældens indførelse i Danmark i 1660, havde det sigte at gøre kvaliteten af lovene bedre.

Generalprokurøren skulle fremkomme med forslag til nye love, og han skulle påpege mangler i de eksisterende. I mangt og meget fik Generalprokurøren en funktion svarende til den, Justitsministeriets Lovafdeling fik 300 år senere.

Den sidste generalprokurør var Algreen Ussing, og med hans død i 1872 blev embedet nedlagt. Men spørgsmålet om lovenes kvalitet levede videre.

I rigsdagssamlingen 1894-95 nedsatte det danske Folketing et særligt "Udvalget for Loves sproglige Affattelse". Udvalget skulle komme med forslag til forbedring af lovenes sproglige kvalitet. Man mente allerede dengang, at lovgivningen var blevet uoverskuelig, og at de enkelte love var for svære at forstå.

Som den danske forvaltningsrets grundlægger, professor Poul Andersen, skrev, havde udvalget "med et mildt Udtryk ikke Succes."¹ I 1914 konstaterede udvalgets formand, dr. Eduard Larsen, at udvalgets indflydelse "omtrent er lig nul". Fire år senere blev udvalget nedlagt.

Få år efter udvalgets jordefærd overvejede Administrationskommissionen af 1923 i sin 2. betænkning fra 1924, hvorledes kvaliteten i lovgivningsarbejdet kunne forbedres.²

Justitsministeriet havde foreslået kommissionen, at der i ministeriet blev oprettet et særligt *lovkontor*. Tanken var, at lovkontoret skulle gennemgå alle lovforslag, inden de blev fremsat for Rigsdagen. Justitsministeriet bad ganske beskedent om bevilling af et kontor bemandet med en enkelt embedsmand til at varetage arbejdet.

Forslaget fandt imidlertid ikke nåde for Administrationskommissionens udgiftskritiske blik. Alle 18 medlemmer var imod. Begrundelsen var, at man fandt det udelukket, at en enkelt mand "på en fuldt tilfredsstillende og betryggende måde" ville kunne bestride hvervet. Efter betænkningen at dømme overvejede kommissionen – der jo vel at mærke også var en sparekommission – ikke i stedet for én at anvende to eller flere embedsmænd til arbejdet.

Administrationskommissionen overvejede også indførelse af et uafhængigt *lovråd*. 15 af dens 18 medlemmer tog afstand fra tanken, fordi man fandt, at nytten ikke stod i rimeligt forhold til omkostningerne. Tre af medlemmerne havde sympati for tanken om at indføre et lovråd efter svensk mønster, men af hensyn til statsfinanserne afstod man fra at stille forslag om oprettelse af et sådant råd.

I stedet anbefalede man, at spørgsmålet blev taget op til videre undersøgelse. Det blev der imidlertid ikke noget af. I stedet enedes kommissionen om at formane ministeriernes *fagkontorer* til "klarhed og enkelhed i lovgivningen". Formaningen

¹ Jf. Poul Andersen, "Loves forberedelse", Juristen 1946, s. 325.

² Administrationskommissionen af 30. juni 1923, 2. Betænkning, 1924, s. 99.

kostede ikke andet end papir og tryksværte, og formaningen faldt i hvert fald på den måde inden for sparekommissionens kommissorium.

Efter anden verdenskrig gik Forvaltningskommissionen af 1946 i gang med at endevende de samme problemer, som Administrationskommissionen havde beskæftiget sig med 20 år før.³

Man konstaterede, at mange love både sprogligt, lovgivningsteknisk og indholdsmæssigt led af væsentlige mangler, og at visse lovregler endog var selvmodsigende. Man overvejede også endnu engang, hvad der kunne gøres ved denne tingenes tilstand: Lovkontor eller lovråd?

Igen frarådede man enstemmigt oprettelsen af et lovkontor. Nu var begrundelsen, at et enkelt kontor ikke ville kunne overkomme opgaven. Et flertal var også, som i Administrationskommissionen, imod oprettelse af et lovråd, og med samme begrundelse som tidligere. Imidlertid gik et mindretal – bl.a. støttet af professor Poul Andersen – atter ind for oprettelsen af et sådant lovråd.

Kommissionens væsentligste bidrag til at opnå bedre lovgivningen blev, som også 20 år tidligere, en række enstemmigt vedtagne formaninger og gode råd. Specielt henstillede man, at de tjenestemænd, der skulle udforme lovene, fik den fornødne tid og ro dertil.

I en artikel i Nordisk Administrativ Tidsskrift knap 20 år senere (1964) bemærkede Poul Gaarden – der blev den første chef for det danske justitsministeriums lovkontor – tørt og ironisk, at:

”Hvis de tjenestemænd, der efter betænkningens fremkomst er blevet sat til at arbejde med lovforberedelse, på noget tidspunkt har fået tid og ro til at læse betænkningen, har de sikkert kunne erkende, at henstillingen var velbegrundet, og at det ville have været sundt og i virkeligheden arbejdsbesparende, om man havde fulgt den. Der er ingen grund til at tro, at henstillingen har haft anden betydning”.⁴

Spørgsmålet om den juridiske rådgivning af Folketinget blev også taget op i forbindelse med revisionen af den danske grundlov i 1953. I Forfatningskommissionen overvejede man således, om der burde etableres et særligt udvalg eller råd (bestående af folketingsmedlemmer), som en art erstatning for det danske førstekammer, Landstinget.

Tanken var, at dette udvalg eller råd skulle foretage en behandling af lovforslag, efter at forslagene havde været igennem sædvanlig udvalgsbehandling.

Forfatningskommissionens politiske medlemmer så imidlertid en fare for – som statsminister Erik Eriksen anførte det ved fremsættelsen af grundlovsforslaget i Folketinget – at et sådant udvalg skulle etablere sig som en art overrigsdag eller fratage regeringen en del af dens parlamentariske ansvar.⁵

³ Forvaltningskommissionen af 1946, 7. Betænkning, 1950, s. 10-15.

⁴ Poul Gaarden: ”Loves forberedelse”, Nordisk Administrativ Tidsskrift, 1964, s. 122.

⁵ Rigsdagstidende 1952-53, 1. samling, Forh., sp. 2017.

Man forlod derfor tanken, men foreslog dog, at der blev optaget en særlig bestemmelse i grundloven – § 56, lige efter bestemmelsen om Folketingets Ombudsmand – om, at ”Rigsdagen antager fornøden juridisk medhjælp til bistand under sin behandling af forslag til love og andre beslutninger. Nærmere regler herom fastsættes i forretningsordenen”.⁶

Bestemmelsen udgik imidlertid under behandlingen. Den var jo for så vidt også overflødig, al den stund at Rigsdagen selvfølgelig også uden denne bestemmelse kunne ”antage fornøden juridisk bistand”.

1.2. Oprettelsen af Justitsministeriets lovkontor

Endelig skete der så noget. I 1958 – 34 år efter Administrationskommissionens betænkning. Ved normeringsloven af 1958 blev der i Justitsministeriet oprettet en stilling som ”kommitteret i lovgivningsspørgsmål”. Altså netop det som de sagkyndige kommissioner havde været helt enige om at fraråde.

Sigtet med lovkontoret, der i 1968 blev til den ene af Justitsministeriets tre nyoprettede afdelinger, var dels at samle ministeriets eget lovgivningsarbejde, dels at yde bistand til de øvrige ministerier i lovgivningsanliggender.

Men i praksis har lovkontorets og senere lovafdelingens funktion rakt betydeligt videre end gennemgangen af regeringsforslag. Uafhængigt af det løbende lovgivningsarbejde fik man efterhånden en omfattende responderende virksomhed. Både i forhold til andre ministerier og i forhold til Folketinget.

Alt sammen skete det på traditionel dansk vis: Praktisk og pragmatisk, naturgroet og uden nogen som helst forbindelse med de forskellige ekspertkommissioners anbefalinger.

Justitsministeriets Lovafdeling er på denne måde blevet rådgivende organ, ikke alene for regeringen – som det var tanken – men i høj grad også for Folketinget. Når man har stået over for vanskelige og kontroversielle retlige problemer, f.eks. vedrørende lovforslags forhold til grundloven, har man hos Folketingets partier støttet sig til vurderingen hos juristerne i Lovafdelingen.

I praksis har Justitsministeriets Lovafdeling haft det sidste ord i den slags spørgsmål. Undtagen i de få tilfælde, hvor spørgsmålene siden hen, længe efter lovenes vedtagelse og iværksættelse, er endt hos domstolene.

I praksis er Justitsministeriets Lovafdeling på denne måde kommet til at varetage den opgave, som i en række andre lande varetages af egentlige lovråd eller lignende organer.

Den danske løsning er ikke uproblematisk, al den stund at den betyder, at regeringens væsentligste kontrollant – Folketinget – henvises til at søge sin juridiske rådgivning hos den, der skal kontrolleres, nemlig regeringen.

⁶ Rigsdagstidende, 1952-53, 1. samling, Tillæg A, sp. 3559 f. og Betænkning afgivet af Forfatningskommissionen af 1946, 1953, s. 33 og s. 38.

I begyndelsen af 1990'erne kom der i Danmark en fornyet debat om det muligt hensigtsmæssige i et Lovråd, uden at der dog kom noget ud af det. Den debat vender jeg tilbage til i det følgende, herunder en sammenligning med forholdene i Sverige og Norge.

1.3. De seneste års debat om lovkvalitet

I de seneste år er debatten om lovkvalitet dukket op med jævne mellemrum i Danmark.

Advokatrådet fremkom i 1997 med et debatoplæg om lovkvalitet, der blev diskuteret på en konference i oktober samme år.⁷ Ved den lejlighed afviste den daværende socialdemokratiske regering ganske vist, at der skulle være et problem. Men allerede i regeringsgrundlaget fra marts 1998 hed det, at: "Regeringen vil overveje, hvorledes den kan medvirke til, at der skabes større kvalitet i lovgivningen".

Opfølgningen kom med en 2-dages lovkvalitetskonference i oktober 1998, arrangeret af Folketinget. Som deltager på konferencen husker jeg, at den senere formand for Folketinget Christian Mejdahl (der dengang var næstformand for partiet Venstres folketingsgruppe) ved konferencens afslutning konkluderede, at han nu ville rejse hjem til sin folketingsgruppe og sige, "at man skulle tage sig sammen".

Siden satte daværende folketingsformand Ivar Hansen lovkvalitet på programmet. Arbejdet mundede i oktober 2003, under folketingsformand Christian Mejdahl, ud i det 250 sider tykke og gennemillustrerede værk "Håndbog i folketingsarbejdet".

Justitsministeriet var forinden, i september 2000, fremkommet med en "Vejledning om lovkvalitet". Vejledningen foreligger nu i revideret 2005-udgave som en bog på 370 sider.⁸

Så noget er der sket.

2. Begrebet lovkvalitet

Kvalitet er godt. Mangel på kvalitet er skidt. Men rækker enigheden længere? Hvad ligger der egentlig i kvalitetsbegrebet?

Slår man op i Ordbog over det danske sprog eller blot i Nudansk ordbog, vil man se, at ordet "kvalitet" egentlig er neutral i sin betydning. Når det angår ting, betyder ordet "kvalitet": "beskaffenhed, art eller egenskab".

Meget klogere bliver man jo ikke af det. I praksis er ordet "lovkvalitet" et honnørord. Alle går ind for lovkvalitet. Ingen ville kunne finde på at kræve, at der skal være mangel på kvalitet.

⁷ Advokatrådets debatoplæg, Kvalitet i lovtilblivelsen, 1997.

⁸ Folketinget, Håndbog i folketingsarbejdet, 2003, Schultz Grafisk og Justitsministeriet, Vejledning om lovkvalitet, 2005, Schultz Grafisk.

Men vandene skilles, så snart fødderne nærmer sig jorden. Realiteten er, at forskellige grupperes egne politiske kæpheste ofte føres frem forklædt som en neutral og objektiv kritik af ”lovkvaliteten”.

3. Lovkvalitet i praksis⁹

Skal man forsøge at komme lidt længere end slagordene, kan man for overskuelighedens skyld nok med fordel sondre mellem kvalitet som:

- Krav til indholdet
- Krav til processen

De to typer krav går vel ofte hånd i hånd, men ikke nødvendigvis.

3.1. Krav til indholdet:

Her er der vel i hvert fald fire vigtige krav:

- Lovgivningen bør kunne forstås
- Den bør juridisk-teknisk være i orden
- Den bør være nødvendig
- Og det er ingen skade til, hvis lovgivningen virker efter hensigten

Lovgivningen bør kunne forstås

Dette krav er egentlig forankret i den danske grundlov, der i § 22 foreskriver, at love skal kundgøres, før de kan træde i kraft.

Baggrunden for dette krav er hensynet til borgernes retssikkerhed. Det skal – i hvert fald i princippet – være muligt at sætte sig ind i reglerne, før de anvendes. Som professor Poul Andersen skrev: Myndighederne må ikke komme som en tyv om natten.

I Advokatrådets debatoplæg om ”Kvalitet i lovtillivelsen” fra 1997, hedder det i pkt. 13:

”Ordlyden af en lov skal være så klar, at individet umiddelbart ud af teksten kan udlede sin retsstilling” (side 15).

Man kan vist sige, at der er tale om en sproglig opdatering af de noget mere kerne-sundt lydende ord fra den gamle danske landskabslov, Jydske Lov, fra 1241, hvor det i fortalen hed, at loven skal være skrevet på en måde, ”så alle kan vide og forstå, hvad loven siger”.

⁹ Lars Nordkov Nielsen har behandlet dette emne udførligt i ”Kvalitet i lovgivningen”, Folketingets Festskrift i anledning af grundlovens 150-års-jubilæum den 5. juni 1999, side 167-197.

Det er alt sammen meget smukt. Men i praksis er det jo på grænsen af at være det vitterlige vås.

Langt størstedelen af vore dages lovgivning kan ikke formuleres, så en forudsætningsløs borger kan læse – endsige forstå – den.

Det er også et skadeligt ideal at stræbe efter. Både fordi det er uopnåeligt, og fordi det leder opmærksomheden væk fra det væsentlige:

(1) Nemlig at lovene bør affattes på en måde, så de professionelle brugere kan forstå dem, og

(2) At lovgivningen bør formidles til (de berørte) borgere på en forståelig og relevant måde.

Der er f.eks. næppe mange borgere, der har læst færdselsloven, og alligevel afvikles færdslen stort set uden problemer i det daglige.

Det afgørende er, at borgerne godt ved, hvad der gælder. Og det gør de, fordi de regler, der betyder noget for dem i dagligdagen, er blevet formidlet på en fornuftig måde. Det er ikke et abonnement på Lovtidende, det her drejer sig om.

Lovgivningen bør juridisk-teknisk være i orden

Ud over at kunne forstås er det heller ingen skade til, at lovgivningen er juridisk-teknisk i orden. I dette krav ligger i hvert fald to ting:

(1) For det første må lovgivningen ikke stride mod grundlov og internationale konventioner og helst heller ikke mod fundamentale retsprincipper. I praksis er det Justitsministeriet og fagministerierne, der har den opgave at sikre dette.

For snart 15 år siden var der en ganske intensiv debat om, hvorvidt Folketinget til tider kunne have brug for en art "second opinion". Det var på det tidspunkt, hvor debatten om den såkaldte Tamil-sag var på sit højeste, og hvor man – som en da fhv. dansk justitsminister udtalte – ikke kunne nævne Justitsministeriet i et dansk forsamlingshus, uden at tilhørerne dog slog sig på lårene af grin.

Et Lovråd var vi dengang nogen, der var fortalere for. Tanken om et sådant Lovråd indgik da også i regeringsgrundlaget for den nye socialdemokratiske regering, der blev dannet i januar 1993.¹⁰ Men tanken døde hurtigt.

Som den socialdemokratiske folketingsformand Erling Olsen med vanligt vid senere udtrykte det, "vil tanken om et Lovråd ikke dukke op igen, før Socialdemokraterne kommer i opposition".

Det er de siden kommet. Uden at der dog derfor er sket noget i sagen.

Anderledes er situationen i f.eks. Sverige og Norge.¹¹ Sverige har siden 1909

¹⁰ I regeringsgrundlaget for den socialdemokratiske regering, der tiltrådte den 25. januar 1993, hed det, at regeringen ville "fremme forslag om oprettelse af et lovråd". Se i det hele om lovrådsdiskussionen Jens Peter Christensen, "Hvem bør give lovråd?", *Juristen*, 1993, s. 97-107.

¹¹ Se om forholdene i Sverige og Norge: Jon Andersen, "Den juridiske betjening af parlamentet i Norge og Sverige", *Juristen*, 1993, s. 149-153. Jon Andersens bidrag indgik i den danske diskussion om lovråd i begyndelsen af 1990'erne.

haft et uafhængigt lovråd (Lagrådet) bestående af medlemmer af Højesteret og Regeringsretten. Lagrådet er hjemlet i den svenske forfatning. Regeringens lovforslag forelægges som hovedregel Lagrådet til udtalelse, før forslagene fremsættes i Riksdagen. Rådets udtalelser er vejledende og offentligt tilgængelige. Lagrådet påser såvel juridisk-tekniske spørgsmål vedrørende lovforslagets udformning, som spørgsmål om, hvorvidt lovforslaget kan formodes at ville tilgodese sine angivne formål, samt om lovforslaget harmonerer med grundlovene, internationale konventioner, grundlæggende retsprincipper m.m.

En politologisk analyse af det svenske lovråds funktion gennem 80 år har konkluderet, at Lagrådet har haft megen succes med at påse lovforslagenes juridisk-tekniske udformning, f.eks. vedrørende forslagenes sproglige og dispositions-mæssige klarhed, manglende sammenhæng mellem motiver og lovtekst, inkonsistenser i forslagene og modsætninger til anden lovgivning etc. Derimod har Lagrådet stort set ikke vundet gehør, når man på grundlag af friere argumentation, baseret på "interesseafvejninger" og "målrationalle" betragtninger, har bevæget sig ind på partipolitisk kontroversielle områder. Som forfatteren, Karl-Göran Algotsson, bevidst tilspidset formulerer det: "ju mindre Lagrådet ägner sig åt "politik", desto större "politisk" rolle spelar det".¹²

I Norge varetages, som i Danmark, en del af rådgivningen af parlamentet om spørgsmål om gældende ret af Justitsministeriets Lovafdeling, men til forskel fra den danske Lovafdeling afgiver den norske Lovafdeling svar på afdelingens egne vegne.

Den norske Lovafdeling arbejder – som den danske – under justitsministerens konstitutionelle ansvar, men det er fast praksis, at Lovafdelingens udtalelser til Stortingskomiteer om lovfortolkning (såkaldte "tolkningsuttalelser"), herunder om konstitutionelle spørgsmål, er udtryk for Lovafdelingens egen juridisk-faglige vurdering. Som en konsekvens heraf bliver sådanne udtalelser ikke forelagt for departementets ledelse til gennemgang og vurdering, før udtalelsen afgives fra Lovafdelingens.¹³ Mange "tolkningsuttalelser" bliver offentliggjort på internettet.

Til trods for de formelle forskelle, er det måske et åbent spørgsmål, hvor megen realitetsforskel der er på den uafhængighed, hvormed Lovafdelingen i de to lande fungerer, og uafhængigheden kan måske også tænkes at bero på situationen, spændende fra udtalelser om rent lovtekniske spørgsmål uden politisk interesse til udtalelser om retsspørgsmål, hvor ministerens eller regeringens politiske prestige eller liv er på spil.

(2) Lovgivningen skal for det andet være juridisk korrekt på det mere jordnære plan. Rugbrødsjuraen skal være i orden. Reglerne skal være juridisk og teknisk gennemarbejdet.

¹² Karl-Göran Algotsson, *Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet*, Stockholm: Norstedts Juridik, 1993, s. 387. Bogen er anmeldt af Jens Peter Christensen, *Tidsskriftet Politica*, 26. årg., nr. 1, 1994, s. 119-121.

¹³ Jf. Justisdepartementets Lovavdelings notat af 5. december 2003 om "Lovavdelingens uttalelser om gjeldende rett (tolkningsuttalelser) - Statrådens ansvar".

Det er de ikke altid. Noget af baggrunden har nok været en nedprioritering i fagministeriernes arbejde med det juridiske. Jurister er i centraladministrationen blevet erstattet med samfundsvidenskabeligt uddannede kandidater uden særlig juridisk opdragelse eller indsigt. Det har der været mange gode grunde til, men gavnlige for kvaliteten af ministeriernes lovarbejde har det i en række tilfælde ikke været.

Der er i vore dage høj prestige i at være centraladministrativ politisk rådgiver. Ikke i at være juridisk pedant. I hvert fald ikke før der kommer en skandale. Så efterlyser ministeren straks en kronjurist.

Det forhold, at megen dansk lovgivning er affødt af ofte teknisk kompliceret EU-retlig regulering, har givetvis også udfordret lovkvaliteten.

Lovgivningen bør være nødvendig

Man kunne vel også ønske sig, at man i Regering og Folketing – og i EU – i højere grad overvejede, om der overhovedet bør lovgives om et emne.

De fleste er nok enige om, at der lovgives for meget. Og at uoverskueligheden er et selvstændigt problem.

Spørgsmålet er bare, hvad der kan gøres ved det.

I Sverige har Statsrådsberedningen (i 1995) formuleret en såkaldt "checkliste for regelgivare", der siger, at man før, man griber til lovgivning, bør overveje følgende spørgsmål:

- Hvad er problemet?
- Er det værd at gøre noget ved? Eller løser problemet sig selv? Eller bør man bare lære at leve med det?
- Hvis problemet er værd at gøre noget ved, er regler så det rigtige? Menneskenes adfærd kan som bekendt påvirkes på anden måde, f.eks. via oplysning og information.

Min egen vurdering er, at det ville være rart, hvis politikerne somme tider var lidt mindre ivrige efter at vise handlekraft, hver gang der viser sig et påstået problem.

I stedet for straks at kræve eller give løfte om lovgivning, kunne man måske somme tider stå sig ved at være mindre ivrige. Og f.eks. bare foreslå, at alle først tænker sig om.

Det ville være godt, om politikerne i højere grad reagerede på en besindig og eftertænksom måde. Men det er lettere sagt end gjort. Og navnlig er det jo lettere for én, der sidder uden for det politiske liv og ikke er på valg, at stille sig op med dén anbefaling.

Men mærkeligt er det egentlig, at politikere – og pressen for den sags skyld – ofte har langt mere tillid til regler og deres formodede gavnlige virkninger, end jurister har.

Lovgivningen skal (helst) virke

Problemet knytter sig både til udarbejdelsen og til den efterfølgende kontrol af, om lovene har haft de ønskede virkninger.

Hvad angår udarbejdelsen af lovene, er sagen jo den, at den nu afdøde danske statskundskabsprofessor Poul Meyer havde ret, da han i sine lærebøger¹⁴ skrev, at samfundsvidenskaben "endnu" ikke har nået den teoretiske fysiks stade.

Det skrev han for mere end 40 år siden. Men det er stadig sandt. Og man kunne sikkert i dag, i år 2008, roligt overveje at fjerne det lille håbefulde ord "endnu".

Sagen er, at det ofte på forhånd er usikkert, hvordan årsagssammenhængene vil være mellem reglerne og menneskenes adfærd. Og ofte er det lige så svært efterfølgende at finde ud af, hvilken virkning lovene har haft. Hvis de da overhovedet har haft nogen.

Ofte er disse spørgsmål tilmed politisk meget kontroversielle.

På det seneste synes det i en række tilfælde at være blevet moderne blot at slå en streg hen over fordringen om, at love bør have en praktisk konstaterbar virkning. I stedet synes det at være nok for mange politiske aktører, at en lov påstås at ville have en såkaldt "signalvirkning". Heri ligger tilsyneladende den tanke, at et lovinitiativ i sig selv forventes at skabe opmærksomhed om et spørgsmål og give udtryk for en bestemt holdning, som så fromt antages at ville påvirke menneskene, selv om loven ikke i øvrigt kan formodes at ville have nogen praktisk virkning.

3.2. Krav til processen

I en lovkvalitets-sammenhæng er det værd at hæfte sig ved, at lovgivningsprocessen falder i tre faser:

- Forberedelsen af lovforslag
- Folketingets behandling
- Lovgivningens iværksættelse

Forberedelsen af lovforslag

Kravene om lovkvalitet er her reelt krav til regering og fagministre, ikke til Folketinget. I folketingsåret 2006/07 blev der således vedtaget 207 lovforslag. Heraf var der 205 fremsat af regeringen.

Der er i de senere år ofte peget på, at lovforberedelsen er for ringe og for ofte sker uden inddragelse af eksterne eksperter. En mulighed er her i højere grad at bruge lovforberedende kommissioner. De kan sikre en alsidig belysning. I hvert fald ved større reformlove.

I Advokatrådets debatoplæg fra 1997 anførtes det, at sådanne kommissioner burde sammensættes "repræsentativt".

Vigtigere er det vel, at de sammensættes bredt og alsidigt, så forskellige synspunkter repræsenteres, herunder også andre end de etablerede interesseorganisationers.

¹⁴ Poul Meyer, Offentlig forvaltning, 2. udg., 1975, side 316. Se også Poul Meyer, Politisk Videnskab, 1962, side 50-58.

Politikerne må så vænne sig til, at der er dissenser. Nogen vil sikkert hellere have en færdigkogt ret. Men meningen med lovkommissioner bør vel – ud fra en måske lidt naiv, men dog velment betragtning – ikke primært være at lave det politiske kompromis.

Et væsentligt problem ved lovkommissionerne er tidsforbruget.

I Danmark kender de fleste karikaturtegningen fra 1906 i skriftet Blæksprutten. Tegningen viser den lovforberedende Forsvarskommission, medlemmernes hår og skæg er vokset vildt og alle er tilgroet i spindelvæv. Underteksten lyder: "Øjeblikksbillede fra 1924". Faktisk gik det dog ikke så galt. Kommissionen, der var nedsat i 1901, blev færdig allerede i 1908.

Men der findes andre historiske eksempler fra rædselskabinetet. Det tog f.eks. i Danmark 49 år med diverse kommissioner (fra 1849 til 1908) at få vedtaget retsplejeloven (1849 til 1908). Loven blev i juni 1908 underskrevet af justitsminister P.A. Alberti. Desværre skete der det, at han tre måneder senere meldte sig som storbedrager, hvorefter lovgivningsprocessen måtte gå om igen. Man kunne ikke tåle, som man sagde, aftrykket af "forbryderen" i loven. Først i 1916 var man ved vejs ende. I alt tog retsplejereformen således 57 år fra løfteparagraffen blev indført i Junigrundloven i 1849, til reformen blev gennemført.

Men kommissionsarbejde kan godt gå hurtigere: Hvis man skal, og hvis der afsættes ressourcer til det. Enhver, der har deltaget i lovforberedende kommissionsarbejde, ved, at tiden meget let kan gå med ustrukturerede møder, formænd der ikke kan lede, og medlemmer der ikke er forberedte.

Men sagen er jo også, at det til tider netop er det politiske mål, at det *ikke* skal gå hurtigt, og at der *ikke* skal komme noget ud af arbejdet.

Folketingets behandling

To væsentlige problemer er her nok (1) ophobningen op til folketingsårets afslutning og (2) at processen går for hurtigt. Der er, som det er blevet sagt, ikke "tid til omtanke".

Hvad angår ophobningen af lovforslag, har Folketinget strammet op i de seneste år for at få en bedre fordeling ved en række ændringer af Folketingets forretningsorden. Men tendensen til ophobning op til grundlovsdag og folketingsårets afslutning er der stadig.

Det skyldes sikkert både den menneskelige natur og det forhold, at tiden ikke er politisk neutral. I praktisk politik er tiden en politisk faktor.¹⁵

Hvad den menneskelige natur angår, udtalte den senere folketingsformand Christian Mejdahl på Folketingets lov kvalitetskonference i 1998, at folketingsmedlemmerne har det som skolebørn: Stilene bliver altid skrevet aftenen før, de skal afleveres.

Hvad angår tidens manglende politiske neutralitet, er sagen den, at politisk enighed ofte først kan nås, når det er nødvendigt. Og flere forslag i luften giver mulighed for kompromiser på tværs.

¹⁵ Se herom også Claus Dethlefsen "Folketingets arbejdsformer", Folketingets Festskrift i anledning af grundlovens 150-års-jubilæum den 5. juni 1999, side 133-164 (s. 144).

Lovkvalitet handler ikke kun om jura og teknik, men også om magt og indflydelse. For en mindretalsregering, der skal søge sit flertal hos partier, der egentlig helst ser, at regeringen bliver væltet, kan timingen være særdeles væsentlig.

Man må sige, at det er helt op til Folketinget selv, hvor lang tid man vil have til omtanke. Og man kan i den forbindelse også selv bestemme, i hvilket omfang man vil have tankevirkksomheden – eller måske til tider snarere den politiske kamp – stimuleret af eksterne, mere eller mindre uafhængige eksperter med høringer og lignende.

Lovgivningens iværksættelse

Grundlovens § 22 bestemmer, at love skal kundgøres, før de kan træde i kraft. Lovtidendeloven fra 1872 bestemmer, at det sker i Lovtidende. Det forudsættes så, at borgerne læser Lovtidende. Hvilket er en illusion. Det væsentlige er som nævnt, at der sker en ordentlig formidling af lovstoffet til de relevante grupper.

Et helt selvstændigt kvalitetsproblem knytter sig til lovenes udfyldning med administrative forskrifter i form af bekendtgørelser. Det er i virkeligheden her langt den største regelmængde ligger. Slår man eksempelvis op i Lovtidende 2007, finder man i alt 1563 kundgørelser. Heraf er 140 love, 143 er sammenskrivninger af hovedlove og ændringslove, såkaldte love bekendtgørelser. Af resten er 1279 administrative forskrifter i form af bekendtgørelser og anordninger, svarende til knap 82 pct. af alle kundgørelser. En enkelt kundgørelse er et såkaldt åbent brev vedrørende udskrivelse af folketingsvalg.

Tallene understreger, at det først og fremmest er ministerierne, der er adressaten for kvalitetskravet, ikke Folketinget. Og det understreger, at kravet om *lovkvalitet* kun er en flig af det større problem om *regelkvalitet*.

4. Står det egentlig så ringe til?

Som jeg har søgt at redegøre for, har debatten om lovenes kvalitet altid været på den samfundsmæssige og politiske dagsorden.

Hver tid har været af den opfattelse, at kvaliteten af lovene var faldende, og at lovgivningens uoverskuelighed var voksende.

Det sidste – at lovgivningen i stigende grad er uoverskuelig – er ubetvivleligt sandt.

Ingen er i dag i stand til at overskue den samlede lovgivning. Dommere ved de almindelige domstole er i princippet forpligtet til det, men de hjælpes heldigvis stærkt på vej af specialiserede, gode advokaters hjælp og af det faktum, at hver enkelt sag som oftest kun vedrører nogle få paragraffer og et meget lille udsnit af lovgivningen. Som dommer kan man i praksis klare sig med tunnelsyn.

Men er det rigtigt, at lovenes kvalitet er faldende?

Det charmerende ved spørgsmålet er, at det i sin brede form ikke lader sig besvare.

Som dommer, i hvert fald som dommer i Højesteret, støder man hele tiden på

spørgsmål, som der ikke i lovgivningen er taget udtrykkeligt stilling til. Men er det så det samme, som at lovgivningen er for dårlig? At lovgivningen savner den fornødne kvalitet?

Det kan det vel være, men oftest er sagen nok, at en sådan kritik snarere vil være udtryk for, at man spænder kvalitetsforventningerne mere end rimeligt og realistisk er.

Det kunne – ikke mindst for en dommer – være behageligt, hvis lovgivningen tog højde for alle tænkelige og utænkelige situationer.

Men sagen er jo, at mange situationer netop på forhånd har været utænkelige eller i hvert fald meget svære at tænke sig til inden for rammerne af almindelig nogenlunde sund menneskelig fantasi.

Virkeligheden overgår fantasien, og selv hvis fantasien hos politikere og embedsmænd var mere veludviklet, ville der være grænser for, med hvor stor detailrigdom lovgivningen kan og bør udformes. Også lovgivningsmagtens viden er begrænset, og en lang række spørgsmål er givetvis bedst tjent med først at finde deres løsning i den konkrete situation på grundlag af generelt formulerede regler.

Og hertil kommer, at lovgivning til syvende og sidst er *fastfrosset politik*. En lov er udtryk for politiske synspunkter og hensyn, der er endt på paragrafform. Loven er et politisk kompromis, og en vedtagelse af loven kan meget vel være muliggjort, netop fordi man fra lovgivningsmagtens side ikke er gået i detaljer, eller netop fordi man har ladet vanskelige spørgsmål stå uløst.

I sin kritik af manglende lov-kvalitet bør en jurist ikke lade juraen stige sig til hovedet med urealistiske krav og forhåbninger i strid med, hvad der i virkelighedens politiske og praktiske verden kan lade sig gøre.

En vis overdrivelse præger efter min opfattelse også den kritik, der fra juridisk side jævnligt rejses af, at lovgivningen i for høj grad er styret af enkeltsager. Det er sandt, at der ofte af politikere reageres hurtigt med kommentarer og lovgivningskrav på enkeltsager, der dukker op. Sådan fungerer nu engang den politiske debat og kampen om vælgernes opmærksomhed. Det ville som nævnt være godt, om politikerne i højere grad reagerede på en besindig og eftertænksom måde. Men det er lettere sagt end gjort. Væsentligere er imidlertid, at eftertanken som regel indfinder sig, når presens projektører er slukket.

Der er grundlæggende ikke noget galt i, at enkeltsager danner grundlag for lov-initiativer. Det er ofte netop i de helt konkrete sager, at lovgivningens styrker og svagheder viser sig i praksis. Det afgørende er, at de konkrete sager i den efterfølgende lovgivningsproces sættes i de rette proportioner. Som regel er det også det, der sker. Karikaturen af enkeltsagslovgivning, hvor journalisten ringer til ministeren om morgenen, hvorefter ny lovgivning er klar om aftenen, er et skræmmebillede, der ikke har meget med virkeligheden at gøre.¹⁶

¹⁶ Det er da også karakteristisk, at der i Henrik Zahles artikel "Alt for mange love er "telefon-love"" i det danske advokatråds tidsskrift *Lov og Ret*, nr. 6, 1997, s. 22-24, ikke nævnes et eneste eksempel på en "telefon-lov" af en sådan art.

5. Nogle teser

Skal man kort konkludere i nogle teser, kan man efter min opfattelse formulere i hvert fald fem om lovkvalitets-problemet:

Tese 1: Lovkvalitets-problemet har altid eksisteret. Med jævne mellemrum diskuteres det. Nogle politikere lover så færre love og regler. Men vi får hele tiden flere. Og sådan vil det også være fremover. Det samlede regelværk vil blive mere og mere uoverskueligt. Internationaliseringen gør også sit hertil. Idealet om, at borgerne selv skal kunne læse og forstå lovene, er på langt de fleste områder helt uopnåeligt og i praksis skadeligt. Det højeste, der kan opnås, vil som oftest være, at specialisterne kan overskue og forstå lovgivningen, og at de regler, der er mest centrale for borgerens dagligdag, bliver formidlet på en effektiv og forståelig måde.

Tese 2: Alle kan blive enige om, at kvalitet er godt, og at mangel på kvalitet er skidt. Men når man fjerner sig fra abstraktionernes blå luft, vil der ofte være betydelig uenighed om, hvad der er god lovkvalitet, og hvad der er dårlig lovkvalitet. Spørgsmålet om lovkvalitet er et juridisk spørgsmål, men det er i høj grad også et politisk spørgsmål. Realiteten er, at forskellige grupperes egne politiske kæpheste ofte føres frem forklædt som en neutral og objektiv kritik af "lovkvaliteten".

Tese 3: Der må sondres mellem krav til lovgivningens indhold og krav til lovgivningsprocessen. Indholdsmæssige krav om forståelighed, juridisk-teknisk korrekthed og nødvendighed er centrale. Det samme er processuelle krav om grundighed og sagkundskab. Kravene går ofte hånd i hånd, men ikke altid. Til tider er kravene i indbyrdes konflikt, og interessevaretagelse er i praksis ofte tæt sammenvævet med fagkundskab. Det er endvidere et åbent spørgsmål, hvilket behov, der er for eksternt, uafhængigt sagkundskab, der kan fungere som en art "second opinion" over for regering og embedsapparat.

Tese 4: Kvalitetsproblemet har i den praktiske virkelighed først og fremmest adresse til embedsapparatet. Det er embedsapparatet, der i praksis forbereder lovgivningen, og det er embedsapparatet, der efterfølgende udfylder lovgivningen med administrative forskrifter. I dag er tidligere tiders klassiske embedsmandsidealer om juridisk fagkundskab, grundighed og lovteknisk dygtighed under pres af den ændrede rekruttering af embedsmænd og af de mange nye, mere politisk prægede, krav til embedsmændene. Det sætter lovkvaliteten og regelkvaliteten under pres.

Tese 5: Der er grundlæggende ikke noget galt i, at enkeltsager danner grundlag for lovinitiativer. Det er ofte netop i de helt konkrete sager, at lovgivningens styrker og svagheder viser sig i praksis. Det afgørende er, at de konkrete sager i den efterfølgende lovgivningsproces sættes i de rette proportioner. Den del af lovkvalitetsproblemet, der vedrører parlamentets behandling af lovforslag, er det mindste, selv om det i debatten og i offentligheden ofte vies størst interesse. Denne del af lovkvalitetsproblemet kan parlamentet gøre noget ved, hvis politikerne vil. Det er i så henseende "kun" de politiske kræfter og den menneskelige natur, man er oppe imod.

Jonas Christoffersen

Immigrationsret og magtfordeling

Immigrationsret og magtfordeling

Lektor, dr.jur. Jonas Christoffersen, Danmark

Emnet for sektionsmødet er, hvordan den internationale regulering af immigrationsretten påvirker den nationale – politiske og juridiske – beslutningsproces. Dette referat anser internationaliseringen for demokratisk bestemt (tese 1), ligesom den internationale menneskeret virkning på lovgivningen er beskeden snarere end markant (tese 2). En bestemt lovgivningsteknik forrykkede magtbalancen væk fra lovgiver (tese 3), og der er retssikkerhedsmæssige betænkeligheder forbundet med uigennemsigtig administrativ praksis (tese 4). Nationale domstole kan være en aktiv medspiller over for de internationale institutioner (tese 5), men EU-retten indebærer den politisk mest betydningsfulde internationalisering af immigrationsretten (tese 6). Politiske valg indebærer afvejning af fordele og ulemper, og i en globaliseret verden kan demokratier ikke altid få alt (tese 7).

1. Introduktion

Emnet ”immigrationsret og magtfordeling” kræver en afgrænsning. Den internationale, retlige regulering af immigration (indvandring) har mange aspekter, hvorfor magtfordelingsproblemet opstår på mange måder og i mange sammenhænge.

Jeg vil ikke foretage nogen systematisk funderet afgrænsning af emnet, men vil behandle udvalgte problemstillinger af særlig interesse. Dog vil jeg ikke behandle problemstillinger af særlig interesse for flygtning, da den politiske og retlige regulering af flygtninges forhold er speciel.

I tiden efter anden verdenskrig var Danmark genstand for indvandring af arbejdsimmigranter fra Sverige, Norge, Tyskland og Polen (samt flygtninge fra navnlig Tyskland og Ungarn). Fra 1960'erne kom immigranterne navnlig fra lande uden for Vesteuropa (navnlig Jugoslavien, Marokko, Pakistan og Tyrkiet), da efterspørgslen efter arbejdskraft var betydelig. Som følge navnlig af de økonomiske problemer i 1970'erne og den stigende arbejdsløshed steg den politiske modvilje mod immigration af arbejdskraft, men Danmark tillod betydelig indvandring indtil 2001. Pr. 1. januar 2007 var der ca. 480.000 indvandrere og efterkommere i Danmark svarende til knap 9 procent af befolkningen, hvilket var en stigning på 45 procent på 10 år. Af denne gruppe udgjorde tyrkiske indvandrere og efterkommere ca. 12 procent, irakere ca. 6 procent og tyskere ca. 6 procent.¹

Immigrationen var primært begrundet i dansk lovgivning, men Danmark har påtaget sig internationale forpligtelser til at tillade immigration fra tre retninger: norden,

¹ Udlændingesservice: Tal og fakta – befolkningsstatistik om udlændinge (juni 2007).

Europa og verden. Dette er ikke stedet for en nærmere beskrivelse af Danmarks internationale forpligtelser, men der kan være grund til kort at skitsere reguleringen med henblik på at indikere, hvorfra udfordringerne kommer.

Norden: Statsborgere i Finland, Island, Norge og Sverige kan frit opholde sig og arbejde i Danmark, ligesom familiemedlemmer kan få opholdstilladelse efter EU/EØS-reglerne.

Europa: Statsborgere i EU, EØS og Schweiz kan opholde sig og arbejde i Danmark efter reglerne om fri bevægelighed i EU-traktat og afledet regulering (se nærmere afsnit 7).

Verden uden for: Der gælder visse internationale traktater om indrejse og ophold af menneskeretlig karakter i form af navnlig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og FN's Konvention om Civile og Politiske Rettigheder, hvor især retten til privat- og familieliv og forbuddet mod tortur m.v. kan sætte grænser for staternes fri regulering af immigrationsretten.

2. Demokratisk bestemt internationalisering (Tese 1)

Danmarks deltagelse i internationalt samarbejde er politisk bestemt. Begrænsningerne på den politiske regulering af immigrationen er derfor i meget vidt omfang *direkte politisk bestemt*. Der består intet demokratisk problem, så længe lovgivningsmagten bevarer adgangen til at træffe politiske beslutning om ophævelse af Danmarks internationale forpligtelser. Uanset dette udgangspunkt er en del af den retlige regulering er *ikke direkte politisk besluttet* af danske myndigheder, hvilket indebærer en magtfordelingsmæssig udfordring – men intet demokratisk problem.

Der tænkes navnlig på, at ikke-politiske organer i form navnlig af EF-domstolen og Menneskerettighedsdomstolen har anlagt fortolkninger, som indebærer nye internationale forpligtelser for bl.a. Danmark. Det er imidlertid tilsigtet, at juridiske organer på folkeretligt grundlag kan skabe nye forpligtelser, og det stod således klart allerede ved vedtagelsen af Wienerkonventionen om Traktatretten i 1960'erne, at internationale traktater kan fortolkes dynamisk og i lyset af den enkelte traktats ordlyd, genstand og formål.

I Danmark har den kritik af magtfordelingsmæssig relevans været rejst, at fortolkningen af EMRK er gået for vidt.² Kritikken er en følge af en klassisk modstand mod international regulering kombineret med en tekstpositivistisk tilgang til fortolkning. Kritikken trives i Justitsministeriet, hvis minister i 2005 meddelte, at EMD ikke bør afgøre det ”fordelingspolitiske spørgsmål”, hvornår der er tilstrækkelig grund til at forskelsbehandle forskellige persongrupper i samfundet. Justitsministeren kom også til at udtale, at EMD havde ”enevældig indflydelse” på menneskeretten, men senere

² Mads Bryde Andersen: ”Opgør med menneskeretstænkningen” (kronik), Berlingske Tidende, 13. marts 2005, og Rytter: Går Menneskerettighedsdomstolen for vidt? - Fortolkning og retsskabelse i Strasbourg, *Juristen* 2005 s. 9-19.

har ministeren udtalt, at der ikke er grund til at ændre EMRK, da det vil være "mere ødelæggende end gavnende", fordi "alle mulige [vil] have ændret andre ting", hvis der tages hul på diskussionen.³

Kritikken er ikke ny. Allerede under forhandlingerne i slutningen af 1940'erne var et mindretal, herunder Danmark, Norge og Storbritannien, tilhængere af stramme formuleringer, der skulle beskytte statens suverænitet,⁴ men flertallet foretrak rummelige bestemmelser og en domstol til at udfylde EMRK. Den forhandlingsposition, som blandt andet Danmark indtog for 60 år siden, vandt hverken tilslutning dengang eller senere.

Danmark har således gentagne gange i perioden fra 1953 til 1998 anerkendt EMD's fakultative jurisdiktion. I 1992 blev EMRK inkorporeret bl.a. for at give danske domstole et klarere mandat til at anvende EMRK i tilfælde, hvor EMD's dynamiske fortolkning gjorde det påkrævet.⁵ Siden 1998 har Danmark tilsluttet sig EMD's obligatoriske jurisdiktion. Danmark har aldrig lovgivet med vished om og i erkendelse af, at loven ville stride mod den internationale menneskeret. Danmark har ligeledes tilsluttet sig overførsel af fortsat flere beføjelser til EU og EF, ligesom Danmark støtter EU's tiltrædelse af EMRK i medfør af Lissabon-traktatens art. 6, stk. 2.

Det er ikke dokumenteret, at der i Europa (udover Rusland) skulle være nogen udbredt politisk modstand mod den internationale beskyttelse af menneskerettighederne. Den danske regering er skeptisk over for 12. tillægsprotokol om diskrimination, men der foreligger mig bekendt ikke oplysninger om, at andre landes undladelse af at tiltræde protokollen er udtryk for en generel politisk modstand mod EMRK/EMD. Der blev for eksempel ikke i forbindelse med forhandlingerne om senest 14. tillægsprotokol sendt blot det mest skrøbelige signal om, at EMD er gået for vidt i sine fortolkninger. Tværtimod blev subsidiaritetsprincippet styrket ved 14. tillægsprotokol for at modvirke en deregulering, som kunne følge af en ændring af EMD's funktion.

Selv om en (mindre) del af de internationale forpligtelser opstår i ikke-politiske fora, så har denne ikke-politiske udvikling af de internationale forpligtelser, der begrænser immigrationslovgivningen, altså *indirekte politisk* opbakning i form navnlig af politiske beslutninger om at opretholde deltagelsen i internationalt samarbejde trods de politiske konsekvenser for immigrationslovgivningen. Der er således foretaget politiske afvejninger, hvorefter Danmarks suverænitet inden for immigrationsretten er blevet begrænset for at opnå andre fordele.

Kritikken kan ikke desto mindre vise sig at få uheldige konsekvenser, såfremt der på tiltrædelsestidspunktet stilles strengere krav end tidligere til klarheden af Danmarks internationale forpligtelser. Tidligere blev den manglende klarhed og præcision anset som en hindring for anvendeligheden og inkorporationen af

³ Se nærmere Jonas Christoffersen: "Den danske debat om den internationale menneskeret", Nordisk Tidsskrift for Menneskeret 2006, vol. 24, nr. 2, s. 97-114.

⁴ Susan Marks: "The European Convention on Human Rights and its Democratic Society" 66 British Yearbook of International Law 1996 s. 209-238, navnlig s. 214.

⁵ F.eks. betænkning 1220/1991 om inkorporering af EMRK s. 149.

traktater i national ret,⁶ men ikke for at tiltræde en traktat. Efterhånden som det har vist sig, at folkeretten får effektivitet via den internationale retshåndhævelse, stiller Justitsministeriet sig tvivlende over for det hensigtsmæssige i at tiltræde f.eks. til-lægsprotokol nr. 12 om diskrimination.⁷ Mærkbare stramninger af klarhedskravet på tiltrædelsestidspunktet vil i højere grad end hidtil gøre det påkrævet på internationalt plan at opnå enighed om mere præcise formuleringer. Da det historisk set har vist sig at være vanskeligt, kan konsekvensen blive, at international regulering bliver mindre effektiv. Spørgsmålet er, om små lande som de nordiske lande er så bekymrede for de magtfordelingspolitiske udfordringer, at de vil begrænse det internationale samarbejde, som jævnlige er til små landes fordel.

Tese 1: Internationaliseringen er demokratisk bestemt, idet der løbende er foretaget politiske afvejninger, hvorefter suveræniteten er blevet begrænset for at opnå andre fordele, hvilket ikke indebærer noget demokratisk problem, men en magtfordelingsmæssig udfordring.

3. Lovgivningsmæssige konsekvenser af EMRK (Tese 2)

EMRK's betydning for lovgivningsprocessen er vanskelig at vurdere. Det første problem er, at der ikke er offentlig tilgængelig viden om, hvilke politiske forslag der ville kunne have samlet flertal i folketingset, men som opgives på grund af den internationale regulering. Det er min fornemmelse baseret på samtaler med embedsmænd, at nogle politiske forslag afvises af embedsværket med henvisning til Danmarks internationale forpligtelser, men at forslagene oftest er temmelig urealistiske og vidtløftige.

Det andet og mere relevante problem opstår, når lovgivningen udtrykkelig afgrænses med henvisning til Danmarks internationale forpligtelser. For eksempel er der vedtaget talrige ændringer til udlændingeloven under den udtrykkelige forudsætning, at loven skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser (se nærmere punkt 6 nedenfor om Tese 5). I sådanne tilfælde begrænser de internationale forpligtelser lovgivningens omfang, hvilket umiddelbart har magtfordelingsmæssige og retssikkerhedsmæssige konsekvenser, som er demokratisk velfunderede.

Det er imidlertid ikke åbenbart, at de magtfordelingsmæssige konsekvenser er så omfangsrige, som man umiddelbart kunne tro. For det første har lovgivningsmagten frihed til at bryde Danmarks internationale forpligtelser, da folkeretten ikke har virkning på forfatningsniveau.⁸ Der er derfor tale om en politisk selvbandlæggelse som følge af den internationale regulering, der hviler på tidligere politisk beslutning om

⁶ Betænkning 1407/2001 s. 150 ff., jf. betænkning 682/1973 s. 45 ff., om klarhed, generelle bestemmelser og programmerklæringer.

⁷ Justitsministerens udkast til tale af 6. april og 11. maj 2005.

⁸ Jonas Christoffersen: "Folkeretskonform grundlovsfortolkning" i Politik og jura - Festskrift til Ole Espersen (Henning Koch, red.) (2004) s. 241-268.

deltagelse i internationalt samarbejde. Såfremt magtfordelingsspørgsmålet vurderes ud fra et parlamentarisk perspektiv, er der altså tale om, at det parlamentariske flertal opretholder og dermed støtter tidligere beslutninger om internationalt samarbejde.

Med disse forbehold kan kort anføres tre – ikke udtømmende - eksempler på, hvordan internationale forpligtelser har haft konkret betydning for udformningen af immigrationsretten, nemlig udvisning af kriminelle udlændinge, asylretten og retten til familiesammenføring.

EMRK har måske haft sin mest markante betydning i forhold til lovgivningen om udvisning af kriminelle udlændinge siden 1996, hvor Folketinget vedtog, at alle udlændinge, der bliver idømt ubetinget frihedsstraf for narkotikakriminalitet, skal kunne udvises at Danmark, uanset straffens længde, uanset varigheden af opholdet i Danmark, og uanset hvilken type narkotika der var tale om.⁹ Udvisning skal dog undlades, såfremt en individuel vurdering "afgørende taler herimod". I lovforslaget hedder det, at udvisningsreglerne skal fortolkes og anvendes i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelse, og at udvisning skal udelades "i det omfang, det ville stride med Danmarks internationale forpligtelser".¹⁰ Senere er tilgangen udvidet til at omfatte en række andre forbrydelse, og det er til stadighed forudsat, at der ikke vil blive udvist, hvis det strider mod Danmarks internationale forpligtelser. Højesteret har til dels reableret lovens system, hvorefter udvisningsadgangen navnlig beror på opholdets og straffens varighed, ved i en konkret sag at udtale, at det trods lovens system "ikke kan komme på tale" at udvise, og at en udvisning måtte forudsætte "en langvarig fængselsstraf" eller "flere fængselsstraffe af betydelig længde".¹¹

Den internationale menneskeret står også centralt i asylretten, idet opholdstilladelse gives til en udlænding, som enten er omfattet af FN's Flygtningekonventionen eller som ved en tilbagevenden til sit hjemland risikerer dødsstraf, tortur eller umenneskelig / nedværdigende behandling eller straf og dermed har krav på opholdstilladelse efter Danmarks internationale forpligtelser. Danmark har dermed skåret adgangen til asyl ned til et internationalt minimum.¹²

Betydningen for reglerne om familiesammenføring fremkommer først og fremmest derved, at der gælder særlige regler for indrejse af nordiske statsborgere, EU/EØS-statsborgere, efter Schengen-aftalen og af flygtninge (se også afsnit 7 nedenfor). Derudover er der i en lang række bestemmelser om meddelelse af opholdstilladelse taget forbehold om at fravige lovens almindelige krav af "ganske særlige

⁹ Lov nr. 1052 af 11. december 1996 om ændring af udlændingeloven, jf. Folketingstidende 1995-96 tillæg A, s. 1016 f., navnlig s. 1017 højre spalte. Lovgivningen indebar en tilnærmelse til befolkningens ønsker om en strammere udlændingepolitik, jf. Lise Togeby: *Magt og demokrati i Danmark: hovedresultater fra magtudredningen* (Århus: Århus Universitetsforlag 2003) s. 107.

¹⁰ Folketingstidende 1995-96 tillæg A, s. 1017 højre spalte og s. 1018 højre spalte.

¹¹ UFR 1999.1394 H.

¹² Se nærmere fodnote 59.

grunde". I lovforslag specificeres dette ofte til tilfælde, i) hvor den herboende ikke har mulighed for med ansøgeren at indrejse og tage ophold i et andet land, ii) hvor den herboende ikke kan tage ophold i hjemlandet på grund af fortsat risiko for forfølgelse, iii) hvor hensynet til mindreårige børn bosiddende er tungtvejende, eller iv) hvor høj alder, alvorlig sygdom eller alvorligt handicap ville gøre det humanitært uforvarsligt at tillade familiesammenføring i tilfælde af manglende adgang til behandlings- eller pleje i udlandet. Der skal gives opholdstilladelse i tilfælde, hvor nægtelse ville krænke de internationale menneskerettigheder, ligesom der muligt kan og skal gives tilladelse i videre omfang. På grund af denne sammenhæng mellem lovgivningens formulering og forudsætninger samt Danmarks internationale forpligtelser kommer den internationale menneskeret til at være omdrejningspunktet for (til dels politisk betinget) uenighed om fortolkningen og anvendelsen af lovgivningen.¹³

Det er vanskeligt at opgøre den kvantitative, lovgivningsmæssige virkning af immigrationsretten på dette område, da der ikke foreligger offentligt tilgængelige oplysninger om, hvor mange afgørelser der er truffet alene på grundlag af den internationale menneskeret. Højesteret har i perioden 1997-2005 frifundet 30 personer for påstand om udvisning, ligesom landsretterne i 2001-2003 havde frifundet 13 personer.¹⁴ Der foreligger ingen oplysninger om antallet af sager, hvor anklagemyndigheden har undladt at nedlægge påstand om udvisning. Der foreligger heller ingen oplysninger om antallet af opholdstilladelser meddelt på grund af den internationale menneskeret. Endelig bemærkes, at det ikke er givet, at lovgivningen havde været helt anderledes, såfremt lovgivningsprocessen havde været fri for indflydelse af den internationale menneskeret. Der er således ikke givet, at Danmark ville have tilladt udsendelse til tortur m.v. eller ville have ignoreret hensynet til privat- og familielivet, såfremt det havde været tilladt efter folkeretten.

Tese 2: Lovgivningsmagten har respekteret den internationale menneskeret, hvilket har indebåret en vis kvantitativ virkning på lovgivningen, men det er den symbolske snarere end kvantitative betydning, der har vakt opsigt.

4. Lovgivningsteknikken og magtbalancen (Tese 3)

Som nævnt under afsnit 3 har lovgivningsmagten navnlig ved udlændingelovgivning overladt ansvaret for overholdelsen af de internationale menneskerettigheder til

¹³ Se f.eks. Institut for Menneskerettigheder: Udredning nr. 1 om ægtefællesammenføring.

¹⁴ I perioden 1. januar 1997 til 15. august 2003 har Højesteret i 66 sager taget stilling til spørgsmålet om udvisning af 75 tiltalte, hvoraf ca. 25 blev frifundet for påstanden om udvisning, ligesom Højesteret i perioden medio 2003 til medio 2005 har fået forelagt sager om udvisning af 34 tiltalte, hvoraf fem blev frifundet for udvisning. I perioden 2001- medio 2003 frifandt landsretterne for påstanden om udvisning i 13 af 40 sager, og der foreligger ikke officielle optællinger af senere landsretspraksis, jf. Anklagemyndighedens Årsberetning 2001-2002 pkt. 5.3-5.8 og bilag 1-3 samt Anklagemyndighedens Årsberetning 2003-2004 pkt. 5.3.

forvaltning og domstole. Det er i lovforslag indsat henvisninger til menneskerettighederne uden at det konkret angives, hvordan retsstillingen skal være. Lovgivningsteknikken forrykkede selvsagt magtbalancen.¹⁵

Problemet er, at lovgivningsmagten i nogle tilfælde har forsømt at tilpasse lovgivningen til internationale standarder. Lovgivningsteknikken på udlændingeområdet har betydet, at Højesteret siden 1997 har fået forelagt en lang række udvisnings-sager, hvor såvel anklagemyndigheden som landsretterne havde undladt at foretage tilstrækkelig nuancerede bedømmelser af indholdet af den internationale menneskeret. Det betød, at Højesteret i en række sager undlod udvisning med henvisning til bl.a. EMRK artikel 8. Dette vakte opsigt i offentligheden, men lovgivningsmagten fremkaldte situationen.¹⁶

Magtbalancen hviler på det grundsynspunkt, at danske domstole skal følge EMD's fortolkning af EMRK,¹⁷ medmindre der er tale om en vilkårlig eller klart forkert fortolkning af EMRK. Danske domstole anlægger et variabelt – men som regel ret strengt – klarhedskrav, som betyder, at den internationale menneskeret kun tillægges selvstændig betydning, hvis der er ret sikkert grundlag for det i ordlyd og/eller praksis.¹⁸ Der indlægges som udgangspunkt ingen sikkerhedsmargin mellem forståelsen af EMD's praksis og den anlagte fortolkning.¹⁹ Klarhedskravet står ligeledes centralt i Norges Høyesteretts praksis, men det norske klarhedskrav er mindre strengt end det danske.²⁰ Det kan også udtrykkes på den måde, at hvis der er tvivl om fortolkningen af EMRK, og hvis retsspørgsmålet har tilstrækkelig betydning for national ret, så må fortolkningstvivlen komme lovgiver til gode, såfremt lovgivers løsning er tilstrækkelig velfunderet ud fra de samfundsværdier, der normalt værnes i det nationale retssystem.²¹

Trods dette udgangspunkt har der siden UfR 2002.736 være indlagt en begrænset margin i Højesterets praksis om udvisning af kriminelle udlændinge, men den margin beror formentlig snarere på Højesterets frigørelse fra EMD's praksis pga. praktiske forhold end på frygten for domfældelse ved EMD. Praksis på dette område kan heller ikke forstås uden hensyntagen til lovgivningsteknikken på området.²²

¹⁵ Jens Vedsted-Hansen og Ida E. Koch: "Internationale menneskerettigheder som konfliktkilde i national ret", i Ida E. Koch m.fl. (red.): Menneskerettigheder og magtfordeling - domstolskontrol med politiske prioriteringer (2004) s. 19-58.

¹⁶ Torben Melchior: "Maastricht, Tvind ... og hvad så?", i Torsten Iversen m.fl. (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (2003) s. 201-219.

¹⁷ UfR 1996.234 H.

¹⁸ Betænkning 1407/2001 s. 307, Jonas Christoffersen: "Folkerettens virkning i dansk ret" UfR 2001 B. 143 samt Mohammed Ahsan og Søren Skibsted: "Menneskerettighedskonventionens retskildemæssige status i dansk ret" Juristen 2002 s. 92-104.

¹⁹ F.eks. UfR 2004.1765 H, jf. EMD Ciliz v. the Netherlands.

²⁰ NRt 2000.996, NRt 2002.557, NRt 2003.359 og kendelse af 24. juni 2005 (HR-2005-01014-A).

²¹ Jf. Lars Oftedal Broch: "Skjønsmarginen i nyere praksis fra Den europæiske menneskerettsdomstol" Lov og rett 2005 s. 282.

²² F.eks. Torben Melchior: "Maastricht, Tvind ... og hvad så?", i Torsten Iversen m.fl. (red.): Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard (2003) 201-219.

Den implementeringsteknik, hvorefter abstrakte henvisninger til EMRK m.v. blev indført i lovforarbejderne, er i vidt omfang forladt. Justitsministeren fremhævede i et samråd i Folketingets Retsudvalg 12. maj 2005, at lovgivningsmagten bør gøre sig "mere umage med at vejlede om, hvordan vi mener, at ny lovgivning skal forstås i forhold til internationale forpligtelser og Menneskerettighedsdomstolens praksis."²³ Det er udtryk for en ændring, som fandt sted for flere år siden – blandt andet ved ændringen af reglerne om familiesammenføring og asyl i 2002.

Det må derfor antages, at danske domstoles fremtrædende rolle ved implementeringen af menneskeretten de seneste 5–10 år vil vise sig at være en afvigelse fra normen, fordi lovgivningsprocessen nu normalt indeholder mere præcise beskrivelser af den til grund for lovgivningen liggende fortolkning af menneskeretten.

Den mere udførlige lovgivningsteknik svarer vel i virkeligheden til, hvad der var tilsigtet ved inkorporationen af EMRK i begyndelsen af 1990'erne. Det var ønsket og forudsat, at lovgivningsmagten løbende skulle drage omsorg for foreneligheden af dansk ret med den internationale menneskeret.²⁴ Da henvisnings-teknikken synes forladt, må domstolenes rolle forventes at blive mindre fremover, selv om domstolenes ultimative ansvar i enkelte sager hverken kan eller skal forsvinde. Det ligger i kerneområdet af domstolenes virksomhed at foretage konkrete bedømmelser og afvejninger på grundlag af de kriterier, der udtrykkes i loven, og i lyset af de standarder, der er forudsat i lovgivningsprocessen, herunder internationale menneskerettighedsstandarder. Desuden kan fortolkningstvilen – på grund af retsgrundlagets karakter og den dynamiske fortolkning – aldrig udryddes.²⁵

Det må samtidig understreges, at domstolene lægger selvstændig vægt på lovgivningsmagtens bedømmelse af et konkret fortolknings- eller afvejningsspørgsmål, hvis der er foretaget udførlig vurdering af forholdet til internationale forpligtelser.²⁶ Højesteret har – vistnok navnlig i skriftligt behandlede sager – de senere år mere udførligt refereret lovforarbejder under et særligt afsnit om "retsgrundlaget", hvilket alt andet lige må antages at styrke lovforslagernes betydning for afgørelserne, herunder på bekostning af den internationale menneskeret, som ikke ses refereret eller sammenfattet i Højesterets afgørelser.

Kombinationen af domstolenes almindelige vægtlægning af lovforarbejder kombineret med lovforarbejdernes mere udførlige fortolkninger af den internationale menneskeret kan indebære en tilbageskydning af fortolkningskompetencen fra domstolene til

²³ Udkast til tale af 11. maj 2005 s. 6 pkt. 3.

²⁴ Betænkning 1220/1991 s. 148 ff. I Justitsministeriets seneste vejledning om lov kvalitet fra juni 2005 anføres det kortfattet, at såfremt et lovforslag giver adgang til at træffe skønspregede afgørelser, der ofte rejser spørgsmål i forhold til konventionerne, bør lovforslagets bemærkninger indeholde "en rimelig vejledning om indholdet af de menneskeretlige forpligtelser, herunder om de kriterier og forhold, der ... har betydning for myndighedernes afgørelser".

²⁵ Henrik Palmer Olsen: "Når praksis overhaler grundloven", i Stine Jørgensen m.fl. (red.): Nye retlige design (2003) s. 91-104 navnlig s. 98.

²⁶ Se betænkning 1407/2001 s. 308 og f.eks. UfR 2005.1265 H om afskedigelsen af kvinde for at bære religiøst begrundet hovedtørklæde i strid med arbejdsgiverens beklædningsregler.

lovgivningsmagten. Det vil – medmindre fortolkningerne er genstand for reel politisk debat – sige fra domstolene til regeringen/forvaltningen/embedsmændene. Så længe lovgiver holder sig inden for rammerne af det fortolkningsrådium, som EMRK overlader til staterne, er der ikke grundlag for at være skeptisk over for lovgivningsmagtens fortolkning af EMRK, heller ikke selv om det reelt af forvaltningen/embedsmændene, der fortolker.

En reel domstolskontrol af de fortolkninger, der er lagt til grund af lovgivningsmagten/forvaltningen/embedsmændene, strider dog fortsat ikke mod den tilsigtede magtbalance, så længe domstolene i medfør af klarhedskravet har tilstrækkeligt grundlag for sine fortolkninger og ikke overimplementerer. De fortolkninger, der lægges til grund i lovforslag, er i sagens natur politisk orienterede, og der kan derfor være behov for at neutralisere og korrigere fortolkningerne, således at de stemmer overens med almindeligt accepterede fortolkningsprincipper. Desuden er der principiel forskel på lovgivningsmagtens forudgående og generelle fortolkninger og domstolenes efterfølgende og konkrete afgørelser.

Afslutningsvis kan det overvejes, om uklarheden omkring indholdet af Danmarks internationale forpligtelser på immigrationsområdet er så stor, at det giver mærkbare problemer for lovgiver. Det er vanskeligt at besvare dette spørgsmål, fordi der er tale om grader af uklarhed og niveauer af besvær. Det er imidlertid min vurdering, at der ikke i praksis er forekommet markante eksempler på så overraskende fortolkninger, at lovgivningsmagten reelt ikke har været i stand til at forudse problemerne i rimelig tid.

Tese 3: Den lovgivningsteknik, hvorefter der i forarbejderne indførtes generelle henvisninger til den internationale menneskeret, forrykkede magtbalancen, idet lovgivningsmagten lagde ansvaret for den rette fortolkning på forvaltning og domstole, men den senere lovgivningsteknik med mere udførlige redegørelser for fortolkningen kan forventes at indebære en tilbageskydning af fortolkningskompetencen fra forvaltning og domstole til lovgivningsmagten.

5. Vanskelig administration af skønsmæssige beføjelser (Tese 4)

Anvendelsen af skønsmæssige beføjelser har ligeledes givet anledning til betydelige vanskeligheder for navnlig udlændingemyndighederne, som er pålagt opgaven at forvalte lovgivningen om navnlig familiesammenføring i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser. Det er vanskeligt at bedømme omfanget af problemerne, fordi der ikke foreligger præcise oplysninger om, hvordan udlændingemyndighederne i praksis fortolker lovgivningen i lyset af Danmarks internationale forpligtelser.²⁷

²⁷ Jonas Christoffersen: Ægtefællesammenføring, EU-ret & Menneskeret 2004 nr. 6 s. 273 ff.

Selv om det i lovforslag er anført, hvordan lovgivningen forudsættes anvendt, kan der være ganske uklart, hvilken administrativ praksis der følges. Det har konsekvenser for de medborgere, der må leve med en høj grad af uigennemsigthed i forvaltningen, der ikke er ufejlbarlig. Det er imidlertid ikke kun eksterne personer, men også Integrationsministeriet og Udlændingesservice, der har haft svært ved at identificere administrativ praksis på selv klart identificerede, konkrete områder. Det skyldes, at det ikke er muligt ved hjælp af Udlændingeregisteret at finde konkrete sager om betydningen af enkelte kriterier fremhævet i forarbejderne så som f.eks. høj alder, særbørn, handikaps etc. I lyset af sagernes kompleksitet og betydning for ansøgerne må man stille forholdsvis store krav til åbenheden i forvaltningen, men administrativ praksis ser ud til at have været så uklar, at det i sig selv giver anledning til retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, der måske overstiger bekymringen om den rette implementering af EMRK.²⁸

I januar 2005 meddelte Integrationsministeriet, at det ville overveje, om der var behov for at øge gennemsigtigheden f.eks. ved at lægge ministeriets retningslinjer for behandlingen af konkrete sager ud på hjemmesiden. Der blev først taget initiativer i retning af øget gennemsigtighed, da det i slutningen af september 2005 kom frem, at der i omkring 1½ år var gjort undtagelse fra tilknytningskravet og 24 års reglen i forhold til personer med særlig erhvervsmæssigt tilknytning til Danmark. Den manglende åbenhed blev kritiseret, og Folketingets Ombudsmand fandt medio 2006, at det ville have været bedst stemmende med god forvaltningsskik at offentliggøre notatet.²⁹ I oktober 2005 meddelte integrationsministeren, at der ville blive etableret en IT-portal med adgang til bl.a. generelle notater og konkrete afgørelser. Det er nu via denne portal muligt at finde afgørelser og notater, der belyser praksis på udlændingeområdet. De konkrete afgørelser har alle vejledende eller principiel værdi og illustrerer dermed gældende praksis. Det vides ikke, om alle afgørelser af principiel betydning offentliggøres. Under alle omstændigheder indebærer den stigende åbenhed en større hensyntagen til borgernes behov for oplysninger om deres retsstilling.³⁰

Spørgsmålet om klarhedskravet og en eventuel sikkerhedsmargin ved fortolkningen af internationale forpligtelse har også været rejst i forhold til forvaltningen. Den almene opfattelse synes at være, at udlændingelovens almindelige regler skal anvendes, medmindre Danmarks internationale forpligtelser gør undtagelser nødvendige, men der er ifølge forskellige lovforslag hjemmel til at gøre undtagelser i videre omfang end nødvendiggjort af Danmarks internationale forpligtelser.³¹

²⁸ Se herom nærmere Jonas Christoffersen: Forvaltningsretlig transparens: om familiesammenføring i praksis, *Juristen* 2006 s. 37-45.

²⁹ Folketingets Ombudsmands Beretning 2006 s. 350.

³⁰ For så vidt angår asylretten er en redegørelse for EMD's praksis optaget som bilag til forslaget til den senere gennemførte L 2006 429, jf. FT 2005-06, Tillæg A (L 128). Se også Anders Henriksen i *Juristen* 2004 s. 93-103 og Kim U. Kjær i *Juristen* 2004 s. 322-326 om ændringen. For så vidt angår udvisning pga. kriminalitet er navnlig Rigsadvokatens løbende oversigter informative.

³¹ Se Jonas Christoffersen i *EU-ret & Menneskeret* 2004 nr. 6 s. 275 ff.

Uanset at der kan gøres undtagelse i videre omfang end nødvendigt af hensyn til de internationale forpligtelser, kan det være mere eller mindre klart, i hvilket omfang den internationale menneskeret tilsiger, at der skal gøres undtagelse. Spørgsmålet opstår derfor i tvivlstilfælde, om udlændingemyndighederne skal fastholde lovens almindelige regler og meddele afslag eller indlægge en sikkerhedsmargin og give opholdstilladelse. Integrationsministeriets udgangspunkt er været, at såfremt der ikke er afgørelser fra EMD, som viser, at EMRK er krænket, anses EMRK ikke for krænket.³²

Dette udgangspunkt er dog ikke ubetinget. I et notat af 14. juni 2005 om afgørelse af sager om flygtnings ægtefællesammenføring anfører Integrationsministeriet, at der i flygtningsager gives opholdstilladelse, hvis der er tale om reelt ægteskab, og hvis der ikke kan tages ophold i et vestligt land. Begrundelsen er, at ”der ved administrationen af reglerne bør være en sikkerhedsmargin i forhold til at sikre overholdelse af forpligtelsen til at respektere familieliv efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8”.³³ En sikkerhedsmargin indebærer selvsagt en slækkelse af klarhedskravet. Tilsvarende anføres det i et notat af 15. december 2004 om ændring af praksis for indgivelse af ansøgning om ægtefællesammenføring i Danmark, at det i visse sager vil kunne være åbenbart urimeligt at kræve ansøgningen indgivet i udlandet, og at en videre åbning over for indgivelse af ansøgning her i landet ”vil være bedst stemmende med Danmarks internationale forpligtelser”.³⁴ Formuleringen antyder, at Danmark ved en anden retstilstand ikke ville begå folkeretsbrud, ligesom det ikke er ganske klart, hvilke internationale forpligtelser der i givet fald måtte være tale om. Dette er dog formentlig undtagelser fra et udgangspunkt om, at der ikke opereres med en administrativ sikkerhedsmargin ved fortolkningen af Danmarks internationale forpligtelser.

Tese 4: Det giver anledning til retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, når det ikke vides, om forvaltningen opererer med en sikkerhedsmargin ved fortolkningen af menneskeretten, og når der ikke er klarhed om, hvilken administrativ praksis der følges.

6. Samspil mellem national og international domstolsprøvelse (Tese 5)

Nationale domstoles kontrolfunktion har den praktiske betydning, som blev fremhævet i betænkning nr. 1220/1991 om inkorporation af EMRK, at ”man formentlig normalt vil kunne gå ud fra, at hvis et statsorgan ikke kan overbevise landets egne domstole om rigtigheden af en fortolkning, er der ingen grund til at tro, at staten vil have mere held ved konventionsorganerne”.³⁵

³² Se f.eks. notat af 22. september 2004 s. 12 om 24 års-reglen og mere generelt notat af 14. januar 2005 s. 13.

³³ Notat af 14. juni 2005 s. 2, pkt. 3.

³⁴ Notat af 14. december 2004 s. 1, pkt. 2.

³⁵ Betænkning 1220/1991 s. 153.

Dertil kan man i lyset af nyere praksis fra EMD tilføje, at hvis et statsorgan kan overbevise landets egne domstole om rigtigheden af en fortolkning, så er der desto større grund til at tro, at staten vil have held med sagen ved EMD. Et illustrativt eksempel på den selvstændige betydning for EMD's prøvelse af nationale domstoles accept af lovgivers valg findes i sagen *Ždanoka mod Letland* om begrænsninger i en kommunisters valgbarhed efter Letlands selvstændighed. EMD accepterede begrænsningen som proportionel under henvisning til staternes skønsmargin og fremhævede, at det lettiske parlament havde revurderet lovgivningen med mellemrum senest i 2004, og navnlig at Letlands forfatningsdomstol i august 2000 havde fundet lovgivningen nødvendig på dette tidspunkt. EMD fandt derfor ikke krænkelse af EMRK, men nøjedes med at indikere, at lovgivningen skulle følges nøje med henblik på ophævelse ("kept under review with a view to bringing it to an early end").³⁶ Der findes flere eksempler i EMD's praksis på denne direkte fremhævelse af nationale myndigheders bedømmelse af forholdet mellem nationale foranstaltninger og EMRK.

Tese 5: Såfremt nationale domstole med udførlige begrundelser står bag lovgivers bedømmelse af lovgivningens proportionalitet, så vil det alt andet lige styrke regeringens arbejde i en efterfølgende international klagesag, hvorfor nationale domstole kan være en aktiv medspiller i "det nationale forsvar" over for de internationale institutioner.

7. Immigrationsretlige konsekvenser af EU (Tese 6)

Fra et magtfordelingsperspektiv må fokus måske navnlig rettes mod fællesskabsretten, som formentlig reflekterer den politisk set mest betydningsfulde internationalisering af immigrationsretten. Den fællesskabsretlige regulering af social- og arbejdsretten i bred forstand har stigende betydning. Det gælder både traktatens regler om fri bevægelighed af varer, arbejdskraft og tjenesteydelser og dens hjemmelsbestemmelser inden for social- og arbejdsmarkedspolitikken.

Fællesskabsretten skabes – ligesom anden international ret – i et samspil mellem nationale og internationale aktører. Efter vedtagelsen af samarbejdsgrundlaget (traktaten) opstår yderligere retlige forpligtelser med eller uden konkret grundlag i beslutninger vedtaget i det nationale parlament. Ud fra et nationalt-parlamentarisk demokratiperspektiv vil alle fællesskabsretlige forpligtelser, der opstår uden det enkelte lands regerings tilslutning, være problematiske. Det gælder politiske flertalsafgørelse såvel som afgørelse fra EF-domstolen.

Dette er ikke stedet for en nærmere gennemgang og drøftelse af den EU-retlige regulering, men hovedlinierne bør kort skitseres for at antyde den magtfordelingsmæssige udfordring, der følger af EU's regulering af immigrationsretten.³⁷

³⁶ EMD *Ždanoka mod Letland* § 135.

³⁷ Tak til Kirsten Ketscher for fremsendelse af ufærdigt manuskript til Socialretten (2008) samt til Catherine Jacqueson for udførlige oplysninger om EU-retten.

Immigration af EU-borgere og deres familiemedlemmer, uanset om de er statsborgere i et tredjeland, er reguleret af EU. Også statsborgere fra tredjelande kan have adgang til indrejse og ophold, om end mange retsakter på dette område ikke binder Danmark. Økonomisk aktive personer som f.eks. arbejdstagere har ret til indrejse og ophold, idet der dog gælder overgangsregler for de senest tilkomne EU-medlemslande. Uanset om en person er økonomisk aktiv, kan unionsborgere have ret til ophold med deres familiemedlemmer uanset nationalitet.³⁸ Unionsborgerskabet skaber rettigheder, som typisk vil aktualiseres i forbindelse med midlertidig eller varig immigration. Ret til indrejse og ophold har også fastboende tredjelandstatsborger,³⁹ tredjelandstatsborgere med lovligt ophold og ret til familiesammenføring,⁴⁰ tredjelandstatsborgere med henblik på studier m.v.,⁴¹ ligesom der er regulering af asylretten.⁴²

Reguleringen ved direktiv eller forordning ophæver ikke nødvendigvis udfordringen set fra et nationalt-parlamentarisk demokratiperspektiv, dels fordi den enkelte medlemsstat kan stemmes ned, dels fordi EF-domstolen fortolker og udfylder reguleringen.

Ydermere kan der være grund til at fremhæve, at den immigrationsretlige regulering trækker socialretlig regulering med sig. Det er ikke noget nyt, men desto større immigration, desto større socialpolitisk betydning får EU-retten. Immigration i form af vandrede arbejdstager er velkendt i fællesskabsretten, og den første forordning, forordning 1612/68, der blev udstedt allerede i slutningen af 1960'erne, angår navnlig arbejdsretlig ligestilling, herunder indenfor social- og skatteretten. Omfanget af de omfattede ydelser er bredt. Vandrede arbejdstagere har ret til sygdomsbehandling i opholdslandet, ligesom arbejdstagere har ret til sygdomsbehandling uden for hjemlandet med henblik på at sikre den fri bevægelighed af tjenesteydelser i form af sygdomsbehandling. Kernen i vandrede arbejdstageres rettigheder er ikke-diskrimination, ret til sammenlægning af perioder med relevant ophold og beskæftigelse m.v. i forskellige lande og ret til modtagelse af rettigheder trods ophold i udlandet (eksportabilitet). For eksempel anses hjemmehjælp iht. serviceloven for omfattet, hvilket indebærer, at en arbejdstager med ophold i udlandet kan rejse krav mod Danmark om økonomisk refusion af hjemmehjælp modtaget i opholdslandet.

Forbuddet mod kønsdiskrimination er ligeledes centralt og rejser magtfordelingsmæssige spørgsmål. Den danske justitsminister har således udtalt, at spørgsmålet om diskrimination i forhold til sociale ydelser var et fordelingspolitisk spørgsmål, som

³⁸ Direktiv 2004/38/EF om unionsborgeres og deres familiemedlemmers ret til at færdes og opholde sig frit på medlemsstaternes område.

³⁹ Direktiv 2003/109/EF om tredjelandstatsborgeres status som fastboende udlænding.

⁴⁰ Direktiv 2003/86/EF om ret til familiesammenføring.

⁴¹ Direktiv 2004/114/EF om betingelserne for tredjelandstatsborgeres indrejse og ophold med henblik på studier, elevudveksling, ulønnet erhvervsuddannelse eller volontørtjeneste.

⁴² F.eks. direktiv 2001/55/EF om minimumsstandarder for midlertidig beskyttelse i tilfælde af massetilstrømning af fordrevne personer m.v., direktiv 2003/9/EF om minimumsstandarder for modtagelse af asylansøgere, forordning 343/2003 om kriterier og procedurer ved behandling af asylansøgninger, forordning 574/1999 om visum.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke skulle beskæftige sig med.⁴³ Det samme perspektiv kunne anlægges på fællesskabsretten, således at EF-domstolen af fordelingspolitiske hensyn ikke burde tage stilling til diskrimination. Men det kan ikke undre, at EF-domstolen spiller en rolle, eftersom traktaten indeholder bestemmelse om kønsdiskrimination (art. 3, 13 og 137), ligesom en række direktiver er udstedt.⁴⁴ Det samme gælder med hensyn til etnisk diskrimination⁴⁵ samt forskelsbehandling på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.⁴⁶ Desuden kan det nævnes, at den fri bevægelighed af arbejdskraft giver anledning til konflikter, som kan begrænse den fri bevægelighed, hvorfor konfliktretten kan udfordres af immigrationsretten.

Tese 6: EU-retten reflekterer formentlig den politisk mest betydningsfulde internationalisering af immigrationsretten, og den immigrationsretlige regulering trækker socialretlig regulering med sig, hvorved EU-retten fremstår som den magtfordelingsmæssige største udfordring.

8. Sammenfatning

Tese 1: Den retlige internationalisering er demokratisk bestemt, idet der er foretaget politiske afvejsninger, hvorefter suveræniteten er blevet begrænset for at opnå andre fordele, hvilket ikke indebærer noget demokratisk problem, men en magtfordelingsmæssig udfordring.

Tese 2: Lovgivningsmagten har respekteret den internationale menneskeret, hvilket har indebåret en vis kvantitativ virkning på lovgivningen, men det er den symboliske snarere end reelle betydning, der har vakt opsigt.

Tese 3: Den lovgivningsteknik, hvorefter der i forarbejderne indførtes generelle henvisninger til den internationale menneskeret, forrykkede magtbalancen, idet lovgivningsmagten lagde ansvaret for den rette fortolkning på forvaltning og domstole, men den senere lovgivningsteknik med mere udførlige redegørelser for fortolkningen må forventes at indebære en tilbageskydning af fortolkningskompetencen fra forvaltning og domstole til lovgivningsmagten.

Tese 4: Det giver anledning til retssikkerhedsmæssige betænkeligheder, når det ikke vides, om forvaltningen opererer med en sikkerhedsmargin ved fortolkningen af menneskeretten, og når der ikke er klarhed om, hvilken administrativ praksis der følges.

⁴³ Se henvisning i note 32.

⁴⁴ Direktiv 1979/7/EF om lovbestemt social sikring, direktiv 1986/378/EF om erhvervstilknyttede sociale sikringsordninger, og direktiv 1992/85/EF om gravide og ammende arbejdstagere.

⁴⁵ Direktiv 2000/43/EF om etnisk ligebehandling.

⁴⁶ Direktiv 2000/78/EF om ligebehandling ved beskæftigelse og erhverv.

Tese 5: Såfremt nationale domstole med udførlige begrundelser står bag lovgivers bedømmelse af lovgivningens legitimitet, så vil det alt andet lige styrke regeringens arbejde i en efterfølgende international klagesag, hvorfor nationale domstole kan være en aktiv medspiller i "det nationale forsvar" over for de internationale institutioner.

Tese 6: EU-retten reflekterer formentlig den politisk mest betydningsfulde internationalisering af immigrationsretten, ligesom den immigrationsretlige regulering trækker socialretlig regulering med sig, hvorfor EU-retten fremstår som den magtfordelingsmæssige største udfordring.

Tese 7: Afslutningsvis kan anføres, at politiske valg indebærer afvejsninger af fordele og ulemper, og at alle demokrater må leve under mantraet "You can't always get what you want". Det gælder også de nordiske lande i en globaliseret verden.

Kyrre Eggen

Ansattes ytringsfrihed

Ansattes ytringsfrihet

Advokat, dr. juris Kyrre Eggen, Norge

Artikkelen gir en fremstilling av de spesielle begrensningene som gjelder for arbeidstakeres ytringsfrihet. Det gis en redegjørelse for arbeidstakers lojalitetsplikt som skranke for ytringsfriheten. Forfatteren behandler også i hvilke tilfeller en ellers illojal ytring kan være tillatt fordi arbeidsgivers interesser må vike for hensynet til ytringsfriheten. Artikkelen gir dessuten en fremstilling av reglene om varsling i arbeidsforhold.

1. Innledning

Rammene for ansattes ytringsfrihet har de senere år gjennomgått en viss utvikling, særlig gjennom vedtakelsen av en ny lovtekst i Grunnlovens bestemmelse om ytringsfrihet (§ 100), og lovfesting av retten til varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.

Ordet ytringsfrihet fortjener noen presiseringer.¹ Begrepet ytringsfrihet omfatter ikke bare friheten til å ytre seg, men også informasjonsfriheten, friheten til å forholde seg taus, meningsfriheten, og til en viss grad krav på å få informasjon og krav på å få ytret seg gjennom andres kommunikasjonsfasiliteter. Denne artikkelen vil bygge på den tradisjonelle forståelse av ytringsfrihet, navnlig friheten til å meddele ytringer til andre. Spørsmålet om ansattes informasjonsfrihet, f.eks. spørsmål om i hvilken utstrekning arbeidstakers søking etter informasjon på Internett kan få konsekvenser for arbeidsforholdet og den ansattes negative ytringsfrihet, navnlig friheten til å forholde seg taus, vil ikke bli drøftet.

I visse situasjoner kan ansatte ha en ytringsplikt, dvs. en plikt til å ytre seg. Det gjelder for eksempel plikten til å melde fra om farer på arbeidsplassen.² I en god del flere situasjoner vil ansatte være bundet opp av en lovfestet taushetsplikt. En redegjørelse for disse reglene ville sprengte rammen for artikkelen. Mellom situasjoner hvor man har en plikt til å ytre seg, og de situasjoner hvor man har en lovfestet taushetsplikt, har den ansatte en betydelig frihet. Det er de spesielle skranke for utøvelsen av denne friheten, som må oppstilles av hensyn til arbeidsgiverens interesser, som er hovedtemaet for artikkelen.

I det følgende vil jeg først presisere enkelte rettslige utgangspunkter for ansattes ytringsfrihet (punkt 2), før jeg foretar noen sondringer (punkt 3). Deretter vil betydningen av arbeidstakers lojalitetsplikt bli behandlet (punkt 4). Selv om en ytring må anses illojal, så kan den likevel være tillatt fordi hensynene til ytringsfriheten

¹ Se Kyrre Eggen, *Ytringsfrihet*, Oslo 2002, side 28 flg.

² Arbeidsmiljøloven § 2-3, andre ledd, bokstav b).

veier tyngre enn arbeidsgivers interesse (punkt 5). Arbeidstakeres rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten er en lovfesting av ansattes yringsfrihet på et begrenset område som ble inntatt i arbeidsmiljøloven av 1. januar 2007. Rammene for arbeidstakeres rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten vil bli skissert i punkt 6.

Arbeidstakere som på en forsvarlig måte varsler om kritikkverdige forhold i virksomheten, eller ellers ytrer seg innenfor rammen av sin yringsfrihet, er vernet mot gjengjeldelse fra arbeidsgivers side.³ Når den ansatte derimot overskrider sin yringsfrihet, oppstår spørsmål om hvilke sanksjoner arbeidsgiver kan anvende. Det gjelder et proporsjonalitetsprinsipp i forholdet mellom graden av den ansattes plitkbrudd og konsekvensene av slike brudd. Det vil si at selv om en ytring er illojal og ikke anses beskyttet av yringsfriheten, må arbeidsgivers sanksjoner mot arbeidstakeren være proporsjonale i forhold til lojalitetsbruddet. Jeg tar imidlertid ikke sikte på å redegjøre nærmere for denne grensen her.

1. Rettslige utgangspunkter

Friheten til å ytre seg om hva man ønsker, kan ses som et utslag av den alminnelige handlefrihet. Som andre har arbeidstakere en slik alminnelig frihet. For at noen lovlig skal kunne begrense denne friheten må det finnes et rettsgrunnlag. Arbeidsgiver må derfor ha et rettslig grunnlag for å begrense arbeidstakers frihet. Dette kan også uttrykkes slik at med mindre noe annet følger av et lovlig grunnlag, vil arbeidstakers yringer være tillatt. Det kan tenkes fire grunnlag for å innskrenke arbeidstakeres yringsfrihet, som alle for så vidt springer ut av ansettelsesforholdet.

For det første har arbeidstaker gjennom ansettelsesforholdet påtatt seg en plikt til å oppfylle arbeidsavtalen, og denne plikten kan tenkes å innskrenke arbeidstakers yringsfrihet. Dommere plikter f.eks. å ikke uttale seg om en sak på forhånd på en slik måte at de blir inhabile. Det samme gjelder saksbehandlere i forvaltningen. Slike begrensninger i yringsfriheten som følger direkte av oppfyllelsen av arbeidsforpliktelsen, vil jeg ikke gå nærmere inn på.

Arbeidsgiver har for det andre en generell styringsrett, dvs. en rett til å gi instruks og pålegg om hvorledes arbeidsforpliktelsen skal utføres. Styringsretten er saklig begrenset til det som er nødvendig for arbeidstakers oppfyllelse av arbeidsforpliktelsen. Styringsretten gir derfor neppe noen saklig kompetanse til å begrense den ansattes egne yringer utover hva som er nødvendig for plikten til å oppfylle arbeidsforpliktelsen. Styringsretten kan imidlertid brukes til reelt sett å begrense arbeidstakeres yringsfrihet, f.eks. i form av pålegg om taushetsplikt.⁴ En slik instruks om

³ Arbeidsmiljøloven § 2-5 for så vidt gjelder varsling. At ansatte som ytrer seg innenfor yringsfriheten er beskyttet mot *rettslige* sanksjoner fra arbeidsgiver følger av at yringsfriheten etter grunnloven § 100 og EMK art. 10 går foran andre lovregler i kollisjonstilfelle.

⁴ Ståle Eskeland, Yringsfrihet og arbeidsforhold, TIR 1982 side 875.

taushet trenger ikke lovhjemmel,⁵ såfremt den faller innenfor styringsrettens saklige kompetanse, og ikke strider mot annen lovbestemmelse. Men selv om disse grensene er overskredet, vil ansatte flest overholde slike taushetspålegg, blant annet fordi dette best tjener deres egne interesser i det daglige.⁶ Jeg går ikke nærmere inn på de problemer som melder seg i forhold til arbeidsgivers instruksjoner om taushetsplikt.

Et tredje rettslig grunnlag som kan være en skranke for arbeidstakeres ytringsfrihet er lojalitets- og troskapsplikten.⁷ Lojalitetsplikten gir ikke arbeidsgiveren noen generell kompetanse til å regulere ansattes ytringer. Det er kun ytringer som på en illojal måte skader arbeidsgivers interesser, som rammes av lojalitetsplikten. Under punkt 4 vil jeg utdype de nærmere kriterier for hvordan grensen for den illojale ytring trekkes.

Utgangspunktet er at dersom en arbeidstakers utøvelse av ytringsfriheten ikke skader arbeidsgivers interesser, så vil det ikke foreligge noe grunnlag for arbeidsgiveren til å reagere mot ytringen. Likevel kan det reises spørsmål om grovt utilbørlige ytringer kan få konsekvenser for arbeidsforholdet, uten hensyn til om arbeidsgivers interesser blir skadelidende, dvs. om det som et fjerde rettslig grunnlag for å begrense arbeidstakeres ytringsfrihet kan oppstilles en generell tilbørighetsstandard for ytringene.

Dommen i Rt 1979 s 770 (Sporveissaken) og forsåvidt også dommen i Rt 1982 s 1729 (Lektordommen) kan tyde på at arbeidsgiver kan si opp, og endog avskjedige, arbeidstakere som ved sine ytringer viser utilbørlig adferd, selv om arbeidsgivers interesser ikke blir skadelidende og selv om ytringene i seg selv ikke er straffbare.

I Rt 1979 s 770 (Sporveissaken) ble to trikkekonduktører oppsagt som følge av at de i et TV-program hadde opplyst at den nynazistiske organisasjonen de var medlem av hadde våpen og planer om å bruke disse i en fremtidig konflikt. Videre hevdet de at de drev overvåkning av politiske motstandere, samt at de infiltrerte næringslivet, offentlige organisasjoner og forsvaret. I Høyesterett ble oppsigelsene opprettholdt som rettmessige. Konduktørene hadde ikke bare fremmet avvikende politiske meninger (som var tillatt), men ytret "ytterst klanderverdige handlinger overfor samfunnet som helhet og overfor deres kollegaer." Ved dette hadde de "vist slik opptreden at de etter alminnelig oppfatning i arbeidslivet eller i samfunnet for øvrig kunne kreves fjernet." Selv om saken gjaldt arbeidervernlovens regel om oppsigelse under streiketruassel, er det antatt at utfallet ville ha blitt det samme etter en ordinær saklighetsvurdering.⁸

Også Rt 1982 s 1729 (Lektordommen) er av en viss betydning i denne sammenheng. Her ble en lektor avskjediget dels som følge av uttalelser i undervisningen om at den germanske rase var andre raser overlegen, at jødeforfølgelser under 2. verdenskrig var oppdiktet og at gasskamre ikke hadde eksistert, men også dels fordi han offentlig hadde gitt uttrykk for ekstreme synspunkter. Høyesterett fant at hans

⁵ Arvid Frihagen, Taushetsplikt, Oslo 1979 side 33. Eskeland op.cit. side 875.

⁶ Eskeland op.cit. side 876.

⁷ Se generelt om dette Arne Fanebust, Innføring i arbeidsrett, 2. utgave, Oslo 2002 side 126 flg.

⁸ Se Arne Fanebust: Oppsigelse i arbeidsforhold, 4. utgave, Oslo 2001 side 73.

uttalelser i undervisningen lovlig kunne begrunne en avskjed, særlig med henblikk på at lektoren tidligere hadde fått en advarsel for tilsvarende overtredelser. Høyesterett uttalte også at det var relevant å legge vekt på lektorens offentlige uttalelser. Men siden Høyesterett presiserte at de ikke tok stilling til om lektorens offentlige uttalelser alene var avskjedsgrunn, er dommen ikke noe prejudikat for at arbeidsgiver lovlig kan sanksjonere mot utilbørlige ytringer som ikke skader arbeidsgivers interesser.

Etter mitt syn er en slik regel ikke forsvarlig. At arbeidsgivere sier opp eller avskjediger arbeidstakere som ikke har skadet arbeidsgivers interesser og heller ikke handlet straffbart, er en form for privat rettshåndhevelse, "privat straff", som ikke bør tillates. Hvorvidt det er grunnlag for å straffe ytringer som ligger på kanten av det lovlige, bør vurderes av påtalemyndigheten og domstolene, ikke arbeidsgiver. Arbeidsgivers interesser er tilstrekkelig ivaretatt ved at han kan sanksjonere mot ytringer som skader arbeidsgivers interesser.

Jeg finner grunn til å presisere at min kritikk av Rt 1979 s 770 (Sporveissaken) går på dommens begrunnelse, ikke nødvendigvis dommens resultat. I den utstrekning sakligheten av oppsigelsene hadde vært forankret i at konduktørenes uttalelser medførte vanskelige samarbeidsforhold mellom arbeidskollegaene i bedriften, vil det kunne ha foreligget en skade på arbeidsgivers interesser som kunne begrunnet oppsigelsen.

De nevnte innskrenkninger i ansattes yringsfrihet kan ikke anvendes slik at innskrenkningen i en konkret sak kommer i strid med yringsfriheten etter Grunnloven § 100 eller EMK artikkel 10. Grunnloven § 100 er en grunnlovsbestemmelse med de rettsvirkninger det får og menneskerettsloven § 3 bestemmer at EMK går foran annen norsk lovgivning. Dette kan også uttrykkes slik at yringsfriheten etter disse bestemmelser, vil gå foran arbeidstakers lojalitetsplikt.⁹

Det er i denne forbindelse grunn til å si noe generelt om i hvilken utstrekning ansatte kan påberope seg grl. § 100 og EMK artikkel 10 overfor sin arbeidsgiver.

Den tidligere Grunnloven §100 fikk ikke bare anvendelse overfor offentlige myndigheters myndighetsutøvelse, men også overfor offentlige myndigheters utøvelse av instruksjonsmyndighet og privat autonomi.¹⁰ I forhold til den nye Grunnloven §100 er svaret noe mer komplisert. Sikkert er det at bestemmelsens tredje ledd om "frimodige ytringer" og fjerde ledd om forhåndssensur utgjør en kompetanseskranke for enhver reaksjon fra det offentliges side, uavhengig av hvilket kompetansegrunnlag som anvendes for sanksjonen.¹¹ Til tross for uttalelser om det motsatte fra yringsfrihetskommisjonen, kan det argumenteres for at den generelle bestemmelsen om vern om den materielle yringsfrihet i bestemmelsens andre ledd også utgjør en kompetanseskranke for enhver reaksjon fra det offentliges side.¹² Resultatet her er imidlertid usikkert.

⁹ Se også Henning Jakhelln, *Arbeidsrettslige studier* bind 3, Oslo 2000 side 1635.

¹⁰ Se Eggen op.cit. side 30 og 129 flg.

¹¹ Se Eggen op.cit. side 294.

¹² Se Eggen op.cit. side 294 og sidene 289 til 293.

Det er ingen tvil om at EMK artikkel 10 kan påberopes overfor offentlige myndigheter, uavhengig av hvilket kompetansegrunnlag myndighetene benytter for å regulere yringsfriheten.¹³

Anvendelse av Grunnloven §100 og EMK artikkel 10 overfor private arbeidsgivers sanksjoner mot ansattes utøvelse av yringsfriheten, er noe mer komplisert. Dette er et spørsmål om i hvilken utstrekning yringsfriheten utgjør en kompetanseskranke for privates utøvelse av privat autonomi.¹⁴

Yringsfrihetsbestemmelsene får imidlertid uansett anvendelse som kompetanseskranke for privates private autonomi som blir rettslig overprøvet av domstolene, f.eks. avskjed (aml. §15-14), oppsigelse eller endringsoppsigelse (aml. §15-7). På dette vis vil EMK artikkel 10 og Grunnloven §100 få direkte anvendelse når domstolene skal ta stilling til om en avskjed, oppsigelse eller endringsoppsigelse er rettmessig eller ikke.

2. Noen sondringer

Et utslag av arbeidsgivers styringsrett er at han har full kontroll over hvilke yringer som skal fremmes i arbeidsgivers navn. Dette betyr at det ikke vedrører arbeidstakers yringsfrihet at arbeidsgiver regulerer eller begrenser arbeidstakers frihet til å ytre seg på vegne av arbeidsgiver. Problemer omkring arbeidstakers yringsfrihet oppstår først når arbeidstakere blir ilagt sanksjoner som følge av at de har ytret seg i eget navn. Det som behandles i det følgende er derfor utelukkende yringer som den ansatte fremsetter på egne vegne.

Et spørsmål er om en arbeidsgiver kan kreve å få forelagt seg yringer ansatte planlegger å publisere, til forhåndsgodkjennelse. Spørsmålet er hvorvidt en slik form for forhåndskontroll av ansattes yringer er en form for ulovlig forhåndssensur.

Grl. §100 forbyr forhåndssensur.¹⁵ Videre følger det av EMDs praksis at forhåndssensur anses som en spesielt yringsfiendtlig reaksjonsform som kun i unntakstilfeller kan forsvares etter EMK artikkel 10.¹⁶

Som nevnt får EMK artikkel 10, og iallfall Grunnloven §100 fjerde ledd om forhåndssensur, anvendelse overfor offentlige myndigheters myndighetsutøvelse, utøvelse av instruksjonsmyndighet og privat autonomi.

På denne bakgrunnen blir konklusjonen at forhåndsgodkjennelse av offentlige ansattes yringer ikke er tillatt.

Sensurforbudet i Grunnloven §100 fjerde ledd kan etter mitt syn påberopes overfor private. Mer usikkert er det om yringsfriheten etter EMK artikkel 10 forbyr

¹³ Se Eggen op.cit. side 30 og 182 flg.

¹⁴ Om dette spørsmål se Eggen op.cit. sidene 131 til 135 (gammel Grunnlov § 100), sidene 179 til 185 (EMK art. 10) og sidene 293 til 296 (ny Grunnlov § 100).

¹⁵ Se Eggen op.cit. side 103-112 og 584-636 flg.

¹⁶ Se Eggen op.cit. side 584.

private arbeidsgivere fra å kreve forhåndsgodkjenning av ansattes ytringer.¹⁷ EMK artikkel 10 må i alle fall tas i betraktning som tolkningsmoment når domstolene skal ta stilling til hvor de lovfestede og ulovfestede grensene for privat autonomi går.¹⁸ På dette vis vil EMK artikkel 10 få betydning når domstolene skal ta stilling til om det ligger innenfor eller utenfor arbeidsgivers styringsrett å kreve å få forhåndsgodkjenning av arbeidstakers egne ytringer. Bestemmelsene vil derfor fungere som kompetansekranke for en privat arbeidsgivers rett til lovlig å kreve slik forhåndsgodkjenning.

Hovedkonklusjonen er derfor at det er i strid med ytringsfriheten, dersom arbeidsgiver krever forhåndsgodkjenning av ansattes egne ytringer før publisering.

Det er selvsagt en annen sak dersom den ansatte frivillig forelegger ytringene for sin arbeidsgiver, med spørsmål om vedkommende aksepterer at ytringene blir publisert.

Det er som nevnt heller ikke forhåndssensur å kreve forhåndsgodkjenning av ansattes ytringer på vegne av foretaket.

Hovedproblemet i det følgende blir derfor i hvilken utstrekning arbeidsgiver lovlig kan reagere overfor ytringer den ansatte har fremmet, slik at dette får konsekvenser for den ansattes arbeidsforhold. En slik reaksjon vil være en form for etterfølgende ansvar, som langt lettere enn forhåndssensur kan forsvares ut i fra ytringsfriheten.

Interne uttalelser og uttalelser til omverdenen vurderes forskjellig i forhold til om det foreligger brudd på lojalitetsplikten.¹⁹

Når det gjelder interne uttalelser er det både tillatt og ofte ønskelig at ansatte frembringer motforestillinger og forslag til endringer.²⁰ At ansatte er uenige med ledelsen om sak, og på saklig måte fremmer denne uenighet internt, vil derfor ikke kunne anses som noen grunn for sanksjoner mot arbeidstakeren, så lenge arbeidstakeren ikke saboterer iverksettelsen av de beslutninger som er truffet.

Riktignok kan det oppstå problemer i forhold til lojalitetsplikten hvor det oppstår interne krangler mellom medarbeidere imellom eller mellom en medarbeider og ledelsen. Alle medarbeidere i en virksomhet har et felles ansvar for et godt arbeidsmiljø, og fremsettelse av interne ytringer som skader samarbeidsforholdene i virksomheten, kan anses som illojale. Utover det å gi ansatte et rimelig rom for å få luftet sine frustrasjoner, vil ytringsfriheten i liten utstrekning beskytte slike ytringer.

Illustrerende i denne sammenheng er en uttalelse fra Sivilombudsmannen som gjaldt en lærer i videregående skole som mottok en skriftlig advarsel etter å ha uttalt seg negativt om sin nærmeste overordnede til en av skolens eksterne samarbeidspartnere under et nattklubbesøk.²¹ Sivilombudsmannen uttalte blant annet at "(e)n generell mishagsytring om en overordnet ligger innenfor en arbeidstakers ytringsfrihet, og kan ikke betraktes som en illojal handling uten videre". Ytringer som fremmer

¹⁷ Se Eggen op.cit. side 294-295.

¹⁸ Se Eggen op.cit. side 131-135, 182-186, 667-679 og 704-707.

¹⁹ Jakhelln op.cit. side 1638. Se også Høyesteretts dom av 17. november 2003.

²⁰ Eckhoff/ Smith op.cit. side 102.

²¹ Somb-2006-21.

konkrete beskyldninger vil antakelig i større grad komme i konflikt med lojalitetsplikten.

Det som primært skal behandles i det følgende er yringer i det offentlige rom. Det er her konflikten mellom yringsfrihet og lojalitet er størst. Det er i denne forbindelse verdt å merke seg at vedtakelsen av ny Grunnlov §100 i 2004 sannsynligvis medfører en viss utvidelse av ansattes yringsfrihet.²²

Det kan reises spørsmål om det er grunn til å skille mellom offentlig ansatte og privat ansatte ved stillingtagen til grensen mellom yringsfrihet og arbeidstakers lojalitetsplikt.

Det kan hevdes at offentlig ansatte i større utstrekning enn privat ansatte har en lojalitet, ikke kun til virksomheten, men også til samfunnet som helhet. En konsekvens av et slikt syn er at offentlig ansatte lettere enn privat ansatte bør kunne fremsette kritikk av den virksomhet de arbeider i, uten å anses som illojale. På den annen side er det allment akseptert at også private virksomheter har et samfunnsansvar for å drive lovlig og etter grunnleggende etiske retningslinjer. Forskjellene er derfor ikke store.

Andre årsaker til at forskjellene mellom offentlig ansatte og privat ansatte utvikes, er kommersialiseringen av offentlige tjenester og offentlig eide virksomheter. Det er neppe holdepunkter for å hevde at privat ansatte i virksomheter som leverer tjenester som tradisjonelt har vært levert av det offentlige, for eksempel renovasjonstjenester og helsetjenester, skal ha mindre yringsfrihet enn sine offentlige ansatte kollegaer, utelukkende fordi virksomheten er i privat eie.

For enkelte grupper offentlig ansatte kan man føre en motsatt argumentasjon - at offentlig ansatte bør ha større begrensninger i sin yringsfrihet enn privat ansatte. Hensynet til forvaltningens politiske uavhengighet, tilsier for eksempel at forvaltningstjenestemenn bør utvise større tilbakeholdenhet med å ytre seg i strid med den politiske ledelse, iallfall dersom det er tale om høyerestående tjenestemenn som sitter nærme makten.

Til dette kommer at det muligens generelt sett er større identifikasjonsfare for offentlig ansatte enn for privat ansatte - det vil si større risiko for at publikum oppfatter private uttalelser fra tjenestemenn som forvaltningsorganets uttalelser, enn at uttalelser fra privat ansatte oppfattes som bedriftens uttalelser.

Disse forhold tilsier muligens at enkelte kategorier offentlig ansatte må tåle større begrensninger i yringsfriheten enn privat ansatte arbeidstakere.

Bortsett fra disse modifikasjoner, tror jeg ikke det er grunn til å trekke noe generelt skille mellom privat ansatte og offentlig ansatte.²³

²² Under debatten i Stortinget uttalte saksordfører Martin Engeset blant annet: "Det skal være lov å si fra om uheldige forhold på arbeidsplassen, og ansatte i offentlig sektor skal selvsagt beholde sin nåværende yringsfrihet fullt ut. Den praksis vi ser, f.eks i en del kommuner, med at ingen ansatte får lov til å ytre seg i media om nær sagt noe forhold som har med kommunens virksomhet å gjøre, er klart i strid med det vernet Grunnloven nå vil gi ansatte."

²³ Se Yringsfrihetskommissjonen (NOU 1999:27) side 129.

3. Lojalitetsplikten som skranke for ansattes ytringer

Lojalitetsplikten, eller troskapsplikten, formuleres gjerne positivt som en plikt for arbeidstaker til å tilbørlig fremme arbeidsgivers interesser, og negativt som en plikt til å avstå fra å tilsidesette arbeidsgivers interesser på bekostning av egne eller andres.²⁴

Lojalitetsplikten er imidlertid ikke ubetinget. For det første går lojalitetsplikten ikke lengre enn det som er nødvendig for arbeidsforholdet.²⁵ For det andre: Dersom arbeidstakerens egne eller andres interesser er tilstrekkelig tungtveiende, vil arbeidstakeren kunne fremme slike interesser på bekostning av arbeidsgiverens.²⁶

Det er å understreke at lojalitetsplikten er en plikt til å handle lojalt overfor den virksomhet man er ansatt i. Dette betyr at det er den private bedrift eller den offentlige etat som sådan som nyter beskyttelse av ansattes lojalitetsplikt.²⁷ Det er således ikke slik at høyerestående ansatte i virksomheten skal beskyttes av lojalitetsplikten. Dette har blant annet som konsekvens at kritikk mellom ansatte, for eksempel mellom en underordnet ansatt og en overordnet ansatt, ikke kan anses illojalt utelukkende begrunnet i den overordnede ansattes interesser. En annen sak er at slike interne konflikter kan skape samarbeidsproblemer, og dermed ramme virksomheten. Som tidligere nevnt ligger det innbakt i lojalitetskravet at alle ansatte har plikt til å sørge for et forsvarlig samarbeidsklima og arbeidsmiljø.

At man har en lojalitetsplikt overfor virksomheten som sådan betyr at ansatte i privat sektor i bunn og grunn har en lojalitet overfor virksomhetens eiere. I den utstrekning en ansatt kommer i en lojalitetskonflikt hvor man må prioritere mellom interessene til høyerestående ansatte i selskapet og interessene til selskapets eiere, tilsier lojalitetsplikten at eiernes interesser går foran. Det kan derfor være mer i samsvar med lojalitetsplikten dersom en underordnet ansatt informerer virksomhetens eiere, da først og fremst representert gjennom virksomhetens styre, om kritikkverdige forhold knyttet til høyerestående ansatte i virksomheten.

Dersom virksomhetens styre unnlater å ta hensyn til slik velfundert kritikk, kan det endog være i samsvar med lojalitetsplikten om den ansatte gjør eierne, for eksempel selskapets aksjonærer, oppmerksom på de kritikkverdige forhold.

Ved stillingtagen til innholdet av lojalitetsplikten overfor private virksomheter, vil man kunne vektlegge hva som er virksomhetens formål. Dersom den ansatte for eksempel er ansatt i en ideell organisasjon, som har til formål å ivareta bestemte interesser, bør man ta hensyn til om den ansattes ytringer tar sikte på å realisere virksomhetens formål eller ikke, ved vurderingen av om ytringene strider mot lojalitetsplikten. Motsatt vil ytringer som motarbeider virksomhetens formål, lettere bli ansett som illojale. På dette vis vil ansatte som har valgt å arbeide i organisasjoner

²⁴ Se Kristen Andersen, *Fra arbeidslivets rett*, Oslo 1967 side 136.

²⁵ Fanebust, *Innføring*, side 127

²⁶ Jakhelln *op.cit.* side 1635.

²⁷ Ytringsfrihetskommisjonen (NOU 1999:27) side 129.

med bestemte verdimeslige eller politiske målsettinger, ha mindre frihet enn andre til offentlig å gi uttrykk for syn som er i strid med disse målsettinger.

For ansatte i offentlig virksomhet, vil lojalitetskravet i første rekke rette seg mot det organ, eller den etat man er ansatt i. Det vil kunne oppstå interessekonflikter innad i det offentlige, for eksempel mellom forskjellige offentlige etater. Ofte er dette legitime interessekonflikter, slik at det neppe kan anses illojalt at en ansatt i en etat fremmer syn som går på bekostning av en annen offentlig etats interesser.

I tillegg vil offentlig ansatte ha en generell lojalitet overfor den allmennhet forvaltningen er satt til å betjene. Skulle det oppstå interessekonflikter mellom hva som isolert sett er i den offentlige etats interesse, og hva som er i allmennhetens interesse, tilsier den generelle lojalitet offentlige ansatte har til allmennheten, at det ikke bør anses illojalt å fremme allmennhetens interesser på bekostning av etatens.

Videre er det grunn til å understreke at lojalitetsplikten beskytter arbeidsgiverens legitime interesser, men neppe deres illegitime. En arbeidsgiver, verken privat eller offentlig, bør kunne undertrykke kritikk rettet mot ulovlig eller uetisk opptreden, under dekke av lojalitetsplikten.²⁸ Dette kan også uttrykkes slik at jo større kritikverdighet i et samfunnsperspektiv den ansattes ytringer avdekker, desto mindre vil lojalitetskravet gjøre seg gjeldende og desto større tyngde vil en ytringsfrihetsargumentasjon få.

Et minstekrav for at ytringen skal anses illojal er at den skader arbeidsgivers interesser. Her kan det spørres om det er tilstrekkelig at det foreligger en risiko for skade eller om skade må påvises.

Etter mitt syn bør det være tilstrekkelig med risiko for skade. Vurderingen av om en handling er illojal eller ikke, bør nettopp relateres til handlingen som sådan, og ikke til handlingens konsekvenser, som kan være mer eller mindre tilfeldige. En ansatt som for eksempel sender inn et leserbrev til avisen som åpenbart vil være veldig skadelig for bedriften dersom det trykkes, bør anses å ha handlet illojalt selv om avisens redaktør bestemmer seg for ikke å trykke leserbrevet. En annen sak er at virkningen vil kunne tas i betraktning der det er tvil om ytringen er illojal.

Ikke hvilken som helst risiko for skade bør anses som illojal. Illojalitet er en såpass sterk benevnelse, at ytringer hvor det kun foreligger bagatellmessig risiko for skade, ikke bør rammes.

Borgarting Lagmannsretts dom av 6. november 2006 gjelder et tilfelle der risikoen for skade på virksomhetens interesser ble tillagt større vekt enn hensynet til den ansattes ytringsfrihet.²⁹ En kvinnelig assistentlege ved Rikshospitalet ble oppsagt på grunnlag av manglende ferdigheter og faglig progresjon. Hun fremmet uten rimelig grunn flere anmeldelser mot virksomheten og dens ansatte for til dels alvorlige forhold. Innholdet i anmeldelsene ble omtalt i pressen, men det var uklart om assistentlegen selv hadde tatt initiativet til det. Lagmannsretten konkluderte ikke åpent med at anmeldelsene var et forsøk på å presse eller hevne seg på arbeidsgiver, men antydte

²⁸ Se Andersen op.cit. side 136-137.

²⁹ LB-2004-15694.

dette langt på vei. Det er interessant å merke seg at retten uttalte at konklusjonen ville vært den samme etter de nye bestemmelsene om varsling i arbeidsmiljøloven, som da dommen ble avsagt ennå ikke hadde trådt i kraft. Avgjørende for utfallet var antakelig langt på vei at det ikke var faktisk grunnlag for de beskyldningene assistentlegen hadde fremsatt.

Ytringer kan tenkes å skade arbeidsgivers interesser på mange forskjellige vis. Mer vanlig er det at den ansattes ytring skader relasjonen til virksomhetens kunder og samarbeidspartnere. Ytringer som på et mer generelt plan kritiserer måten virksomheten drives på, kan også anses illojale. Det samme kan kritikk av enkeltpersoner (virksomhetens ledelse eller arbeidskollegaer), iallfall i den utstrekning slik kritikk innebærer en ikke uvesentlig risiko for skade på arbeidsmiljøet i virksomheten.

Det er imidlertid grunn til å understreke at kritikk i seg selv neppe er illojalt. Som Ytringsfrihetskommisjonen påpeker kan kritikk og uenighet både være positivt og negativt for virksomheten.³⁰ Man bør derfor være forsiktig med å stemple kritikk som illojalitet, uten nærmere undersøkelser. Det forhold at ytringen innebærer en risiko for skade på virksomheten, bør derfor ikke anses tilstrekkelig til å stemple den ansatte som illojal.

Her som ellers bør det skilles mellom meningsytringer og vurderinger på den ene side, og ytringer som innebærer påstander om faktiske forhold på den annen side.

Generelt sett skal det mer til før meningsytringer og vurderinger anses illojale, iallfall så lenge ytringen er fremmet i en tilbørlig form. Dette fordi arbeidsgiver i stor utstrekning vil kunne ivareta sine interesser ved egen utøvelse av ytringsfriheten - det vil si ved å fremme motargumenter mot den ansattes meninger og vurderinger.

Sivilombudsmannens avgjørelse³¹ i en sak der en ansatt ved et sykehjem hadde uttalt seg i sterke ordelag på radio, illustrerer at ytringens form og omstendighetene rundt den kan være avgjørende. Uttalelsene var innenfor rammene av ytringsfriheten, idet det ble lagt vekt på at det må stilles lempeligere krav til spontane, muntlige ytringer enn til skriftlige.

Er det derimot tale om faktaytringer som innebærer risiko for skade på virksomheten, bør det kunne stilles krav til at faktaytringene er forsvarlig forankret i faktum. Fremsettelse av bevisst uriktige påstander som skader virksomheten, vil klarligvis anses illojale. På den annen side kan man neppe hevde at enhver mindre upresisitet eller usannhet fra den ansattes side anses illojal. At den ansattes ytring er usann, er i seg selv ikke nok til å anse den ansatte som illojal, såfremt den ansatte på ytringstidspunktet var i aktsom god tro i forhold til påstandens sannhet. Ved vurderingen av hvor aktsom den ansatte bør være, må man skille mellom forskjellige typer ansatte. Ansatte som har særlig kompetanse, og som derfor uttaler seg med faglig autoritet, bør underlegges strengere dokumentasjonskrav enn andre. Særlig gjelder dette i tilfeller da den ansatte både ytrer seg i kraft av sin faglige bakgrunn, og det foreligger en fare for at ytringene blir identifisert med vedkommendes arbeidsgiver. Borgarting

³⁰ Ytringsfrihetskommisjonen (NOU 1999:27) side 130.

³¹ Somb. 2005-887.

Lagmannsretts dom av 16. mars 2006 illustrerer problemstillingen. En utviklingsingeniør hadde publisert en rekke fagartikler som ifølge lagmannsretten var egnet til å skade virksomheten hun var ansatt i, og som heller ikke var kvalitetssikret og kontrollert i henhold til instruks fra arbeidsgiver. Lagmannsretten opprettholdt avskjeden som lovlig.

Hittil har vi sett på momenter knyttet til ytringens innhold. Arbeidsgivers interesser kan imidlertid også skades ved at ytringen fremsettes i en form som er skadelig for virksomheten.

Formen kan være skadelig fordi ytringen er gitt en spesielt kritisk og polemisk tone. Generelt sett kan man si at kritikkens form må tilpasses kritikkverdigheten. Ansatte kan altså velge en polemisk form, i alle fall så fremt de forhold som påpekes er av en viss alvorlighet. Kritikk som fremmes i en kritisk og polemisk form vil imidlertid lettere ansees illojale enn ytringer som fremsettes i en mer avdempet form.

Et annet, og kanskje vel så viktig aspekt når man skal vurdere formen på ytringen, er identifikasjonsfaren - det vil si at den ansatte må presentere ytringen i en slik form at det ikke skapes inntrykk av at han opptrer på vegne av arbeidsgiveren. Dette synspunkt har sammenheng med det grunnleggende skillet mellom ytringer den ansatte fremsetter i eget navn og ytringer fremsatt i arbeidsgivers navn. Den ansatte må passe på at han i alle situasjoner hvor det foreligger identifikasjonsfare, presiserer at ytringene er hans personlige syn, og at de ikke nødvendigvis deles av arbeidsgiveren. Dette vil normalt være tilstrekkelig for å unngå identifikasjonsfaren.

Enkelte arbeidstakere har imidlertid en særlig stilling, hvor identifikasjonsfaren er spesielt sterk. Dette gjelder særlig ansatte i ledende stillinger, og ansatte som har til oppgave å være talerør for arbeidsgiveren, som for eksempel pressetalsmenn og diplomater stasjonert i utlandet, hvis personlige uttalelser lett vil oppfattes som norske myndigheters syn, selv om det motsatte uttrykkelig skulle være presisert. For denne typen ansatte, vil ytringer som fremsettes offentlig i strid med arbeidsgivers syn, meget lett ansees illojale. I Borgarting Lagmannsretts dom av 22. desember 2005, peker retten på at ledende ansatte blant annet bør vise tilbakeholdenhet med å undertegne opprop mot virksomhetens ledelse.³²

Også fremgangsmåten før den ansatte offentliggjør sine ytringer, vil måtte tillegges betydning. Det vil lett bli ansett som illojalt dersom ansatte fremmer offentlig kritikk, uten at kritikken på forhånd er blitt fremmet internt. Dersom forholdene allerede er blitt diskutert internt, kan det neppe kreves at den ansatte iverksetter en ny diskusjon før han går ut i det offentlige rom. Selv i slike tilfelle bør det imidlertid kreves at den ansatte varsler arbeidsgiver eller dem kritikken direkte er rettet mot, om kritikken, før den publiseres i det offentlige rom.

Borgarting Lagmannsrett dom av 14. november 2005 som gjaldt gyldigheten av oppsigelse av en førstesekretær ved en skole, er illustrerende.³³ Arbeidstakeren hadde flere ganger gått direkte til kommunerevisoren med opplysninger om kritikkverdige

³² LB-2005-42380.

³³ LB-2004-57689.

forhold ved skolen. Påstandene viste seg å være riktige, men han kunne ha tatt dem opp internt først. Oppsigelsen ble stående på annet grunnlag, men lagmannsretten konkluderte med at førstesekretærens fremgangsmåte var illojal. Årsaken var at han ved flere anledninger overfor sine kolleger hadde gitt uttrykk for at han "hadde noe på dem", uten at han var villig til å ta dette opp tjenestevei. Retten la til grunn at det følger av lojalitetsplikten at førstesekretæren hadde plikt til å hjelpe skolen å følge regelverket. Selv om selve varslingen til kommunerevisoren etter de nye varslingsbestemmelsene åpenbart hadde vært forsvarlig, utelukker det ikke at forsøket på å presse kolleger og ledelse likevel vurderes som utilbørlig.

Dersom den ansattes ytringer avdekker spesielt kritikkverdige forhold, eller det av andre grunner er uhensiktsmessig og vanskelig å fremsette intern kritikk først, kan en direkte offentliggjøring være forsvarlig.

Ved vurderingen av om den ansatte burde ha fremmet intern kritikk først, må det også legges vekt på den overordnedes forhold. Dersom arbeidsgiver, eller arbeidsgivers representanter, selv har sviktet i sin kommunikasjon med sine underordnede, har de mindre grunn til å hevde at den underordnede har handlet illojalt dersom vedkommende bruker andre kanaler for å få sitt budskap frem. Som Backer har påpekt, står lojalitetshensynet sterkest, når den interne kommunikasjonskanalen er åpen.³⁴

Mange private virksomheter og offentlige etater opererer med pressekontakter og informasjonsmedarbeidere. En del slike virksomheter har et internt regelverk som tilsier at alle ytringer fra bedriften og ut i det offentlige rom skal gå gjennom slike informasjonsmedarbeidere. Som tidligere nevnt kan en arbeidsgiver bestemme og organisere hvorledes arbeidsgivers egne ytringer skal fremsettes. Så fremt slike ordninger kun regulerer arbeidsgivers egne ytringer, og ikke berører den ansattes ytringer på egne vegne, skaper de få problemer i forhold til ytringsfriheten. Det forhold at virksomheten har en informasjonsstrategi med utpekte talsmenn, innebærer imidlertid ikke at andre ansatte får mindre frihet til å ytre seg på egne vegne.

Ved vurderingen av om den ansatte har brutt sin lojalitetsplikt, må det legges betydelig vekt på stillingens karakter. Stillingens karakter kan tilsi både en utvidet, og en innskrenket, ytringsfrihet.

Enkelte institusjoner og stillinger er opprettet for å sikre institusjonell kritikk. Dette gjelder f.eks. for ombudsmannsordninger, men også for ansatte ved forskningsinstitusjoner som universiteter og høyskoler. Ansatte i slike stillinger må ansees å ha en større ytringsfrihet i kraft av stillingens karakter.

For andre ansatte kan stillingens karakter tilsi en begrenset ytringsfrihet. Dette gjelder som nevnt særlig personer som befinner seg i, eller i nærheten av, virksomhetens ledelse, både i privat og offentlig virksomhet. Jo nærmere den ansatte sitter ledelsen desto større forsiktighet kreves i forhold til offentlig kritikk av den samme ledelsen. Som Ytringsfrihetskommisjonen påpeker: "Prisen man betaler for nærhet til makten er følgelig redusert ekstern ytringsfrihet".³⁵

³⁴ Backer op.cit. 14

³⁵ Ytringsfrihetskommisjonen (NOU 1999:27) side 131.

Et spørsmål er i hvilken utstrekning man skal vektlegge den ansattes formål eller hensikt med å fremsette ytringen. Jeg har argumentert for at man bør være tilbakeholden med å generelt vektlegge ytrerens hensikt ved stillingtagen til om en ytring er lovlig eller ulovlig.³⁶ Ved å fokusere på ytrerens hensikt overser man hensynet til allmennheten som mottakere av ytringen. I forhold til ytringer av allmenn interesse, er det nettopp hensynet til allmennheten som mottakere av ytringen som begrunner det særskilte ytringsfrihetsvern.

Når man skal vurdere om en handling er lojal eller illojal, er det derimot nærliggende å fokusere på den handlendes hensikt. En ansatt som fremmer kritiske ytringer, i den hensikt å forbedre virksomheten, gjennomfører en handling som på kort sikt kan skade virksomheten, men ut i fra et motiv som på lang sikt vil kunne være til virksomhetens fordel. Man bør derfor være mer tilbakeholdne med å stemple en slik ytring som illojal, enn dersom den ansatte ytrer seg i den hensikt å skulle skade virksomheten eller har andre lite beskyttelsesverdige hensikter med å fremsette ytringen.

Min konklusjon er derfor at den ansattes hensikt med ytringen må tillegges stor vekt ved stillingtagen til om han har handlet lojalt eller illojalt. Ved den senere vurdering av om en illojal ytring likevel anses beskyttet av ytringsfriheten, bør man imidlertid legge noe mindre vekt på den ansattes hensikt. Vurderingen i forhold til ytringsfriheten, og da særlig om ytringen har allmenn interesse, bør være mer rettet mot allmennheten som mottaker av ytringen.

4. Ytringsfriheten kan beskytte ellers illojale ytringer

Dersom ytringen ikke omhandler forhold av allmenn interesse, vil ytringsfriheten i liten utstrekning tilsi noen innskrenkende tolkning av arbeidstakers lojalitetsplikt. Ytringsfriheten vil riktignok i en viss utstrekning beskytte meningsytringer fra ansatte som har begrenset allmenn interesse, hvilket som tidligere nevnt tilsier at det skal meget til før meningsytringer anses illojale, i alle fall så lenge de fremsettes i en tilbørlig form.

Ytringsfriheten vil som den store hovedregel beskytte ansattes frihet til å delta i politisk virksomhet og fremsette politiske ytringer. Dette gjelder selv om slike politiske ytringer skulle skade arbeidsgivers interesse. En ansatt i StatoilHydro må for eksempel fritt kunne delta i politisk begrunnet motstand mot utbyggingen av nye oljefelt, selv om dette er i sterk strid med StatoilHydros interesser.

For øvrig er det grunn til å skille mellom privat ansatte og offentlig ansatte når det gjelder adgangen til å delta i politisk virksomhet og fremsette politiske ytringer. I forhold til privat ansatte vil det være aktuelt med unntak fra hovedregelen for personer som er ansatt i virksomhetens ledelse. For slike vil det kunne være illojalt

³⁶ Eggen op.cit. side 413-419.

offentlig å fremme politiske ytringer som er direkte i strid med virksomhetens interesser. Det vil f.eks. være i strid med lojalitetsplikten dersom ledelsen i Naturkraft offentlig fremmet det syn at norske myndigheter av miljøhensyn ikke burde bygge ut gasskraftverk. Videre kan det være grunn til å oppstille unntak for personer som er ansatt i virksomheter eller organisasjoner som har bestemte politiske eller verdemessige formål. At en ansatt i en antirasistisk organisasjon offentlig tilkjenner meninger med rasistiske innslag, vil således kunne være illojalt og danne grunnlag for arbeidsrettslige sanksjoner, selv om slike meninger ikke i seg selv er ulovlige og selv om meningene fremsettes i en politisk kontekst.

Når det gjelder offentlig ansatte vil hensynet til et politisk nøytralt embetsverk kunne tilsa at det er legitimt å innskrenke den politiske ytringsfriheten til tjenestemenn som sitter nær den politiske ledelse. Spørsmål om legitimiteten av innskrenkninger i offentlige ansattes deltakelse i politiske aktiviteter har vært behandlet av EMD i et par saker - Ahmedsaken og Rekvényisaken.³⁷

Ahmed-saken gjaldt begrensninger i adgangen for lokale tjenestemenn til å bedrive visse former for politiske aktiviteter, mens Rekvényi-saken omhandlet et totalforbud mot at politimenn, yrkesmilitære og ansatte i sikkerhetstjenesten deltok i politiske aktiviteter.

I begge disse sakene kom EMD til at det var akseptabelt i forhold til EMK artikkel 10 å begrense offentlige tjenestemenns adgang til å bedrive politiske aktiviteter, og begrunnelsen for resultatene var i begge tilfeller å forhindre maktmisbruk og å sikre et velfungerende demokrati. EMD la til grunn at velgernes interesse i en politisk uavhengig forvaltning kunne subsumeres inn under «rights of others».

I Ahmed-saken ble det understreket at reglene kun rammet tjenestemenn i stillinger hvor behovet for politisk uavhengighet var størst. Videre fremhevet EMD at reglene åpnet for at det ble gjort unntak fra forbudet etter søknad fra den aktuelle tjenestemann. I Rekvényi-saken fremhevet EMD at Ungarns nære politiske historie tilsa at de hadde et spesielt sterkt behov for politisk nøytralt politi og sikkerhetstjeneste.³⁸ Videre ble det lagt vekt på at myndighetene hadde innrømmet en rekke unntak fra forbudet, noe som tilsa at forbudet ikke var for vidtrekkende.

Det kan også oppstå spørsmål om staten kan kreve at offentlige ansatte utviser en lojalitet til konstitusjonen og demokratiske grunnverdier. Dette har ikke oppstått som noe problem i Norge, men er blitt behandlet av EMD i Vogt-saken.³⁹

Ytringsfriheten vil også gi en sterk beskyttelse til ytringer som fremsettes som ledd i legitime interessekonflikter mellom arbeidsgiver og ansatte - det være seg spørsmål knyttet til lønns- og andre arbeidsvilkår, eller mer generelt til arbeidsmiljøet ved virksomheten. Også kontroverser knyttet til nedbemanning, oppsigelser

³⁷ Eur. Court H. R., Ahmed judgment of 2 September 1998, RJD 1998-VI og Eur Court H. R. (EMD-1993-22954), Rekvényi judgment of May 20 1999, RJD 1999-III (EMD-1994-25390).

³⁸ Rekvényi §47.

³⁹ EMD-1991-17851.

og omprioriteringer av virksomheten, må vurderes som legitime interessekonflikter hvor ansatte har en utvidet ytringsfrihet. Som EMDs dom i Bobo-saken viser, kan til dels sterke personangrep mot ledelsen anses beskyttet av ytringsfriheten ut fra en slik synsvinkel.

Ansatte kan fritt fremsette informasjon som fremgår av offentlig tilgjengelige dokumenter, selv om slik informasjon skulle skade arbeidsgivers interesser. Foruten at det er tvilsomt om fremsettelse av allerede offentlige tilgjengelig informasjon kan anses illojalt, vil ytringsfriheten gi en sterk beskyttelse i forhold til slik informasjon. På dette vis vil offentlighetsloven, offentlighet etter Grunnloven § 100 femte ledd, reglene om det offentliges aktive informasjonsplikt etter grl. §110 B om miljøinformasjon, og andre regler som tilsier at informasjon skal være offentlig tilgjengelig, kunne få betydning for omfanget av ansattes ytringsfrihet.

5. Særlig om varsling i arbeidsforhold

Varslingsproblematikken har vært gjenstand for stor oppmerksomhet, både fra partene i arbeidslivet, og i media. Store og profilerte foretak både i utlandet og i Norge har havnet i offentlighetens søkelys i forbindelse med varsling fra ansatte. Slike saker medfører gjerne negativ omtale og tapt anseelse for virksomheten, i tillegg til at de kan være belastende for den som varsler. Det var bred enighet om at en sentral formål bak lovfesting av regler om varsling var å legge bedre til rette for ansattes varsling om kritikkverdige forhold i virksomheten.

Arbeidsmiljølovens regler om varsling trådte i kraft 1.januar 2007.⁴⁰ Hovedbestemmelsen i lovens § 2-4 lyder

- ”(1) Arbeidstaker har rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten.
- (2) Arbeidstakers fremgangsmåte ved varslingen skal være forsvarlig. Arbeidstaker har uansett rett til å varsle i samsvar med varslingsplikt eller virksomhetens rutiner for varsling. Det samme gjelder varsling til tilsynsmyndigheter eller andre offentlige myndigheter.
- (3) Arbeidsgiver har bevisbyrden for at varsling har skjedd i strid med denne bestemmelsen.”

Etter bestemmelsens første ledd har arbeidstaker rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten, altså å ytre seg om virksomheten er innblandet i ulovlig, korrupt, umoralsk eller annen skadelig virksomhet. Fordi varsling noen ganger kan være mer til skade enn til nytte, stilles det i lovens andre ledd krav om at arbeidstakers fremgangsmåte ved varsling skal være forsvarlig.

⁴⁰ §§ 2-4, 2-5, 3-6, 13-8 og 13-9

Da arbeidet med bestemmelsene om varsling i arbeidsmiljøloven startet, var de ment som en videreføring og lovfesting av de materielle grensene for ytringsfrihet i arbeidsforhold.⁴¹ I den form de har fått, er det imidlertid klart at de medfører en utvidelse av arbeidstakers ytringsfrihet. Regelen i loven § 2-4 tredje ledd om at arbeidsgiver har bevisbyrden for at varsling er uforsvarlig, innebærer i praksis en ikke-ubetydelig utvidelse av ansattes frihet til å varsle. Også regelen om at varsling til tilsynsmyndigheter, til andre offentlige myndigheter og varsling i henhold til virksomhetens interne rutiner, alltid er tillatt, innebærer en utvidende klargjøring av denne friheten.

Ved å unnta varsling til tilsyn og andre offentlige myndigheter fra forsvarlighetsvurderingen, har lovgiver ønsket å bidra til å fjerne arbeidstakers usikkerhet rundt grensene for forsvarlig varsling på et avgrenset område. Dessuten er det antatt at risikoen for skade er mye lavere enn ved for eksempel varsling i media. Denne antagelsen er bygget på tillit til at de offentlige myndigheter vil behandle de opplysningene de får på en måte som i størst mulig grad ivaretar virksomhetenes legitime hensyn. Ved varsling til offentlige myndigheter overføres dermed det rettslige ansvaret for at virksomhetens interesser ikke skades unødvendig fra varsler til forvaltningsorganet.

Etter arbeidsmiljøloven § 3-6 har arbeidsgiver plikt til å opprette egne rutiner for varsling dersom forholdene tilsier det. Etableringen av slike rutiner vil skape et mer åpent og forutberegnelig ytringsklima på arbeidsplassen. Loven legger ingen videre føringer for hva disse rutinene skal bestå i. Dersom arbeidstaker har gode muligheter til å nå fram internt, er det mindre sannsynlig at vedkommende vil varsle eksternt, og dermed ivaretar virksomheten også egne interesser ved å etablere slike rutiner. Rutinene kan bestå i at det opprettes interne kanaler for kritiske ytringer, eller at en eksternt instans, for eksempel en advokat, blir stilt til arbeidstakernes disposisjon.

Varsling i samsvar med virksomhetens rutiner for varsling er som nevnt alltid forsvarlig. Også når kritikk blir fremmet internt utenfor disse kanalene, er det som hovedregel forsvarlig. Bare unntaksvis medfører kravet om forsvarlig varsling at intern kritikk ikke er vernet av ytringsfriheten, fordi hensynet til virksomheten og den eller dem det varsles om slår gjennom. Det vil gjerne være tilfellet når de kritikkverdige forholdene tas opp på en utilbørlig måte som innebærer en unødvendig belastning for arbeidsmiljøet.

Hvorvidt det forøvrig er forsvarlig å varsle eksternt beror på en konkret og skjønnsmessig vurdering. Grensene for retten til å varsle vil i det konkrete tilfellet bero på en avveining av hensynene til arbeidstakers ytringsfrihet, virksomhetens legitime interesser, samfunnets informasjonsrett og personvernet til den eller dem varslingen omhandler. Disse hensynene vil gjøre seg gjeldende med ulik styrke i forskjellige situasjoner.

Retten til å varsle er en lovfesting av arbeidstakers ytringsfrihet på et avgrenset område. I stor grad er forsvarlighetsvurderingen en videreføring av avveiningen

⁴¹ Ot.prp.nr.84 (2005-2006)

mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt, og de relevante momenter er i stor grad de samme. Mange av de momentene jeg har berørt ovenfor vil kunne være av betydning for vurderingen. Det er imidlertid grunn til å anta at adgangen til offentlig varsling er blitt utvidet gjennom de nye bestemmelsene om varsling. Hovedregelen er at det skal vesentlig interesseovervekt i virksomhetens favør til for at varsling skal være uforsvarlig, noe som etter mitt syn innebærer en utvidelse av den materielle ytringsfriheten i forhold til tidligere rettstilstand.

Dersom arbeidstakeren har forsvarlig grunnlag for sine påstander, det er varslet internt først, og om det kritikkverdige forhold er av allmenn interesse, vil varsling praktisk talt alltid være forsvarlig. Men disse tre momentene er ikke *nødvendige vilkår* i den forstand at varsling alltid vil være uforsvarlig dersom et eller flere ikke er oppfylt.

Også andre forhold kan tillegges vekt i forsvarlighetsvurderingen, slik som varslersens motiv, hans eller hennes stilling og posisjon, den form varslingen har, og om varsling fremstår som et hensiktsmessig virkemiddel for å bringe det kritikkverdige forhold til opphør.

Illustrerende er Høyesteretts dom av 17. november 2003, som ble avsagt før varslingsreglene trådte i kraft.⁴² Saken gjaldt en ansatt som ble avskjediget etter å ha sendt ut en e-post der han kritiserte svakheter i virksomhetens bonussystem. Høyesterett mente den ansatte i utgangspunktet måtte være berettiget til å fremsette denne kritikken, men stilte spørsmålsteget ved måten han gjorde det på. Det ble blant annet fremsatt alvorlige beskyldninger mot navngitte ledere i virksomheten. Disse påstandene var grunnløse. Yringene ble ikke fremsatt overfor helt utenforstående personer, men e-posten ble blant annet sendt til ansatte i et selvstendig selskap innen samme konsern. Når det gjaldt avveiningen mellom ytringsfrihet og lojalitetsplikt, uttalte Høyesterett (avsnitt 46):

”Begge parter har i prosedyren for Høyesterett tatt opp spørsmålet om i hvilken grad lojalitetsplikten i et ansettelsesforhold vil kunne innebære en begrensning i arbeidstakerens ytringsfrihet. A har fremhevet at en ”whistleblower” - en våken medarbeider med en kritisk holdning som tør si ifra - representerer en verdi både for bedriften og for samfunnet. Dette er jeg ikke uenig i. Derfor må man innen rommelige grenser akseptere kritiske ytringer både innad i en bedrift og utad av den karakter som omfattes av det første og til dels også av det annet forhold som jeg har nevnt i det foregående. Men ytringsfriheten kan ikke i denne saken etablere noe vern mot reaksjoner fra en arbeidsgiver når ytringene rettet mot ledende medarbeidere om alvorlige straffbare forhold helt savner grunnlag i reelle forhold. Jeg finner det derfor ikke nødvendig å foreta noen nærmere grensegang på dette punkt.”

Fordi arbeidstakeren i dette tilfellet ikke utelukkende hadde ytret seg internt i virksomheten, er det grunn til å anta at resultatet ville blitt det samme etter ved-

⁴² Rt-2003-1614.

takelsen av reglene om varsling. Dersom tilsvarende beskyldninger hadde blitt fremsatt gjennom virksomhetens rutiner for varsling, hadde ledelsen ikke hatt anledning til å reagere mot den ansatte.

Andre land som har lovfestet regler om varsling, har til dels valgt løsninger med detaljerte angivelser av de relevante momenter.⁴³ Mens varslingsregler i enkelte andre land kommer til anvendelse på mer begrensede områder, gjelder de norske varslingsreglene generelt i arbeidsforhold. Bruken av rettslige standarder er velkjent i norsk arbeidsrett,⁴⁴ og er etter mitt syn et bedre egnet rettslig virkemiddel enn detaljerte regler om når varsling er forsvarlig. Når bestemmelsene i tillegg inneholder klare regler om at varsling alltid er forsvarlig i bestemte situasjoner, sikres også behovet for forutberegnelighet.

6. De gyldne lenker

Det er hevdet at ansatte gjør liten bruk av sin ytringsfrihet.⁴⁵ Dette standpunktet understøttes også av undersøkelser. For eksempel viser en undersøkelse fra Opinion at knapt halvparten av rektorer i grunnskolen, faglig ledere fra helsesøstertjenesten og avdelingssykepleiere ønsker en større frihet til å delta i den offentlige debatt innenfor sitt eget fagområde. Likevel sier bare 6 % at de ville vurdere å gå til pressen dersom kommunen holdt tilbake informasjon om kritikkverdige forhold.⁴⁶ Jeg vil avslutningsvis spekulere litt i årsakene til en slik mulig ytringsvegring fra ansatte.

Det er klart at de gyldne lenkene - mulighetene for belønning og forfremmelse - tilsier at en god del ansatte vil vegre seg fra å fremsette ytringer som skader arbeidsgiver. Dette gir imidlertid ingen fullgod forklaring. For mange ansatte vil muligheten til forfremmelse og belønning uansett fremstå som nokså fjern, og en del ansatte må antas å ha tilstrekkelig moralsk ryggrad til å prioritere hensynet til lovlidighet og etisk adferd, fremfor utsiktene til egen vinning.

Personlig tror jeg at andre årsaker er like fremtredende som de gyldne lenkene.

En slik årsak er rettslig usikkerhet. Grensene for både ytringsfriheten og lojalitetsplikten må i hvert enkelt konkrete tilfelle fastsettes gjennom en tilbørlighetsvurdering, de er altså begge relative størrelser.⁴⁷ Dette forhold tilsier at det er uklarhet og usikkerhet hos ansatte som vurderer om de skal ytre seg eller ikke. De nye varslingsreglene avbøter i noen grad denne rettslige usikkerhet.

Viktigere er kanskje de ansattes konfliktforståelse. Ytringsfrihet er en abstrakt størrelse, mens lojalitet er noe de fleste har et nært forhold til. Når de ansatte skal foreta et valg mellom ytringsfrihet og det å opptre lojalt ved ikke å ytre seg, vil de

⁴³ Jf blant annet britiske Public Interest Disclosure Act (PIDA) fra 1998.

⁴⁴ Jf for eksempel arbeidsmiljøloven § 15-7, se Fougner og Holo (2006) side 788.

⁴⁵ Eckhoff/ Smith op.cit. side 106.

⁴⁶ Knut Gabrielsen: På grensen til ytringsfrihet, Nytt Norsk Tidsskrift 2000 side 95 fig.

⁴⁷ Gabrielsen op.cit. side 96.

ofte identifisere konflikten som en konflikt mellom lojalitet og illojalitet, og ikke som en konflikt mellom lojalitet og ytringsfrihet.⁴⁸ Til dette kommer at lojalitet er selve ryggraden - langt på vei det konstituerende element - i organisasjonsstrukturen til mange virksomheter. Denne konfliktforståelse fra ansatte kan tilsi at de fleste oppfatter det som moralsk riktig å forholde seg tause, det vil si lojale, i en konflikt mellom lojalitet og ytringsfrihet.

Et forhold av stor betydning er de noe mer rustne lenkene. Å ikke benytte seg av ytringsfriheten når den burde vært brukt, vil som regel ikke resultere i noen personlige konsekvenser for den ansatte - i verste fall vil det føre til en akademisk begrunnet kritikk. Den som derimot blir avslørt som illojal, risikerer å miste jobben.⁴⁹ Incitamentene til å forholde seg taus, det vil si å være lojal, er altså langt sterkere enn de er til å bruke ytringsfriheten.

7. Teser

Tese 1: Det gjelder spesielle skranker for ansattes ytringsfrihet, ut over det som fremgår av alminnelig lovgivning. Grensen for tillatte ytringer vil ofte bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering.

Tese 2: Lovfestingen av ansattes rett til å varsle om kritikkverdige forhold i virksomheten innebærer en viss utvidelse av ansattes ytringsfrihet. Lovfestingen bidrar også til en viss klargjøring grensen for tillatte ytringer.

Tese 3: Uavhengig av den rettslige reguleringen av ansattes ytringsfrihet, vil ansatte normalt være tilbakeholdne med å ytre seg opp mot grensen av det tillatte.

⁴⁸ Gabrielsen op.cit. side 98.

⁴⁹ Eskeland op.cit. side 854.

Niels Fisch-Thomsen

Advokaters integritet
– bevispåvirkning, sandhedspligt m.m.

Advokaters integritet – bevispåvirkning, sandhedspligt m.m.

Advokat Niels Fisch-Thomsen, ~~Norge~~

Dette debatoplæg handler om advokaters forberedelse af vidneførsel for retten i civile sager – mere præcist om advokatens kontakt med et vidne før dennes afgivelse af vidneforklaring i retten.

Må advokaten tale med det kommende vidne om sagen og – i bekræftende fald – må advokaten forhåndsafhøre vidnet? Skal det være advokaterne tilladt – mundtligt, skriftligt og/eller ved overladelse af processkrifter, dokumenter eller bilag – på forhånd at orientere det kommende vidne om den forestående retssags juridiske spørgsmål og om parternes modsatrettede holdning til disse?

Der opstilles som teser forslag til forskellige regler, som advokater bør overholde.

I en juridisk antologi, udgivet i 1969 i anledning af 50 året for den danske retsplejelov, benævnt "Proceduren" skrev højesteretssagfører Carl Tjur (p 25-26) følgende:

"Eventuelle vidner må man [dvs. advokaten under sin forberedelse af domsforhandlingen] i reglen tale med, simpelthen for at få klarhed over, om de ved noget af betydning for retssagen. Det hører med til forberedelsen af en retssag at klarlægge, hvad de kan forklare, så man kan sørge for supplerende bevisførelse, derunder eventuelle modgående forklaringer.

Advokaten må selvsagt ikke søge at påvirke vidnerne, heller ikke ved indirekte manøvrer, men på den anden side må han ikke afholde sig fra at gennemføre et fornuftigt forberedende arbejde i overdreven angst for bebrejdelser fra retten for at have talt med vidnerne i forvejen."

Denne relativt brede beskrivelse dækker formentlig ganske godt, hvad der i dag anses for gældende dansk ret. Mit gæt – eller mit spørgsmålstejn – vil være, at nogenlunde samme opfattelse er gældende i de andre nordiske lande.

Denne simple hovedregel – at advokaten må tale med det påtænkte vidne og herigennem søge klarlagt, hvad han eller hun vil forklare, men selvsagt ikke må påvirke vidnet, hverken direkte eller indirekte – er efter min opfattelse i dag efter de seneste årtiers udvikling i retssagsbehandlingen *utilstrækkelig og utilfredsstillende generel* i sin regulering af tilladeligheden i advokaters forhåndshenvendelser til påtænkte vidner i civile retssager.

Der er efter min opfattelse behov for en mere detaljeret regulering af, hvad advokaten må og ikke må under en forhåndskontakt med påtænkte vidner i civile retssager.

De opstillede teser tilsigter at være inspiration for udarbejdelse af mere specifikke regler herom.

Dette debatoplæg går alene på civile retssager. Tilsvarende spørgsmål vil ganske vist kunne rejses i straffesager, men i disse vil politiets forudgående efterforskning og anklagemyndighedens rolle rejse særlige problemstillinger, som ikke skal forfølges her.

1. Vidneforklaringers betydning

Vidneforklaring er et helt centralt bevismiddel til oplysning om og afklaring af det mellem parterne i en retssag omstridte faktiske hændelsesforløb ("faktum"), som retten skal lægge til grund for sin dom.

Sammen med partsforklaringerne og de i sagen fremlagte skriftlige beviser ("dokumenter") er vidneforklaringerne i reglen de vigtigste bevismidler med hensyn til den efterfølgende afklaring af det forudgående og for sagens afgørelse afgørende hændelsesforløb.

Det siger derfor sig selv, at retsordenen må tilstræbe, at afgivne vidneforklaringer bliver sandfærdige og retvisende for retten.

Dette gælder både reglerne om selve afgivelsen af vidneforklaringen i retten og – som det er dette debatoplægs emne – regler om forberedelsen af vidners afgivelse af forklaring for retten.

2. Vidneforklaringers indhold

Hvis vidneforklaringers indhold altid var svar på meget simple og let forståelige spørgsmål af typen

- kørte bilen i et vejkryds over for grønt eller for rødt lys?
- var personen NN til stede eller ikke til stede i et bestyrelsesmøde, ved en kontraktunderskrift eller ved en testamentsoprettelse?
- har vidnet set eller ikke set et bankkontoudtog, et revisionsprotokollat eller et mødereferat?

ville de rejste spørgsmål måske ikke være så påtrængende. Over for ja/nej svar på direkte spørgsmål om enkle kendsgerninger vil strafansvaret for urigtig forklaring formentlig være et tilstrækkeligt – eller i hvert fald det opnåelige – værn for sandheden i vidnets udsagn.

Men så simpelt er livet – og domsforhandlingen i en retssag – desværre ikke. En vidneforklaring vil i reglen udover besvarelsen af sådanne enkle spørgsmål gå på en bredere og i sagens natur mere diffus beskrivelse af et for sagen relevant hændelsesforløb: Stemningen på og forløbet af et møde, tilstedeværende personers opmærksomhed på eller omvendt manglende opmærksomhed på forhold, som måske ikke dengang tegnede sig som væsentlige, men som i en senere retssag har vist sig at være betydningsfulde o.l.

Et vidnes, måske impressionistiske, efterfølgende beskrivelse af en begivenhed eller et hændelsesforløb, kan blive afgørende for det helhedsindtryk, retten danner sig af det passerede og dermed i sidste instans for dommens resultat.

Det samme gælder et vidnes – bevidste eller ubevidste – valg af omstændigheder, som det fremdrager under sin vidneforklaring, herunder om vidnets egne tanker og slutninger på hændelsestidspunktet eller i fortsættelse af dette.

Disse få bemærkninger og påpegninger skal alene tjene til at understrege, at vidneforklaringers indhold er et meget vidt begreb og således ikke er begrænset til en besvarelse af enkle spørgsmål med et ja eller et nej. Livet – og vidneforklaringers indhold – er sjældent et spørgsmål om sort eller hvidt – snarere en uendelig variation af grå nuancer.

3. Kauteler for vidneforklaringers sandhed

3.1 Strafansvar for falsk forklaring

Ved kauteler til sikring af vidneudsagns sandhed vil man formentlig først tænke på det strafansvar, som efter straffeloven er forbundet med afgivelse af falsk forklaring for retten.

Strafansvaret er selvsagt en kraftig sanktion, men – reelt betragtet – er dens fokus ret så begrænset. Den går netop kun på forsætligt afgivet falsk forklaring. I praksis vil sådant kun kunne forekomme – og kunne bevises af anklagemyndigheden – hvor der er afgivet bevidst urigtig forklaring om enkle og klare kendsgerninger som nævnt i eksemplarerne ovf. under 2.

Strafansvaret vil derimod vanskeligt kunne tænkes udløst med hensyn til et vidnes bredere og mere generelle beskrivelse af en begivenhed i hændelsesforløbet og det vil – i praksis – ikke eller kun yderst sjældent kunne ramme et vidnes ”forglemelse” med hensyn til på eget initiativ at forklare om selv meget centrale forhold i et hændelsesforløb. Det vil også kun i ekstreme tilfælde kunne anvendes mod et vidnes forklaring om, hvorledes vidnet subjektivt har opfattet en relevant situation, eller mod vidnets forklaring om ikke at kunne huske noget om det adspurgte forhold.

Strafansvaret er en skarp sanktion mod falsk forklaring, men reelt og i praksis med et ret så begrænset anvendelsesområde. Nogen bred garanti for sandfærdighed i vidners forklaringer, kan det derfor næppe siges at være.

3.2 Hvert vidne afhøres for sig

Et værn mod, at et vidne under selve domsforhandlingen ”tilpasser” sin vidneforklaring til, hvad andre vidner har forklaret, findes herudover i den – forventelig i alle de nordiske lande gældende – regel, at hvert vidne afhøres for sig, således at vidnet ikke må påhøre forklaringer af andre vidner, syns- og skøns mænd eller parter, medmindre andet bestemmes af retten, jf. bl.a. den danske retsplejelov § 182.

Denne regel må betragtes som et værn mod spontan tilpasning af en vidneforklaring under domsforhandlingen. Den vedrører ikke spørgsmålet om advokaters forhåndskontakt med vidner.

Det afhørte vidnes ukendskab til sagens juridiske sammenhæng – og dermed til

de forventelige retsfølger af dets forklaring

En bredere og derfor i praksis betydningsfuld garanti for sandfærdigheden i vidners forklaring ligger i den faktiske kendsgerning, at vidner, ikke undtagelsesfrit, men i almindelighed vil savne nærmere kendskab til den eller de juridiske sammenhænge i den retssag, til brug for hvilken vidneforklaring afgives. Vidner vil derfor ofte savne forståelse for de forventelige retsfølger af vidnets forklaring.

Hvor vidnet er et helt fremmed vidne ("tilfældighedsvidne") som f.eks. en person, der har set et automobilsammenstød i trafikken, spiller dette næppe nogen rolle, da vidnet formentlig kan forudsættes at have en helt neutral, i virkeligheden lige gyldig indstilling til sagens udfald.

I mange retssager vil vidner imidlertid have en oprindelig – eller under sagens gang udviklet – sympati for den ene af sagens parter og/eller antipati for den anden og dermed et bevidst eller ubevidst ønske om, at dommen vil falde ud til den parts fordel, for hvem vidnet har fattet sympati.

Psykologisk kan vidnet i denne situation nære et ønske om at hjælpe den foretrukne part med sin vidneforklaring – ikke om enkle kendsgerninger, hvor falsk forklaring vil kunne bringe vidnet i fare for straf – men i vidnets bredere, mere diffuse forklaring om hændelsesforløbets omstændigheder og/eller om vidnets subjektive opfattelse af dette – ligesom vidnets incitament til selv at fremdrage relevante omstændigheder kan være påvirket af sym- eller antipati med den ene part.

Mod "sympatidrejning" af vidneudsagn ligger den væsentligste garanti i, at det vidne, som gerne vil hjælpe den ene part med sin forklaring, ofte vil svæve i uvidenhed om, hvilket indhold af forklaringen som vil hjælpe den "foretrukne" part, og hvilket indhold der omvendt vil skade ham.

En forklaring eksempelvis med det indhold, at den ene part kendte et givet forhold på et givet tidspunkt kan være til fordel for parten, hvis sagen går på hans agtpågivenhed, men være ulempe for den "foretrukne" part, hvis spørgsmålet går på, fra hvilket tidspunkt en forældelsesfrist skal regnes.

Kautelet for sandhed i vidnets forklaring ligger med andre ord i, at vidnet – som gerne ville hjælpe en part – ikke ved, hvorledes han eller hun vil kunne hjælpe den "foretrukne" part, fordi vidnet ikke kender den juridiske problemstilling i sagen og derfor ikke ved, hvilke retsfølger for den "foretrukne" part en vidneforklaring i den ene eller den anden retning vil kunne have.

I denne situation vil vidnet ikke have anden mulighed end at forklare sandheden efter bedste overbevisning. Han eller hun vil ikke kunne "styre" sagen gennem sin vidneforklaring.

4. Iscenesættelse af vidneførsel

Det er, jf. det under 3 sagte, min opfattelse og grundlæggende forudsætning for de nedennævnte teser, at det er vigtigt for sikring af sandfærdige vidneudsagn, at

vidnet ikke kender de nærmere juridiske problemstillinger i den retssag, i hvilken vidnet skal afgive forklaring, og således – så vidt gør ligt – er ubekendt med de retlige konsekvenser for dommen af hans eller hendes vidneforklaring.

Lægges dette til grund, må heraf følge, at de i en retssag involverede advokaters forhåndskontakt med påtænkte vidner må indskrænkes til et absolut minimum med hensyn til orientering om sagen og under ingen omstændigheder må udvikle sig til en – direkte eller indirekte – iscenesættelse af den kommende bevisførelse. Det bør således være advokaterne forbudt at inkludere sig på en drøftelse med det påtænkte vidne af sagens relevante hændelsesforløb, og det bør være dem forbudt at orientere det påtænkte vidne om sagens juridiske problemstillinger. Kontakten til det påtænkte vidne bør ikke gå ud over, at advokaten sikrer sig, at vidnet har været til stede ved en bestemt begivenhed, har set en relevant korrespondance e.l. eller med andre ord, at vidnet kan formodes at have en viden, som bør komme til rettens kundskab under en vidneforklaring.

At – med Carl Tjur, jf. citatet ovf. under 1 – søge klarlagt, *”hvad [vidnet] kan forklare, så man kan sørge for supplerende bevisførelse, derunder evt. modgående forklaringer”*, vil – efter min opfattelse – ofte kunne gå for vidt og udarte til en påvirkning af vidnet ”med indirekte manøvrer”.

Lad mig illustrere, hvad jeg mener med ”iscenesættelse af vidneførelse”, med tre eksempler fra min egen virksomhed som procedureadvokat.

Eks. 1 (”Postmesteren”). Min første prøvesag for landsretten – i 1968 – handlede om placering af ansvaret for et uheld, hvorved en koblingsring mellem en lille banetraktor og tre rullende banecontainere bristede under lastning af en færge på en ø i Danmark med den følge, at containerne endte i havnebassinet og lasten blev ødelagt. Var det en materialefejl, for hvilken DSB ville bære risikoen og ansvaret, eller var det en betjeningsfejl fra personalet, som var ansat af det lokale havneselskab? Under sagsforberedelsen opstod behov for vidneførelse – ved øens hjemting – af den lokale postmester, der også tjente som en slags stationsforstander på havnen. Til brug herfor sendte min modpart kopi af de samlede processkrifter og bilag til postmesteren med en opfordring til denne om bedst muligt at imødegå mine anbringender og argumenter i mine processkrifter.

Jeg protesterede herimod. Landsretten anerkendte min kritik og besluttede, at postmesteren skulle afhøres direkte for landsretten og uden at have processkrifter og bilag foran sig i vidneskranken.

Eks. 2 (”Fondsbestyrelsen”). En dansk fond, der ejede en ejendom, som var udlejet, besluttede sig for og påbegyndte en gennemførelse af en omfattende ombygning af ejendommen ved at påbygge denne flere etager oven over lejeren butikslejemål, men uden at vedrøre dette direkte. Lejeren protesterede og fik medhold i sin protest ved Højesteret. Hermed påførtes fonden et væsentligt økonomisk tab ved retablering af den oprindelige ejendom, og for dette søgte

man erstatning hos en advokat, som havde siddet i fondsbestyrelsen. To uger før domsforhandlingen sammenkaldte min modpart de menige medlemmer af fondsbestyrelsen til et møde med henblik på en nøje gennemgang af sagen, støttet på ekstrakten (bilagssamlingen af sagens dokumenter).

Dette begivenhedsforløb blev bekræftet under domsforhandlingen, i hvilken jeg gjorde gældende, at afholdelsen af dette møde havde været uberettiget. De menige bestyrelsesmedlemmer afgav helt sammenfaldende forklaringer. De huskede stort set intet fra bestyrelsesmøder, bortset fra, at de alle kunne erklære, at den sagsøgte advokat havde erklæret ombygningen for lovlig. Hvorvidt modpartens forudgående møde med bestyrelsesmedlemmerne har påvirket landsrettens bevisbedømmelse, skal jeg ikke kunne sige, men dommen endte med domfældelse af advokaten.

Eks. 3 ("Kassebedrøveren"). En velhavende besidder af udlejningsejendomme, som drev administrationen af disse i privat regi (ikke i selskabsform), blev udsat for besvigelser til i alt 23 mio. kroner ved, at hans bogholder stjal checkblanketter, forfalskede og hævede dem til sig selv. Ejendomsbesidderen sagsøgte bl.a. en revisor, som ikke havde revideret virksomhedens regnskaber, men ydet skattemæssig rådgivning, til erstatning for det lidte tab.

Ved landsretten blev bogholderen, som på det tidspunkt sad i fængsel, ikke afhørt. Under sagens efterfølgende forberedelse for Højesteret skrev min modpart til Højesteret og anmodede om tilladelse til afhøring af bogholderen, som i mellemtiden havde afsonet sin straf. Min modpart skrev samtidig, at han havde talt med bogholderen og gav derefter en beskrivelse af, hvad bogholderen havde forklaret ham om gennemførelsen – og sløringen i bogholderiet – af besvigelserne.

Hertil svarende jeg i et indlæg til Højesteret, at jeg ikke ville modsætte mig afhøring af bogholderen, men tilføjede – sarkastisk – at afhøringen vel ret beset måtte betragtes som overflødig, da min ærede modpart jo på egne vegne og uden tilstedeværelsen af retten eller mig allerede havde gennemført afhøringen.

Mod min forventning afstedkom det ikke nogen reaktion fra Højesterets side – heller ikke da min modpart og jeg mødtes med Højesterets Ankeudvalgs formand med henblik på berømmelsen af sagen.

Bogholderen afgav forklaring, som forekom helt tilforladelig – og Højesteret stadfæstede senere frifindelsen af revisoren.

Disse tre – selvoplevede – tilfælde af, hvad jeg betragter som (forsøg på) iscenesættelse af vidneførsel er, hvad der har inspireret mig til dette debatoplæg.

5. Forslag til regulering

Ét er konkrete eksempler – et andet er opstilling af regler. Det sidste er langt vanskeligere end det første, for regler om advokaters forhåndshenvendelse til vidner må selvsagt tage højde for, at der er forskellige typer af vidner.

5.1 Parter og partsrepræsentanter

Et udgangspunkt – selvom det strengt taget falder uden for emnet – kan være parter og partsrepræsentanter.

Disse har som bekendt ikke pligt til at udtale sig, men vil normalt gøre det – og hvis de udtaler sig er de underkastet strafansvaret for falsk forklaring.

Det turde være en selvfølge og må således anerkendes som lovligt, at advokaten i en retssag kan og bør gennemgå den forestående sag – både dens hændelsesforløb og dens juridiske problemstillinger – nøje og grundigt med sin klient ("parten") eller, hvor klienten er et selskab, en fond e.l. med dennes administrative leder, direktør, forretningsfører e.l. ("partsrepræsentanten").

I denne gennemgang af sagen og forberedelsen af dens foretagelse for retten vil selvsagt også indirekte ligge en e.o. nøje forberedelse af den kommende partsforklaring – og parten eller partsrepræsentanten vil gennem drøftelserne med advokaten og godkendelsen af hans udkast til processkrifter være nøje bekendt med sagens juridiske problemstillinger.

Dette ved retten, og retten kan derfor tage det i betragtning ved bevisbedømmelsen af partsforklaringerne.

Der er ikke behov for – eller grundlag for – at opstille regler om begrænsning i advokatens kontakt og drøftelser med sin part eller partsrepræsentant forud for domsforhandlingen.

5.2 Overordnede ansatte hos en part (funktionschefer etc.)

Andre ansatte end den egentlige partsrepræsentant – direktøren, forretningsføreren, den administrative chef – kan i den konkrete sag indtage en sådan position, at han eller hun må ligestilles med en part eller egentlig partsrepræsentant som omhandlet ovf. under 5.1.

Dette vil f.eks. gælde, hvor det er ham eller hende, der som funktionschef, driftsleder eller overordnet leder i øvrigt for den afdeling eller det område, som retssagen vedrører, er den, som har haft det interne ansvar for og dermed det største og mest indgående kendskab til det relevante hændelsesforløb – langt større og langt mere indgående end parten eller den administrative leder dvs. den egentlige partsrepræsentant.

Hvor dette er tilfældet, vil det være en uafviselig nødvendighed, at advokaten, som skal føre sagen for en part, har adgang til fuld kommunikation med denne funktionsansvarlige funktionær (driftslederen). Kun herigennem vil advokaten få det indgående kendskab til hændelsesforløbet, som er nødvendigt for en forsvarlig forberedelse af domsforhandlingen.

Advokaten må naturligvis ikke – hverken direkte eller indirekte – opfordre funktionschefen til afgivelse af falsk forklaring. Advokaten bør tværtimod forklare funktionschefen – navnlig den "ivrige", som vil forsvare sit firma med næb og klør – om alvoren i sandhedspligten ved afgivelse af vidneforklaring.

Men advokaten må over for et påtænkt vidne i denne personkategori have adgang til

at stille ethvert spørgsmål om sagens faktiske sammenhænge. Han bør ikke indlade sig på nogen manuduktion af funktionschefen i sagens juridiske spørgsmål, da en sådan jo netop indirekte kan inspirere det påtænkte ”ivrige” vidne til at give sit vidneudsagn farve i favør af hans virksomhed. Derfor bør de juridiske spørgsmål kun i det for afklaring af det faktiske hændelsesforløb klart nødvendige omfang forklares for det påtænkte vidne.

Advokaten kan i sin gennemgang med funktionschefen forevise ham eller hende dokumenter, breve, referater etc., som er fremlagt eller som påtænkes fremlagt, men advokaten bør ikke forelægge funktionschefen sine eller modpartens processkrifter eller sine udkast til processkrifter og slet ikke overlade det påtænkte vidne kopi heraf.

Dette bør – af principielle grunde – være advokatens leveregel, selvom han selv sagt nok kan og bør pålægge sin part eller partsrepræsentant ikke at give funktionschefen kopi af processkrifterne, men ikke i praksis måtte have nogen mulighed for at forhindre, endsige sanktionere dette.

5.3 Neutrale vidner

I forhold til neutrale vidner – f.eks. den tilfældige tilskuer til en ulykke, den i hændelsesforløbet medvirkende aktør uden nærmere forbindelse i øvrigt til den ene eller den anden af parterne, den uafhængige referent af et møde, en generalforsamling e.l. – bør gælde en streng regel om den yderste tilbageholdenhed i advokatens forhåndskommunikation med et sådant påtænkt vidne.

Advokaten kan sikre sig vidnets identitet og – helt overordnet og uden detaljer – at det påtænkte vidne har været til stede ved en for sagen relevant lejlighed, har set en for sagen relevant korrespondance, har refereret et møde eller en generalforsamling.

Dette kan anses for tilladeligt i det omfang, det er nødvendigt for at sikre, at vidnet, retten og parterne ikke ulejlighes unødigt gennem indkaldelse til afgivelse af vidneforklaring af et vidne, som intet vil kunne sige af relevans.

Men enhver forhåndsdrøftelse med det påtænkte vidne af, hvad dette vil kunne forklare nærmere om sine observationer af ulykken, korrespondancen eller mødet bør være advokaten absolut forbudt, ligesom det selvsagt bør være advokaten absolut forbudt at drøfte med det påtænkte vidne sagens juridiske sammenhænge og spørgsmål, endsige at overlade denne kopi af de i sagen af advokaten selv eller hans modpart afgivne processkrifter eller udkast til sådanne.

Gennem sin tilbageholdenhed i forhåndskommunikationen med det påtænkte vidne bør advokaten sikre, at vidnet til sin tid under domsforhandlingen kan afgive en ”ren”, umiddelbar vidneforklaring – og ikke på nogen måde vil optræde som et ”iscenesat” vidne.

5.4 Mellemtilfælde, herunder ansatte på lavere hierarkisk niveau i den virksomhed, som er part i sagen, tidligere ansatte, menige bestyrelsesmedlemmer

Medens det – hvis man er enig i referentens principielle hovedsynspunkt, at vidne-

forklaringer bør være så vidt gørligt umiddelbare og ikke iscenesatte og instruerede – kan være forholdsvis nemt at opstille regler for de klare ydergrupper af personer, henholdsvis part/partsrepræsentant/funktionschefer og neutrale vidner, bliver det vanskeligere for mellemgrupper af personkategorier.

Ansatte på lavere niveau i en parts virksomhed kan have et nærmere kendskab til sagens afgørende hændelsesforløb end parten, partsrepræsentanten eller funktionschefen og kan ”holde med” sin virksomhed i samme omfang som disse.

Den funktionschef, der som den eneste ansatte i en parts virksomhed har det detaljerede kendskab til hændelsesforløbet, kan på tidspunktet for sagens forberedelse og domsforhandling være en tidligere ansat, som måske stadig føler firmaloyalitet over for sin gamle arbejdsgiver eller måske omvendt er fratruddet i et mere eller mindre skarpt modsætningsforhold til denne.

Eller et påtænkt vidne kan som menigt medlem af en bestyrelse have et lidt mere distant forhold til den virksomhed, som er part i retssagen, end bestyrelsesformanden.

Over for disse ”mellempormer” af påtænkte vidner bør man næppe opstille så strenge restriktioner med hensyn til advokatens forhåndskommunikation med disse som over for de under 5.3 nævnte ”neutrale” vidner. Der kan være samme valide behov for interview af en fratruddet funktionschef som af én, der endnu er ansat som sådan i virksomheden. Hvor funktionschefen ikke har det fulde kendskab til hændelsesforløbet, som advokaten har brug for til sin forberedelse af sagen, kan det være nødvendigt at interviewe en medarbejder på et lavere plan i virksomhedens organisation. Et rimeligt dækkende billede af en bestyrelsesbeslutnings baggrund kan kræve et interview med ikke blot formanden, men også med menige bestyrelsesmedlemmer.

Mine forslag til en norm for advokatens forhåndsdokumentation med påtænkte vidner i denne mellemgruppe vil gå på,

at advokaten med disse kan forhøre sig om det faktiske hændelsesforløb uden særlige begrænsninger i detaljeringsgraden, men med foreholdelse for det påtænkte vidne af sandhedspligten,

at advokaten ikke må inkludere sig på at forklare det påtænkte vidne om sagens juridiske sammenhænge og spørgsmål eller inkludere sig på diskussion med det påtænkte vidne herom, og

at advokaten under ingen omstændigheder må referere eller overlade det påtænkte vidne kopi af de i sagen afgivne processkrifter eller af advokatens egne udkast til sådanne.

Som generel tommelfingerregel bør advokaten i forhåndskommunikationen med vidner – også i mellemgruppen – alene indtage en lyttende holdning, ikke en forklarende, endsige procederende attitude.

6. Regelform

Adfærdsregler for advokater med hensyn til forhåndskommunikation med påtænkte vidner kunne selvsagt tænkes formuleret i lovform (retsplejeloven) eller i bekendtgørelse, udstedt med hjemmel i en generel lovregel.

Efter min umiddelbare opfattelse vil dette næppe – situationernes forskellighed taget i betragtning – være det mest hensigtsmæssige, i hvert fald for nærværende.

Snarere kunne man forestille sig reglerne udformet som en del af de for advokater gældende regelsæt, som normerer, hvad der normalt kaldes ”god advokatskik”. En sådan normering vil muliggøre en udvikling af reglerne over de kommende år på en nemmere måde end gennem egentlig lovregulering.

Jeg foreslår således, at de for opstilling og udvikling af reglerne om God Advokatskik ansvarlige professionelle organer opfordres til at formulere et regelsæt om god advokatskik i forhåndskommunikation med påtænkte vidner og lade dette indgå i de eksisterende normer for god advokatskik, i Danmark de såkaldt Advokatetiske regler.

7. Sanktioner

7.1 Oplysning for retten

Den enkleste form for imødegåelse af risiko for uberettiget iscenesættelse af vidneførsel vil naturligvis – uden at dette har karakteren af en egentlig sanktion – være, at den advokat, som har haft forhåndskommunikationen med et vidne, selv forklarer den dømmende ret om indholdet af forhåndskommunikationen og/eller – navnlig – at modpartens advokat søger omstændighederne om forhåndskommunikationen klarlagt under kontraafhøringen af vidnet under domsforhandlingen gennem efter omstændighederne indgående udspørgen af vidnet herom. Har – eksempelvis – vidnet før vidneforklaringen haft adgang til de af parterne afgivne processkrifter? Har advokaten forklaret vidnet om de forventelige juridiske følger af en vidneforklaring i den ene eller den anden retning?

Herigennem vil den dømmende ret blive bekendt med indholdet af den gennemførte forhåndskommunikation med vidnet – og kunne fornemme, om denne har haft karakteren af en ”iscenesættelse” eller ej – og retten vil kunne – og bør – lade dette indgå i sin bevisbedømmelse af vidnets forklaring.

7.2 Falsk forklaring

I grove tilfælde vil den iscenesættende advokat selvsagt kunne dømmes for medvirken til vidnets afgivelse af falsk forklaring for retten.

7.3 Disciplinæransvar

I andre tilfælde bør en advokats tilsidesættelse af de foreslåede regler om advokaters forhåndskommunikation med påtænkte vidner sanktioneres disciplinært som overtrædelse af reglerne om god advokatskik.

8. Teser

En advokat, som har påtaget sig at føre en civil retssag for domstolene, ved voldgift eller for administrative nævn og råd med dømmende myndighed, skal ved kommunikation med parten og et påtænkt vidne iagttage følgende forholdsregler:

Tese 1: Advokaten må aldrig – hverken direkte eller indirekte – opfordre eller anspore en part eller et påtænkt vidne til for retten, en voldgiftsret eller et administrativt nævn eller råd at afgive usand eller vildledende forklaring.

Tese 2: Med sin part og/eller partsrepræsentant kan advokaten uden begrænsninger kommunikere om både sagens faktiske og juridiske sammenhænge og spørgsmål, og advokaten kan overgive parten/partsrepræsentanten kopi af de i sagen afgivne processkrifter og af advokatens udkast til sådanne.

Tese 3: Med partens ansatte på overordnet ansvars- og ledelsesniveau (funktionsschefer, driftsledere, afdelingschefer etc.) kan advokaten uden begrænsning kommunikere om sagens faktiske sammenhænge (hændelsesforløbet). Advokaten bør kun heri inddrage sagens juridiske spørgsmål og problemstillinger i det omfang, dette er nødvendigt til afklaring af hændelsesforløbet. Advokaten bør ikke forklare det påtænkte vidne om sagens juridiske sammenhænge i øvrigt. Advokaten må ikke referere eller overlade vidnet kopi af de i sagen afgivne processkrifter eller af advokatens egne udkast til sådanne.

Tese 4: Med partens ansatte på lavere hierarkisk niveau, med tidligere ansatte eller øvrige personer med nuværende eller tidligere tilknytning til parten må advokaten i sin forhåndskommunikation med disse som påtænkt vidne alene forhøre sig om vidnets kendskab til sagens faktiske sammenhænge (hændelsesforløbet). Advokaten må ikke forklare om eller drøfte med det påtænkte vidne sagens juridiske sammenhænge eller spørgsmål. Advokaten må ikke referere eller overlade vidnet kopi af de i sagen afgivne processkrifter eller af advokatens egne udkast til sådanne.

Tese 5: Over for et påtænkt vidne, som ikke er omfattet af de under 3-4 nævnte kategorier, må advokaten i sin forhåndskommunikation alene ved forespørgsel sikre sig, at vidnet – i kraft af overværelse af et begivenhedsforløb, kendskab til en korrespondance e.l. – vil kunne afgive en forklaring, således at indkaldelse af vidnet ikke åbenbart for alle vil savne fornuftigt formål. Advokaten må ikke forklare om eller indlade sig i en drøftelse med det påtænkte vidne om sagen, hverken dens faktiske omstændigheder (hændelsesforløbet) eller dens juridiske problemstillinger og spørgsmål. Advokaten må under ingen omstændigheder referere eller overlade vidnet kopi af de i sagen afgivne processkrifter eller af advokatens udkast til sådanne.

Torstein Frantzen

Fremtidsfuldmagter

Fremtidsfuldmagter

Professor Torstein Frantzen, Juridisk fakultet, Norge

Dersom en person mister dømmekraften kan han settes under vergemål. Et alternativ til vergemål er at han på forhånd, altså mens han har dømmekraften i behold, oppretter en fullmakt der det fremgår hvem som skal ivareta hans interesser dersom han selv ikke lenger er i stand til det. Dette omtales som en fremtidsfullmakt. Fremtidsfullmakter er nokså vanlige i en del land som bygger på common law, men er etter hvert også innført i enkelte europeiske land. I Finland ble det vedtatt og iverksatt en lov om fremtidsfullmakter (intressebevakningsfullmakt) i 2007, mens det i Norge og Sverige foreligger lovutkast. I Danmark anvendes fremtidsfullmakter i en viss utstrekning, men uten at det er gitt lovregler om dette. Nedenfor gis det en kort innføring i rettsinstituttet fremtidsfullmakt. Et hovedsynspunkt er at det er behov for offentlig kontroll med representasjonsordninger for demente. Det anføres seks teser som gir uttrykk for en kritisk innstilling til fremtidsfullmakter. I stedet for å tillate fremtidsfullmakter bør det vurderes om reglene for vergemål kan gjøres mer fleksible og i større grad ta hensyn til den hjelpetrequendes ønsker. Blant annet bør hovedregelen være at når en person tidligere har gitt uttrykk for hvem han ønsker som verge, skal denne oppnevnes.

1. Noen rettslige utgangspunkter vedrørende representasjon

Rettsinstituttet fremtidsfullmakt er et alternativ til at person som mister dømmekraften settes under vergemål. Gjennom en fremtidsfullmakt kan en voksen person opprette en fullmakt der fremgår hvem som skal ivareta hans interesser dersom han selv ikke lenger er i stand til det. Han kan også gi instruksjoner om hvordan oppdraget skal utføres.

Enhver myndig person har som hovedregel og utgangspunkt rettshandelseevne, det vil si evne til å forplikte seg selv, eksempelvis inngå en avtale. Rettshandelseevnen kan bortfalle midlertidig, for eksempel i forbindelse med ulykker eller forbigående sykdom. Den kan også falle bort på grunn av demens. Demens vil i de fleste tilfeller ramme eldre personer og omtales da gjerne som aldersbetinget demens. Når en person eksempelvis blir dement, mister han den faktiske evnen til å forplikte seg, også uten at det er truffet noen beslutning om dette, for eksempel ved umyndiggjøring.

Når en person ikke har mulighet til å forplikte seg selv eller andre, vil det i de aller fleste tilfeller være slik at andre må treffe avgjørelser på vegne av den som ikke selv har evne til det. Det blir altså behov for at andre treffer avgjørelsene. Et grunnlag for at andre kan handle på vegne av en dement er de ulovfestede reglene om negotiorum gestio. Det kan også tenkes ulike former for representasjon, for eksempel ved

at det opprettes vergemål, enten i form av ordinært vergemål eller gjennom det mer begrensede hjelpevergemål.¹ I tillegg kan det tenkes at fullmakter som er opprettet før den aktuelle tilstanden oppsto, får betydning også etter at fullmaktsgiveren har mistet rettshandelseevnen.²

Dette er i korte trekk de rettslige utgangspunktene når det gjelder representasjon ved faktisk bortfall av den såkalte rettshandelseevnen, altså når en person mangler evne til å handle fornuftmessig.

2. Noe om utbredelsen av representasjonsordninger og hvor mange som oppfyller betingelsene for å få oppnevnt en representant

I langt de fleste tilfeller der en person blir dement fører ikke dette til at vedkommende blir umyndiggjort eller fratatt handleevnen. Det antas at det i år 2000 i Norge var ca. 50.000 personer som var demente, men det var kun 537 personer som var umyndiggjorte og satt under vergemål. I norsk rett har man også muligheten for å opprette hjelpevergemål, som ikke innebærer noen beslutning om at den rettslige handleevnen bortfaller. Det finnes ikke sikre opplysninger om hvor mange som er under hjelpevergemål i Norge, men ut fra undersøkelser foretatt av vergemålsutvalget antas det at rundt 30000 personer hadde fått oppnevnt hjelpeverge.³

I dansk rett medførte innføringen av vergemålsloven av 1995 at umyndiggjørelsesinstituttet bortfalt, selv om det fortsatt er mulig å beslutte fratakelse av den rettslige handleevnen. I 1991, altså før vedtagelsen av vergemålsloven av 1995, ble det antatt å være 25000-30.000 svært demente, men det var ca 3000 umyndiggjorte personer og at anslagsvis 600-800 var underlavvergemål. Lavvergemål tilsvarer noenlunde det norske hjelpevergemål.⁴ I Sverige og Finland er det et høyere antall som har fått oppnevnt god man eller forvalter (Sverige) eller som er under intressebevakning (Finland).⁵

Tallene viser at i alle de nordiske landene oppnevnes det i de fleste tilfeller ikke noen representant der en person mister dømmekraften. Dette kan igjen indikere at det er et behov for alternative representasjonsordninger, eksempelvis fremtidsfullmakter.

¹ Etter dansk rett består de offentlige representasjonsordningene av vergemål og samværgemål. Etter svensk rett kan det opprettes forvalterskap eller det mer begrensede godmanskap, mens det etter finsk rett kan iverksettes intressebevakning med oppnevning av en intressebevakar.

² Jf. tese nr. 1 nedenfor.

³ Også dette tallet refererer seg til tiden rundt år 2000. Se NOU 2004: 16 s. 116, 118 og 127.

⁴ Se Danielsen, Væregemålsloven med kommentarer, København 2006 s. 76 flg.

⁵ I Sverige var det i 1990 vel 50.000 som hadde fått oppnevne god man, en ordning som noenlunde samsvarer med det norske hjelpevergeinstituttet. Videre var det ca. 5000 forvalterskap. Se SOU 2004: 112 s. 370. I Finland var det 1.1.2007 ca. 47.000 voksne personer som var under intressebevakning, Jf. informasjon fra det finske justisdepartementet

3. Fremtidsfullmakter i de nordiske landene

Fremtidsfullmakter er et rettsinstitutt som først og fremst er utviklet i land som bygger på common law; USA, England og Wales, Skottland, Irland, Australia og Canada. I de senere årene er rettsinstituttet også innført i en rekke andre land, eksempelvis Frankrike, Finland og Østerrike. I Tyskland er situasjonen noe spesiell fordi utgangspunktet i BGB er at fullmakter ikke faller bort dersom fullmaktsgiveren mister rettshandelsevnen. Slik sett har man i Tyskland lang tradisjon med fremtidsfullmakter. Rettsinstituttet synes likevel i første rekke å ha blitt aktualisert og diskutert fra 1990-årene. I Sveits foreligger det lovutkast vedrørende fremtidsfullmakter. I de senere årene er fremtidsfullmakter også blitt introdusert i Norden.

I mandatet til den norske vergemålsinnstillingen er en fremtidsfullmakt definert som "en privatrettslig adgang til ved fullmakt å arrangere representasjonsordninger på forhånd, med tanke på en situasjon der man selv ikke lenger er i stand til å ivareta sine interesser".⁶ Slike fullmakter vil, dersom de innføres, være et alternativ til de tradisjonelle representasjonsordningene der en person mister dømmekraften og derfor ikke kan forplikte seg. De vil altså være et alternativ til vergemål (Norge, Danmark), förvaltning (Sverige) og intressebevakning (Finland).

I Finland er det vedtatt en lov om fremtidsfullmakter, Lag om intressebevakningsfullmakt. Loven trådte i kraft 1. november 2007. I Norge og Sverige foreligger det lovutkast om innføring av fremtidsfullmakter.⁷ I Danmark er det foreløpig ikke noe lovforslag, men i praksis anvendes likevel fremtidsfullmakter i en viss utstrekning. På Island har det vært noen diskusjon om fremtidsfullmakter, og så vidt vites anvendes de heller ikke i praksis.

Det er to varianter av fremtidsfullmakter, avhengig av hva som er ikrafttredelsestidspunktet. En mulighet er at fullmakten trer i kraft fra opprettelsestidspunktet, altså mens fullmaktsgiveren har dømmekraften i behold. Den andre muligheten er at fullmakten først trer i kraft hvis og når fullmaktsgiveren mister rettshandelsevnen (blir dement). Både den finske loven og de norske og svenske lovutkastene bygger på at fullmakten trer i kraft først når fullmaktsgiveren mister dømmekraften. I Danmark benyttes begge variantene av fremtidsfullmakter. Etter finsk rett kan det ut fra avtalerettslige prinsipper opprettes fremtidsfullmakter som trer i kraft fra opprettelsestidspunktet. Også etter finsk rett er det altså mulig å benytte begge variantene av fremtidsfullmakter.

Det sentrale spørsmålet som reiser seg ved innføring av fremtidsfullmakter er hvor langt det bør være et offentlig ansvar å sørge for rettslig beskyttelse av inkapable voksne og hvor langt den enkelte på forhånd bør gis adgang til selv å bestemme hvilken beskyttelse han ønsker. Ved utforming av regler om fremtidsfullmakter er det noen hovedspørsmål som står sentralt:

⁶ Se NOU 2004: 16 s. 29.

⁷ Se NOU 2004: 16 s. 291 flg. og SOU 2004: 112 s. 483 flg.

1. Bør det innføres formkrav for opprettelse av en fremtidsfullmakt, og i så fall hvilke?
2. På hvilket tidspunkt bør fullmakten tre i kraft, og hvordan konstateres ikraft-tredelsen,- legeerklæring, notifikasjon til pårørende eller registrering i et offentlig register?
3. Bør det offentlige føre kontroll med fullmektigens handlinger, og i så fall hvordan?

I det følgende vil jeg ta opp enkelte spørsmål angående fremtidsfullmakter, og da i første rekke ut fra et norsk og nordisk perspektiv. I tråd med tradisjonen for de nordiske juristmøtene er det utformet teser som forhåpentligvis kan gi utgangspunkt for en diskusjon av ulike sider ved rettsinstituttet fremtidsfullmakt.

4. Tese 1: Alminnelige fullmakter faller bort dersom fullmaktsgiveren mister rettshandelsevnen/dømmekraften. Avtaleloven § 22 bør anvendes analogisk

Som nevnt finnes det to hovedvarianter av fremtidsfullmakter; de som trer i kraft ved opprettelsen og de som trer i kraft dersom fullmaktsgiveren mister dømmekraften. Spørsmålet er her hva som bør være utgangspunktet ut fra gjeldende rett i de nordiske landene når det gjelder gyldigheten av fullmakter ved bortfall av den faktiske rettshandelsevnen. I Finland er det innført lovgivning om fremtidsfullmakter som trer i kraft dersom fullmaktsgiveren mister dømmekraften. På dette punktet er altså rettstilstanden klar.

I de nordiske landene er hovedregelen at avtaler som er inngått av en person som har mistet dømmekraften (for eksempel på grunn av demens) ikke er gyldige og det uavhengig av medkontrahentens gode eller onde tro om ugyldighetsgrunnen. Spørsmålet er om samme utgangspunkt gjelder dersom en dement person inngår en avtale ved fullmektig. Avtalelovene i Danmark, Norge, Sverige og Finland bygger på nordisk lovsamarbeid og er i store trekk samsvarende. Det følger av § 22 i de norske, danske, svenske og finske avtalelovene at fullmakter bortfaller dersom fullmaktsgiveren blir gjort umyndig, er kommet under vergemål med fratakelse av den rettslige handleevnen eller det er opprettet forvalterskap. Det bestemmelsene ikke sier noe om er om fullmakter bortfaller dersom fullmaktsgiveren mister rettshandelsevnen uten å bli umyndiggjort. Spørsmålet blir om bestemmelsene skal tolkes analogisk eller anti-tetisk, altså om fullmakten skal falle bort i andre tilfeller der fullmaktsgiveren mister den faktiske rettshandelsevnen.

Det er bemerkelsesverdig at betydningen av avtaleloven § 22 er blitt fortolket ulikt i de nordiske landene. I Danmark og Finland har man lagt til grunn en motsetningslutning, med den følge at fullmakter forblir gyldige selv om fullmaktsgiveren

eksempelvis blir dement.⁸ I Sverige er utgangspunktet det motsatte, altså at fullmakter i slike tilfeller bortfaller.⁹ I norsk rett er det uklart hva som er gjeldende rett.¹⁰

En analogisk anvendelse av avtaleloven § 22 innebærer at den også anvendes på tilfeller der en person har mistet rettshandelsevnen, men uten at det er truffet noen beslutning om dette, for eksempel gjennom umyndiggjøring. Hensynet til den som kommer i en demenssituasjon kan tilsi at det ikke tillegges noen betydning hvorvidt rettshandelsevnen bortfaller gjennom en rettslig avgjørelse eller ikke. På grunn av tilstanden er han avskåret fra selv å foreta seg noe, og da bør rettsstillingen ikke påvirkes av omstendigheter han ikke kan påvirke. Han kan ikke tilbakekalle fullmakten og han kan ikke på annen måte kontrollere fullmektigens handlinger. Dersom hovedformålet med avtaleloven § 22 er å beskytte en person som mister dømmekraften, bør løsningen være at avtaleloven § 22 tolkes analogisk.

En antitetisk tolkning kan for det første begrunnes rent formelt. Når vi ikke har noen bestemmelse om at fullmakten bortfaller, så gjelder den videre. Det kan videre innvendes at en analogisk tolkning skaper en usikker situasjon både for fullmektigen og tredjemann. Fullmektigen kan være avtalemessig forpliktet til å handle så lenge fullmaktsgiveren har dømmekraften i behold, mens han risikerer å komme i erstatningsansvar dersom han handler etter at fullmaktsgiveren har mistet dømmekraften. For tredjemann vil det være usikkert om fullmaktsgiveren har forpliktet seg gjennom fullmektigens handling. Dette kan igjen svekke tilliten til fullmakter generelt, og det kan særlig gjøre det vanskelig for eldre personer å benytte fullmektig.¹¹

Selv om det er et stigende antall demente vil det likevel generelt sett være svært liten risiko for å lide tap for den som handler i tillitt til en fullmakt. I de tilfeller der det kan være tvil om tilstanden vil fullmektigen formodentlig av eget tiltak i de aller fleste tilfeller unnlate å benytte seg av fullmakten. I motsatt fall risikerer han å komme i erstatningsansvar og tredjemann vil derfor bare lide tap i de få tilfellene der ytelsene ikke kan tilbakeføres og fullmektigen ikke er søkegod. Det kan også nevnes at den generelle tilliten til fullmakter neppe er annerledes i Sverige og Danmark, selv om gyldighetsspørsmålet vurderes ulikt. Legger man til grunn at hovedregelen er at fullmakten bortfaller når fullmaktsgiveren mister den faktiske rettshandelsevnen vil det også kunne bidra til å skjerpe både fullmektigens og medkontrahentens aktsomhet når det kan mistenkes at fullmaktsgiveren ikke har dømmekraften i behold.

⁸ For dansk rett, se Danielsen, Værgemålsloven med kommentarer s. 78, Lyng Andersen, Aftaleloven med kommentarer, København 2005 s. 147 og Ussing, Aftaler paa formuerettens omraade, København 1945 s. 320. For finsk rett, se forarbeidene til Lag om interessebevakningsfullmakt, RP 52/2006 rd s. 5 og 9.

⁹ Se SOU 2004: 112 s. 476. Det sies der at atskillig taler "för att en fullmakt enligt svensk rätt i de flesta situationer saknar verkan när fullmaktsgivaren lider av bristande rättslig handlingsförmåga på det område fullmakten omfattar". Dette utgangspunktet foreslås også lovfestet i svensk rett, se SOU 2004: 112 s. 523 flg. Ödlöw, Ställföreträdare för vuxna s. 96 flg. tar ikke klart standpunkt til spørsmålet, men hevder de sententia ferenda at fullmakten ikke bør falle bort, se s. 104.

¹⁰ Slik også NOU 2004: 16 s. 292 der det nevnes hensyn for og mot at fullmakten faller bort dersom fullmaktsgiveren mister rettshandelsevnen.

¹¹ Se mer inngående Ödlöw, Ställföreträdare för vuxna, Stockholm 2005 s. 85 flg., særlig side 96 flg.

Et utgangspunkt om at fullmakten faller bort når den faktiske rettshandelsevnen faller bort kan hevdes å være problematisk fordi også fullmakter til å betale løpende utgifter til det daglige husholdet da vil falle bort. Slike problemer oppstår imidlertid også i alle de tilfellene der det ikke er opprettet fullmakter for dette formålet.¹² Det springende punktet blir hvem som skal beskyttes; fullmaktsgiveren som er blitt devent, eller medkontrahenten og fullmektigen.

5. Tese 2: Fullmakter vedrørende "løpende betalinger" i de norske og svenske lovforslagene vil stort sett dekke de praktiske behovene. For finsk rett vil allminnelige fullmakter kunne dekke de praktiske behovene

I både de norske og svenske forslagene til lovgivning om fremtidsfullmakter er det tatt inn bestemmelser om at visse fullmakter som ikke er opprettet etter de krav som gjelder for fremtidsfullmakter skal være gyldige også dersom fullmaktsgiveren mister rettshandelsevnen. Dette innebærer formodentlig en endring av svensk gjeldende rett ettersom man i Sverige har tolket avtalslagen § 22 slik at fullmakter faller bort dersom fullmaktsgiveren mister dømmekraften.¹³ For norsk rett vil en slik bestemmelse muligens være en endring av gjeldende rett, men vil i alle fall innebære en rettsavklaring.

Etter de norske og svenske lovforslagene er det fullmakter som omfatter løpende betalinger eller "periodisk återkommande betalningar" som forblir gyldige.¹⁴ Det kan være fullmakter som er gitt til en kredittinstitusjon, typisk en bank, eller fullmaktene kan være gitt en tredjeperson. Et praktisk typetilfelle vil være autogirobetalinger av eksempelvis husleie, strøm, forsikring, telefon m.m. Det fremgår av det svenske forslaget at også "andre penningöverföringar", altså betalinger som ikke er periodiske skal omfattes. Det er noe uklart hvilke typer betalinger man her har ment skal omfattes, men trolig vil utgifter til den daglige husholdning, lege, behandlingsutgifter, klær osv. omfattes. I de norske lovmotivene sies det at denne typen utgifter i utgangspunktet omfattes av bestemmelsen om løpende betalinger.¹⁵ I finsk rett er som nevnt utgangspunktet at fullmakter ikke bortfaller selv om

¹² Dersom den anførte tesen om at fullmakter faller bort dersom fullmaktsgiveren mister dømmekraften legges til grunn oppstår et annet spørsmål. Kan det opprettes en fullmakt som trer i kraft på det tidspunktet fullmaktsgiveren mister dømmekraften? Hensynet til å beskytte fullmaktsgiveren kommer muligens i en noe annen stilling dersom fullmaktsgiveren med åpne øyne ønsker å gi avkall på denne beskyttelsen. Spørsmålet faller utenfor det som omfattes av tese 1 og utdypes ikke videre.

¹³ Det kan nevnes at den svenske avtaleloven § 22 i SOU 2004: 112 foreslås endret slik at fullmakter faller bort dersom fullmaktsgiveren mister dømmekraften. Dette skal imidlertid ikke gjelde for de løpende fullmaktene "periodisk återkommande betalningar", se lovutkastet i SOU 2004: 112 s. 1136 og 1183-1184.

¹⁴ Se for norsk rett, utk. § 10-14 i NOU 2004: 16 s. 304-305 og for svensk rett, Förslag till lag om framtidfullmakter m.m. och om behörighet i vissa fall för anhöriga § 23 i SOU 2004: 112 s. 1027. Bestemmelsen er kommentert samme sted s. 526 flg.

¹⁵ Se NOU 2004: 16 s. 304-305.

fullmaktsgiverens mister dømmekraften. I Lag om intressebevakningsfullmakt er det av den grunn ikke gitt særregler for løpende fullmakter. I forarbeidene sies det ikke noe om hvilket omfang en slik formløs fullmakt kan ha innenfor det økonomiske området, men det må antas at slike fullmakter kan omfatte alle formuerettslige spørsmål.

Dersom de norske og svenske lovutkastene vedtas vil vi altså på dette punktet få en noenlunde lik rettsstilstand i Norge, Sverige og Finland.¹⁶ Det vil være mulig å opprette en fremtidsfullmakt som trer i kraft når fullmaktsgiveren mister dømmekraften, eller det kan opprettes en alminnelig fullmakt som fortsetter å gjelde dersom fullmaktsgiveren mister dømmekraften. Den som ønsker en representasjonsordning uten medvirkning fra myndighetene kan da velge mellom vanlig fullmakt og fremtidsfullmakt.

Vedtas de norske og svenske lovutkastene vil jeg anta at en vanlig fullmakt vil bli foretrukket i de fleste tilfellene. En fordel med en vanlig fullmakt er at den trer i kraft mens fullmaktsgiveren har dømmekraften i behold. Fullmaktsgiveren kan da se hvordan fullmaktsforholdet fungerer i praksis. Fullmakten kan endres eller tilbakekalles dersom fullmektigen ikke opptrer som forventet. Det vil også fremstå som enklere og mindre konsekvensfylt å opprette en vanlig fullmakt. Det er ikke krav om vitner og det vil ikke være en fullmakt som retter seg utelukkende mot en situasjon der fullmaktsgiveren har mistet dømmekraften.

Det vil i praksis gjerne også være slik at demens utvikler seg gradvis. En vanlig fullmakt vil her være mer fleksibel fordi fullmektigen kan vurdere hjelpebehovet og gradvis øke bistanden ut fra behovet til enhver tid. En fremtidsfullmakt, ut fra finsk rett, og de norske og svenske lovutkastene, bygger derimot på en forutsetning om et bestemt ikrafttredelsestidspunkt. Det kan være vanskelig å fastslå et slikt eksakt ikrafttredelsestidspunkt. Nettopp på ikrafttredelsestidspunktet blir det også umulig for fullmaktsgiveren å føre noen kontroll med fullmektigens handlinger og han kan heller ikke tilbakekalle fullmakten.¹⁷

En fremtidsfullmakt kan være mer omfattende enn en løpende fullmakt som stort sett vil dekke de dagligdagse behovene. Dette kan sies å være en fordel med en fremtidsfullmakt. Etter min oppfatning er dette likevel ikke noe som vil føre til, eller som bør føre til at mange velger fremtidsfullmakter i stedet for løpende fullmakter. Bistandsbehovet vil i mange tilfeller være tilstrekkelig ivaretatt ved at dagligdagse behov dekkes, altså at regninger betales, nødvendige reparasjoner og vedlikehold foretas, utgifter til medisiner og behandling dekkes, dagligvarer kjøpes inn osv. Når

¹⁶ Som nevnt vil også nokså omfattende økonomiske disposisjoner kan trolig være omfattet av en alminnelig fullmakt etter finsk rett, saml. RP 52/2006 rd s. 14. Slik sett vil det bli en forskjell mellom finsk rett på den ene side og norsk og svensk rett på den andre siden.

¹⁷ Denne innvendingen mot fremtidsfullmakter kan unngås ved å velge samme løsning for fremtidsfullmakter som for alminnelige fullmakter, altså at fullmaktsgiveren selv bestemmer ikrafttredelsestidspunktet. Slik er løsningen eksempelvis i tysk og amerikansk rett, se for tysk rett eksempelvis Langenfeld, ZEV 1996 s. 340 og for amerikansk rett, Uniform Power of Attorney Act, Section 110 (a).

det gjelder andre disposisjoner, typisk salg av boligen, vil (og bør) det etableres enn viss kontroll gjennom det offentlige.¹⁸ Det kan gjelde kontroll med behovet for å selge, at salgsprosessen gjennomføres tilfredsstillende og at fullmaktsgiveren får vederlaget.

6. Tese 3: Dersom fremtidsfullmakter innføres, bør de ikke kunne omfatte medisinsk behandling

Etter den finske loven, og etter de norske og svenske lovutkastene kan fremtidsfullmakter omfatte både økonomiske og personlige formål.¹⁹ Når det gjelder personlige formål vil det være en del disposisjoner som er av en så svært personlig karakter at det ikke kan overlates til andre å treffe avgjørelser. Eksempler på slike disposisjoner kan være adopsjon, inngåelse av ekteskap, opprettelse av testament, erkjennelse av farskap.²⁰

Under kategorien personlige formål faller også spørsmål vedrørende medisinsk behandling.²¹ Når det gjelder medisinsk behandling vil enkelte avgjørelser være av svært personlig karakter, slik at de i utgangspunktet ikke kan overlates til en fullmektig. I det norske lovutkastet vedrørende fremtidsfullmakter er det forutsatt at en fullmektig skal regnes som pårørende i forhold til pasientrettighetsloven.²² Også i det svenske lovforslaget er forutsetningen at en fullmektig likestilles med et såkalt "vårdombud", hvilket innebærer at fullmektigen først og fremst ivaretar informasjonsfunksjoner, men slik at han også i noen tilfeller kan samtykke til visse typer medisinsk behandling.²³ Dette synes også å være utgangspunktet i finsk rett.²⁴ Poenget i denne sammenhengen er at fullmektigen ikke får mer vidtgående kompetanse enn den en pårørende ville hatt dersom det ikke forelå noen fremtidsfullmakt.

I forhold til disse praktisk viktige spørsmålene vil en fremtidsfullmakt ikke innebære noe annet enn en blant flere måter å ta stilling til hvem som skal regnes

¹⁸ Slike disposisjoner vil i utgangspunktet ikke kunne foretas gjennom en løpende fullmakt etter at fullmaktsgiveren har mistet dømmekraften. Se eksempelvis motivene til det norske lovutkastet der det sies at „kjøp eller salg av eiendom, omfattes ikke av denne bestemmelsen“, NOU 2004: 16 s. 304-305.

¹⁹ Se Lag om intressebevakningsfullmakt § 2, förslag till lag om framtidfullmakter m.m. och om behörighet i vissa fall för anhöriga § 2 og utkast til lov om vergemål § 10-2.

²⁰ Saml. Lag om intressebevakningsfullmakt § 2 tredje ledd og utkast til Lag om intressebevakningsfullmakt § 2 tredje ledd der disse disposisjonene nevnes som eksempler på disposisjoner som ikke kan omfattes av en fullmakt. I det norske lovutkastet er det ikke tatt inn eksempler på disposisjoner som ikke kan omfattes av en fremtidsfullmakt. Det fremgår imidlertid av motivene til lovutkastet at tilsvarende grenser forutsettes å gjelde etter norske regler om fremtidsfullmakt, se NOU 2004: 16 s. 295.

²¹ Slik også NOU 2004: 16 s. 295, SOU 2004: 112 s. 500 og Rp 52/2006 rd s. 18.

²² Se NOU 2004: 16 s. 295.

²³ Se SOU 2004: 112 s. 500 og 578.

²⁴ Se Rp 52/2006 rd s. 18.

som nærmeste pårørende.²⁵ En fremtidsfullmakt innebærer dermed ikke noe reelt fullmaktsforhold. Fordi betegnelsen er misvisende kan det være en fare for at både fullmektigen, pårørende og helsepersonellet oppfatter fullmakten som å ha større betydning enn den reelt sett har. Dette kan føre til uklarheter og misforståelser.

En annen innvending mot å akseptere fremtidsfullmakter vedrørende medisinske spørsmål er at det kan bli uklart hvem som er rette vedkommende til å ivareta de funksjonene som følger av å være nærmeste pårørende.²⁶ Dersom det er opprettet en fremtidsfullmakt vedrørende personlige formål kan det være uklart hva som omfattes av fullmakten. Dersom fullmakten i tillegg er spesifisert til å gjelde medisinske formål, vil det for så vidt også være klart hvem fullmaktsgiveren ønsker skal ivareta hans interesser på dette området. I prinsippet beror det imidlertid på en tolkning av fullmakten hva fullmaktsgiveren har ment.

I motivene til det norske lovutkastet sies det at en fullmakt vedrørende personlige formål „også omfatter avgjørelser i medhold av pasientrettighetsloven og lignende lover, med mindre annet fremgår av fullmakten”.²⁷ Også i motivene til den finske loven sies det at en fullmakt som gjelder personlige formål omfatter spørsmål om pasientrettigheter.²⁸ I motivene til det svenske lovutkastet sies det derimot at når det gjelder representasjon innenfor ”hälso- och sjukvårdens område” ... ”bör det krävas att det är uttryckligen angivet i framtidsfullmakten”.²⁹

Uttalelsene gir uttrykk for ulike tolkningspresumsjoner. Det kan neppe forutsettes at enhver som oppretter en fremtidsfullmakt som omfatter personlige formål er seg bevisst betydningen av å spesifisere eller ikke å spesifisere at medisinsk behandling skal være omfattet av fullmakten. Det kan her oppstå en rekke uklarheter. Dersom det kreves spesifisering kan det tenkes at det er brukt ord og uttrykk som etterlater tvil om hva som ment. Det kan videre tenkes at fullmaktsgiveren, uten at det fremgår av

²⁵ Av den norske pasientrettighetsloven følger det at pårørende er ”den pasienten oppgir som pårørende og nærmeste pårørende”, se pasientrettighetsloven § 1-3 bokstav b. I den danske sundhedsloven er det ikke tatt inn noen bestemmelse om hvem som regnes som nærmeste pårørende eller om at pasienten selv kan utpeke nærmeste pårørende. Etter svensk rett synes utgangspunktet å være at dersom pasienten har utpekt en fullmektig vil denne få den informasjonsfunksjonen som nærstående har, se SOU 2004: 112 s. 578. Se også s. 506. Dette synes også å være utgangspunktet i finsk rett, se Rp 52/2006 rd.

²⁶ Dersom det er oppnevnt en verge og vergemålet omfatter personlige formål vil det klare utgangspunktet være at det er vergen som anses som nærmeste pårørende og som kan samtykke til medisinsk behandling. Dette følger direkte av den danske sundhedsloven § 18 første ledd. Se også Danielsen, Vergemålsloven s. 127. I den norske pasientrettighetsloven § 1-3 bokstav b er det tatt inn en prioritetsliste med hensyn til hvem som skal regnes som nærmeste pårørende, der verge og hjelpeverge er sist på listen. Det innebærer at selv om det oppnevnes en verge nettopp for å utelukke dem som ellers regnes som nærmeste pårørende, så oppnås ikke formålet fordi vergen fortsatt står sist på listen.

²⁷ Se NOU 2004: 16 s. 295.

²⁸ Se Rp 52/2006 rd s. 18.

²⁹ Se SOU 2004: 112 s. 500. Se også lovforslagen på side 1034 § 8. Det kan nevnes at i tysk rett er regelen at dersom det gjelder samtykke til et medisinsk inngrep, der det er dødsrisiko eller fare for en alvorlig og langvarig skade som følge av inngrepet er det ikke tilstrekkelig med samtykke fra en fullmektig. Det kreves også tillatelse fra vergemålsretten og det kreves at fullmakten er skriftlig og uttrykkelig omfatter de aktuelle inngrepene, se BGB § 1904.

fullmakten, har gitt uttrykk for at medisinsk behandling omfattes. Det kan hevdes at slike spørsmål løses ved at det utvikles standardformularer der fullmaktsgiveren krysser av på ulike spørsmål, slik at det sikres at fullmaktsgiverens har tatt stilling til mulige tvilsspørsmål. Standardformularer forteller imidlertid ikke hva fullmaktsgiveren har oppfattet og det vil derfor likevel kunne oppstå uklarheter med hensyn til hva som er ment. Det vil også være tilfeller der det ikke er benyttet noe standardformular.

En annen kilde til uklarhet kan være at fullmaktsgiveren i forbindelse med et forstående operativt inngrep gir uttrykk for at en annen enn den som er angitt i fullmakten skal representere ham. Dersom fullmaktsgiveren på dette tidspunktet er svekket kan det være uklart om fullmakten er trådt i kraft, eventuelt om den skal anses tilbakekalt.³⁰ Det kan også tenkes at fullmakten er opprettet mange år før behovet for medisinsk behandling oppstår. Dersom det har vært liten eller ingen kontakt mellom fullmaktsgiveren og fullmektigen etter at fullmakten er opprettet kan det være uklart om helsepersonellet skal forholde seg til fullmektigen eller de (øvrige) pårørende.

Den typen uklarheter som er antydnet her kan lett føre til tvil med hensyn til hvem som skal regnes som pasientens/fullmaktsgiverens representant. Disse uklarhetene kan føre til at helsepersonellet må bruke betydelige ressurser på å løse juridiske spørsmål vedrørende representasjon. Det vil være en uheldig ressursbruk. Det vil derfor skape best forutberegnelighet dersom fremtidsfullmakter ikke kan omfatte medisinsk behandling. De problemene som er antydnet her kan også oppstå i forhold til andre spørsmål av personlig karakter. Det kan være spørsmål om hvor langt det er mulig overføre beslutningskompetanse, hva fullmaktsgiveren har ment skal omfattes av fullmakten, hvilken vekt det skal legges på fullmaktsgiverens egne uttrykte ønsker der det kan være tvil om han har dømmekraften i behold og hvilken vekt det skal legges på nærstående pårørendes ønsker. Det kan slik sett reises spørsmål om det i det hele tatt er hensiktsmessig å tillate fremtidsfullmakter vedrørende personlige formål.

7. Tese 4: De behov som ønskes ivaretatt gjennom fremtidsfullmakter, kan ivaretas gjennom vergemålslovgivningen

Fremtidsfullmakter vil være et alternativ til andre representasjonsordninger der myndighetene oppnevner en person som skal ivareta den representertes interesser når han selv ikke lenger er i stand til dette. Slike representasjonsordninger (opprettelse av vergemål eller förvaltarskap, eller oppnevning av en interessebevakare

³⁰ I SOU 2004: 112 s. 615-616 sies det at når pasienten meddeler helsepersonellet hvem som skal representere ham, bør en slik meddelelse "ha företräde framför ett tidigare meddelat förordnande i en förmenlig framtidfullmakt".

eller god man) kan føre til helt eller delvis bortfall av rettshandelsevnen.³¹ En utviklingstendens i de nordiske landenes vergemålsrett vedrørende beskyttelse av voksne personer er at beskyttelsestiltakene skal være så lite inngripende som mulig og så godt tilpasset det individuelle behovet som mulig.³² Det kan hevdes at en fremtidsfullmakt samsvarer med disse utviklingstendensene. Fullmakten er optimalt tilpasset det individuelle behovet fordi den er utformet av den som representeres og den er ikke mer inngripende enn nødvendig, blant annet fordi fullmektigen i utgangspunktet ikke er underlagt offentlig kontroll.

Fremtidsfullmakt er en privat representasjonsordning på siden av vergemålsreglene. Fordelen med en fremtidsfullmakt vil i hovedsak være at fullmaktsgiveren kan avgjøre hvem som skal representere ham, hvordan oppdraget skal utføres, og det er en smidig ordning der det offentlige i utgangspunktet ikke involveres gjennom kontrolloppgaver. Slik de norske og svenske lovutkastene legger opp til blir det i en viss forstand enten/eller løsninger. Enten blir det full styring fra det offentlige gjennom vergemålsreglene, eller det offentlige holdes utenfor fordi det er opprettet en fremtidsfullmakt.

Den finske lag om interessebevakningsfullmakt gir i prinsippet en privat representasjonsordning på siden av vergemålsreglene. Det offentlige er imidlertid tillagt nokså vidtgående kontrollfunksjoner. Av slike kontrollfunksjoner kan stikkordsmessig nevnes at det kreves en offentlig registrering av at fullmakten er trådt i kraft, fullmektigen skal avlegge en "egendomsførteckning" til vergemålsmyndigheten og fullmektigen skal føre regnskap.³³ Etter min oppfatning gir de finske reglene en mer hensiktsmessig avveining av hensynet til selvbestemmelsesrett mot hensynet til samfunnsmessig kontroll enn de norske og svenske lovutkastene. Nok et alternativ til den finske modellen og den foreslåtte norsk/svenske modellen vil være å imøtekomme behovet for et mer fleksibelt alternativ til vergemålsreglene gjennom en mer fleksibel vergemålslovgivning. Her nevnes noen punkter, (men listen er ikke ment å være uttømmende). Det er også grunn til å nevne at de tre punktene som nevnes her i en viss utstrekning allerede er implementert i de nordiske landenes vergemålslovgivning.

1. Vergemålslovgivningen bør ha en klar prioritering av hvem som normalt bør oppnevnes som verge (ektefelle, samboer, barn osv.).³⁴

³¹ Jeg går ikke her nærmere inn på de ulike nordiske landenes rett der både terminologi og rettsvirkninger varierer noe. For en oversikt, se eksempelvis NOU 2004: 16 s. 119 flg. og SOU 2004: 112 s. 385 flg.

³² Se NOU 2004: 16 s. 22, SOU 2004: 112 s. 432 flg. og Danielsen, Vergemålsloven s. 74. Saml. også Europarådsrekommendasjon 12 (99) 4 om prinsipper vedrørende den rettslige beskyttelse av inkapable voksne.

³³ Se lag om interessebevakningsfullmakt blant annet §§ 27 og 29-32.

³⁴ I norsk rett fremgår det av vergemålsloven § 7 andre ledd at ektefellen bør "opnevnes medmindre denne ønsker å bli fritatt, eller hensynet til den umyndiggjortes tarv krever at en annen velges". I utkastet til ny vergemålslov er det foreslått: "Ektefellen eller samboer kan oppnevnes som verge hvis det må antas å være ubetenkelig" se utk. § 5-3 i NOU 2004: 16 s. 377. Utover dette er det verken i gjeldende lov eller

2. Det bør lovfestes at dersom en person har gitt uttrykk for hvem som bør oppnevnes som verge, skal denne oppnevnes med mindre gode/særlige grunner tilsier at ønsket ikke bør tas til følge.³⁵

3. Dersom den som settes under vergemål har gitt uttrykk for hvem som bør oppnevnes som verge, bør vergemålsmyndigheten gis mulighet til å tillate mindre omfattende regnskapsplikter.³⁶

De to første punktene ivaretar hensynet til autonomi og forutberegnelighet for den hjelpetrengende. Det bør være mulig å bestemme hvem en ønsker som representant for det tilfelle at det oppstår behov for representasjon. Dersom vergemålslovgivningen ivaretar dette hensynet vil det ikke være nødvendig å opprette en fremtidsfullmakt for å skape klarhet om hvem som skal være representanten. Opprettes det en fremtidsfullmakt har fullmaktsgiveren med bindende virkning avgjort hvem som skal være fullmektig. Dette kan være uheldig. Forholdet mellom fullmaktsgiveren og fullmektigen kan ha endret seg etter at fullmakten ble opprettet, eller det kan være andre forhold som tilsier at fullmektigen ikke er egnet. Det vil være en hensiktsmessig sikkerhetsventil at vergemålsmyndighetene vurderer om den ønskede representanten skal oppnevnes.

Det tredje punktet åpner for at det også innenfor vergemålslovgivningen kan tillates mer uformelle ordninger. Dette kan igjen føre til at det blir mindre byrdefullt å påta seg verv som verge. Når det gjelder punkt tre bør det også legges vekt på om den som settes under vergemål har uttrykt ønske om en mindre byrdefull ordning. Noe omformulert blir altså tesen at istedenfor et nytt rettsinstitutt noe på siden av vergemålslovgivningen vil det være mer hensiktsmessig ivareta de samme behovene innenfor den alminnelige strukturen.

lovutkastet sagt noe om hvem som bør oppnevnes. I den danske vergemålsloven er det ikke uttalelser om hvem som bør oppnevnes som verge, se nærmere vurderingen av hvem som bør oppnevnes i Danielsen, Værgemålsloven s. 196 flg. I svensk rett (Föräldrabalken) er det heller ikke uttalelser om hvem som bør oppnevnes.

³⁵ Dette er ikke lovfestet eller foreslått lovfestet i norsk eller dansk rett. Det er likevel klart nok at det vil tillegges stor vekt dersom den hjelpetrengende i forkant muntlig eller skriftlig har gitt uttrykk for hvem som bør oppnevnes. Se nærmere om dette, Danielsen, Værgemålsloven s. 209 flg. I svensk rett fremgår det av Föräldrabalken 11 kap. § 12 første ledd at den som utpekes av den hjelpetrengende som hovedregel skal oppnevnes. Regelen foreslås videreført, se nærmere SOU 2004:112 s. 812 flg.

³⁶ I den norske vergemålsloven er det i § 77 fastsatt at vergen kan fritas "for årlig regnskap etter nærmere fastsatte regler". I forskrift av 27.6.1975 nr. 9516 § 9 første ledd er det gitt en fritaksbestemmelse som relaterer seg til bestemte midler. Bestemmelsen er foreslått videreført, se NOU 2004: 16 s. 257. Etter den danske vergemålsloven § 29 har vergen regnskapsplikt. Dersom en gift person er under vergemål har likevel vergen som hovedregel ikke regnskapsplikt, se § 33 første og tredje ledd. I svensk rett er gjeldende regnskapsregler foreslått videreført. Reglene skiller ikke mellom hvem som er oppnevnt eller grunnlaget for oppnevningen, se nærmere SOU 2004:112 s. 183 flg. og 1006-1007.

8. Tese 5: Uklarheter med hensyn til ikrafttredelse, fullmektigens kompetanse, kontrollmulighetene, vilkårene for tilbakefall, risikoen for interessekonflikter osv. svekker forutberegneligheten for fullmaktsgiveren, fullmektigen, medkontrahenter, pårørende og arvinger

Slik de norske og svenske lovutkastene er formulert kan det være uklart på hvilket tidspunkt fullmakten trer i kraft. Ikrafttredelsestidspunktet er det tidspunktet da fullmaktsgiveren har mistet dømmekraften. I og med at dømmekraften gjerne svekkes gradvis settes fullmektigen i en vanskelig situasjon. Han kan ikke handle før fullmakten er trådt i kraft og han kan ikke vente for lenge med å tiltre oppdraget. I mange tilfeller er han avhengig av å innhente en legeerklæring, men det kan være uklart for fullmektigen hvilke krav som stilles til en slik legeerklæring.

Det kan være uklart for fullmektigen hvilken kompetanse han har. Det beror på en tolkning av fullmakten, men også på en tolkning av skriftlige eller muntlige instruksjoner til fullmektigen (oppdragsavtalen). For den som skal handle i tillit til fullmakten kan det også være uklart hvor langt fullmektigen kan binde fullmaktsgiveren. Dette kan føre til at tredjemann vegrer seg for å inngå en avtale, eller det kan være uklart for tredjemann hvor langt et påbud som fullmektigen gir er bindende, eksempelvis oppsigelse av leieavtale, kjøp og salg av fast eiendom, andre kjøp og salg osv. Det kan også være uklart hvor langt medkontrahentens undersøkelsesplikt går i forhold til spørsmål om god tro.

Det er videre uklart for fullmaktsgiveren, fullmektigen og andre berørte, - pårørende og tredjemenn - hva som kreves for at vergemålsmyndighetene skal tilbakekalle fullmakten. Tilbakekall kan være aktuelt fordi fullmektigen ikke utfører de oppgavene fullmaktsgiveren har forutsatt eller fordi fullmakten misbrukes. Hvordan fullmaktsgiveren har forutsatt at fullmakten skal brukes beror imidlertid på avtalen dem imellom. Derfor er det vanskelig for utenforstående å ta stilling til når de bør melde fra til vergemålsmyndigheten, og det blir vanskelig for vergemålsmyndigheten å ta stilling til om den bør gripe inn. For pårørende vil det også være et problem at de ikke har noen innsynsrett. Uten innsynsrett er det svært vanskelig å avdekke om det skjer urettmessige uttak fra bankkonto, eller hvor vederlaget ved salg av fast eiendom, verdipapirer eller løsøre tar veien. Fullmektigen kan også påvirke arvefordelingen ved at han selger eller gir bort gjenstander som fullmaktsgiveren har testamentert bort.

9. Tese 6: Det er ikke behov for rettsinstituttet fremtidsfullmakt

Tesen er delvis ment som en konklusjon på de fem første tesene. Dersom en person mister dømmekraften vil det i de aller fleste tilfeller være behov for at noen andre treffer bestemmelser på hans vegne. Enten dette gjøres gjennom en myndighetsoppnevnt representant, eller representasjonsforholdet etableres uten medvirkning fra det

offentlige, vil det være utenkelig med ordninger som utelukker offentlig kontroll. Etter finsk rett er det som nevnt nokså omfattende løpende offentlig kontroll med fullmektigen. I de norske og svenske lovutkastene er det lagt opp til mindre formelle ordninger, der det offentlige ikke trer inn før det begjæres.

Hovedbegrunnelsen for at det offentlige som hovedregel ikke fører noen kontroll med fullmektigens handlinger vil være at det er fullmaktsgiveren selv som ved å opprette fullmakten har gitt uttrykk for at han ønsker en slik ordning. Etter min oppfatning er dette ikke en tilstrekkelig begrunnelse for at det offentlige kan fraskrive seg ansvaret for avgjørelser vedrørende en dement persons økonomiske og personlige forhold. Reglene om beskyttelse av voksne (vergemålsreglene) har lange historiske linjer og bygger nettopp på at det offentlige har et ansvar for å ivareta interessene til personer som har mistet dømmekraften. Disse hensynene blir ikke borte selv om det velges et annet rettslig utgangspunkt gjennom fullmaktreglene. Kjernen i diskusjonen om innføring av fremtidsfullmakter er hvor langt vergemålsretten kan privatiseres og hvilket ansvar og hvilken rolle det offentlige skal ha. Diskusjonen berikes av at det anføres alternative modeller for beskyttelse av inkapable personer. Svaret bør imidlertid ikke være at eldre personer må ta stilling til om de ønsker offentlig kontroll eller om de ikke ønsker offentlig kontroll. Det siste oppnås ved å opprette en fremtidsfullmakt, mens det første blir resultatet om det ikke opprettes noen fullmakt. Problemstillingen bør i stedet være om, og i så fall hvordan, en person på forhånd kan gi anvisninger på hvordan et eventuelt vergemål skal utøves. Sagt på en annen måte blir spørsmålet hvilke regler innenfor vergemålslovgivningen som bør være deklarasjonelle.

Hrefna Friðriksdóttir

Afhøring af børn
i sager om seksuelle overgreb

Afhøring af børn i sager om seksuelle overgrep

Barnaverndarstofa Hrefna Friðriksdóttir, Island

Der er klar behov for å bedre barns forutsetninger for å avgi rettslig holdbare bevis i saker om seksuelle overgrep og rette søkelyset mot regler om avhør av barn og avhørsmetodikk. De nordiske landene har deltatt aktivt i det internationale arbeidet innen feltet, blant annet ratifisert FNs barnekonvensjonen og de har alle undertegnet Europarådets nye konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnyttning og seksuelt misbruk. Konvensjonen fastslår prinsippet om hensynet til barnets beste og stiller krav om samordning mellom forskjellige involverte etater. Formålet her er å trekke en konklusjon om hvordan det er muligt å ivareta barns interesse samtidig som den mistenkedes rettssikkerhet ivaretas på en tilfredsstillende måte.

1. Avhøring av barn i saker om seksuelle overgrep

Fokuset på seksuelle overgrep mot barn er av relativt ny dato, man skal ikke lengere enn 30-40 åre tilbake i tiden før denne typen av overgrep ikke var et tema verken i rettsapparatet eller i samfunnet forøvrig. Som følge av at søkelyset ble rettet mot seksuelle overgrep mot barn har det internationale samfunnet gjennom en årrekke arbeidet for å styrke barns rettigheter og beskyttelse. Man kan for eksempel nevne FNs konvensjon om barns rettigheter og dens valgfrie protokoll om salg av barn, barneprositusjon og barnepornografi, verdens kongresser arrangert i 1996 og 2001 mot kommersiell seksuell misbruk av barna, FNs Generalforsamlings resolusjon "A world fit for Children" fra 2002¹ og FN studien om vold mot barn fra 2006.² Denne globale studien viser at mellom 13 og 27 prosent av alle barn i verden har opplevd seksuell misbruk eller utnyttning.

I det daglige arbeidet mot seksuell utnyttning av barn i de nordiske landene registreres det en økning av ulike former av seksuelle overgrep og temaet knyttes ofte til bekymring for økt kommersialisering og seksualisering i samfunnet generelt. Et seksuelt overgrep er som regel en følelseladet og traumatisk opplevelse for et barn. Blandt barn som opplever seksuelle overgrep vil et flertall lide av skadevirkninger. Noen av disse skadevirkningene er så alvorlige at de virker invalidiserende og de

¹ Generalforsamlingens resolusjon A/RES/S-27/s fra 11. oktober 2002 og UNICEF: The United Nations Special Session on Children: A First Anniversary Report on Follow-up, 2003.

² Paul Sérgio Pinheiro: "World Report on Violence against Children" og Generalforsamlingens resolusjon A/RES/61/146 fra 23. januar 2007.
tighetskommissjonen avgjørelse fra 22. oktober 1997 (26304/95).

fleste må bruke mye tid og krefter på å bearbeide opplevelsen.³ Forskningen viser at det er betydelig forskjell mellom antall seksuelle overgrep mot barn som begås og det antall saker som blir anmeldt til politiet selvom anmeldelser er flere i de siste årene enn de var tidligere. Samtidig synes det dog være en tendens til at færre saker etterforskes ferdig i forhold til antall anmeldte saker, det tas ut tiltale i færre saker slik at svært få saker ender med domfellelse. Fornærmedes opplevelse og nytte av å anmelde og rettsapparatets behandling av saker vil være avgjørende i denne sammenheng. Motsetningen mellom det å fokusere på ofrene eller på den mistenktes rettssikkerhet og muligheten for moralsk panikk er også til stede. Sakene er vanskelige, vi vet at det er stor belastning for et barn å fortelle om seksuelle overgrep og det er behov for å finne ordninger som kan redusere denne belastningen mest mulig. Største parten av vold som rammer barn er skjult, tabubelagt og hemmeligholdt. Det er vanskelig å finne tilstrekkelige bevis mot den man antar er gjerningsmann og barnets foretelling er ofte de eneste opplysningene eller bevis man har. I mange saker blir det ord mot ord, hvor spørsmålet om bevis blir et spørsmål om troverdigheten til de forklaringene som blir gitt av den siktede og av barnet og det viser seg at de fleste sakene henlegges på grunn av bevisets stilling. Den offentlige debatten har vært preget av skepsis til barns fortellinger om seksuelle overgrep samtidig som man er opptatt av hvordan rettssystemet er tilpasset barns måter å uttrykke seg på. Det er særlig viktig å legge forholdene til rette på slik måte at man begrenser skadevirkninger for barna som følge av utredninger og etterforskning av en sak. Med hensyn til dette er der behov for å bedre barns forutsetninger for å avgi rettslig holdbare bevis og rette søkelyset mot regler om avhør av barn og avhørsmetodikk.

Jeg vil ikke diskutere hva som rettslig sett regnes som seksuelle overgrep mot barn men prøve og se nærmere på noen grunnleggende synspunkter og problemstillinger vedrørende avhør av barn og hvordan disse problemstillingene håndteres i de nordiske landene. Formålet er å trekke en konklusjon om hvordan det er mulig å ivareta barns interesse samtidig som den mistenkedes rettssikkerhet ivaretas på en tilfredsstillende måte.

De nordiske landene har deltatt aktivt i det internasjonale arbeidet og det har blandt annet vært livlige diskusjoner om avhørsmetoder og avhørsmønstre i saker hvor barn har vært utsatt for seksuelle overgrep.

Alle de nordiske landene har ratifisert FN's barnekonvensjonen. Barnekonvensjonen artikkel 19 sier at staten har et ansvar for å beskytte barn mot fysisk eller psykisk mishandling og artikkel 34 understreker at barn har rett på beskyttelse mot alle former av seksuell utnyttelse og misbruk. For å beskytte mot slik utnyttelse skal staten sette i verk alle nødvendige tiltak. Konvensjonens artikkel 3 bekrefter at ved alle

³ Noen av skadevirkningene som ofte nevnes er sterk skyld- og skamfølelse, negativt selvbilde, seksuelle problemer, psykosomatiske tilstander, isolasjon, angst og depresjon, søvnvansker, selvdestruktiv atferd, sviaktende tillit til andre mennesker og en aggressiv, konfliktskapende væremåte.

handlinger angående barn som foretas av myndighetene skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.

Europarådet har nylig understreget disse synspunktene og lagt særlig vekt på at bekjempelse av seksuelle overgrep mot barn krever en sterk samlet innsats. Her henvises det til Europarådets nye konvensjon om beskyttelse av barn mot seksuell utnytting og seksuelt misbruk.⁴ De nordiske landene deltok aktivt i forberedelse av denne konvensjonen, den ble åpnet for undertegning i oktober 2007 og alle de nordiske landene har allerede undertegnet den.

Under forberedelsen ble det en livlig debat omkring de diverse synspunktene og hvad skulle fremstilles som "best praksis". Konvensjonen er en bekreftelse av felles minimum standarder på feltet som skal kunne føre til at det ikke lenger er behov for videre diskusjon om gunnsprinsippene.

I konvensjonen finnes et sammendrag av de hovedprinsippene der skal legges til grunn for de ulike faginstansene som arbeider med saker om seksuelle overgrep mot barn. Det stilles blandt annet krav om samordning mellom de forskjellige etater som har ansvar for å beskytte, forebygge og bekjempe seksuell utnytting og seksuelt misbruk. Konvensjonen fastslår prinsippet om hensynet til barnets beste og legger vekt på at barnet skal beskyttes mot gjentatt trauma. Konvensjonen bekrefter også hensynet til den siktedes rettssikkerhet.

"Art. 10. Each party shall take the necessary measures to ensure the co-ordination on a national or local level between the different agencies in charge of the protection from, the prevention of and the fight against sexual exploitation and sexual abuse of children, notably the education sector, the health sector, the social services and the law-enforcement and judicial authorities."

"Art. 30. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that investigations and criminal proceedings are carried out in the best interests and respecting the rights of the child.

Each Party shall adopt a protective approach towards victims, ensuring that the investigations and criminal proceedings do not aggravate the trauma experienced by the child and that the criminal justice response is followed by assistance, where appropriate.

Each Party shall ensure that the measures applicable ... are not prejudicial to the rights of the defence and the requirements of a fair and impartial trial, in conformity with Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms."

Konvensjonen legger stor vekt på avhør av barn og avhørsmetodikk. Avhøret skal gjennomføres så raskt som mulig, avhøret bør foretas i spesielle barnevennlige lokaler, eventuelt med teknisk utstyr av høy kvalitet, og det bør foretas av fagpersoner med spesialkompetanse i avhør av barn. Gjentatte avhør skal så vidt mulig unngås

⁴ Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, CETS. 201, 25.10.2007.

men om nødvendig så skal alle avhør som hovedregel foretas av den samme fagpersonen. Avhøret skal tas opp på video og alle nødvendige lovgivningsmessige og andre tiltak skal treffes for at opptaket kan benyttes som bevis i en straffesak.

”Art. 35. Interviews with the child

1. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that:

- a. interviews with the child take place without unjustified delay after the facts have been reported to the competent authorities;
- b. interviews with the child take place, where necessary, in premises designed or adapted for this purpose;
- c. interviews with the child are carried out by professionals trained for this purpose;
- d. the same persons, if possible and where appropriate, conduct all interviews with the child
- e. the number of interviews is as limited as possible and in so far as strictly necessary for the purpose of criminal proceedings

...

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that all interviews with the victim ... may be videotaped and that these videotaped interviews may be accepted as evidence during the court proceedings, according to the rules provided by its internal law.

Art. 36

...

2. Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure ...

- b. the victim may be heard in the courtroom without being present, notably through the use of appropriate communication technologies.”

Vi kjenner alle disse grunnprinsippene. De nordiske landene har fokusert på barns interesse i seksuelle overgrepssaker. De aksepterer at det kan være meget traumatiserende for et barn å foretelle historien sin gjentatte ganger til forskjellige fagpersoner. Det er også erkjent at i slike saker finnes der mange ulike involverte instanser som barnevern eller social tjeneste, helsevesenet, politi- og påtalemyndighet og domstolene; ulike faginstanser som har forskjellige oppgaver og hensyn som skal ivaretas. De nordiske landene legger også vekt på spesialisering, samhandling og koordinering av tjenester på en eller annen måte. Til sist så er alle landene opptatt av spørsmål omkring rettssikkerhet.

Men hvordan kan man i praksis kombinere:

- et klart fokus på barns interesser og velferd, blandt annet sikre at et barn opplever å bli tatt på alvor og at voksne vil sørge for å stoppe overgrepene og sikre at barnet for nødvendig hjelp
- legge vekt på å saker blir handlet på en helhetlig måte

- sikre de nødvendige straffeprosessuelle metoder og ivareta rettssikkerheten for den mistenkte eller siktede
- blandt annet sikre gode bevis og få frem til sannheten
- se på prinsippene om muntlighet, bevisumiddelbarhet og kontradiksjon
- og at den som eventuelt har utført kriminelle handlinger stilles til ansvar.

Det er min mening at disse hensynene ikke nødvendigvis står i motsetning til hverandre men faller sammen på mange måter.

Hvis man først ser på hensynet til barnet så er det til barnets beste å få god hjelp i god tid. Men det er også til barnets beste å finne frem til sannheten og sikre gode bevis. Rettslig behandling er med til å understreke sakens alvor og det er til barnets beste at den som har utført kriminelle handlinger stilles til ansvar. Samarbeid og koordinering av arbeid innen dette feltet er viktig for å unngå feil, sikre at barnet får rett hjelp til rett tid men også for å hindre at bevis i en eventuell straffesak forspilles. Ut fra et straffeprosessuelt synspunkt er det viktig å få gode bevis i den forstand at de belyser saken og er sannferdige. Bevisets kvalitet er avhengig av at avhøret foretas på en måte som er best mulig for barnet. En god håndtering av avhøret øker muligheten for riktig avgjørelse i saken, både det at man unngår uriktige frifinnelser og at uskyldige ikke dømmes. En riktig avgjørelse er så til sist en fundamental del av den siktedes rettssikkerhet.

Det er derfor både hensynet til barnets beste og hensynet til den siktedes rettssikkerhet som krever at man ser nærmere på samordning ved:

- gjennomføring av politiets hovedoppgaver, etterforskning, blant annet avhør av barn, eventuelt med involvering av dommer
- gjennomføring av medisinsk undersøkelse
- og gjennomføring av barneverntjenestens hovedoppgaver, blant annet beskytte mot videre overgrep, hjelp til psykologisk behandling, rådgivning og veiledning.

Men hva slags samordning er den beste? Der finnes selvfølgelig ulike alternativer og de nordiske landene har utviklet tverrfaglig og tverretatelig samarbeid på mange måter. Noen av disse tilbudene kjennetegnes av store geografiske variasjoner innen hvert land, manglende ressurser, manglende kompetanse og erfaring, relativ liten grad av et formalisert samarbeid og ofte motstridende informasjon og signaler. Pårørende etterlyser veiledning og rådgivning om hvordan de skal gå frem, hva de skal gjøre og opplysninger om hva som skjer i prosessen. Usikkerhet og rådløshet fører til at de pårørende, barna og deres familie, blir usikre og utrygge på seg selv, bidrar til ekstra belastningen og kan føre til retraumatisering av barnet. Dette kan skade innhentning av nødvendig informasjon, forsinke viktig utveksling av informasjon og hindre en effektiv etterforskning av saken. Manglende samarbeid kan også føre til uheldig og/eller unødvendig gjentakelse i saksbehandling eller kan muligvis føre til en ansvarspulverisering – ett system blir tilbakeholdne med å iverksette arbeid i påvente av det andres reaksjoner.

En samarbeidsmodell som kalles for Barnehus eller Barnas hus er den modellen

som fleste har været mest oppmærksom på i det siste årene.⁵

Ideologien for å etablere Barnehus er å styrke innsatsen overfor barn som utsettes for seksuelle overgrep og øke kompetanse gjennom samarbeid, samlokalisering og tydelige prosedyrer. I Europa var Barnehus først etablert på Island med utgangspunkt i "Children's Advocacy Center" modellen fra USA. Barnehuset på Island dannede så utgangspunktet for prosjekter om samarbeid under felles tak runt i Sverige og det er planlagt at innen 2008 skal det finnes Barnehus over hele Sverige. Norge etablerte de to første Barnehusene i Bergen og Hamar i 2007 og er nå etableres Barnehus i flere regioner.

Det grunnliggende elementet er å samle de ulike etatene, barnet har behov for å være i kontakt med, på en eller annen måte i ett hus. Barnehus overtar ikke de involverte myndigheters ansvar men fungerer som en samordner. Slikt samarbeid under felles tak har vist seg å kunne gi en rekke fordeler:

- barnet slipper å forholde seg til ulike steder og behøver ikke å forklare seg flere ganger innen flere instanser
- huset kan innredes på den best egnede måte
- barnet blir ivaretatt i trygge omgivelser og av kompetente personer gjennom hele prosessen
- den fysiske nærheten styrker samarbeid mellom etatene og vil kunne bidra til en best mulig helhetforståelse av hvilken rolle instansene har og dermed bidra til en økt deling av kompetanse og erfaring
- spisskompetanse utvikles
- saksmateriale kan danne grunnlag for forskning innen feltet
- og bevissikringen styrkes.

Barnehus har noen fast tilsatte fagpersoner som samordner de ulike myndigheters arbeid. Barnehus er vanligvis innredet med et barnevennlig avhørsrom med teknisk utstyr, videokamera og televisjon slik at en særlig skikket intervjuer kan foreta avhøret mens andre kan følge med i et siderom. Barnehus vil ofte også har et rom for medisinsk undersøkelser. Hovedperspektivet er at prosessen skal være helhetlig og barnevennlig og at bevis i saken ikke skal forspilles. Det overordnede formålet er at etterforskningsmyndighetene og legen gjennomfører avhør og den medisinske undersøkelsen i huset i samarbeid med barnevernet og et konsultasjons- og oppfølgingsteam som også tilbyr rådgivning og veiledning, samt korttidsoppfølging og behandling til barnet. Selve avhøret bygger på standardiserte metoder og retningslinjer, avhøret blir tatt opp på video med det formål at opptaket kan brukes i et eventuelt straffesak.

Det må understrekes at selv om de fleste Barnehus har klare fellestrekk så er de også forskjellige. Felles er prinsippene om samarbeid og samlokalisering, et barne-

⁵ En europeisk komparativ studie "Child Abuse and Adult Justice: A comparative study of different European Criminal Justice Systems handling of Cases concerning Child Sexual Abuse", utarbeidet av Redd Barna Alliansen fremhever Barnahus på Island som den beste løsning, et helhetlig behandlingstilbud til barnets beste.

vennlig lokal og vekten på at barn ikke behøves å vandre fra instans til instans og ikke behøves å forklare seg flere ganger innoom flere instanser. Organisasjonen, innholdet av de aktuelle samarbeidsavtalene, personalet på de ulike Barnehusene og deres detaljerte roller kan imidlertid variere fra et sted til sted.

Men hvad så med rettssikkerhetsspørsmålene – hvad er det viktigste i denne sammenheng og kan samordning i Barnehus svekke den mistenktes eller siktedes rettssikkerhet?

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen art. 6 omhandler siktedes krav på en rettferdig rettergang som innebærer noen hovedprinsipper.

1. Godt bevis og en riktig avgjørelse.

Slik jeg nevnte før må en del av rettssikkerheten være å sikre gode bevis og en riktig avgjørelse. Det må understrekes at jeg ikke mener at man kan senke kravene til bevis i disse sakene. Her legges det kun vekt på at opplysninger blir innhentet på en skikkelig måte og uten at barnets foretelling er blitt påvirket av ulike instanser.

Prinsippene om et lokal, barnevennlig avhørsrom og en kompetent fagperson med spesialutdannig bygger ikke kun på ideen om at barnet har det godt men også på ideen om en atmosfære sem skaper trygghet og at tryggheten kan medføre at det er større sjanser for at barnet vil fortelle sin historie. Kompetanse innebærer at avhørspersonen har kunnskap om barns utvikling generelt og traumer spesielt. Fagpersonen bør ha kunnskap om barns kognitive utvikling, hvordan barn tenker og uttrykker seg i ulike aldre og hvordan barn husker og bør ha kunnskap til å forstå og kunne møte et barn med for eksempel posttraumatisk stressyndrom eller et barn som dissosierer. Det er viktig å minne på at overgrepene kan forekomme i ulik alvorsgrad, mengde og varighet. Barnas forutsetninger og subjektive opplevelser av det som er skjedd kan være meget forskjellige og når barna foreteller blir historiene deres ofte fragmentariske. Det er viktig å forstå at det er de sterke traumatiske følelsene under overgrepene og de sterke følelsene etter overgrepene, som for eksempel skam, skyld og redsel for konsekvens, som kan forklare hvorfor barn ikke forteller om overgrep.

Kompetense innebærer også kunnskap om avhørsmetodikk eller teknikk ("forensic interviewing"), å foreta avhør etter utfyllende detaljerte regler som er særlig etablert for å tilfredstille rettsapparets krav. Barn kan rapportere og fortelle nokså korrekt om hendelser som de har opplevd, gitt at de som avhører barna bruker avhørsmetoder og stiller spørsmål sem er tilpasset barn. Metoder og retningslinjer for avhør i Barnehus bør legge vekt på avhørspersonens objektivitet og være satt opp for å få en så nøyaktig og ikke-ledende fortelling fra barnet som mulig. En god metodikk er beskrevet slik at den bygger opp tillit, vurderer barnas forståelse av sannhet/løgn, peker på barnets begrepsbruk, barnets forståelse av hvorfor de er med på intervjuet og utspørring av hva som skjedde i den påståtte overgrepssituasjon med åpent spørsmål som kan lede barnet inn på en mest mulig fri fortelling.

Prinsippet om at avhøret tas opp på video in sin helhet sikrer at alle kan få et inntrykk av barnets mimikk under avhøret når de ser på opptaket ved en senere anledning.

Det er min mening at på denne måten kan Barnehus best sikre gode bevisfremleggelse og den siktedes rettssikkerhet.

2. Objektivitet.

Den mistenkte har også krav på objektivitet, særskilt at politiet og påtalemyndigheten ikke deltar i vurderinger av om et forhold skal anmeldes og at de vurderer på et selvstendig og uavhengig grunnlag om for eksempel spørsmålet om en sak skal etterforskes eller irettføres. Selvom formålet med barnevernlovgivning er hensynet til barnets beste er det også klart at det silles særlige krav om objektivitet til barnevernet. Rammene omkring samarbeid i en enkelte sak må legges opp slik at alle myndigheter kan ivareta den objektivitet som er nødvendig. Dette kan neppe være problematisk hvis det foreligger en tydelig samarbeidsavtale, klare roller angående avhør, behandling, koordinasjon og rådgivning, blant annet regler om generelle samarbeidsmøter, anonymt samarbeid i enkelte saker og om hvilken informasjon flyter mellom etatene. Det må for eksempel nevnes at i Barnehus er det som regel aldri den samme fagpersonen som foretar både avhør og terapi av det samme barnet. På Island har det vært anført fra forsvarerhold at samarbeid innen Barnehus ikke bevarer objektiviteten men Høyesterett har fastslået at ordningen er forsvarlig.⁶

3. Bevisumiddelbarhet og kontradiksjon.

Rettsikkerhetsproblematikken i forhold til saker om seksuelle overgrep mot barn ligger ikke minst i at flere av straffeprossens vanlige regler fravikes, særlig reglen om bevisumiddelbarhet og kravet til kontradiksjon. Det vanlige er at selvom vitner har forklart seg for politiet må de som hovedregel møte i retten og forklare seg på nytt. Den mistenkte har rett til å avhøre eller la avhøre vitner som påberopes mot ham, med andre ord kravet til kontradiksjon.

De nordiske landene har gjennom en årrekke søkt en ordning i saker om seksuelle overgrep mot barn hvor avhør av barn foretas under etterforskningen før hovedforhandlingen og hvor opplesning av utskrift eller avspilling av videooptak eller lydoptak kommer i stedet for personlig avhør av barnet under hovedforhandlingen. På Island og i Norge gjelder særlige regler om dommeravhør men i Danmark, Sverige og Finland er politiet ansvarlig for avhøret. Det er ikke noe absolutt forbud mot at barn avhøres under hovedforhandlingen men domstolene forsøker imidlertid å unngå dette i størst mulig grad og vanligvis legges kun et videooptak av avhøret frem i retten. I Danmark finnes også en særlig regel i retsplejeloven om at videooptak av politiets avhør av barn kan dokumenteres som bevis.

Det grunnleggende er hensynet til at barn ikke behøver å forklare seg flere ganger. Man også mener at kvaliteten på en forklaring kan bli bedre om et avhør finnes sted på et så tidlig tidspunkt som mulig. Det er også viktig at avhøret foretas så fort som mulig fordi så snart det er avsluttet kan arbeidet med å ivareta barnets øvrige behov

⁶ Høyesterettsdom fra 3. oktober 2002 (196/2002) og fra 10. juni 2004 (448/2003).

iverksettes. Terapi utføres vanligvis ikke før eventuelt avhør er foretatt fordi man mener tidlig iverksatt terapi kan skade bevisverdien av barns forklaring.

Det er meget viktig å understreke at Menneskerettighedskonvensjonen utelukker ikke anvendelse av avhør som ikke foretas under hovedforhandlingen og det er klart at det spiller ingen rolle om forklaringen er avgitt indenretlig, det vil si at avhøret foretas av en dommer, eller om det foretas utenfor retten av politiet eller andre som er særlig skikket til oppgaven. Det avgjørende er om den mistenkte har vært tilstede eller representert når avhøret foretas. For å ivareta kravet til kontradiksjon vil det være særlig viktig at i det minste forsvareren på en eller annen måte har mulighet til å være til stede og at de forholdene forsvareren peker på blir undersøkt og avklart i avhøret.

Menneskerettighetsdomstollen har tatt opp disse spørsmålene, blandt annet i saken S.N. v. Sverige fra 2002.⁷ Saken drejede seg om seksuelt misbruk av en 10 år gammel gutt. Et avhør ble foretatt af politiet og tatt opp på video før den mistenkte ble siktet i saken. Senere ønsket en oppnevnt forsvarer et nytt avhør av barnet. Dette blev gjort av den samme politimann men forsvareren fant det ikke nødvendig å være til stede. Dette avhør ble tatt opp på lydband, forsvareren fikk utskrift og ønsket ikke gjentatte avhør. Videoopptaket og lydopptaket ble avspilt under hovedforhandlingen i en straffesak og den tiltalte blev dømt.

Menneskerettighetsdomstollen minnet på at bevisførselsregler i prinsippet skulle bli regulert i nasjonal rett. Å legge til grunn bevis som var blitt innhentet på etterforskningsstadiet var ikke i seg selv i strid med kravene i konvensjonen, så lenge forsvarrets rettigheter ble respektert. Disse rettighetene krever som regel at den tiltalte får adekvat og skikkelig mulighet til å imøtegå og utspørre vitner mot ham enten på etterforskningsstadiet eller på et senere tidspunkt under rettergangen. Domstolen fant det påkrevet å understreke at den var fullt klar over særlig karakter av saker om seksuelle overgrep, spesielt nå de gjelder barn, og at statene kan i sin rettergangsprosedyre ta hensyn til vitners privatliv og deres behov for vern. Domstolen henviste til at i den foreliggende saken hadde den mistenktes advokat ønsket et gjentatt avhør, advokaten var enig i ikke å være til stede og han hadde en mulighet for å stille de spørsmål han ville. Domstolen fant at Art. 6 ikke var krenket.

S.N. mot Sverige

”... the use in evidence of statements obtained at the stage of the police inquiry and judicial investigation is not in itself inconsistent with paragraphs 1 and 3 (d) of Article 6, provided that the rights of the defence have been respected. As a rule these rights require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him either when he was making his statements or at a later stage ...

... The Court has had regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences. Such proceedings are often conceived of as an

⁷ S.N. mot Sverige, dom fra 2. july 2002 (34209/96). Se også Lindqvist mot Sverige, Menneskerettighetskommissjonen avgjørelse fra 22. oktober 1997 (26304/95).

ordeal by the victim ... these features are even more prominent in a case involving a minor ... account must be taken of the right to respect for the private life of the perceived victim. Therefore, the Court accepts that in criminal proceedings concerning sexual abuse certain measures may be taken for the purpose of protecting the victim, provided that such measures can be reconciled with an adequate and effective exercise of the rights of the defence.

... the second police interview ... was held at the request of the applicant's counsel ... he consented not to be present ... he accepted the manner in which the interview was to be conducted ...

... it is clear from the facts ... that the applicant's counsel was able to have questions put to [the child] by the police officer conducting the [second] interview.

Accordingly, there has been no violation of the applicant's rights under Article 6 ... on the ground that he was unable to examine or have examined the evidence ... Having regard to the special features of criminal proceedings concerning sexual offences ... this provision cannot be interpreted as requiring in all cases that questions be put directly by the accused or his or her defence counsel through cross-examination."

De nordiske landene har lagt særlig vekt på regler om hvem som har krav på å være til stede når avhør foretas, både hvem det er som snakker med barnet, hvem følger med avhøret fra et siderom og hvem som kan gi uttrykk for forhold de mener bør bli belyst. De nordiske landene har ikke alle de samme reglene om dette og etablering af Barnehus har ikke endret disse grunnprinsippene i de enkelte land. Det er klart at modellen legger ikke noen hindringer i veien for at siktede eller hans forsvarer gis anledning til å være til stede, følge avhøret fra siderommet og gi uttrykk for forhold de mener bør bli belyst. Tvert i mot bygger modellen på ideen om at den siktede eller hans forsvarer er til stede. En kan argumentere at i samarbeidsavtalen i forbindelse med en model som Barnehus er det lettere å fastsette forpliktende, effektive, uttrykkelige regler om etterforskningen, blant annet om hvem skal være til stede på hvert enkelt trinn og deres rolle og på den måten bidra til å sikre økt rettssikkerhet både for barnet og for den mistenkte.

Selvom det i denne sammenheng ikke er avgjørende er det interessant å peke litt på de forskjellige reglene om hvem er ansvarlig for avhør av barn i de nordiske landene. Slik jeg nevnte før så gjelder regler om dommeravhør i Norge og Island. Dette betyr at ved mistanke om seksuelle overgrep mot barn så skal politiet henvende seg til en dommer som skal sørge for avhør av barnet. Dommeren bestemmer hvor avhøret skal foretas og hvem som skal foreta avhøret av barnet og kan tilkalle en sakkyndig person. I Island gjelder reglene om dommeravhør i henhold til alle barn under 18 år men i Norge kun barn under 14 år. I Danmark, Sverige og Finland er det påtalemyndigheten og politiet som er ansvarlig for avhøret men avhør kan foretas av en spesialutdannet fagperson. Det er min mening at regler om dommeravhør ikke

har noen reell betydning for den siktedes rettssikkerhet og skaper udnødvendig usikkerhet i enkelte saker. Jeg mener at om Barnehus er til stede og politiet er ansvarlig så er det:

- klart at saksbehandlingen blir enklere og man kan sikre at avhør foretas på et tidligere tidspunkt under saken
- mye enklere å fastsette forpliktende regler om hvor og av hvem avhør skal foretas
- en mulighet å sikre kompetanse og påvirke opplæring for de særlige utdannede personale
- en mulighet å sikre ensartede regler for alle barn i landet.

2. Sammendrag

Tese 1: I saker om seksuelle overgrep mot barn må hensynet til barnets beste veie tyngst. De nordiske landene har undertegnet, blant annet i den Europarådets konvensjon, å rette fokus på barnet og å etablere en samordning mellom de forskjellige etater som har ansvar for å beskytte mot og bekjempe seksuell utnyttning og seksuelt misbruk av barn

Tese 2: Samordning er viktig blandt annet til å sikre alle barn en likeverdig, trygg saksbehandling uavhengig av bosted men det er også et mål å legge forholdene til rette for etterforskning og strafferettslig behandling med hensyn til siktedes rettssikkerhet

Tese 3: Barnets beste og den siktedes rettssikkerhet står ikke i motsetning men faller sammen på mange måter; det viktigste er å sikre en riktig avgjørelse

Tese 4: Barnehus, et lokal med barnvennlig avhørsrom med teknisk utstyr, standardiserte motoder og fast tilsatte fagpersoner, har vist seg å være den beste ordningen med store fordeler fremfor andre samarbeidsmodeller, Barnahus ivaretar barns interesse, styrker barnets stilling i rettssystemet og ivaretar den mistenktes rettssikkerhet på en tilfreds måte.

Peter Garde

Konflikten mellem ytringsfrihed
og religionsfrihed

Konflikten mellem ytringsfrihed og religionsfrihed

Dommer Peter Garde, Danmark

Blandt de klassiske frihedsrettigheder har i de senere års samfundsdebat og juridiske praksis, både nationalt og i den europæiske menneskerettighedsdomstol ingen tiltrukket sig mere opmærksomhed end netop religionsfriheden og ytringsfriheden. Til tider træder de frem som modstandere, typisk på den måde, at stærkt religiøse mennesker klager over andres ytringer i forbindelse med klagernes religion, muligvis endog kræver straf pålagt for disse ytringer. Det er spørgsmålet, om religionsfriheden indebærer en udvidet beskyttelse mod ytringer, hvilket tiltale- og retspraksis stort set fast har afvist, efter min opfattelse med rette (tese 1). En underinddeling af disse tilfælde er den klassiske blasfemiforbrydelse, som endnu lever en omend hensygnende tilværelse i tre af de nordiske straffelove. Her rejser sig spørgsmålet om fortsat berettigelse af kriminalisering af denne overtrædelse (tese 2). I andre tilfælde er de forbundsfæller, typisk på den måde, at den talende under udnyttelse af sin ytringsfrihed og inspireret af sin religiøse overbevisning fremsætter udtalelser, der muligt uden et sådant motiv ville være strafbar som ærekrænkelse eller hetz mod folkegruppe eller homoseksuelle, eventuelt trusler. Tiltale- og retspraksis har i disse tilfælde været vaklende. Her rejser sig spørgsmålet, om det religiøse motiv retfærdiggør en lempeligere behandling af disse udtalelser (tese 3). Det er et yderligere spørgsmål, om der bør råde en mildere bedømmelse af den blotte citering af religiøse skriftsteder, eventuelt tillige en kort kommentering af disse (tese 4), samt om der bør råde en større ytringsfrihed for den egentlige gudstjeneste end for udtalelser i offentlighed, herunder pressen samt radio og fjernsyn (tese 5). Som modifikation af disse begrænsede indrømmelser til de religiøst motiverede udtalelser må det overvejes, om nogle udtalelser er så grove, at de altid, uanset motivet og formen, bør straffes (tese 6). I den seneste generation er det religiøse billede af de nordiske samfund, hvor tidligere så godt som alle enten tilhørte statskirken eller var religiøst indifferente (eller ateister), ændret i betydelig grad gennem indvandring, først og fremmest af tilhængere af islam, hvilket har medført hidtil usete problemer for tiltale- og domspraksis, hvadenten disse optræder som anmeldere eller sagsøgere, herunder om opfattelsen af, hvorvidt der foreligger blasfemi, bør influeres af retsopfattelsen hos disse personer, eller der måtte rejses tiltale imod disse for deres egne eventuelt truende ytringer. Her rejser sig spørgsmålet, om den delvis ændrede sammensætning af befolkningen og den i det senere år kraftigt skærpede religiøse bevidsthed bør influere de juridiske beslutningstageres afgørelser, særlig om tiltale og dom i konfliktsituationer, hvilket jeg bestrider (tese 7).

Sammenfattende er det min opfattelse, at det sekulære retssamfund bør fastholde ytringsfriheden i fuldt omfang, når den står mod religionsfriheden (teserne 1 og 2), at der muligt kan indrømmes det religiøse motiv en begrænset betydning, når det går i samme retning som ytringsfriheden (teserne 3, 4, 5 og 6), samt at den delvis ændrede sammensætning af befolkningen ikke bør influere retstilstanden (tese 7).

1. Religionsfrihed mod ytringsfrihed

Begge disse klassiske frihedsrettigheder nyder en udstrakt beskyttelse både i de nationale grundlove, jf. således den danske Grundlov § 67 og § 77, og i de internationale konventioner, herunder den europæiske menneskeretskonvention art. 9 og 10. Sålænge ingen af disse rettigheder eksisterede, var det en selvfølge for forkæmpere for frihed og oplysning som f.eks. Voltaire at agitere for begge på lige fod, men i nyeste tid er spørgsmålet opstået, om særlig religionsfriheden udover at omfatte retten til gudsdyrkelse, til at danne trossamfund, til at skifte religion, herunder at forlade en statskirke el.lign., og til at unddrage sig tvungen deltagelse i religiøse aktiviteter, herunder tvungen betaling af skat el. andre ydelser til en anden religion end ens egen, jf. den danske Grundlov § 68, også omfatter en ret for religiøse personer til at kræve statens positive beskyttelse mod f.eks. udøvelse af ytringsfrihed under påberåbelse af, at de pågældende ytringer gennem krænkelser af de pågældendes religiøse følelser også krænker deres religionsfrihed.

Spørgsmålet har to sider som et janushoved: Udgør det en krænkelser af ytringsfriheden, hvis staten f.eks. gennem strafforfølgning for blasfemi eller på andet grundlag skrider ind imod disse ytringer? Og omvendt, udgør det en krænkelser af religionsfriheden, såfremt staten vælger at undlade at skride ind? Sagt kortere, har staten ret, henholdsvis pligt til indgriben?

Med hensyn til spørgsmålet om statens eventuelle ret til indgriben eksisterer der i flere, men ikke alle stater, normalt meget gamle og meget sjældent anvendte regler om blasfemi.

Efter *dansk* straffelovs § 140 straffes med bøde eller fængsel indtil 4 måneder den, der offentlig driver spot med eller forhåner noget her i landet lovligt bestående religionssamfunds troselærdomme eller gudsdyrkelse. Siden straffelovens ikrafttræden i 1933 er kun rejst tiltale i tre tilfælde. I dommen UfR 1938,419 Ø straffedes fire nazister for særdeles grove forhånelser på plakater og i offentlige skrifter af den jødiske religions gudsdyrkelse og troselærdomme (et eks.: "Skænden af Kvinder, Voldtægt, Tyveri og Bedrageri er Handlinger, som de jødiske Religionsforskrifter tillader eller paabyder"), samt for ærekrænkelser og bagvaskelse mod navngivne jøder. I 1946 - den sidste fældende afgørelse - vedtog tre personer hver 6 dagbøder à 10 kr. for en parodisk dåbshandling af en dukke under et maskebal. Ved Gladsaxe kriminalrets dom af 21. oktober 1971 frifandtes derimod en sangerinde for afsyngning af sangen "Øjet", som tillagde Gud en utilfredsstillende kønsdrift, der gav sig udtryk i trang til beluring af kønsligt samvær. Dommeren antog bl.a., at dette ikke havde forbindelse til kristne troselærdomme, og at angreb på eller forhånelser af sådanne lærdomme derfor ikke lå inden for visens sigte. Ifølge Rigsadvokatens meddelelse 3/2002 besluttes påtale af rigsadvokaten. Ligesom § 140 kun med nød og næppe kom ind i straffeloven - i flere udkast var en sådan bestemmelse ikke medtaget, og i første omgang stemte Folketinget imod kriminalisering af blasfemi, men Landstinget for, og det blev resultatet - er der i senere år gentagne gange fremsat lovforslag om ophævelse af

§ 140, fortrinsvis, men ikke kun af Dansk Folkeparti. Allerede fordi Dansk Folkeparti udtrykkelig i bemærkningerne til forslaget har begrundet det med henvisninger til islamiske overgreb, er det p.t. politisk umuligt at trænge igennem med en ophævelse af bestemmelsen.

Efter *norsk* straffelov af 1902 § 142 straffedes med bøde eller fængsel indtil 6 måneder den, der offentligt forhånede eller på krænkende eller sårende måde viste ringeagt for nogen trosbekendelse, "hvis utøvelse her i riket er tillatt eller noget lovlig her bestående religionssamfunds tros lærdomme eller gudsdyrkelse". Indtil 1934 gjaldt beskyttelsen kun trosbekendelse, "hvis Udøvelse her i Riget er tilstedet". Riksadvokaten var påtalemyndighed. Der kendes ingen domfældelse i det 20. århundrede. Den berømte sag i 1934 mod Arnulf Øverland i anledning af foredraget "Kristendommen - den tiende landeplage" endte med frifindelse, efter at juryen havde kendt ham ikke-skyldig. Det blev uden betydning, af lagmannen efterfølgende over for Justisdepartementet udtalte, at juryens svar var urigtigt. I Bratholms og Matningsdals straffelovskommentar fra 1995 anføres, at det i dag er "lite aktuelt å reise tiltale". Både NOU 1999:27 om ytringsfriheden og straffelovskommisjonens forslag til ny straffelov, NOU 2002:4 foreslog, at bestemmelsen udgik, og anførte bl.a., at det, der fra en kritikers side er ment som saglig kritik mod en religion, af den anden part let bliver opfattet som blasfemi, og at en bestemmelse, som værner mod blasfemi, let kan komme til at udgøre et urimeligt indgreb i ytringsfriheden. Religiøse følelser har ikke krav på strafferetlig beskyttelse. Grovere udslag af blasfemi kan straffes efter § 135 a (trussel, forhånelser m.v. mod forskellige minoriteter, svarende til dansk straffelovs § 266 b og svensk "hets mot folkgrupp"). Justisdepartementet tiltrådte og bemærkede (Ot. prp. nr. 90 (2003-2004), p. 89 f.), at straf normalt ikke bør bruges for at værne moralske eller religiøse normer, og en bestemmelse om blasfemi er ikke optaget i den nye straffelov. Denne er vedtaget, men endnu ikke trådt i kraft. Når dette sker, er blasfemi fremtidig ikke strafbar i Norge.

Efter den tidligere *svenske* strafflag straffedes "hädelse av Gud". I 1949 ændredes ordlyden til "Den som offentligen skymfar sådant som av svenska kyrkan eller annat, här i riket verksamt trossamfund hålles heligt, dömes för brott mot trosfrid till böter eller fängelse" (11. kap. 8 §). Bestemmelsen indgik i Brottsbalken, men ophævedes 1970 med begrundelse, at særlig beskyttelse af religionsfriheden ikke motiverede indskrænkning i ytrings- og trykkefriheden, samt at andre regler - "hets mot folkgrupp" (BrB 16. kap. 5 §), forargelig adfærd (BrB 16 kap. 16 §), ærekrænkelser (BrB 5 kap. 1-2 §§) eller forstyrrelse af sammenkomst (BrB 16 kap. 4 §, stort set svarende til dansk strfl. § 137) - var anvendelige. Der ses ikke at have været sager i nyere tid.

Derimod er der nyere praksis både i Finland og Island, ligesom afkriminalisering ikke er aktuel i disse lande.

I den *finske* strafflag af 1889 kap. 10 fandtes bestemmelse om straf både for "hädelse" og for "gäckeri med Guds ord eller med sakrament". I en sag fra 1915, altså endnu under det russiske herredømme, dømte Åbo hovrätt forfatterinden Alice Granfelt-Karlberg for både "hädelse" og "gäckeri" for bl.a. ordene "Bibeln ljuger,

profeterna ljuga, filosoferna ljuga ... Varför skulle icke de döda bereda sig samma nöje?" i en samtale mellem "jeg" og et kranium i bogen "Tankar och fantasier". Den kendteste nye sag førtes i 1966, hvor forfatteren Hannu Salama idømtes betinget fængsel for "hädelse" i anledning af bogen "Midsommardansen", men benådedes i 1968 af præsident Kekkonen. I 1970 foreslog regeringen loven ændret til straf for "brott mot trosfrid" for den, "som offentlig på grovt sätt smädar eller skymfar, vad inom i Finland verksamt trossamfund hålles heligt". Af bemærkningerne til lovforslaget fremgår bl.a., at beskyttelsesobjektet ikke er Gud, idet det Højeste Væsen ikke behøver beskyttelse, men de religiøse følelser og samfundsfreden, og det understregedes, at saglig kritik ikke omfattedes af kriminaliseringen. To medlemmer af det relevante rigsdagsudvalg protesterede imod, at Guds navn udgik af straffeloven, og imod sidestilling af alle religioner, "m.a.o. att Gud och avgudarna jämställas". Efter yderligere forhandlinger blev resultatet, at offentlig "hädelse av Gud" straffes med bøder eller fængsel i højst 2 år, og at "brott mot trosfrid" svarende til det oprindelige forslag, dog uden krav om, at smædelsen skal være grov, straffes med bøder eller fængsel i højst 1 år. Også efter lovændringen er der retspraksis. 1973 dømtes kunstneren Harro Koskinen i anledning af et maleri forestillende et kortfæstet svin, men en tiltale i 1983 for teatermatinéen "andlig vesper" med programpunkterne "att gå på vattnet" og "att sälja en brinnande buske" m.v., som ansås at krænke, hvad kirken holder helligt, faldt ud til frifindelse, bl.a. efter at ærkebiskop Wikström havde udtalt, at han fandt bestemmelsen om "brott mot trosfrid" unødvendig.

Den islandske straffelov af 1940 § 125 straffer med bøder eller fængsel indtil 3 måneder "den der offentlig driver spot med eller forhåner noget her i landet lovlige bestående trossamfunds troslærdomme eller gudsdyrkelse", ordret svarende til dansk strfl. § 140. Påtale finder sted kun sted efter rigsadvokatens påbud. Der findes en enkelt nyere dom (H 1984,855) med domfældelse for forhånelse af folkekirkens religionslære i en tidsskriftsartikel. Tiltalte gjorde her for byretten uden held gældende, at § 125 var bortfaldet ved desvetudo, idet den ikke tidligere havde været anvendt, en formentlig rigtig retsanvendelse. Ifølge professor Ragnheidur Bragadóttir er der ikke bestræbelser om at afkriminalisere blasfemi.

Muhammedtegningerne

Den vigtigste sag i nyeste tid om blasfemi er utvivlsomt de 12 Muhammedtegninger i den danske avis Jyllands-Posten. Med det erklærede formål at protestere imod selv-censur, bl.a. ved, at ikke-muslimer respekterede det islamiske forbud mod afbildning af Muhammed, bragte avisen 12 tegninger af denne. Den mest muntre viste en mand med turban og skæg, som står på skyer med udslåede arme og siger: "Stop, stop, vi er løbet tør for jomfruer", den mest kontroversielle et bistert udseende mandeansigt med skæg og en turban udformet som en antændt bombe, hvilket ifølge rigsadvokatens omhyggelige redegørelse kunne opfattes enten som et udtryk for, at religiøs fanatisme har ført til terrorhandlinger, og dermed som kritik imod visse islamiske grupper, eller mere direkte som fremstilling af Muhammed som en voldelig person, hvilket

ikke er uden støtte i, hvad der er kendt om Muhammeds og hans tilhængeres væbnede opgør med befolkningsgrupper, der ikke antog islam. Tegningerne fremkaldte en diplomatisk krise, en partiel boykot af danske firmaer og uhyggelige pøbeloptøjer i mellemøstlige lande, kulminerende med ildspåsættelse af danske ambassader. I Danmark indgav en række organisationer og personer anmeldelse for både blasfemi og overtrædelse af straffelovens § 266 b, men først statsadvokaten og efter klage rigsadvokaten i en meget grundig afgørelse af 15. marts 2006 afviste anmeldelsen. Det anførtes, at ingen af tegningerne, ej heller bomben i turbanen, kunne opfattes som spot, latterliggørelse eller forhånelse. Under hensyn til ytringsfriheden måtte både § 140 og § 266 b fortolkes snævert. Det ses således, at den øverste anklagemyndighed i Danmark har besvaret det i nærværende oplæg stillede spørgsmål, om religiøse mennesker kan stille særlige krav, som må respekteres, når andre udnytter deres ytringsfrihed, benægtende.

I de dage, hvor afgørelsen ventedes, hørtes røster, der gjorde gældende, at valget mellem ytringsfriheden og respekten for stærke religiøse følelser ikke burde træffes gennem en påtaleopgivelse hos anklagemyndigheden, men af domstolene, men der er ingen tvivl om, at det er anklagemyndighedens pligt alene at rejse sager, der bevismæssigt forventes at føre til domfældelse, og at rigsadvokatens afgørelse også derfor må anses for rigtig.

Også i Finland har der været offentliggjort tegninger af Muhammed, af Per Ole Träskman beskrevet som "skämtteckningar". Rigsadvokaten besluttede 1. juni 2006 at undlade påtale. Ganske vist lagdes til grund, at tegningerne havde såret muslimernes religiøse følelser, men trods dette opfyldte tegningerne ikke gerningsindholdet for overtrædelsen brud af trosfred, idet hverken "smädande" eller "skymfning" forelå.

At tærsklen for, hvornår der foreligger blasfemi, i det mindste i visse islamisk styrede lande er meget lav, viser den nylige (slutningen af november 2007) groteske "bamsesag" i Sudan.

EMRK

De europæiske Menneskerettighedsorganers praksis kan resumeres derhen, at der indrømmes medlemsstaterne en stor skønsmargen med hensyn til begrænsninger af ytringer, der kan virke stødende på andre personers religiøse tro og overbevisning, bl.a. i lyset af, at sådanne indgreb varetager hensynet til den udtrykkeligt i EMRK art. 9 beskyttede religionsfrihed. I Otto Preminger-dommen af 20. september 1959 havde de østrigske myndigheder beslaglagt og konfiskeret den formentlig blasfemiske film "Das Liebeskonzil"; i Wingrove-dommen af 25. november 1996 havde de britiske myndigheder forbudt markedsføring af en videofilm om St. Teresa fra Avila, hvor helgeninden vises i en erotisk situation med Jesus; i L.A.-dommen af 13. september 2005 havde en tyrkisk ret idømt en forfatter en ringe bøde for romanen "De forbudte ord", der opfattedes som en krænkende angreb på Muhammed. I alle tre tilfælde fandt den europæiske menneskeretsdomstol EMD, at de indklagede stater ikke havde krænket ytringsfriheden efter EMRK art. 10.

At statens ret til indgriben ikke indebærer en pligt hertil, viser derimod Choudhurydommen af 5. marts 1991. Efter "De Sataniske Vers"'s udgivelse indledte en britisk muslim privat straffesag imod forfatteren Salman Rushdie og dennes forlæggere, men sagen afvistes, idet den dommerskabte regel om blasfemi kun beskytter kristendommen. En klage til EMD under påberåbelse af både religionsfrihed, art. 9, og diskriminationsforbuddet, art. 14, afvistes, for art. 9's vedkommende med begrundelse, at religionsfrihed ikke indeholder en ret til at foretage specifikke retlige skridt, herunder indlede straffesag mod den, der krænker en persons religiøse følelser. I lyset heraf er jeg sikker på, at en hypotetisk klage imod Danmark for ikke at have rejst sag i anledning af Muhammed-tegningerne ville blive afvist. I øvrigt har kun et mindretal af Europarådets medlemstater strafferetlige regler om blasfemi.

Medens tiltale for blasfemi forudsætter en afgørelse i anklagemyndigheden, er der direkte adgang til domstolene i private straffesager, bl.a. om ærekrænkelser og bagvaskelse. Syv islamiske foreninger anlagde i forening sådan sag imod Jyllands-Postens ansvarshavende redaktør og kulturredaktør ved retten i Aarhus. Som jeg forstår stævningen og gengivelsen i dommen af 26. oktober 2006 af sagsøgernes argumentation, gjordes gældende, at tegningerne krænker både Muhammed og alle muslimer (i hele verden?), der således må betragtes som forurettede. Retten anerkendte, at en enkelt af de syv kunne påtale eventuelle krænkelser imod religionen, hvis dens medlemmer kunne anses for forurettede. Dommen, der frifandt de tiltalte, må nærmest opfattes som en "allerede fordi"-dom, idet den begrundes med, at tegningerne ikke kan betegnes som ærekrænkende og derfor ikke omfattede af straffelovens § 267. En afvejning over for ytringsfriheden var herefter ikke nødvendig. Dommen er appelleret til Vestre Landsret, hvor den i skrivende stund (maj 2008) stadig verserer. Jeg kan ikke forestille mig, at landsretten vil ændre dommen.

Sammenfattende ses en entydig stærk praksis hos både anklagemyndighed og domstole om, at ytringsfriheden ikke indskrænkes under påberåbelse af, at religiøse følelser er krænkede, eller sagt på en anden måde, at religionsfrihed ikke indebærer beskyttelse mod muligt krænkende ytringer. Blasfemi er forlængst afkriminaliseret i Sverige og senest i Norge, i praksis, omend ikke i lovbogen, også i Danmark, medens stillingen er mindre klar i Finland og Island. En fuldstændig ophævelse af reglen, særlig i Danmark, hvor den aldrig anvendes, vil fremkalde vrede reaktioner fra muslimsk hold, også internationalt, for vort vedkommende skærpet af indtrykket fra den tidligere strid om tegningerne. Medens det er oplagt, at man aldrig ville nykriminalisere blasfemi i dag, hvis man som i Norge skulle begynde forfra med en helt ny straffelov, og næsten sikkert, at en eksisterende regel ikke ville overleve en større revision af straffeloven, er det det kontroversielle spørgsmål, om reglen bør ophæves ved en delreform, som kun omfatter denne ændring. Sverige nåede det i en periode uden politisk strid om religionen, men i Danmark er det i dag umuligt, den danske justitsminister har udtalt sig imod en ophævelse og har utvivlsomt et politisk flertal bag sig. Jeg vover dog at fremføre som min opfattelse, at reglen bør ophæves. Det er ærligere, når vi alligevel aldrig vil bruge den. Der er alternative regler til erstatning for

blasfemi, særlig § 137, stk. 2, og § 266 b. Reglens blotte eksistens indbyder til krav om strafferetlig indskriden i situationer, hvor det er åbenbart, at der ikke er grundlag herfor. I en hypotetisk ny Muhammedsag ville regeringen stå stærkere, hvis den blot kunne henvise til, at der ikke var hjemmel til at straffe fornærmeren (argumentet fremført af Vagn Greve, som selv er mest tilbøjelig til at lade reglen sove videre, indtil den kan forsvinde af sig selv - men hvordan?). Jeg kan godt se, at det vil være en rød klud at stemme for et sådant forslag fremført af Dansk Folkeparti, men forslaget bør komme fra regeringen og Dansk Folkeparti overtales til at spare på retorikken og blot stemme for forslaget *sans phrases*.

Medens ytringsfriheden således forhindrer straf for udtalelser rettede imod islam som tro, er der i Danmark som i de øvrige nordiske lande en klar praksis for beskyttelse af herboende muslimer som befolkningsgruppe, jf. strfl. § 266 b og som en særlig anskuelig og veldokumenteret sag UfR 2000,2234 H, den store sag imod Mogens Glistrup, men det betragter jeg som faldende uden for emnet.

2. Religionsfrihed og ytringsfrihed som allierede

Medens det eneste prekære spørgsmål under punkt 1 er det retspolitiske om en eventuel ophævelse af blasfemibestemmelsen, er spørgsmålet om en udvidet ytringsfrihed for stærkt religiøse mennesker omstridt allerede de lege lata. Dilemmaet ses allerede i den danske dom UfR 1990,636 VL, hvor en 66-årig kvinde var tiltalt for overtrædelse af strfl. § 266 b ved meget stærke angreb mod homoseksuelle i et læserbrev, f.eks. "Homosex er den ækleste form for hor" og "Hvor længe må man kalde en tyv kriminel? Er en homofil ikke en slags tyv? Stjæler han ikke sin næstes ære, og måske hans liv, ved at udnytte ham og måske påføre ham AIDS?". Hun henviste til Bibelens fordømmelse af homoseksuelle og citerede for retten flere skriftsteder. Domsmandsretten i første instans udtalte, at direkte citater fra Bibelen og nær gengivelse og udlægning af skriftsteder falder uden for § 266 b, omend tiltaltes udlægning måske ikke var holdbar ud fra en videnskabelig, teologisk betragtning. Også under henvisning til ytringsfriheden frifandt retten, da tiltalte ikke havde overskredet grænsen for det strafbare. Statsadvokaten ankede. I landsretten, 3 juridiske dommere og 3 domsmænd, stemte 3 af 6 dommere for at stadfæste, medens de øvrige 3 dommere i meget udførlige præmisser udtalte, at udtalelserne udgjorde en forhånelse og nedværdigelse af homoseksuelle personer og derfor var strafbare. Spørgsmålet om en udvidet ytringsfrihed af religiøse grunde nævntes ikke af disse dommere, hvorfor man må kunne udgå fra, at dette var uden betydning for dem. Da stemmerne stod lige, frifandt tiltalte. Danmark har desværre modsat Norge og Sverige næsten total anonymitet i straffesager med lægdommere, så vi véd ikke, hvordan stemmerne fordelte sig på juridiske og læge dommere. Efter dissensens udførlige, akademiske karakter er jeg dog nogenlunde sikker på, at de tre juridiske dommere stemte for at domfælde.

Den vigtigste nordiske praksis på området er svensk, særlig den uhyre grundigt

behandlede sag imod præst i pinsekirken Åke Green for "missaktning" af homoseksuelle i en prædiken 20. juli 2003 i Borgholm på Øland, afgjort af Högsta Domstolen 29. november 2005 (NJA 2005,805, tidligere domme Kalmar tingsrätt 20. juni 2004 og Göta hovrätt 11. februar 2005, udførligt skildret i utrykt eksamensarbejde af Josefin Moëll, Lunds Universitet 2005, som bl.a. aftrykker hele prædikenen). Allerede indledningen til prædikenen slog temaet an: "Är homosexualitet en medfödd drift eller onda maktens spel med människor?" Derefter citerede Green et antal bibelcitater, som han fortolkede og overførte på moderne foreteelser, ligesom han sammenkoblede homoseksualitet, som han kaldte en kræftsvulst, med pædofili og AIDS, ja endog kønslig omgang med dyr, "tidelag". Han begrænsede ikke udbredelsen til sin menighed, men inviterede pressen, som dog udeblev, hvorfor han distribuerede referat af prædikenen til bl.a. Ölandsbladet, som offentliggjorde den, hvorefter fulgte politianmeldelse og straffesag. Tingsrätten fastslog, at mission er lovlig, jf. også Kokkinakis-sagen fra Den europæiske Menneskeretsdomstol EMD, men at sagen ikke vedrørte forkyndelse, derimod "hets mot folkgrupp". Ved proportionalitetsafvejningen mellem Greens religionsfrihed og ytringsfrihed og begrænsningen af disse rettigheder, hvis udtalelserne udgjorde "hets mot folkgrupp", vejede minoritetsgruppens ret til beskyttelse tungest, og Green idømtes en måneds fængsel, strengere end dansk praksis, hvor ubetinget frihedsstraf kun anvendes i meget grove sager, særlig ved gentagelse. Over for hovrätten gjorde Green gældende, at det var hans ret og pligt som pastor at redegøre for Bibelens syn på homoseksualitet. Hovrätten betonedede meget stærkt religionsfriheden, understregede, at citering af religiøse tekster og opfordring til tilhørerne om at følge skriftens ord ikke af lovgiver er anset som omfattet af strafbarheden, og fastslog, at udtalelser under en prædiken kun "i sällsynta fall" kan bedømmes som "hets mot folkgrupp". Selvom Green var gået meget vidt, var hans tillæg og fortolkninger ikke gået længere end de bibelcitater, han støttede sig på, og retten mente ikke, at han anvendte prædikensituationen som et slør for at kunne angrebe homoseksuelle som gruppe. Herefter frifandtes Green. En dommer dissenterede for stadfæstelse. Rigsadvokaten appellerede til Högsta Domstolen og gjorde bl.a. gældende, at det ville have uoverskuelige konsekvenser at statuere straffrihed, blot fordi en religiøs tekst var inspirationskilde for en udtalelse. Det anførtes - efter min mening overbevisende - at de fleste religiøse tekster er opståede i en anden tid og under andre historiske og kulturelle forudsætninger, og at det ikke vil være vanskeligt at finde næring for krænkende udtalelser mod folkegrupper i disse tekster. Högsta Domstolen foretog en prøvelse i tre tempi. Det var åbenbart, at udtalelserne som udgangspunkt udgjorde en strafbar overtrædelse. Som andet led fastslog retten, at den grundlovsbeskyttede religions- og ytringsfrihed ikke hindrede en fældende dom mod Green. Det tredje og afgørende led var en analyse af EMD's praksis, som retten fortolkede derhen, at kun hvis udtalelsen opfordrede til vold eller kunne betragtes som "hate speech", var straf berettiget. Greens udtalelser kan ikke siges at opmuntre til eller retfærdiggøre had til homoseksuelle. De er fremkomne i en prædiken til en menighed om et tema i Bibelen; om trosopfattelsen er legitim eller ej, må ikke indgå

i afvejningen. Retten konkluderede, at i en hypotetisk sag for EMD ville denne ret formentlig antage, at begrænsningen af Greens ytringsfrihed var uproportionel og dermed en krænkelse af EMRK. Herefter stadfæstedes hovrättens frifindende dom. Högsta Domstolen når således det frappante resultat, at Green har bedre beskyttelse efter EMRK end efter den svenske grundlag, og det ses, at den religiøse ramme omkring udtalelserne i høj grad har medført dette resultat.

Dette støttes indirekte af en kort efter følgende dom i Högsta Domstolen (6. juli 2006, NJA 2006,467). Syv unge mænd (kun fire appellerede) fra foreningen "Nationellt motstånd" uddelte på en skole flyveblade, hvorefter homoseksualitet havde en moralsk nedbrydende effekt på "folkkroppen". De dømtes i tingsrätt, frifandtes i hovrätt under henvisning til den nylige Åke Green-sag, men dømtes med stemmerne 3-2 i Högsta Domstolen. Umiddelbart forekommer Åke Greens ytringer i den forrige sag værre - "cancersvulst" er en hårdere beskyldning end "moralisk nedbrytende effekt" - så forskellen må skyldes situationen ved spredningen af beskyldningerne (således Eva Jagander i NTfK 2007,236 ff.). De syv havde uddelt flyveblade på en skole, hvortil de ikke havde lovlig adgang, medens Green havde prædikeret i sin egen kirke. Det synes altså, som om det religiøse motiv og den religiøse ramme har medført en forøget ytringsfrihed.

Sagerne kan sammenholdes med Svea hovrätts dom af 25. oktober 1990 (RH 1991:20) mod "Ahmed R." som ansvarlig for nærradioen "Radio Islam", der af Justitiekanslern (JK) tiltaltes for en lang række fornærmelser mod jødedommen. Tiltalte hævdede selv, at hans formål var at "avlegitimere" jødedommen, zionismen og staten Israel. Bl.a. beskyldte programmerne jøderne for alskens seksuelle perversiteter (herunder at kosherslagtning genererer seksuelle lystfølelser!). Det påståede politiske formål hjalp ham ikke, og i begge instanser dømtes han til 6 måneders fængsel. I en tidligere afgørelse om samme program og samme ansvarlige (30. marts 1988) havde JK derimod besluttet at undlade tiltale, hvor angrebene mod jøderne alene bestod af bibelcitater og kommentarer til disse og dermed en påstand om, at den i disse citater indeholdte nedsættende karakteristik af jøderne også har gyldighed idag. JK fandt i og for sig, at der forelå "hets mot folkgrupp", men også, at der ikke var tilstrækkelig anledning til tiltale, bl.a. fordi han frygtede, at en retssag ville udarte til debat om Bibelens rette fortolkning. Da overtrædelsen var ringe og bøde var den sandsynlige straf, undlod han påtale. En muslims brug eller misbrug af den kristne Bibel nød således godt af en lignende udvidet ytringsfrihed som senere Åke Green, men da han forlod Bibelens sikre grund, var der ingen skånsel.

På et væsentligt punkt er praksis velgørende klar: Anvendes religiøse tekster ikke blot som udgangspunkt for forhånelser, "missagtning", men direkte trusler, er teksternes oprindelse ingen undskyldende omstændighed. I den danske sag UfR 2003,1428 ØL, dom af 14. marts 2003, havde en talsmand for den yderliggående muslimske organisation "Hizb-ut-Tahrir" udbredt løbesedler bl.a. med tekst: "Og dræb dem, hvorend I finder dem, og fordriv dem, hvorfra de fordrev jer" samt "Jøderne er et bagvaskende folk, og de er et folk, der forråder og bryder aftaler, og de opdiger løgne

og fordrejer ord fra deres rette sammenhæng, og de fratager uretfærdigt rettighederne og de har dræbt profeter og dræber uskyldige, og de er voldsomme i fjendskab til muslimerne, og Allah har forbudt os at tage dem til loyale venner." "Martyraktionerne" i Palæstina betegnes som legale aktioner, og jøderne kaldes tyranner, "hvis snavs bør fjernes". Det i denne sammenhæng interessante er, at den første sætning er et rent citat fra koranen, som i det følgende gives adresse til "jøderne". Hverken Københavns Byret eller Østre Landsret blot overvejede en lempeligere bedømmelse af korancitatet, men dommen betegnede entydigt sammenkædningen af korancitatet med de følgende udtalelser som en trussel mod jøderne, ligesom de øvrige udtalelser bedømtes som grov forhånelse og nedværdigelse af jøder. Straffen, 60 dages fængsel betinget, er i den øvre ende af dansk straffepraktis i sager om strfl. § 266 b.

Ved direkte trusler hjælper det således ikke den truende at tage udgangspunktet i en religiøs tekst.

Sammenfattende til dette afsnit ses således i både Danmark og - mest - i Sverige, jf. Åke Green-dommen, en tendens til lettere forøget ytringsfrihed, når en ytring, som ellers ville udgøre en strafbar overtrædelse, typisk som "hets mot folkgrupp" eller tilsvarende bestemmelser, bæres af et religiøst motiv, når den blot består af citering og snæver udlægning af skriftsteder, eller når den er fremkommet under en egentlig gudstjeneste, eventuelt som en kombination af disse hensyn. Ved grovere beskyldninger og direkte trusler ses ingen tendens til lempeligere behandling. Om ønskeligheden af denne faktiske retstilstand står jeg usikker. Jeg vil selv afvise generel privilegering af det religiøse motiv. Hvis en ateistisk tilhænger af Darwins evolutionslære og en troende kristen tilhænger af kreationsteorien lystigt injurierer hinanden, ser jeg ingen berettigelse i at give sidstnævnte et stærkere skjold i en hypotetisk sag efter straffelovens § 267 gennem en stærkere hensyntagen til hans motiv. Derimod vil jeg ikke ganske afvise mildere praksis, når en ytring alene består i citering og snæver udlægning af skriftsteder eller er fremkommet under en egentlig gudstjeneste, med mindre den ytrende, typisk præsten, selv har tilstræbt udbredelse for en videre offentlighed, som netop Åke Green gjorde det. Efter min opfattelse havde Åke Green forskertset sit krav på udvidet hensyntagen, da han selv tilkaldte pressen og distribuerede sin prædiken i avisen, hvorved den ikke længere kun var en prædiken med deraf følgende højere ytringsfrihed. Når ytringen først har forladt kirkens trygge omgivelser ved præstens egen handling, er det urimeligt at frifinde for "cancersvulst", men domfælde for "moralisk nedbrytende effekt" (om begge sager burde være faldet ud til frifindelse ud fra et generelt større hensyn til ytringsfriheden, uanset motiv - hos os er særlig Vagn Greve tilhænger af meget vidtgående ytringsfrihed - er et helt andet spørgsmål, som jeg ikke kommer nærmere ind på her). At et religiøst motiv ikke medførte en mildere bedømmelse af grove sager som sagerne imod "Radio islam" og Hizb-ut-Tahrir", er jeg helt helt enig i.

3. Forholdet mellem religions- og ytringsfrihed i et multireligiøst samfund

Endnu i 1905 kunne en anarkist i Københavns Kriminal- og Politiret blive dømt for blasfemi ved at have udtalt, at Bibelen var "noget Vrøvl" (UfR 1906,499, hvor straffen på 8 måneders forbedringshusarbejde dog ikke skyldtes denne udtalelse, der kun nævntes en passant, men en meget grov anarkistisk inspireret agitation, som opfattedes som opfordring til forbrydelser), men igennem det 20. århundrede er både Danmark og de øvrige nordiske lande blevet så gennemsekulariserede, at de sidste rester af direkte religiøs indflydelse på strafferetten er dunstet bort, måske med et lille forbehold for Island og Finland. Kristne påkalder ikke mere straffedomstolene som værn mod verbale angreb, jf. den finske ærkebiskops intervention i sagen fra 1983. Det er åbenbart, at ytringsfriheden bl.a. til at udtale endog meget stærk kritik af religionen er blevet mægtig styrket, og troende kristne har stort set affundet sig med det.

Dette billede er afgørende ændret som en følge af den omfattende indvandring fra folkerige lande, hvor hele eller næsten hele befolkningen er muslimsk. Jeg forsøger mig ikke med en religionssociologisk undersøgelse, og jeg tror såmænd gerne, at en væsentlig del - et flertal? - af de af navnlig muslimske indvandrere og deres efterkommere ikke lader troen styre deres liv, men omvendt er en del af dem stærkt troende, og nogle ønsker endog islamiske retsidealer lagt til grund for lovgivning og retspraksis og giver sommetider voldsomt udtryk herfor. Selvom muslimer kun udgør en procentvis ringe del af de nordiske befolkninger, hvor de lutheranske kirker er absolut dominerende, hvad enten de har status af statskirke eller ej, er de militante muslimer tilstrækkelig mange og synlige til, at det ikke er ukorrekt at karakterisere de nordiske samfund, i hvert fald Sverige og Danmark, som multireligiøse som anført i arrangøremes oplæg til mig. I øvrigt er langt fra alle indvandrere muslimer; mange er kristne fra andre kristne kirkesamfund end den evangelisk-lutherske kirke, og atter andre er hinduer, buddhister etc. Udfordringen fra islam er dog størst, også for den juridiske verden, af to grunde, for det første fordi islam i sine radikale former gør krav på at regulere og lovgive for hele samfundet, også for ikke-muslimer, for det andet fordi religionen i islamisk ret beskyttes mod angreb i meget høj grad, ikke blot mod blasfemi i den snævre forstand, hvor denne stadig udgør et rudiment i de europæiske straffelove, men også mod den blotte kritik, ja den enkelte muslims frafald fra troen straffes som apostasi efter islamisk ret. Den europæiske Menneskeretsdomstol beskytter proselytisme, jf. Kokkinakis-dommen, medens den blotte besiddelse af en bibel er strafbar i Saudi-Arabien.

Mit svar på spørgsmålet om, hvordan forholdet mellem religions- og ytringsfrihed bør reguleres i et multireligiøst samfund, er kortere end denne lange indledning. Retssamfundet, både lovgivningsmagten, den udøvende magt - særlig politi og anklagemyndighed - og domstolene, bør med fasthed forsvare de sidste generationers landvindinger for frisindet, og særlig domstolene bør fastholde, at retlige standarder defineres af retten, ikke af parterne. Ligesom jeg indtil 1989 i de evindelige sager om

”vold mod sagesløs person”, hvor de tiltaltes stadige forsvar var, at den forurettede havde provokeret dem på en sådan måde, at han ikke var sagesløs, fastholdt, at retten og kun retten havde definitionsmagten og dermed afgørelsen af, hvorvidt en påstået provokation gjorde den udøvede vold mere undskyldelig, er også i dag afgørelsen af, om et angreb på religionen - eller 12 tegninger af Muhammed i en dansk avis - er en strafbar forhånelse eller ej, i første omgang anklagemyndighedens og dernæst rettens, hvis sagen rejses, men aldrig parternes. En parts egen følelse af at være krænket kan ikke træde i stedet for rettens objektiverede opfattelse, ja den bør ikke engang influere den. Ved denne afgørelse kan og må retsopfattelsen i klagerens oprindelige hjemlande aldrig vinde indflydelse. De nordiske lande og andre liberale samfund sættes i disse år under yderligere pres, bl.a. ved ubehagelige resolutioner om beskyttelse af religionerne, læs: islam, i FN’s menneskeretsorganer, men også disse resolutioner bør modarbejdes og aldrig implementeres i intern ret. Det samme gælder med omvendt fortegn: Hvis en ytring i øvrigt må betegnes som strafbar, f.eks. som en trussel, tilkommer bedømmelsen retten alene, og påberåbelse af en særlig blomstrende sprogbrugs berettigelse som følge af hjemlige religiøse traditioner bør ikke have indflydelse på afgørelsen. Mit svar - som alligevel ikke blev så kortfattet - på det rejste spørgsmål er herefter, at retssamfundet bør være opmærksomt på udfordringen, men ikke lade denne vinde indflydelse på retsudviklingen.

4. Afslutning. Teserne

Sluttelig vil jeg opstille mine teser til drøftelse:

Tese 1: Religionsfriheden indebærer ikke en udvidet beskyttelse imod ytringer, og den rådende tiltale- og retspraksis, som afslår dette krav, må bifaldes.

Tese 2: Straffebestemmelser mod blasfemi bør ingensinde indføres. Hvor de består, bør de søges ophævet, i hvert fald i forbindelse med en gennemgribende revision af hele straffelovgivningen (som i Norge), men ideelt set også som en isoleret reform, uanset de uundgåelige reaktioner fra særlig muslimsk side.

Tese 3: Som udgangspunkt bør religiøse mennesker ikke have en udvidet ytringsfrihed, hvis de fremsætter ytringer, som bortset fra det religiøse motiv ville være blevet betegnet som lovstridige, f.eks. som ærekrænkelser eller ”hets mot folkgrupp”.

Tese 4: Den blotte citering af religiøse skriftsteder og en snæver kommentering af disse bør som udgangspunkt ikke medføre ansvar, herunder straf.

Tese 5: Udtalelser under den egentlige gudstjeneste bør som udgangspunkt ikke medføre ansvar; dette gælder dog ikke, hvis vedkommende forkynder selv bringer dem til en større offentligheds kundskab f.eks. ved at tilkalde pressen eller ved efterfølgende at rundkaste prædikenen.

Tese 6: Meget grove udtalelser, herunder særlig trusler og opfordringer til forbrydelser, bør altid straffes, uanset fremsættelsesformen og uanset teserne 4 og 5.

Tese 7: At de nordiske samfund i dag formentlig bør betegnes som multireligiøse, bør ikke influere retssamfundets regulering af forholdet mellem religionsfrihed og ytringsfrihed.

Frode Innjord

Almene råd og vejledninger – styring og skøn

Almene råd og vejledninger – styring og skøn

Advokat Frode A. Innjord, Norge

Gjennom utferdigelse av generelle retningslinjer for utøvelse av offentlig myndighet foretar forvaltningen prinsipielle veivalg som i praksis vil kunne ha stor – og ofte avgjørende – betydning for den enkeltes rettsstilling. Spørsmålet om hvilke krav som bør stilles til forvaltningens saksbehandling ved utarbeidelse av denne type retningslinjer, er i praksis viktigere enn den klassiske – men forholdsvis marginale – diskusjon om hvor langt forvaltningen kan gå i retning av å erstatte det individuelle skjønn med faste regler. Det er i dagens samfunn et naturlig krav at prinsipielle veivalg om bruk av offentlig myndighet gjøres til gjenstand for en åpen og demokratisk beslutningsprosess, der allmennheten gis anledning til å uttale seg før de endelige retningslinjer utferdiges. Det bør videre oppstilles som et ubetinget krav at generelle retningslinjer for utøvelse av offentlig myndighet gjøres tilgjengelige for allmennheten på en måte som gjør det enkelt å skaffe seg oversikt over dem, og det bør tas opp til vurdering om man i større utstrekning enn hittil skal la avvik fra generelle instruksjoner og veiledninger til skade for den private part få selvstendig betydning for gyldigheten av forvaltningens vedtak.

1. Innledning

Det følger av legalitetsprinsippet at forvaltningen ikke kan treffe vedtak som griper inn i borgernes rettssfære uten at dette har hjemmel i formell lov. Og selv om man er utenfor legalitetsprinsippet område – det er f.eks. tale om tildeling av ytelser fra det offentlige side – må forvaltningen i det enkelte tilfelle holde seg innenfor rammen av det som følger av gjeldende lover og forskrifter.

I noen tilfeller følger det direkte av loven hva vedtaket skal gå ut på; er først lovens vilkår i det enkelte tilfelle oppfylt, er forvaltningen forpliktet til å treffe det vedtak som loven foreskriver. I andre tilfeller nøyer loven seg med å trekke opp rammer for forvaltningens kompetanse. Innenfor disse rammene overlates det til forvaltningen å treffe avgjørelse i det enkelte tilfelle etter eget skjønn. Dette betyr ikke at forvaltningen står fritt til å bruke kompetansen etter eget forgodtbefinnende i den enkelte sak. For det første er den underlagt de alminnelige krav til saklighet, likhet og forsvarlighet som (negativt formulert) følger av læren om myndighetsmisbruk. Men også loven kan – og vil som regel – gi visse retningslinjer for skønnsutøvelsen som forvaltningen i det enkelte tilfelle er bundet av. I mange tilfeller vil det imidlertid være uklart hvilke retningslinjer som kan utledes av loven, og selv om man tar hensyn til alle de begrensninger som følger av loven og alminnelige forvaltningsrettslige

prinsipper, vil forvaltningen likevel sitte igjen med en tildels omfattende fullmakt til å avgjøre hvordan kompetansen skal benyttes.

Når forvaltningen gis diskresjonær kompetanse til å treffe avgjørelser i enkeltsaker etter eget skjønn, vil begrunnelsen som regel være at man er på områder hvor det er umulig å ha oversikt over alle de situasjoner som kan oppstå i praksis, og hvor lovgiver derfor har ansett det som ønskelig at forvaltningen får *frihet* til å basere myndighetsutøvelsen på en konkret vurdering av de forhold og de hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Dette vil f.eks. typisk være tilfelle hvor lovgiver vedtar et generelt forbud, men samtidig gir forvaltningen diskresjonær kompetanse til å dispensere fra forbudet i enkeltsaker.

At forvaltningen gis kompetanse til å treffe avgjørelser i enkeltsaker etter eget skjønn, ivaretar altså hensynet til fleksibilitet og behovet for individuelt tilpassede løsninger. Samtidig er det klart at et system basert på utstrakt bruk av diskresjonær myndighet for forvaltningen, kan fremstå som lite forutsigbart for borgerne. På områder hvor kompetansen er lagt til regionale eller lokale organer, vil det også kunne utvikle seg en ulik praksis som ikke er saklig begrunnet i stedlige forskjeller, og det kan også tenkes at lokale og regionale myndigheter utøver kompetansen på en måte som ikke er i samsvar med de politiske målsettinger og prioriteringer som sentrale myndigheter anser det som viktig å ivareta.

På denne bakgrunn vil det ofte fremstå som naturlig og ønskelig at sentrale myndigheter gir visse retningslinjer, både for lovforståelsen og skjønnsutøvelsen. Dette gjøres da også i stor utstrekning. De retningslinjer som gis, kan dels ha karakter av bindende *instruks*, dvs. direktiver som gis i kraft av avgiverorganets posisjon som overordnet forvaltningsorgan og som underordnede organer er forpliktet til å følge (i Danmark kalt *tjenestebefalinger*). Retningslinjene kan imidlertid også gis i form av *veiledninger*, dvs. råd og anbefalinger som gis av kraft av avgiverorganets posisjon som faglig ansvarlig for vedkommende forvaltningsområde uten å være formelt bindende for adressatene. I alle fall i Norge er det mitt inntrykk at bruken av veiledninger har blitt stadig mer utbredt i de senere år, og at de "veiledere" som sendes ut fra sentrale statlige myndigheter, stadig blir mer omfattende.

I praksis behøver ikke forskjellen mellom instruks og veiledninger være så stor, idet underordnede forvaltningsorganer normalt vil rette seg etter de "signaler" som kommer fra sentrale statlige myndigheter hva enten de er rettslig forpliktet til det eller ikke. Det samme gjelder trolig i stor grad også kommuner og "uavhengige" statlige forvaltningsorganer som ikke er underlagt alminnelig instruksjonsmyndighet. Veiledninger blir dermed et virkemiddel som sentrale statlige myndigheter kan bruke for *rent faktisk* å øve innflytelse på myndighetsutøvelsen også på områder hvor de ikke har noen formell instruksjonsmyndighet.

I tillegg til de retningslinjer som gis fra sentrale myndigheter, vil det også innenfor det enkelte organ kunne etableres det som gjerne kalles "hjemmelagde regler" for skjønnsutøvelsen. Slike regler kan enten være basert på formelle instruks gitt av styret eller ledelsen i vedkommende organ, eller på den praksis som organet har

fulgt og som etter hvert har fått preg av mer eller mindre faste regler. Bakgrunnen for at det etableres slik regler, vil ofte være et ønske om å forenkle skjønnstemaet slik at saksbehandlingen kan effektiviseres, men også hensynet til å fremstå som konsistente og sikre det grunnleggende kravet til likebehandling, kan selvsagt være en medvirkende årsak.

Det er ingen tvil om at både sentrale retningslinjer og ”hjemmelagde regler” spiller en stor rolle i forbindelse med forvaltningens utøvelse av diskresjonær myndighet. Den klassiske problemstillingen i tilknytning til dette har så langt vært hvor langt forvaltningen på denne måten kan gå i retning av å *standardisere* skjønnet. Denne problemstillingen – som neppe lar seg besvare generelt – vil jeg behandle i avsnitt 2 nedenfor. Etter mitt syn er det imidlertid to andre forhold som det er vel så viktig å sette fokus på – og da kanskje mer ut fra et rettspolitisk ståsted enn ut fra situasjonen de lege lata; nemlig hvilke krav som bør stilles til forvaltningens *saksbehandling* ved utarbeidelse av denne type retningslinjer og hva som bør være konsekvensen dersom retningslinjene *fravikes* til skade for den private part i enkelttilfeller. Disse problemstillingene vil jeg behandle i avsnitt 3 og 4 nedenfor.

2. Den klassiske problemstilling – adgangen til å standardisere skjønnet

Når standardisering av skjønnet gjennom interne regeldannelser har vært et så omdiskutert tema i den forvaltningsrettslige litteratur,¹ har dette sammenheng med forholdet til hjemmelsloven. Tanken har tradisjonelt vært at når hjemmelsloven overlater til forvaltningen å treffe avgjørelser i enkeltsaker etter eget skjønn, så forutsetter loven også at avgjørelsene treffes etter en *individuell vurdering* av de hensyn som gjør seg gjeldende det enkelte tilfelle.

Denne betraktningen er den bærende begrunnelse hos *Castberg* når han legger til grunn at overordnede forvaltningsorganer i kraft av instruksjons-myndigheten ikke kan gå lenger enn til å oppstille ”*almindelige retningslinjer for skjønnet*”,² og når han i fortsettelsen av dette uttaler:

”En ubetinget bindende instruks om at skjønnet skal utføres på den eller den måte i alle tilfeller som måtte oppstå, kan det overordnede forvaltningsorgan ikke gi. Dette vilde nemlig være i strid med lovens tanke, som må forutsettes å være at det underordnede organ som skal treffe avgjørelsen, skal utøve et visst skjønn angående hvert individuelt tilfelle som oppstår.”

I nyere norsk forvaltningsrettslitteratur har trenden gått i retning av å hevde at det ikke kan gis noe generelt svar på hvor langt forvaltningen kan gå i retning av å stan-

¹ For Norges vedkommende kan bl.a. nevnes *Frede Castberg*: Innledning til forvaltningsretten, Oslo (1938) side 56-58 og side 213-216, *Inge Lorange Backer*: Naturvern og naturinngrep, Oslo (1986) side 424-431 og *Torstein Eckhoff og Eivind Smith*: Forvaltningsrett, 8. utg., Oslo (2006) side 142-145.

² *Castberg* (1938) side 215

dardisere skjønnnet, men at dette må bero på en tolkning av det enkelte hjemmelsgrunnlag.³ *Backer* er den som trolig har gått lengst i å ta avstand fra den tradisjonelle lære, idet han synes å mene at forvaltningen på en rekke områder vil kunne standardisere skjønnnet slik at det i realiteten ikke blir noe igjen til en individuell skjønnsmessig vurdering.⁴

Selv om det utvilsomt er riktig at spørsmålet om forvaltningens adgang til å standardisere skjønnnet i *prinsippet* vil måtte bero på en tolkning av det aktuelle hjemmelsgrunnlag, har man i det praktiske rettsliv i Norge jevnt over tatt utgangspunkt i den *tolkningspresumsjon* som *Castberg* i sin tid forfektet.

Særlig har Stortingets ombudsmann for forvaltningen (Sivilombudsmannen) gått langt i retning av å knesette som et generelt prinsipp at når loven legger skjønnsmessig myndighet til forvaltningen, så medfører dette en plikt for forvaltningen til å foreta en konkret vurdering av de hensyn som gjør seg gjeldende i det enkelte tilfelle. Typisk er i så måte en uttalelse fra 2006⁵, hvor Sivilombudsmannen i tilknytning til spørsmålet om dispensasjon fra regelverket om kvoteordning for melk, fremholdt følgende:

”Hvorvidt dispensasjon skal gis i det enkelte tilfellet, vil avhenge av et konkret skjønn. Det følger både av formålet med dispensasjons-ordningen og bestemmelsens ordlyd, jf. kriteriet ”særlige tilfeller” og bruken av ordet ”kan”. *Den myndighet som ligger i dispensasjonsordningen innebærer ikke bare en rett til å utøve skjønn, men også en plikt til å utøve skjønn i den enkelte saken.* Forvaltningen må i den enkelte sak vurdere konkret om det foreligger et særlig tilfelle, som kan gi grunnlag for dispensasjon. *Dette spørsmålet har vært tatt opp i en rekke ombudsmannssaker.*

... saklig begrunnede retningslinjer kan være både ønskelig og nødvendig for å sikre en enhetlig praksis i samsvar med ordningens formål. Det må også aksepteres at de organer som praktiserer ordningen (Statens landbruksforvaltning og Klagenemnda) utarbeider en felles praksis som sikrer at regelverket blir håndhevet på en ensartet måte. Det vil imidlertid være i strid med dispensasjonsordningen å erstatte det konkrete skjønnnet med en hjemmegjort regel. Det vil også være regelstridig å operere med strengere vilkår for å få dispensasjon enn det som naturlig kan utledes av dispensasjons-hjemmelen og forskriftens formål.” (Mine uthevninger).

Når det gjelder rettspraksis, foreligger det ikke noe rent eksempel på at Høyesterett har opphevet et forvaltningsvedtak som ugyldig med den begrunnelse at forvaltningen har gått for langt i å standardisere skjønnnet. I de fleste tilfeller hvor spørsmålet har vært oppe, har imidlertid Høyesterett uttalt seg på en måte som trekker i retning av at det *ville* ha blitt ansett som en ugyldighetsgrunn dersom vedtaket *utelukkende* hadde vært basert på en mekanisk anvendelse av selvlagde regler.⁶ Samtidig etterlater

³ Eckhoff/Smith (2006) side 143

⁴ Backer (1986) side 427-428

⁵ Sivilombudsmannens årsmelding 2006 side 41

⁶ Se som eksempel Rt. 1955 side 1162, Rt. 1961 side 1359 og Rt. 1980 side 556

rettspraksis det inntrykk at domstolene gjennomgående stiller forholdsvis små krav til *graden* av individuelt skjønn.⁷

Typisk er i så måte dommen i Rt. 1980 side 556 som gjaldt gyldigheten av et avslag på søknad om fornyet drosjeløyve med tilhørende bestyrerordning. Etter gjeldende regelverk var dette en spesialtillatelse som bare kunne gis dersom søkeren ikke på annen måte var ”rimelig forsørget”, hvilket altså anga det avgjørende skjønnstema i saken. I et rundskriv fra 1974 hadde Samferdselsdepartementet gitt uttrykk for at stønader fra Folketrygden heretter skulle anses som rimelig forsørgelse i forhold til regleverket, og fornyelse av drosjeløyvet med tilhørende bestyrerordning ble på dette grunnlag nektet av løyveutvalget i Møre og Romsdal. Om betydningen av de nye retningslinjene uttalte førstvoterende med tilslutning fra de øvrige dommerne:

”Det ligger etter min mening innenfor departementets instruksjonsmyndighet å instruere de underordnede forvaltningsorganer om hvilket alminnelig økonomisk nivå som skal anses å representere en ”rimelig forsørgelse”. Med utgangspunkt i departementets generelle syn må så de underordnede organer foreta vurderingen i det enkelte tilfelle av om rimelig forsørgelse konkret foreligger.

Rundskrivet kan imidlertid virke noe kategorisk i sin uttrykksmåte; det har ikke fått en helt heldig form. Jeg finner likevel at det fornuftigvis ikke kan forstås slik at folketrygdens stønader i alle tilfelle - uansett løyvehaverens økonomiske stilling for øvrig, hans forsørgelsesplikt m.v. - skal anses for rimelig forsørgelse. *Rundskrivet må anses å ta sikte på normaltillfellene, og slik synes det også å ha blitt forstått av blant annet løyveutvalget i Møre og Romsdal.* Da utvalget tok opp saken om avviklingen av bestyrerordningen med Johan Aarø, ble han blant annet spurt om han forsørget andre enn seg selv. Det er derfor ikke grunn til å anta at saken er avgjort på skjematisk grunnlag uten at det er foretatt noen individuell vurdering av hans tilfelle. Det er for øvrig ikke opplyst noe som tyder på at det foreligger spesielle forhold som gjør det vanskeligere for Aarø enn for pensjonister flest å greie seg med folketrygdens grunnstønad. *Det kan således etter min oppfatning ikke bli tale om ugyldighet på grunnlag av at vedtaket skulle være truffet på et helt skjematisk grunnlag.*” (Mine uthevninger).

Skal man etter dette formulere et alminnelig utgangspunkt – eller en alminnelig tolkningspresumsjon – vil det for norsk retts vedkommende måtte bli at forvaltningen innenfor lovens rammer kan oppstille *generelle retningslinjer* for skjønnsutøvelsen, men ikke erstatte det individuelle skjønnnet med *faste regler* som helt ut bestemmer utfallet av den enkelte sak.⁸

⁷ Slik også Eckhoff/Smith (2006) side 143 som fremholder at domstolene har ”*strukket seg ganske langt*” for å godta vedtakene.

⁸ Tilsvarende utgangspunkt synes lagt til grunn i dansk forvaltningsrett, jf. blant annet Poul Andersen: Dansk forvaltningsret, 5. utg. (1965) side 357, Bent Christensen: Forvaltningsret, 2. utg. (1997) side 163.

Retningslinjer for skjønnsutøvelsen kan f.eks. gå ut på å angi *hvilke hensyn* som kan eller skal ta i betraktning ved vurderingen av den enkelte sak og *hvilken vekt* de ulike hensynene generelt skal tillegges. Retningslinjene kan også gå ut på å legge *føringer på skjønnsutøvelsen*, f.eks. ved å foreskrive at man på det aktuelle området skal føre en særlig restriktiv eller lempelig praksis med hensyn til å gi tillatelser og dispensasjoner, eller ved å oppstille "*hovedregler*" for normaltillfeller; dvs. tilfeller der ikke særlige grunner tilsier en annen løsning.⁹ Retningslinjene må selvsagt holde seg innenfor rammen av vedkommende hjemmelslov; det kan f.eks. ikke gis anvisning om å legge vekt på hensyn som etter loven må anses som utenforliggende. Og dersom det av loven kan utledes nærmere retningslinjer for skjønnsutøvelsen, f.eks. at tillatelse normalt skal gis med mindre det kan påvises konkrete og nærliggende skadevirkninger, vil ikke forvaltningen kunne oppstille en retningslinje som går ut på at tillatelse som hovedregel skal nektes. Så lenge man holder seg innenfor rammen av vedkommende hjemmelslov, har imidlertid den alminnelige oppfatningen vært at både forvaltningsorganet selv og overordnede forvaltningsorganer i vid utstrekning vil kunne oppstille denne type retningslinjer for skjønnsutøvelsen.

Det som har blitt ansett for å reise problemer i forhold til hjemmelsloven, er kun de tilfeller hvor forvaltningen har basert sin myndighetsutøvelse på *faste regler* som helt ut bestemmer – eller etter omstendighetene vil kunne bestemme – utfallet av den enkelte sak, slik at det ikke blir noe rom igjen for et individuelt skjønn. Det mest vidtgående eksempel på en fast regel vil være en instruks om *alltid* å bruke kompetansen på en bestemt måte, f.eks. å avslå alle søknader om dispensasjon uten noen nærmere, individuell vurdering. Som en fast regel vil man også måtte regne de tilfeller hvor det oppstilles absolutte *vilkår* for bruk av kompetansen. Poenget er her at det i de tilfeller hvor de fastsatte vilkår ikke er oppfylt, ikke vil bli foretatt en konkret vurdering av om det likevel kan være andre relevante forhold knyttet til den individuelle sak som tilsier at kompetansen benyttes. Man kan si at forvaltningen i slike tilfeller *begrenser skjønnstemaet* i forhold til den kompetanse som følger av loven. I Norge har Sivilombudsmannen i flere tilfeller kritisert at forvaltningen har begrenset skjønnstemaet ved på egen hånd å oppstille faste vilkår for bruk av ulike dispensasjonshjemler.¹⁰

Selv om det alminnelige utgangspunktet er klart nok, er det etter mitt syn liten grunn til å tro at man gjennom finjuridiske sondringer mellom retningslinjer og regler *i praksis* vil kunne begrense forvaltningens adgang til å standardisere skjønnnet i særlig grad. Dette henger dels sammen med at det kan være ganske hårfine forskjeller mellom regler og retningslinjer, og dels med at domstolene synes å stille

og *Jens Garde m.fl.*: Forvaltningsrett – Almindelige emner, 4. utg. (2004) side 268.

⁹ Se som eksempel *Sivilombudsmannens årsmelding 2005 side 142* hvor det ble godtatt at Domstoladministrasjonen ved sin praktisering av den nye godkjennelsesordningen for dommeres sidegjøremål, oppstilte en generell retningslinje om at godkjennelse av deltakelse i privat næringsliv bare kunne gis "*i helt spesielle tilfelle*".

¹⁰ Se som eksempel årsmeldingen for 1998 side 171 og årsmeldingen for 2006 side 41

ganske beskjedne krav til *graden* av individuelt skjønn, jf. blant annet den før omtalte avgjørelsen i Rt. 1980 side 556. Ganske særlig i de tilfellene hvor det gjennom instruks eller veiledninger er oppstilt "hovedregler" eller angitt løsninger for "normaltilfeller", vil nok "det individuelle skjønn" lett kunne bli mer av en *pliktøvelse* av hensyn til en mulig etterfølgende (og ofte velvillig) domstolskontroll, enn en realitet som betyr noe for sakens utfall.

3. Saksbehandlingen ved utferdigelse av interne retningslinjer for skjønnsutøvelsen

Uansett hvordan man ser på spørsmålet om hvor langt forvaltningen kan gå i retning av å standardisere skjønn, er det på det rene at de retningslinjer som gis fra overordnede organer har stor betydning for hvordan myndigheten utøves i enkeltsaker. Dette gjelder hva enten retningslinjene gis i form av bindende instruks (tjenestebefalinger) eller i form av rådgivende veiledninger. I de tilfeller hvor lov og forskrift levner forvaltningen et vidt spillerom for skjønn, vil ofte de *viktigste føringene* for myndighetsutøvelsen på vedkommende område bli fastlagt gjennom instruks og veiledninger utarbeidet av sentrale statlige organer, eventuelt også gjennom interne retningslinjer utarbeidet av vedtaksorganet selv.

På grunn av den store betydning som instruks og veiledninger har for myndighetsutøvelsen på ulike områder, er det påfallende at *saksbehandlingen* ved utarbeidelse av denne type retningslinjer er viet så lite oppmerksomhet i den juridiske debatt.

Backer har riktignok pekt på at i de tilfeller hvor forvaltningen oppstiller en intern regel som standardiserer den fremtidige skjønnsutøvelsen, må det stilles som krav at selve standardiseringen er basert på en skjønsmessig avveining av de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende.¹¹ Ut over dette synes imidlertid det alminnelig aksepterte utgangspunktet å være at det ikke kan oppstilles noen bestemte krav til saksbehandlingen ved utarbeidelse av generelle instruks og veiledninger.

Det er f.eks. ikke noen plikt for forvaltningen til å sende forslag til instruks og veiledninger ut på *offentlig høring* før de utferdiges. Dette i motsetning til det som gjelder når forvaltningen utøver delegert lovgivningsmyndighet gjennom utstedelse av forskrifter, jf. forvaltningsloven¹² § 37 annet ledd hvor det heter at "offentlige og private institusjoner og organisasjoner for de erverv, fag eller interessegrupper som forskriftene skal gjelde eller gjelder for eller hvis interesser særlig berøres, skal gis anledning til å uttale seg før forskriften blir utferdiget, endret eller opphevet".

Forvaltningsloven stiller også krav om at forskrifter skal kunngjøres (§ 38), og gjør dette til en betingelse for at de skal kunne påberopes overfor private rettssubjekter (§ 39). Spørsmål om kunngjøring av interne "tjenesteforskrifter og retningslinjer"

¹¹ Backer (1986) side 428

¹² Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

ble i Norge reist av fra *Forvaltningslovkomiteen*,¹³ uten at det førte frem til et formelt lovforslag.¹⁴ I innstillingen side 336 fremholdt komiteen at "både bestemmelser om tjenestens organisasjon, saksbehandlingen og de retningslinjer forvaltningen følger, har stor betydning ikke bare for tjenestemennene, men også for allmennheten". Komiteen mente imidlertid at et generelt krav om kunngjøring for mange forvaltningsorganer ville medføre "så vidt betydelig arbeid at de neppe vil makte det med rimelige midler". Komiteen nøyde seg derfor med å fremholde at generelle tjenesteforskrifter og retningslinjer av interesse for allmennheten i så stor utstrekning som mulig *burde* kunngjøres på en hensiktsmessig måte, hvilket også Justisdepartementet sluttet seg til i Ot.prp. nr. 38 (1964-65) side 118.

Bakgrunnen for at man i så liten grad har satt fokus på saksbehandlingen ved utferdigelse av generelle instruksjoner og veiledninger, er nok at dette i første rekke betraktes som *interne styringsinstrumenter* som retter seg til tjenestemennene i forvaltningen, og som – i motsetning til forskrifter – ikke er direkte bestemmende for borgernes rettsstilling. *Formelt* kan dette være riktig nok. Instruksjoner som gis i kraft av et forvaltningsrettlig overordningsforhold skaper kun plikter for underordnede organer og tjenestemenn. Instruksene er formelt ikke *bindende* for private rettssubjekter, og kan etter alminnelig oppfatning heller ikke *påberopes* av disse. En tjenestemann som treffer vedtak i strid med en instruks, handler pliktstridig, men vedtaket vil etter tradisjonell oppfatning ikke av den grunn bli ansett som ugyldig forutsatt at det ligger innenfor rammen av den kompetanse som vedkommende har etter lov og forskrift. For veiledninger er forholdet at de *overhodet* ikke har noen formelle rettsvirkninger. De er verken formelt bindende for underordnede forvaltningsorganer og tjenestemenn eller for private rettssubjekter. De begrenser heller ikke den kompetanse som forvaltningen har i henhold til gjeldende lover og forskrifter.

Dersom man utelukkende vurderer behovet for saksbehandlingsregler ut fra et formelt synspunktet om at utferdigelse av instruksjoner og veiledninger ikke er å anse som myndighetsutøvelse overfor private rettssubjekter, overser man imidlertid vesentlige realiteter. Gjennom utferdigelse av generelle retningslinjer for skjønnsutøvelsen foretar forvaltningen *prinsipielle veivalg* som i praksis vil kunne ha stor – og ofte avgjørende – betydning for den enkeltes rettsstilling. *Rent faktisk* vil interne retningslinjer i mange tilfeller ha samme funksjon som formelle forskrifter, og der retningslinjene får karakter av faste regler, kan det spørres om de ikke også må anses som dette.¹⁵

Uavhengig av formell klassifisering er det etter mitt syn et naturlig krav i dagens samfunn at prinsipielle veivalg om den fremtidige bruk av offentlig myndighet gjøres til gjenstand for en åpen og demokratisk beslutningsprosess, der allmennheten og de

¹³ "Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning", oppnevnt 5. oktober 1951. Komiteen avga sin innstilling 13. mars 1958.

¹⁴ I Danmark offentliggjøres generelle tjenestebefalinger normalt i *Ministrialtidende*, dog uten at denne offentliggjøringen har noen betydning for tjenestebefalingens rettsvirkninger, jf. *Garde m.fl.* (2004) side 98.

¹⁵ Se Sivilombudsmannens årsmelding 1998 side 171

som i særlig grad blir berørt, gis anledning til å uttale seg før de endelige retningslinjer utferdiges.

Nå kan det hevdes at en *ubetinget* regel om offentlig høring av alle generelle instruksjer og veiledninger vil kunne fremstå som unødvendig formalistisk, f.eks. der det kun er tale om kortfattede og rent informative rundskriv om innholdet av nye lover og forskrifter. Også forvaltningen må kunne drive *intern opplysningsvirksomhet* uten å "kveles" av stivbente krav til saksbehandling. Jeg ser at dette kan være en relevant innvending. Det jeg særlig har i tankene er imidlertid de tilfellene hvor forvaltningen gjennom instruksjer og veiledninger legger *selvstendige føringer på skjønnsutøvelsen*, f.eks. ved å oppstille "hovedregler" eller på annen måte angi retninger for skjønnet som ikke uten videre kan utledes av loven. At det kan finnes mange tilfeller hvor offentlig høring kan fremstå unødvendig fordi det bare er tale om intern opplysningsvirksomhet, kan ikke begrunne at også denne type prinsipielle veivalg skal kunne foretas "i lukkede rom" uten at allmennheten gis mulighet til å påvirke resultatet. Dette har også en side til kvaliteten av de retningslinjer som gis; gjennomgående er det grunn til å tro at "de kryssende hensyn som gjør seg gjeldende" vil bli bedre belyst gjennom en offentlig høring der de ulike interessergrupper gis anledning til å komme til ordet med sine synspunkter og erfaringer.

Det som er utfordringen, er følgelig å finne frem til regler som på en hensiktsmessig måte balanserer hensynet til forvaltningens behov for internkommunikasjon og allmennhetens interesser i å kunne påvirke viktige veivalg med hensyn til fremtidig utøvelse av offentlig myndighet, uten at man – som hittil – "skyller barnet ut med badevannet".

Et annet rimelig og naturlig krav er, som allerede påpekt av Forvaltningslov-komiteen i 1958, at de interne retningslinjer som forvaltningen baserer sin myndighetsutøvelse på, *gjøres kjent* for allmennheten på en hensiktsmessig måte. Dette er viktig både for å gi den enkelte mulighet til å forutberegne sin rettsstilling, og for å kunne påtale eventuelle avvik i enkeltsaker, jf. nærmere om dette i avsnitt 4 nedenfor.

På noen områder har forvaltningen systematisert de sentrale retningslinjene i publikasjoner som jevnlig oppdateres og som er tilgjengelige for alle. I Norge gjelder dette f.eks. innenfor skatteretten hvor Skattedirektoratet hver år utgir den såkalte "Lignings-ABC". Det kan diskuteres om det som sies i Lignings-ABC er å anse som bindende instruksjer eller bare veiledninger for ligningsetaten med hensyn til hvordan skattelovene skal tolkes og anvendes, men det er ikke det sentrale. Det viktige er at Lignings-ABC rent faktisk blir lagt til grunn av ligningsmyndighetene i praksis,¹⁶ og at de jevnlig oppdaterte utgavene av denne oppslagsboken derfor er et helt sentralt hjelpemiddel for dem som ønsker å forutberegne sin rettsstilling på dette området.

¹⁶ En spørreundersøkelse som Brinkmann og Eckhoff gjennomførte blant et landomfattende representativt utvalg av ligningsfunksjonærer på 1980-tallet (Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1/86), viste at Lignings-ABC ble brukt hyppigere enn noe annet hjelpemiddel, og at ligningsfunksjonærene var innstilt på å rette seg lojalt etter ABC'ens anvisninger selv om de fant resultatene mindre rimelige.

På mange andre områder er det mer tilfeldig hvordan interne retningslinjer i form av rundskriv o.l. gjøres kjent for offentligheten. Tidligere var det ofte et problem at rundskriv og andre interne retningslinjer ikke var allment tilgjengelige i åpne kilder. I dag er de fleste rundskriv og veiledninger lagt ut på avgiverorganets websider. Det er imidlertid fortsatt vanskelig å skaffe seg oversikt over alle relevante rundskriv og veiledninger, da disse sjelden er systematisert etter annet enn dato, og da det ofte vil være gitt retningslinjer fra flere organer, f.eks. både fra vedkommende fagdepartement og fagdirektorat. Å finne frem til alle relevante rundskriv i en konkret sak, kan følgelig være en ganske tidkrevende og – særlig ved advokatbruk – også kostbar affære.

Etter mitt syn bør det i dagens samfunn kunne oppstilles som et *ubetinget krav* til forvaltningen at generelle instruksjoner og veiledninger om utøvelse av offentlig myndighet, gjøres tilgjengelige for allmennheten på en måte som gjør det enkelt å skaffe seg oversikt over dem. I motsetning til som gjelder ved spørsmålet om offentlig høring, jf. ovenfor, er det liten grunn til å begrense et slikt krav til bare å gjelde instruksjoner og veiledninger av mer prinsipiell betydning. Også rene informasjonsskriv om nye lover og regler vil det kunne være av interesse for allmennheten å få kjennskap til.

Med dagens elektroniske kommunikasjonsløsninger vil det neppe være noe uoverkommelig arbeid å legge til rette for dette. Hovedutfordringen ligger i å etablere systemer som gjør det enkelt å finne frem til de relevante retningslinjene, uavhengig av *når* de er gitt og av *hvem* de er gitt. Dette vil f.eks. kunne oppnås ved at det – i likhet med hva som gjelder for forskrifter – stilles krav om at retningslinjene skal innholde en utvetydig henvisning til den eller de lovbestemmelser som de knytter seg til, og at de kunngjøres i et sentralt register – om ikke i fulltekst så i alle fall med en link til vedkommende avgiverorgan – slik at de er søkbare fra registeret via den aktuelle lovbestemmelse.

Forutsetningene for å utforme et regelverk som på en hensiktsmessig måte ivaretar allmennhetens behov for lett tilgjengelig informasjon om de retningslinjer som eksisterer, er i dag vesentlig bedre enn da Forvaltningslovkomiteen avga sin innstilling i 1958. Etter mitt syn er derfor også tiden nå overmoden for endelig å gripe fatt i denne oppgaven på en mer løsningsorientert måte enn tidligere.

4. Konsekvenser av at generelle retningslinjer fravikes til skade for den private part

Det tradisjonelle utgangspunktet er, som nevnt ovenfor, at instruksjoner og andre retningslinjer bare gjelder internt i forvaltningen. Instruksene skaper *plikter* for underordnede forvaltningsorganer og tjenestemenn, men berører ikke den *kompetanse* som forvaltningen har i henhold til gjeldende lover og forskrifter. At et vedtak er i strid med en instruks, vil derfor som utgangspunkt ikke bli ansett som en ugyldighetsgrunn. Dette samme gjelder selvsagt for veiledninger som ikke engang er rettslig bindende internt i forvaltningen.

Dersom generelle instruksjoner eller veiledninger har dannet grunnlag for en fast praksis, vil enkeltstående avvik fra denne praksis kunne fremstå som *usaklig forskjellsbehandling* og dermed medføre ugyldighet på dette grunnlag. I slike tilfelle er det imidlertid ikke bruddet på instruksjonen som sådan som betinger ugyldighet. Synspunktet vil derfor ikke kunne anvendes ved avvik fra *nye* retningslinjer som det ennå ikke har rukket å danne seg en fast praksis med utgangspunkt i, og heller ikke i tilfeller hvor forvaltningen *konsekvent* unnlater å følge opp sine egne retningslinjer.

Bakgrunnen for at brudd på instruksjoner og veiledninger ikke anses som ugyldighetsbetingende, er dels det rent formelle – at forvaltningen ikke uten særskilt hjemmel kan begrense sin egen kompetanse – men man ser også at det undertiden fremholdes som en del av begrunnelsen at instruksjoner som regel ikke er så godt kjent blant allmennheten at de bidrar til å skape forventninger om hva avgjørelsene skal gå ut på.¹⁷ Det siste er etter mitt syn et noe pussig argument, idet det bidrar til å legitimere – og kanskje også tilskynde – at forvaltningen unnlater å gjøre sine interne retningslinjer kjent for allmennheten. Argumentet er heller ikke så treffende som tidligere, idet de fleste interne retningslinjer i dag er offentlig tilgjengelige på internett – om enn ikke i en så systematisert grad som ønskelig, jf. ovenfor.

Slik jeg ser det, er det grunn til å ta opp til vurdering om man i større utstrekning enn hittil bør la avvik fra generelle instruksjoner og veiledninger til skade for den private part få *selvstendig* betydning for gyldigheten av vedtakene. Det er en rimelig forventning at forvaltningen i sin skjønnsutøvelse forholder seg til de retningslinjer som er fastsatt, både med hensyn til hvilke hensyn som skal i betraktning og med hensyn til hvilken vekt de ulike hensyn generelt skal tillegges. Er det i retningslinjene gitt ytterligere føringer for skjønnsutøvelsen, f.eks. at en tillatelse normalt skal gis hvis det ikke kan påvises konkrete og nærliggende skadevirkninger, er det også en rimelig forventning at forvaltningen forholder seg til dette ved vurderingen av den enkelte sak.

At man lar avvik fra de generelle retningslinjer som er fastsatt for skjønnsutøvelsen påberopes av den private part som en ugyldighetsgrunn, vil bidra til å fremme hensynet til forutberegnelighet og effektivisere den styring og samordning av myndighetsutøvelsen som normalt er formålet med slike retningslinjer. Så lenge det er tale om retningslinjer gitt av forvaltningsorganet selv eller av overordnet forvaltningsmyndighet, kan det heller ikke sies at man ved dette innsnevrer den kompetanse som forvaltningen er tillagt i lov og forskrift. Innenfor rammen av den lovbestemte kompetanse vil retningslinjene når som helst kunne endres med virkning fremover. Når det er tale om retningslinjer gitt av forvaltningsorganet selv eller overordnet forvaltningsmyndighet, er det normalt også liten grunn til å legge avgjørende vekt på om retningslinjene formelt er gitt som instruksjoner eller veiledninger.

Når det gjelder kommuner og "uavhengige" statlige forvaltningsorganer, vil det derimot neppe kunne komme på tale å tillegge det selvstendig betydning for gyldigheten av vedtaket at skjønnsutøvelsen har skjedd i strid med veiledninger gitt av

¹⁷ Se for eksempel Eckhof/Smith (2006) side 141

sentrale statlige myndigheter. Dette ville i så fall medføre at man innskrenket deres adgang til selvstendig myndighetsutøvelse i strid med lovens forutsetninger. Dersom kommuner og "uavhengige" statlige forvaltningsorganer *selv* har gitt retningslinjer for sin egen myndighets-utøvelse, vil imidlertid ikke loven kunne anses til hinder for å tillegge brudd på *slike* retningslinjer betydning for vedtakets gyldighet.

Hvor langt man *de lege lata* kan hevde at avvik fra interne retningslinjer til skade for den private part er noe som har selvstendig betydning for vedtakets gyldighet, fremstår som tvilsomt. For Danmarks vedkommende, hvor man tradisjonelt har inn tatt det samme utgangspunktet som i Norge, fremholder *Garde m. fl.* at det tradisjonelle synspunktet har vært under utvikling de siste år.¹⁸ Også i Norge har vi et par eksempler på at domstolene har kjent forvaltningsvedtak ugyldig med den begrunnelse at avgjørelsene er i strid med interne instruks¹⁹, men dette er forholdsvis gamle avgjørelser som hittil ikke har gitt grunnlag for noen generell oppmykning i det tradisjonelle synet om at brudd på interne instruks er uten selvstendig betydning for gyldigheten av vedtaket. Rundskriv og veiledninger kan imidlertid bli tillagt betydning på annen måte; enten ved at de anses som uttrykk for en *fast praksis* som det kan være i strid med likhetsgrunnsetningen å fravike uten saklig grunn, eller ved at de blir brukt som *tolkningsmomenter* ved fastleggingen av hvilke retningslinjer for skjønnsutøvelsen som kan utledes av *selve hjemmelsloven*. Brudd på slike retningslinjer vil selvsagt ha betydning for gyldigheten av vedtaket.

5. Avslutning

Jeg har i dette referatet forsøkt å sette søkelys på en del problemstillinger knyttet til den styring av forvaltningens myndighetsutøvelse som skjer gjennom generelle instruks og veiledninger. For en praktiker som i hovedsak befatter seg med enkelt-saker, kan det være lett å overse sammenhenger og utviklingstrender som foreløpig bare lar seg konstatere ved den bredere oversikt over saksfeltet som en akademisk tilnærming gir. Skal jeg sammenfatte mine synspunkter i fem teser som jeg mener at det kan være interessant å diskutere i et fellesnordisk forum, må det imidlertid bli som følger:

Gjennom utferdigelse av generelle retningslinjer for skjønnsutøvelsen foretar forvaltningen *prinsipielle veivalg* som i praksis vil kunne ha stor – og ofte avgjørende – betydning for den enkeltes rettsstilling.

Spørsmålet om hvilke krav som bør stilles til forvaltningens *saksbehandling* ved utarbeidelse av denne type retningslinjer, er i praksis viktigere enn den klassiske – men forholdsvis marginale – problemstilling om hvor langt forvaltningen kan gå i retning av å erstatte det individuelle skjønn med faste regler.

¹⁸ *Garde m.fl.* (2004) side 98, jf. side 136-141

¹⁹ Rt. 1952 side 554 og Rt. 1959 side 733

Det er i dagens samfunn et naturlig krav at prinsipielle veivalg om bruk av offentlig myndighet gjøres til gjenstand for en *åpen og demokratisk beslutningsprosess*, der allmennheten gis anledning til å uttale seg før de endelige retningslinjer utferdiges.

Det bør oppstilles som et ubetinget krav til forvaltningen at generelle instruksjer og veiledninger om utøvelse av offentlig myndighet, gjøres *tilgjengelige for allmennheten* på en måte som gjør det enkelt å skaffe seg oversikt over dem.

Det bør tas opp til vurdering om man i større utstrekning enn hittil bør la avvik fra generelle instruksjer og veiledninger til skade for den private part få selvstendig betydning for *gyldigheten* av forvaltningens vedtak.

Aðalheiður Jóhannsdóttir

Miljødemokrati – offentlighedens
deltagelse i beslutningsprocessen

Miljödemokrati – offentlighetens deltagelse i beslutningsprocessen

Docent *Aðalheiður Jóhannsdóttir*, Island

*Allmänhetens medverkan ingår i miljödemokratin men för att denna medverkan ska bli meningsfull måste allmänheten ha såväl tillgång till miljöinformation som möjligheter till rättslig prövning. Artikeln introducerar vissa åtgärder som de nordiska staterna har vidtagit för att säkerställa allmänhetens deltagande i beslutsprocessen och diskuterar dem i korthet och med ett komparativt syfte. För att behålla fokus krävs en viss bakgrundsteckning. Därför redogörs först för de argument som ligger bakom allmänhetens deltagande i beslutsprocessen i miljöärenden. Sedan redogörs kort för utvecklingen i USA:s rättspraxis samt för huvudprinciperna i Århuskonventionen. Alla nordiska länderna har ratificerat konventionen, utom Island. Efter detta presenteras en del särdrag i de lösningar som har valts i de nordiska länderna. Där-
efter redovisas vissa särdrag hos de i de nordiska länderna valda lösningarna och diskuteras huruvida lärdomar kan utväxlas. Slutligen finns en kortfattad sammanfattning och teser.*

1. Inledning

Allmänhetens deltagande i beslutsprocessen uppstod inom en viss ideologi för ett antal decennier sedan och avspeglar bl.a. en rättspraxis som inleddes i USA omkring 1970. Allmänhetens deltagande består typiskt sett av tre pelare. Den första gäller allmänhetens rätt till miljöinformation och information om de verksamheter som kan inverka på miljön. Den andra pelaren rör allmänhetens medverkan vid beslut som kan påverka miljön och den tredje angår allmänhetens rätt till rättslig prövning av beslut. Världssamfundet erkänner dessa rättigheter.¹ De åberopas i internationella konventioner varpå *Konvention om tillgång till information, allmänhetens deltagande i beslutsprocesser och tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor*² (Århuskonventionen) från 1998 är ett utmärkt exempel. Alla nordiska länder utom Island har ratificerat Århuskonventionen. Island står också utanför Europeiska unionen (EU) liksom Norge men förmodligen kommer de flesta av konventionens bestämmelser, d.v.s artiklarna 4-9, att ingå i EG³-rätten och avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet

¹ Se närmare Riodeklarationen om miljö och utveckling och principen nr. 10 om allmänhetens deltagande i beslutsprocessen. UN Doc, A/Conf.151/5/rev 1, 13 juni 1992.

² 38 ILM 517 (1999).

³ Europeiska gemenskapen (EG).

(EES-avtalet)⁴ eftersom EG-rätten utvecklas. Ändringarna i EG-rätten infördes på grund av EU:s anslutning till Århuskonventionen.⁵

2. Huvudargumenten för allmänhetens deltagande

Direkt medverkan av allmänheten vid utarbetandet av beslut som påverkar miljön anses bidra till ökat miljöskydd. Besluten antas bli mera omsorgsfullt utarbetade, tillämpningen av miljölagstiftningen framgångsrikare samt uppsatta mål torde uppnås bättre om allmänheten har en *faktisk* möjlighet att föra fram sina synpunkter bl.a. genom tillgång till rättslig prövning. Denna ståndpunkt bygger på ett antal premisser varav de flesta rör myndigheternas roll när de behandlar och fattar beslut som inverkar på miljön. De viktigaste är följande:

Myndigheter bör säkra rimlig balans mellan allmänna och enskilda intressen, exempelvis mellan dem som driver verksamhet som påverkar miljön och allmänhetens.

Myndigheter kan inte alltid ta hänsyn till alla intressen, i synnerhet om det råder djup oenighet mellan enskilda och allmänna intressen.

Det är inte självklart att allmänhetens intressen alltid ges företräde eftersom specifika intressen är vanligtvis författningsskyddade och allmänhetens intressen får vika om de saknar motsvarande skydd.

Myndigheter kan ibland inte fullfölja sina skyldigheter bl.a. på grund av bristande resurser.

Det är mera sannolikt att verksamhet som påverkar miljön följer lagstadgad miljökonsekvensbeskrivning (MKB) om allmänheten ges möjlighet att försvara allmänna intressen.

Tillämpningen av miljölagstiftningen baseras inte enbart på myndigheters bedömningar om allmänheten ges möjlighet att försvara dessa intressen.

Ovannämnda ökar respekten för miljölagstiftningen och bidrar till ökad omsorg vid beslutsfattandet vilket bidrar till ökat miljöskydd till gagn för allmänheten.

⁴ Se vidare EES-avtalets artikel 7 och Aðalheiður Jóhannsdóttir: "Iceland" i *Implementing the Precautionary Principle. Approaches from the Nordic Countries, EU and USA*, red. Nicolas de Sadeleer, Earthscan, London, Sterling, VA, 2007, p. 88.

⁵ Se närmare: rådets direktiv 85/337/EEG av den 27 juni 1985 om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt, EGT nr. L 175, 05/07/1985, s. 40, jfr. rådets direktiv 97/11/EG av den 3 mars 1997 om ändring av direktiv 85/337/EEG om bedömning av inverkan på miljön av vissa offentliga och privata projekt, EGT nr. L 73, 14/03/1997, s. 5; Europaparlamentets och rådets direktiv 03/35/EG av den 26 maj 2003 om åtgärder för allmänhetens deltagande i utarbetandet av vissa planer och program avseende miljön och om ändring, med avseende på allmänhetens deltagande och rätt till rättslig prövning, av rådets direktiv 85/337/EEG och 96/61/EG, EGT nr. L 156, 25/06/2003, s. 17; rådets direktiv 2001/42/EG av den 27 juni 2001 om bedömning av vissa planers och programs miljöpåverkan, EGT nr. L 197, 21/07/2001, s. 30; Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/4/EG av den 28 januari 2003 om allmänhetens tillgång till miljöinformation och om upphävande av rådets direktiv 90/313/EEG, EGT nr. L 41, 14/02/2003, s. 26, och också förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor KOM(2003) 624 slutlig – COD(2003) 246.

De punkter som nämnts här återger en dragkamp mellan olika intressen. De är också ett tecken på ändrade värderingar och vänder på sitt sätt upp och ner på den traditionella uppfattningen om myndigheternas roll vid beslutsfattandet.⁶

3. Talerätt och rättpraxis i USA

Strax efter 1970 började domstolar i USA godkänna att vissa icke ekonomiska och subjektiva intressen kunde ge enskilda personer och organisationer talerätt i miljöfrågor. Anledningen var bland annat att en ny miljölagstiftning gav medborgarna vissa rättigheter och lagstiftningens syfte var att säkra miljöns kvalitet för nu levande och kommande generationer.⁷ Såväl privatpersoner som organisationer återopade den nya lagstiftningen och domstolarna började godkänna deras engagemang och intressen.⁸ Denna utveckling innebar helt nya möjligheter för privatpersoner och miljöorganisationer till att väcka talan såsom några av de prejudicerande domarna är utmärkta exempel på.⁹

Målet som anses ha varit avgörande i denna utveckling var *Sierra Club mot Morton* från 1972.¹⁰

Twisten gällde om Sierra Club kunde vara målsägande i ett mål som rörde ett flertal beslut av offentliga instanser i samband omfattande anläggningsarbeten som påverkade miljön. Walt Disney Enterprises Inc. planerade anläggningen och hade tillstånd till att driva den i 30 år. Sierra Club drev saken inte på grund av att anläggningen innebar en direkt ekonomisk skada för föreningens medlemmar utan i första hand utifrån föreningens syfte och målsättning. En domstol biföll föreningens yrkande på föreläggande med motiveringen att vissa indicier fanns på att vederbörande myndigheter överträtt sina befogenheter. Utslaget överklagades och en högre instans kom till motsatt slutsats och menade att det inte påvisats att vare sig Sierra Club eller dess enskilda medlemmar påverkades av anläggningsarbetet på annat sätt än att de var emot det.

Skillnaden mellan dessa slutsatser är kortfattat att den högre instansen utgick från att man måste påvisa inskränkning av enskilda medlemmars intressen och i så fall kunde föreningen vara målsägande. Detta villkor var inte uppfyllt enligt den högre instansens bedömning. Den lägre instansen utgick emellertid från att föreningens syfte och målsättning avspeglade medlemmarnas intressen och utifrån det kunde

⁶ Se vidare Jonas Ebbesson "The Notion of Public Participation under International Law", 8 *Yearbook of International Environmental Law* 1998, Oxford University Press, Oxford 1998, s. 51-97, och närmare, s. 62-69.

⁷ Se t.ex. §§ 2, 101 och 102 i National Environmental Policy Act (NEPA) 42 U.S.C. §§ 4321-4345, och samt § 2-11 i Endangered Species Act (SEA) 16 U.S.C. § § 1531-1544.

⁸ På engelska: aesthetic, conservational or recreational interests.

⁹ Se t.ex. *Flast mot Cohen* 392 U.S. 83 (1968), *Association for Data Processing Organizations, Inc. mot Camp*, 397 U.S. 150 (1970) och *Barlow mot Collins* 397 U.S. 157 (1970).

¹⁰ *Sierra Club mot Morton* 405 U.S. 727 (1972).

föreningen vara målsägande utan att inskränkningen eller skadan direkt kunde kopplas till bestämda medlemmar.¹¹ Denna dom är intressant eftersom den faktiskt innehåller instruktion om hur miljöorganisationer ska väcka talan. I målet blev också erkänt att miljöskydd och friluftshintressen åtnjuter lagens skydd på samma sätt som andra intressen.

Domstolar i USA har därefter gått ännu längre. I *USA mot SCRAP*¹² från 1973¹³ var sakförhållandena kortfattat följande:

Fem juridikstudenter som bildade en informell förening protesterade mot 2,5% höjning av Amtraks godstaxa och menade att höjningen hade till följd en betydande miljöpåverkan. Studenterna hänvisade bl.a. till att de utnyttjade ett visst naturområde till friluftsliv och fiske och höjningen innebar en inskränkning av dessa möjligheter. Dessutom ledde höjningen till ökade luftföroreningar eftersom den uppmuntrade till användning av andra transportmöjligheter än tåg vilka innebar ökade föroreningar. Dessutom påpekades att någon miljökonsekvensutredning enligt NEPA-lagen §102¹⁴ inte gjorts i samband med höjningen, d.v.s. att myndigheterna inte följt en bestämd lagbestämmelse. USA:s HD bekräftade studenternas målsäganderätt samt att de lidit skada, om än minimal.¹⁵

Under 90-talet ryggade domstolar i USA, inklusive HD, något tillbaka och började ställa högre krav avseende intressen. Slutsatsen i *Lujan mot Defenders of Wildlife* nämns ofta som exempel på denna reträtt.¹⁶ Nancy K. Kubasek och Gary S. Silverman påpekar att slutsatsen inte fick långvariga följder och enligt deras bedömning är den snarare ett exempel på den lojalitet som rättens majoritet visade dåvarande regering.¹⁷

De slutsatser som kan dras av rättspraxisen i USA är åtminstone följande:

Miljö- och friluftshintressen åtnjuter lagens skydd på samma sätt och andra erkända intressen.

Det är möjligt att tvinga offentliga instanser att följa lagbestämmelser som har till syfte att främja miljöskydd.

Offentliga instanser har inte monopol på att tillvarata allmänhetens intressen, t.ex. miljöintressen.

Enskilda personer och miljöorganisationer har faktisk tillsynsmakt i allmänhetens tjänst.

¹¹ Se närmare: Robert L. Fischmann och Mark S. Squillace: *Environmental Decisionmaking*, 3. uppl. Anderson Publishing Co, Ohio 2000, s. 79-86.

¹² *Students Challenging Regulatory Agency Procedures*, SCRAP.

¹³ *USA mot Students Challenging Regulatory Agency Procedures*. 412 U.S. 669 (1973).

¹⁴ NEPA. 42 U.S.C. §§ 4321-4345.

¹⁵ Se närmare: *USA mot Students Challenging Regulatory Agency Procedures*. 412 U.S. 669 (1973).

¹⁶ *Lujan mot Defenders of Wildlife*. 504 U.S. 555 (1992).

¹⁷ Nancy K. Kubasek och Gary S. Silverman: *Environmental Law*, 4. uppl. New Jersey 2002, s. 56.

4. Århuskonventionens huvudprinciper

Århuskonventionen utarbetades av medlemsländerna i FN:s ekonomiska kommission för Europa (ECE), undertecknades den 25 juni 1998, och trädde i kraft den 30 oktober 2001. För närvarande har 41 stater ratificerat konventionen, däribland Danmark, Finland, Norge och Sverige. Bland det som kännetecknar Århuskonventionen är att anslutningsländerna till viss grad bestämmer själva hur vidsträckta allmänhetens rättigheter är men de måste trygga att nödvändiga lagändringar görs för att dessa rättigheter ska bli effektiva. Konventionens mål anges i artikel 1:

”För att bidra till att skydda den rätt som var och en i nuvarande och framtida generationer har att leva i en miljö som är förenlig med hans eller hennes hälsa och välbefinnande skall varje part garantera rätten att få tillgång till information, allmänhetens rätt att delta i beslutsprocesser och rätten att få tillgång till rättslig prövning i miljöfrågor i enlighet med bestämmelserna i denna konvention.”

Det bör framhållas att varken artikel 1 eller konventionen som sådan anses medföra en självständig rätt att kräva att miljö eller naturresurser håller en viss kvalitet och konventionen saknar helt bestämmelser som tillåter en sådan tolkning. Konventionen innehåller processuella regler¹⁸ och syftet är att trygga att allmänheten åtnjuter vissa och allmänt erkända mänskliga rättigheter, bl.a. rättigheter som säkras med Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR).

Århuskonventionens tyngdpunkt är tre interaktiva pelare. Första, A, informationspelaren artiklarna 4 och 5; B, andra pelaren, deltagandepelaren, som rör allmänhetens deltagande vid utarbetandet av olika beslut som påverkar miljön, jfr. artiklarna 6-8. Första och andra pelaren har så samband med den tredje pelaren, C, som rör tillgång till rättslig prövning, jfr. artikel 9. Allmänheten ska kunna begära rättslig prövning, i domstol eller något annat oberoende och opartiskt organ, av olika myndighetsbeslut som sorterar under första och andra pelaren och likaså om tvivel råder om miljölagstiftningen följts enligt artikel 9.3, pelaren D.

¹⁸ Se närmare t.ex. Philippe Sands: *Principles of International Environmental Law*, s. 292.

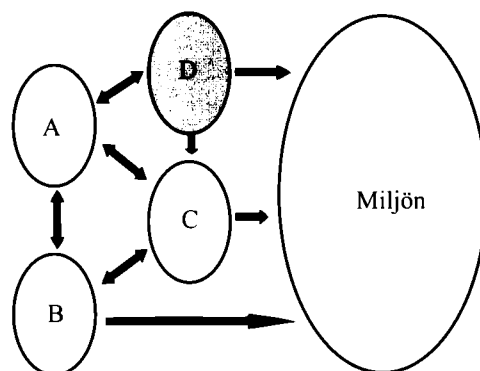


Fig. 1

Fig. 1 visar hur de tre pelarna A (artiklar 4 och 5), B (artiklar 6-8) och C (artiklar 9.1-2 och 9.4-5) interagerar. Den visar också hur D (artikel 9.3) är på visst sätt självständig gentemot A och B.

I konventionen definieras allmänhet som "en eller flera fysiska eller juridiska personer och, i enlighet med nationell lagstiftning eller praxis, föreningar, organisationer eller grupper bestående av fysiska eller juridiska personer". När det hänvisas till allmänhet i konventionens bestämmelser kan det således såväl avse enskild person eller personer som juridiska personer såsom föreningar, organisationer eller grupper. För att allmänheten ska kunna utnyttja de rättigheter som konventionen tar upp ställs *inte* som villkor att personen, personerna eller föreningen ifråga har intressen att bevaka i traditionell mening. *Alla* ska ha denna rätt "utan diskriminering på grund av medborgarskap, nationalitet eller hemvist eller, när det gäller juridiska personer, var personen har sitt registrerade säte eller sin huvudsakliga verksamhet".¹⁹ Berörd allmänhet definieras som "den allmänhet som berörs eller kan beröras av eller som har intresse av ett beslut på miljöområdet ... icke-statliga organisationer som främjar miljöskydd och som uppfyller de krav som uppställs i nationell rätt anses ha ett sådant intresse." Här avses en viss, definierad del av allmänheten, d.v.s. de som berörs. Det är klart att här avses inte enbart den del av allmänheten som vanligtvis har legitima intressen att bevaka.²⁰ Om man utgår från en sådan tolkning så vore det knappast nödvändigt att ta upp det i en internationell konvention. Stycket kan således tolkas på olika vis, t.ex. som ett direkt erkännande av subjektiva intressen, men också som en hänvisning till det samband som uppstår genom allmänhetens, eller viss del av allmänhetens, delta-

¹⁹ *The Aarhus Convention an Implementation Guide*, United Nations, New York och Geneve, 2000, s. 39-40. Samt Århuskonventionens artikel 3.9, och *ibid.* s. 48.

²⁰ Se artikel 6.5, där varje part bör i förekommande fall uppmuntra potentiella sökande att innan de ansöker om tillstånd göra klart för sig vilken allmänhet som berörs, inleda diskussioner med den och informera om syftet med sin ansökan.

gande vid utarbetandet av beslut. Det råder dock ingen tvekan om att miljöorganisationer som uppfyller lagens krav har intressen att bevaka enligt konventionen.²¹

4.1 Första pelaren – tillgång till information och spridning av miljöinformation

Århuskonventionens första pelare rör dels allmänhetens tillgång till miljöinformation, dels insamling och spridning av information, jfr. närmare artiklarna 4-5. Rätten föreligger oavsett om den som begär information har intressen att bevaka eller ej. Rätten är inte obegränsad och begäran kan avslås i vissa fall som anges i artikel 4.3-4. Det gäller bl.a. sekretessbelagd information, privaträttsliga intressen och vissa miljöskyddsintressen, t.ex. uppgifter om parningsplatser för sällsynta arter. Grunder för avslag ska tolkas restriktivt. Om myndighet avslår begäran ska avslaget motiveras. Samspelet mellan artikel 4 och artikel 9 betyder att det vid avslag ska vara möjligt att få beslutet överprövat av en domstol eller annan opartisk instans.²² Reglerna i artikel 5 är av något annat slag. Anslutningsländerna är skyldiga att systematiskt insamla miljöinformation och sprida information bl.a. vid miljöhot. Informationsspridningen ska vara öppen och informationen ska finnas fysiskt tillgänglig m.m. Myndigheterna ska också stimulera dem som utövar verksamheter som har en betydande påverkan på miljön att informera allmänheten om sina verksamheters och produkters miljöpåverkan. Slutligen kan nämnas att enhetliga landsomfattande system (databaser) gradvis ska införas för inventering och registrering av föroreningar.²³

4.2 Andra pelaren – allmänhetens deltagande i beslutsprocesser

Konventionens andra pelare, artiklarna 6-8, rör allmänhetens deltagande i processen vid förberedandet av miljöpåverkande beslut. Pelaren är tredelad.

i) Angivna verksamheter och drift – artikel 6

Artikel 6 innehåller minimibestämmelser och enskilda anslutningsländer kan gå längre i sin lagstiftning. Artiklen gäller utarbetandet av vissa beslut, i första hand koncessioner (verksamhetstillstånd, driftstillstånd, undersökningstillstånd o.s.v.), vid omfattande, lokal verksamhet och som anges i bilaga I. Artikel 6 tillämpningsområde är dock inte begränsat till bilaga I. Den gäller även verksamheter som kan ha betydande inverkan på miljön fast de inte finns upptagna i bilagan. I detta sammanhang bör påpekas att miljökonsekvensbeskrivning (MKB; artikel 6.6) är ett beslutsunderlag men inte tillståndsgivning eller förberedelse för sådan och kan i vissa fall kräva en särskild behandling enligt lag.²⁴

²¹ Se närmare: Aðalheiður Jóhannsdóttir och Eiríkur Tómasson: *Endurskoðun ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfið*, Lagastofnun 2008.

²² *The Aarhus Convention an Implementation Guide*, s. 49-66.

²³ *Ibid.* s. 66-84.

²⁴ *Ibid.* s. 90-92. Se också diskussion om tillståndsgivning enligt artikel 6 enligt isländsk rätt i

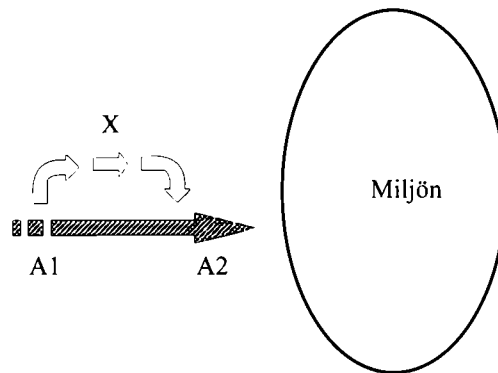


Fig. 2

Denna skillnad framgår av Fig. 2. Den horisontella pilen, A1-A2, anger processen vid tillståndsgivning avseende verksamhet som hör under artikel 6. Vanligen tar förberedelserna, d.v.s. insamling av material, MKB, samråd och behandling en viss tid. MKB-behandlingen, och i förekommande fall andra särskilda utredningar som behövs för tillstånd, följer vissa handläggningsregler, X. Det är en självständig process som ska vara avslutad *innan* beslut om tillstånd fattas. Berörd allmänhet bör upplysas i tid och på ett tillfredsställande sätt om olika saker som rör den planerade verksamheten. Allmänhetens deltagande ska ske i ett tidigt skede när alla alternativ är möjliga. I annat fall har allmänhetens deltagande begränsad mening. Potentiella sökande ska uppmuntras att göra klart för sig innan de söker om tillstånd vilken allmänhet som berörs och inleda diskussion med den bl.a. om syftet med deras ansökan. Motiveringen för detta är att tillståndssökanden har god överblick över vilka som berörs av den aktuella verksamheten. Denna metod innebär också ökad förståelse för den planerade verksamheten och bidrar till att förlikning om den uppnås.²⁵ Berörd allmänhet ska ges möjlighet att ta del av information om den föreslagna verksamheten och den ansökan som ska beslutas om. Dessutom ska myndigheterna ge berörd allmänhet tillgång till information som är av betydelse för beslutsprocessen så snart den blir tillgänglig.²⁶ Hit hör information om verksamhetens lokalisering och fysiska och tekniska egenskaper, beskrivning av verksamhetens påverkan på miljön (MKB) och planerade åtgärder för att minska miljöpåverkan, icke-teknisk sammanfattning, översikt över de huvudalternativ som sökanden överväger och slutligen de viktigaste rapporter och yttranden som inlämnats. Medan beslutsprocessen pågår ska allmän-

Aðalheiður Jóhannsdóttir: "Samrýmast íslensk lög 6. gr. Árósasamningsins?" *Útfljótur*, 2. töl. 2003, 56. árg. s. 215-216.

²⁵ *The Aarhus Convention an Implementation Guide*, s. 103.

²⁶ Detta avser MKB.

heten ha möjlighet att lämna sina synpunkter, upplysningar, analyser m.m. som den anser vara av betydelse för den föreslagna verksamheten och alla parter ska se till att i beslutet tas *vederbörlig hänsyn* till vad som framkommit vid allmänhetens deltagande. Berörd allmänhet ska få reda på vilka myndigheter som har hand om ärendet, vem eller vilka som är tillståndsgivare, när processen börjar, möjligheter att medverka, när och var offentliga möten hålls, var information finns att tillgå, vilka myndigheter som tar emot anmärkningar och slutligen om verksamheten kräver MKB. Slutligen fattar vederbörande myndighet ett beslut. Allmänheten ska informeras om beslutet så snart det fattats och beslutstexten ska vara tillgänglig för allmänheten tillsammans med de skäl och överväganden som beslutet grundats på. Bestämmelserna i artikel 6 ska också i möjligaste mån tillämpas på beslut som gäller tillstånd till avsiktligt utsättning av GMO.²⁷

ii) Planer, program och riktlinjer – artikel 7

Enligt artikeln ska parterna vidta lämpliga åtgärder för att säkra allmänhetens deltagande vid utarbetandet av planer och riktlinjer som rör miljön. Allmänhetens deltagande ska ske enligt transparenta regler varvid artiklarna 6.3-4 och 6.8 är tillämpliga. Vederbörande myndighet är skyldig att fastställa vilken allmänhet som får delta. Vilka inskränkningarna är exakt framgår inte av artikel 7 utan de får bestämmas nationellt. Artikel 7 innehåller inte särskilda bestämmelser om allmänhetens deltagande vid utarbetandet av *riktlinjer*. Parterna är endast skyldiga att se till att allmänheten kan delta vid utarbetandet i lämplig utsträckning.

iii) Lagar och andra författningar – artikel 8

Texten i artikel 8 skiljer sig något från den i artikel 7, den är inte lika bestämd och tillämpningsområdet är snävare eftersom utgångspunkten är att lagar och andra författningar kan ha betydande påverkan på miljön. I artikel 8 sägs att parterna ska sträva efter att främja ett effektivt deltagande från allmänhetens sida, medan det fortfarande finns alternativ, vid utarbetandet av lagar och andra författningar med allmän rättsverkan och som kan ha betydande påverkan på miljön. Förslag till regler ska göras tillgängliga för allmänheten och tillräcklig tid fastställas för att allmänheten kan inkomma med synpunkter direkt eller genom representativa rådgivande organ.²⁸ Slutligen sägs att vad som har framkommit under allmänhetens deltagande skall i möjligaste mån beaktas. Utgångspunkten är att förslag presenteras innan det framläggs i parlamentet, d.v.s. presentationen är tänkt som en särskild handling hos den verkställande makten²⁹ vilket dock givetvis inte är bindande för den lagstiftande makten.

²⁷ *The Aarhus Convention an Implementation Guide*, s. 89-113. Se även diskussion om artikel 6 och isländsk rätt i Aðalheiður Jóhannsdóttir: "Samrýmast íslensk lög 6. gr. Árósasamningsins?", s. 207-211, 213-218 och s. 222-223; 5.6. *Niðurstada um íslensk lög*.

²⁸ Det framgår inte av konventionen eller förklaringar till den vilka parter avses.

²⁹ Se närmare: *The Aarhus Convention an Implementation Guide*, s. 119-122.

4.3 Tredje pelaren – tillgång till rättslig prövning – artikel 9

I artikel 9.1 finns en koppling till konventionens första pelare, A, men endast artikel 4, d.v.s. informationspelaren. Parterna ska se till att den som begärt information i miljöärendet enligt artikel 4, men begäran har lämnats obeaktad eller helt eller delvis felaktigt avslagits, ska kunna få det prövat av domstol eller annan opartisk instans som inrättats genom lag. Vidare framgår att om en part utnyttjar sådan domstolsprövning avseende beslut som fattats enligt artikel 4 så ska berörd person även ha rätt till ett snabbt, lagstadgat och avgiftsfritt, eller till låg avgift, prövningsförfarande hos myndighet eller opartisk instans. Den överprövande instansens beslut måste vara bindande.

Kopplingen till konventionens andra pelare, B, finns i artikel 9.2. Parterna ska se till att allmänheten, och i vissa fall berörd allmänhet, har vissa rättigheter under beslutsprocessen och efter att beslut fattats. Parterna ska se till att åtagandena enligt artikel 6 inkorporeras i nationell rätt. I stora drag är det följande:

- skyldighet att informera berörd allmänhet;
- skyldighet att respektera allmänhetens rätt att inkomma med synpunkter;
- tillståndsgivarens skyldighet att ta hänsyn till allmänhetens synpunkter;
- tillståndsgivarens skäl och överväganden måste föreligga när beslut fattas;
- skyldighet att informera allmänheten om beslutet, och
- möjlighet att få giltigheten av alla beslut prövad.

Inledningsvis sägs i 9.2 att parterna i sin nationella lagstiftning ska se till att berörd allmänhet har möjlighet att få giltigheten, både materiellt och formellt, av alla beslut som omfattas av artikel 6 prövad av domstol eller opartisk instans. Sedan heter det att lagskyddade intressen ska avgöras i enlighet med nationell rätt och med målet att ge berörd allmänhet vidsträckt rättigheter inom ramen för konventionen. Det betonas att miljöorganisationer, som uppfyller de krav, som avses i artikel 2.5, anses ha lagskyddade intressen i detta sammanhang. Slutligen sägs att bestämmelserna i artikel 9.2 inte utesluter att berörd allmänhet har möjlighet att begära preliminär prövning hos myndighet och att det inte påverkar kravet att saken får prövas i domstol först efter det att administrativa prövningsförfaranden är uttömda.³⁰ Det kan också vara värt att titta närmare på vad som kan överprövas. I artikel 9.2 utgår från att det är möjligt att få överprövat ”den materiella och formella giltigheten av ett beslut, en handling eller underlåtenhet som omfattas av artikel 6”. Enligt detta ska det vara möjligt för allmänheten, eller berörd allmänhet, att få prövat om vissa rättigheter kränkts i beslutsprocessen.³¹

Artikel 9.3, pelare D, är av en annan art. Tillämpningsområdet är inte begränsat till rätt till information enligt artikel 4 eller allmänhetens deltagande i utarbetandet av beslut som omfattas av artikel 6, och i förekommande fall artiklarna 7-8. Som sådan är artikel 9.3 en självständig bestämmelse utan anknytning till vare sig första

³⁰ *The Aarhus Convention an Implementaiton Guide*, s. 130 och Eiríkur Tómasson: ”Takmarkanir á úrskurðarvaldi dómenda skv. 60. gr. stjórnarskrárinna”, *Úlffjótur*, 4. tbl. 1984, s. 191.

³¹ *The Aarhus Convention an Implementation Guide*, s. 129.

eller andra pelaren. Enligt denna ska parterna säkra att allmänheten kan se till att miljölagstiftningen efterlevs, om det visar sig vara nödvändigt. Det är anslutningsländerna själva som bestämmer exakt vem som har denna rättighet. Som nämnts är det dock konventionens mål att denna rättighet blir så vidsträckt som möjligt.³²

Enligt artikel 9.4 ska förfarandena i artikel 9.1-3 erbjuda tillräckliga och effektiva rättsmedel, inbegripet förelägganden, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 9.1. Rättsmedlen ska vara objektiva, rättvisa, snabba och inte oskäligt dyra. Beslut som fattas enligt denna artikel ska meddelas eller registreras skriftligen. Allmänheten ska också ha möjlighet att begära förelägganden eller vidta andra temporära åtgärder. Med tanke på temporära åtgärder är klart att vanliga regler gäller om målsäganderätt vid ett sådant ingripande. Stater som utgår från traditionell intressebedömning, d.v.s. lagskyddade intressen, måste således ändra lagen för att uppfylla konventionens bestämmelser. Parterna är emellertid skyldiga att undanröja allt i nationell lag, som hindrar att rättigheterna blir effektiva, liksom andra hinder, bl.a. fördomar. Vad gäller kostnad så behöver anslutningsländerna eventuellt vidta särskilda åtgärder, t.ex. bidrag, för att allmänheten ska ha en faktisk möjlighet att utnyttja konventionens medel.³³

Artikel 9.5 innehåller allmänna bestämmelser som är avsedda att göra bestämmelserna i artikel 9 ännu effektivare. Varje part ska se till att allmänheten informeras om tillgången till prövning och de ska överväga lämpliga stödåtgärder för att undanröja eller minska ekonomiska och andra hinder. Åtagandet i artikel 9.5 innebär att anslutningsländerna måste dels öka informationen om de rättsmedel som finns, dels undanröja de hinder som kan finnas för att allmänheten utnyttjar de rättigheter som konventionen är avsedd att ge.³⁴

5. Hur har implementeringen skett?

Det är svårt att få överblick över hur Århuskonventionen implementerats i de nordiska ländernas rättssystem och hur eller om allmänheten deltar i beslutsprocessen. Det bör emellertid påpekas att allmänhetens rätt till information i miljöfrågor är väl

³² *Ibid.* s. 130-131. För att uppfylla åtagandena i artikel 9.3 finns i huvudsak två alternativ. Dels att erkänna allmänhetens målsäganderätt så att enskilda personer eller organisationer kan direkt genom domstolar eller opartiska instanser se till att miljölagstiftningen följs, dels att allmänheten kan t.ex. genom besvär eller överklaganden medverka till att miljölagstiftningen följs. Om detta låter sig göra beror på miljölagstiftningens bestämmelser. Ju otvetydigare den är, ju enklare blir det. Argumentet för denna bestämmelse är i första hand att effektiva tillsynsmöjligheter från allmänhetens sida ger myndigheterna (som oftast tillståndsgivare och kontrollinstanser) fastare kurs och således kan allmänhetens intressen säkras på ett bättre sätt.

³³ *Ibid.* s. 132-134.

³⁴ *Ibid.* s. 135-136.

sákrad i Norden. Detta har oftast skett genom en särskild lag.³⁵ Rätten till att yttra sig när planer och beslut, som baseras på miljökonsekvensbeskrivning, förbereds är rent allmänt också väl säkrad i nordisk rätt. Det finns inga påfallande brister i det hänseendet.

Det är synnerligen krångligt att utreda alla tillståndsgivning enligt artikel 6 och hur eller om dessa tillstånd kan överprövas enligt artikel 9.2, de artiklar som är förmodligen konventionens viktigaste avsnitt. Det är dock klart att de nordiska länderna har, vart och ett på sitt sätt, försökt säkra allmänhetens rätt till att medverka i beslutsprocessen. Betoningen i följande genomgång blir således på implementeringen av artikel 6 och artikelns samspel med artikel 9.2. Det är inte fråga om en systematisk jämförelse, en sådan tar antagligen flera år att genomföra. I stället behandlas på ett mera allmänt sätt några av de metoder som använts. Jag har här använt mig av metoden att främst utgå från vad som kan anses vara ”inneboende” i respektive lands lag.

Först måste några punkter vara på det klara. Nordisk lagstiftning är sådan att tillståndsgivning enligt artikel 6 hör under många myndigheter på olika förvaltningsnivåer. Vissa tillstånd utfärdas på regeringsnivå, andra av domstolar, somliga av nationella eller regionala myndigheter och några av kommunerna. För det andra så går nordiska domstolar i otakt när det gäller miljöorganisationer och ideella föreningar. Isländska domstolar erkänner således inte miljöorganisationers målsäganderätt om de inte kan påvisa att de har lagskyddade intressen i traditionell mening att bevakas.³⁶ Å andra sidan finns exempel på, t.ex. från Danmark, där målsäganderätten blev accepterad trots att det saknades lagrum för det. Slutligen har, Norge,³⁷ Finland³⁸ och Sverige³⁹ gett miljön författningsmässigt skydd genom särskilda bestämmelser i grundlagen.⁴⁰ I Norge t.ex. har § 110b bland annat påverkat innehållet i de rättigheter som Århuskonventionen är avsedd att säkra.⁴¹

Dansk rätt har i stor utsträckning anpassats till de krav som konventionen ställer, jfr. närmare lov om ændring af visse miljølove nr. 447 af 31 maj 2000 samt andra lagändringar, t.ex. lovbekendtgørelse nr. 813 af 21 juni 2007 om planlægning.⁴² I Danmark verkar man ha lagt tonvikten på att använda det befintliga systemet men i viss mån anpassa det till konventionens huvudprinciper. De som har lagskyddade intres-

³⁵ Se bl.a. lov nr. 310 af 2. maj 2005 om ændring af lov om aktindsigt i miljøoplysninger (Danmark), lag om offentlighet vid rättegång i förvaltningsdomstolar nr. 381/2007 (Finland), lag nr. 23/2006 om rätt till miljöinformation (Island), lov nr. 31/2003 om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven) (Norge), lag nr. 2005:181 om miljøinformasjon hos vissa enskilda organ (Sverige).

³⁶ Se t.ex. *Hrd. 2002, s. 2241 (mål nr. 231/2002), Kárahnjúkar 1*.

³⁷ Jfr. § 110b.

³⁸ Jfr. kap. 2, § 20.

³⁹ Jfr. kap. 1, § 2, 3 st.

⁴⁰ Kritiserat av Staffan Westerlund i ”Sweden”, *International Encyclopaedia of Laws*, red. R. Blanpain, Kluwer Law International, 2007, s. 32.

⁴¹ Se närmar: Ole Kristian Fauchald ”Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnlovens § 110 B” *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1-2/2007, s. 69-81.

⁴² Se også lov om miljøvurdering af planer og programmer nr. 316 af 5 maj 2004 som implementerar Århuskonventionens artiklar 7 och 8.

sen att bevaka, lokala intresseföreningar och vissa nationella föreningar, kan kräva överprövning av vissa miljöbeslut till särskilda överklagandenämnder som är behöriga enligt lag att överpröva beslutets (som oftast tillståndets) legitimitet och om det baserats på objektiva skäl. De villkor som föreningarna måste uppfylla verkar i första hand gälla föreningens syfte och om syftet har något att göra med beslutet som överprövningen avser, men i lagstiftningen anges också vissa föreningar som har rätt att kräva överprövning. Tre nämnder spelar störst roll. För det första är det *Miljøklagenævnet*, som överprövar bland annat beslut som fattats utifrån olika miljöskyddslag. För det andra är det *Naturklagenævnet*, som bl.a. har jurisdiktion i naturvårds- och planeringsfrågor, och för det tredje *Energiklagenævnet*, som överprövar beslut inom energisektorn. Dansk processrätts huvudprinciper har inte ändrats så vitt man kan se. Fortfarande gäller således principen att endast de som har lagskyddade intressen att bevaka kan inleda process inför dansk domstol. Några särregler finns inte om miljöfrågor. Detta betyder att de som saknar lagskyddade intressen i traditionell mening har svårt att hänskjuta miljöbeslut till domstol. Danska domstolar har trots det erkänt miljöorganisationers målsäganderätt. Det rör sig om *Greenpeace-målet* från 1994,⁴³ där målsäganderätten erkändes utan något särskilt lagrum och utan att principen om legitimt intresse var uppfylld, samt *Dansk Cyklistforbund-målet* från 2000⁴⁴ men detta mål anses dock inte ha stort prejudice-rande värde. Denna begränsning till domstolarna har kritiserats.⁴⁵

Även finsk rätt har ändrats. Ny lag om offentlighet vid rättegång i förvaltningsdomstolar nr. 381/2007 innehåller många av Århuskonventionens principer. Bestämmelser i andra lagar har ändrats, t.ex. miljöskyddslagen nr. 86/2000, och anpassats till konventionens huvudprinciper. Det är dock lagen om förfarandet vid miljökonsekvensbedömning nr. 468/1964 med senare gjorda ändringar som säkrar att allmänheten kan delta i beslutsprocessen i miljöärenden. Den finska vattendomsstolen har avskaffats och ersatts av Miljötillståndsverket som ger miljötillstånd för förorenande verksamhet. Miljöärenden handläggs av förvaltningsdomstolar eller allmänna domstolar. Samma tendens har funnits i Finland som i övriga Norden, d.v.s att erkänna en vidsträckt målsäganderätt inom förvaltningen vad gäller frågor om omprövning av miljöärenden. Så har det t.ex. blivit i ärenden som rör markanvändning och byggnadsfrågor och då baseras det delvis på *actio popularis* regeln. Däremot verkar det som om traditionell målsäganderätt fortfarande gäller avseende överprövning av tillstånd för förorenande verksamhet som överprövas av

⁴³ U 1994.780 Ø.

⁴⁴ U 2000.1103 H.

⁴⁵ Se närmare om dansk rätt: Ellen Margrethe Basse och Helle Tegner Anker "Denmark", i *Access to Justice in Environmental Matters in the EU*, red. Jonas Ebbesson, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, s. 149-177, och Ulf Kjellerup, "Denmark" i *Access to Justice in Environmental Matters and the Role of NGOs*, red. Nicolas de Sadeleer, Gerhard Roller och Miriam Dross, Europa Law Publishing, Groningen 2005, s. 19-44.

förvaltningsdomstolarna. I vissa fall har miljöorganisationer fått talerätt genom särskilda lagbestämmelser.⁴⁶

Under senare år har på Island allmänhetens roll vid utarbetandet av miljöpåverkande beslut betonats allt mer. Lagen nr. 106/2000 om miljökonsekvensbeskrivning (MKB) är ett utmärkt exempel. Lagen säger att allmänheten ska ha möjlighet att framföra sina synpunkter på MKB-innehållet medan beslutsprocessen pågår. Lika så viktig är utvecklingen att miljöorganisationer har rätt att överklaga vissa beslut till miljöministern och andra till Beslutsnämnden i plan- och byggfrågor. Förutsättning är att de har sitt domicil på Island, har minst 30 medlemmar och att det ingår i föreningens syfte att tillvarata de intressen som överklagandet avser.⁴⁷ Andra exempel på allmänhetens deltagande finns i lagen, t.ex. i förordning nr. 785/1999 om koncessioner avseende verksamhet som kan påverka miljön utgå ifrån en förutsebar och transparent process där allmänheten ges möjlighet att inlämna synpunkter på planerad koncession.⁴⁸ Å andra sidan har endast de som har lagskyddade intressen att bevaka rätt att överklaga en koncession. Som i andra Nordiska länderna finns en lång tradition på Island av transparent och öppen process i planeringsfrågor och en del av processen är att allmänheten ges möjlighet att inlämna synpunkter på anslagna planförslag.⁴⁹ Å andra sidan kan endast de som har lagskyddade intressen att bevaka och miljöorganisationer överklaga beslut som grundas på fysisk planering (markanvändningsplan) till beslutsnämnden i plan- och byggfrågor.⁵⁰ Åren 2002-2005 avkunnade Islands Högsta domstolen (HD) några domar där såväl privatpersoner som miljöorganisationer försökte att få vissa delar av bestämda beslut undanröjda eller ett slutgiltigt beslut ogiltigförklarat.⁵¹ Kärandena hade det gemensamt att de inte uppfyllde det allmänna kravet i isländsk rätt om lagskyddade intressen, d.v.s. de saknade särskilda och betydande intressen att bevaka. Slutsatsen blev den samma i alla dessa fall, HD erkände inte deras målsäganderätt. Vid en rättsprocess med anledning av ett myndighetsbeslut måste enskilda personer, och i förekommande fall miljöorganisationer och institutioner, uppfylla allmänna regler och påvisa hur deras intressen inskränks utöver den inskränkning som alla råkar ut för.⁵²

⁴⁶ Se vidare om finsk rätt: Kari Kuusiniemi "Finland" i *Access to Justice in Environmental Matter in the EU*, s. 177-202. Se också: *Second Aarhus Convention Implementation Report*, Ministry of the Environment, Helsinki, December 14, 2007.

⁴⁷ Se också lag nr. 44/1999 um naturskydd, §74, 2 stycket og lag nr. 60/2007 om Vatnajökulls nationalpark §19, 2 stycket.

⁴⁸ Se GMO-lagen nr. 18/1996. Ansökan om tillstånd till utsättning av GMO ska vara utformad så att den kan presenteras för allmänheten.

⁴⁹ Se vidare lag nr. 105/2006 om miljövurdering av planer og programmer som implementerar Århuskonventionens artiklar 7 och 8.

⁵⁰ Se vidare: Aðalheiður Jóhannsdóttir: "Samrýmast íslensk lög 6. gr. Árósasamningsins?", s. 213-221.

⁵¹ *Hrd.* 2002, s. 2241 (mål nr. 231/2002), *Kárahnjúkar 1*, *Hrd.* 2003, s. 673 (mål nr. 568/2002), *Kárahnjúkar 2*, *Hrd.* 2004, s. 171 (mål nr. 280/2003), *Kárahnjúkar 3*, och *Hrd.* 2005, s. 2503 (mål nr. 20/2005), *smältverk i Reyðarfjörður*.

⁵² Aðalheiður Jóhannsdóttir och Eiríkur Tómasson: *Endurskoðun ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfið*. Lagastofnun 2008.

På grund av anslutningen till Århuskonventionen gjordes vissa ändringar i norsk rätt bl.a. genom lov nr. 31/2003 om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven). Genom lagen inleddes konventionens första pelare och delar av andra pelaren i norsk rätt.⁵³ Bakgrunden är norska konstitutionens § 110b. Nya lagen tillförsäkrar allmänheten rätt till information och rätt att överklaga beslut som rör informationen – med vissa undantag.⁵⁴ Allmänheten ges också rätt att delta i processen avseende förberedandet av propositioner, förordningar och planer som rör miljön.⁵⁵ Lagen tar inte upp allmänhetens medverkan vid förberedandet av bestämda beslut, den ger heller ingen rätt att kräva överprövning av dessa eller att få dem hänskjutna till domstol.⁵⁶ Liksom i övriga Norden har allmänheten och intresseföreningar möjlighet till att medverka vid utarbetandet av planer och vissa beslut som påverkar miljön på basis av plan- och byggningsloven nr. 77/1985 efter ändringar enligt lag nr. 31/2003 samt enligt bestämmelserna i en särskild lag. Vad gäller möjligheterna till överprövning inför domstol verkar traditionell intressebedömning gälla. Domstolar i Norge har emellertid gett miljöorganisationer rätt till att hänskjuta vissa ärenden till domstol, även om denna rätt inte är o begränsad. Denna utveckling började innan Århuskonventionen kom till stånd.⁵⁷ Vidare har ny processlagstiftning trätt i kraft, nämligen lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) nr. 90/2005. Denna ökar möjligheterna att ta miljömål och -ärenden inför norska domstolar.⁵⁸

Århuskonventionen verkar inte ha gett upphov till någon särskild lag i Sverige men miljöbalken 1998:808 (i kraft 1 januari 1999) innebar en viss strukturändring av svensk miljö rätt som delvis uppfyller konventionens bestämmelser. Särskilda miljödomstolar inrättades. Dessa har två uppgifter, dels överprövar de beslut som fattas enligt miljöbalken av lägre instanser, dels är de i relativt många fall tillståndsgivare, hur konstigt detta än kan tyckas. Miljödomstolarnas beslut kan överklagas till miljööverdomstolen och i vissa fall till HD. Enligt miljöbalkens 16 kap. §13 har miljöorganisationer rätt att överklaga om de bedrivit verksamhet i Sverige i minst tre år och har lägst 2000 medlemmar. Bestämmelsen har kritiserats eftersom kravet på antalet medlemmar utesluter alla mindre föreningar och kravet på minst tre års verksamhet i Sverige utesluter miljöorganisationer som har domicil i andra länder. Dessutom har påpekats att svensk lag nu ställer större krav på miljöorganisationer än andra ideella föreningar.⁵⁹ Parallellt med systemet som infördes med miljöbalken finns ett annat system, förvaltningsdomstolarna, och

⁵³ Artiklar 7 och 8 i konventionen.

⁵⁴ Se lov nr. 31/2003 om rett til miljøinformasjon og deltakelse i offentlige beslutningsprosesser av betydning for miljøet (miljøinformasjonsloven), §§ 16-19.

⁵⁵ Se närmare: lov nr. 31/2003, §20.

⁵⁶ Hans Chr. Bugge "Retten til å få, og plikten til å gi, miljøinformasjon etter den nye miljøinformasjonsloven", *Lov og rett*, nr. 7-8, 2005, 44. årgang, s. 492-508.

⁵⁷ Se vidare: Ole Kristian Fauchald "Forfatning og miljøvern – en analyse av Grunnlovens § 110 B" *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1-2/2007, s. 69-81.

⁵⁸ *Ibid.* s. 69 f.

⁵⁹ Jonas Ebbesson: "Sweden", in *Access to Justice in Environmental Matters in the EU*, Haag 2002, s. 450-452.

vissa miljöbeslut behandlas endast av dem, däribland regeringsbeslut genom så kallad rättsprövning. Miljöorganisationer har i vissa fall rätt att ansöka om rättsprövning hos Regeringsrätten.⁶⁰ Rent allmänt har tendensen i svensk rätt varit att utvidga målsäganderätten om än viss tröghet fortfarande finns.⁶¹

6. Vad kan vi lära av varandra?

Det är klart att de nordiska länderna inte går helt i takt vad gäller implementeringen av Århuskonventionen. Möjligen har man överdrivit rättssystemens släktskap och möjligen om kan vi lära av varandra. Det bör också påpekas att legalitetsprincipen har olika vikt i de nordiska rättssystemen. På Island, t.ex. brukar man således titta på dansk, norsk och svensk rätt, bl.a. på miljöområdet, och utnyttja deras lösningar ofta utan att betrakta rättssystemet som en helhet.

Utifrån Århuskonventionens artiklar 6 och 9 är det klart att den nationella lagstiftningen kan antingen öka rättigheterna eller vidhålla *status quo*, men anslutningsländerna uppmanas att ge allmänheten *vidsträckt* rättigheter. Konventionen ger emellertid inget svar på frågan var gränsen bör dras.⁶² Också bör påpekas att konventionens bestämmelser inte heller syftar till att uppnå full överensstämmelse i anslutningsländernas lagstiftning.

Allmänhetens rätt till information verkar vara väl säkrad i hela Norden och allmänheten verkar även ha vidsträckt rätt att delta i beslutsprocessen i miljöärenden, antingen på planeringsstadiet eller via MKB-processen. Svagheterna finns på annat håll och gäller i första hand rättsprocessens principer, först och främst möjligheten till domstolsprövning av enskilda beslut som faller under artikel 6.

Metoden vid konventionens implementering verkar i hela Norden ha varit att i möjligaste mån utnyttja de tillståndssystem som redan fanns, stifta särslag och lägga tonvikt på att allmänheten kan lämna sina synpunkter på planeringsstadiet och/eller under MKB-processen, men att vara restriktiv med att utvidga målsäganderätten, inklusive miljöorganisationers målsäganderätt, i synnerhet inför domstol. I stället utgår man oftast från sådan traditionell intressebedömning som innebär svaga möjligheter för allmänheten att få vissa beslut överprövade åtminstone av allmän domstol. Avseende förra punkten hade det eventuellt gett bättre resultat att först analysera Århuskonventionens åtaganden och sedan revidera rättssystemet ifråga som helhet utifrån analysen. Det hade dock antagligen varit lättare sagt än gjort, dels på grund

⁶⁰ *Den svenska miljörätten*, Gabriel Michanek och Charlotta Zetterberg, 2:a uppl. Iustus förlag, Uppsala 2008, s. 375.

⁶¹ Se närmare: *Ibid.* s. 443-470; "Sweden", Staffan Westerlund in *International Encyclopaedia of Laws*, s. 174-185, och *passim*, och *Den svenska miljörätten*, Gabriel Michanek och Charlotta Zetterberg, s. 364-375, *passim*.

⁶² Aðalheiður Jóhannsdóttir och Eiríkur Tómasson: *Endurskoðun ákvarðana sem áhrif hafa á umhverfið*. Lagastofnun 2008.

av lagtekniska skäl, dels på grund av den politiska verkligheten och bristande politisk acceptans. De lagtekniska svårigheterna rör bl.a. traditionell arbetsdelning inom förvaltningssystemen, och, sist men inte minst, rättsprocessens huvudprinciper och traditionell intressebedömning. De politiska avser trögheten och hur svårt det åtminstone hittills har varit få att miljösynpunkter erkända. Detta politiska problem kan delvis bero på juristernas utbildning.

I de nordiska ländernas lagstiftning finns även vissa nyheter som *inte* kan sägas vara efterföljansvärda. Villkoren som ställs på miljöorganisationer i isländsk och svensk rätt innebär en diskriminering som utestänger organisationer med domicil i andra länder. För det andra är det bestämmelsen om antalet föreningsmedlemmar. Vad gäller den isländska bestämmelsen så valde man siffran 30 eftersom 50 ansågs utesluta föreningar i mindre samhällen på Island. Däremot är oklart hur man kom fram till siffran 50 i början. För det tredje kan nämnas det faktum att man inte bedömer i varje enskilt fall om miljöorganisationens syfte har något samband med det beslut som överklagas eller eventuellt hänskjuts till domstol. Även om den danska lösningen, d.v.s. att lagstadga rätt utförliga regler och ange vilka miljöorganisationer har rätt att kräva överprövning, är något krånglig, borde den förhindra "missbruk" av besvärsträtten.

Här bör också nämnas att när Århuskonventionen förbereddes väcktes frågan om ombudsmännens ställning gentemot artikel 9. Danmarks, Finlands, Norges och Sveriges representanter förklarade att de ansåg att ombudsmännens verksamhet *de facto* uppfyllde artikelns krav, om än deras yttrande inte är bindande. Huvudargumentet för denna ståndpunkt är att om vederbörande part anser ombudsmannens slutsats vara otillfredsställande, eller om yttrandet inte efterföljs, är det alltid möjligt att hänskjuta ärendet till domstol. Vad isländska myndigheter anser om detta är inte känt. Denna ståndpunkt avspeglar en viss inställning till konventionen och likaså till internationella åtaganden i Norden.

7. Kort sammanfattning

Här har redogjorts för de viktigaste argumenten för allmänhetens deltagande i besltningsprocesser, utvecklingen i USA i 70-talets början, Århuskonventionens huvudprinciper, och slutligen huvudlinjerna i nordisk lagstiftning i detta avseende. Som framgår av genomgången av Århuskonventionens artiklar 4-9 är många av konventionens bestämmelser oklara och värderande och respektive part kan själv bestämma utförandet av åtagandena i detalj. I likhet med andra internationella avtal kan avslutningsländerna till en viss grad välja hur långt de går så länge de respekterar konventionens huvudmål att ge allmänheten vidsträckta rättigheter. Det finns dock två saker där parterna saknar valmöjlighet. För det första är det rätten till information som gäller oavsett om den som begär information har lagskyddade intressen att bevaka eller ej. För det andra har miljöorganisationer lagskyddade intressen att bevaka

i konventionens mening. Konventionens åtaganden gäller ej enbart när vissa beslut förbereds, som olika koncessioner, de syftar också till att allmänheten ska kunna se till att miljölagstiftningen följs. Detta betyder att offentliga myndigheter ej längre har monopol på att tillvarata allmänhetens intressen. Av det följer också att allmänheten och miljöorganisationer avses vara ett slags aktiva övervakare ("public watch dogs") i allmänhetens och offentliga intressens tjänst.

Det bör nämnas att Århuskonventionen är anpassad till en viss europeisk rättsmiljö. Detta innebär att många av konventionens bestämmelser måste tolkas mot bakgrund av EKMR:s bestämmelser och Europadomstolens avgöranden å ena sidan och så långt möjligt utifrån överensstämmelse med gällande EG-rätt och EES-rätt å andra sidan. Riktningen är klar vad gäller EU:s rättsmiljö även om man ännu inte har lyckats uppnå överenskommelse om inkorporering av tredje pelarens alla bestämmelser i EG-rätten. Som nämnts ingår de flesta av de viktigaste, hithörande EU-författningarna i EES-avtalet.

Allmänhetens deltagande vid utarbetandet av beslut som inverkar på miljön och dess reella möjligheter att fullfölja dessa, liksom rättsmedel för att korrigera myndigheters och privata intressenters underlåtenhet, är i sig själv en positiv utveckling, men denna möjlighet kan aldrig nå längre än vad nationell lag ger utrymme för. Dessa medel bidrar också till att förlikning lättare uppnås avseende vissa beslut som oundvikligen kommer att innebära betydande och oåterkallelig inverkan på miljön och de avspeglar likaså en viss utveckling av begreppet demokrati samt ändrade värderingar till följd av ändrade världsbilder avseende miljön.

8. Teser

Tese 1: De nordiska länderna har till största delen misslyckats med att fänga tanken bakom Århuskonventionen och är fasta i system, kriterier och intressetänkande som fanns långt innan miljörett och miljötänkande fick nuvarande vikt.

De nordiska länderna har en lång tradition av transparent och öppen process i planeringsfrågor och allmänheten ges möjlighet att inlämna synpunkter på anslagna planförslag. Detta räcker dock inte för att uppfylla kravet i artikel 6.

Även om vissa nordiska länder har miljöhänvisningar i sina författningar, verkar de ibland otillräckliga eftersom allmänheten har begränsade möjligheter att få beslut överprövade även om allmänheten kan lämna sina synpunkter när miljöbeslut förbereds.

Tese 2: Århuskonventionens implementering vållar vissa problem eftersom den vänder upp och ner på traditionell rättspraxis och teorier om vad som anses vara lagskyddade intressen. Därför finns en viss tendens till att reducera konventionens innehåll, särskilt artikel 9, för att slippa ändra rättssystemet i grunden.

Även om Århuskonventionen som sådan inte tar ställning till om de rättigheter, som den är avsedd att säkra, är kollektiva eller ej, så tyder implementeringen på det,

i synnerhet eftersom man endast säkrar miljöorganisationers rätt till att kräva överprövning inom förvaltningen.

Tese 3: Implementering av konventionen är inte endast en uppgift inom miljörätten. För att den ska bli resultatrik måste den integreras med undervisningen och återkommande utbildning i juridik.

Man kan fråga sig om miljödemokrati och allmänhetens deltagande i beslutsprocessen inger allmänheten en falsk säkerhetskänsla och kanske också lägger en oskälig börda och ett alltför stort ansvar på den allmänna publiken – i vart fall om därför myndigheter och domstolar släpper på sin egen uppmärksamhet vad gäller besluts laglighet.

Jónas Jóhannsson

Konfliktløsning i familieretten
– hensynet til barnets bedste

Konfliktløsning i familieretten - hensynet til barnets bedste

Byretsdommer Jónas Jóhannsson, Island

Der er få sager inden for civilretten, der involverer så vigtige interesser som uenighed om forældreansvar eller barnets samvær med forældre efter skilsmisse eller ved ophør af samliv.¹ Med et domsresultat lægges ikke alene grunden til de involverede børns fremtid men også til forældrenes, og hvordan de bør ordne deres forhold efter sagens afslutning. Det henstilles derfor til domstolene og involverede parter at udvise den yderste omhu, og at konklusionen i enhver sag findes med barnets tarv for øje, d.v.s. at afgørelsen bliver til barnets bedste. Dette er det erklærede mål i nordisk børneret, som er i overensstemmelse med FN's børnekonvention fra 20. november 1989. Forældrene har fælles forældreansvar efter skilsmisse, medmindre andet beslutes. Kun i Island har domstolene ikke lovhjemmel til at idømme fælles forældreansvar. Og her kommer vi til de skønssager, som jeg vil rette opmærksomheden imod. Der er rejst fire adskilte spørgsmål, der dog er forbundet med hinanden: 1) Hvad er forudsætningerne for fælles forældreansvar, og hvad er løsningen, hvis forudsætningerne brister? 2) Skal dommere kunne beslutte fælles forældreansvar? 3) Hvordan bør uenighed om forældreansvar afgøres i retten? 4) Hvad skal barnets tilgang til forældrenes uenighed være? Disse påtrængende spørgsmål kan ikke besvares med universalt fyldestgørende svar. Jeg er af den mening, at uenighed om forældreansvar ikke kan afgøres ved dom, og det er nu min opgave at overbevise herom.

1. Om betingelserne for fælles forældreansvar

De fleste vil være enige om, at fælles forældreansvar efter skilsmisse er den løsning, der bør sigtes efter, og som i de fleste tilfælde tjener barnets eller børnenes interesser og tarv bedst. Hovedreglen i nordisk børneret om fælles forældreansvar efter forældrenes adskillelse genspejler dette synspunkt. Problemet er, at forældre og børn er forskellige, og at børn ikke vælger deres forældre. Selv om hovedregler generelt er meget hensigtsmæssige for at finde løsninger i civile sager, f.eks. inden for ejendomsandel, er det sjældnere tilfældet, når det drejer sig om børn, for børn er levende mennesker med forskellige behov, der må tages stilling til i hvert enkelt tilfælde. Noget, som børn dog har til fælles, er, at de ikke er part i de voksnes uenighed, og at de i de fleste tilfælde bliver kastebold i forældrenes indbyrdes kamp. Fælles forældreansvar skal ses i lyset af dette, for det er én ting at indføre det – hvad

¹ I Island sættes der i denne sammenhæng lighedstegn mellem ægteskab og registreret samliv; begrebet skilsmisse vil derfor i denne artikel også omfatte ophør af samliv.

enten dette sker ved lov eller dom – og noget andet at finde eller sikre grundlaget for, at det vil *bestå*.

Det er ikke min hensigt at kritisere hovedreglen om fælles forældreansvar. Den har uomtvistelige fordele og synes at tjene de fleste forældre og børns interesser. I Island trådte reglen i kraft d. 30. juni 2006.² Undersøgelser af perioden før denne dato viste, at ca. 85 % af forældre efter skilsmisse allerede da *valgte* fælles forældreansvar. Det kan vi kun være glade for, idet afgørelsen har været baseret på forældrenes fornuft og forhandlingsfrihed. Jeg frygter dog, at den nye hovedregel for de resterende 15 %'s vedkommende vil være som en klods om benet for de involverede børn, og at disses forældre før eller senere vil strides om forældreansvaret for domstolene. Vi må være ekstra vågne over for disse børn.

Betingelserne for, at fælles forældreansvar vil blive mere end tomme løfter, er, at der hersker rimelig tolerance mellem forældrene. Forældrene skal ikke blot være i stand til at tale sammen i fred og fordragelighed efter skilsmissen, men først og fremmest skal de kunne nå til enighed om barnets vigtigste behov og interesser. Det gælder, hos hvem barnet skal have fast bopæl, hvordan og hvornår barnet skal være sammen med den anden forælder, i hvilken skole barnet skal gå, hvem der skal have ansvaret for barnet efter skoletid, og hvorvidt barnet skal have specialhjælp på grund af fysiske eller psykiske handicap og da hvilken. Forældrene må også finde en løsning på, hvilke regler der skal gælde med hensyn til barnets kost, hjælp ved skolegang og sovetimes, hvordan barnet skal vejledes og opmuntres til hobby- og sportsaktiviteter o.s.v. Lykkes dette for forældrene, må det antages, at fælles forældreansvar er den bedste løsning for barnet, uanset om forældrene nogensinde har boet sammen eller ej. Det lykkes de fleste forældre at samarbejde om disse opgaver, nogle gange efter at have talt med og lyttet til børnene, og enten med eller uden hjælp fra slægtninge, venner, sagkyndige eller myndigheder. I sagens natur ved vi mindre om disse forældre, og om hvordan deres børn klarer sig. Det er de resterende forældre, hvis sager behandles af domstolene, som vi ved mere om, og som til for nylig har været mit vigtigste arbejdsfelt som dommer.

De nordiske lande er ikke gået lige langt i at lovfæste regler om, hvad forældre må være enige om, for at det fælles forældreansvar tjener barnets tarv bedst muligt. Det gælder dog i alle landene, at der skal opnås enighed om eller tages beslutning om barnets faste bopæl og dets samvær med begge forældrene. Vi kan drage den konklusion, at dette er grundbetingelserne for fælles forældreansvar. Brister de, kan forældrene henvende sig til enten myndighederne eller domstolene for at finde en løsning på uenigheden. I Island er det således myndighederne, der afgør spørgsmål om samvær, men forældrene har også den mulighed, som et led i en forældremyndighedssag, at lade domstolene afgøre spørgsmålet. Det siger sig selv, at det brændende spørgsmål er, hos hvem af forældrene, barnet skal have fast bopæl. Der skal også findes en løsning på barnets ret til samvær med den anden forælder. Gennem de seneste år er det

² Efter lovændringen fortsætter fælles forældreansvar automatisk efter en skilsmisse, men den ene af forældrene har krav på at få fællesskabet ophævet.

blevet mere almindeligt at barnet bor i lige lange perioder hos moderen og faderen, f.eks. en uge skiftevis. Dette kan være en udmærket løsning, men det allervigtigste er at finde den ordning, der passer for netop det pågældende barn. I denne forbindelse kan barnets alder og vilje have stor betydning, lige som hvem af forældrene der har taget sig mest af barnet før skilsmissen, om begge forældre fortsat vil bo i barnets skolekvarter osv. Uge-princippet, hvis vi kan kalde det sådan, er ikke nogen urokkelig regel mere end enhver anden menneskeskabt forskrift, og det må aldrig overdøve grundtanken om, hvad der er i barnets bedste interesse. Vi må ikke glemme, at *retten* er på barnets side. Alle argumenter om fædres eller mødres "menneskerettigheder" i denne forbindelse er malplacerede og vil kun fjerne fokus fra det egentlige emne, som er barnets tarv og interesser. Dommere, advokater og andre sagkyndige, der er involverede i disse sager, har til opgave at vejlede forældre og vise dem – eller hjælpe forældre til selv at se – at barnets tarv altid vil være sagens vigtigste emne. En ting er sikker i disse sager: forældre kan aldrig "vinde" en sag om forældreansvar, men børn kan alt for let "tabe" i den. Jeg vil vende tilbage til dette i tredje afsnit.

Blandt andre emner, der kan være aktuelle i forbindelse med fælles forældreansvar, er valg af skole eller trossamfund, forældrenes faste bopæl, og hvilke begrænsninger der skal lægges i forbindelse med deres eventuelle flytning til anden adresse, hvorvidt barnet skal gå til fodbold eller ballet og om barnet har behov for speciel analyse p.g.a. mistanke om DAMP, hyperaktivitet eller andet. Det kan være altafgørende for barnet, at der findes en god løsning på sådanne spørgsmål, og det er vigtigt, at forældre har sikker adgang til sagkyndige og til myndighederne, uden at grundlaget for fælles forældreansvar i øvrigt vil komme i fare, hvilket vil kunne have meget alvorlige følger for barnet. Det er vigtigt, at børnelovgivningen tager hensyn til dette, og ligeledes at forældre kan indbringe et bestemt spørgsmål angående fælles forældreansvar til afgørelse hos myndighederne og/eller domstolene for at undgå retssager om forældreansvaret som sådant. Uden på nogen måde at kritisere andre synes Finland at være gået længst i udviklingen af denne slags løsninger.³ I fortsættelse af dette kan man spørge, hvorvidt og i hvor stort omfang man bør lovfæste nærmere regler om betingelser for fælles forældreansvar, og om der bør fastsættes regler om opfølgning for at fastlægge, om det fælles forældreansvar er til barnets bedste i årene efter skilsmissen. Dette kunne ske gennem fagkyndiges regelmæssige interviews af forældre og barnet. Det er også et spørgsmål, om der ikke bør være flere valgmuligheder angående løsning af de enkelte uenighedspunkter, og om det er realistisk at tale om at samordne sådanne regler i de nordiske lande. Jeg forventer en livlig diskussion omkring disse og andre skønssager på juristmødet i København.

Fra den islandske virkelighed kan jeg nævne, at der ikke er sat nogen begrænsninger for, hvor forældre med fælles forældreansvar må bosætte sig, forudsat at begge er indforståede med den andens bopæl, og der er generelt ingen opfølgning fra det offentliges side. Jeg kender eksempler på, at et barn gennem flere år skiftevis har boet

³ Se S. Danielsen, *Nordisk børneret I*, 470, NORD, København, 2003.

en uge i faderens kommune, gået i den lokale skole og til karatetimer der, og en uge i moderens kommune, gået i skolen der og har deltaget i fodboldtræning i den lokale fodboldklub. Disse to verdener, som barnet lever i, er ikke knyttet til hinanden, men alligevel har forældrene fælles forældreansvar. Er det dette, vi vil?

Hvis forældrene er uenige om ét eller flere spørgsmål i forbindelse med det fælles forældreansvar, hvad enten det drejer sig om samværsordningen eller måske om barnets fritidsaktiviteter, og hvis de ikke har god adgang til sagkyndige, myndigheder og/eller domstole, f.eks. i form af mægling, må man være forberedt på, at der kan opstå problemer i deres samspil omkring barnets interesser, problemerne vil avle flere problemer. Før de ved af det, er barnet blevet midtpunktet i forældrenes tovtrækkeri eller endda stridens kerne i en bitter forældreansvarstvist. I en sådan situation viger barnets *ret* for forældrenes *interesser*, og barnet er i realiteten blevet offer for det fælles forældreansvar. Det er uden betydning, om forældrene er bevidst om den situation, de har sat barnet i, og det er i sådanne tilfælde, hvor hovedreglen viser sine ulemper.

2. Skal dommere kunne idømme fælles forældreansvar?

Med forældreansvarslovens ikrafttræden i Danmark d. 1. oktober 2007 fik domstolene lovhjemmel til at idømme fælles forældreansvar, imod den ene af forældrenes vilje. Derudover vil det fælles forældreansvar ikke blive ophævet ved dom, medmindre der foreligger tungtvejende grunde. Dette er i overensstemmelse med gældende ret i Norge, fra 1981, i Finland, fra 1983, og i Sverige, fra 1998.⁴ Island har ikke taget dette skridt, ikke endnu i hvert fald, men et lovforslag derom ligger hos Altinget.

Jeg er ubetinget tilhænger af fælles forældreansvar, hvor dette er relevant, og ligeledes af at børn vil have mulighed for lige samvær med forældrene efter skilsmis-sen. Jeg støtter helhjertet, at fælles forældreansvar ikke skal ophæves ved dom, medmindre det anses for yderst nødvendigt. På den anden side er jeg af den opfattelse, at lovhjemlen til at idømme fælles forældreansvar, og herunder at tage beslutning om dets videreførelse, bør behandles med den yderste forsigtighed. Dommere må udvise stor omhu, før de på en så afgørende måde griber ind i menneskers privatliv og forældres frihed til at råde over egne og deres børns forhold. Mit svar på det førnævnte spørgsmål er derfor: "Nej".

På grund af det nævnte synspunkt har jeg i min stilling som dommer lagt vægt på en ændret fremgangsmåde ved forligsbehandling af forældreansvarssager, en fremgangsmåde der sigter på at finde en løsning på forældrenes uenighed om børnenes interesser, *uden* at dommeren behøver at hugge knuden over med en dom. Fremgangsmåden går under betegnelsen „Hafnarfjörður-metoden“ og er resultater af et

⁴ I Sverige trådte en lovændring i kraft i 2005, således at fælles forældreansvar kun kan idømmes, hvis det kan antages at forældrene kan samarbejde om spørgsmål, som angår barnet og ikke begge forældre modsætter sig fællesskabet.

udviklingsforløb, der begyndte mod slutningen af 2001, da jeg var dommer ved byretten i Reykjanes, Hafnarfjörður. Mange har hjulpet til, ikke mindst advokater og psykologer, der har deltaget aktivt i bestræbelserne på at tydeliggøre, forbedre og fremskynde behandlingen af forældreansvarssager. Resultatet har være tydeligt. Behandlingstiden er blevet kortere, sagsomkostningerne er nu lavere, og det er i stadig stigende grad lykkedes forældre at finde en fredelig, konstruktiv og varig løsning på deres indbyrdes uenighed, hvor børnenes velfærd og sjælfred er sat i første række, ikke deres personlige interesser. Metodikken bag forligsbehandlingen er enkel og er baseret på det grundprincip, at mennesket af natur er forsonlig og ikke vil være i strid med sine medmennesker. Æren skal derfor gå til de involverede forældre, for uden deres samarbejde ville den nye fremgangsmåde aldrig have kunnet slå rødder. Lad os se nærmere på, hvad der ligger i forligsmetoden.

3. Rettens behandling af forældreansvarssager

Med Islands Højesterets dom af 28. oktober 1952 blev en grossist frikendt for et erstatningskrav fra en forretningsejer i forbindelse med fejl i danske trøjer, idet det ikke ansås for bevist, at trøjerne obligationsretligt ikke havde været i kontraktmæssig tilstand. I en dom af 1. oktober 1963 afsatte retten en strimmel jord mellem to landejendomme til brug som vej, idet gårdejerne havde været uenige om placering af hegn og skellinje mellem jorderne.

Disse to sager er valgt tilfældigt. Jeg nævner dem for at vise, at det er én ting at *afsiges en dom om sagens genstand*, men kan være noget ganske andet at *løse uenigheden* mellem to parter. Dommene afgjorde uden tvivl den formelle uenighed om pågældende sagsgenstande, men løste egentlig ikke parternes uenighed. Således faldt den første sag på en proceduremæssig fejl ved en sagkyndigs syn og skøn, og de involverede gårdejere i den anden sag har næppe omfavnet hinanden efter beslutningen om tilkørselsret. Selv om man ikke bør ringeagte de nævnte interesser, må de anses for rene ubetydeligheder i sammenligning med børns tarv og rettigheder, når forældre er uenige om forældreansvar. Afsiges der dom i en sådan sag, må man ikke desto mindre være forberedt på, at resultatet bliver i samme stil, d.v.s. at den ene forælder, eller begge, sidder desillusionerede tilbage og at sagens afgørelse i endnu højere grad går ud over barnet. I Island viser erfaringerne, at byretternes afgørelser om forældreansvar som regel bliver appelleret til Højesteret. Dette siger egentlig alt, hvad der er at sige i denne forbindelse.

Hafnarfjörður-metoden er et svar på denne fare. Dens fordele ligger i koordinerede arbejdsmetoder, som benyttes af de dommere og advokater, der behandler disse følsomme sager, hvor der lægges vægt på de involverede forældres direkte deltagelse i forligsforløbet og – om det skønnes nødvendigt – deltagelse af sagkyndige ved begyndelsen af sagens behandling. Det erklærede mål er hver gang at finde kernen i striden omkring forældreansvaret, at analysere den til bunds og at løse den med

et retsligt forlig i stedet for med en dom. Sager om forældreansvar rummer næsten ufravigeligt flere nært forbundne krav, såsom om børnebidrag, om samvær og om skilsmisse. Selv om islandsk lov ikke indeholder hjemmel til ophævelse af ægteskab ved retsforlig, kan de førnævnte krav – og en hel del andre – blive forelagt dommere under forligsbehandling af en og den samme forældreansvarssag. Hafnarfjörður-metoden sigter mod at finde en løsning på *alle* disse krav, dog med forbehold for lovformelig ophævelse af ægteskab, uanset at disse krav er fremsat i parternes stævning eller redegørelse. Målet er, at forældrene går forsonede fra mødet, og at de helst ikke har uafgjorte mellemværender, som de kan skændes om senere. På denne måde finder børnene deres fortrøstning, for, som vi ved, er det børnenes drøm at „alle kan blive venner“ igen.

Vil forældrene ikke deltage i forligsbehandlingen, vil man naturligvis aldrig vide, hvad resultatet af den kunne være blevet. I mit arbejde har forældre dog aldrig afvist at forsøge denne metode.

I den islandske børnelov nr. 76/2003 nævnes meget lidt om hjemmel og fremgangsmåde ved mægling i forældreansvarssager. I § 34, stk. 1, står kun, at det er dommerens opgave med dom at afgøre uenigheden om forældreansvar, hvis det ikke er lykkedes at opnå forlig derom. Om mægling gælder i øvrigt reglerne i lov nr. 91/1991 om behandling af civilsager. I denne lov står der i § 106, stk. 1, at dommeren bør søge at opnå forlig, hvis parterne bærer ansvar for sagens genstand, medmindre dommeren vurderer det som „forgæves“ på grund af sagens natur, parternes holdning eller af andre grunde. Ifølge § 106, stk. 2, skal dommeren altid søge at opnå forlig, efter at sagsøgte har fremlagt sin redegørelse, men før hovedsagen behandles. Dommeren har dog hjemmel til at både at søge forlig før og under behandlingen eller efter hovedforhandlingens afslutning. Dermed har jeg opregnet de vigtigste mæglingsinstrumenter, som en dommer kan gribe til ved forligsbehandling af forældreansvarssager. De kan synes ufyldstgørende, men ved nærmere eftersyn viser der sig at være store muligheder i § 106, hvis reglerne udnyttes til fulde og – hvis det er relevant – parallelt med børnelovens §§ 42 og 43.⁵ Hafnarfjörður-metoden er baseret på anvendelse af disse muligheder.

Når en forældreansvarssag er tingfæstet, og modparten har fremlagt sin redegørelse, fordeles sagen til en dommer. Denne indkalder til forligsmøde med parterne og deres advokater. Det er uden betydning, hvor stærkt formuleret stævningen eller redegørelsen har været; mægling i en forældreansvarssag kan aldrig være forgæves. Der kan holdes så mange forligsmøder, som deltagerne finder grund til. Dommeren må på grund af barnets eller børnenes interesser udvise den samme eller endda endnu større „stædighed“ end de fremmødte forældre. Hvilken fremgangsmåde en dommer vil anvende i hver enkelt sag og under hvert enkelt forligsmøde afhænger helt af

⁵ § 42 indeholder bestemmelser om indsamling af oplysninger for retten i forældreansvarssager. § 43 omhandler barnets ret til at udtale sig om forældreansvarssager og rapporter, der kan indhentes i denne forbindelse.

sagens natur og forældrenes holdning.⁶ To forhold kendetegner dog alle møder ved forligsbehandlingsbegyndelse: for det første sætter dommeren et skarpt skel mellem på den ene side fortiden og på den anden side nutiden og fremtiden og lægger stor vægt på, at forældrene ikke forbliver i fortiden med dens smertefulde påmindelser om uoverensstemmelser mellem de to. Disse minder må ikke have nogen betydning for barnets fremtid. For det andet gøres forældrene bekendt med de vigtigste bestemmelser og målsætninger i børneloven, som de bedes huske på under de kommende forligssamtaler, d.v.s. at loven først og fremmest beskytter barnets interesser, at forældreansvar hovedsagelig indebærer barnets ret og forældrenes pligter, og at dette ansvar især omfatter tilrettelæggelse af barnets personlige forhold, fastlæggelse af dets bopæl og administration af det lovmæssige formynderskab over barnet. Under en vellykket forligsbehandling må der lægge vægt på disse samme forhold og ikke på forældrenes rettigheder og interesser, hvad enten disse er indbildte eller virkelige. Det er en meget central del af Hafnarfjörður-metoden og af de opnåede resultater at bibringe forældrene en forståelse af dette. Lykkes det ikke at opnå forlig om fælles forældreansvar, må den ene forælders interesser vige til fordel for barnets interesser. Kunsten er at føre forældrene sammen og at hjælpe dem med at nå frem til disse realiteter, således at den ene forælder slækker på sine krav for at styrke barnets interesser. Men faktisk opgives der ikke nogen ret, for retten er barnets.

Forligsmøderne finder altid sted uden for retssalen, og uden at dommeren er iklædt sin kåbe eller bærer andre tegn på offentlig magt. Retsmødet bliver dog åbnet formelt i et specielt udstyret lokale, og parterne får oplyst, at alt, der skal ske på mødet, hvad enten der opnås forlig, eller parterne afgiver erklæringer angående sagens genstand, vil have samme gyldighed, som hvis det havde fundet sted i en retssal. Dermed afsluttes det traditionelle retsmødes formelle procedurer. Dommeren har forinden spurgt parternes advokater om udsigterne til forlig, og i fortsættelse heraf tager han beslutning om, hvorvidt han vil påbegynde et mæglingsforsøg med deltagelse af begge parter eller kun den enes, i nærvær af advokat eller advokater. I den senere tid har man som regel valgt det sidstnævnte løsnings, dog med samtykke fra begge advokater. Modparten og dennes advokat vil da forlade lokalet. Hvilken af parterne, der skal deltage i dette første møde, afhænger af dommerens og advokaternes vurdering af udsigterne til et resultat af mæglingsforsøget. Det tager som regel ca. en time at klarlægge pågældende parts synspunkter og nå frem til, hvad han eller hun realistisk forventer af løsningen af forældreansvarsstriden. På mødet drikkes kaffe eller vand i litervis, afhængigt af smag og behag, og selvfølgelig skænker dommeren i kopper og glas. Alt efter omstændighederne diskuteres forældreansvar

⁶ Jeg har spurgt mig selv, hvilken *metode* jeg anvender ved løsning af forældreansvarssager, men har ikke fundet noget fyldestgørende svar, af den grund, at der ikke findes noget universelt svar eller nogen universel løsning på forældreansvarsuenighed. Alle forligsmodeller bør ses i lyset af dette. Dommeren må sætte sig godt ind i hver sag, være parat til at lytte til parterne og på hvad de, og efter omstændigheder børnene, vil fremføre, og derefter drage lærdom af dette. Sag for sag og år for år lærer dommeren således mere og mere om forældre og børn, og *de* er nøglen til løsningen af hver enkelt sag.

for barnet eller børnene, mulighederne for samvær, regler og nærmere ordning for dette og, i tilfælde af, at kravet om forældreansvar opgives, betaling af børnebidrag til den anden forælder. Efter at have afsluttet samtalerne med parten og dennes advokat, skiftes der ud, og modparten og dennes advokat kommer i stedet. Efter ca. en times samtale med denne part, vurderer dommeren det næste skridt i sagen. Som regel vil dommeren fremlægge det væsentligste i modpartens synspunkter for parterne, uden at disse nødvendigvis konfronteres, og vil på denne måde forsøge at mægle i sagen. Under en vellykket forligshandling kan det betyde adskillige modtilbud til forlig. Parterne føres sammen, og de væsentligste punkter i det retslige forlig gennemgås. Forliget fremlægges mundtligt, det indføres i retsbogen, og det underskrevet af alle tilstedeværende. Forinden indskræpes det parterne, at der skal ligge en *reel vilje* til grund for forliget, og at de skal være forberedte på at bidrage yderligere for at få det til at *holde*. Ellers vil det være bedre ikke at underskrive forliget og at lade domstolene dømme i sagen.

Udover at indgå forlig om forældreansvar, samvær og børnebidrag har forældre mulighed for at få indført andre punkter i retsbogen og at underskrive disse i fortsættelse af det retslige forlig. Det drejer sig om *gensidige erklæringer*, som de hver især lover at overholde over for hinanden. De kan omhandle en ordning for telefonopringninger, omkostninger ved indkøb af tøj ved skoleårets begyndelse og omkring jul, eventuel beslutning om hvorvidt barnet skal modtage hjælp hos en talepædagog, at samværsordningen skal revideres efter en vis periode eller endda, at placeringen af forældreansvaret skal revideres efter et fastsat tidsrum. Punkter som disse kan aldrig være betingelser for det retslige forlig, idet en dommer ikke kan stadfæste et betinget forlig. De samme punkter kan på den anden side være forudsætninger for, at der opnås aftale mellem parterne, og at forliget om barnets interesser *holder*. Man må dog hverken undervurdere eller forsømme sådanne erklæringer, hvis det mål skal nås, at skabe fred om barnets velfærd.

Dommeren er unægteligt forligsmand i det førnævnte forløb. Han spiller en meget central rolle. Det har derfor stor betydning, at han holder sin personlige holdning og eventuelle fordomme om forældres "traditionelle" kønsroller uden for hvert enkelt stridsspørgsmål. Klichéen om, at børn hellere skal følge moderen end faderen, når forældre er uenige om forældreansvaret, er lige så forkert som titlen på bogen "Mænd er fra Mars, kvinder er fra Venus".⁷ Sådanne synspunkter holdes derfor fuldstændig uden for forældrenes diskussion og konstruktive samtaler om barnets interesser. Erfaringer har da også vist, at fædre *kan* administrere udelt forældreansvar for et barn helt fra kravlealderen, akkurat som mødre kan det.⁸ Hvor godt det *lykkes* afhænger af de pågældende forælders egenskaber og evner. Jeg vil i den forbindelse understrege,

⁷ Se J. Gray, Ph.D., *Men Are From Mars, Women Are from Venus*, Harper Collins Publishers Inc., New York, 1992.

⁸ Ved denne påstand må generelt sættes det forbehold, at faderen har deltaget aktivt i omsorg og opdragelse af barnet, og at barnet er ophørt med at få bryst, for trods alt er vi ikke kommet dertil at fædre kan give deres børn bryst.

at det ikke har nogen betydning, om vedkommende er kvinde eller mand. Helt andre faktorer vil afgøre, hvorvidt og hvor godt det vil gå med at drage omsorg for og opdrage barnet eller børnene.

Lykkes det ikke at opnå retsligt forlig på det første møde ved at følge ovennævnte fremgangsmåde, indkaldes der altid til nyt møde, som regel inden for få dage. Imens har parterne haft mulighed for at tænke over situationen og tale sammen om forskellige valgmuligheder, med eller uden hjælp fra advokaterne.⁹ På det andet forligsmøde opsummeres situationen som regel, og det undersøges, om det er lykkedes parterne at blive enige om enkelte punkter; det være sig om forældreansvaret som sådant, om samværet eller om børnebidragsydelse. Generelt nævnes de to første punkter i samme åndedrag, dvs. uenigheden om forældreansvaret og samværet, og det afgøres som regel på dette møde, i hvor høj grad parterne er villige til at give afkald på forældreansvaret, og hvilke alternative ideer de har angående samvær. Opnås der ikke forlig, men øjnes der alligevel en mulighed for at nå det, indkaldes der til et tredje forligsmøde, hvor uenigheden som regel løses med retsligt forlig.¹⁰

Den her beskrevne forligsmetode kan vi kalde *metode 1*, for at skelne den fra to andre, som enten dommer eller advokater kan foreslå, og naturligvis altid i det øjemed at opnå forlig. Begge disse metoder bliver ikke aktuelle, før det efter det første eller andet forligsmøde synes godtgjort, at et forlig ikke kan nås uden hjælp fra sagkyndige, men at parterne stadig er villige til at fortsætte forligsforsøgene. Det er naturligt at kalde disse metoder *metode 2* og *metode 3*, selv om de er vidt forskellige.

Metode 2 indebærer, at det pålægges parterne, hver for sig eller sammen, at anmode retten om at beskikke en sagkyndig, sædvanligvis en psykolog, som dommeren pålægger at analysere og vurdere hver af parternes og barnets personlige egenskaber og forhold, parternes forhold til barnet og deres kompetence som opdragere. Disse faktorer sammenfattes for at se, hvilken forældreansvarsordning der tjener barnets tarv og interesser bedst. Parallelt med dette pålægges det den sagkyndige at vurdere, hvilke regler og ordninger der er de mest hensigtsmæssige for samvær med den forælder, der ikke får forældreansvaret. Udarbejdelse af erklæringen tager normalt to til fire måneder. Når den foreligger, indkaldes der til et nyt retsmøde med parterne. Disse forligssamtaler foregår omtrent som de forudgående møder, men præges i betydelig grad af erklæringens indhold. Falder vurderingen stærkt ud til den fordel for den ene forælder, eller giver den i det mindste et tydeligt mere positivt billede af den

⁹ Selv om advokaters deltagelse ikke nævnes specielt i førnævnte forligsproces, er det unødvendigt at bruge mange ord på deres betydning. De fremsætter mange forslag til løsning af uenigheden og har ansvar for pleje af deres klienters interesser.

¹⁰ Når udsigterne til forlig ved slutningen af det andet forligsmøde er rimelig gode men mangler "det sidste nøk" for at kunne gå op, kan det her forekomme at dommeren tager kontakt med en psykolog før mødets afslutning, og altid på parternes anmodning, selv om initiativet kan være dommerens, og beder pågældende psykolog om hjælp ved at løse de sidste uenighedspunkter. Parterne får i fortsættelse af dette tid hos en psykolog, der taler med dem og efter omstændigheder med deres barn eller børn og forsøger at mægle i sagen. Denne arbejdspraksis kan udsætte sagens behandling i nogle få uger men har som regel den tilsigtede virkning. Omkostningerne ved denne service er ubetydelig og betales som regel af parterne.

ene part, kan dette uden videre føre til retsligt forlig. Dette er dog ikke ensbetydende med, at den forælder, der opgiver forældreansvaret, er inkompetent som opdrager. I enkelte sager sker det, at den, der ifølge erklæringen mener at have "tabt" sagen, kræver genvurdering. Retten beskikker da to sagkyndige, der bedømmer de samme forhold, som blev analyseret under den første vurdering.¹¹ Når genvurderingen foretages, indkaldes der på ny til møde med parterne, og det forsøges at opnå forlig på grundlag af begge vurderingerne. Er udfaldet fra genvurderingen det samme eller meget lig det første, burde dette som regel gøre forliget lettere. I modsat fald viser erfaringen, at et forlig ikke kan opnås. Man vil da, i samråd med parter og advokater og i lighed med, hvor forlig ikke opnås på grundlag af den oprindelige vurdering, fastsætte en hovedforhandling, hvilket vil ske så hurtigt som muligt. Der vil da altid medvirke mere end en dommer. Grunden er, at retten skal vurdere beviskraften i den eller de sagkyndiges erklæringer, og på dette felt har herredsdommere generelt ikke specialviden. Dommeren vil derfor her dømme sammen med to sagkyndige domsmænd, som regel en kvinde og en mand. Efter afslutningen af forklaringerne gøres der under hovedsagens behandling næsten altid et sidste forsøg på at indgå forlig. Lykkes dette ikke, er der *desværre* ikke andet at gøre end at afsige dom.¹² Med denne sideform af Hafnarfjörður-metoden er det lykkedes at opnå forlig i de fleste sager, der behandles på denne måde; hvis ikke før, så på dagen for hovedforhandlingen.

Metode 2 er ikke alene tidkrævende men også overordentlig dyr, enten for parterne personligt eller for statskassen, såfremt forældrene har fri proces.¹³ I lyset af dette, men dog først og fremmest for at barnet kan få en hurtig men dog altid retfærdig og gennearbejdet løsning, har man udviklet en anden sideform af Hafnarfjörður-metoden, metode 3, som kan anvendes hvor et forlig synes sandsynligt efter det første eller andet retsmøde, og hvor barnet har nået en sådan alder og modenhed, at det menes retfærdigt at give det mulighed for at udtale sig om sagen. Forudsætningen for, at der tales med barnet på denne måde, er altid, at forældrene er enige om at anvende denne metode, at barnets holdning efter deres mening kan have afgørende betydning for afklaring af forældrenes uenighed om forældreansvaret, og at de stiller hinanden i udsigt at de vil *lytte* til barnets synspunkter og *forsøge* at opnå forlig på grundlag af

¹¹ I nogle tilfælde er pågældende part ikke helt tilfreds med en bestemt del af vurderingen, f.eks. vurderingsmandens undersøgelse og skøn af forholdet mellem forælder og barn, barnets ønske angående fast bopæl eller fortolkningen af psykologiske test, og parterne bliver da som regel enige om at der foretages en genvurdering af disse punkter.

¹² Jeg siger *desværre*, da jeg har den klippefaste tro, at forældreansvarssager *ikke tåler dom*. Med en dom gennemhugges først og fremmest knuden i forældrenes strid, men uenigheden om barnets interesser står endnu uløst angående andet end selve sagsgenstanden. Der er således ingen garanti for, at der vil herske fred omkring det individs velfærd og sjælero, som børneloven trods alt først og fremmest skal værne om.

¹³ En sags behandling kan blive udsat i mange måneder, endda i over et år, og imens må barnet vente på en afgørelse af dets fremtid. Den første vurdering koster sjældent mindre end 40.000 danske kroner (DKK). Man kan gange disse omkostninger med to hvor der foretages genvurdering, og oven på dette kommer advokatomkostninger, der som regel ikke er under DKK 70.000, hvis sagen trækker ud, og kan let blive på over DKK 100.000 for hver af de to parter.

disse. Når disse forudsætninger er på plads, meddeler dommeren, at han indvilger i at tale med barnet og høre, hvorvidt det vil fremlægge bestemte ønsker eller på anden måde tilkendegive bestemte forventninger til løsningen af forældreansvarsstriden.¹⁴ Naturligvis er barnets alder og modenhed af overordentlig stor betydning, når der tages beslutning i denne sammenhæng. Hindrer barnets psykiske modenhed ikke dette, vil man som regel tale med et barn, der har nået niårs-alderen og efter omstændighederne også med seks- til otteårige, men sjældent eller aldrig med endnu yngre børn.

De færreste dommere er sagkyndige angående børn, bortset fra jura, eller de har sjældent den himmelske gave at kunne tale med et barn i postyret omkring en forældreansvarsstrid. Der samarbejdes derfor med en børnespecialist, når dommeren taler med børn, som regel en psykolog med erfaring i samtaleterapi med børn. Forløbet omkring samtalen – eller samtalerne i de sjældne tilfælde, hvor de bliver til flere end én – foregår ved, at psykologen får overdraget en fotokopi af sagens dokumenter, forbereder sig på grundlag af disse og møder op på dommerens kontor på et forud fastsat tidspunkt, som regel inden for fem dage efter at det blev besluttet at tale med barnet. Dommeren lægger stor vægt på, at begge forældre følger barnet til retsbygningen, ikke kun for at vise barnet, at samtalen finder sted med begge forældres viden, samtykke og velvilje, men også for at give forældrene mulighed for at se omgivelserne på dommerens kontor, som barnet vil befinde sig i under samtalen.¹⁵ Når barnet har vænnet sig til de nye omgivelser og er parat til at tage afsked med forældrene, forlader de retsbygningen mens samtalen med barnet foregår. Både dommer og psykolog deltager i samtalen med barnet, men psykologen vil styre den. Sådanne samtaler varer som regel 45 til 60 minutter. Det siger sig selv, at dommeren og psykologen under samtalen vil undgå spørgsmål, som vil sætte barnet i den situation, at det muligvis kan føle sig tvunget til at tage den ene forælders parti. Ligeledes forklares det tydeligt for barnet, at samtalen er fuldstændig fortrolig, såfremt barnet fortæller noget, mor og far ikke må høre. Har et noget ældre barn selv taget stilling til, hos hvem af forældrene det helst vil bo, søger psykologen at undersøge, under hvilke forudsætninger dette ønske er fremsat, og hvad der kan ligge til grund for denne stillingtagen. Uanset barnets alder indskærpes det altid for barnet, at dets *vilje*, eller formodede vilje, næppe vil har afgørende indflydelse på resultatet af forældreansvarssagen, og at det under alle omstændigheder er *dommerens ansvar*, og ikke barnets, at finde den mest hensigtsmæssige løsning for barnet, hvis det ikke lykkes forældrene selv at opnå forlig. Efter samtals afslutning følger dommeren barnet ud til dets forældre, roser det i begge forældres påhør for, hvor dygtigt det har været i samtalen, og giver derefter forældrene hånden til afsked. Psykologen skriver i fortsættelse heraf en kort samtalerapport, som regel to-tre sider, som han sender med kurer til dommeren.

¹⁴ Initiativet til et sådant interview kan komme fra dommeren, en af parterne eller en advokat.

¹⁵ Jeg tager som regel imod forældre og børn uden for kontortid, endda på en lørdag, og domhuset er derfor som regel mennesketomt. Jeg viser børnene retssalen og forklarer dem, hvad der foregår her til daglig, giver dem lov til at sætte sig i dommerens stol og pille ved dommerhammeren og lydoptagerudstyret. Børnene morer sig ofte over dette, især hvor flere søskende kommer samtidigt.

Rapporten sendes derefter til parternes advokater, og der indkaldes samtidigt til nyt forligsmøde få dage senere. Når parterne møder op, har de som regel gjort sig meget grundigt bekendt med rapportens indhold. Psykologen deltager mødet, hvor han eller hun bistår dommeren med forligsforsøgene og besvarer forældrenes spørgsmål omkring erklæringen, andre sagsdokumenter og nærmest alt, der kan have nogen betydning eller kan give forældrene vejledning i at finde en løsning, der bedst tjener barnets interesser. I mange tilfælde, og disse bliver støt og roligt flere, er det på dette møde eller det efterfølgende lykkedes parterne at nå frem til et retsligt forlig. Forældrenes udbytte af denne fremgangsmåde er at de sparer sig selv for uendelige bekymringer, vrede og bitterhed, og ikke i mindre grad barnet, der skånes for en langvarig forældreansvarsstrid. Samtidigt med at barnet slipper for et langt og besværligt vurderingsforløb, spares der også titusindvis af kroner (målt i DKK) i vurderings- og advokatomkostninger. Omkostningerne i forbindelse med psykologen, der har hjulpet og vejledt forældrene, beløber sig som regel til 6.000 – 10.000 DKK, som betales af statskassen.

Sagsstatistikken fra Reykjanes byret viser, at man har opnået markant bedre resultater med Hafnarfjörður-metoden. Således var forligsprocenten i årene 1999, 2000 og 2001 henholdsvis 50 %, 64 % og 33 %. Dette var de tre forudgående år før udviklingsprojektets begyndelse. I 2002 var forligsprocenten 73 %, i 2003 87 %, 96 % i 2004 og 84 % i 2005. I foråret 2006 skiftede jeg arbejdsplads og har siden da været tilknyttet byretten i Reykjavik. I denne periode har man kun i meget begrænset omfang anvendt forligsmetoden. Desværre.

Jeg har ikke ført nogen statistik over tidsbesparelsen ved anvendelse af de nævnte forligsmetoder, men tiden for sagens behandling afkortes betydeligt med anvendelse af metode 1 og metode 3. Især den sidstnævnte har givet gode resultater. Når sagen er blevet tildelt en dommer, sigtes der mod inden for tre uger at afholde to til tre forligsmøder, heraf et med en psykolog, og den pågældende sag vil derfor være afsluttet ca. to måneder efter tingfæstning.

Hvad enten man vælger metode 1, 2 eller 3, sigter Hafnarfjörður-metoden også efter at formindske omkostningerne ved sagen. Ender en sag med dom, med tilhørende vurdering og genvurdering, kan de samlede omkostninger beløbe sig til over DKK 250.000. Med et forsigtigt skøn kan vi specificere beløbet på følgende måde: Vurdering: DKK 40.000, genvurdering: DKK 80.000, sagsøgers advokatomkostninger: DKK 80.000 og det samme beløb for sagsøgte, i alt DKK 280.000. Ved anvendelse af metode 3 er det lykkedes at sænke disse omkostninger, idet psykologhjælpen beløber sig til DKK 10.000, og advokaternes salær er her som regel et sted mellem DKK 15.000 og 30.000, hver for sig. Ifølge dette spares altså mindst DKK 200.000 ved hver sag.

Det er ikke min hensigt at sammenligne Hafnarfjörður-metoden med den traditionelle metode ved mæglingforsøg i forældreansvarssager i Island, hvilket ofte indebærer ligegyldighed fra dommerens side eller endda manglende interesse i at betragte sagen ud fra barnets synspunkt. Således svarede en i øvrigt udmærket dom-

mer, da advokater spurgte, om han ikke ville lade Hafnarfjörður-metoden komme an på en prøve, at folk kom i domhuset for at få en dom og ikke for at opnå forlig. Ligeledes overlader jeg det til andre at vurdere Hafnarfjörður-metodens fordele og ulemper i sammenligning med andre modeller og tænker her specielt på norske og danske forbilleder. Det islandske domstolsråd har for nyligt indført den norske metodik, men indtil videre har man ikke set dens fordele i praksis. En gruppe islandske advokater er derudover gået ind for den danske metode og har i den forbindelse afholdt kurser. Dette er al ære værd, men det vigtigste for at kunne opnå gode resultater er dog at undgå at bide sig fast i en bestemt model og altid være åben over for andre muligheder og parat til at træde ud af hjulsporene, hvis det af en eller anden grund er problematisk at følge den forud fastlagte vej mens en alternativ rute samtidig er farbar. Ligesom det er svært for børn at følge lovens hovedregler, er deres interesser ikke nødvendigvis bedst tjente med en bestemt og afgrænset model, de voksne har fremstillet.

Hovedmålet for en dommer ved løsning af en forældreansvarsstrid mener jeg vil være at *løse forældrenes uenighed*. Det vil eventuelt kræve ny viden og en anden vinkel til forældreansvarssager, men indebærer også en ny udfordring til dommere, advokater og andre involverede. De implicerede børn har krav på, at alle muligheder undersøges for at føre forældrene sammen i et forlig, hvad enten dette betyder, at forældreansvaret bliver hos den ene eller begge forældre. Med anvendelse af Hafnarfjörður-metoden er det ofte lykkedes at opnå en aftale om, at forældreansvaret efter retsforliget fortsat vil være fælles og endda, at der er opnået forlig om fælles forældreansvar, hvor dette tidligere var hos den ene af forældrene. Således sikrer Hafnarfjörður-metoden, når den når sit erklærede mål, at forældrene opnår *enighed* om forældreansvaret og om barnets samvær med den forælder, hos hvem det ikke vil have fast bopæl, i stedet for at en dommer pålægger forældre og barn samvær på bestemte dage og endda på bestemte tider af disse dage. Hvordan skal en dommer kunne vide, hvad der er bedst for hvert enkelt barn hvad dette angår? Ved at løse forældrenes og børnenes problem bygger vi ikke alene en borg omkring hvert barns allervigtigste interesser, men forsøger samtidigt at varetage begge forældres interesser, såvel særinteresser som deres og barnets fælles som "familie", for uanset om forældrene er skilt, vil barnet – endda ganske længe efter skilsmissen – generelt definere sig som hørende til en og samme familie.¹⁶ Ved anvendelse af Hafnarfjörður-metoden klargøres dette for forældrene. De får vejledning fra forskellig side, det være sig dommer, advokater eller psykologer, men løsningen må forældrene selv beslutte. De må blandt andet gøre sig klart, at børn ikke er forældrenes *ejendom*. Børn har deres egne behov, længsler og ønsker, og deres sjæleliv er ganske anderledes end de

¹⁶ På grund af dette lægger Hafnarfjörður-metoden vægt på, at forældre og børn forenes på dommerens kontor efter opnåelse af forliget, enten på den samme dag eller dagen efter. Dommeren forklarer derefter børnene forligets indhold og betydning i alle impliceredes påhør. Hensigten med dette er at børnene hører om deres forældres overenskomst fra en udenfor stående part og at de føler, at mor og far er blevet „venner“ igen. Den samme hjælp tilbydes også i sager, der går videre til domsafsigelse.

voksnen. Børn er i og for sig ganske ligeglade med, hvem af forældrene vil få forældreansvaret efter skilsmissen, og hvor de vil have fast bopæl, hvis bare forholdet mellem forældrene er godt og børnene har mulighed for regelmæssigt samvær med begge forældre. Og samværrets længde er ikke nødvendigvis den afgørende faktor. Hvad et barn behøver, er kærlighed og omsorg fra begge forældre, deres forståelse og beskyttelse, sikkerhed og stimulering. Uanset om forældreansvaret er hos den ene eller begge forældre, har de begge den samme og uændrede pligt til at værne om barnets rettigheder og opdrage det i fællesskab, så godt som dette er muligt. Hafnarfjörður-metoden har som formål at indskærpe sådanne kendsgerninger for forældrene og hjælpe dem med at forløse barnet fra den følelsesmæssige krise, som forældrene har skabt med deres uenighed. Det er af afgørende betydning i forligsprocessen at forældrene holder op med at tænke på fortiden og i stedet koncentrerer sig om deres egen fremtid og barnets fremtid. Barnet er ikke en præmiepokal, der kan stilles op på kaminhylden i den ene forælders hjem og forbyde den anden forælder adgang til. Når der dømmes i forældreansvarssager er det sjældent muligt at sige, at den ene af forældrene vinder en virkelig sejr. Barnet taber derimod altid på en sådan afslutning af sagen. Finder forældrene, at der er aktiv interesse for at hjælpe dem med at finde en fredelig løsning på deres uenighed, og arbejder de sammen med dommer, advokater og andre fagkyndige, er det næsten altid muligt at finde lys, hvor man før kun så mørke. Erfaringen bekræfter dette.¹⁷ I de få sager, hvor det ikke har været muligt at opnå forlig, må dommeren hverken dømme fælles forældreansvar eller stadfæste fortsættelse heraf. En dommer, der begår denne fejl, vil i realiteten tage hensyn til forældrenes behov eller interesser på bekostning af barnets rettigheder og vil samtidigt forbyrde sig imod barnets vigtigste interesser.

4. Hvad skal barnets tilgang til forældrenes uenighed være?

Ligesom en ægtefælle som regel er den sidste til at høre om den andens utroskab, kan børn lide i årevis for deres forældres strid om forældreansvar og/eller samvær uden at have nogen direkte tilgang til striden eller at kunne gøre noget for at løse den. Jeg fremsætter derfor spørgsmålet, hvorvidt man ved hjælp af en eller anden metode formelt kan fastslå, hvornår uenighed om forældreansvar reelt er til stede, f.eks. med forældres rapporteringspligt, således at man kan yde hjælp allerede ved problemets opståen. Parallelt med dette er det et spørgsmål, hvorvidt man ikke fra samme tidspunkt burde fortælle barnet om uenigheden og dens karakter og forsøge at hjælpe det med at håndtere dens følger, der idelig vil gå værst ud over barnet. Et andet emne, der er nært knyttet til dette spørgsmål, er lovgiverens holdning til, hvorvidt barnet i visse tilfælde har ret til en talsmand, således som det har ifølge f.eks. dansk og norsk

¹⁷ Af de knap 100 forældreansvarssager, som jeg har været så heldig at deltage i forligsbehandlingen af, har jeg kun kendskab til to tilfælde, hvor det retslige forlig er „sprunget“. Jeg har gennem advokater forsøgt at holde øje med, hvordan det siden er gået med forældre og børn.

lov. Formålet er det samme som jeg tidligere omtalte i tredje kapitel, d.v.s. at barnets røst høres, og at det sikres at dets synspunkter bliver fremsat, før forældreansvarsstriden afgøres.

Jeg har ikke nogen fast holdning til, hvorvidt man bør beskikke en talsmand. Derimod er jeg overbevist om, at barnet har ret til så tidligt som muligt at få oplysninger om forældrenes uenighed, og at myndighederne har pligt til at gribe ind og hjælpe barnet i dets forpinte situation. Naturligvis er barnets alder i denne forbindelse af stor betydning, og jo ældre det er, jo vigtigere er det at der tages hensyn til det vilje og dets holdning til forældrenes strid. Dette fremgår også tydeligt i § 28, stk. 6, i den islandske børnelov, hvorefter forældre har pligt til at have samråd med barnet, før der træffes en afgørelse om dets fremtidige forhold, dog under hensyntagen til barnets alder og modenhed. Jo ældre barnet er, desto mere indflydelse skal dets holdning have på sagens udfald. Formodentlig gælder en lignende regel i de andre nordiske lande. Problemet er imidlertid, at når der hersker uenighed mellem forældre efter en skilsmisse, og en forældrestrid måske allerede er i gang, er det ovennævnte synspunkt om samråd med barnet det første, der glider i baggrunden. Dette er ikke unaturligt i den pågældende situation. I Hafnarfjörður-metoden har man forsøgt at imødekomme barnets ret under disse omstændigheder, og det har fået mulighed for at ytre sig om sin holdning til striden samt om sin vilje og holdning til, hvordan den bør løses. Det kan imidlertid diskuteres, hvorvidt dommeren skal have lov til eller overhovedet bør tale med barnet, sådan som det sker i f.eks. Danmark og Norge, eller hvorvidt man i alle tilfælde bør søge hjælp hos andre sagkyndige. Et yderligere spørgsmål, der er ubesvaret, er hvorvidt, og da under hvilke omstændigheder, et barn skal kunne bestemme, hvor det har fast bopæl, og om der bør sættes en aldersgrænse i forbindelse hermed. Jeg forventer og ser frem til at høre andre deltageres synspunkter om de nævnte punkter.

5. Sammendrag

Jeg har fremsat fire påtrængende spørgsmål, der på forskellig men dog indbyrdes forbunden måde handler om forældreansvaret efter skilsmissen og om hvordan det er muligt at værne om barnets vigtigste interesser, når forældrene er uenige om forældreansvar og/eller samværsordning. Mine svar (teser) kan summeres op på følgende måde:

Tese 1: Hvad angår det første spørgsmål er det min konklusion, at nordisk børnerets hovedregel om fælles forældreansvar efter skilsmisse altid må betragtes ud fra barnets interesser i hvert enkelt tilfælde. Generelt er denne regel til barnets fordel men dog ikke i ethvert tilfælde. For barnets velfærd er det derfor vigtigt allerede i begyndelsen at definere de væsentligste forudsætninger for fælles forældreansvar og sikre grundlaget for, at det holder. Lovgiverens ansvar er her større, fordi hovedreglen direkte eller indirekte begrænser forældrenes beslutningsret og forhandlingsfrihed.

Jeg peger derfor på muligheden for at lovfæste regler omkring de nævnte punkter og stiller spørgsmålet, hvorvidt myndighederne ikke burde følge med i, om det fælles forældreansvar fortsat tjener sit oprindelige formål i årene efter skilsmissen, og om det ikke er påtrængende at øge antallet af forældres muligheder for at anke enkelte anliggender til afgørelse hos myndighederne og/eller domstolene for at forebygge en strid om forældreansvaret som sådant.

Tese 2: Spørgsmålet om, hvorvidt dommere bør idømme fælles forældreansvar besvarer jeg med et meget klart Nej. Det er uvedkommende, om dommen indebærer en stadfæstelse af fortsat fælles forældreansvar eller om det træder i kraft ved dommens afsigelse. Jeg forstår synspunkterne bag en sådan lovgivning og vurderer, at den kan have beskyttende virkning og medvirke til, at forældrene søger en fredeligere løsning på deres uenighed i stedet for at rejse en retssag. Jeg mener imidlertid, at dommere aldrig må og aldrig skal anvende denne lovhjemmel. Jeg tror, at den svenske formulering efter lovændringen i 2005 fuldstændig bekræfter mit synspunkt.

Tese 3: Mit svar på spørgsmålet om, hvordan man i en retssag bør løse en forældreansvarsstrid, skal ses i sammenhæng med forrige svar. Jeg er overbevist om, at det er muligt at løse næsten alle forældreansvarssager med en målbevidst forligsbehandling, og mener at jeg har bevist dette med den såkaldte Hafnarfjörður-metode. De sager, der ikke løses med en overenskomst mellem forældrene, er ganske enkelt af en sådan karakter, at barnets rettigheder og interesser kræver at forældreansvaret ikke vil være hos begge forældre. Kun i disse tilfælde er det retfærdigt, at dommeren hugger knuden over og tillægger den ene forælder forældreansvaret alene, selv om det er usandsynligt at en sådan dom i øvrigt løser forældrenes strid.

Tese 4: Spørgsmålet om barnets tilgang til forældreansvarsstriden vil jeg besvare med, at det er af den største betydning, at barnet formelt og så tidligt som muligt får oplysninger om forældrenes uenighed om forældreansvaret, og at barnet yderligere har en lovbunden ret til at fremføre sine synspunkter om, hvordan striden bør løses. Det er vigtigt, at barnet fra det samme tidspunkt får støtte fra en udefra kommende part og efter omstændighederne har ret til en beskikket talsmand, idet forældrene næppe er i stand til at værne om dets bedste interesser. De nævnte punkter kræver konstant revision, da børns behov er under stadig forandring, lige så vel som den dynamiske børneret. „Barnets bedste interesser“ i dag kan være andre i morgen. Vi må altid være vågne og på vagt.

Tomas Lindholm

Fremmede retsbegreber i nordisk kontraktsret

Fremmede retsbegreber i nordisk kontraktsret

Advokat Tomas Lindholm, Finland

Kommersiella avtal mellan nordiska parter avfattas idag allt oftare på andra än nordiska språk, företrädesvis på engelska. Man kunde med fog påstå att nordisk avtalspraxis under de senaste årtiondena i viss mån har angloamerikaniserats. Detta är en följd av den accelererande globaliseringsprocessen som styr utvecklingen i riktning mot en världsomfattande ekonomi med globala marknader och som resulterat i att avtal allt oftare ingås mellan parter från olika länder med olika rättskulturell bakgrund. Detta medför, att främmande rättsbegrepp allt mera förekommer i nordiska avtalssammanhang. Föreliggande referat finner att utvecklingen delvis är oundviklig och att nordiska jurister därför bör vara beredda att anpassa sig till den. I viss mån kan utvecklingen rentav betecknas som positiv. I gränsöverskridande sammanhang kan en mera detaljerad avtalspraxis ha sina fördelar. Den nordiska avtalsrätten besitter emellertid vissa kännsypaka drag som är värda att värna om. De nordiska juristerna har såväl möjlighet som anledning att påverka utformningen av gränsöverskridande avtalspraxis. På ett allmänt plan kan påverkan ske genom aktiva åtgärder i synnerhet i harmonieringssammanhang. På ett enskilt plan har den praktiserande nordiska affärsjuristen en viktig roll som något av en brobyggare mellan å ena sidan det nordiska och å andra sidan det "främmande" intresset. Huruvida dylika strävanden att påverka den internationella utvecklingen kan vara framgångsrika beror i hög grad på hur angelägen uppgiften upplevs och med vilken målmedvetenhet man går in för densamma.

1. Inledning

Då avtal ingås mellan parter från olika länder och rättssystem är det oundvikligt att det uppstår spänningar och konflikter mellan element och begrepp som hör hemma i olika rättskulturer. Detta gäller givetvis också i situationer där avtal uppgörs mellan nordiska och icke nordiska parter. Därmed är det uppenbart att också den nordiska avtalsrätten är utsatt för påverkan av främmande begrepp. Detta är fallet i ökande utsträckning. Kommersiella avtal som omfattar nordiska parter uppsätts idag allt oftare på andra än nordiska språk och de innehåller ofta rikligt med begrepp som ur ett nordiskt perspektiv ter sig främmande, inte bara i språklig bemärkelse utan också på grund av att begreppen helt enkelt inte har någon motsvarighet eller klar innebörd i nordisk avtalsrätt.

Detta referat utgår från två grundläggande problemställningar i den beskrivna utvecklingen. Den första gäller nuläget och den andra antar ett framtidsperspektiv. Den första problemställningen gäller frågan huruvida och i så fall på vilket sätt den

ovan beskrivna utvecklingen har påverkat den nordiska avtalsrätten. Den andra problemställningen gäller huruvida utvecklingen kan förväntas fortgå och om det i så fall finns anledning och möjlighet att påverka den. Om svaret på den sistnämnda frågan är jakande bör man ännu ställa frågan på vilket sätt detta i så fall kunde eller borde ske.

Som utgångspunkt för diskussionen behandlas inledningsvis frågan om vad som bör avses som ett främmande rättsbegrepp i nordisk avtalsrätt. Utvecklingen genom vilken främmande rättsbegrepp introduceras i den nordiska avtalsrätten presenteras närmare i avsnitt 3. Avsnitt 4 behandlar konsekvenserna av denna utveckling. De olika sätten på vilka introduktionen av främmande begrepp kan ske diskuteras i avsnitt 5. I avsnitt 6 presenteras en vision för framtiden samt dryftas vilken roll den nordiska avtalsrätten och den nordiska juristen har i en värld som präglas av en ökad press på nordisk avtalspraxis och -rätt. Referatet avslutas med en kort sammanfattning i avsnitt 7.

Referatet tar utgångspunkt i följande teser:

Tes 1: Den accelererande introduktionen av främmande begrepp i nordisk avtalspraxis beror i grunden huvudsakligen på globaliseringsprocessen och på USA:s dominerande ställning i den globala kommersen.

Tes 2: Den fortskridande globaliseringsprocessen kommer att främja introduktionen av främmande begrepp i framtiden i snabbare takt än härintills.

Tes 3: Den nordiska avtalsrätten som på grund av den beskrivna utvecklingen är utsatt för press besitter vissa kännpaka drag som i vissa avseenden gör den överlägsen den angloamerikanska.

Tes 4: Nordiska juristsamfund och enskilda jurister kan på olika plan i viss mån påverka utformningen av en global avtalspraxis.

Tes 5: Den nordiska juristen gör en insats genom att inte okritiskt importera rättsbegrepp som har sitt ursprung och sammanhang i en annan rättskultur än den nordiska utan genom att anpassa dem till nordiska förhållanden och samtidigt värna om de värdefulla dragen i den nordiska avtalsrätten.

2. Begreppsparet "nordisk avtalsrätt" och "främmande begrepp"

För att förstå vad som är ett "främmande rättsbegrepp" finns det anledning att först fråga om det finns något som kan betecknas som "nordisk avtalsrätt" och vad som i så fall är kännetecknande för den. Det som inte kvalificerar som ett "nordiskt" begrepp i detta sammanhang måste då rimligtvis vara ett "främmande" begrepp. Uppenbart är, att rättsbegreppets språkliga utformning inte har någon direkt betydelse för bedömningen. Som exempel på detta kan begreppet *pacta sunt servanda* tjäna. Trots att begreppet *pacta sunt servanda* språkligt sett helt uppenbart inte är nordiskt kan det knappast anses vara ett främmande begrepp i förhållande till den nordiska avtalsrätten. Begreppet och den underliggande principen om avtalets bindande

verkan är onekligen vedertagna i den nordiska avtalsrätten och det finns knappast någon nordisk jurist som inte känner deras innebörd.

Å andra sidan innebär enbart det faktum att ett begrepp allmänt används i nordisk avtalspraxis inte i sig att begreppet skulle kunna uppfattas som ett nordiskt rättsbegrepp. Som ett trivialexempel kan nämnas det också i nordiska avtals-sammanhang ofta förekommande engelskspråkiga ordet *material* som i svenskt juridiskt språkbruk närmast anses motsvara ordet väsentligt. Ordet *material*, som har sitt ursprung och en på omfattande rättspraxis baserad distinkt juridisk innebörd inom common law systemet, förekommer allmänt i engelskspråkiga avtal också nordiska parter emellan. Det är ingalunda klart att begreppets innebörd i den rättskultur där begreppet har sitt ursprung *de facto* har sin exakta motsvarighet i begreppet väsentlig enligt nordisk avtalsrätt.

Vad är då kännetecknande för den nordiska avtalsrätten? Nordisk rätt uppfattas i allmänhet som en rättsfamilj som utgör en undergrupp till civil law rätten, eller som en från både civil law rätten och common law rätten helt separat rättsfamilj.¹ Det finns många drag hos de nordiska länderna och rättssystemen som bidrar till detta. De nordiska länderna präglas av geografisk närhet och delar en gemensam historia och ett gemensamt kulturarv som är baserade på gemensamma värden.² En stor betydelse har också att de flesta nordiska språken påminner mycket om varandra. Vidare påminner rättssystemen i de nordiska länderna om varandra vad gäller deras uppbyggnad, rättskälleuppfattning och rättsprinciper. Ett av de nordiska rättssystemens särdrag är att förarbeten till lagar har en förhållandevis stor tyngd som rättskällor.³ Inte heller förekommer det i de nordiska rättssystemen några omfattande och systematiska privaträttsliga kodifikationer. Ett drag som skiljer den nordiska rättskulturen från övriga civil law rättssystem är att den romerska rätten aldrig har varit gällande rätt i de nordiska länderna.⁴

De nordiska länderna har under olika tider i olika konstellationer haft gemensamma lagar och har därefter en lång tradition av lagstiftningssamarbete vilket har bidragit till bibehållandet av likheterna mellan de nordiska rättskulturerna. Detta gäller i synnerhet på privaträttens område. De nordiska rättshandlingslagarna och köplagarna utgör goda exempel på centrala avtalsrättsliga regelverk som uppkommit som ett resultat av nordiskt samarbete. Ett framträdande nordiskt avtalsrättsligt särdrag är att allmänna avtalsrättsliga principer tillmäts stor betydelse vid avtalstolkningen.⁵ Tillit och förtroende kontrahenterna emellan är grundläggande utgångspunkter för den nordiska avtalsrätten, något som man stundom kallar för det "nordiska

¹ Se Ulf Bernitz, What is Scandinavian Law? *Scandinavian Studies in Law* Vol. 50, 2007 s. 15.

² Se Ole Lando, Nordic Countries, a Legal Family? A Diagnosis and a Prognosis. *Global Jurist Advances* Vol. 1, Issue 2, 2001 s. 11.

³ Se Ulf Bernitz, What is Scandinavian Law? *Scandinavian Studies in Law* Vol. 50, 2007 s. 17 f och s. 20.

⁴ Ole Lando, Scandinavian Law in Practical Implication: Characteristic Features, Solutions of International Interest, Social Dimension. *Scandinavian Studies in Law* Vol. 50, 2007 s. 159.

⁵ Se Ulf Bernitz, What is Scandinavian Law? *Scandinavian Studies in Law* Vol. 50, 2007 s. 22 och Viggo Hagström, The Scandinavian Law of Obligations. *Scandinavian Studies in Law* Vol. 50, s. 117 ff.

handslaget". Begreppet "nordisk avtalsrätt" har vissa kännpaka drag och är således rätt entydigt definierbart. Ett rättsbegrepp kan betecknas som nordiskt om det har en vedertagen juridiskt relevant innebörd i den gällande nordiska rätten. Övriga rättsbegrepp är främmande.

Gränsen för vad som är nordiska och vad som bör betecknas som främmande rättsbegrepp är emellertid inte absolut. I vissa fall är det kanske inte helt klart huruvida ett rättsbegrepp är främmande i förhållande till nordisk avtalsrätt. Ett begrepp som idag är främmande behöver ej heller nödvändigtvis vara främmande mera i morgon om det på ett eller annat sätt inarbetats och därigenom blivit en del av den nordiska rättsordningen. Också begreppet *pacta sunt servanda* har under gångna tider inarbetats i den nordiska avtalsrätten. Ett begrepps ursprung i sig avgör därför inte om rättsbegreppet faller inom kategorin nordiskt eller främmande.

Avtalsrätten är i många länder idag utsatt för en betydande press. Det har blivit allt vanligare i internationella avtalsförhållanden att avtal skrivs på engelska och att avtalen blivit allt längre och mera detaljerade. Fenomenet kunde betecknas som något av en angloamerikanisering av internationell avtalspraxis, inkluderande den som tillämpas i de nordiska länderna. Den nordiska avtalsrätten konfronteras därför i ökad utsträckning med begrepp och fenomen som ofta har en common law bakgrund. Orsakerna till detta står i grunden närmast att finna i den dominerande roll i den accelererande globaliseringsprocessen som USA, genom sin starka ekonomi och sina stora kapitalmarknader och företag innehar, eller i varje fall innehaft under de senaste årtiondena.⁶ Också den europeiska integrationen har bidragit till att främmande begrepp, ofta med härstamning i angloamerikansk rätt, introduceras i nordisk rätt.

3. Mot en "global avtalspraxis"?

För att beskriva bakomliggande orsaker till varför främmande begrepp introduceras och småningom kan bli en del av den nordiska avtalsrätten, tjänar det tidigare omnämnda begreppet *pacta sunt servanda* som ett åskådligt exempel. Rötterna till principen *pacta sunt servanda* går långt tillbaka i historien. Under antikens dagar hade principen en fundamental moralisk och religiös betydelse. Framför allt i samhällena i Medelhavsområdet fick principen senare ytterligare ett berättigande: det gemensamma intresset för en reglerad kommers. Redan de gamla romarna insåg att en fungerande kommers förutsätter att avtal är bindande.⁷ I takt med det romerska rikets utvidgning, kom också begreppet *pacta sunt servanda* att börja tillämpas överallt där romarna bedrev kommers. Sedermera har begreppet blivit universellt erkänt

⁶ Se Viggo Hagström, *The Scandinavian Law of Obligations. Scandinavian Studies in Law* Vol. 50, s. 122.

⁷ Angående bakgrunden till och uppkomsten av principen *pacta sunt servanda* se Hans Wehberg, *Pacta Sunt Servanda. The American Journal of International Law*, Vol. 53(4), 1959 s. 775 ff.

och utgör en hörnsten för handel och kommers i alla utvecklade samhällen. Denna utveckling är i sig på intet sätt överraskande. Marknadsaktörerna har funnit en viss praxis vara effektiv, fungerande och rimlig. Följaktligen kommer den och därmed sammanhängande begrepp att genom gränsöverskridande kommers småningom att börja spridas över allt större marknadsområden som omspannar olika rättskulturer.

I takt med globaliseringsprocessen sker spridningen och introduktionen av nya sedvanor och begrepp idag mycket snabbare än i antikens Rom. Med globalisering avses den process som har sin grund i förbättrade transport- och kommunikationsmöjligheter och som har bidragit till att företag verkar på allt fler geografiska marknader till följd av vilken gränsöverskridande avtalsupplägg har blivit normen för dagen. Globaliseringsprocessen styr utvecklingen i riktning mot en världsomfattande ekonomi och globala marknader. Denna utveckling har under senare tider framskridit med accelererande hastighet, i synnerhet under 1990-talet som en följd av utvecklingen på telekommunikationens område.⁸

Uttryckt i för detta referat relevanta termer kan globaliseringen sägas innebära att avtal allt oftare ingås mellan parter i olika länder med olika rättskulturell bakgrund. Det är därför rimligt att utgå från att globaliseringen i betydande utsträckning främjar utvecklingen av gränsöverskridande avtalspraxis i internationell kommers. I internationella avtalsförhållanden där olika rättssystem avvikande avtalsrättsliga normer och sedvanor möts och stöts är kompromisser oundvikliga. I det konkreta fallet har den starkare avtalsparten bättre möjligheter att utforma avtalsvillkoren och påverka avtalets innehåll och kommer givetvis inte att försumma denna möjlighet.

Sett i ett vidsträckt perspektiv är det naturligt att en starkare ekonomi med starkare företag har ett större inflytande på gränsöverskridande marknadspraxis, inkluderande det avtalsspråk som tillämpas. USA har länge varit världens största ekonomi med de största företagen och de största kapitalmarknaderna. På grund av dess dominerande ställning i den globala kommersen, i kombination med den framträdande roll juridiken överlag har i det amerikanska samhället, har USA särskilt under de senaste årtiondena blivit den ledande aktören när det gäller att styra internationell marknadspraxis för kommersiella avtal. Härtill kan förmodas ha bidragit i icke obetydlig utsträckning att London, som Europas ledande finansiella centrum och som säte för ledande europeiska finansiella aktörer, genom sin common law förankring snarare främjat den amerikanska hegemonin än utgjort en motpol till den. Givet är också, att utvecklingen förstärks av att det engelska språket allt tydligare framstår som den internationella kommersens språk. Utvecklingen främjas också av att ledande rådgivare på den globala transaktionsmarknaden, såsom investeringsbanker och advokatbyråer, under de senaste årtiondena konsoliderats till globala företag dominerade av jurister och bankirer med common law bakgrund,

⁸ Se Ola Wiklund, Europeisering och globalisering av svensk rätt. *Festskrift till Ulf Bernitz*, 2001 s. 221, som finner ursprunget till globaliseringen i ibruktagandet av den första transatlantiska telekabeln år 1858.

som styrs från sina huvudsäten i USA eller London. Det är idag snarare regel än undantag, att globala investeringsbanker och/eller advokatbyråer medverkar i större förvärv och andra företagstransaktioner också på den nordiska marknaden. Härvid kommer de nordiska transaktionsaktörerna att direkt konfronteras med den praxis och begreppsvärld som de globala aktörerna opererar med.

Man kunde med fög säga, att utvecklingen går mot något som kunde definieras som en "global avtalspraxis" med starkt angloamerikanskt inslag, som inte heller vi i Norden är opåverkade av. Hur långt utvecklingen kommer att gå och hur lång tid den kommer att ta är en annan sak. Anpassningen av en i rättskulturen djupt inrotad begreppsapparat är en omvälvande och mycket tidskrävande process. Klart är emellertid att utvecklingen framöver genom den framskridande globaliseringen kommer att ske mycket snabbare än härintills.

Det faktum att avtalspraxis och -terminologi förenhetligas innebär ingalunda i sig att vi skulle få en enhetlig begreppsapparat i den bemärkelsen att ett begrepp skulle ha samma juridiska innebörd i alla rättssystem. Även om den brukade termen har samma utformning i avtalet kan begreppets juridiska innebörd variera väsentligen beroende på vem som i ett konkret fall, möjligen vid lösandet av en tvist, slutligt tar ställning till begreppets exakta innebörd.

I det följande anføres några exempel på i nordisk avtalspraxis numera allmänt förekommande termer och begrepp med angloamerikanskt ursprung.

Due diligence är ett i den nordiska avtalsrätten numera vanligt förekommande begrepp. Såsom senare beskrivs har *due diligence* fått en vedertagen innebörd i den nordiska avtalsrätten till följd av inarbetning genom marknadspraxis. Begreppsparet *representations and warranties* förekommer ofta i avtal gällande företagsöverlåtelser. Frågan om dess innebörd och betydelse i en nordisk kontext är emellertid inte helt entydig. En annan ofta förekommande avtalsklausul vars betydelse i en konkret tolkningssituation kan vara oklar, är den s.k. *no waiver* -klausulen.⁹ Den tidigare omnämnda termen *material*, som i nordisk rätt närmast motsvaras av ordet väsentligt, är ett annat begrepp vars tolkning kan förorsaka problem. Några andra allmänt använda exempel på avtalsrättsliga begrepp av främmande ursprung är *indemnity*, *covenant*, *term sheet*, *letter of intent* och *comfort letter*. Till några av dessa främmande begrepp förekommer emellertid ingalunda uteslutande på avtalsrättens område. Som exempel på främmande begrepp utanför avtalsrättens område som introducerats i den nordiska rättskulturen, kan den angloamerikanska bolagsrättsliga *business judgement* -regeln samt det konkurrensrättsliga fenomenet *leniency* nämnas. Jag återkommer i ett senare skede till några av dessa.

⁹ Om begreppsparet *representations and warranties* och *no waiver* -klausulen samt den till dessa begrepp anknytna tolkningsproblematiken se Giuditta Cordero Moss, *Harmonized Contract Clauses in Different Business Cultures*. I verket Thomas Wilhelmsson, Elina Paunio och Annika Pohjolainen (red.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, 2007 s. 236 f.

4. Konsekvenserna av utvecklingen

4.1 På det allmänna planet

Vilken är då betydelsen eller konsekvenserna för oss nordiska jurister av den utveckling mot en global avtalspraxis som ovan har beskrivits? Den mest grundläggande frågan på ett allmänt plan är väl om en dylik utveckling på lång sikt riskerar att marginalisera den nordiska avtalsrätten. Är utvecklingen i så fall oundviklig? Om så inte är fallet kan man ytterligare fråga sig vad som kan göras för att påverka den eller åtminstone lindra dess effekter.

I det följande görs ett försök att identifiera konsekvenserna av samt för- och nackdelar med utvecklingen och att därigenom svara på de ovan ställda frågorna. För att förstå den fortsatta diskussionen, är det skäl att inledningsvis kortfattat avhandla vissa grundläggande skillnader mellan nordisk och angloamerikansk avtalsrätt och -praxis.

Den angloamerikanska avtalsrätten med sin common law utgångspunkt är kasuistisk till sin natur. Den innehåller också den s.k. *parol-evidence* -regeln, som innebär att man vid avtals-tolkningen inte skall beakta annat än det som parterna skrivit in i avtalet. En liknande innebörd har den s.k. *four-corners* -regeln, enligt vilken man vid tolkningen av ett avtal inte skall fästa uppmärksamhet vid avtalsexterna faktorer.¹⁰ Dessa principer innebär att en amerikansk domstol som huvudregel baserar avtalstolkningen på det skrivna avtalet allena. Kasuistiken och tolkningsreglerna leder till att man vid uppsättandet av ett angloamerikanskt avtal strävar till att i avtalstexten i detalj reglera alla tänkbara – och ibland otänkbara – utfall genom en uttömmande uppräknig. Det har sagts att angloamerikanska avtal skrivs som om inga lagar överhuvudtaget fanns.¹¹ Man försöker lösa alla eventuella framtida tvister redan i avtalskedet.

Den nordiska avtalsrätten kännetecknas för sin del av att den är mera principbaserad och av att stor betydelse fästs vid omständigheter som förtroende, tillit och avtalsparternas avsikt, vilka nödvändigtvis inte alls framgår av själva avtalstexten. En nordisk domstol strävar sålunda i oklara fall primärt efter att utreda vilken parternas avsikt har varit för att bestämma avtalets innehåll. För detta ändamål kan en nordisk domstol på ett för angloamerikansk rätt främmande sätt vid avtalstolkningen gå utanför avtalets ordalydelse.

I ljuset av det ovan nämnda kan man konstatera att den nordiska avtalsrätten har vissa uppenbara fördelar framom den angloamerikanska. Det nordiska sättet att ingå avtal är mer ekonomiskt än det angloamerikanska. Avtalet behöver inte på angloamerikanskt vis reglera alla tänkbara utfall, utan endast ge en mera allmän ram åt det man avtalat om. Kortare avtal vars eventuella luckor fylls med en avtalstolkning som

¹⁰ Begreppen finns definierade till exempel i *Black's Law Dictionary*, Eighth edition, 2004.

¹¹ Christoffer Taxell, *Globalisering och Internationalisering – vilka blir konsekvenserna för affärliv och affärsjuridik?* *Defensor Legis*, 2000 s. 162.

utgår från allmänna avtalsrättsliga principer och avtalsparternas syfte är ägnade att minska transaktionskostnaderna.¹² I jämförelse med den angloamerikanska avtalsmodellen är den nordiska avtalsrätten mera fokuserad på sak och funktion än på form, uttryckt på angloamerikanskt vis: *substance over form*. Den nordiska avtalsrätten bygger också på förtroende och tillit – fundamentala utgångspunkter för fruktbart samarbete. Dessa särdrag i den nordiska avtalsrätten innehåller värden som tveklöst är värda att bevara - kanske rentav "exportera" till andra rättskulturer. Härvid bör man dock vara realistisk. Den nordiska avtalsrätten fungerar bäst i en nordisk kontext och lämpar sig inte nödvändigtvis lika väl i en annan kulturell omgivning. Den nordiska parten har inte heller fördelen av att vara den starkare parten i denna konflikt mellan systemen, och är därför hänvisad till att på objektiva grunder lyckas påvisa fördelarna i den nordiska modellen för att kunna hävda sig.

I gränsöverskridande sammanhang har en avtalspraxis som har drag av den angloamerikanska modellen förvisso vissa fördelar. I avtalsförhållanden mellan parter från olika rättskulturer är mera detaljerade avtal som reglerar olika tänkbara utfall ägnade att minska risken för missförstånd. Det är också ändamålsenligt och effektivt att på ett globalt plan sträva till enhetlighet beträffande avtalsmodell och avtalspråk. En standardiserad avtalspraxis i gränsöverskridande transaktioner har sina onekliga fördelar sett ur praktiskt perspektiv. Icke desto mindre har den nordiska avtalsrätten vissa kännpaka drag som det är värt att värna om, åtminstone så att dessa kan bibehållas i nordiska sammanhang där de vuxit fram och där de fungerar bäst.

4.2 På det enskilda planet

Ett uppenbart problem med utvecklingen mot vad som ovan kallats för en global avtalspraxis är risken för en ökad begreppsförvirring. Det kan vara oklart vilken juridiskt relevant betydelse ett främmande begrepp har i den nordiska rättskulturen, vilket innebär att det är fullt möjligt att begreppet i ett nordiskt sammanhang kommer att tolkas annorlunda än i begreppets ursprungsland. Det är också möjligt att det främmande rättsbegreppet beskriver ett fenomen som inte existerar i den nordiska rättsordningen. Allt detta medför utmaningar inte bara för de nordiska marknadsaktörerna utan också för lagskiparen och för lagstiftaren. Begreppsförvirringen leder till att förutsebarheten i avtalsförhållanden minskar.

Ponera en tvist beträffande tolkningen av ett standardiserat internationellt leveransavtal av engelskt ursprung, enligt vilket säljaren, ett nordiskt företag, har sålt och levererat en vara till köparen, ett engelskt företag. Säljaren har uppfyllt alla sina avtalsenliga plikter, bortsett från att leveransen försenades med liten marginal. Köparen kräver att avtalet hävs med hänvisning till följande villkor i det engelskspråkiga avtalet: "*Time is of the essence with respect to all provisions of this agree-*

¹² Se Christoffer Taxell, Globalisering och Internationalisering – vilka blir konsekvenserna för affärsliv och affärsjuridik? *Defensor Legis*, 2000 s. 162.

ment that specify a time for performance.”. På avtalet tillämpas emellertid i stöd av uttryckligt lagval en nordisk lag.

Den s.k. *time is of the essence* -klausulen är en i engelska köpe- och transportavtal ofta förekommande klausul, som förutsätter att i avtalet angivna tidsfrister tolkas strängt. Begreppets närmare innebörd har utvecklats i omfattande engelsk rättspraxis. Klausulen innebär att även en mycket liten, eventuellt obetydlig avvikelse från en avtalad tidpunkt kan anses utgöra rentav ett väsentligt avtalsbrott.¹³ Säljaren, väl medveten om att leveransen av varan försenats, invänder att avtalet inte kan hävas med motiveringen att förseningen är betydelselös för köparen eftersom varan, som vid leveransen var kurant, i alla händelser var avsedd att placeras i köparens lager för en viss tid. Därmed har köparen inte lidit någon skada eller förlust på grund av den försenade leveransen.

Twisten skall alltså lösas med tillämpning av nordisk lag. I vilken mån kan eller bör tvistlösaren härvid låta sig påverkas av *time is of the essence* -doktrinen enligt engelsk rätt? Är bedömningen av denna fråga olika om tvisten behandlas i något av följande alternativa fora: 1) en engelsk domstol, 2) en nordisk domstol, 3) en skiljedomstol där majoriteten av skiljemännen är nordbor, eller 4) en skiljedomstol där majoriteten av skiljemännen är engelsmän. Finns det en risk att *time is of the essence* -klausulen kommer att tolkas på olika sätt och avtalsbrottet tillmätas olika betydelse i dessa olika fora trots att nordisk rätt i alla situationer är tillämplig? Risker att så kan ske bör betecknas som uppenbar. Dömande verksamhet utförs av människor och det är mänskligt att se världen utgående från sin egen referensvärld. Problematiken med främmande rättsbegrepp i den nordiska avtalsrätten är alltså uppenbart relevant också i det enskilda konkreta fallet.

4.3 Konklusion

Sammanfattningsvis kan man således konstatera att problematiken kring utvecklingen mot en angloamerikansk avtalspraxis på ett allmänt plan kretsar kring frågan om i vilken utsträckning den nordiska avtalsrätten härigenom riskerar att bli utslagen. På ett konkret plan på individ- eller företagsnivå förorsakar fenomenet uppenbara praktiska komplikationer vid avtalets ingående och en ökad risk för begreppsförvirring och tolkningstvister.

Senare i detta referat diskuteras vad som eventuellt kan och bör göras för att å ena sidan påverka utvecklingen på det allmänna planet och å andra sidan lindra de menliga konsekvenserna på det konkreta och individuella planet. Därförinnan är det emellertid skäl att granska på vilka sätt introduktionen av främmande rättsbegrepp i den nordiska avtalsrätten i praktiken kan ske.

¹³ Om *time is of the essence* -klausulen och den därtill anknutna tolkningsproblematiken se Giuditta Cordero Moss, *Harmonized Contract Clauses in Different Business Cultures*. I verket Thomas Wilhelmsson, Elina Paunio och Annika Pohjolainen (red.), *Private Law and the Many Cultures of Europe*, 2007 s. 228 f och s. 233.

5. Främmande rättsbegrepp introduceras på olika sätt

Främmande rättsbegrepp introduceras i nordisk avtalspraxis och -rätt på olika sätt. Dessa skiljer sig från varandra åtminstone i fråga om hur effektiv introduktionen är och vilka möjligheter det finns att påverka densamma. Effektiviteten har två aspekter, dels en tidsaspekt, dels en legitimitetsaspekt. Vissa vägar för introduktion är klart snabbare än andra. Att introduktionsprocessen är snabb innebär emellertid inte nödvändigtvis att begreppet som introduceras därigenom har vunnit en hög grad av legitimitet. Graden av uppnådd legitimitet, varmed i detta sammanhang avses att begreppet i den nordiska rätten har en distinkt juridisk innebörd, varierar för de olika sätten varmed introduktionen sker. Olika sätt för introduktion kan i olika mån påverkas och därmed åtminstone i viss mån styras genom medvetna åtgärder. I det följande beskrivs kort olika sätt för introduktion av främmande rättsbegrepp.

Det mest effektiva sättet att introducera ett främmande rättsbegrepp är genom lagstiftningsåtgärder. Härigenom blir begreppet omedelbart en del av den direkt tillämpliga gällande rätten. Det behöver inte nödvändigtvis vara fråga om att begreppet uttryckligen omnämns i själva lagtexten. Det främmande begreppet kan exempelvis definieras i förarbeten och redan därigenom ges ett meningsfullt rättsligt innehåll. En helt annan fråga är huruvida introduktionen av främmande begrepp genom lagstiftning alltid sker med full insikt om vilken exakt innebörd det främmande begreppet i praktiken kommer att få i det nordiska rättssammanhanget. Detta kan i sin tur leda till lagtolkningsfrågeställningar. I takt med de allt större ekonomiska företagsintressena i en globaliserad värld, ökar också markandsaktörernas incitament att påverka utvecklingen av lagstiftningen. I synnerhet stora globala företag strävar i allt högre grad att genom lobbingsåtgärder påverka lagstiftning samtidigt som de genom aktiv användning av nya begrepp utvecklar marknadspraxis "på fältet".

Lagstiftningsåtgärder har ofta sitt ursprung i harmoniseringssträvanden. Det kan vara fråga om nordiska harmoniseringsinitiativ, harmoniseringssträvanden från EU:s håll eller andra harmoniseringsåtgärder i offentlig eller privat regi. Ett gott exempel på en harmonisering är Förenta Nationernas konvention om internationella köpeavtal, CISG. Ett annat framgångsrikt initiativ har varit Lando-kommissionens projekt, som utmynnade i de s.k. Principles of European Contract Law (PECL). Även den internationella handelskammarens leveranskláusuler INCOTERMS, som allmänt tillämpas i internationell handel, förtjänar ett omnämnande. Vidare kan nämnas de allmänna leveransbestämmelser som utformats inom ramen för Förenta Nationernas Ekonomiska Kommission för Europa (ECE) samt UNIDROITs principer för internationella kommersiella avtal (Principles of International Commercial Contracts).

Harmoniseringssträvanden förekommer på många olika plan och initiativen bedrivs på olika sätt, men gemensamt för dem är att man eftersträvar förenhetligade spelregler i avsikt att underlätta och effektivisera gränsöverskridande handel och kommers. Liksom lagstiftningsåtgärder i allmänhet, förutsätter harmonisering aktiva initiativ och åtgärder och är därför påverkningssbar. Den som deltar i harmoniseringsprocessen kan sålunda

vara med om att påverka utvecklingen, inkluderande i vissa fall lagstiftningen. Ett problem med lagstiftnings- och harmoniseringsåtgärder är att de är mycket tidskrävande och därigenom ohjälpligen släpar efter utvecklingen på marknaden.

Främmande begrepp kan få en relevant juridisk innebörd också genom den lagskipande verksamheten. Då ett avtal blir föremål för tolkning i en tvist, kan domstolen ställas inför främmande begrepp vars innebörd den måste ta ställning till och må hända utforma. Det faktum att domstolarna i sina utslag använder och kanske definierar ett främmande begrepp kan ge begreppet en hög grad av legitimitet. Introduktion av främmande begrepp lagskipningsvägen har emellertid i praktiken betydande begränsningar. För det första avgör slumpen vilka främmande begrepp som eventuellt kommer att bli föremål för domstolsprövning. För det andra kan lagskipningen till skillnad från lagstiftningen inte direkt påverkas genom proaktiva åtgärder. För det tredje avgörs de flesta kommersiella tvister i skiljeförfaranden där domarna inte är offentliga.

Slutligen kan främmande begrepp introduceras genom att de helt enkelt börjar användas i avtalsförhållanden och därigenom måhända med tiden utvecklas till marknadspraxis. Det är naturligt att välfungerande begrepp i rask takt accepteras av marknadsaktörerna. Inte ens en flitig användning av ett främmande begrepp innebär emellertid att begreppet därigenom skulle åtnjuta en hög grad av legitimitet. Efter en längre användning och inarbetning kan man dock förmoda att begreppen blir föremål för behandling i rättslitteraturen och -diskussionen och därigenom i många fall blir relativt väl definierade och småningom kanske t.o.m. en naturlig del av den nordiska begreppsapparaturen.

I det följande ges exempel på vissa begrepp som på olika sätt introducerats i den finska rätten. Illustrationen förmodas vara representativ också för de övriga nordiska länderna.

Begreppet *due diligence* utgör ett exempel på en långt gången introduktion av ett främmande begrepp i finsk avtalsrätt. Begreppet har sitt ursprung i angloamerikansk rätt, närmare bestämt i USA:s värdepapperslag (*Securities Act*) från 1933 som stiftades i kölvattnet av börskraschen 1929 som omsorgsstandard för verifiering av information i prospekthandlingar.¹⁴ S.k. *due diligence* -granskningar började förekomma i Finland på 1980-talet i samband med gränsöverskridande emissioner av värdepapper och företagsförvärv. Begreppet, som före 1980-talet var i stort sett okänt, har sedermera blivit allmän marknadspraxis och kommit att hänvisas till t.o.m. i finska lagförarbeten.¹⁵ Därtill har begreppet *due diligence* behandlats rätt flitigt i rättslitteraturen och också domstolar har hänvisat till det.¹⁶ Begreppet har därigenom uppnått

¹⁴ *Due diligence* innebär en granskning av målbolaget i ett företagsförvärv för att kartlägga sådana risker och ansvar som en köpare av målbolagets aktier inte skulle känna till på basis av offentligt tillgängligt material om målbolaget. Härom se Tarja Wist, Max Oker-Blom och Inga Pöntynen, *Due diligence med hänsyn till aktiebolags-, värdepappersmarknads- och konkurrensrättsliga aspekter. Juridiska föreningens tidskrift*, 2001 s. 426.

¹⁵ Se till exempel Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av värdepappersmarknadslagen, handelskammarslagen och lagen om Finansinspektionen, RP 6/2006 s. 22 och 55.

¹⁶ Begreppet har nyligen använts av Marknadsdomstolen i dess avgörande 441/2007 och därtill åtminstone i två förhandsavgöranden av centralskattenämnden, CSN 35/2007 respektive CSN 80/2003.

en hög grad av legitimitet. Begreppet *due diligence* har alltså under en period om drygt 20 år först genom praktisk användning och därefter genom behandling i rättslitteratur, rättspraxis och lagstiftning småningom fått en distinkt juridisk betydelse. Utvecklingen har gått så långt att man kan fråga sig om inte *due diligence* har upphört att vara ett främmande begrepp och blivit en del av den nordiska avtalsrätten.

Ett annat exempel, visserligen utanför avtalsrätten, är den bolagsrättsliga s.k. *business judgement* -regeln med ursprung i amerikansk rätt. *Business judgement* -regeln avser bolagsledningens omsorgs- och lojalitetsplikt, dvs. styrelsens skyldighet att efter omsorgsfullt övervägande i god tro på basis av tillräcklig information fatta ett välgrundat beslut i bolagets intresse.¹⁷ Lagstiftaren har i förarbetena till den nya finska aktiebolagslagen uttryckligen hänvisat till *business judgement* -regeln. I detaljmotiveringarna till aktiebolagslagens 22 kap 1 § som gäller bolagsledningens skadeståndsskyldighet konstateras: "Det vedertagna sättet för bedömning av om ledningen gjort sig skyldig till oaktsamhet leder i praktiken ofta till motsvarande slutresultat som t.ex. den inom angloamerikansk rätt gällande s.k. *business judgement* -regeln."¹⁸ Därmed har lagstiftaren konstaterat att innebörden av styrelsemedlems omsorgs- och lojalitetsplikt enligt finsk rätt i hög grad påminner om *business judgement* -regeln enligt amerikansk rätt.

Ibland är det fråga om en introduktion inte endast av ett främmande begrepp, utan också av ett främmande fenomen som tidigare inte varit känt inom vår egen rättskultur. Det konkurrensrättsliga fenomenet *leniency* utgör ett exempel på ett sådant begrepp.¹⁹ Bestämmelserna om *leniency* härstammar från USA, varifrån de introducerats i nordisk rätt via reglering på EU-nivå. Innan introduktionen av reglerna om *leniency* var tanken att man kunde köpa sig fri från ansvar för ett lagbrott främmande för den nordiska rättskulturen. Idag är fenomenet *leniency* välkänt i nordiska sammanhang och begreppet används allmänt av praktiserande jurister och i den konkurrensrättsliga litteraturen. Begreppet har också tillämpats i rättskipningen i Finland.²⁰

6. En strategi för nordiska jurister?

Att globaliseringen kommer att fortsätta ter sig som oundvikligt. Därmed kommer nordisk avtalsrätt förmodligen i framtiden i allt högre utsträckning att bli föremål för påverkan av främmande begrepp. Som ovan konstaterats är konsekvenserna av denna

¹⁷ Se Tomas Lindholm och Tommy Holmström, Innebörden av aktiebolags styrelsemedlems s.k. fiduciary duty enligt finsk rätt – särskilt med hänsyn till offentliga köpeanbud. *Juridiska föreningens tidskrift*, 2005 s. 280.

¹⁸ Se Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ny lagstiftning om aktiebolag, RP 109/2005 s. 196.

¹⁹ Med *leniency* avses att den påföljdsavgift som bestäms för en näringsidkare som har brutit mot konkurrenslagstiftningens bestämmelser sänks eller avlägsnas till följd av att näringsidkaren har bistått konkurrensmyndigheterna vid utredningen av ärendet.

²⁰ Se Marknadsdomstolens avgörande 441/2007.

utveckling inte enbart negativ. Eftersom utvecklingen är oundviklig och delvis rentav önskvärd, bör vi nordiska jurister vara beredda att anpassa oss till den. Anpassning innebär att avstå från att kategoriskt hålla fast vid alla för oss i Norden bekanta lösningar och begrepp och att vara öppen för att fördomsfritt utvärdera och tillämpa nya och för oss främmande begrepp – givetvis med urskiljning, omdöme och vederbörlig skicklighet. Som ovan konstaterats, besitter den nordiska avtalsrätten vissa drag som definitivt är värda att bevara och delvis kanske t.o.m. exportera. Vi bör därför reflektera över på vilket sätt och i vilken mån vi möjligen önskar och kan påverka utvecklingen i en sådan riktning, att den nordiska lösningen inte marginaliseras utan kanske rentav kan vinna ny terräng.

På det allmänna planet kan utvecklingen påverkas framför allt genom aktiva åtgärder i alla sådana sammanhang och fora som är av betydelse med tanke på formandet av internationell avtalspraxis, särskilt genom att delta i harmoniseringsinitiativ. Genom att främja det internationella harmoniseringsarbetet och genom att aktivt ta del i detsamma kan det nordiska rättssamfundet medverka till och påverka utformandet av den internationella avtalsrättsliga begreppsapparaturen. I bästa fall kan begreppsapparaturen i den globala avtalsrätten rentav komma att få intryck av välfungerande begrepp och lösningar inom den nordiska avtalsrätten. Om de nordiska länderna förenar sig i denna strävan att tillsammans värna om den nordiska avtalsrättens ställning i en global utveckling, är förutsättningarna att lyckas ännu bättre.

Också doktrinen och den rättsliga debatten kan påverka utvecklingen. Dessa kan bl.a. bidra till att i marknadspraxis förekommande begrepp får en legitimitet snabbare och därigenom till att minska rättsosäkerheten. Akademikern, men också den praktiserande juristen, har här en viktig roll. Om debatten förs i internationella fora och publikationer hörs den nordiska rösten också i den internationella debatten.

På företagsnivå och på det individuella planet torde målsättningen framför allt vara att vid ingående av avtal så långt som möjligt undvika problem som beror på att man konfronteras med begrepp vars innebörd i nordiskt sammanhang är oklar. Detta ställer höga krav på den nordiska affärsjuristen inte bara gällande internationell orientering, språkkunskaper och tillräcklig förtrogenhet med främmande rättssystem och internationell avtalspraxis och -begrepp utan också, och kanske framför allt, i fråga om såväl bredden som djupet av kunnande inom den egna juridikens område. Förmågan att identifiera juridiskt relevanta element hos rättsfigurer och -begrepp i främmande rättssystem och att samordna dessa till en med våra begrepp meningsfullt samverkande helhet är en krävande uppgift, men nödvändigt för att kunna navigera mellan rättssystem med divergerande begreppsvärldar.

Man får inte heller glömma att den ena parten i en gränsöverskridande affärstransaktion representerar ett främmande rättssystem. Även om ett avtal uppgörs i en nordisk kontext, är det klart att också en utländsk part har ett legitimt intresse av att avtalet utformas på ett sätt som ur vederbörandes perspektiv förmedlar rimlig rätts-säkerhet och trygghet. En balanserad avvägning mellan nordisk och angloamerikansk avtalspraxis leder förmodligen till längre och mer detaljerade avtal än vad som är

brukligt eller nödvändigt i rent nordiska sammanhang, vilket emellertid är priset för att fungera i en värld med globala marknader och aktörer. I dagens värld och i en utveckling där den angloamerikanska avtalsrätten utövar ett allt större tryck på den nordiska avtalsrätten, har den praktiserande nordiska affärsjuristen därför en viktig roll som något av en brobyggare mellan det nordiska och det "främmande" intresset. Genom detta bidrar han eller hon till ökad rättssäkerhet och förutsebarhet vid avtalets utformning och därigenom till förebyggande av onödiga rättstvister, en uppenbar fördel ur bägge avtalsparternas synvinkel.

Den seriösa nordiska affärsjuristen nöjer sig inte med att okritiskt importera rättsbegrepp som har sitt ursprung och sammanhang i en annan rättskultur än den nordiska. Förutom att det enskilda avtalet därigenom skulle riskera att bli mindre förutsebart skulle en dylik inställning bidra till att de värdefulla dragen i den nordiska avtalsrätten med tiden förlorar i betydelse. Genom att kritiskt granska begreppsapparaturen och utvärdera hur den bäst fungerar i och kan anpassas till ett nordiskt sammanhang, kan den nordiska affärsjuristen sammanjämka den globala marknads- och begreppspraxisen med den nordiska och därigenom effektivt fungera på en global marknad, samtidigt som han eller hon värnar om det värdefulla i den nordiska traditionen. I bästa fall leder detta till uppkomsten av en avtalspraxis som på ett väl avvägt sätt kombinerar global praxis med den nordiska och som därigenom lägger grunden för en nordisk variant av global avtalspraxis. Att så också skett inom vissa områden är uppenbart. Baserat på personlig erfarenhet är det min uppfattning, att exempelvis den avtalspraxis som i Finland utvecklats i fråga om gränsöverskridande företagsöverlåtelser rätt väl svarar mot en dylik beskrivning. Detsamma kan förmodas gälla också i de övriga nordiska länderna. Kännetecknande för en dylik praxis är, att den angloamerikanska modellen för företagsförvärsavtal anpassats till nordiska förhållanden sålunda, att den utländska förvärvaren kan känna sig komfortabel samtidigt som den nordiska parten fortfarande kan röra sig i bekant terräng.

7. Sammanfattning

Globaliseringen har skapat ett tryck i riktning mot en global avtalspraxis, omfattande ett gemensamt avtalsspråk och en angloamerikaniserad begreppsapparatur. Detta har inneburit att främmande rättsbegrepp med angloamerikansk härstamning introducerats i den nordiska avtalsrätten. Trots att flera av begreppen kan ha tillämpats som marknadspraxis under en längre tid är deras exakta juridiska innebörd inte nödvändigtvis klara. Processen genom vilken ett främmande begrepp blir en del av avtalspraxis och -rätt är långsam, men går idag mycket snabbare än tidigare. Det som idag utgör ett främmande begrepp kan mycket väl i morgon ha inarbetats i den nordiska begreppsapparaten. Globaliseringen av avtalspraxis har inte endast påverkat begreppsapparaturen utan hela avtalskulturen. Avtal uppsätts ofta enligt den angloamerikanska kasuistiska modellen. Detta har medfört att avtalen blivit längre och mer detaljerade.

Trots att den nordiska avtalsrätten är utsatt för press utifrån, finns det ingen anledning att kapitulera inför något som skulle vara oundvikligt. Tvärtom ligger många lösningar som utarbetats harmoniseringsvägen, till exempel CISG, PECL och flera europeiska initiativ, i många avseenden mycket nära den nordiska traditionen.²¹

Den nordiska avtalsrätten har många särdrag som är värda att bevara och som i vissa avseenden gör den överlägsen den angloamerikanska. Den nordiska avtalsrätten är principfast och bygger på förtroende och tillit. Dessa drag bidrar till effektivitet i avtalsrelationer och minskade transaktionskostnader. Den angloamerikanska modellen besitter å andra sidan vissa drag som måhända gör den bättre lämpad för en globaliserad värld i snabb förändring. Den mera kasuistiska modellen kan vara ägnad att på sitt sätt skapa rättssäkerhet och trygghet för avtalsparterna i gränsöverskridande transaktioner.

De nordiska praktiserande juristerna har både möjlighet och god anledning att värna om den nordiska avtalsrättens ställning. De nordiska länderna och deras juristsamfund kan genom målmedvetna strävanden påverka det internationella harmoniseringsarbetet på olika plan. Den nordiska affärsjuristen kan påverka utvecklingen genom att i sitt arbete med vederbörlig kritiskhet anpassa främmande koncept och begrepp till nordiska förhållanden och att därigenom fungera som en brobyggare mellan den utländska klienten och den nordiska avtalsrätten och bidra till att skapa global avtalspraxis i nordisk tappning. När det gäller att öka förståelsen för och att ange den juridiska innebörden av främmande begrepp som måhända blivit en del av avtalspraxis men vars juridiska innebörd ej ännu blivit definierade, kan såväl forskare och akademiker som praktiserande jurister göra betydande insatser genom att diskutera dessa främmande begrepp och fenomen i rättslitteraturen och att aktivt delta i den juridiska debatten. Generellt bör de nordiska juristerna uppleva det som en angelägen uppgift att värna om den nordiska avtalsrättens centrala värden och det nordiska handslaget.

Jag har ovan försökt beskriva hur den nordiska avtalsrättens värdefulla arv både borde och kunde föras vidare också i en snabbt föränderlig värld med starka krafter som verkar i en annan riktning. Huruvida det är realistiskt att förmoda att de nordiska juristernas strävanden kunde vara framgångsrika beror i hög grad på hur angelägen uppgiften upplevs och med vilken målmedvetenhet man går in för densamma. En förutsättning är att problematiken i tillräcklig mån uppmärksammas i rättslitteraturen och i den juridiska debatten. Hittills har den fått rätt liten uppmärksamhet och det är glädjande att det här svåröverblickbara och -bemästrade men aktuella problemet får uppmärksamhet i form av detta tema på det Nordiska Juristmötet.

²¹ Se Viggo Hagström, *The Scandinavian Law of Obligations*. *Scandinavian Studies in Law* Vol. 50, s. 122.

Katri Linna

Etnisk ligebehandling på arbejdspladsen

Etnisk likebehandling på arbetsplatsen

Diskrimineringsombudsmannen Katri Linna, Sverige

Min överordnade tes är att vägen till likabehandling i arbetslivet inte primärt är beroende av bevislättnader eller andra förändringar i diskrimineringslagens individskydd. EU:s likabehandlingsdirektiv ger en hygglig skyddsnivå. För diskrimineringslagstiftningens genomslag krävs dock att individer har tillgång till rättssystemet, att de har reella möjligheter att påtala lagens skydd. Det får till exempel inte vara för kostsamt eller för tidskrävande att kräva upprättelse. Diskrimineringsskyddet måste också kompletteras med krav som tvingar fram en översyn av rutiner som kan verka diskriminerande. Den svenska diskrimineringslagens krav på arbetsgivare att vidta förebyggande åtgärder mot diskriminering är i grunden bra. Regelverket måste dock bli effektivare.

1. Introduktion

Jag har valt att lyfta fram några principiella frågor om diskrimineringslagstiftningens roll för att åstadkomma etnisk likebehandling i arbetslivet: Vilken betydelse har å ena sidan det individuella diskrimineringsskyddet och å andra sidan kravet på generella, förebyggande åtgärder mot diskriminerande strukturer?

Min tes är att individskyddet mot diskriminering inte har några påtagliga brister. För att utmana den nationella rättstillämpningen måste dock flera fall lyftas till EG-domstolen. För ett brett genomslag måste man också garantera att det finns ett effektivt sätt för enskilda arbetssökanden och arbetstagare att söka upprättelse.

Men oavsett vilket stöd individen kan få från facket, ombudsmannamyndigheten eller en advokat, kan det ofta vara svårt för en enskild arbetssökande att påvisa diskriminering. Arbetsgivare har trots diskrimineringslagstiftningen en långtgående rätt att besluta om anställningskriterierna. Det är också svårt att påvisa diskriminering när det gäller arbeten utan uttryckliga krav på viss utbildning eller yrkeserfarenhet.

Det individuella diskrimineringskyddet räcker därför inte till för att åstadkomma likabehandling i arbetslivet. För att komma åt arbetslivets diskriminerande strukturer behövs ett regelsystem som tvingar arbetsgivare att på förhand se över till exempel rekryteringskriterierna och deras tillämpning.

Den svenska diskrimineringslagstiftningen ställer krav på arbetsgivare att inom ramen för sin verksamhet bedriva ett målinriktat arbete för att främja lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet oavsett kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning. Det handlar om ett långsiktigt utvecklingsarbete mot diskriminerande strukturer. Lagen är dock inte tillräckligt detaljerad för att tjäna som vägledning

i arbetet. Dessutom saknar lagen en effektiv tillsynsmodell. Det behövs en komplettering av lagkraven på dessa punkter.

2. Diskrimineringskyddets effektivitet

Lagens diskrimineringsbegrepp och bevisbörderegler har EG-rättslig grund. Den svenska praxisen är dock begränsad och det finns endast ett fåtal fällande domar om etnisk diskriminering. I flera fall har arbetsdomstolen avgjort ärendet till arbetstagersidans nackdel genom att godta en formell invändning från arbetsgivarens sida. Till exempel att personen ifråga inte varit arbetssökande i formell mening eller att den som agerat i arbetsgivarens ställe saknat behörighet att företräda arbetsgivaren.¹ Jag utesluter inte att den nationella domstolen tolkat lagskyddets tillämpningsområde snävare än vad den bakomliggande EU-regleringen medger. För att få klarhet i direktivens innebörd bör flera fall lyftas till EG-domstolen.

Tittar man däremot på svenska Diskrimineringsombudsmannens (DO:s) statistik över avslutade ärenden, är andelen anmälningar som inneburit positiv utgång för anmälaren relativt hög. De senaste åren har andelen fall med positiv utgång legat på ungefär 20 procent av alla avslutade ärenden². Antalsmässigt rör det sig för åren 1999-2007 om drygt 200 förlikningar och ungefär lika många ärenden som, utan att de inneburit kompensation i form av pengar, kunnat avslutas med en godtagbar utgång för anmälaren.³

Huvuddelen av förlikningarna har träffats av fackförbunden som enligt lagen ska ta sig an sina medlemmars ärenden innan DO har lov att agera.⁴ Jämfört med de 15-tal domar om etnisk diskriminering (varav endast ett fåtal med positiv utgång för arbetstagersidan) som kommit från Arbetsdomstolen under samma period är antalet upplösta fall betydande.

Antalet förlikningar signalerar att endast en mycket liten andel av alla diskrimineringsvister kommer till domstolens prövning. Domstolsprövningen har signalef-

¹ AD 178-02 En muslimsk kvinna som bar huvudduk sökte per telefon arbete som demonstratris och fick beskedet att det fanns vissa lediga uppdrag. Vid ett personligt möte dagen därpå lällde bolagets representant vissa uttalanden om kvinnans religiösa kläder, vilket gjorde att kvinnan uppfattade att hon inte kunde få arbetet på grund av sin religion. AD godtog arbetsgivarens invändning att någon annan redan fått jobbet samt att det ändå kunde vara aktuellt för kvinnan att få annat arbete längre fram.

AD 71-06. En erfaren filmfotograf sökte arbete på ett filmbolag. Enligt ett brev från bolaget hade mannen språkliga brister i sina ansökningshandlingar och blev därför inte kallad till anställningsintervju. Filmbolaget vitsordade att språkbristerna inte skulle hindrat honom i arbetet, men att brevet hade skickats av en person som agerade utanför sitt uppdrag. AD fann att den berörda administratören hade agerat utanför sina instruktioner och uppdrag, varför arbetsgivaren inte kunde göras ansvarig för diskriminering.

² Ärenden som inte kunnat utredas på grund av preskriptionstider är borträknade från underlaget.

³ Siffrorna finns tillgängliga i DO:s årsredovisningar, se www.do.se För övriga nordiska länder saknas jämförbar statistik. Sett till de ärenden där DO konstaterat att det varit fråga om etnisk diskriminering är andelen med positiv utgång ännu högre, för 2007 nästan 50 procent.

⁴ Avser alltså förlikningar i ärenden som anmälts till DO. Motsvarande siffror hos facket totalt saknas.

fekter men är inte avgörande för diskrimineringsskyddets praktiska effektivitet. Viktigare är hur man kan komma åt rättigheterna.

En första viktig sak att fastställa är därför vem som är nyckelaktören i bevakningen av diskrimineringskyddet - ombudsmannamyndigheten, facket eller den enskilde själv med stöd av advokatinsatser?

I den nordiska arbetsmarknadsmodellen utgår man från att facket bär upp detta skydd. Facket har enligt svensk lag ett förstahandsansvar att ta sig an diskriminerings tvisterna för sina medlemmar. Men vad händer med dem som avstår från medlemskap eller som inte kan bli medlemmar beroende av hur medlemskapet villkorats?

Parallellt med det skydd som bygger på medlemskap i fackförbund måste samhället erbjuda ett utvecklat rättshjälpsystem, t ex i form av resursstark ombudsmannainstitution. Även en sådan institution kan dock på sikt stöta på förhinder när anmälningarna överskrider en hanterbar nivå. Under förra året fick svenska DO in drygt 900 anmälningar från alla samhällsområden. Vid årsskiftet hade myndigheten 32 pågående rättsprocesser. DO börjar nu närma sig en gräns när den inte längre kan pröva varje enskilt fall. Men för att den allmänna rättshjälpen ska kunna vara ett reellt alternativ måste den förstärkas.

Min första tes är att enskilda arbetssökande eller arbetstagare som anser sig ha blivit utsatta för diskriminering, måste få frågan prövad snabbt och utan risk för stora kostnader för att diskrimineringskyddet ska kunna kallas effektivt.

3. Diskrimineringskyddets otillräcklighet

Som DO konfronteras jag med svårigheten att nå likabehandling i arbetslivet. Anmälningarna inom arbetslivet (drygt 300 årligen) och kontakterna med etniska och religiösa grupper ger en mångfacetterad bild av hindren. Gemensamt för dessa hinder är att de ofta är svåra att forcera med hjälp av lagens diskrimineringskydd.

Som exempel på en kedja av negativa händelser kan jag beskriva hur det kan se ut för en ung utlandsfödd akademiker. Han söker arbete i konkurrens med många andra nyutexaminerade akademiker. Han får inte arbetet men kan inte fastslå att det handlar om diskriminering då urvalet sker bland många sökanden med likvärdiga meriter. En ofta bidragande orsak är att han saknar de nödvändiga personliga kontakterna för första arbetet. Två färsk utredningar bekräftar att nätverksanställningar tenderar ge fördel till svenskfödda.⁵

Om vår exempelperson inte snabbt lyckas komma i yrket, sjunker värdet av hans utbildning och därmed också ytterligare hans möjligheter att få arbete som är relevant för utbildningen. Han kanske hänvisas till olika arbetsmarknadspolitiska åtgärdspro-

⁵ A Behtoui, Om de hade föräldrar födda på "rätt plats" – om ungdomar med utländsk bakgrund i det svenska utbildningssystemet och på den svenska arbetsmarknaden. Expertbilaga till Integrationsverkets Rapport Integration 2005 samt Å.O. Segendorf, Job search strategies and wage effects for immigrants, SOFI 2005.

gram som dock snabbt utvecklas till en meritmässig belastning snarare än en väg till anställning.

Vår person söker kanske även mindre kvalificerade anställningar, men arbetsgivarna svarar att han bedöms vara överkvalificerad för dessa. Slutligen är det omöjligt för individen ifråga att göra gällande diskriminering i något fall, då en föråldrad utbildning utan relevant arbetslivserfarenhet generellt utgör ett godtagbart skäl till ett negativt anställningsbeslut.

Inte i något av de ovan beskrivna fallen kan arbetsgivarens resonemang ifrågasättas med stöd av diskrimineringslagstiftningen. Men det kan inte uteslutas att diskrimineringen varit en bidragande orsak till att personen ifråga konsekvent sorterats bort.

Diskrimineringen i en rekryteringsprocess kan nämligen ske ytterst subtilt. Den som är i färd att göra rekryteringen behöver inte ens själv vara medveten om hur han eller hon styrs av idéer om den grupp som den arbetssökande tillhör. Samma färdighet, erfarenhet eller kunskap kan värderas olika beroende av vem som är bärare av den. Om en afrikansk man med engelsk universitetsexamen söker arbete, kan arbetsgivaren se det som ett problem att han inte har svensk utbildning och ifrågasätta om han verkligen kommer att klara av svenska språket. Brytningen kan tas som intäkt för bristande kunskaper utan djupare analys av kunskaperna eller möjlighet att bevisa motsatsen. En svensk man med motsvarande examen kan istället möta beundran som företagsam och istället uppvärderas på grund av goda kunskaper i engelska, något som man i den afrikanska mannens fall inte ens tar någon notis om. Men vilka möjligheter har den enskilde att påvisa diskriminering? Knappast några över huvud taget. Dessa två personer sammanstrålar inte i en och samma rekryteringsprocess och därför förblir olikheten i behandlingen osynlig för alla parter.

På senare tid har man börjat ta fram forskning om diskriminering genom s.k. praktikprovning. En arbetsgivare ställs inför en valsituation med två likvärdiga ansökningshandlingar, men med namn som skiljer sig åt. Ena sökanden har svenskt, den andra utländskt namn. Två intressanta studier under det senaste året har visat tydligt att man får ett negativt utslag för dem med utländska namn. Personer med arabiskt eller afrikanskt klingande namn måste söka nästan dubbelt så många jobb som personer med svenska namn för att få komma på en intervju, enligt en undersökning baserad på 3 600 jobbsökningar, som gjorts av en doktorand vid Stockholms universitet. En liknande test har genomförts vid Högskolan i Kalmar. Den visade att personer med svenska namn har betydligt större chans att bli kallade till intervju än sökande med arabiskt klingande namn.⁶

Trakasserier mellan anställda innebär en särskild problematik. Här återspeglas typiskt sett inte maktrelationen arbetsgivare - arbetstagare som den arbetsrättsliga modellen är byggd kring. Facket står ofta handfallet med medlemmar i båda läg-

⁶ Moa Bursell, Har Mohammed och Sabina samma chans att få jobb som Sven och Kerstin? Ett fältexperiment om etnisk diskriminering, Stockholms Universitet, Sociologiska institutionen resp rapport 2007:19 "Etnicitet och övervikt: implicita arbetsrelaterade fördomar i Sverige", Jens Agerström, Lunds univ, Institution för psykologi, Rickard Carlsson och Dan-Olof Rooth, Handelshögskolan BBS

ren. DO:s genomgång av anmälningar om etniska trakasserier från 2001 visar att en tredjedel av ärendena handlar om arbetskamrater som trakasserar, en tredjedel om arbetsledare som trakasserar och en tredjedel om både och. Ärendena handlar om allt från förtal, nedsättande tillmälen och hot till fysiska angrepp. Små händelser och subtil utfrysning kan trappas upp och så småningom leda till en händelse där det ursprungliga offret överreagerar, vilket kan leda till att offret ses som problembärare. Inte sällan vidtas arbetsrättsliga följder mot honom.

Jag beskriver dessa situationer för att påvisa att individskyddet i diskrimineringslagstiftningen inte räcker för att bryta diskriminering i arbetslivet. En stor del av de strukturer som påverkar bedömningen av personer som med sitt namn eller utseende signalerar en icke-svensk bakgrund går inte att komma åt med lagens diskrimineringskydd.

Min andra tes är därför att diskrimineringslagstiftningens individskydd inte räcker för att garantera principen om likabehandling i arbetslivet.

4. Särskilda åtgärder – positiv särbehandling?

De flesta debattörerna är överens om att arbete är en väsentlig förutsättning för lyckad integration. Diskriminering är därför ett problem inte bara för de drabbade individerna, utan även ur ett samhälleligt perspektiv.

Men vilka lösningar finns till hands, om nu lösningen inte finns i förbättring av lagens individskydd?

Behövs det till exempel särskilda åtgärder riktade mot invandrare, som kompenserar bristen på egna kontakter inom arbetslivet? Eller borde man införa positiv särbehandling av utlandsfödda vid rekrytering?

Positiv särbehandling i betydelsen att ge förtur till företrädare från vissa grupper, t ex kvinnor eller invandrare, används i många länder. I Sverige finns möjligheten att tillämpa positiv särbehandling på kön vid anställningar. Erfarenheten har dock visat att den praktiska betydelsen av denna möjlighet varit begränsad. I den mån den använts, har det främst varit för att få in män i kvinnodominerade yrken. Möjligheten är också begränsad till de fall där sökandena har närmast lika kvalifikationer.

Jag menar att en sådan möjlighet inte kommer att fungera pådrivande för ökad etnisk likabehandling, snarare kan den leda till ett ifrågasättande av diskrimineringslagstiftningen. Därtill kommer den praktiskt och politiskt känsliga avvägningen mellan olika etniska gruppers behov av företräde.

Det kan finnas vissa åtgärder som kan främja anställbarheten för vissa grupper, men åtgärder av det slag torde främst vara aktuella att ta till inom andra områden, t ex inom utbildningsväsendet.

Min tredje tes är sålunda att främjandet av etnisk likabehandling i arbetslivet inte kräver positiv särbehandling av utlandsfödda.

5. Krav på förebyggande åtgärder

Hur ska man då komma åt den subtila form av diskriminering som kan sägas ha sin grund i till exempel icke genomtänkta rekryteringsrutiner? Jag menar att det måste ske genom att arbetsgivare förpliktas arbeta förebyggande mot diskriminerande strukturer. Nuvarande lagstiftningen måste skärpas och det måste till en effektiv tillsyn av lagen.

Lagstiftaren har redan uppmärksammat att vägen till ett arbetsliv med lika rättigheter och möjligheter måste påskyndas genom riktade åtgärder som kan bryta diskriminerande strukturer för grupper av arbetsökande och anställda. Såväl jämställdhetslagen (mot könsdiskriminering) som lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet förutsätter att arbetsgivare driver ett aktivt arbete för att förebygga diskriminering.

Enligt den sist nämnda lagen ska arbetsgivare arbeta målinriktat dels för att alla oavsett etnisk tillhörighet eller religion ges möjlighet att söka lediga anställningar, dels för att arbetsförhållandena ska lämpa sig för alla oavsett etnicitet eller religion och dels för att förebygga och förhindra att någon arbetstagare utsätts för trakasserier eller repressalier (krav på aktiva åtgärder).

Kraven på förebyggande åtgärder kan sägas bana väg för att avskaffa de hinder som kan finnas på arbetsplatsen. De kan tänkas ligga steget före den prövning som individskyddet medger. I ett nyligen avgjort ärende vann JämO en tvist mot ett biltillverkningsföretag.⁷ Företaget nekade en kvinna anställning med hänvisning till att hon inte uppfyllde arbetsgivarens krav på viss kroppslängd. Enligt arbetsgivaren utsattes korta personer för högre risk för belastningsskador än andra. Arbetsgivaren ansågs inte på ett övertygande sätt ha visat att det ifrågavarande längdkravet varit en lämplig och nödvändig åtgärd och hade således gjort sig skyldigt till indirekt könsdiskriminering.

Domstolens ställningstagande väcker säkert blandade reaktioner. För somliga kan utgången vara närmast självklar, medan andra kan mena att den på ett otillbörligt sätt begränsar arbetsgivares rätt att leda och fördela arbetet. Jag är dock övertygad om att lagens krav på arbetsgivare att i förväg se till att arbetsförhållandena och arbetsorganisationen i högsta möjliga mån lämpar sig för både kvinnor och män, också påverkar och förändrar synen på hur långt individskyddet mot indirekt diskriminering sträcker sig.

Reglerna om aktiva åtgärder lämnar ett stort utrymme för arbetsgivare att i samråd med facket bestämma vilka åtgärder som kan vara lämpliga att vidta på arbetsplatsen. Lagstiftarens uttalade ambition var att sätta en ram som arbetsmarknadens parter skulle fylla med effektivt och praktiskt arbete. Men parterna har visat bristande engagemang för arbetet och reglerna om aktiva åtgärder har istället blivit alltmer detaljrika.

⁷ AD 2005 nr 87

Tydligast syns detta i de krav som tar sikte på att komma åt osakliga löneskillnader mellan män och kvinnor. Svenska jämställdhetslagen förpliktar arbetsgivare att undersöka osakliga löneskillnader mellan män och kvinnor med hjälp av en lönekartläggningsmodell. Lönekartläggningskravet har kritiserats från arbetsgivarhåll såsom alltför betungande. Man har också fört ett principiellt resonemang där arbetsgivare menar att lönekartläggning strider mot individuell lönesättning. Jämställdhetsombudsmannen (JämO) menar dock att det inte finns belägg för detta. Det har snarare blivit tydligt att lönekartläggning och individuell lönesättning är två system som kompletterar varandra. JämO har nyligen genomfört en massgranskning som lett till stora lönejusteringar⁸ för 3300 personer. 90 procent av dessa är kvinnor.

Intressant nog har lagens krav också tagits med i det arbete som arbetsmarknadens parter driver avtalsvägen. Enligt Medlingsinstitutet⁹ har ca ett femtiotal kollektivavtal slutits där lönekartläggning skrivits in att användas som underlag till lönerrevision. Detta skedde i den senaste lönerörelsen (2007) och ska gälla tre år framåt. Tendensen är att fler skriver in lönekartläggning i kollektivavtalen. Även inom området etnicitet och religion finns det numera flera exempel på kollektivavtal, som bland annat medger flexibilitet för ledighet vid religiösa högtider. Avtal av denna typ visar också att principen om icke diskriminering kan gå hand i hand med affärsmässig effektivitet.

Jag menar att den praktiska och effektiva tillsynen av lagens förebyggande del till stor del är beroende av att parterna tar sig an uppgiften. Parternas närvaro på arbetsplatsen och deras kunskap om de specifika förhållandena där ger goda förutsättningar för ett effektivt förändringsarbete för allas lika rättigheter och möjligheter. Ombudsmannamyndigheten kan aldrig nå samma bredd och djup inom sitt uppdrag och kan därför inte ha en heltäckande systemtillsyn över lagens krav. Däremot är det viktigt att ombudsmannamyndigheten har tillsyn över lagens krav för att t ex kunna identifiera problemområden.

Det är dock dags för lagstiftaren att välja väg för att få lagens ambitioner uppfyllda. Om det är meningen att regelverket ska inrymmas i den i Sverige gängse modellen om partsgemensamt ansvar – vilket jag gärna understryker är en vettig lösning – bör lagens bestämmelser också insorteras i en sådan modell. Lagen saknar incitament för parterna att avtalsvägen hitta lösningar för att nå de önskade resultaten. Reglerna bör därför göras semidispositiva. Det finns nu ett förslag om att luckra upp kraven på arbetsgivaren genom att kravet på årliga jämställdhetsplaner och lönekartläggningar i stället ska redovisas vart tredje år och att kraven bara riktas mot arbetsplatser med fler än 25 anställda. Jag menar att de föreslagna ändringarna bör kopplas till ett krav att

⁸ Justeringarna uppgår till sammanlagt 40 milj kr på årsbasis, enligt vad arbetsgivarna själva har identifierat. Två tredjedel gällde lönejusteringar i lika arbete, en tredjedel gällde justeringar i likvärdigt arbete. Troligen är siffran högre än 40 miljoner då många justeringar sker direkt och inte förs in i handlingsplanen.

⁹ Svenska Medlingsinstitutet är en statlig myndighet som har uppdrag att verka för en väl fungerande lönebildning. I uppdraget ingår ansvar för medling i arbetstvister och för den officiella svenska lönestatistiken.

parterna under mellanperioden reglerar frågorna mellan sig. Om man enbart luckrar upp kraven på årlig redovisning av arbetet, finns det risk att arbetet stannar av under mellantiden, utan att det sker någon utveckling av det partsgemensamma arbetet. Något som vi vittnat om under alltför lång tid.

Arbetsgivarens lagreglerade förpliktelser måste samtidigt skärpas. Kraven på aktiva åtgärder måste också riktas på att sätta stopp för diskriminering under rekrytering. Jag kan se tre metoder som skulle kunna fångas upp i lagkrav:

- Krav på öppen rekrytering
- Krav på anonyma ansökningshandlingar
- Krav på i förväg fastställda rekryteringskriterier utifrån utbildning, yrkeserfarenhet och personlig lämplighet

Reglerna bör kunna ersättas av åtgärder som parterna kommer överens om inom sitt kollektivavtalssystem.

Min fjärde tes är alltså att diskrimineringskyddet måste kompletteras med krav på förebyggande arbete och att lagen måste innehålla ett incitament för arbetsmarknadens parter att reglera frågan mellan sig inom förhandlingssystemet.

6. Teser

Tes 1: Det är avgörande för diskrimineringskyddets effektivitet att de enskilda arbetssökande eller arbetstagare som anser sig ha blivit utsatta för diskriminering, får frågan prövad snabbt och utan risk för stora kostnader.

Tes 2: Diskrimineringslagstiftningens individskydd räcker inte för att säkerställa principen om likabehandling i arbetslivet.

Tes 3: Främjandet av etnisk likabehandling i arbetslivet kräver inte positiv särbehandling av utlandsfödda.

Tes 4: Diskrimineringskyddet måste kompletteras med krav på förebyggande arbete och lagen måste innehålla ett incitament för arbetsmarknadens parter att reglera frågan mellan sig inom förhandlingssystemet.

Jussi Matikkala

**Strafferetlige sanktioner
ved konkurrenceretsbrud**

Strafferetlige sanktioner ved konkurrenceretsbrud

Docent Jussi Matikkala, Finland

Referatet behandlar frågan huruvida konkurrensdelikt borde sanktioneras straffrättsligt. Inledningsvis redogörs för delikt och reaktionsmöjligheter på den ekonomiska verksamhetens område. Sedan beskrivs kort EG:s reglering angående sanktioneringen av konkurrensdelikt med utgångspunkt i rådets förordning 1/2003 samt sanktionsystemen i Danmark, Finland, Norge och Sverige. Dessa representerar ganska olika lösningar. Finland och Sverige har stått för ett administrativt sanktionsavgiftssystem. I Norge används ett tvåspårigt system med både administrativa och straffrättsliga sanktioner. Straffbestämmelsen omfattar även fängelsestraffhot. I Danmark används bötesstraff och administrativt bötesföreläggande.

I det andra avsnittet diskuteras straffansvarsfrågor utifrån perspektivet av kriminaliseringsprinciper. En kriminalisering förutsätter bl a att det finns ett skadligt beteende, att ingen alternativ reaktion står rimligt till förfogande, att brottet och straffet kan definieras tydligt i lagen samt att de mänskliga rättigheterna beaktas. Framställningen går sedan över till vissa senare tendenser såsom EU:s ökade straffrättsliga aktivitet och avgiftssanktionernas ökande popularitet. Till sist jämförs vissa drag hos delikt och sanktion med brott och straff.

1. Inledning

Inom ekonomisk verksamhet kan det förekomma många slags lagstridigheter. Inom straffrätten har man bl a gjort en indelning i ekonomisk verksamhet som *i sig* är olaglig (t ex koppleri och penningtvätt) och olagligt beteende *inom* en i sig laglig ekonomisk verksamhet (t ex skattefusk eller miljöförorening i produktionsverksamhet). Här kan den förstnämnda typen förbises. Fältet av olagligt beteende inom en i sig laglig ekonomisk verksamhet kan i sin tur analyseras utifrån ett antal synvinklar. Här kan nämnas det kränkta skyddsintresset, gärningsformerna och de relationer inom vilka det oönskade beteendet äger rum. I sistnämnda hänseende kan det olagliga beteendet rikta sig mot beskattaren, det allmänna, konsumenter, avtalskumpaner, ägare, investerare, borgenärer och/eller konkurrenter.

Vissa reaktioner, som åtminstone delvis har *olika funktioner* har stadgats mot rättsvidrigt handlande. Till dessa hör

- straff
- förverkande
- sanktionsavgifter
- skadeståndsskyldighet

- ogiltighet av rättshandling
- näringsförbud
- förlust av ställning eller fördel
- plikt att underkasta sig för utredning av ärendet erforderliga åtgärder.

Dessutom kan gärningen leda till inofficiella sanktioner (t ex förlust av anseende och rykte). Tyvärr drabbas i verkligheten ofta även andra än lagöverträdaren (t ex vederbörandes familj).

Olika ekonomiska delikt kan leda till olika sanktioner. Många gånger är det fråga om flera slags reaktioner. Näringsverksamhet utövas ofta inom ramen för en *juridisk person*. Det är möjligt att den juridiska personen drabbas av vissa sanktioner, personerna bakom bolagets verksamhet av andra. Vissa sanktioner påförs kanske i administrativ ordning medan andra besluts om i en civil- eller straffprocess. Gärningen bedöms kanske i mera än ett förfarande.

Ett företag är ofta verksamt även utomlands. Det behövs således rättsliga strukturer som beaktar detta. Med tanke på bl a eventuella samarbetsbehov (exempelvis i fråga om effektivt informationsutbyte inom ECN-nätverket) kan det vara *praktiskt motiverat* att inte ha alltför olika regler för behandlingen av konkurrensregelbundenheter i olika länder. Det är möjligt att internationella avtal och särskilt EG/EU-rätten sätter t.o.m *gränser* för hur olika sanktionssystem kan vara¹. EG-regleringen har haft stor betydelse för nationella konkurrenslagstiftningar. Amerikansk rätt har haft stort inflytande på området.

Finland blev medlem i EU 1995. Fram till 1992 hade brott mot konkurrensbegränsningsförbud i Finland kriminaliserats som konkurrensbegränsningsbrott. Straffhotet var böter eller fängelse i högst 1 år. Den straffrättsliga modellen ansågs dock inte vara en effektiv och ändamålsenlig påföljd i konkurrensbegränsningsärenden. De i domstolarna behandlade få konkurrensbegränsningsbrotten hade bara lett till milda bötesstraff. Dessa kunde inte anses ha någon större allmänpreventiv effekt. Brott mot förbud kunde behandlas smidigast i administrativ ordning av sådana myndigheter som specialiserat sig på konkurrensärenden. Att bedöma ekonomiskt faktaunderlag och lagbundenheter inom näringslivet är svårt utan specialkunskaper. Dessutom bör vid bedömningen av en förbjuden konkurrensbegränsningsåtgärd mera vikt fästas vid beteendets skadlighet för näringslivet än vid klandervärdheten hos gärningspersonens åtgärder. Med stöd av denna argumentering övergick man 1992 till ett system med en strafflik sanktionsavgift som skulle bestämmas i ett förvaltningsrättsligt förfarande samtidigt som formerna av förbjuden konkurrensbegränsning utökades och Konkurrensrådet utvecklades mot ett rättskipningsorgan. Nuförtiden utdöms sanktioner av Marknadsdomstolen. Utgången påverkades också rätt starkt av det faktum att EG

¹ T ex gemenskapsrättens allmänna principer och de allmänna EG-kriterierna för effektiva sanktioner torde kunna vara av intresse här. Den nya parallella kompetensen kan vara problematisk ur likhetssynpunkten, om kommissionens sanktionsnivå är mycket högre än den nationella.

opererade med ett sanktionsavgiftssystem.² Argumentationen representerar viktiga teman ännu i dag när man dryftar frågan om vilken roll straffrätten eventuellt borde ha i sammanhanget.

Man kan säga att övergången till denna sanktionsavgift på konkurrensrättens område öppnade ett nytt kapitel i Finlands moderna historia i fråga om straffliknande administrativa påföljder. Traditionellt har man haft *skattetillägg*. På 1970-80-talen överfördes vissa främst *bagatellartade massdelikt* t ex felparkering från det tunga straffrättsliga maskineriet till mera summariska administrativa procedurer. Det fördes en allvarlig diskussion om rättssäkerhetsfrågor men delikten i fråga var små och kostnads- och effektivitetsfördelarna avsevärda. Ibruktageandet av en sanktionsavgift för konkurrensdelikt inledde *en ny epok* i utvecklandet av systemet med straffliknande administrativa sanktioner. Denna gång var det inte längre fråga om massförseelser och mindre avgifter³.

Utgångspunkten i EG-konkurrensregleringen utgörs av Romfördragets 81-82 artiklar. Med tanke på EG-konkurrensregleringens stora betydelse för nationella konkurrensregleringar måste man minnas att EG *saknat kompetens* till straffrättslig lagstiftning.⁴ Konkurrensövervakningssystemet inom EG förändrades markant i en decentraliserad riktning genom rådets förordning nr 1/2003, som gav upphov till översyn av nationella konkurrenslagstiftningar.⁵ Enligt förordningens artikel 23.2 får kommissionen genom beslut ålägga företag och företagssammanslutningar böter, om de uppsåtligt eller av oaktsamhet bl a överträder artikel 81 eller 82 i Romfördraget. För företag som deltagit i överträdelsen får böterna inte överstiga 10 % av föregående räkenskapsårs sammanlagda omsättning. Vid bötesbeloppets fastställande skall hänsyn enligt artikel 23.3 tas till både hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått. Artikel 23.5 slår fast att beslut som fattas enligt punkterna 1 och 2 inte skall vara av straffrättslig art. Frågan om böternas karaktär är dock inte avgjord i och med detta, utan det kan diskuteras om det ändå är fråga om straff, endast förvaltningssanktioner (vad än det betyder) eller någonting däremellan⁶. 2006 presenterade kommissionen riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EUT C 210, 1.9.2006, s. 2). 1996 tog kommissionen i bruk ett *leniency*-system, som reviderades 2002 och 2006 (Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, EUT C 298, 8.12.2006, s. 17). Man har också skapat ett *leniency*-modellprogram i syfte att har-

² I regeringens proposition med förslag till lagar om ändring av lagen om konkurrensbegränsningar och vissa lagar som har samband med den (RP 11/2004) s. 20 anses att effektiviteten av sanktionssystemet 1992 har visat sig vara en positiv lösning.

³ Den 1982 införda överlastavgiften kan dock bli rätt kännbar.

⁴ Zeder, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007 s. 478.

⁵ Om reformen se t ex *Kjærsgaard – Hoj*, Modernisering af de europæiske konkurrenceregler, Juristen 2003 s. 350 ff.

⁶ Se t ex *Lorenzmeier*, Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZIS 2008 s. 20 ff.

monisera *leniency*-politiken⁷. Artikel 23.1 i förordningen reglerar andra delikt såsom lämnande av oriktiga eller vilseledande uppgifter och belägger dem med böter på upp till 1 % av föregående års omsättning. Dessa delikt behandlas inte närmare i referatet.

Nationella konkurrensmyndigheter är behöriga och skyldiga att tillämpa artiklarna 81 och 82 i fördraget, varvid de får fatta beslut om att ålägga påföljder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen (artikel 5 i förordningen). De nuvarande sanktionsystemen i Danmark, Finland, Norge och Sverige – ärade korreferent kommer kanske med uppgifter om Island – ser i all korthet ut på följande sätt.

Den danske *konkurrenancelov* (lovbekendtgørelse af 21.8.2007/1027) stadgar i 23 § om bötesstraff för den som uppsåtligen eller av grov oaktsamhet bryter mot bl a förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 6 § eller förbudet mot missbruk av dominerande ställning (11 §). Detta gäller inte om strängare straff följer av annan lag. Både fysiska och juridiska personers straffansvar kommer på fråga. Om strängre straff än böter inte bedöms följa av gärningen kan ett administrativt bötesföreläggande användas (se 23b §).

Enligt 7 § i den finska *lagen om konkurrensbegränsningar* (480/1992) skall för en näringsidkare som bryter mot bl a förbudet mot konkurrensbegränsande avtal (4 §) eller förbudet mot missbruk av dominerande ställning (6 §) bestämmas en konkurrensbrottsavgift. Med näringsidkare avses såväl fysiska som rättsliga personer.

Den norska *konkurranseloven* (lov 5.3.2004 nr 12) innehåller ett system med sanktionsavgift (overtredelsesgebyr, 29 §) och straffansvar (30 §). Sanktionsavgiften åläggs företag, när det eller någon som handlar på dess vägnar, uppsåtligen eller oaktsamt överträder bl a förbudet mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag (10 §) eller marknadsmissbruksförbudet (11 §). Närmare regler om bestämmandet av overtredelsesgebyr ges i foreskriften 22.8.2005 nr 909 om utmåling og lempning av overtredelsesgebyr. Uppsåtlig och grovt oaktsam överträdelse av bl a förbudet mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag i 10 § är i konkurranselovens 30 § också sanktionerad med straffansvar. Straffansvar kan komma på fråga både avseende personer och företag. Sistnämnda kan dock inte drabbas av både en sanktionsavgift och böter. I straffhotet för personer ingår även fängelsestraff på högst 3 år. När överträdelsen har begåtts under synnerligen försvårande omständigheter uppgår maximistraffet till 6 år.

Enligt den svenska *konkurrenslagens* (1993:20) 26 § får Stockholms TR besluta att ett företag skall betala en konkurrensskadeavgift, om företaget eller någon som handlar på dess vägnar uppsåtligen eller av oaktsamhet överträtt bl a förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag i 6 § eller förbudet mot missbruk av dominerande ställning (19 §). Enligt 3 § avses med företag både fysiska och juridiska personer. För tillfället övervägs huruvida sanktionen näringsförbud borde införas (SOU 2006:99, Prop.2007/08:135).

Alla system innehåller regler om att avstå från eller lindra sanktionerna.

⁷ Se härom t ex *Gauer – Jaspers*, ECN Model Leniency Programme – a first step towards a harmonised leniency policy in the EU, Competition Policy Newsletter 2007 s. 35 ff.

2. Mera straffrätt?

Till en början kan med några ord beskrivas vad som brukar förstås med begreppet "straff". Man kan i likhet med *Vagn Greve* karaktärisera begreppet med följande fyra egenskaper. Ett straff är

- en rättslig reaktion, som
- innebär ett lidande av personlig eller ekonomisk art och som
- tillfogas en person som klandras för en företagen lagstridig handling
- så att ingreppets intensitet beror på lagöverträdelsens grovhet.⁸

Den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna opererar med ett eget, autonomt straffbegrepp. Detta innebär att den omständigheten att en stat inte benämner viss sanktion ett straff inte förhindrar EMD att göra så om deliktens natur och sanktionens stränghet talar för det. Hårda administrativa konkurrenssanktioner kan anses utgöra straff enligt EMRK, trots att så inte vore fallet i nationell rätt. En annan fråga är vad som närmare bestämt följer av detta, och vilka skillnader här eventuellt finns mellan fysiska och juridiska personer.⁹

Angående de lege ferenda perspektivet finns det dessutom olika alternativa tillvägagångssätt. Man kan för det första granska frågan huruvida man helt borde avstå från administrativa reaktioner och övergå till en straffrättslig sanktionering när sådan anses behövas – eller omvänt. Frågan är alltså vilketdera systemet som är att föredra. För det andra kan man diskutera plausibiliteten för att komplettera det konkurrensrättsliga sanktionssystemet t ex genom att införa straffansvar för gärningspersoner samtidigt som man behåller den nuvarande sanktionsavgiften med tanke på det delinkventa företaget. I så fall skulle man alltså ha ett vad man kan kalla *tvåspårigt system*. Ett tvåspårigt system kan i princip gälla företag, fysiska personer eller bådadera. Det är även möjligt att anamma olika sanktioneringsmodeller vid olika delikt.

Så som framgick ovan, har man i nordisk rätt opererat med olika modeller. Det finska och svenska systemet kan kallas enspårigt administrativrättsliga. Dansk och norsk rätt känner såväl straffrättsliga som administrativa påföljdsformer. I dansk rätt är det alltså här i första hand fråga om böter och administrativt bötesföreläggande. Det norska systemet använder straffrätten såtillvida fullt ut att kriminaliseringen av överträdelse av förbud mot konkurrensbegränsande avtal är försedd med fängelsestraffhot. Ett företag kan sanktioneras alternativt med sanktionsavgift eller företagsstraff¹⁰. Systemet representerar också ett

⁸ *Greve*, Straffene, 2. u. 2002 s. 13.

⁹ Se t ex Ot.prp. nr. 6 2003-2004 s. 117, *Skoghøy*, Menneskerettsdomstolens straffbegrep, LoR 2007 s. 193-194 och *Lorenzmeier*, Kartellrechtliche Geldbußen als strafrechtliche Anklage im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZIS 2008 s. 20 ff.

¹⁰ *Høivik* ifrågasätter ändamålsenligheten av denna tvåspårighet, se hans artikel Er konkurranselovens tosporede sanksjonssystem overfor företag hensiktsmessig?, LoR 2006 s. 360 ff.

differentierat angreppssätt i och med att missbruk av dominerande ställning inte har belagts med straff.¹¹

En intressant fråga är om det finns något straffrättsligt relevant vid konkurrensdelikt om man *bortser från* det införda speciella konkurrensdeliktssanktionssystemet. När beställaren till följd av en befintlig anbudskartell luras att betala mera än utan en dylik kartell, uppfylls kanske förutsättningarna för ett bedrägeribrott. Om kartellmedlemmarna tidvis checkar om alla fått sin andel och vid behov jämnar ut saldon genom ogrundade räkningar och betalningar kan bokföringsbrott aktualiseras. Man kan pressas till kartell på många sätt. I sanktionsförfarandet ljuger man kanske. Allt detta kan tänkas behandlas på många sätt, delvis beroende på om man omfattat ett straffrättsligt, administrativt eller tvåspårigt konkurrensdeliktssanktionssystem.¹²

Införandet av straffansvar har i en rättstat ansetts förutsätta att de s.k. *kriminaliseringsprinciperna* beaktas. Dessa principer utgör således en del av en rationell strafflagstiftningsteori. Det centrala budskapet i kriminaliseringsprinciperna kan i all korthet och med viss förenkling sammanfattas t ex på följande vis.¹³

- En kriminalisering måste avse skadligt beteende som kränker eller sätter i fara rättsligt skyddade intressen, som ytterst kan föras tillbaka på individers intressen.
- En kriminalisering kan vara påkallad först som sista utväg, dvs. när inga andra, socialt mindre kostbara alternativ rimligen står till förfogande (ultima ratio –principen).
- Den brottsliga gärningstypen och straffet måste kunna definieras tydligt i lagtext.
- En kriminalisering får inte ha retroaktiv verkan.
- Straffskalan bör återspegla gärningens klandervärdhet.
- Grund- och mänskliga rättigheter samt europeiska och internationella förpliktelser måste beaktas.

Beteende som väsentligt förhindrar eller snedvrider konkurrensen betyder stora monetära skador. Det egentliga *skyddsobjektet* är väl marknadskraften och en sund konkurrens. Som sådana kan dessa te sig ganska vaga och mindre ägnade som straffrättsliga skyddsobjekt. Beteendet skadar dock också individer, både direkt och indirekt. Direkt kränks t ex offret för en anbudskartell. Även oskyldiga medkonkurrenter kan anses direkt kränkta. Det ekonomiska systemet hör också till samhällets grundpelare. Sammantaget verkar skyddsintressena här till sin natur vara jämförbara med många andra intressen som åtnjuter straffrättsligt skydd.

Vid val av adekvata reaktioner mot skadligt beteende kan först frågas huruvida

¹¹ I engelsk rätt stadgar Enterprise Act 2002 section 188 om kartellbrott som kan tillämpas på individer.

¹² T ex den med bötestraffhot försedda konkurrenancelov 23 § tillämpas "(m)edmindre højere straf er forskyldt efter anden lovgivning". I Finland verkar man vara något osäker på huruvida införandet av sanktionsavgiftssystemet gjorde att t ex ansvariga för en anbudskartell inte får dömas för ett därigenom eventuellt uppfyllt bedrägeribrott.

¹³ Om kriminaliseringsprinciper se närmare t ex *Jareborg*, Allmän kriminalrätt 2001 s. 45-65.

det nuvarande systemets möjligheter har nyttjats fullt ut. Om så inte är fallet, är kanske tiden inte ännu inne för att överväga skärpningar. Vilka erfarenheter har man exempelvis av påförande av skadeståndsskyldighet eller näringsförbud i sammanhanget? Också några mindre destruktiva åtgärder än bestraffning kunde övervägas om det behövs nya medel. Sedan måste man bedöma vilka konsekvenser – inklusive när det gäller kostnader – införandet av straffansvar skulle ha.

Man kan ta en utgångspunkt i *straffteorierna* dvs. teorierna om straffets syfte, berättigande och funktion. Straffrättssystemets allmänna berättigande är brottsprevention, dvs. dess egenskap att förhindra framtida brott. Denna prevention kan på ett allmänt plan åstadkommas negativt genom avskräckning samt positivt genom systemets vane- och moralbildande funktion. Specialprevention betyder straffets inverkan på en viss gärningsperson. Men viktigt är att uppbyggandet av ett straffrättssystem inte enbart styrs av effektivitet. Ett centralt värde är också rättvisa, vilket kommer till uttryck bl a genom kraven på skuld samt proportionalitet mellan brott och straff. Dessutom måste ett straffsystem uppvisa humanitet. Straffrättssystem är dyra både när det gäller ekonomiska och rent mänskliga kostnader. Det finns folk som t.o.m anser att bestraffning är så barbarisk att straffen borde ersättas med andra, såsom civil- och förvaltningsrättsliga åtgärder (abolitionism).

Den gamla *avskräckningsidén* bygger på tanken att en rationell människa försöker undvika det obehagliga. Man låter bli förbjudna handlingar för att inte drabbas av straff. Ett problem är att kriminellt handlande till och med på straffrättens centrala område – t ex våldshandlingar under kraftigt rus – inte alltid passar in i teorin som opererar med en brottsling som rationellt kalkylerar brottets för- och nackdelar. Straffhotets betydelse beror på två centrala faktorer, nämligen straffets *stränghet* och dess *sannolikhet* (och omedelbarhet). Det senare anses praktiskt viktigare, varför det ofta är mera relevant att öka risken att åka fast än att höja lagens straffmaximum. När det gäller straffets stränghet kan vidare påpekas att en viss reaktion inte nödvändigtvis har samma betydelse för alla. Någon kanske inte bryr sig så värst mycket ens om en fängelsedom, medan ett renommerat revisor företag inte skulle spara på kostnader för att undvika att en anställd ens åtalas för delaktighet i ett ekonomiskt brott även om själva straffhotet bara skulle bestå av böter.

Även om avskräckningen skulle vara verksamt och effektiv, sätter andra straffrättsliga värden vissa gränser för ökad effektivisering av systemet genom avskräckning. Enligt *proportionalitetsprincipen* skulle det vara orättvist att använda sig av högre straffnivåer än brottstypens straffvärde föranleder. Man kan t ex inte bestraffa snatteri med 5 års fängelse även om snatterier därmed skulle minska kraftigt. Man kan inte heller kompensera bristande upptäcktsrisk med höjning av straffhotet.¹⁴

Straffrättssystemet har också en *vane- och moralbildande* funktion. Folk som inte går mot rött ljus gör så, inte för att de är rädda för straff utan för att det är påbudet att stanna och det påbudna beteendet har blivit en vana. Straffrätt kommunicerar

¹⁴ Jfr punkt 4, 25, 30, 31 och 37 i bötesriktlinjerna, som betonar starkt negativ allmänprevention.

värden. Att något är straffbart betyder att lagstiftaren värderar beteendet som negativt och förkastligt. Förutsättningar för att sådan normkommunikation kan ha framgång är bl a att överheten och samhället upplevs tillräckligt rättvist samt att folk har tillräckliga möjligheter till normkännedom.

När det gäller straffets avskräckande funktion utgör ekonomiska delikt ett paradexempel på var teorin kunde fungera. Ekonomisk verksamhet bedrivs vanligen planmässigt och inledandet av illegala handlingsformer baserar sig ofta på moget övervägande av handlingens för- och nackdelar. Ur denna synvinkel kunde straffansvar i princip vara en lämplig sanktion för vissa konkurrensdelikt.

Det har bedrivits en omfattande forskning om avskräckningsfunktionen på konkurrensdeliktens område. Ekonometriska modeller har skapats när det gäller vad som skulle utgöra optimala böter i sammanhanget. Det har ansetts att 10 % av årsomsättningen som den högsta sanktionen är alldeles för låg; för att verkligen fungera avskräckande borde man snarare gå upp till 150 %. Detta vore dock orealistiskt. Således kan man fråga om inte avskräckningsunderskottet borde kompenseras med straffhot mot fysiska personer. Eftersom företaget skulle betala fysiska personens böter talar man här främst om frihetsstraff(hot). Å andra sidan kan påpekas, att företag och individer kanske är olika som preventionsadressater. En vidare fråga är hur hög straffnivån och upptäcktsrisken borde vara.¹⁵

Vad som utgör effektiva incitament för att bryta sig ur en kartell – en vidare tillämpning av teorins grundtanke – diskuteras ivrigt i kontext av *leniency*-regler. *Leniency*-systemet har ansetts vara effektivt. Med tanke på personligt straffansvar blir en viktig fråga huruvida *leniency* också borde tillämpas på straffrättslig sanktionering av konkurrensdelikt. Skulle det, med andra ord, vara kontraproduktivt att tillämpa *leniency* på företaget men bestraffa de ansvariga individerna? Intrycket är att man är benägen att svara jakande. Det gäller alltså inte enbart att tillägga straffrätt, utan betydelsefullt är också hur detta görs. Att implantera ett dylikt *leniency*-system i straffrätten är dock ur normativ synvinkel inte alldeles enkelt, varom mera i avsnitt 4.

En helt annan *normativ fråga* som enligt min uppfattning är viktig är hur sanktioneringen av bakomliggande fysiska personer vid konkurrensdelikt skulle förhålla sig till ansvarsstrukturen vid andra typer av ekonomiska delikt, t ex bedrägeri, skattebrott, gäldenärsbrott eller värdepappersbrott. Likadana fall borde behandlas likadant medan olika fall borde behandlas olika. Åtnjuter fysiska personer som agerar på konkurrensrättens område sådan *sanktionsimmunitet* som inte skulle komma på fråga när det gäller andra typer av rättsstridigheter på den ekonomiska verksamhetens område? Om svaret är jakande, är en sådan särställning motiverad?¹⁶

Legalitetsprincipen påbjuder att reglerna om straffansvar – både angående brott och straff – måste vara klart definierade i lagen. Lagstiftaren måste å ena sidan defi-

¹⁵ Se *Wils*, Is Criminalization of EU Competition Law the Answer?, *World Competition* 2005 s. 138 ff och t ex *MacCulloch*, Honesty, Morality and the Cartel Offence, *E.C.L.R.* 2007 s. 355 ff. Se även *Oker-Blom – Pöyry*, En kritisk granskning av de konkurrensrättsliga immunitetsreglerna, *JFT* 2004 s. 712-720.

¹⁶ Se t ex minoriteten i *NOU* 2003:12 – Ny konkurrenselov s. 128.

niera straffansvaret så entydigt som möjligt, men å andra sidan samtidigt uttrycka sig så att regleringen också kan beakta framtiden. Uppgiftens svårhet i sammanhanget beror naturligtvis på vad man närmare bestämt överväger att straffbelägga på konkurrensdeliktens område. Bl a konkurrensdeliktprocesserna kan ha avslöjat punkter där lagtextens förtydligande kunde vara på sin plats. Om också författningar med lägre dignitet används vid definierandet av det straffbara området eller straffet skall legalitetsprincipens krav på sådant förfarande vara uppfyllda, bl a bör hänvisningarna till dylika författningar vara klara. En del av legalitetsprincipen utgörs av retroaktivitetsförbudet.

I straffrätten måste straffet återspegla brottets klandervärdhet/straffvärde. I straffrätten opererar man alltså med en *retrospektiv proportionalitet*. Lagstiftaren förverkligar proportionalitetsprincipen bl a när den bestämmer om straffskalan. Man måste bedöma både hur strängt straff brottstypen i sig verkar förtjäna och hur högt brottstypens straffvärde är i förhållande till andra brottstypers straffskalor. I strafflagar kan användas vissa typstraffskalor för att främja strafflagens överskådlighet. T ex i finska SL har på förmögenhets- och ekobrottens område brottens grundformer försetts med straffskalan böter – fängelse i 1 år 6 månader/2 år. För de grova gärningsformerna har straffhotet varit fängelse i 4 månader – 4 år. Även EU har sysslat med typstraffskalor. Administrativ proportionalitet avser förhållandet mellan medel och mål och kan således skilja sig från straffrättslig proportionalitet. En administrativ sanktion kan – liksom en förverkandepåföljd – alltså vara hårdare än en straffsanktion.¹⁷

Straffrättens traditionella *ansvarssubjekt* är fysiska personer. Eftersom företag inte själva kan bete sig på ett sätt som ger upphov till beröm eller klander, måste eventuellt straffansvar för juridiska personer beakta detta. Man kan t ex fråga hur högt straff ett företag har "förtjänat", vilket i sin tur kan ha betydelse för jämförelsen av samfundsstraffets och sanktionsavgiftens för- och nackdelar.

Införandet av straffansvar måste ske under beaktande av grund- och mänskliga rättigheter samt europeiska och internationella förpliktelser. Här måste man för det första se till att enskilda regler inte strider mot dessa. För det andra bör sanktionssystemens helhet – exempelvis kombinationen av sanktionsavgift i administrativ ordning för företag och straffansvar för fysiska personer – granskas i förhållande till dem.

3. Vissa tendenser

De senaste 10-20 åren har inneburit en snabb utveckling på marknaderna. Under denna period har även många förändringar, som med tanke på diskussionen om straff och sanktioner är intressanta, sett dagens ljus.

¹⁷ Se t ex *Asp*, Two Notions of Proportionality, i *Nuotio* (ed), Festschrift in Honour of *Raimo Lahti*, Helsinki 2007 s. 207 ff.

Straffansvar för juridiska personer, som har långa traditioner i t ex USA och England, infördes i Finland 1995. Det är i bruk även i Danmark och Norge. I Sverige infördes företagsbot 1986; den är inte ett straff utan en särskild rättsverkan av brott. Juridiska personers straffansvar har inte varit alldeles lätt att acceptera för en klassisk straffrätt som betonar bl a skuldprincipen. Ansvarsförutsättningarna vid juridiska personers straffansvar, bl a förhållandet mellan den juridiska personen och dess fysiska företrädare kan organiseras på något olika sätt. Samfundsbotens storlek bestämdes i Finland till 5 000 – 5 000 000 mark – ganska väl i linje med den 1992 införda sanktionsavgiftens normalskala (5 000 – 4 000 000 mark) enligt konkurrensbegränsningslagens 8 §. En brist på straffrättsligt samfundsansvar skulle i dag inte (längre) stå i vägen för ett straffrättsligt reaktionssystem på konkurrensdeliktens område. En annan sak är att straffansvar för juridiska personer av praktiska och/eller rättviseskäl kanske inte alltid skulle kunna tillämpas vid konkurrensdelikt.¹⁸

Man har sedan länge använt påföljden *förverkande av vinning*, som också har kunnat utdömas till ett företag. Förverkande av vinning som i många länder är obligatoriskt, har i likhet med sanktionsavgiften till syfte att se till att rättsstridigheter inte skall löna sig. Dessutom beror dess storlek i första hand på den olagliga vinstens storlek och inte på skuldfaktorerna. Förverkande av vinning i dess traditionella form begränsas också till vinsten, eftersom det är fråga om en säkringsåtgärd, inte ett straff.¹⁹ Det har påpekats att beräkningen av olaglig vinst bereder stora svårigheter när det gäller konkurrensdelikt, men jag undrar om dessa verkligen är oövervinnliga.

Till en början hade EG/EU inte kompetens på straffrättsens område, även om EG/EU-rätt indirekt var mycket betydelsefull för straffrätten. I avsaknad av straffrättslig kompetens utvecklades inom EG en sanktionsrätt. EG:s konkurrensdeliktreglering är ett bra exempel på detta. Sanktionerna kan ha varit hårda och svåra att skilja från straff. Gradvis har EG/EU intensifierat sitt agerande på straffrättsens område. Detta har skett på många vis. Det talas om EU-straffrätt och europeisk straffrätt. EU:s ökande intresse för straffrätten gör att EU i dag skulle utgöra ett mindre tungt argument för ett icke-straffrättsligt system än tidigare. Kanske tas det någon dag i EU i bruk det straffrättsliga spåret på konkurrensdeliktens område?²⁰

Under det senaste årtiondet verkar ett visst skifte från en defensiv straffrätt till en tough on crime *offensiv straffrätt* ha skett. Globaliseringen och den nya EU-straffrättsens epok har varit bland skälen därtill. En av frukterna har varit reglerna om utvidgat förverkande av vinning. Idén är att när någon döms för ett grovt brott

¹⁸ Instrukтив läsning är *Toftegaard Nielsen – Strandbakken – Træskman*, Om selskabsansvar i Norden, NTFK 2003 s. 1 ff.

¹⁹ Jfr bötesriktlinjernas punkter 30-31 under titeln "Särskild höjning i avskräckande syfte". Enligt punkt 31 anser kommissionen det också nödvändigt att höja böterna så att de är högre än de olagliga vinster som erhållits på grund av överträdelsen, om det är möjligt att uppskatta dessa vinster. – En sanktion som begränsar sig till att frånta företaget en olaglig vinst av t ex en kartell torde i princip inte kunna anses orättvis gentemot de oskyldiga aktieägarna.

²⁰ För- och nackdelarna behandlas exempelvis i *Dawes – Lynskey*, The Ever Longer Arm of EC Law: The Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law, C.M.L.R. 2008 s. 151-155.

(inklusive grova ekonomiska brott), kan utöver vanligt förverkande även dennes annan egendom konfiskeras såvitt det finns skäl att anta att denna härstammar från (icke obetydlig) brottslighet. Poängen är att man har ansett sig kunna använda en nedsatt bevisröskel i fråga om en potentiellt väldigt långtgående straffrättslig sanktion.

En dylik nedsatt bevisröskel i brottmål verkar inte ha ansetts strida mot oskuldspresumtionen som är en central mänsklig rättighet. EMD har för sin del gjort värdefullt allmäneuropeiskt arbete i människorättsfrågor med anknytning till bestraffning och sanktionering. EMD opererar exempelvis med ett eget straffbegrepp vilket gör att svarandens rättigheter inte kan nonchaleras genom att benämna sanktionen något annat än straff.

Allmänna domstolar har befarats sakna sådan *expertis* som konkurrensärenden förutsätter, vilket i sin tur skulle tala mot ett straffrättsligt system. Ett administrativt förfarande skulle däremot vara sakkunnigt och effektivt. Det kan påpekas att allmänna domstolar handhar också typer av brottmål som kräver specialkunskaper. Exempel på sådana är komplicerade ekonomiska brott (t ex värdepappersmarknadsbrott eller, ett mera traditionellt exempel, gäldenärsbrott) eller miljöbrott. Också ett tvåspårigt system med straffansvar för fysiska personer som kompletterande element förutsätter naturligtvis att kompetensfrågor inte anses stå i vägen. Hur det förhåller sig med tillgången till nödvändig *expertis* är delvis en empirisk fråga.

Å andra sidan verkar sanktionsavgifter bli mera och mera populära och göra landvinningar. Gränserna mellan straffrätt och en sanktionsrätt verkar inte vara kristallklara och håller eventuellt på att suddas ut²¹. Bland skälen därtill är att samhället inte är statiskt utan i ett tillstånd av fortlöpande faktiska och rättsliga förändringar, samtidigt som det i vissa länder, däribland i Finland saknas en stark kultur i fråga om sanktionsrätt/administrativ straffrätt. Fenomenet måste undersökas grundligt också med tanke på vad som kan vara påkallat att göra på konkurrensdeliktens område. Det kan nämnas att finsk rätt nuförtiden innehåller bl a följande sanktionsavgifter, många även bekanta i andra nordiska länder:

Enligt 11 § lagen om främjande av användningen av biodrivmedel för transport (446/2007) påförs en drivmedelsdistributör, som inte har levererat biodrivmedel till konsumtion enligt lagen en påföljdsavgift på 0,04 euro per megajoule.

Juridiska personer som uppsåtligen eller av oaktsamhet på något annat sätt än vad som föreskrivs i SL 51 kapitel om värdepappersmarknadsbrott bryter mot vissa inhemska och europeiska värdepappersmarknadsregler kan enligt lagen om Finansinspektionen (587/2003) 26a § påförs en påföljdsavgift på minst 500 och högst 200 000 euro, dock högst 10 % av föregående årets omsättning. Påföljdsavgiften kan också påförs fysiska personer, i vilket fall beloppet är minst 100 och högst 10 000 euro. Påföljdsavgift kan inte påförs om ärendet är föremål för förundersökning

²¹ När det gäller konkurrensåtgärdsfrågor se t ex diskussionen kring benämningen "sivilrettslig bot", bl a i Ot.prp. nr 6 2003-2004 s. 113-114, samt finska grundlagsutskottets resonemang när det gäller tillstånd att förrätta inspektioner i hemfridskyddade lokaler på grund av misstänkt allvarlig överträdelse av EG 81-82 art; Grundlagsutskottets utlåtande 7/2004 s. 3.

eller åtalsprövning eller anhängigt vid domstol som brottmål. I SL 51 kap stadgas om värdepappersmarknadsbrott, och även juridiska personers straffansvar tillämpas på dessa brott.

Ett teleföretag som bryter mot vissa skyldigheter i kommunikationsmarknadslagen (393/2003), kan enligt lagens 122 § påföras en påföljdsavgift på minst 1 000 och högst 1 000 000 euro. I grövre fall kan maximibeloppet överskridas, dock får avgiften utgöra högst 5 % av föregående års omsättning. Eventuell konkurrensbrottsavgift för motsvarande gärning beaktas.

En lika hög påföljdsavgift kan påföras en utövare av tv- eller radioverksamhet som handlar i strid med vissa bestämmelser av lagen om televisions- och radioverksamhet (744/1988, se 36 a §).

Genom lagen 1163/2005 fogades till lagen om förhindrande av miljöförorening från fartyg (300/1979) påföljdsavgiften oljeutsläppsavgift (kap 2a). Den påförs den fysiska eller juridiska personen som är fartygets ägare eller redare och bestäms utifrån utsläppets omfattning och fartygets bruttodräktighet enligt en avgiftstabell. Minsta belopp torde vara 4278 euro.

En advokat som i sitt uppdrag handlar ohederligt eller på annat sätt uppsåtligt kränker någon annans rätt, upprepade gånger handlar i strid med god advokatsed eller begår en gärning som är ägnad att minska aktningen för advokatkåren kan sedan 2005 som disciplinär påföljd åläggas att betala en påföljdsavgift på minst 500 och högst 15 000 euro (lagen om advokater 496/1958, 7 §).

Dessa sanktionssystem uppvisar olika drag när det gäller bl a

- utredning
- befogenhet att använda tvångsmedel
- processen
- ansvarssubjekt
- ansvarsförutsättningar
- påföljdsutmätning
- möjligheterna till påföljds lindring och avstående från påföljd
- uttrycklig reglering av förhållandet till straffansvar.

4. Skillnader mellan förverkligande av konkurrensdelikt- och straffansvar

Det kan vara på sin plats att fundera över vilka skillnader det kan finnas mellan förverkligande av å ena sidan konkurrensdeliktansvar och å andra sidan straffansvar. Intresset härmed är bl a att det ena systemet kan ha nytta av lösningar i det andra systemet. Dessutom kan det underlätta att bedöma, huruvida det kan finnas sådana olikheter att ett tvåspårigt system med två sorters ansvarsformer skulle kunna befaras vara problematiskt. Vid en dylik jämförelse måste beaktas att straffansvar i första hand har tänkts ut och utvecklats som en ansvarsform för fysiska personer, och

konkurrensdeliktansvaret för juridiska personer eller kollektiva enheter. Om man tar med den juridiska personens straffrättsliga ansvar ändras bilden.

Brott utreds av polismyndigheter enligt bestämmelserna om förundersökning. I den straffprocessuella oskuldspripcipen ingår ett förbud mot självinkrimineringsplikt. Den misstänkte har ingen skyldighet att medverka i utredningen av sitt ansvar, t ex att besvara frågor eller framlägga bevismaterial såsom brev eller dylikt. Det finns dock olika slags tvångsmedel, varav vissa riktar sig mot personer eller förmögenhet, medan andra kan avse anskaffande av information t.o.m med hjälp av hemliga tvångsmedel. Ofta behövs ett tillstånd av domstolen för användning av tvångsmedel. Straffskalan på brottstypen avgör ofta vilka åtgärder som kommer på fråga och vem som kan bestämma huruvida dessa får vidtas.

Ett förbud mot skyldighet till självinkriminering kan även gälla i en administrativ sanktionsprocess. Konkurrensregleringen medför dock samarbetsplikter vid inspektioner osv.²² Avstående från påföljd i konkurrensdeliktsrätten förutsätter medverkan i undersökningen fullt ut. Huruvida situationen är ägnad att framkalla konflikter beror bl a på om både företaget och fysiska personer kan ställas till svars, vilka sanktionsformer som kommer på fråga samt om systemet är ett- eller tvåspårigt. Juridiska personers skydd när det gäller självinkrimineringsfrågor torde vara något oklart.²³

Om utredningsmedlen och reglerna i brotts- och konkurrensutredning är olika kan utredningarnas resultat bli olika. Särskilt i ett tvåspårigt system kan det behövas regler om i vilken utsträckning utredningsresultaten från en konkurrensutredning får användas i brottsutredning och efterföljande huvudförhandling.

I straffprocessen åtnjuter den åtalade på motsvarande sätt vissa rättsäkerhetsgarantier. Bland dem är oskuldspresumtionen som i princip betyder att bevisbördan ligger på åklagaren, och han måste bevisa ansvarsförutsättningarna utom rimligt tvivel. I praktiken är beviskraven inte alldeles så stränga beträffande alla bevisman. Om delvis andra bevisbörderegler används eller/och beviströskeln inte är lika hög i en administrativ konkurrensdeliktsprocess kan detta betyda, att deliktet anses bevisat i denna medan ett på motsvarande fakta baserat åtal i en straffprocess skulle förkastas. Även i sanktionsavgiftsprocessen verkar bevisbördan som utgångspunkt ligga på den som yrkar på påföljden. T ex enligt förordningen 1/2003 artikel 2 har dock företaget som åberopar att villkoren i artikel 81.3 i fördraget uppfylls bevisbördan beträffande denna omständighet. När det gäller beviströskeln går man t.ex. i det norska sanktionsavgiftsförfarandet enligt förarbeten ut ifrån att det krävs en (klar) sannolikhetsöverbikt^{24,25}

Regeln *ne bis in idem* förbjuder att bestraffa någon flera gånger för samma brott (artikel 4 i 7. tilläggsprotokoll till EMRK). Regeln innehåller flera intrikata

²² Enligt bötesriktlinjernas punkt 28 utgör det en försvarande omständighet vid fastställande av böternas grundbelopp att företaget vägrar att samarbeta i samband med kommissionens undersökningar.

²³ Se *Elholm – Sparlund*, Nye EU-konkurreneregler i straffrätligt perspektiv, Juristen 2005 s. 46 ff.

²⁴ NOU 2003:12 s. 130-131 jfr. Ot.prp. nr. 6 2003-2004 s. 177.

²⁵ Se *Elholm – Sparlund*, Nye EU-konkurreneregler i straffrätligt perspektiv, Juristen 2005 s. 45-46.

tolkningsproblem. Man måste bestämma vad som utgör samma brott och straff samt i vilket skede väret inträder. Om ett beteende behandlas i flera förfaranden måste vikt fästas vid att eventuella risker för dubbelbestraffning elimineras. T ex att utdöma ett företag för ett kartellbeteende å ena sidan en sanktionsavgift och å andra sidan en samfundsbot kunde anses strida mot *ne bis in idem* –förbudet.²⁶

Olikheterna mellan administrativ process och straffprocess jämnas i någon mån ut genom utvecklandet av den förstnämnda processformen, evalueringen av den administrativa sanktionsprocessen mot straffprocessens rättssäkerhetsgarantier samt anammandet av förenklade straffrättskipningsformer.

Ansvarsförutsättningarna för brott och delikt kan vara olika på några punkter. Huruvida ett brott är för handen bedöms utifrån en viss struktur som kallas brottsbegreppet. Hur ansvarsförutsättningarna konstrueras i ett brottsbegrepp kan variera både när det gäller vilka beståndsdelar man opererar med och vad de olika delarna innehåller. Förenklat kan man emellertid säga att ett brott är en brottsrekvisitenlig, rättsstridig och skuldbelagd mänsklig gärning. På det viset opererar man med nivåerna rekvisitenlighet, rättsstridighet och skuld. På motsvarande sätt kan man fråga efter den deliktstruktur man opererar med i konkurrensdeliktsrätten.²⁷

Också konkurrensdelikt utgår ifrån konstaterandet av rekvisitenlighet, t ex att det föreligger ett hemligt samråd om att lägga fram anbud med visst innehåll. Brottsrekvisit kan dock på grund av legalitetsprincipen ha definierats i lagen något tydligare än deliktrekvisit. På brottsstrukturens nästa nivå, rättsstridigheten, skulle man fråga huruvida det förelåg en rättfärdigande grund som gör att den rekvisitenliga och som sådan prima facie olagliga handlingen ändå inte var rättsstridig utan rättsenlig. Dessa rättfärdigande grunder kan härstamma från olika delar av rättsordningen, även om de mest typiska inom kärnstraffrätten är nödvärn, nöd, samtycke etc. I princip kan motsvarande nivå ses i deliktstrukturen (bl a artikel 81.3 i Romfördraget).

Skillnader kan finnas angående element som i brottsbegreppet ingår i skulden. Straffansvar förutsätter som utgångspunkt att de objektiva ansvarsförutsättningarna kan tillräknas gärningspersonen som uppsåtliga eller i vart fall oaktsamma (om brottet i fråga är straffbart också begånget av oaktsamhet). Sådant subjektivt krav ställs ofta även inom konkurrensdeliktsrätten, t ex i artikel 23.2 i förordningen 1/2003²⁸. Nu förhåller det sig naturligtvis så att det sällan förekommer ”karteller i misstag”, utan verksamheten är redan till sin natur medveten och avsiktlig. Ändå kan det förhålla sig så att någon inte känner till alla omständigheter som är relevanta för ansvaret eller dess omfattning. En annan viktig punkt är att vid konkurrensdelikt aktualiseras

²⁶ Zeder, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007 s. 480-481. – Tolkningsproblem kan även aktualiseras när en gränsöverskridande kartell har lett till sanktionsprocesser i flera länder.

²⁷ En ingående analys av deliktstrukturella frågor ges i *Asp*, EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv. Uppsala 1998, Del II.

²⁸ Av någon anledning saknas ett dylikt krav i den finska konkurrensbegränsningslagens 7 §. Om det kan vara problematiskt med tanke på EMRK 6 art kan jag inte gå in på här.

frågan om företagets uppsåt/oaktsamhet. Man måste således veta vad ett företagsuppsåt betyder. Någon sorts samfundsskuld kan krävas vid straffansvar för juridiska personer.

Straffansvar förutsätter också att gärningspersonen har uppnått viss ansvarsålder och är tillräckelig (svensk straffrätt intar en särställning här). Kravet kan diskuteras även med tanke på konkurrensdeliktansvaret även om problematiken aktualiseras sällan i praktiken. På nivån skuld diskuteras i straffrätten också andra subjektiva omständigheter som kan göra att gärningspersonen inte kan klandras för sin gärning. Dessa kan kallas ursäktande grunder. En av dem är skulduteslutande rättsvillfarelse. I straffrätten kan en klart ursäktlig rättsvillfarelse betyda att ett brott inte föreligger eller åtminstone att ett straff inte utdöms. En sådan villfarelse torde ha betydelse även i konkurrensdeliktsrätten. På båda hållen läggs ribban väl dock högt eftersom en rättsvillfarelse sällan anses ursäktlig då det gäller handlandens eget verksamhetsområde.

Straffrätten känner även osjälvständiga brottsformer, nämligen en försöks- och medverkanslära. Den straffrättsliga konkurrensläran behandlar frågan om ett beteende utgör ett eller flera brott. Detta har i sin tur betydelse för bl a när beteendet som brott preskriberas. Motsvarande frågor förekommer inom konkurrensdeliktsrätten, där det finns explicita bestämmelser om åtminstone preskriptionstider.

När det gäller straffbestämning utgår man ifrån att straffet måste stå i proportion till brottet. I vart fall får straffet inte överskrida vad som skulle vara proportionerligt. Straffet måste vara "förtjänt" och i en straffrätt som beaktar skuldprincipen utgör skulden och förtjänsten straffets övre gräns. Eftersom straffet betyder någonting ont är det vettigt att det finns en möjlighet att underskrida det proportionella straffet då goda skäl föreligger. En annan fråga är när straffet motsvarar brottet. En preliminär värdering har gjorts av lagstiftaren som försett brottstypen med viss straffskala. Eftersom själva brottet består av en rättsstridighets- och skulddimension, är det naturligt att dessa element också är centrala när det gäller straffmätningen. Därför utgör gärningens skadlighet och farlighet samt den i gärningen uppvisade skulden viktiga moment i straffmätningen.

Även i konkurrensstraffrätten utgör beteendets allvarlighet en viktig utgångspunkt. Däremot spelar skulddimensionen inte samma roll som vid straffbestämningen. Mellan delikt och sanktion råder en proportionalitet, men det är åtminstone delvis en annan proportionalitet – en administrativ proportionalitet – som betonas. Det används även rätt detaljerade riktlinjer för sanktionsbestämningen, som något påminner om amerikanska *sentencing guidelines* på den straffrättsliga sidan. Riktlinjer kan användas också i andra länder särskilt vid brott där en kvantifierbar dimension spelar en stor roll (bl a överhastighet, rattfylleri och narkotikabrott) vid straffbestämningen.²⁹

Det väldigt intressanta elementet inom konkurrensrättslig sanktionering, *leniency-systemet*, utgör enligt min uppfattning ett belysande exempel på saker som

²⁹ Om utmaningar vid beaktandet av EG-konkurrensbetsreglering i det danska bötesstraffet se *Elholm*, EU-tilpasning af dansk konkurrencestrafferet (2008, artikeln är i tryck).

måste beaktas särskilt när det gäller ett tvåspårigt system med både sanktions- och straffansvar. *Leniency*-systemet går ut på att det företag som först förser konkurrensmyndigheten med bevis om en konkurrensbegränsning kan undvika konkurrens-sanktionerna. Detta innebär att man avslöjar och redogör för både eget och andras olagliga beteende och samarbetar fullt under hela utredningen. Andra som medverkar kan få betydande rabatter på sina sanktioner. Systemet anses förbättra konkurrensmyndigheternas möjligheter att avslöja karteller och öka den inre instabiliteten som karaktäriserar karteller varigenom en förebyggande effekt uppnås.³⁰

Traditionellt har man i straff- och straffprocessrätten däremot hållit sig mera reserverat gentemot att belöna den som avslöjar sitt eget och i synnerhet andras brottsliga beteende med en straffrättslig immunitet. Samma gäller "plea bargaining" överhuvudtaget. Där är skillnad mellan att frivilligt erkänna eget brottsligt beteende och att angiva andra mot belöning. Att man känt viss motvilja mot det sk *kronvitnesssystemet* har olika skäl. Handhavandet av straffrätten hör till statens uppgifter. Straffrätt baserar sig också på andra värden än effektivitet. Straffrätten är ett på många sätt moraliskt laddat system som opererar med sådana saker som skuld, ansvar och normkommunikation. Man anser att en del av det straffrättsliga moralkapitalet skulle gå förlorad om skuld och ansvar skulle bli handelsvaror mellan staten och brottslingar. På motsvarande sätt har man inte flaggat för plea bargaining och t ex privatisering av fängelser osv. Ett annat skäl är att ett kronvittnes utsagor kanske inte förtjänar särskilt stor tilltro. Däremot har man lindrat straff för den som velat främja utredningen av sitt eget brott. Det måste naturligtvis tilläggas att det här som annars kan förekomma variationer de nordiska länderna emellan³¹. Dessutom är det möjligt att straffrättens hittills rätt avoga inställning mot kronvittneinstitutionen med tiden blir positivare, först kanske när det gäller terrorism, organiserad brottslighet (som ju förresten bär vissa likheter med konkurrensdelikt!) osv.³²

Att ange t ex en kartell innebär å andra sidan i många fall inte bara att ett delikt kan uppkläras utan också, att man får stopp på deliktet. I straffrätten skulle detta kunna beaktas vid påföljdsbestämningen, om än det troligen sällan skulle leda till att man helt avstår från påföljden. I den straffrättsliga försöksläran opereras med figuren tillbakaträdande från försök. Här ser en gärningsman, som överskridit försöksstadiet, frivilligt till att brottet inte kommer till fullbordan.³³

Det är naturligt att en avvikande hållning mot kronvittnen i konkurrensanktionsssystemet jämfört med det straffrättsliga systemet verkar vara ägnad att så frö till

³⁰ RP 11/2004 s. 10-11, 21, 26 och 38-40.

³¹ Se t ex finsk SL 6:6 p. 3) varom RP 44/2002 s. 185 och 202 jämfört med dansk strl 82 § nr 9-10 samt *Toftegaard Nielsen*, Straffelovrådets betänkning om straffefastsættelse og strafferammer, Juristen 2003 s. 398-400.

³² Se NOU 2003:12 s. 136 samt *Strandbakken*, Hvilken strafferetspleie ønsker vi?, LoR 2008 s. 1-2. Se även *Strand*, Lavere straff for medvirkning i rettergangen – plea bargaining, NTIK 2007 s. 370 ff och *Asp*, Upphøranden och oppgørelser – fragment av en sammanhållen tanke, NTIK 2007 s. 379 ff.

³³ Av interesse här är t ex tysk StGB 298.3 § och österrikisk StGB 168b.2 §, varom *Zeder*, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007 s. 483.

konflikter. Därför borde man antingen utgå ifrån samma principer i saken eller reglera konfliktställena i mån av möjlighet. I det norska systemet tillämpas *leniency*-regeln i konkurrenslovens 31 § på sanktionsavgiften och företagsböter, inte däremot på naturliga personers straffansvar. Den danske konkurrenslovens 23a § gäller såväl juridiska som naturliga personers bötesstraffansvar.³⁴

5. Teser

Jag har kommit till följande slutsatser eller teser.

Tes 1: Det är angeläget att samla erfarenheter av olika modeller med avgifts- och/eller straffsanktioner vid konkurrensdelikt (och även vid andra delikt); redan de nordiska länderna erbjuder rikligt med variationer. Det är motiverat att betrakta sanktioneringsfrågan både separat vid olika överträdelsetyper och som en helhet.

Tes 2: Medlemsstaterna har beaktat och beaktar EG:s konkurrenssanktionsreglering. EG har dock inte haft fria händer i skapandet av sitt sanktionssystem utan den har bl a saknat kompetens på straffrättens område. Således finns inga garantier för att EG:s/EU:s sanktionssystem är optimalt.

Tes 3: Det verkar inte finnas någon väsentlig skillnad i klandervärdhet mellan vissa konkurrensdelikt såsom anbudskarteller och vissa beteendeformer såsom bedrägeri och skattebedrägeri som anses förtjäna straff.

Tes 4: En kartellkriminalisering torde även kunna formuleras på ett tillräckligt bestämt sätt i lagtext. Av 3 och 4 följer dock ännu inte att personligt straffansvar bör införas.

Tes 5: Olika sanktionsmodeller ger potentiella adressater (företag och deras representanter) anledning till olika slags beteendestrategier. Det är inte uteslutet att effektivitet och rättvisa (jfr tes 3) kräver olika åtgärder.

Tes 6: Ett tvåspårigt system (vilket dock kan formuleras på olika sätt) är ägnat att skapa vissa konfliktpunkter som måste beaktas och lösas, om man väljer en sådan modell.

Tes 7: EG och samarbetet inom EU (och även med andra länder) sätter vissa faktiska (delvis även rättsliga) ramar inom vilka det finns goda skäl att konstruera de nationella sanktionssystemen.

Tes 8: Ett intressant deltema utgörs av *leniency*-systemets förhållande till personligt straffansvar.

³⁴ Se även *Nese – Solberg*, Den norske konkurrensloven – noen særegenheter, *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja* [Konkurrensrättslig årsbok] 2006 s. 58-59 och *Sæveraas – Christiansen*, Developments in Norwegian Competition Law, *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja* 2006 s. 74.

Viðar Már Matthíasson

Rádgiveransvar og ansvarsfraskrivelse

Profesjonsansvar og ansvarsfraskrivelse

Professor Viðar Már Matthiasson, Island

I denne avhandlingen vil profesjonsansvar bli drøftet. Profesjonsansvar er et juridisk område, som de siste decennier har vokst betraktelig, både i omfang og når det gjelder antall saker som er ført for retten. Med profesjonsansvar mener man et strengt erstatningsansvar, men det er dog generelt akseptert at culperegelen er ansvarsgrunnlaget, men ikke reglene om presumsjonsansvar eller objektiv ansvar. Det strenge ansvar innebærer, at det stilles strenge krav om, at den sakkyndige utfører sitt arbeid objektivt sett på en slik måte at det er i samsvar med de krav som stilles innenfor fagområdet om et profesjonelt og grundig arbeid. Det stilles også strenge krav til den subjektive innstilling, det vil si til den kunnskap den sakkyndige har eller påstår at den råder over. En sakkyndig som hevder å ha sitt speciale innenfor skatterett må være forberedt på å stilles overfor strengere culpavurdering enn jurist som aldri har påstått at den råder over slike spesialkunnskaper eller har arbeidet innenfor skatterett. Det strenge ansvar er også realisert ved å anvende bevisregler til fordel for den skadelidte, i tillegg til at regler om den skadelidtes medvirkning fører til at vurdering på hans medvirkning ofte innebærer at han skal ha utvist en større grad av egen skyld for at den har rettsvirkning. Hovedreglen om avtalefrihet innebærer, at man bør anerkjenne de profesjonelle rett til å begrense deres erstatningsansvar gjennom forhandlinger. Slik ansvarsfraskrivelse må generelt være bindende for den som har undertegnet avtalen sammen med den profesjonelle, men ikke for tredje part. Trass i at man bygger på hovedregelen om at den sakkyndige kan begrense sitt erstatningsansvar gjennom forhandlinger, er det innlysende at dens hjemmel i denne sammenheng er begrenset på mange måter. Disse begrensningene følger både av skrevne lovregler, men også av andre grunner, som det er redegjort for i bidraget.

1. Innledning

I dette bidrag, redegjøres det for profesjonsansvaret og hvilke regler som gjelder om den profesjonelles muligheter til at fraskrive sig ansvar med avtale.

Avhandlingens innhold er todelt. Først vil det bli gjort rede for hva profesjonsansvar omfatter, hvem som bærer et slikt ansvar og på hvilken måte det fraviker de allmenne reglene. I forbindelse med det blir det blant annet diskutert på hvilken måte man anvender bevisregler innenfor profesjonsansvarets område.

I avhandlingens siste del vil det bli behandlet hva - om noe - begrenser den profesjonelles muligheter til å fraskrive sig erstatningsansvar med avtale eller med en ensidig erklæring.

2. Profesjonsansvar

2.1 Erstatningsansvarets utvikling

Utviklingen innenfor erstatningsretten største parten av siste århundre, ikke minst de siste decennier, har ført til utvidelse av erstatningsansvaret. Det skyldes både det faktum at culparegelen er blitt brukt på en mer stringent måte enn før, men også på grunn av at i stadig flere tilfeller er ansvaret basert på objektiv grunnlag, både lovfestet og ulovfestet objektivt grunnlag.¹ Rettsutviklingen i de enkelte nordiske lande har dog vært forskjellig på dette området. I Island har Høyesterett ikke brukt ulovfestede objektive ansvarsregler de siste decennier. Likevel er knapt noen tvil om at domstolen har hjemmel til å anvende slike ulovfestede regler. I Norge derimot har domstolene basert ansvar på svært mange områder på ulovfestede objektive ansvarsregler.²

2.2 Profesjonsansvar

Et av de områdene hvor culparegelen har vært brukt på en mer stringent måte, er området som er blitt kalt profesjonsansvar (e. professional liability). Dette juridiske området er de siste årene ofte blitt kalt rådgiveransvar. Den termen henviser likevel ofte til et mindre omfattende område enn profesjonsansvar, dvs. stundom kun til rådgiverdelen i den profesjonelles virksomhet men ikke til utøvelsen av et arbeide etter at klienten har bestemt at et arbeide skal utføres på grunnlag av rådgivning.³ I dette bidrag er det ikke nødvendig å skille mellom de to områdene, først og fremmest på grunn av at vurdering av erstatningsansvaret bygger for det meste på de samme synspunkter men også på grunn av at de samme reglene gjelder for hjemmel til å fraskrive sig ansvar.

Termen profesjonsansvar har iblant, særlig før i tiden, vært brukt i nokså snever betydning, dvs. om de liberale erverv.⁴ Det har i denne sammenhengen vært praksis å bruke termen om advokater, leger, arkitekter, ingeniører og revisorer og senere eiendomsめklere. I nyere tid er det i litteraturen nevnt mange flere fagområder i denne sammenhengen og i tillegg noen offisielle eller halvoffisielle institusjoner (jf. dansk dom i UfR 1996, s. 1288, arbeidsformidling) og interesseorganisasjoner, f.eks.

¹ Jf. f. eks. Bernhard Gomard, *Moderne erstatningsret*, (2002), s. 49 og s. 73 – 74.

² Peter Lødrup, *Lærebok i erstatningsrett*, (2005), s. 223 – 250.

³ Jf. Morten Samuelsson og Kjeld Søgaard, *Rådgiveransvar*, (1993), s. 13 flg., hvor det blir sagt at termen profesjonsansvar har en mer vidtgående betydning og passer bedre. Forfatterne bruker likevel ordet rådgiveransvar med den begrunnelse at de begrenser emnet ved alminnelig formuesskade. Lars Bo Langsteds bok heter: *Rådgivning, det profesjonelle erstatningsansvar*, (2004). Han begrenser emnet ved rådgiverdelen og forsøker at holde den profesjonelles utøvelsen av arbeidet utenfor emnet, jf. s. 17 flg.

⁴ Se f. eks. Stig Jørgensen og Torben Wanscher, *Professionelt ansvar i skandinavisk ret*, *Juristen*, 1967, s. 425. På side 436 flg. i artikkelen påpeker forfatterne at det skjerpede ansvar gjelder om flere en dem som arbeider på vedkommende fagområder, dvs. om alle som utfører arbeid på områder hvor det kreves spesielle fagkunnskaper til å utføre arbeidet.

fagforeninger (jf. dansk dom i UfR 1991, s. 903). Flere institusjoner og organisasjoner kan bli erstatningspliktige på grunnlag av reglene om profesjonsansvar.⁵ I tillegg til dette er det en almen oppfatning at banker og hvilken som helst finansinstitusjon hører inn under området til profesjonsansvar (jf. islandsk dom i Hrd. 1995, s. 453).

Av det foregående framgår tydelig at det er mer passende å bruke termen profesjonsansvar i en videre betydning enn som så at den bare omfatter bestemte fagområder innenfor de liberale erverv. Det er derfor mer korrekt å definere hvem som faller inn under dette området ved en innholdsmessig avgrensning enn ved å liste opp bestemte yrkesgrupper. Følgelig kan man si at profesjonsansvar berører dem som:⁶

- a) har fått en faglig/teoretisk utdanning og/eller trening innenfor gjeldende fagområde.
- b) har teoretiske kunnskaper og erfaring som er grunnlaget for deres konsulentvirksomhet eller arbeid angående oppgaven de har påtatt seg.
- c) tilbyr ekspertviten eller erfaring, vanligvis mot betaling.

Noen nevner også, at de som blir definert som at spesialister i denne sammenhengen, blir underkastet *codex eticus* hvor det stilles enda større krav enn etter den alminnelige samfunnsmoral. Endelig er det påpekt at de, som bærer profesjonsansvar, står vanligvis i en særstilling i samfunnet, underkastet bestemte lovbestemmelser, deres virksomhet krever offentlig autorisasjon eller er knyttet til anerkjente faglige organisasjoner.⁷ Til tross for at dette kan ha vært riktig før i tiden, er det innlysende, at ved å tolke profesjonsansvar vidt, slik utviklingen har vært de siste desennier, kan man ikke hevde, at de ovenfor nevnte momentene karakteriserer dem som bærer dette ansvaret i dag, selv om det ofte er tilfellet.

Den innholdsmessige avgrensningen ovenfor skal kun betraktes som veiledning.⁸ Avgrensningens nytte består først og fremmest i at den henviser til profesjonsansvarets kjerne: at den sakkyndige stiller sin spesialviten og erfaring til disposisjon, vanligvis mot betaling, men forårsaker skade knyttet til oppgaven den påtar seg. I denne sammenhengen er det snakk om at skaden enten skriver seg fra ufullkommen rådgivning fra den sakkyndiges side er eller de tiltak, den sakkyndige anbefaler og utfører, slår feil. Det nytte man har av den innholdsmessige avgrensning, drøftet ovenfor, innenfor profesjonsansvarets område, beror også på det faktum, at innenfor denne avgrensningen dukker også nye fagområder opp.

⁵ Jf. Stig Jørgensen, *Rettid*, 2001, s. 12 og Lars Bo Langsted, *Rådgivning, det professionelle erstatningsansvar*, s. 35.

⁶ Det er forskjellig hvilke momenter er beskrevet når begrepet forklares. Enkelte forfattere nevner flere punkter mens andre færre, jf. f. eks. Vibe Ulfbeck, *Erstatningsretlige grenseområder. Professionsansvar og produktansvar*, (2004), s. 3 og Stig Jørgensen og Torben Wanscher, *Professionelt ansvar i skandinavisk ret*, *Juristen*, 1967, s. 425 og 426.

⁷ Stig Jørgensen, *Et funksjonsbestemt professionsansvar*, *Rettid* 2001, s. 3-4. I artikkelen kan man se, at forfatteren begrenser profesjonsansvaret ikke ved dem som disse to punkter passer ved.

⁸ Se nærmere Stig Jørgensen, *Et funksjonsbestemt professionsansvar*, *Rettid* 2001, s. 1-5.

2.3 Profesjonsansvar og EUs servicedirektiv 2006/123/EC

Større krav om pålitelig arbeid og strengere skadeerstatningsansvar innenfor profesjonsansvaret skal ses i lys av, at på de fleste områdene, hvor det dreier seg mer om kontraktsansvar enn om ansvar utenfor kontrakter, har utviklingen innenfor lovgivningen vært på den samme måten.

Det kan i denne sammenheng henvises til diverse lovregler hvor det stilles større krav til dem, som yter tjenester, og til lovfestede regler om erstatning som fraviker det ansvar som har vært vanlig angående bruk av culperegelen på den tradisjonelle måten. Et godt eksempel finnes i lov om håndverkertjenester, nr. 42/2000, som gjelder om mindre entreprenørkontrakter. I loven blir det bygget på, at presumsjonsansvarsregelen er grunnlag for erstatningsansvaret, hvis forbrukeren lider tap på grunn av mangler ved tjenesten eller på grunn av forsinkelse fra entreprenørens side.

Det er grunn til å peke på at i EUs servicedirektiv (Services Directive 2006/123/EC) finnes det i V. kapittel diverse forskrifter som har til formål å forbedre den service, som faller inn under direktivet, bl.a. regler om offentlighet, og derved øke de krav forbrukeren kan stille overfor serviceyteren. I servicedirektivet er det gått ut fra, at hvert enkelt land kan kreve at de, som tilbyr en bestemt tjeneste, har ansvarsforsikring. Derimot finnes det i direktivet ingen regler om grunnlag for erstatningsansvaret på området. Den service, som det henvises til i denne sammenheng, er ifølge § 23. 1 i direktivet, service som har som følge risiko for tjenesteyterens eller tredje persons helse og sikkerhet eller kan ha som følge risiko for tjenesteyterens finansielle sikkerhet. Det er ingen særlig grunn til å tro at direktivet har en direkte innvirkning på utviklingen av regelverket om profesjonsansvar.

3. Hva innebærer de profesjonelles strenge erstatningsansvar?

3.1 Innledning

Som nevnt ovenfor, er profesjonsansvar ikke et objektivt erstatningsansvar. Derimot må man generelt gå ut i fra at culperegelen er grunnlaget for erstatningsansvaret.⁹ Her dreier det seg om en spesiell anvendelse av culperegelen, som medfører et strengere ansvar enn ellers ville ha vært. Man kan si at profesjonsansvar er et utvidet culpaansvar.¹⁰ På grunnlag av islandsk rettspraksis kan man f. eks. ikke dra den konklusjon, at regelen om presumsjonsansvar gjelder som ansvarsgrunnlag i slike saker. Noen forskere har pekt på at i spesielle tilfeller, dvs. når det eksisterer en kontraktsforbindelse mellom den profesjonelle og den skadelidte og når den profesjonelle arbeid er resultatforpliktet (resultatforpliktelse), men dreier sig ikke kun om å yte et faglig og

⁹ Mads Bryde Andersen, Advokatretten, (2005), s. 751, hvor han kun behandler advokater.

¹⁰ Jf. Vibe Ulfbek, Erstatningsrettlige grænseområder, Professionsansvar og produktansvar, s. 16 – 17.

godt arbeid (innsatsforpliktelse), og hvis den sakkyndige ikke imøtekommer disse kravene, kan det være anledning til å anvende reglen om presumsjonsansvar.¹¹

Disse to elementene, på den ene siden arbeidet hvor et bestemt resultat er påkrevd og på den annen faglig og god arbeidsinnsats, kan man på grunn av bidragets ramme ikke drøfte nærmere her. Likevel må det nevnes, at det er innlysende at når den sakkyndiges arbeidsoppgave er resultatforpliktet, skal det stilles andre krav ved vurdering om et eventuelt erstatningsansvar. Et eksempel på en resultatorientert arbeidsoppgave er når den sakkyndige skal tegne hus, regne husets bæreevne eller foreskrive bruk av armeringsjern til golvet i huset slik kravene om husets bæreevne blir oppfylt. I andre tilfeller har den profesjonelle et større spillerom enn i det første tilfellet. Det gjelder f.eks. størsteparten av advokaters arbeidsoppgaver, f. eks. deres rådgivervirksomhet, hvor enkelte elementer er uklare og kan ha innvirkning på resultatet, f. eks. er avhengig av valutakurs, markedets utvikling og uklare saksforløp, som eventuelt ikke blir oppklart før ved hovedforhandlingen i saken.

3.2 Oversikt over anvendelse av culperegelen i saker om profesjonsansvar

Den spesielle anvendelse av culperegelen innenfor profesjonsansvarets område innebærer følgende:

For det første blir det stilt større krav til metodene, rent objektivt sett, dvs. større krav om at den profesjonelle viser større varsomhet og større omhu i sin atferd enn vanligvis blir stilt.

For det annet blir det stilt større krav til at den sakkyndige forstår eller forutser det som ville bli konsekvensen av dens atferd. En slik bedømmelse bygger ofte på et subjektivt skjønn, dvs. på den enkeltes skadevillers forhold eller kunnskaper, f. eks. hvis den har eller hevder å ha spesialviten eller erfaring og av den grunn er bedre i stand til å forstå at hans/hennes atferd kunne lede til skade.

For det tredje brukes bevisregler på den måten, at det ofte stilles mindre krav til bevisbyrden til fordel for den skadelidte. En slik fremgangsmåte fører ofte til et strengere ansvar enn følger av de alminnelige reglene.

For det fjerde er det blitt påpekt at reglene om den skadelidtes medansvar anvendes på en slik måte at det sjeldnere medfører et den får bære en del av sitt tap en ville følge av alminnelige regler.

Nedenfor vil disse fire punktene bli diskutert hver for seg.

3.3 Større krav om pålitelig arbeid

Profesjonsansvar bygger på den tanken at det kan stilles større krav til pålitelig arbeid og omhu fra en sakkyndig enn fra andre. Dette gjelder både de krav, som kan stilles

¹¹ Jf. f.eks. Vibe Ullbeck, Erstatningsrettlige grænseområder. Professionsansvar og produktansvar, s. 15 og Morten Samuelsson og Kjeld Søgaard, Rådgiveransvaret, s. 22 - 23, som dog mener at culperegelen skal være ansvarsgrunnlaget i slike tilfeller.

til dens forberedelser til det rådgivende arbeid, om arbeidets innhold og om selve utførelsen av arbeidet på grunn av rådgivningen, etter at klienten har bestemt seg for at arbeidet skal utføres. Strengere krav om pålitelig arbeid fra den sakkyndiges side har ofte støtte i lovverket, knyttet til vedkommende fagområde, men noen ganger skriver kravene seg fra andre regler, f. eks. fra codex eticus på det fagområde den sakkyndige tilhører. Og til tross for at slike skrevne bransjenormer ikke finnes, blir det stilt større krav til den sakkyndiges omhu og arbeidsmetoder og i tillegg er det gått ut fra at den sakkyndige er habil innenfor sitt fagområde.¹²

I islandsk lovverk finnes det noen antydninger om, at det er berettiget å stille store krav til de sakkyndiges arbeidsmetoder. Nedenfor blir det nevnt noen eksempler på dette.

I § 7-2 i revisorloven nr. 18/1997 heter det:

“Revisorer skal utøve sin virksomhet med omhu og aktsomhet i alle henseender og rette seg etter lov og regler som knytter seg til deres fag.”

I § 15 i loven om salg av fast eiendom, foretak, bedrifter og skip nr. 99/2004, heter det:

„Eiendomsmekler skal på alle områder utøve sin virksomhet i samsvar med god forretningsskikk. Eiendomsmekleren skal hjelpe begge parter, både selger og kjøper, og sikre deres lovmessige interesser. Eiendomsmekleren skal sørge for at klienten i kontrakter ikke blir stilt overfor ulovlige, urimelige eller uberettigede avtalevilkår.”

I § 18 i loven om advokater nr. 77/1998 heter det:

„Advokater skal på alle områder utøve det arbeid, de er betrodd, av aktsomhet og bruke alle lovlige midler for å beskytte alle lovmessige interesser til klientene deres.”

I § 9-1 i loven om leger nr. 53/1988 heter det:

„Legen skal utøve sitt arbeid på alle områder av omhu og aktsomhet, holde sin faglige viten ved like og rette seg til fulle etter den.”

I samme lov § 11-1 heter det:

„Legen bør vise aktsomhet og nøyaktighet når han utsteder attester og andre legeerklæringer. Han skal kun attestere det han vet er sant og kan bevises.”

I § 11 i loven om farmakologer nr. 35/1978 heter det:

„Farmakologer, assisterende farmakologer og apotekere skal i sitt yrke vise største aktsomhet, samvittighet, troskap og omhu på alle områder.”

I § 28 i loven om salg av forsikringer nr. 32/2005 finnes det bestemmelser om god forretningsskikk og sedvane hvor det heter:

„Forsikringsmekler skal drive sin virksomhet i samsvar med god forretningsskikk og sedvane innenfor forsikringsbransjen og med forsikringstakeren og de forsikrede i tankene. Hvis det ikke blir oppfylt skal Finanstilsynet gi instruksjoner om at det rettes på som er gått galt.”

¹² Vibe Ulfbeck, Erstatningsrettslige grænseområder, professionsansvar og produktansvar, s. 16.

I kapittel to i lov om kjøp og salg av verdipapirer nr. 108/2007 finnes det noen instruksjoner om rettigheter og plikter til dem som driver salg av verdipapirer. Mange instruksene handler om plikt til dem, som driver salg av verdipapirer, til å drive sitt arbeid i samsvar med alminnelig og sunn forretningsskikk og gi klienten klare opplysninger. I lovens § 18 heter det f. eks. slik:

„Når et finansfirma gir veiledning om kjøp og salg, skal det sikre best mulig resultat for sine klienter hva angår priser, omkostninger, tid, sannsynligheten av realisasjon av forretningen, omfang, karakter og andre viktige momenter. Hvis klienten derimot krever en bestemt fremgangsmåte skal hans/hennes ønske etterkommes.

Det kan også påpekes at i lov om kjøp og salg av verdipapirer på nettet nr. 33/2005 finnes det instruksjoner om opplysningsplikt.

Av nevnte eksempler kan man konstatere, at av og til finnes det direkte støtte i lovverket for å stille store krav om påpasselighet i arbeidsmetoder og til faglig viten hos de yrkesgrupper som hører inn under loven.

Som tidligere nevnt finnes det av og til retningslinjer om gode arbeidsmetoder for bestemte yrkesgrupper i normer gjeldene for disse yrkesgruppene. Som eksempel på yrkesgrupper, som har lovfestet slike kodekser, kan nevnes advokater, leger, eiendomsmeglere og revisorer.

Slike kodifiserte regler i lovverket eller i andre bindende forskrifter har de siste desennier påvirket culpavurderingen som i stadig større grad har vært basert på objektive retningslinjer. Det innebærer bl.a. at man ser det stadig sjeldnere nødvendig å ta opp til en særlig vurdering den subjektive holdning til den som forårsaker skaden. I stedet ser man det slik, at hvis skaden skriver seg fra brudd på kodifiserte regler, som skal etterkommes, er ikke kun culparegelens objektive krav oppfylt, men også de subjektive kravene.¹³

Domstoler har i noen tilfeller også stilt større krav til de sakkyndige enn kun å følge de lov og regler som gjelder innenfor deres yrkesområde. Eksempler på dette finnes i islandsk høyesterettsdom av 1996 (Hrd. 1996, s. 2466):

Eiendomsmekler tok på seg å selge eiendom som var pantsatt til over pipa og hvor avbetaling av de fleste pantelånene var misligholdt. Kjøperne skulle overta en del av pantelånene i samsvar med kontrakt mellom kjøper og selger. I samsvar med gjeldende lovbestemmelser skulle eiendomsmekleren regne om disse lånene. En del av pantelånene skulle selgerne betale innen en bestemt dato flytte lånene av eiendommen. I samsvar med gjeldene lov hadde eiendomsmekleren ikke plikt til å regne om de lån. Selgerne oppfylte ikke sin plikt å betale lånene eller flytte dem i tide. Kjøperne påsto at de hadde lidt store tap og tok ut stevning mot eiendomsmekleren for å kreve erstatning. I høyesterettsdommen heter det, at til tross for at det ikke var direkte nevnt i loven, skulle eiendomsmekleren med hensyn til omstendighetene ved kjøpet også ha regnet om de pantelånene som selgerne skulle betale eller flytte. Eiendomsmeklerens forsømmelse resulterte i at han ble dømt erstatningsansvarlig. Han ble derimot

¹³ Se f. eks. Lars Bo Langsted, Rådgivning, det professionelle erstatningsansvar, s. 265 o.v.

frifunnet fra kravet om erstatning, siden kjøperne ikke kunne påvise at de hadde lidt tap, men også med hensyn til at de hadde brukt eiendommen i tre og et halvt år før den ble solgt på tvangsauksjon.

Som nevnt før, er spesialkunnskaper og trening et av de fundamentene profesjonsansvar bygger på. Følgelig skal regler om et slikt ansvar ikke tas i bruk, med mindre man i realiteten er i ferd med å gi spesialistrådgivning eller faglig tjeneste. Det er derfor ikke sikkert at det kan stilles like store krav om ansvar når et medlem i en fagforening snakker med alminnelig funksjonær i fagforeningen og ber om rådgivning angående skatteregler.¹⁴ Når spesialistrådgivning og annen faglig bistand blir gitt som vennskapstjeneste og uten å bli betalt for, gjelder vanligvis ikke de strenge reglene om erstatningsansvar, til tross for at tjenesten er ytet av en sakkyndig.¹⁵ Det er tvert i mot sannsynlig at domstolene ville i en slik situasjon akseptere et større spillerom for feil fra den sakkyndiges side.

3.4 Forskjellige krav angående den subjektive vurdering

Det stilles større krav til de profesjonelle om deres faglige ekspertise enn til andre yrkesgrupper og om at de forstår bedre enn andre de skader deres arbeid kan forårsake. Eksempler på dette finnes i en islandsk dom i Hrd. 1996, s. 3178:

K og M solgte deres eiendom til en person. De fikk kjøperens eiendom i make-skifte. Eiendommen de solgte var stort sett uten pantehefte men eiendommen de fikk i stedet var pantsatt. Deres avtalepartner (G) var i finansielle vanskeligheter og åpenbart at eiendommen, de fikk, kunne ikke bære mer enn 2/3 deler av pantelånene den var pantsatt for. G kunne ikke betale de pantelån, han var forpliktet til og handelen førte til store tap for K og M. De anla en erstatningssak mot eiendomsmeklerne og eiendomsmeglerfirmaet som forhandlede avtalen. Dommen mente at eiendomsmekleren, som hadde tatt seg av forretningen, hadde forsømt sine plikter overfor K og M og ikke advart de to mot å gjøre denne forretningen, til tross for at han måtte vite at G ikke kunne oppfylle sine plikter. Eiendomsmekleren hadde bl.a. trodd på Gs erklæring om, at han ventet arv, uten å undersøke det nøyere, noe som viste seg ikke å være tilfellet. I rettens begrunnelse heter det bl. a. angående vurderingen av eiendomsmeklerens straffeskyldighet:

„Eiendomsmekleren så elle skulle sett at det ville være meget vanskelig [for G] å oppfylle kjøpeavtalen. Bortsett fra de saksøkte regnet opp pantelånene utover det kjøpeavtalen foreskrev eller ikke, måtte de som erfarne fagfolk innse at forretningen innebar stor risiko for saksøkerne. Det har ikke vært ført bevis for at de saksøkte har gjort dette klart nok for saksøkerne.” Eiendomsmeklerne og eiendomsmeglerfirmaet ble dømt til erstatning av skaden K og M hadde lidt.

¹⁴ Jan Kleinemann, Rådgivares informationsansvar, SvJt 1998, s. 185-211, se s. 194.

¹⁵ Gertrud Lennander, Kontoristen Wiczén med medskick på Solvalla, Rättsfall att minnas, (1997), s. 141-151.

Det som her er blitt sagt, kan også gjelde om dem, som har ansvar for utførelsen av diverse arbeid og forretningsdrift og kjenner godt den risiko som knytter seg til et slikt arbeid.

Som tidligere nevnt, må man også anse, at når man yter et rådgivende arbeid uten betaling, f.eks. som vennskapstjeneste eller rådgir slektninger, venner o.s.v., kan det stilles mindre krav til bedømmelsen av hans/hennes atferd angående rådgivningen er straffbar. Det ville følgelig bli stilt mindre krav enn til dem, som har sitt levebrød av å rådgi og mottar betaling for sitt arbeid.¹⁶

I fortsetningen kan man spørre om det allment skal ha innvirkning på bedømmelsen av skyld, at tjenesten til den sakkyndige blir betalt for eller om betalingens størrelse skal ha betydning. Som svar på dette spørsmål kan det sies at betalingens størrelse ikke skal ha innvirkning på culpavurderingen og ei heller om det blir betalt for tjenesten. I fleste de tilfellene, når en faglig bistand er gitt, er det tvilsomt, at en lav betaling eller ingen betaling fritar den sakkyndige fra sin plikt til å yte et faglig og godt arbeid slik han skal. Det samme gjelder når den sakkyndiges arbeidsoppgave er resultatorientert. I det tilfellet er det tvilsomt at klienten skal nøyes med et dårligere resultat enn andre har krav på.¹⁷

Den synes f. eks. ikke å ha spilt noen som helst rolle angående de krav som ble stilt til eiendomsmekleren i islandsk dom i Hrd. 1995, s. 1692, endog vedkommende kun fikk lav betaling for arbeidet sitt og som kun svarede til en rimelig betaling for dokumentskriving og som vedkommende hevdet var hans eneste forpliktelse i saken. Sakens forløp var som følger:

To menn tok kontakt med en advokat i Reykjavik og ba ham å ta seg av salg av den enes fiskebåt og båten kvote til den annen. På det tidspunkt var det ikke tillatt å selge kvote til islandske fiskefartøyer. Dog hadde det islandske Alting vedtatt lov, hvor det var tillatt å selge kvote på et bestemt senere tidspunkt. De to mennene var blitt enige om at salget av fiskebåten skulle annulleres på et senere tidspunkt og kjøperen beholde fiskekvoten men levere båten tilbake, fordi det var først og fremmest kvoten han var interessert i. Ingen skriftlig kontrakt ble undertegnet om de oppgavene advokaten skulle ta seg av. Han mente selv at han skulle bare skrive salgsdokumentene men at det ikke var hans plikt at undersøke om båten pantelån var korrekt registrert eller om lånene var misligholdt og heller ikke om noen vanskeligheter knyttet seg til avleveringen av båten. Kjøper betalte en del av kjøpesummen ved kontraktens underskrift. Senere viste det seg at båten var mer pantsatt enn selger hadde opplyst. Videre var båten i slipp til reparasjon og slippeieren nyttet seg av retensjonsrett i båten på grunn av ubetalte reparasjonskostnader. Båten ble siden solgt på tvangsauksjon. Kjøperen mente at han hadde tapt store pengesummer og anla sak mot advokaten og gjorde krav om erstatning for sitt tap. Advokaten krevde full frifinnelse og bygget kravet bl. a. på at han hadde kun påtatt seg å forfatte salgsdokumentene i en handel hvor selger og kjøper var i forveien blitt enige om fremgangsmåten. Advokaten mente at han ikke

¹⁶ A. Vinding Kruse, Erstatningsretten, (1989), s. 104.

¹⁷ Lars Bo Langsted, Rådgivning – det profesjonelle erstatningsansvar, s. 162.

skulle undersøke om pantegjeld eller om kjøpet kunne realiseres. For å bevise sin påstand pekte han bl. a. på at hans godtgjørelse var meget lav og i samsvar med hans påstand om at han utelukkende skulle forberede salgsdokumentene og ikke ta seg av annet. Høyesterett mente at advokaten ikke hadde lykkes å føre bevis for at oppgaven hans kun var å forfatte salgsdokumentene. Han skulle følgelig tatt seg av å sørge for alle nødvendige opplysninger om båten, pantelån, om det var hefte på at kjøpet kunne realiseres og om noen lovbestemmelser hindret kjøpets fremgang. Advokaten hadde ikke lyktes å føre fram disse bevisene, han hadde begått culpøs forsømmelse og han skulle erstatte de skadene kjøperen var blitt pådradd ved kjøpet.

Dommen er tydeligvis bygget på det syn at godtgjørelsens størrelse ikke skal virke inn på advokatens ansvar hva angår faglig arbeid og gode arbeidsmetoder. Det samme gjelder når en advokat, som mener han ikke har gjort et skikkelig arbeid, bestemmer seg for ikke å kreve salær. Et slikt valg fra hans side skal ikke ha innvirkning på klientens rett til erstatning. Resultatet av denne konklusjonen er, at kjøpeovens syn på at kjøpesum påvirker de krav kjøper kan stille til utstyr og karakter til det som blir solgt, ikke gjelder på profesjonansvarets område.¹⁸

3.5 Anvendelse av bevisregler

Innledning

Ovenfor blir det nevnt, at et av det som karakteriserer bruk av culperegelen, når man vurderer de profesjonelles erstatningsansvar, er at bevisreglene blir brukt på en spesiell måte til fordel for den skadelidte. Av den grunn er det nødvendig å nevne noen punkter som knytter seg til denne spesielle bruken av bevisregler, når regler om profesjonsansvar blir brukt.

Den skadelidte må vanligvis bevise at han er blitt pådradd skade, som medfører et bestemt tap, og skriver seg fra skadevollerens culpøse atferd til skadevoller og at årsakssammenheng er mellom denne atferd og skaden. Denne hovedregel gjelder også i prinsippet innenfor profesjonsansvar, jf. f.eks. islandsk dom i:

Hrd. 1999, s. 905.

Dyrlege G ble bedt om å gi en rasehest vitamin med sprøyte. Hesten skulle gå til en hesteutstilling. Hesten døde kort tid etter innsprøytingen. Hesten var eid av K. Dyrlegen ble frifunnet av Ks krav om erstatning for skade, knyttet til hestens død. Dommen mente at K ikke hadde kunnet bevise dødeårsaken til hesten, men at det var hans plikt, og at det ikke var grunn til å fravike den generelle regel om at den skadelidte skulle føre en slik bevis. Dommen mente videre at K ikke hadde kunnet bevise at hesten døde på den måte at det ledet til erstatningsansvar for G.

¹⁸ Hva angår disse synspunktene kan henvises til: Ólafur Lárusson. *Kaflar úr kröfuretti*, (1965), s. 84.

I begrunnelsen for dommen i Høyesterett heter det bl.a.:

„Ifølge det som er blitt sagt ovenfor, synes det ikke å være grunn til at man skal fravike den allmenne regelen, at den skadelidte skal føre bevis for at skaden skriver seg fra en situasjon som leder til erstatningsansvar.”

Av dette sitatets ordføring må man anta, at det kan oppstå den situasjon, at den allmenne regelen, som ble sitert, kan fravikes. Man kan anta at slike fravikelser især kan finne sted på profesjonsansvarets område hvor det anses å være den sakkyndiges plikt å sikre bevismateriale vedrørende sakens forløp og ta vare på det materiale som kan medvirke til å kaste lys over skaden og sakens forløp.

Blir regelen om presumsjonsansvar anvendt innenfor profesjonsansvarets område?

Svaret på dette spørsmål må generelt sett være negativt. Dette behøver ikke noen spesiell argumentasjon. Meningsforskjellene angår først og fremmest, om - og da i hvilke tilfeller-regelen om presumsjonsansvar kan brukes innenfor profesjonsansvarets område. Kort sagt kan man si, at det er mest opplagt når en sakkyndig har påtatt seg en resultatforpliktet oppgave, f.eks. en ingeniør som skal regne ut bæreevne til et hus eller konstruere et tak og dets utforming. Hvis golvet begynner å synke eller det oppstår lekkasje i taket, som ingeniøren har konstruert, må man spørre om bevisbyrden til den skadelidte. Blir det nødvendig for ham å føre bevis for at golvet formendring eller lekkasjen i taket skriver seg fra at ingeniøren ikke har gjort et godt og faglig arbeid og muligvis ikke arbeidet i samsvar med gjeldende regler? Eller er det tilstrekkelig for den skadelidte å peke på golvet formendring eller lekkasjen i taket og påstå, at det må skrive seg fra at ingeniøren har arbeidet sjusket og uordentlig - og da blir det ingeniøren som har bevisbyrden for at han ikke har utført sitt arbeide på en culpøs måte?

I dansk rettspraksis kan det nevnes eksempler på at regelen om presumsjonsansvaret er brukt innenfor profesjonsansvarets område, jfr. f.eks.:

UfR 1989, s. 665.

En nokså voluminøs kvinne (80 kg) ble operert i livmoren på et sykehus. Under operasjonen ble en urin-catheter sydd fast til bekkenet. Det resulterte i at konen ble pådratt nokså store skader. Det ene av hennes nyre ble ødelagt og måtte fjernes o.s.v. Man anså at selve operasjonen ble utført på en korrekt måte. Til tross for det ville resultatet kunne bli utilfredsstillende ofte på grunn av biologiske årsaker. Man anså at kvinnens vekt hadde økt risikoen ved operasjonen. Det var ikke opplyst i saken hva som hadde gått galt. Dommen mente at hvis legen hadde vist tilstrekkelig nok varsomhet ville operasjonen ikke ha hatt de alvorlige konsekvensene og dømte sykehuset til å bære erstatningsansvaret.

Selv om det knapt kan være tvil om, at en dommer kan, på grunnlag av prinsippet om dommerens frie bevisbedømmelse, bestemme at bevisbyrden skal ligge hos skadevolderen, jf. § 44,1 i rettspleieloven nr. 91/1991, kan man kun tenke sig at det gjøres i meget spesielle saker. Samme innstilling synes at være i dansk rettspraksis.¹⁹

Hva angår andre oppgaver til de sakkyndige enn dem som blir ansett resultatorientert, er det enda mer usannsynlig at regelen om presumsjonsansvar blir brukt.

Bevis på arbeidets omfang

Som tidligere nevnt, er det gang på gang slått fast i islandsk rettspraksis, at det påhviler den profesjonelle å føre fram bevis for hvilket arbeid den har påtatt seg på klientens vegne. I noen tilfeller er det lovfestet å undertegne kontrakt hvor der fremkommer hva som skal utføres, jf. § 9 i loven om salg av fast eiendom, bedrifter og skip nr. 99/2004.

Påbudet i loven om å undertegne kontrakt hviler på den autoriserte eiendomsmekleren. I andre tilfeller må man også anta, at det hviler på den sakkyndige å sikre bevis på hvilket arbeid han skal utføre, jf. Hrd. 1995, s. 1692, og enn videre at han vil kreve betaling for det utførte arbeidet, jf. Hrd. 1988, s. 1367.

Fravikelse for krav om bevis for sakens forløp

Den hovedregel gjelder også innenfor profesjonsansvarets område, at den skadelidte må føre bevis for, at sakens forløp har vært slik at han har lidt skade på grunn av skadevolderens atferd og at denne atferd var culpøs. Noen eksempler er dog på, at man har veket fra denne hovedregelen og det ikke kun på profesjonsansvarets området, jf. Hrd. 2000, s. 3359. Fravikelsene knytter seg bl. a. til, at det har vært bygget på den skadelidtes påstand om sakens forløp. Det må anses å være riktig å tolke bevisbyrden på denne måten, spesielt i de tilfeller den sakkyndige ikke har tatt vare på dokumenter, han skulle tatt vare på, og derfor selv ikke sikret de bevis som kan kreves fra hans side. Som eksempel kan nevnes Hrd. 1989, s. 131 og Hrd. 1999, s. 1310. I disse tilfellene har man ment å kunne gå med på, at erstatningsplikten var til stede, når den skadelidte framla indisier på sakens forløp, men har likevel ikke ført bevis på, hvilken atferd til den profesjonelle forårsaket den strafskyldige atferd.²⁰

¹⁹ Lars Bo Langsted, Bevisvurdering i sager om professionelt ansvar – med særlig henblik på advokat- og revisorbranchen, i boken Erstatning – en antologi, (2006), s. 123. I Vibe Ulfbecks bok, Erstatningsretlige grænseområder. Professionsansvar og produktansvar, s. 15, hvor forfatteren sier at når det er en avtale mellom den profesjonelle og den skadelidte og når oppgaven er resultatforpliktet kan det ventes at regelen om presumsjonsansvar blir anvendt om den profesjonelles erstatningsansvar.

²⁰ Se om leger, Oliver Talevski, Bevisbyrden i sager om lægers erstatningsansvar, Juristen 1. tbl. 1990, s. 1 - 15, spesielt s. 7, og Jón Steinar Gunnlaugsson, Um sönnunarbyrði i málum er varða skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrahustofnana, Tímarit lögfræðinga, 3. hefte 1995, s. 213 - 216.

Fravikelse fra bevisbyrden om årsakssammenheng

Det finnes mange eksempler på at man fraviker hovedregelen om at den skadelidte skal føre bevis for at det eksisterer årsakssammenheng mellom den erstatningspliktige atferd og hans tap, spesielt innenfor profesjonsansvarets område. Det er dog uten noen tvil, at på det området gjelder også hovedregelen om at den skadelidte bærer bevisbyrden for disse momentene, jf. f. eks. Hrd. 1996, s. 2626 og Hrd. 2005, s. 2440. I den siste dommen blir det påpekt, at skaden synes å skrive seg fra et ufullstendig arbeid fra den skadelidtes forhandlingspartner, ikke fra fremgangsmåten til eiendomslekteren som gjennomgikk kjøpet og bar ansvaret.

Domstolene har imidlertid i noen tilfeller minsket kravene om bevis om årsakssammenheng. Denne fremgangsmåten om anvendelse av bevisregler i den skadelidtes favør er ikke uvanlige i saker gjeldende erstatningsansvar hos leger og sykehus.²¹ Eksempler på dette finnes i Hrd. 1989, s. 131.

I denne sak strides det om den islandske stats erstatningsansvar i samband med hjemeskade på en dreng, S, han ble pådratt i fødselen som foregikk på et rikssykehus. Skadene forvoldt drengen 100% invaliditet. Dommen mente at noteringer i fødeklinikkens sykejournal på et bestemt tidspunkt var meget mangelfulle. Det ble også opplyst at utskrift på papir fra en automatisk skriver, koblet til moren, var gått tapt. Utskriften innholdt verdifulle opplysninger om saksforløpet. Dommen mente at opplysninger fra personalets side ikke ga den informasjon som manglet. I dommen til Høyesterett heter det: „Den ankende part [staten] skal bære erstatningsansvar på grunn av manglende bevis på utviklingen under fødselen som forårsaket at drengen ble født med de hjemeskader, beskrevet i dom til herredsretten. Herredsrettens dom stadfestes og erstatningsansvaret blir lagt på den ankende part [...]”

I denne sak var situasjonen den, at det er blitt ført bevis på skade og at den skadelidte har påvist at sykehusets personale har begått culpøs forsømmelse vedrørende registrering av opplysninger og sikring av dokumenter av stor verdi for opplysning om saksforløpet. Under slike forhold ble bevisbyrden i saken vendt om. Det kan ikke hevdes at regelen om presumsjonsansvar blir brukt, men bevisbyrden for at skaden er en følge av personalets forsømmelse er vendt om.

Andre eksempler om tilfeller hvor bevisbyrden for årsakssammenheng mellom culpøs handling og skaden blir vendt om er Hrd. 1995, s. 989 og Hrd. 1999, s. 1310.

Denne bruken av bevisregelen har, i det minste i islandsk rettspraksis, ikke kun vært begrenset til saker knyttet til erstatningskrav for personskade rettet mot leger

²¹ Oliver Talevski, Bevisbyrde i saker om lægers bevisbyrde, *Juristen* 1. tbl. 1990, s. 7 - 12. Om islandsk rett henvises til: Jón Steinar Gunnlaugsson, Um sönnunarbyrði í málum er varða skaðabótaábyrgð lækna og sjúkrastofnana, *Tímarit lögfræðinga* 3. hefte 1995, s. 213 – 216. Forfatteren henviser i sin artikkel til tre dommer hvor denne bevisbedømmelsen er anvendt. Dommene er Hrd. 1987, s. 1168, Hrd. 1992, s. 2122 og Hrd. 1995, s. 989.

og helseinstitusjoner. Det finnes også eksempler på at bevisbyrden om årsakssammenheng er blitt vendt om, når skadeerstatningskravene er rettet mot andre sakkynndige, hvis de samme krav er blitt oppfylt, jf. f. eks.

Hrd. 2001, s. 244

Advokaten A hadde påtatt seg å føre sak for P mot Ps arbeidsgiver. Saken knyttet seg til et ulykkestilfelle. Advokaten sluttet å arbeide og hans partner, B, overtok As arbeidsoppgaver, bl.a. Ps sak. Arbeidsgiveren som hadde nektet å bære noen erstatningsskyld, gikk konkurs. Ps krav i arbeidsgiverens konkursbo ble ikke beskrevet på en korrekt måte. Det var uklart om Ps krav ville blitt godkjent og betalt av konkursboet eller av statens garantifond. Retten mente at advokatene, A og B, hadde gjort seg skyldige i passivitet og at hvis de hadde anlagt Ps sak korrekt i henhold til loven, ville P muligvis ha fått noen erstatning. Høyesterett mente, at i lys av sakens forløp skulle A og B bære skylden, siden det ville vært uklart om P ville ha fått erstatning eller ikke. Advokatene ble siden dømt til å betale erstatning til P.

Den særlige bruk av bevisregelen i denne sak beror på, at da den skadelidte hadde ført bevis for at advokatene hadde vist culpøs atferd og lagt fram indisier på at advokatene var skyld i skaden, ble bevisbyrden om årsakssammenheng på det tidspunkt vendt om på den måten, at advokatene måtte bære risikoen for at det var uklart om den skadelidte ville ha fått erstatning eller ikke.

3.6 Regler om den skadelidtes medansvar

Regler innenfor erstatningsretten angående den skadelidtes medansvar, innebærer, at den må nøyes med at deres rett til erstatning blir begrenset eller den faller bort, hvis de er medskyldig i at skaden oppstår. Her drøftes kun begrensning i retten til erstatning på grunnlag av reglene om skadelidtes medansvar, men ikke på grunn av accept av risiko.

Det er en allmenn oppfatning, at den skadelidtes medansvar skal lede til begrensning på hans/hennes rett til erstatning, bortsett fra det er på grunn av egen skyld eller av andre årsaker.²² I mer alvorlige saker fører reglene om skadelidtes medansvar til, at hans krav til erstatning bortfaller helt og holdent. Vurdering av skadelidtes medansvar, som skriver seg fra dens uaktsomhet, fastsettelse av hvilke rettsvirkninger den skal ha, skjer ved sammenlikning av skadevollerens skyldgrad, dvs. her den profesjonelles, og skyldgraden hos den skadelidte, bortsett fra om den er en klient til den profesjonelle eller det dreier seg om tredje person.

Når man har i tankene at den sakkyndige er underlagt meget strenge krav ved vurdering av hans/hennes skyld, både hva angår rent subjektivt viten og om utførelsen av det faglige arbeid objektivt sett, mens den skadelidtes skyldgrad blir vurdert mer allment.

²² A. Vinding Kruse, Erstatningsretten, s. 319.

Konklusjonen av dette blir, at den skadelidtes medansvar kun blir aktuelt i de tilfeller den har vist en grov forsømmelse.²³ Dette leder til, at profesjonsansvar blir strengere enn ansvaret ellers ville ha blitt, fordi det skal mer til for å flytte ansvar fra den profesjonelle til den skadelidte ifølge reglene om den skadelidtes medansvar.

4. Avtaler om fraskrivelse fra erstatningsansvar

4.1 Avgrensning

Når man drøfter fraskrivelse fra erstatningsansvar i dette bidrag, henvises det kun til avgrensningen av den profesjonelles erstatningsansvar, den har forhandlet om eller selv erklært ensidig. Følgelig blir ikke drøftet den typen begrensning av erstatningsansvar, den profesjonelle kan oppnå ved å tegne forsikring og flytte på den måten ansvaret delvis eller i sin helhet til forsikringsselskapet. Ei heller blir drøftet den ansvarsbegrensning, den profesjonelle kan forhandle om ved å begrense sin oppgave og dermed fraskrive sig ansvar på skader som oppstår på grunn av andre forhold enn dem han skulle ta seg av. Det er helt åpenbart, at den sakkyndige kan avgrense sitt ansvar ved å undertegne slike avtaler, men det påhviler ham å føre bevis for at det er blitt enighet om avgrensning på de oppgavene han skulle ta seg av, jf. Hrd. 1995, s. 1692, som ble drøftet ovenfor.

I lys av denne avgrensningen kan man tenke seg, at en slik kontrakt om fraskrivelse av erstatningsansvaret knytter seg til tre momenter: For det første en ansvarsbegrensning som vedrører ansvarsgrunnlaget, dvs. som innebærer at den profesjonelle bare er erstatningsansvarlig hvis skader er forårsaket av grov uaktsomhet eller forsett. For det annet kan avgrensningen innebære at erstatningen er begrenset til et bestemt beløp, slik at skader der overskrider beløpet påfaller den skadelidte. For det tredje kan det være snakk om at erstatningsansvaret ikke dekker bestemte typer av skader, f. eks. ikke indirekte tap.

De overveielser som følger her av omfatter i og for sig alle de ovenfornevnte begrensninger på ansvaret. Men det skal dog påpekes at den siste av de tre spiller trolig ingen stor rolle her, til tross for at den har stor betydning i visse kontraktsformer.

4.2 Hovedregelen

Av prinsippet om avtalefrihet i nordisk rett, framgår, at den profesjonelle har hjemmel til med avtale å begrense sitt erstatningsansvar for skader han forvolder i sitt yrke. Den profesjonelle har bl. a. rett til å bestemme innholdet i de avtaler den inngår på den måte at hans/hennes ansvar er begrenset.²⁴

²³ Se f.eks. Vibe Ullbeck, Erstatningsrettslige grænseområder. Professionsansvar og produktansvar, s. 24 – 25.

²⁴ Om den generelle hjemmel til å begrense sitt erstatningsansvar med avtale om ansvarsfraskrivelse kan henvises til J. Günther Petersen, Ansvarsfraskrivelse. (1957), s. 28 og Bernhard Gomard, Obligationsret, 2. del, (2003), s. 232.

Hvis man går ut i fra, at prinsippet om avtalefrihet medfører den profesjonelles rett til at fraskrive sig ansvar med avtale innebærer det, at begrensninger i denne frihet må enten ha støtte i lov eller i tungtveiende argumenter som rekker til at prinsippet blir satt til side. Innen profesjonsansvarets område finnes det viktige begrensninger i friheten til å fraskrive sig ansvar, som delvis har støtte i lov men delvis i slike argumenter. Nedenfor blir det gjort rede for disse begrensningene. I den redegjørelse bør man huske, at i noen tilfeller kan det være større spillerom til å forhandle om begrensning i erstatningsbeløpet enn til å forhandle om erstatningsansvares grunnlag.²⁵

4.3 Gjelder den profesjonelles fraskrivelse av erstatningsansvar kun overfor dens klient eller også overfor tredje person?

Før avgrensninger på hovedregelen om frihet for å forhandle om unntak fra den profesjonelles erstatningsansvar blir behandlet, er det nødvendig å henlede oppmerksomheten på at ansvarsfraskrivelse må behandles på forskjellig måte, beroende på, om den profesjonelles klient har lidt skade eller en tredje person. Selv om f. eks. selger av fast eiendom har engasjert en eiendomsmekler til å selge eiendommen og selgeren har i en kontrakt gitt sitt bindende samtykke til at eiendomsmeklerens erstatningsansvar f. eks. blir begrenset til det dobbelte honoraret til eiendomsmekleren, betyr det ikke, at kjøperen, som eventuelt blir pådratt skade ved kjøpet, behøver å nøye seg med en slik begrensning. Generelt sett blir kjøperen ikke er bundet av en slik avtale mellom selger og eiendomsmekler, og skal følgelig ikke måtte tåle en slik begrensning på sin rett til erstatning. Man må gå ut i fra, at tredje person skal vite om og gi sitt samtykke, direkte eller indirekte, til en slik ansvarsfraskrivelse for at den blir gyldig overfor han/henne.

4.4 Begrensninger på den profesjonelles hjemmel til å forhandle om ansvarsfraskrivelse.

Begrensning som leder av skadens karakter

For at den profesjonelles klient kan, helt eller delvis, gi avkall på hans/hennes rett til erstatning for tap, forvoldt av den profesjonelle, skal klienten ha rett til å disponere over de interesser den gir avkall på. Dette innebærer at den ikke kan gi avkall på retten til erstatning for tap på andres interesser, med mindre den har fullmakt til det, jf. ovenfor. Dette innebærer også, at klienten ikke kan gi avkall på rett til erstatning for skade på interesser som den ikke disponerer over.

²⁵ Se f.eks. Mads Bryde Andersen, Advokatretten, s. 803.

I § 27, 1 i erstatningsansvarsloven nr. 50/1993 er det forbudt å fravike lovens regler, innen skaden er oppstått, bl. a. å fravike regler om erstatningsbeløpt for personskade og regler om tort, hvis det er til ugunst for den erstatningsberettigede.²⁶ I avsnitt to i samme paragraf finnes begrensninger på unntak fra bestemte regler i loven, hvis det er til ugunst for den erstatningsskyldige. De bestemmelsene handler først og fremmest om skader på assurerte interesser eller selvassurerte interesser, dvs. hos dem som selv tar ansvar for sine interesser som om de var assurerte.

Ifølge ordføringen i erstatningsansvarsloven § 27, 2 er det ikke forbudt å føre forhandlinger om fraskrivelse av erstatningsansvar når det gjelder erstatningsgrunnlaget. I den sammenheng er det blitt henvist til den allmenne lovgivning.²⁷ Her blir det lagt til grunne, at forbudet mot fraskrivelse av erstatningsansvar for personskade også gjelder grunnlaget for ansvaret, dvs. at en profesjonell, f. eks. en lege, ikke kan frita seg fra ansvaret for tort/legemsbeskadigelse ved å begrense det ved skader den forvolder ved grov uaktsomhet eller forsett. En annen regel ville stride mot regelen i § 27, 1 i erstatningsansvarsloven.

Er det mulig, at en person, som er blitt påført personskade og kontakter en advokat og overlater til ham å tvinge fram erstatning for sitt tap, kan forhandle med advokaten om, at han ikke blir ansvarlig, selv om han ikke lykkes å innkassere den erstatningen vedkommende person har krav på? M.a.o. kan advokat fraskrive seg erstatningsansvar vedrørende skade, han har forvoldt sin klient, etter at klienten har bedt han/henne om å føre en erstatningssak, f.eks. mot et forsikringsfirma og en skadevoller til innkassering av erstatningen for personskade? De avgrensninger som finnes i § 27, 1 i erstatningsansvarsloven, gjelder ikke slike kontrakter etter at skaden er inntruffet. Om slike tilfeller gjelder begrensninger på hjemmel til å inngå slike kontrakter som følger av allmenne lovregler.

Begrensninger når skaden skyldes grov uaktsomhet eller forsett

Man har lenge ment, at avtaler om ansvarsfraskrivelse, ikke er gyldige, når skaden skyldes grov uaktsomhet eller forsett, til tross for at den skadelidte har rett til å disponere over de interesser saken dreier sig om og avtalens innhold er helt klart.²⁸ Dette er en allmenn avgrensning for å frita seg fra erstatningsansvar og kan sannelig gjelde på profesjonsansvarets område.

Begrensninger som følger av ufravikelige regler, etiske regler o.s.v.

I avsnitt 3.3 ovenfor er det nevnt noen eksempler fra lovtekster, som foreskriver, at det skal stilles særdeles strenge krav på arbeidsmetoder og faglig viten til de

²⁶ Samme regel finnes i § 27, 1 i den danske erstatningsansvarsloven, nr. 228/1984

²⁷ Om dansk rett henvises til Jens Møller og Michael S. Wiisbye, Erstatningsansvarsloven med kommentarer, (2002), s. 588.

²⁸ Bernhard Gomard, Obligationsret, 2. del, s. 235 og Viggo Hagstrøm, Obligasjonsrett, (2003), s. 630 (632).

profesjonelle når de arbeider innenfor sitt eget arbeidsfelt. Disse lovregler er ufravikelige. Det leder til at de, som er knyttet til saken, ikke kan forhandle seg fram til ikke å bære ansvar for skader, de har forvoldt ved forsømmelse av slike regler.

Man mener også at det er lite sannsynlig, at profesjonelle, som er underlagt etiske regler, bl. a. regler om deres arbeidsmetoder m.m., kan fraskrive sig ansvar for skader som skriver seg fra at de ikke har overholdt forskrifter i dette regelverket.²⁹

Kontrakter som strider mot avtalelovens § 36

Endelig skal det nevnes at av § 36 og § 36, a-d, i avtaleloven fører indirekte til begrensninger på hjemmel til å fraskrive sig erstatningsansvar.³⁰ Begrensning på erstatningsansvar kan gå så langt, at den fører til at den sakkyndiges klient mister sin rettsbeskyttelse til de grader som strider mot nevnte regler i avtaleloven.³¹ Det burde vært tillatt å gå ennå lenger og stille krav om, at den profesjonelle gjør klienten oppmerksom på hva som setter grenser for den førstnevntes erstatningsansvar, slik klienten blir klar over hva den kan vente i den sammenheng.³² Anvendelse av § 36 i avtaleloven for å gjøre ugyldig eller endre avtalen eller enkelte bestemmelser i den, skal bygges på rimelighet. Det innebærer at vurderingen er relativ og at det er på forhånd vanskelig å beskrive allmenne regler vedrørende vurderingen. Det kan f.eks. være av betydning hvem som er klient, og hvilket salær den profesjonelle stiller krav om eller på hvilken måte det blir bestemt. Det vil uten tvil spille en viktig rolle vedrørende rimelighetsvurderingen, om den profesjonelle har fraskrevet sig noe som helst ansvar eller om ansvarsfraskrivelsen kun fører til en mindre begrensning i ansvaret.

5. Konklusjon

Konklusjonen av det, som er blitt sagt ovenfor, er at den profesjonelles største mulighet for å begrense dens erstatningsansvar, må grunne seg på at den med opplyst samtykke til sin klient forhandler seg fram til en begrensning i erstatningsbeløpet, f. eks. en rimelig pengesum, f. eks. til beløpet til dens ansvarsforsikring.

²⁹ Se f. eks. om advokater, Søren Halling-Overgaard, Advokaters erstatningsansvar, (2002), s. 35.

³⁰ Vibe Ulfbeck, Erstatningsretlige grænseområder. Professionsansvar og produktansvar, s. 21.

³¹ Bernhard Gomard, Obligationsret, 2. del, s. 236.

³² Jrf. Søren Halling-Overgaard og Rasmus Mehl, Ejendomsformidlerens og ejendomsmæglerens erstatningsansvar, (2005), s. 174-175 og om advokater Mads Bryde Andersen, Advokatretten, s. 803 – 804.

6. Teser

Tese 1: Profesjonsansvaret burde i fleste tilfelle være et strengt culpaansvar, men i unntakstilfelle et ansvar basert på reglen om presumsjonsansvar. Et slikt ansvar for profesjonelle er et vel fundert ansvar til gunst for klienter som stoler på dem.

Tese 2: I bidraget er det ikke forslag om endring på ansvarsgrunnlaget i disse saker. Det er ikke grunn til et objektivt ansvar og det er heller ikke grunn til at gå tilbake til en generell culpavurdering.

Tese 3: Bevisbedømmelsen i saker mot profesjonelle har utviklet sig på en slik måte at dommere fraviker delvis allmenne regler om bevisbyrde til gunst for dem som lider skade forvoldt av profesjonelle? Dette anses at være nødvendig ikke minst for at bevismulighetene er så forskjellige. Man burde legge den plikt på de profesjonelle at de generelt sikrer sig bevis for hva som er avtalt og hvordan saken har utviklet sig.

Tese 4: I bidraget beskrives grensene for ansvarsfraskrivelse. Disse grenser er snevre og burde være det. Domstoler bør stille store krav til avtaler om ansvarsfraskrivelse og til at klienter har lov til at disponere over de interesser som ansvarsfraskrivelsen gjelder. snevre?

Tese 5: Det er ikke nødvendig å drøfte lovgivning om profesjonsansvar. Man burde la disse regler utvikles i rettspraksis for at de bedre kan anpasses de forskjellige forhold

Erik Monsen

Uberettiget berikelse (obehörig vinst)
som grunnlag for betalingskrav

Uberettiget berikelse (obehörig vinst) som grundlag for betalingskrav

Førsteamanuensis dr. juris Erik Monsen, Norge

Fremstillingen omhandler kravstyper som på den ene siden ikke kan hjemles i løfte (avtalerett) eller erstatningsbetingende atferd (erstatningsrett), og som på den annen side har berikelse på debitors hånd som en rettsstiftende kjensgjerning. Innenfor denne brede angivelsen av kravstyper, sonderer forfatteren mellom to hovedgrupper av krav: "Restitusjonskrav" går ut på restitusjon av økonomiske verdier som opprinnelig har blitt tilført debitor fra kreditor. "Berikelseskrav" går ut på avståelse av økonomiske fordeler som debitor har oppbeholdt ved atferd som er rettsstridig i forhold til kreditor. Etter forfatterens mening er det behov for systematisk og separat analyse av henholdsvis restitusjonskrav og berikelseskrav. Berikelsesgrunnsetningen – som går ut på at ugrunnet/uberettiget berikelse på annen manns bekostning, skal gå tilbake – kan ha en systematiserende funksjon. Diskusjoner om hvorvidt grunnsetningen utgjør en alminnelig hjemmel for betalingskrav, bør imidlertid betraktes som et tilbakelagt stadium. Grunnsetningens henvisning til "ugrunnet/uberettiget berikelse" er navn på resultatet.

1. Innledning

I norsk formuerett utgjør løfte og skadevoldende erstatningsbetingende atferd de praktisk viktigste rettsstiftende kjensgjerninger for statuering av betalingsplikt. Det er likevel ikke tvilsomt at man har en rekke kravstyper hvis rettsstiftende kjensgjerninger verken er løfte eller skadevoldende erstatningsbetingende atferd. Mange av disse kravstypene har i tillegg til dette negative fellestrekket, et positivt fellestrekk, nemlig at en eller annen form for berikelse på betalingsdebitors hånd utgjør en rettsstiftende kjensgjerning for kravet. Et eksempel er tilbakebetalingskrav etter læren om *condictio indebiti*. En forutsetning for tilbakebetalingskrav er at det har funnet sted en formuesforskyvning fra tilbakebetalingskreditor til tilbakebetalingsdebitor, eller, med andre ord, at debitor har blitt beriket på kreditors bekostning.

Tittelen "uberettiget berikelse som grunnlag for betalingskrav" forstår jeg som en henvisning til kravstyper med nevnte negative og positive fellesstrekk. Emnet for fremstillingen er følgelig kravstyper som på den ene siden ikke kan hjemles i løfte eller erstatningsbetingende atferd, og som på den annen side har berikelse på debitors hånd som en rettsstiftende kjensgjerning.

2. Terminologi

Det finnes ingen etablert terminologi for kravstypene som er gjenstand for undersøkelse i denne fremstillingen.

Dette tror jeg for en stor del skyldes at berikelse som rettsstiftende kjensgjerning – til forskjell fra løfte (avtalerett) og erstatningsbetingende atferd (erstatningsrett) – i liten grad har vært gjenstand for systematisk behandling i juridisk teori. For eksempel har det i norsk rett vært vanlig å behandle læren om *condictio indebiti* i den sæmorske rettsdisiplinen pengekravsrett, en rettsdisiplin som ”etter eget utsagn” dreier seg om annet enn pengekravets rettsstiftende kjensgjerninger. Et annet eksempel er såkalt vederlagskrav ved opphør av samboerforhold. Det er her tale om en ulovfestet regel som etter omstendighetene gir grunnlag for å statuere betalingsplikt for den av samboerne som under samlivet har fått tilført en berikelse fra den andre samboeren, f.eks. som følge av den andre samboerens verdiøkende innsats på eiendeler som tilhører førstnevnte. Denne kravstypen er det vanlig å behandle i rettsdisiplinen familierett. Et tredje eksempel er såkalt vinningsavståelseskrav, dvs. krav på avståelse av vinning oppbåret ved rettsstridig atferd, f.eks. urettmessig utnyttelse av åndsverk. Denne kravstypen blir selvsagt nevnt i opphavsrettslige fremstillinger, men noe systematisk fremstilling av kravstypen finnes knapt.

Det er illustrerende for mangelen på etablert terminologi at A. Vinding Kruse benyttet termen ”restitutionskrav” som samlebetegnelse for krav som – grovt tegnet – har ovennevnte negative og positive fellestrekk, mens Hagstrøm gjør bruk av ”berikelseskrav” som samlebetegnelse for stort sett samme typer betalingskrav.¹ Hertil kommer at Rognstad og Stenvik benytter ”berikelseskrav” som betegnelse på en enkelt kravstype, nemlig krav på avståelse av vinning oppbåret ved rettsbrudd – det jeg i forrige avsnitt betegnet som ”vinningsavståelseskrav”.²

I denne fremstillingen vil jeg gjøre bruk av både ”restitusjonskrav” og ”berikelseskrav”, men da som betegnelser på to *hovedgrupper* av krav som innehar nevnte negative og positive fellestrekk. I dette ligger at jeg vil gi begrepene et snevrere meningsinnhold enn hva Hagstrøm og A. Vinding Kruse gjør. Dessuten vil jeg gi begrepet ”berikelseskrav” et videre meningsinnhold enn hva Rognstad og Stenvik gjør.

En av disse hovedgruppene av krav går ut på *tilbakeføring – restitusjon – av økonomiske verdier som opprinnelig har blitt tilført debitor fra kreditor*. Det kan f.eks. være tale om verditilførsel i form av betaling av ikke-eksisterende gjeld (*condictio indebiti*) eller uoppfordret innsats på annen manns ting. Sistnevnte eksempel illustrerer at slike krav gjerne tangerer avtalerettslige betalingskrav. For tankens skyld kan

¹ Anders Vinding Kruse, *Restitutionskrav. Et bidrag til undersøgelsen af berigelsesgrundsætningen i dansk og fremmed ret*, København 1950; Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett*, Oslo 2003 s. 664 fig.

² Ole-Andreas Rognstad og Are Stenvik, ”Hva er immaterialretten verd? Om erstatning og annen kompensasjon ved immaterialrettskrenkelser”, *Festskrift til Peter Lodrup, Bonus Pater Familias*, Oslo 2002 s. 511-548.

man derfor tale om *kvasi-kontraksrettslige krav*. Jeg benytter ”restitusjonskrav” som samlebetegnelse for slike krav.³

For det andre har man krav som går ut på avståelse av økonomiske fordeler som debitor har oppebåret – tilegnet seg – ved atferd som er rettsstridig i forhold til kreditor. De økonomiske fordelene kan være av objektiv eller subjektiv art. Et eksempel på førstnevnte tilbyr såkalte vederlagskrav, dvs. krav på rimelig vederlag for urettmessig utnyttelse av annen manns ting eller rettighet, uten hensyn til om krenkede (kreditor) har blitt påført økonomisk tap, og uten hensyn til om krenkeren (debitor) har oppebåret fortjeneste ved bruken. I forlengelsen av slikt krav kan man tenke seg plikt til å avstå fortjeneste oppebåret ved rettsbrudd, f.eks. plikt til å avstå nettoinntekt oppebåret ved urettmessig utnyttelse av patentrettighet. Jeg betegner disse kravene som henholdsvis ”vederlagskrav” og ”vinningsavståelseskrav”, og som samlebetegnelse for disse to kravstypene, benytter jeg ”berikelseskrav”.⁴ Når det gjelder berikelseskrav, kan man for tankens skyld tale om kvasi-deliktsrettslige krav, ettersom berikelseskrav og erstatningskrav har det til felles at begge kravstypene er betinget av rettsbrudd. Hovedforskjellen er selvsagt at erstatningskrav går ut på reparasjon av faktisk negativ effekt – skade – på kreditors (skadelidtes) side, mens berikelseskrav går ut på avståelse av positiv effekt – økonomisk vinning – på debitors (krenkerens) side.

De to hovedgruppene av krav som jeg skal behandle og som innehar nevnte negative og positive fellestrekk, går følgelig under betegnelse ”restitusjonskrav”, som omhandler *restitusjon av tilført verdi*, og ”berikelseskrav”, som omhandler *avståelse av tilegnet verdi*.

3. Om berikelsesgrunnsetningen

Den såkalte berikelsesgrunnsetningen går ut på at ugrunnet/uberettiget berikelse på annen manns bekostning, skal gå tilbake. Grunnsetningen har kommet til uttrykk i flere europeiske lov bøker, se f.eks. BGB § 812 og art. 62 i den sveitsiske lov boken, og i Principles of European Unjustified Enrichment Law (PEUE) art. 1: 101 (1).

Det finnes ingen tilsvarende lovbestemmelse i norsk rett. Likevel inneholder norsk formuerett en berikelsesgrunnsetning, iallefall i den forstand at grunnsetningen kan utgjøre en del av argumentasjonsarsenalet ved avgjørelsen av rettsspørsmål. Det er forsåvidt illustrerende at læren om *condictio indebiti* henter sin begrunnelse fra berikelsesgrunnsetningen; lærens siktemål er å utlikne en formuesforskyvning, og dermed kan man tale om restitusjon av uberettiget berikelse.⁵

³ Jeg gir en utførlig behandling av kravstypen i Erik Monsen, ”Om restitusjonskrav på ulovfestet grunnlag”, *Jussens Venner* 3/2005 s. 157-197.

⁴ Erik Monsen, *Berikelseskrav. Vederlagskrav og vinningsavståelseskrav ved urettmessig utnyttelse av ting og rettighet*, Cappelen Akademisk Forlag, 2007.

⁵ Tilsvarende Hagstrøm, *op.cit.* (note 1) s. 681. Se også Erik Monsen, ”Fradrag for overvelting ved utmåling av erstatnings- og tilbakesøkingsskrav? Om fordeling av tap mellom skadevolder (betalingsmottaker), skadelidt (betaler) og tredjemann”, *Tidsskrift for Erstatningsrett* 3/2007 s. 195-232 på s. 226-227.

Et annet spørsmål er om berikelsesgrunnsetningen utgjør en alminnelig regel for statuering av betalingskrav, på tilsvarende måte som f.eks. culpaparegelen utgjør en alminnelig regel for statuering av erstatningsplikt.

Det ligger i sakens natur at en alminnelig regel ikke kan være skarpt tilskjært. På den annen side er det uhensiktsmessig å klassifisere berikelsesgrunnsetningen som en regel dersom setningen ikke gir særlig annen veiledning for rettsanvendelsen enn at det etter omstendighetene kan kreves restitusjon av tilført verdi og avståelse av tilegnet verdi. En rettsanvendelse som består i deduksjon fra en såpass vag regel, vil neppe medføre større grad av forutberegnelighet enn alternative rettsanvendelsesprosesser som står til rådighet for norske domstoler, herunder analogi og regeldanning.

Spørsmålet er derfor helst om berikelsesgrunnsetningen, dvs. formuleringen *ugrunnet/uberettiget berikelse på annen manns bekostning*, gir såpass sikker veiledning ved den konkrete rettsanvendelsen at det er hensiktsmessig å betegne den som en alminnelig regel.

I PEUE art. 1: 101 (1) smh. (2) blir det lagt til grunn at berikelsesgrunnsetningen ikke utgjør en alminnelig regel. I (1) kommer grunnsetningen til uttrykk: "A person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another's disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment." Denne formuleringen kan umiddelbart forstås som uttrykk for en regel, men den må ses i sammenheng med bestemmelsen i (2): "This rule applies only in accordance with the following provisions of this Book." Og i de følgende bestemmelsene blir det presisert nærmere hva som er en "unjustified enrichment" og hvilke berikelser som er "attributable to another's disadvantage". Herunder blir det, om enn ikke eksplisitt hva gjelder det terminologiske, sondret mellom restitusjon av tilført verdi (restitusjonskrav) og avståelse av tilegnet verdi (berikelseskrav), se særlig PEUE art. 4: 101.

Etter avhandlingene til Jan Hellner og Anders Vinding Kruse, begge fra 1950, er det ikke lenger vanlig i nordiske fremstillinger å drøfte dette spørsmålet om berikelsesgrunnsetningens karakter. Dette skyldes antagelig dels at begge disse forfatterne var negativt innstilte til å anerkjenne grunnsetningen som en alminnelig regel.⁶

I norsk teori har imidlertid Hagstrøm vært inne på spørsmålet. Han formulerer spørsmålet om "det kan oppstilles en almen rettsgrunnsetning som går ut på at den som tilfeldig har oppbåret en økonomisk fordel på bekostning av en annen, plikter å gi fordelen fra seg til rette vedkommende".⁷ Under henvisning til at Birgo-dommen i Rt. 1985 s. 290 etter Hagstrøms oppfatning må ha betydning utover det den direkte gjaldt, nemlig *condictio indebiti*, konkluderer Hagstrøm slik: "Ved spørsmål om berikelseskrav skal anerkjennes, må ... 'hvert tilfelle ... vurderes konkret og under hensyn til rimelighet'".⁸ Denne regelen inneholder et rimelighetsvilkår som synes å erstatte grunnsetningens henvisning til *ugrunnet/uberettiget berikelse*, eller, med Hagstrøms ord, grunnsetningens henvisning til "tilfeldig ... økonomisk fordel".

⁶ Jan Hellner, Om obehørig vinst. Særskilt utanför kontraktsförhållanden. Et civilretslig problem i komparativ belysning, Uppsala 1950, bl.a. på s. 398; A. Vinding Kruse, *op.cit.* (note 1) s. 148.

⁷ Hagstrøm, *op.cit.* (note 1) s. 664.

⁸ Hagstrøm, *op.cit.* (note 1) s. 666.

Det kan diskuteres om en slik regel sier mer enn at det etter omstendighetene er grunnlag for å tilkjenne restitusjons- og berikelseskrav i andre tilfeller enn de som følger av lov og etablert ulovfestet rett. Forsåvidt er det interessant at Hagstrøm i forlengelsen av ovennevnte formulering av den alminnelige regelen, går nærmere inn på enkelte typetilfeller. Herunder ser han særskilt på spørsmålet om avståelse av tilegnet verdi – det jeg kaller ”berikelseskrav” – og formulerer et slags skyldkrav i den forbindelse. Av dette følger, såvidt jeg forstår, at Hagstrøm i realiteten legger opp til tilsvarende systematikk som PEUE.

Konsekvensen av å betrakte berikelsesgrunnsetningen på denne måten, er at *ugrunnet/uberrettiget berikelse* blir et navn på resultatet. Etter mitt skjønn er dette hensiktsmessig. En regel som forutsetningsvis skal regulere så ulikartede tilfeller som restitusjon av tilført verdi og avståelse av tilegnet verdi, vil nødvendigvis måtte være svært vag. Og jeg tror ikke det er mulig å finne frem til en formulering som vil gi noenlunde sikker veiledning for begge disse typetilfellene.⁹ Dette særlig fordi det i det ene tilfellet er tale om *formusforskyvning uten rettsbrudd involvert* – restitusjon av tilførte verdier – mens det i det andre tilfellet er tale om *avståelse av verdier som har blitt tilegnet ved rettsbrudd, uten noen form for formuesforskyvning*.

En liknende erkjennelse ligger bak rettsutviklingen i tysk rett. Her har utviklingen gått fra å operere med én berikelseslære etter BGB § 812, til en erkjennelse av at en slik lære ikke fører til større rettslig klarhet enn den klarhet ordlyden i bestemmelsen kan tilby.¹⁰ Denne erkjennelsen har igjen lagt grunnlaget for utvikling av en rekke typetilfeller som alle blir behandlet innenfor ”Bereicherungsrecht”. Jeg kommer noe nærmere inn på disse typetilfellene i punkt 6.

4. Restitusjonskrav

Restitusjonskrav dreier seg, som allerede nevnt, om tilbakeføring – restitusjon – av verdier som opprinnelig har blitt tilført debitor fra kreditor. Det er en forutsetning at kravet på tilbakeføring ikke kan hjemles i avtale mellom partene.

Et typisk kjennetegn på slike restitusjonstilfeller er en form for uoppfordret verditilførsel. *Condictio indebiti*-situasjonen er ett eksempel på uoppfordret verditilførsel. Andre eksempler, som ikke dreier seg om direkte pengeoverføringer, omfatter verditilførsel gjennom *uoppfordret innsats på annen manns ting* og *uoppfordret tjenesteyting uten at debtors ting blir påvirket*. I norsk rett finnes en rekke hjemler – både lovfestede og ulovfestede – for restitusjonskrav i slike tilfeller. For eksempel hjemler

⁹ Se også Torgny Håstad, *Tjänster utan uppdrag. Ersättning och behörighet vid s.k. negotiorum gestio*, Uppsala 1973 s. 36: ”Doktrinen framställning om obehørig vinst har resulterat i konklusionen att det ur satsen, att vinster som gjorts obehørigen på en annans bekostnad skall återgå, inte är möjligt att få ut något självständigt att halla sig till vid regelns tillämpning på nya fall.”

¹⁰ Se f.eks. Ernst von Caemmerer, ”Bereicherung und unerlaubte Handlung”, *Festschrift für Ernst Rabel*, Tübingen 1954 s. 333-401 på s. 337.

husleieloven § 10-5 restitusjonskrav i tilfeller hvor leietaker har gjort påkostninger på leieobjektet. Et annet eksempel finner man i ekteskapsloven § 73, som hjemler vederlagskrav for en ektefelle som ved arbeid har medvirket til å øke midler som er den andre ektefelles særøie. Et tredje eksempel er de ulovfestede reglene om vederlagskrav ved opphør av samboerforhold. Høyesterett har i Rt. 1984 s. 497 og Rt. 2000 s. 1089 på prinsipielt grunnlag og under henvisning til alminnelige berikelses- og restitusjonsprinsipper, lagt til grunn at en samboer som har tilført bofellen verdier under samlivet, på visse vilkår kan kreve restitusjon når samlivet opphører. Vilåårene går i korte trekk ut på følgende: i) Den pástått betalingspliktige samboeren må ha blitt tilført en økonomisk fordel – en berikelse – som følge av den andre samboers innsats. Både positiv formuesøkning og sparte kostnader blir ansett som berikelse i denne sammenheng. ii) I tillegg må det foretas en skjønnsmessig rimelighetsvurdering. Under henvisning til dette rimelighetsskjønnet, har Høyesterett lagt til grunn at det normalt bare vil være aktuelt å tilkjenne krav dersom tilført berikelse ikke er uvesentlig. Når det gjelder utmåling av kravet, vil tilført berikelse utgjøre et maksimum. Innenfor denne maksimumsgrensen skal det foretas en skjønnsmessig rimelighetsvurdering.

Et tredje typetilfelle har man der *restitusjonskreditor oppfyller restitusjonsdebitors penge- eller naturalforpliktelse*. Dette viser at regresskrav kan karakteriseres som et restitusjonskrav. Et eksempel på oppfyllelse av naturalforpliktelse er der en underentreprenør uoppfordret oppfyller hovedentreprenørens forpliktelser overfor byggherren, uten at vilåårene for *negotiorum gestio* forelå. Den alminnelige regressretten kan neppe anvendes for å løse spørsmålet om underentreprenøren kan gjøre gjeldende krav på restitusjon overfor hovedentreprenøren. Heller ikke noen annen ulovfestet lære synes å omfatte et slikt tilfelle.

I slike tilfeller hvor det ikke eksisterer en lovhjemmel eller etablert ulovfestet regel som kan fungere som rettslig grunnlag for avgjørelsen av om det kan gjøres gjeldende restitusjonskrav, kan det etter omstendighetene reises spørsmål om analogisk anvendelse av etablerte regler eller regeldanning for det konkrete typetilfellet.¹¹ Et annet spørsmål er om det kan sies å eksistere en *alminnelig regel om restitusjonskrav* som gjør det unødvendig å vurdere analogi og regeldanning for typetilfellet.

En forutsetning for etablering av en alminnelig regel om restitusjonskrav som gir en viss grad av sikker veiledning ved den konkrete rettsanvendelsen, er at det er relativt stor grad av homogenitet mellom ulike restitusjonstilfeller. Jeg har tidligere argumentert for at det foreligger tilstrekkelig grad av homogenitet, og at rettskildematerialet gir tilstrekkelig grunnlag for danning av en alminnelig regel om restitusjonskrav.¹²

¹¹ Et eksempel på sistnevnte er dommen inntatt i RG 1984 s. 363 (Eidsivating). Her ble en arvings restitusjonskrav for gjennom søksmål å ha tilført dødsboet verdier, hjemlet i et ulovfestet grunnlag som ble bygget opp særlig på basis av dagjeldende konkurslov § 92, utkast til ny konkurslov §§ 114 og 118 og læren om *negotiorum gestio*.

¹² Se Monsen, *op.cit.* (note 3).

Når det gjelder spørsmålet om homogenitet, er det sentralt at tilsvarende hensyn gjør seg gjeldende uavhengig av om det er tale om uopfordret innsats på annen manns ting, uopfordret tjenesteyting eller oppfyllelse av annen manns penge- eller naturalforpliktelse. Et overgripende synspunkt er at restitusjonskrav må innpasses i rettssystemet. Herunder må det påses at tilkjennelse av restitusjonskrav ikke underminerer hensyn som ligger til grunn for andre regelsett, f.eks. må tilkjennelse av restitusjonskrav ikke underminere begrunnelsen for slutningen om at betalingskravet ikke kan hjemles i avtale mellom partene.

Utover dette er det to hovedhensyn som står mot hverandre: På den ene siden har man hensynet til restitusjonsdebitors selvbestemmelsesrett; det er jo spørsmål om å pålegge ham en betalingsplikt i et tilfelle hvor han ikke har avgitt betalingsløfte (og heller ikke har opptrådt rettsstridig). Mot dette står hensynet til godtgjøring av restitusjonskreditor, som ved egen innsats har beriket restitusjonsdebitor.

Hvilket av disse to hensynene som skal gis avgjørende vekt, beror på de konkrete omstendighetene i det enkelte tilfellet. I denne sammenheng kan en rekke momenter være relevante, herunder hvor stor berikelsen er; berikelsens karakter – om det er tale om nødvendig innsats og dermed sparte utgifter for restitusjonsdebitor, eller bare nyttig, til forskjell fra nødvendig innsats fra restitusjonskreditors side; om tilført berikelse er en refleksvirkning av handling som restitusjonskreditor har foretatt i egen interesse; om det for restitusjonskreditor var mer eller mindre nærliggende å innhente betalingsløfte på forhånd; osv.

Når det gjelder den nærmere formuleringen av denne alminnelige regelen, har jeg tatt til orde for en slags generalisering fra reglene om vederlagskrav ved opphør av samboerforhold slik disse har blitt utpenslet i Rt. 1984 s. 497 og Rt. 2000 s. 1089, se ovenfor. Et sentralt poeng i denne sammenheng er at både regelens vilkårs- og virkningsside gir anvisning på en skjønsmessig rimelighetsvurdering, noe som åpner for ivaretagelse av de legislative hensyn som kan tenkes å gjøre seg gjeldende i ulike restitusjonstilfeller.

Fordi den alminnelige regelens virkeområde er avgrenset til å gjelde typetilfeller som er homogene bl.a. i den forstand at det er to hovedhensyn som står mot hverandre, vil regelen gi såpass presis veiledning for den konkrete rettsanvendelsen at det er naturlig å betegne den som en alminnelig regel.

5. Berikelseskrav

”Berikelseskrav” er en samlebetegnelse for to kravstyper, nemlig vederlagskrav og vinningsavståelseskrav, som begge dreier seg om avståelse av økonomiske fordeler som debitor har oppebåret ved rettsstridig atferd.

Denne begrepsbruken er bl.a. ment som en presisering av at analysen av vederlagskrav og vinningsavståelseskrav bør finne sted løsrevet fra det erstatningsrettslige paradigmat. Implisitt i dette ligger at ”erstatningskrav” må forstås i tråd med

tradisjonell begrepsbruk. Det vil si at "erstatningskrav" er en betegnelse på privatrettslige monetære sanksjoner som går ut på *reparasjon av faktiske negative effekter* – dvs. økonomisk tap (tapserstatning) og visse former for ikke-økonomisk skade (oppreisning og ménerstatning) – på krenkedes hånd. Dommen i Rt. 2007 s. 817 støtter dette synspunktet om analyse løsrevet fra erstatningsretten. Retten uttalte at vinningsavståelseskrav "kjennetegnes av at oppmerksomheten flyttes fra skadelidtes tap – som i erstatningsretten – til skadevolders gevinst ved den urettmessige handlingen" (avsnitt 51, min kursivering).

Til tross for dette er det klart at etablert erstatningsrett utgjør et viktig bakteppe for utviklingen av berikelseskrav. Den etablerte erstatningsretten er i hovedsak utviklet på basis av typetilfeller hvor det er tale om fysisk skade på person eller ting (*integritetskrenkelser*). Økonomisk tap er den typiske faktiske konsekvensen av integritetskrenkelser, og erstatning utgjør derfor en naturlig og hensiktsmessig monetær sanksjon. Dette bildet blir tildels annerledes når det er tale om *ikke-integritetskrenkelser i form av urettmessig utnyttelse av annen manns ting eller rettighet*. For det første er det enkelt å tenke seg at slike krenkelser ikke påfører krenkede noe økonomisk tap, og et eventuelt tap kan være relativt vanskelig å bevise, typisk fordi krenkelsen skjer i en konkurransesammenheng hvor det gjør seg gjeldende en rekke mulige årsaksfaktorer til omsetningsnedgang på krenkedes hånd. For det andre skjer slike ikke-integritetskrenkelser ofte i en slags vinnings hensikt, og gjerne i etterkant av en analyse av inntjeningspotensial kontra mulighetene for å bli holdt erstatningsansvarlig. Situasjonen vil med andre ord ofte ligge slik an at krenkerens økonomiske fordel ved rettsbruddet overstiger krenkedes erstatningsmessige tap.

Det er slike betraktninger som ligger til grunn for en stor grad av enighet i juridisk teori om at erstatningskrav ikke virker tilstrekkelig effektivt på immaterialrettens område.¹³ I forlengelsen av denne erkjennelsen er det vanlig å drøfte vederlags- og vinningsavståelseskrav. Tilsvarende drøftelser er på sin plass også i relasjon til urettmessig bruk av ting, noe som blir illustrert i Trollheimen-dommen i Rt. 1981 s. 1215. Saken gjaldt noen samefamiliers urettmessige tamreinbeiting på annen manns grunn. Grunneierne, som ikke hadde dokumentert noe økonomisk tap som følge av bruken, ble tilkjent et rimelig vederlag for bruken, uten hensyn til om bruken hadde påført dem noe økonomisk tap. Dommen er et prejudikat for vederlagskrav ved urettmessig bruk av annen manns faste eiendom. I forlengelsen av dette ga Høyesterett en uttalelse som peker hen på og gir et signal om muligheten for vinningsavståelseskrav: "I hvilken utstrekning eieren vil kunne kreve et høyere beløp, basert på den økonomiske vinning som brukeren har hatt, tar jeg ikke standpunkt til, idet et slikt krav ikke er fremsatt." (Rt. 1981 s. 1215 på s. 1227.)

¹³ Se f.eks. Rognstad og Stenvik, *op.cit.* (note 2) s. 511; Marianne Levin, *Noveller i varumärkesrätt*, Juridiska Fakulteten i Stockholm, Skriftserien nr. 27, Stockholm 1990 s. 187; Mogens Koktvedgaard, *Lærebog i Immaterialret – ophavsret, patentret, designret, varemærkeret*, 7. reviderte utgave ved Jens Schovsbo, København 2005 s. 451.

Når det gjelder spørsmål om *hjemmel for vederlagskrav*, er rettstilstanden i norsk rett relativt godt avklart. I tillegg til det som ble nevnt i forrige avsnitt vedrørende vederlagskrav ved urettmessig bruk av ting, kan det vises til bestemmelser i varemerkeloven § 38, designloven § 40 og patentloven § 58 om vederlagskrav ved forsettlig eller uaktsomt inngrep i aktuelle rettigheter.

Åndsverkloven § 55 inneholder ingen tilsvarende regulering, og det er et spørsmål om bestemmelsen kan suppleres med en ulovfestet regel om vederlagskrav. Høyesterett har ikke tatt eksplisitt stilling til dette spørsmålet, men Arkitekttegningsdommen i Rt. 1940 s. 48 taler med tyngde for et bekreftende svar. I denne dommen ble det tilkjent vederlagskrav, men det er uklart om retten betraktet den urettmessige bruken av arkitekttegninger som et inngrep i opphavsrett eller som en overtredelse av et markedsføringsrettslig forbud. Forøvrig foreligger det flere underrettsdommer hvor det har blitt tilkjent vederlagskrav ved opphavsrettsinngrep.¹⁴

Tilsvarende spørsmål om supplerer kan reises i tilknytning til foretaksnavneloven § 6-2. Dessuten er det et spørsmål om det eksisterer en ulovfestet regel om vederlagskrav ved overtredelse av markedsføringslovens etterlikningsforbud (§ 8a jf. § 1) og andre bestemmelser i markedsføringsloven til vern om immaterielle verdier. Til sistnevnte spørsmål kan kort nevnes at Arkitekttegningsdommen i Rt. 1940 s. 48 utgjør et argument for et bekreftende svar; at underrettspraksis spriker;¹⁵ at det i juridisk teori har blitt tatt til orde for å anerkjenne vederlagskrav på markedsføringsrettens område;¹⁶ og at mindretallet i Findexa-dommen i Rt. 2005 s. 1601 tilsynelatende fant det helt uproblematisk å tilkjenne vederlagskrav ved overtredelse av markedsføringslovens etterlikningsforbud.

Etter som utviklingen går i retning av anerkjennelse av vederlagskrav i flere og flere typetilfeller, kan det etter hvert bli reist spørsmål om de ulike lovfestede og ulovfestede reglene skal anses som enkeltstående utslag av en *alminnelig regel om vederlagskrav ved urettmessig utnyttelse av ting og rettighet*. Konsekvenshensyn og rettssystematiske betraktninger vil være sentrale i en slik analyse. Dette blir forsåvidt illustrert av Mestads analyse, idet hun synes å bygge sin konklusjon om at det kan gjøres gjeldende vederlagskrav på markedsføringsrettens område, på et alminnelig prinsipp om vederlagskrav.

I henhold til relevante lovtekster, se f.eks. varemerkeloven § 38, og Trollheimen-dommen i Rt. 1981 s. 1215, utgjør rimelig vederlag for bruken et overordnet siktemål ved *utmålingen av vederlagskrav*. Hva innebærer dette? Det er ikke tale om å utmåle

¹⁴ Se f.eks. RG 2006 s. 1302 (Borgarting) og RG 2000 s. 1042 (Oslo).

¹⁵ I en dom fra Strømmen herredsrett (20. juni 1989) ble et fremsatt vederlagskrav forkastet under henvisning til erstatningsrettens tapsvilkår, mens det i en dom fra Oslo byrett fra 1994 (93-2381 A/12) ble tilkjent vederlagskrav i et tilfelle hvor Adelsten hadde solgt en type genser i strid med etterlikningsforbudet i markedsføringsloven.

¹⁶ Ingvild Mestad, "Erstatning ved krenkelse av markedsføringslovens bestemmelser til vern av immaterielle verdier", *Lov og rett* 10/2001 s. 610-623 s. 615; Lasse Simonsen, *Prekontraktuelle ansvar. Det alminnelige prekontraktuelle ansvar. Ansvar ved gjennomføring av anbuds konkurranser*, Oslo 1997 s. 396-397; Monsen, *op.cit.* (note 4) s. 208.

et vederlag som er rimelig alle forhold tatt i betraktning. Utmålingen beror med andre ord ikke på et bredt rimelighetssskjønn. Med "rimelig vederlag" menes *vanlig markedspris* for bruken. Dette følger av forarbeidene til varemerkeloven § 38, hvor det bl.a. blir fremhevet at vederlaget skal settes til det som er rimelig etter vanlig bransjeoppfatning, og at vederlaget skal tilsvare det man tenker seg at partene ville ha avtalt dersom krenkeren hadde innhentet forhåndssamtykke.¹⁷ Denne løsningen har også blitt lagt til grunn i rettspraksis.¹⁸

En praktisk viktig konsekvens av dette, er at dokumentert lisensieringspraksis kan spille en betydningsfull rolle ved utmålingen av kravet. Dette bidrar til store bevislettelser sammenliknet med en regel om tapserstatning, noe som igjen bidrar til å styrke sanksjonssystemets preventive effekt.

Samtidig er det – i et prevensjonsperspektiv – en ganske åpenbar "mangel" ved vederlagskrav utmålt til vanlig markedspris for bruken. Et helt enkelt resonnement er at det utfra preventive hensyn bør koste mer å opptre i strid med loven enn det koster å opptre i samsvar med den. På denne bakgrunn kan det reises spørsmål om det kan gis et *skjønnsmessig, preventivt motivert påslag på beregnet vanlig markedspris*.

Immaterialrettslovgivningen er taus om dette spørsmålet. Antagelig må dette forstås som uttrykk for at lovgivningen ikke hjemler påslag, uten at det dermed er blitt tatt et negativt standpunkt til spørsmålet. I et metodisk perspektiv er det derfor spørsmål om det er tilstrekkelig grunnlag for danning av en påslagsregel som knytter an til reglene om vederlagskrav.

Høyesterett har ikke tatt stilling til dette påslagsspørsmålet. I underrettspraksis finner man derimot flere eksempler på at det har blitt tilkjent påslag. For eksempel ble det i Elling-dommen i RG 2003 s. 868 (Oslo), som gjaldt urettmessig bruk av bilde i en kampanje, tilkjent et vederlagskrav som var "høgare enn [krenkede] kunne ha fått ved avtale på førehand fordi bruken har vore ulovleg" – dette for å "motverka spekulasjon i eventuelle liknande saker i framtida" (s. 875).¹⁹

Slik jeg ser det, er det viktig at Høyesterett etterhvert anerkjenner en slik regel om skjønnsmessig, preventivt motivert påslag, og at man ved skjønnsutøvelsen legger vekt på å gi påslag som har reell preventiv effekt. På området for ikke-integritetskrenkelser i form av urettmessig utnyttelse av rettigheter (og ting), er aktørene ofte i stor grad styrt av økonomiske hensyn, samtidig som inngrep sjelden skjer ved uhell, men heller etter en økonomisk analyse. I dette ligger at monetære sanksjoner har potensial til å ha stor preventiv effekt, større enn monetære sanksjoners preventive potensial på området for integritetskrenkelser. Dette potensialet bør utgjøre en sentral forutsetning for utformingen av sanksjonssystemet, og i så måte fremstår en regel om påslag som hensiktsmessig.

¹⁷ Ot.prp. nr. 59 (1994-95) om lov om endringer i lovgivningen om industrielt rettsvern, vedlegg 2 (Utkast til revidert varemerkelov 1994) s. 116.

¹⁸ Se f.eks. Osrām-dommen i RG 2000 s. 1355 (Borgarting) på s. 1361.

¹⁹ Tilsvarende i MOCS-dommen i RG 1999 s. 330 (Borgarting) på s. 352.

Behovet for regler om *vinningsavståelseskrav* påvirkes bl.a. av hvordan en regel om skjønsmessig, preventivt motivert påslag blir praktisert. Uansett er det interessant å registrere at det i norsk rettspraksis synes å være en utvikling på gang hva gjelder vinningsavståelseskrav. Før jeg kommer til dette skal jeg skissere sentrale deler av det positive rettsstoffet knyttet til spørsmålet om vinningsavståelseskrav som monetær sanksjon mot ikke-integritetskrenkninger i form av urettmessig bruk av ting og rettighet.

I immaterialrettslovgivningen finnes kun én hjemmel for vinningsavståelseskrav, nemlig regelen i åndsverkloven § 55 annet ledd om avståelse av nettofortjeneste uten hensyn til om opphavsrettskrenkeren har utvist skyld. På forskriftsnivå finner man hjemmel for vinningsavståelseskrav på subjektivt grunnlag – dvs. at det er krav om uaktsomhet – i § 27a i forskrift 5. juli 2002 nr. 698 om beskyttelse av opprinnelsesbetegnelser mv. på landbruksbaserte næringsmidler. I et videre perspektiv kan det også vises til selskapsloven § 2-23. Bestemmelsens første ledd forbyr selskapsdeltakere å opptre i konkurranse med selskapet. En deltaker som overtrer dette konkurranseforbudet, plikter etter bestemmelsens annet ledd å avstå til selskapet vinning som er oppebåret ved rettsbruddet.

Også i patentloven av 1910 var det en regel om vinningsavståelseskrav tilsvarende den man finner i åndsverkloven § 55 annet ledd. Regelen ble fjernet i forbindelse med vedtakelsen av patentloven av 1967, bl.a. fordi lovgiver mente at det ville være for strengt med en regel om vinningsavståelseskrav uten hensyn til skyld. Antagelig er det grunnlag for å forstå tausheten i immaterialrettslovgivningen som et lovgiveruttrykk for at det ikke er grunnlag for vinningsavståelseskrav på objektivt grunnlag.

Lovgiver har imidlertid ikke i ett eneste lovforarbeid på immaterialrettens område, drøftet regler om vinningsavståelseskrav på subjektivt grunnlag. Immaterialrettslovgivningens taushet kan derfor ikke forstås som et negativt standpunkt til slike regler. Tilsvarende har blitt lagt til grunn i Borgarting lagmannsretts dom 5. mars 2007 (LB-2006-8527), Trål-dommen.

Det interessante spørsmålet er derfor om rettskildematerialet gir tilstrekkelig grunnlag for danning av regler om vinningsavståelseskrav på subjektivt grunnlag ved inngrep i ting eller rettighet, og hvilket skyldkrav som i tilfelle gjelder.

Dette spørsmålet ble berørt i Rt. 2007 s. 817, uten at Høyesterett tok stilling til det grunnleggende hjemmelsspørsmålet. Saken gjaldt overtredelse av en konkurranseklausul. Krenkede krevde vinningsavståelse, men fikk ikke medhold. Høyesterett avviste ikke vinningsavståelseskrav på prinsipielt grunnlag, jf. følgende uttalelse: "Jeg ser ikke bort fra at det etter omstendighetene kan være grunnlag for slike berikelseskrav [vinningsavståelseskrav] ved brudd på konkurranseklausuler." (Avsnitt 51.) Retten bygget imidlertid på at det uansett ikke var grunnlag for slikt krav i den aktuelle i saken. Dette fordi det etter rettens oppfatning under enhver omstendighet måtte gjelde et kvalifisert skyldkrav, mens krenkeren i den aktuelle saken bare hadde utvist simpel uaktsomhet.

Selv om retten fant det unødvendig å ta stilling til hjemmelsspørsmålet, pekte den på at "enkelte avgjørelser gir en viss støtte til en ... lære [om vinningsavståelseskrav], jf. særlig Rt-1966-305" (avsnitt 51). Uttalelsen kan leses som en anerkjennelse av at det i Rt. 1966 s. 305 ble tilkjent vinningsavståelseskrav på ulovfestet grunnlag ved overtredelse av karensklausul. I min analyse av vinningsavståelseskrav på ulovfestet grunnlag ved inngrep i det markedsføringsrettslige etterlikningsforbudet – en analyse som munner ut i en positiv konklusjon – legger jeg relativt stor vekt på nettopp denne dommen fra 1966.²⁰

Et par underrettsavgjørelser viser at Borgarting lagmannsrett har vært mer villig enn Høyesterett til å utvikle retten i retning av anerkjennelse av vinningsavståelseskrav på ulovfestet grunnlag. I saken inntatt i Rt. 2007 s. 817 hadde lagmannsretten tilkjent et vinningsavståelseskrav på 50 000 kroner, en avgjørelse som altså ikke ble opprettholdt av Høyesterett.

I en annen sak fra Borgarting – Trål-dommen av 5. mars 2007 (LB-2006-8527) – ble det tilkjent et vinningsavståelseskrav på i underkant av 12 millioner kroner for urettmessig bruk av en patentbeskyttet trålanordning. Under henvisning til preventive hensyn og juridisk teori, la retten til grunn at "bestemmelsen i patentloven § 58 må suppleres med ulovfestede prinsipper om fraleggelse av berikelse", og at krenkeren derfor måtte avstå "den netto fortjeneste selskapet hadde oppnådd ved patentinngrepet".²¹ Anke over dommen har dessverre blitt nektet fremmet.

Slik jeg leser nyere rettspraksis, er det ganske klart at Høyesterett ikke har forkastet mulighetene for å anerkjenne ulovfestede regler om vinningsavståelseskrav. Det er vanlig at rettsutviklingen på ulovfestet område skjer steg for steg. Påpekingen i Rt. 2007 s. 817 av at Rt. 1966 s. 305 gjaldt vinningsavståelseskrav, sammen med uttalelsen om at retten ikke ville se bort fra at det etter omstendighetene kan tenkes vinningsavståelseskrav, kan betraktes som ett steg i retning av anerkjennelse av vinningsavståelseskrav på ulovfestet grunnlag. Hvorvidt slik anerkjennelse vil finne sted (i overskuelig fremtid), er imidlertid vanskelig å si, og det vil – tror jeg – uansett være betinget av at praktiserende jurister og rettsvitenskapen i fellesskap arbeider videre med å redegjøre for hvorfor man trenger slike regler og hvordan slike regler kan praktiseres. I relasjon til det sistnevnte er det særlig viktig at det blir redegjort for praktikable utmålingsregler. Jeg har ikke anledning til å gå nærmere inn på utmålingsprinsipper, men viser kun til fremstillingen av dette i Monsen, *op.cit.* (note 4) kapittel 9.

Når det gjelder behovet for slike regler, har det i juridisk teori blitt fremhevet at *preventive hensyn* taler relativt tungt for å utvide sanksjonssystemet ved innlemmelse av regler om vinningsavståelseskrav. Jeg er enig i dette.²² I Rt. 2007 s. 817

²⁰ Se Monsen, *op.cit.* (note 4), særlig s. 409-413 smh. s. 371-373.

²¹ Av juridisk teori viste retten til Rognstad og Stenvik, *op.cit.* (note 2) og Monsen, *op.cit.* (note 4).

²² Se Rognstad og Stenvik, *op.cit.* (note 2) s. 533; Nils J. Sejersted, "Erstatning for immaterialrettskrenkelser. Går utviklingen i riktig retning mot mer effektive erstatningsrettslige sanksjoner?", *Nordisk Immaterialt Rättskydd* 4/2000 s. 572-576 på s. 576; Arne Midelfart, "Forbud, erstatning og straff for inngrep

blir det, som nevnt, lagt til grunn at vinningsavståelseskrav ved overtredelse av konkurranseklausul, under enhver omstendighet er betinget av kvalifisert skyld. Under henvisning til denne høyesterettsdommen ble tilsvarende lagt til grunn av Borgarting lagmannsrett i dom av 8. juni 2007, som gjaldt overtredelse av den ulovfestede lojalitetsplikten i ansettelsesforhold. En analyse basert på preventive hensyn taler etter mitt skjønn mot å operere med et absolutt krav om kvalifisert skyld. Prevensjonshensyn vil best ivaretas gjennom et krav om simpel uaktsomhet. Når det så gjelder andre hensyn, og da kanskje særlig hensynet til krenkerens økonomiske forhold og kanskje også proporsjonalitetshensyn, kan disse bli ivaretatt gjennom oppstilling av en regel om lemping av plikten til å avstå oppbåret vinning.²³

Det er videre viktig å se hen til *reparasjonshensyn*. Et springende punkt er om vinningsavståelseskrav kan begrunnes i reparasjonshensyn. Dette spørsmålet er viktig bl.a. fordi et bekreftende svar på spørsmålet vil kunne gi en begrunnelse for hvorfor vinningen (rimeligvis) bør tilfalle krenkede, og ikke f.eks. staten (inndragning).

Det er viktig å erkjenne at det privatrettslige reparasjonshensynet ikke er uløselig knyttet til reparasjon av faktiske negative effekter (erstatning). Tradisjonen – her representert ved erstatningsretten – sin makt over tanken er sterk, men en grunnleggende analyse vil vise at det erstatningsrettslige reparasjonshensynet springer ut av et likevektsprinsipp, eller kanskje heller et prinsipp om korreksjonsrettferdighet. Dette prinsippet bygger på at en part som har forstyrret likevekten gjennom å krenke en annen, er forpliktet til å foreta noe positivt som kan gjenopprette likevekten. Spørsmålet er hvilke positive handlinger fra krenkerens side som er egnet til å gjenopprette likevekten og tilfredsstillende prinsippet om korreksjonsrettferdighet i tilfeller av urettmessig bruk av ting og rettighet. Belønningshensynet er gjennomgående en del av begrunnelsen for immaterialretter. Dette prinsippet tilsier ikke bare at det er rimelig at rettighetshaver får høste fruktene av egen innsats, men også at det er urettferdig om andre tillates å dra fordel av rettighetshavers innsats. Det er urettferdig – urimelig – å høste der man ikke har sådd. Dermed ser man at likevektsforstyrrelsen ligger like mye i krenkerens urettmessige utnyttelse til egen fordel, som i eventuell skade- forvoldelse. Følgelig kan det hevdes at det i et reparativt perspektiv er like naturlig å anerkjenne vinningsavståelseskrav, som det er å anerkjenne erstatningskrav.²⁴

6. Systematiske betraktninger

Restitusjonskrav og berikelseskrav har blitt gjenstand for betraktelig mer oppmerksomhet fra rettsvitenskapen og domstolene i f.eks. tysk og engelsk rett enn hva kravstypene har i nordisk rett. Denne forskjellen tror jeg tildels har en begrunnelse med

i industrielle rettigheter – med hovedvekt på patentinngrep”, *Nordisk Immaterialt Rättsskydd* 1986 s. 404-418 på s. 415; Monsen, *op.cit.* (note 4) s. 396-402.

²³ Dette behandler jeg mer utførlig i Monsen, *op.cit.* (note 4) s. 419-421.

²⁴ Dette behandler jeg mer utførlig i Monsen, *op.cit.* (note 4) s. 118 flg.

rettssystematiske innslag. I engelsk rett har det i løpet av de siste 50 årene utviklet seg en egen rettsdisiplin – *Law of Restitution*, alternativt *Law of Unjust Enrichment* – som rettssystematisk blir plassert på linje med *Law of Contract* og *Tort Law*.²⁵ Tilsvarende finner man i tysk rett.²⁶ I *Bereicherungsrecht* blir det lagt til grunn at det er fire hovedgrupper av krav med utspring i BGB § 812: 1) Restitusjon i etterkant av en bevisst overføring fra restitusjonskreditor til restitusjonsdebitor, f.eks. *condictio indebiti*; 2) restitusjon som følge av at restitusjonsdebitor har opptrådt på restitusjonsdebitors formuesområde i den tro at han opptrer på eget formuesområde, f.eks. enkelte tilfeller av uoppfordret innsats på annen manns eiendom; 3) regresstilfeller; og 4) tilfeller av inngrep i annens formuesgode.²⁷ Kravene nevnt i 1) – 3) utgjør restitusjonskrav, mens gruppe 4) er en henvisning til det jeg kaller berikelseskrav. Tilsvarende systematikk finner man i PEUE art. 4: 101 bokstav (a) til (e), og da slik at (a), (b), (d) og (e) omhandler restitusjonskrav, mens (c) i hovedsak omhandler berikelseskrav. Slik jeg ser det, gir slik fremmed rett og – særlig – PEUE og prosjekter tilsvarende Study Group on a European Civil Code, oppfordring til en rettssystematisk nytenkning i nordisk rett etter de linjer man ser i PEUE og tysk og engelsk rett.

Rettssystematisk nytenkning med tilknyttede analyser, kan kreve stor innsats fra aktørene i rettssystemet, og det kan godt tenkes at ”europeiseringen” alene ikke er tilstrekkelig for å iverksette dette i norsk rett. Etter mitt skjønn har imidlertid utvikling av en ny rettsdisiplin i norsk formuerett tilsvarende *Law of Restitution*, gode grunner for seg også dersom man ser bort fra ”europeiseringen”.

Det er klart at restitusjonskrav og berikelseskrav er del av rettssystemet. Fremstillingen i det foregående har forhåpentligvis påvist dette. Denne delen av rettssystemet har imidlertid blitt stemoderlig behandlet i norsk juridisk teori. Når denne delen i stor grad blir utelatt fra rettsvitenskapelig analyse, blir det vanskeligere å forstå hele systemet og se sammenhenger. Dette kan igjen føre til en slags utvanning av de delene av systemet som blir analysert i dybden. For eksempel kan det at man i avtalerettslige fremstillinger i liten grad iakttar restitusjonskrav og berikelseskrav i form av vederlagskrav, føre til at man strekker på reglene om avtaleslutning ved konkludent atferd, noe som igjen kan føre til utvanning av løftebegrepet. Når det gjelder betalingskrav mot en blindpassasjer som blir oppdaget, gjør Hov gjeldende som delbegrunnelse for å statuere avtalebasert plikt til å betale billettprisen, at man ”egentlig (ikke har) andre sivilrettslige sanksjoner å gjøre gjeldende mot ham”.²⁸ Etter min mening er ikke dette korrekt. Også berikelseskrav i form av vederlagskrav utgjør en mulig sanksjon,

²⁵ Se f.eks. Lord Goff of Chieveley and Gareth Jones, *The Law of Restitution*, 6th ed., London 2002; Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, 2nd ed., Oxford 2006.

²⁶ Se to eldre fremstillinger som fikk stor betydning for utviklingen: von Bar, *op.cit.* (note 10); Walter Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau*, Graz 1934. For en nyere fremstilling, se B.S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *The German Law of Obligations. Vol. I: The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, Oxford 1997.

²⁷ Jf. B.S. Markesinis, W. Lorenz, G. Dannemann, *op.cit.* (note 26) s. 717, s. 740-742 og s. 752.

²⁸ Jo Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett I*, 3. utgave, Oslo 2002 s. 86.

og valg av rettsgrunnlag kan ha praktisk betydning særlig på grunn av det tidligere nevnte påslagsspørsmålet.

En mulig viktig funksjon av å systematisere restitusjonskrav og berikelseskrav enten som en rettsdisiplin eller som to separate disipliner på linje med avtalerett og erstatningsrett, er at man dermed bidrar til å synliggjøre kravstypenes forhold til avtalebaserte betalingskrav og erstatningskrav. Herunder bidrar man til å synliggjøre ikke bare tilknytningen mellom alle kravstypene, men også særtrekkene ved restitusjonskrav og berikelseskrav sammenliknet med avtalebaserte betalingskrav og erstatningskrav. Slik synliggjøring er en forutsetning for hensiktsmessig utvikling av restitusjonskrav og berikelseskrav.

Særlig viktig i så måte er det muligens å fremheve at berikelseskrav bør analyseres utenfor det erstatningsrettslige paradigmet.²⁹ Uten slik løsrivelse fra det erstatningsrettslige paradigmet, vil man, på grunn av tradisjonens makt over tanken, stadig risikere at analysene av berikelseskrav blir farget av erstatningsrettslige grunnsetninger, f.eks. reparasjonstanken. Man kan bl.a. risikere at spørsmålet om vinningsavståelseskrav ved patentinngrep blir formulert som et spørsmål om det er hjemmel for unntak fra erstatningsrettens tapsvilkår. Dette vil i realiteten medføre at ett typetilfelle – ikke-integritetskrenkelser i form av urettmessig utnyttelse av ting eller rettighet – blir analysert på et annet typetilfelles premisser, ettersom den erstatningsrettslige reparasjonstanken og tapsvilkåret er utviklet på basis av typetilfeller som innebærer fysisk skade på person eller ting. Løsrivelse fra det erstatningsrettslige paradigmet vil i korte trekk ha den positive effekt at analysen av berikelseskrav ikke starter i en erstatningsrettslig motbakke.

Systematisering av restitusjonskrav og berikelseskrav vil også bedre legge til rette for at kommende jurister fatter interesse for og blir bevisste kravstypene, og for at man får forskere som konsentrerer sin virksomhet omkring kravstypene. Dette vil igjen kunne legge til rette for at man oppnår den vekselvirkning mellom domstolene, praktiserende jurister og rettsvitenskapen som typisk er en betingelse for hensiktsmessig rettsutvikling på ulovfestet grunnlag.

Jeg er usikker på om restitusjonskrav og berikelseskrav bør bli behandlet i en rettsdisiplin eller om det er mest formålstjenlig å systematisere kravstypene som to separate disipliner. Hvis man betrakter berikelsesgrunnsetningen som uttrykk for et rettferdighetsprinsipp og benytter den som en slags "ledestjerne" i forbindelse med systematiseringen, er det antagelig nærliggende å samle kravstyper som bygger på den tanken som kommer til uttrykk i rettferdighetsprinsippet. Et slikt resonnement tilsier at restitusjonskrav og berikelseskrav blir samlet i en

²⁹ Det kan se ut til at Study Group on a European Civil Code ikke helt har bestemt seg for om berikelseskrav rettsystematisk skal plasseres innenfor eller utenfor erstatningsretten. PEUE art. 4: 101 (c) tilsier at berikelseskrav faller utenfor erstatningsretten. På den annen side blir berikelseskrav også nevnt i Principles of European Tort Law art. 6: 101 (4): Som et alternativ til reparasjon av skade, kan reparasjonen, dersom det er rimelig, "take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage".

rettsdisiplin, og ligger til grunn for systematikken i f.eks. *Law of Restitution* og *Bereicherungsrecht*.

En slik systematikk kan bidra positivt i analytisk øyemed: Den mest iøyenfallende likheten mellom restitusjonskrav og berikelseskrav er selvsagt at begge kravstypene forutsetter en eller annen økonomisk fordel på debitors hånd. Det er derfor mulig at en fremstilling av prinsippene for utmåling av berikelseskrav kan ha interesse for spørsmålet om utmåling av restitusjonskrav, og *vice versa*.

På den annen side er det liten grunn til å tro at en samlet behandling av kravstypene vil ha store analytiske fordeler. Restitusjonskrav dreier seg grunnleggende sett om å gjøre inngrep i selvbestemmelsesretten, mens berikelseskrav er en monetær sanksjon mot rettsbrudd. De overordnede problemstillingene er slik sett svært forskjellige, noe som gir grunnlag for å anta at det i de nærmere rettslige analysene i relativt liten grad kan hentes argumenter fra sammenhengs- og konsekvensbetraktninger. Slike betraktninger kan lettere tenkes å kunne bli hentet fra avtaleretten hva gjelder restitusjonskrav, og fra erstatningsretten hva gjelder berikelseskrav. For eksempel vil slutningsprinsippene kunne utgjøre sentrale argumenter ved avgjørelsen av om det skal bli tilkjent restitusjonskrav. På samme måte kan erstatningsrettens årsakslære ha både illustrasjons- og argumentasjonsverdi ved avgjørelsen av hvilke årsaksprinsipper som skal gjelde ved utmålingen av vinningsavståelseskrav.

På denne bakgrunn kan det hevdes at det viktigste i et analytisk perspektiv, er å påpeke at restitusjonskrav og berikelseskrav er noe annet enn avtalebaserte betalingskrav og erstatningskrav. Dette vil bli ivaretatt gjennom en systematisering av kravstypene i to separate rettsdisipliner. Slik systematisering vil også kunne ha den praktiske fordel at disiplinene fremstår som mer "overkommelige" for rettsvitenskapen enn en systematikk som samler kravstypene i en disiplin.

Dette må imidlertid ikke forstås dithen at jeg forkaster muligheten for fremstillinger hvor berikelsesgrunnsetningen blir benyttet som "ledestjerne" som nevnt ovenfor. Hovedpoenget er at slike fremstillinger lett kan fortone seg som ganske "uoverkommelige" sett i lys av den stemoderlige behandlingen restitusjonskrav og berikelseskrav har blitt til del. Forhåpentligvis vil behandlingen av kravstypene etterhvert bli mer moderlig.

7. Oppsummering

I norsk rett finnes en rekke kravstyper som på den ene siden ikke kan hjemles i løfte eller skadevoldende erstatningsbetingende atferd, og som på den annen side har berikelse på debitors hånd som en rettsstiftende kjensgjerning. Kravstypene har imidlertid ikke blitt gjort til gjenstand for rettssystematisk behandling tilsvarende det avtalebaserte betalingskrav og erstatningskrav har.

Tese 1: er at systematisk behandling av kravstypene kan ha en positiv effekt på rettsutviklingen. Ikke bare vil slik behandling kunne bidra til større kunnskap om omfanget og innholdet av kravstyper med nevnte negative og positive fellestrekk.

Systematisk behandling av kravstypene kan også bidra til tydeligere avgrensning av avtaleretten og erstatningsretten.

Tese 2: er at berikelsesgrunnsetningen kan ha en rettssystematiserende funksjon på tilsvarende måte som avtaleretten tildels er systematisert på basis av grunnsetningen om løfters bindende kraft, og på tilsvarende måte som reparasjonsgrunnsetningen har vært viktig for systematiseringen av erstatningsretten. Denne tesen har også en negativ side, nemlig at berikelsesgrunnsetningen ikke er egnet for "opphøyelse" til rettsregelnivået. Formuleringen "ugrunnet/uberettiget berikelse" er et navn på resultatet.

Tese 3: er en forlengelse av den andre tesens negative side: I et analytisk og pedagogisk perspektiv er det nødvendig å gruppere nevnte kravstyper i to hovedgrupper – restitusjonskrav og berikelseskrav. Førstnevnte er en samlebetegnelse for krav som går ut på restitusjon av økonomiske verdier som opprinnelig har blitt tilført debitor fra kreditor. "Berikelseskrav" er en samlebetegnelse for krav som går ut på avståelse av økonomiske fordeler som debitor har oppbåret ved atferd som er rettsstridig i forhold til kreditor. Det er altså tale om henholdsvis restitusjon av tilført verdi i et tilfelle hvor debitor ikke har avgitt noe betalingsløfte og heller ikke har opptrådt rettsstridig, og avståelse av verdi som debitor har tilegnet seg på rettsstridig måte.

Tese 4: vedrører restitusjonskrav: Det er tilstrekkelig grunnlag i rettskildematerialet til å konkludere med at det i norsk rett eksisterer en alminnelig regel om restitusjonskrav. Konkret anvendelse av denne regelen må ta i betraktning hensyn som i stor grad gjør seg generelt gjeldende i restitusjonstilfeller. Slik sett vil anvendelse av regelen så å si tvinge rettsanvenderen til å se og avdekke sammenhenger mellom ulike restitusjonskrav.

Mine to siste teser vedrører berikelseskrav.

Tese 5: omhandler berikelseskrav i form av vederlagskrav ved urettmessig utnyttelse av annen manns ting eller rettighet: Slikt vederlagskrav skal i utgangspunktet utmåles til vanlig markedspris for utnyttelsen. For å dra virkelig nytte av den bevislettelsesfunksjon som ligger innebygget i reglene om vederlagskrav, og for å utvikle sanksjonssystemets preventive effekt i positiv retning, må det legges til grunn en regel om at beregnet vanlig markedspris for utnyttelsen, kan gis et skjønnsmessig, preventivt motivert påslag.

Tese 6: er at det iallefall på immaterialrettens område er grunnlag for å operere med en ulovfestet regel om vinningsavståelseskrav. Norsk Høyesterett har riktignok ikke tatt stilling til dette spørsmålet, men dommen i Rt. 2007 s. 817 kan forstås som et steg i retning av eksplisitt anerkjennelse av en slik regel. Det foreligger dessuten en rettskraftig lagmannsrettsdom fra 2007 hvor retten tilkjente vinningsavståelseskrav på ulovfestet grunnlag i et tilfelle som gjaldt patentinngrep. Anke over dommen har blitt nektet fremmet av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Utvalget viste til at avgjørelsens betydning utenfor den aktuelle saken ikke ga grunn til at anken ble prøvd av Høyesterett! I tillegg til dette kan både positivt rettsstoff fra tilgrensende rettsområder og tungtveiende reelle hensyn gi bidrag til danning av en regel om vinningsavståelseskrav.

Jon Christian F. Nordrum

Suverænitæt og internationale
investeringsaftaler

Suverænitets og internasjonale investeringsaftaler

Fungerende lovrådgiver *Jon Christian Fløysvik Nordrum*, Norge

Bilaterale investeringstraktater (BIT) gir utenlandske investeringer vern mot myndighetsmisbruk fra vertstaten. Traktatene er ment å veie opp for at vertstatens rettsregler og institusjoner ikke varetar investors rettigheter – og blir vanligvis inngått mellom et vestlig utviklet land og et utviklingsland. Traktatene gir investor selv – uten hjelp fra hjemstaten, og uten krav om å uttømme nasjonale rettsmidler – adgang til å saksøke vertstaten for et voldgiftstribunal.

Referenten spør om BIT beskytter de investorer som reelt sett trenger beskyttelse. Han peker på at BIT vanskeliggjør nødvendig regulering og at voldgiftssystemet er lite egnet til å prøve myndighetsutøvelse. Han viser også til at det er betydelig usikkerhet knyttet til BIT, og at de over 2500 bilaterale investeringstraktatene utgjør en uoversiktlig, uforutsigbar og usikker regulering av internasjonale investeringer som både myndigheter, investorer og andre vanskelig kan ha oversikt over.

Referenten foreslår at investeringsvernet avgrenses til enkeltinvesteringer. Slik kan vertstaten gi ekstraordinært vern for de kapitalkrevende investeringer på områder der behovet for utvikling er størst. Samtidig har vertstaten forutsigbarhet og oversikt over hvilke forpliktelser innrømmelsen medfører.

1. Innledning

En investeringstraktat – oftest bilateral (BIT) – er en avtale mellom stater om gjensidig beskyttelse av investeringer. Traktaten forbyr den kapitalimporterende staten – vertstaten – å ekspropriere investeringer uten erstatning, eller å diskriminere eller behandle investoren fra den kapitaleksporterende staten – hjemstaten – dårligere enn et visst minstenivå.¹ BIT gir investor adgang til å saksøke vertstaten direkte for et internasjonalt voldgiftstribunal. Som oftest inngås BIT mellom et utviklingsland på den ene siden og et utviklet land på den andre siden.²

¹ Jeg benytter termen investeringstraktat fremfor investeringsavtale. Sistnevnte kan misforstås å vise til avtaler mellom vertstat og investor om en investering i motsetning til en traktat mellom to stater. (Investeringstraktat samsvarer også bedre med det engelske begrepet Bilateral Investment Treaty). Avtaler mellom investor og vertstat omtaler jeg som investeringskontrakt eller vertstatskontrakt.

² Blant utviklingsland inkluderer jeg i denne sammenhengen land med overgangsökonomi. Med overgangsökonomi mener jeg en stat som er i ferd med eller nylig har gått over fra en sentralt planlagt økonomi til markedsøkonomi. Dette omfatter blant annet flere land i Øst-Europa samt tidligere Sovjet-stater. Også noen utviklede land har inngått traktater seg imellom. For eksempel regulerer the North American Free Trade Agreement (NAFTA) kapittel 11 investeringer. Den europeiske energichartertraktaten (ECT) vedtatt i Lisboa 17. desember 1994 regulerer investeringer innen energisektoren. Traktatstatene inkluderer flere utviklede land, deriblant de nordiske land med unntak av Norge, se <http://www.encharter.org/>.

La meg gi et eksempel: I likhet med de andre nordiske stater har Norge inngått en BIT med Russland.³ I traktaten har Norge gitt alle russere et ubetinget tilbud om å bruke voldgift for å løse enhver tvist med den norske stat om russiske investeringer i Norge.⁴ Dette innebærer at en russisk investor som blir rammet av for eksempel en miljøregulering, et forbud mot å utvinne mer kull på Svalbard, eller blir nektet tillatelse til å bygge hotell i Tromsø eller å fusjonere sitt selskap i Norge med et annet selskap, kan velge å saksøke Norge for et internasjonalt voldgiftstribunal i tillegg til, eller i stedet for, å saksøke staten ved Nord-Troms eller Oslo tingrett.⁵ Russeren kan gjøre det samme om han eier aksjer i et norsk selskap eller i for eksempel et tysk selskap som har investert i Norge.⁶ Voldgiftstribunalet vil prøve om de norske myndighetsvedtakene krenker investors rettigheter etter Norge-Russland BIT og i så fall tilkjenne investoren erstatning. Voldgiftstribunalets behandling og avgjørelse er konfidensiell – med mindre den russiske investoren og Norge blir enige om noe annet. Avgjørelsen kan ikke ankes og den har umiddelbar rettskraft i de aller fleste stater. Nordiske selskaper i Russland kan på tilsvarende vis saksøke den russiske stat.

Norge-Russland BIT er langt fra unik. I dag beskyttes utenlandske investeringer av mer enn 2500 investeringstraktater. I dette referatet spør jeg hvorfor vi inngår BIT, om BIT virker etter sitt formål, om beskyttelsen omfatter for mange og om systemet er egnet til å prøve offentlig myndighetsutøvelse.

2. Hvem trenger investeringsbeskyttelse og hvem er beskyttet av BIT?

Investeringer er et gode. For investorer fordi det gir avkastning, for vertstaten (normalt et utviklingsland) fordi det bidrar til økonomisk vekst og utvikling. Det er altså en felles interesse i at det investeres.

En investor er imidlertid svært sårbar for vertstatens maktmisbruk, og har ofte – med god grunn – ikke tillit til forvaltning, domstoler og lovgiver i vertstaten. Dette gjelder for enhver type investering i vertslandet. Men tillitsproblemet blir satt

³ "Agreement between the Government of the Kingdom of Norway and the Government of the Russian Federation on Promotion and Mutual Protection of Investment", signert i Oslo 4. oktober 1995 (Norge-Russland BIT). De nordiske land har inngått en rekke BIT: Danmark (46), Sverige (60), Finland (52), Island (7) og Norge (15). Tallene omfatter traktater som er i kraft 1. juni 2006 og er hentet fra UNCTADs "Investment Instruments Online" januar 2008. Alle BIT det refereres til i denne artikkelen kan lastes ned fra samme sted.

⁴ Voldgiften kan løse: "Disputes ... in connection with an investment", jf. Norge-Russland BIT artikkel 8.

⁵ Norge-Russland BIT foreskriver *ad-hoc* voldgift eller voldgift ved Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitutt (SCC) etter FNs kommisjon for internasjonal handelsrett (UNCITRAL) sine voldgiftsregler, jf. artikkel 8. Avgjørelsen anerkjennes og håndheves etter reglene i Konvensjonen om anerkjennelse og fullbyrdelse av voldgiftsdommer (1958) (New York(NY)-konvensjonen), jf. artikkel 8. Alle de nordiske statene har ratifisert NY-konvensjonen.

⁶ Dersom det russiske selskapet eier 30 % av et estisk selskap, vil det russiske selskapet trolig både kunne kreve sitt tap dekket etter Norge-Estland BIT og Norge-Russland BIT, jf. *Lauder mot Tsjekkia* (UNCITRAL – USA-Tsjekkia BIT) 3. september 2001. Se også Noah D. Rubins og N. Stephan Kinsella "International Investment, Political Risk, and Dispute Resolution: A Practitioner's Guide" side 287.

særlig på spissen der investoren har kunnskapen og kapitalen som er nødvendig for at vertstaten skal få realisert store samfunnsoppgaver – enten det er å bygge ut offentlig infrastruktur som vei, jernbane, eller det er å utvinne naturressurser som olje og mineraler. Slike langsiktige investeringer kan analyseres som en *obsolescing bargain*.⁷ Forhandlingsstyrken i investeringsprosjektet forandres gjennom prosjektets levetid. I begynnelsen trenger vertstaten investeringen og tilbyr attraktive vilkår. Når prosjektet er i gang og investor får avkastning har vertstaten allerede fått det den trenger. Investoren har blitt *overflødig*. Vertstaten har da et incentiv til å endre den opprinnelige kontrakten, i ekstreme fall ved ekspropriasjon, men også ved avgifts- eller skattekjerpelser eller ved å benytte den fornyede forhandlingsstyrken til å reforhandle kontraktens vilkår. Jo større den innledende investeringen er, desto sterkere incentiv for vertstaten, desto større behov for beskyttelse har investor.

Problemet både vertstat, hjemstat og investor står overfor, er hvordan investor – tross fraværet av troverdige rettslige institusjoner – skal få redusert den politiske risikoen til et akseptabelt nivå slik at han *likevel* velger å investere. Den interne rettsorden er utilstrekkelig for formålet dersom investor ikke stoler på forvaltning, domstoler og lovgiver. Investor trenger med andre ord rettslig *beskyttelse utenfor vertstatens kontroll*.

Den alminnelige folkeretten begrenser vertstatens adgang til å ekspropriere investeringer og stiller visse krav til hvordan utlendinger kan behandles. Men for investorer er folkerettens håndheving – diplomatisk beskyttelse fra hjemstaten – utilstrekkelig for formålet. For å oppnå slik beskyttelse må investor gjennom mange strevsomme etapper. Beskyttelse kan først gis etter at investoren har uttømt nasjonale rettsmidler. Det er en prosess som kan ta lang tid, og mulighetene til å nå frem kan være små. Deretter er investor avhengig av at hjemstaten finner det hensiktsmessig å innlede forhandlinger med – eller saksøke – vertstaten. Også det kan ta tid og være komplisert, og for hjemstaten kan det være utenrikspolitisk sensitivt å gi beskyttelse. Det kan være i både vertstatens og hjemstatens interesse å *avpolitisere* konflikter om investeringer ved at de løses uten å inkludere hjemstaten. Det synes altså å være behov for å gi investorer og vertstater mulighet til å løse tvister utenfor vertstatens rettsorden og uten at det involverer hjemstaten.

Konvensjonen om løsning av tvister om investering mellom stater og utlendinger (ICSID) fra 1967 gir en slik mulighet.⁸ ICSID etablerer prosessregler og et

⁷ Raymond Vernon, "Sovereignty at Bay: the Multinational Spread of U.S. Enterprises" 46-53 (1971)

⁸ ICSIDs forpliktelser er gjennomført i norsk rett ved lov 8. juni 1967 nr. 3 om å setja i verk avtala 18. mars 1965 om løysing av tvistar mellom ein stat og borgarar i andre statar om investeringar (lov om internasjonale investeringstvistar). Gjennomføringslovene i Danmark og Sverige inneholder tilsvarende bestemmelser, se således lag (1966:735) om erkännande och verkställighet av skiljedomar i vissa internationella investeringstvistar § 1 og lov 15. desember 1967 nr. 466 om anerkendelse og fuldbyrdelse af kendelser vedrørende visse internationale investeringstvistar m.v. § 1. ICSID ligger institusjonelt under Verdensbanken. 143 stater har ratifisert ICSID-konvensjon, jf. <http://www.worldbank.org/icsid>. Voldgift kan etter mange BIT også innledes ved Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstitut (SCC) eller *ad hoc* med grunnlag i UNCITRALs regler som i Norge-Russland BIT. Voldgift etter disse reglene drøfter jeg ikke i dette referatet, de samme spørsmålene reiser seg for disse voldgiftsordningene som for ICSID. ICSID er i dag det mest brukte og etablerte voldgiftsinstituttet.

voldgiftsinstitutt. Samtykke til voldgift for ICSID er et substitutt for de vertstater som ikke innenfor sine grenser kan tilby troverdige rettslige institusjoner til investor. Vertstaten kan samtykke i forbindelse med en konkret tvist, i en investeringskontrakt eller ved å gi et generelt forhåndssamtykke i en investeringstraktat. Når samtykke er gitt, kan investor saksøke vertstaten direkte uten hjemstatens medvirkning og normalt uten å uttømme nasjonale rettsmidler.⁹ Voldgiftstribunalet har myndighet til å pålegge staten å erstatte tapet investor er påført som følge av vertstatens handlinger. Selv om ICSID ble etablert i 1967, er det først de senere år at muligheten for voldgift i noen utstrekning er tatt i bruk.¹⁰ Nordiske investorer har ved flere anledninger benyttet investeringsvoldgift for ICSID eller andre voldgiftsformer.¹¹

Håndheving og anerkjennelse av ICSIDs voldgiftsavgjørelser skiller seg også fra alminnelig folkerett. Etter folkeretten er investor – dersom vertstaten ikke respekterer en avgjørelse – avhengig av at hjemstaten presser på for at avgjørelsen skal fullbyrdes. ICSIDs voldgiftsavgjørelser er statene derimot forpliktet til å anerkjenne og gjennomføre som om de var *endelige dommer* av en domstol i staten, jf. ICSID artikkel 54 og i norsk rett lov om internasjonale investeringstvister § 2.¹² Adgangen til å overprøve avgjørelsene er svært begrenset. De kan bare annulleres etter ICSID artikkel 52, dersom det avdekkes alvorlige saksbehandlingsfeil. Det er ingen åpning for overprøving ved en nasjonal domstol.

Det er ingen nødvendig sammenheng mellom ICSID og BIT. En investor er sikret voldgift enten ved at investoren har inngått en investeringskontrakt (vertstatsavtale) med en klausul om voldgift med vertstaten, eller ved at vertstaten og hjemstaten har inngått en investeringstraktat (BIT). Det spesielle med BIT er at den normalt gir et generelt forhåndssamtykke til alle investorer. Omfanget av samtykket er dermed uavhengig og går meget lenger enn der det er gitt et samtykke i en investeringskontrakt eller i forbindelse med en konkret tvist. Staten *vet ikke hvilke tvister* den samtykker

⁹ Investor-stat-tvisteløsning etter uttømming av nasjonale rettsmidler forekommer sjelden, et eksempel er Jamaica-Storbritannia BIT. Men det er vanlig at BIT inneholder såkalte "avkjølingsperioder" før søksmål kan anlegges ("cooling off period"), et eksempel er Finland-Costa Rica BIT artikkel 10 nr. 2 med tre måneders avkjølingsperiode.

¹⁰ I de første 26 årene etter at konvensjonen trådte i kraft ble 26 saker anlagt, hvorav 15 ble forlikt. Til sammenligning ble det alene i første halvdel av 2003 anlagt 24 saker, jf. Julian D. M. Lew, "ICSID Arbitration: Special Features and Recent Developments" side 269 i "Arbitrating Foreign Investment Disputes" red. Norbert Horn (2004).

¹¹ Parkerings-Compagniet (Norge) mot Litauen (ICSID sak nr. ARB/05/8), Telenor (Norge) mot Ungarn ICSID (sak nr. ARB/04/15) (2006), Czechoslonor (Norge) mot Tsjekkia (mulig sak) ifølge Nordic News 2/ 2006 Nordic Chamber of Commerce in the Czech Republic, Swembalt AB (Sverige) mot Latvia (2000) (UNCITRAL), Nykomb Synergetics (Sverige) mot Latvia (Energy Charter Treaty) Stockholm Chamber of Commerce (SCC), Ioan og Viorel Micula m.fl. (Sverige) mot Romania (ICSID sak nr. ARB/05/20) (uavsluttet), OKO m.fl. (Finland) mot Estland (ICSID sak nr. ARB/04/6) (uavsluttet), Skandinavisk selskap mot tidligere Sovjet-stat (UNCITRAL) (saken er satt i gang 2005). Opplysningene er hentet fra <http://www.unctad.org/ia-dbcases/>.

¹² Dette gjelder også avgjørelser som retter seg mot andre konvensjonsstater. Tilsvarende fremgår av § 2 i den svenske og danske loven.

til at skal løses ved voldgift. BIT beskytter alle foretatte og fremtidige investeringer mot inngrep fra staten som skjer etter traktatens inngåelse.¹³

Investorer som lider tap på grunn av vertstatens handlinger vil altså kunne ha flere rettsmidler. De ulike rettslige grunnlagene gir ulik prøvingsmyndighet til tvisteløsningsorganet og håndhevingen og sanksjonsmulighetene i etterkant av avgjørelsen vil være ulik. Forenklet og skjematisk kan grunnlagene fremstilles slik:

Rettslig grunnlag	Prøving av vertstatens handlinger		Tvisteløsning	Håndheving
	Kontraktsprestasjon	Myndighetsutøvelse		
Folkerettslig sedvane	Nei	Ja	Stat-stat-voldgift	Avhenger av press fra hjemstat
Samtykke i investerings-traktat (BIT)	Nei	Ja	Investor-stat-voldgift (direkte)	ICSID: avgjørelsene er umiddelbart rettskraftige i konvensjonsstatene.
	Paraplyklausul ¹			
Samtykke i investerings-kontrakt	Ja	Nei		
		Stabiliseringsklausul ²		
Lov (nasjonalt)	Ja	Ja	Investor-stat (domstol)	Europa: Luganokonv.
Kontrakt (nasjonalt)	Ja (avtalt voldgift)	Nei	Investor-stat (voldgift)	Internasjonalt: NY-konv.

¹ Normalt gir ikke BIT grunnlag for å prøve om vertstaten har overholdt en kontrakt. Men dette kan inkluderes med en såkalt paraplyklausul (*umbrella clause*) i traktaten. Paraplyklausuler slår typisk fast at staten er forpliktet til å respektere enhver forpliktelse – også privatrettslige – den har påtatt seg.

² I utgangspunktet gir ikke en kontrakt vern mot at vertstaten endrer offentlige reguleringer relevant for kontrakten. Men slikt vern kan avtales ved en såkalt stabiliseringsklausul. Stabiliseringsklausuler forplikter typisk vertstaten til ikke å endre offentlige reguleringer relevant for investeringen etter kontraktsinngåelsen. Se nærmere Peter T. Muchlinski, "Multinational Enterprises and the Law" (2. utg., 2007) side 577 flg. Margarita T.B. Coale, "Stabilization clauses in international petroleum transactions", 30 Denver Journal of International Law and Policy (2002) side 217.

Spørsmålet blir så om *nordiske* investorer har behov for at de nordiske stater inngår investerings**traktater** for å få beskyttelse?

Investerings**kontrakter** er særlig aktuelle der investeringen er stor, for eksempel investeringer i offentlig infrastruktur eller utvinning av naturressurser. Investoren har i slike prosjekter forhandlingsstyrke til å få igjennom en klausul om ICSID-voldgift. I kontrakten kan det også inntas en stabiliseringsklausul der vertstaten går med på å

¹³ Traktaten kan sies opp. I så fall gir en typisk BIT investor som har investert før oppsigelsen, vern mot myndighetsinngrep for en viss tidsperiode, for eksempel ti til tjue år frem i tid. Det norske utkastet til BIT-modell (på høring vinteren 2008, tilgjengelig på: <http://www.nhd.dep.no> under "høringer") artikkel 35 forlenger beskyttelsen 15 år frem i tid, den danske BIT-standard draft med 10 år, jf. artikkel 16, og den svenske med 20 år, jf. artikkel 11.

fryse offentlige reguleringer som er relevant for investeringen ved kontraktstidspunktet.¹⁴ Investoren oppnår derved den nødvendige beskyttelse gjennom investeringskontrakten og trenger altså ikke traktatvern.

Grovt sagt kan man si at det er tre grupper av investorer der muligheten for en investeringskontrakt ikke gir tilstrekkelig beskyttelse. Den første er investorer med så liten forhandlingsstyrke at de ikke oppnår en voldgiftsklausul etter sitt ønske. Dette er typisk mindre investorer med investeringer som ikke – isolert sett – er særlig viktige for vertstaten. Den andre gruppen er investorer som ikke er i et kontrakts- eller konsesjonsforhold med vertstaten. Den tredje gruppen er investorer som har indirekte investeringer/porteføljinvesteringer. BIT skiller seg fra den alminnelige folkeretten ved at også indirekte investorer nyter vern.¹⁵

Dersom det er et stort flernasjonalt selskap som investerer uten investeringskontrakt, vil de – uavhengig av hva de nordiske stater foretar seg – trolig innrette seg slik at de har beskyttelse ved for eksempel å stifte holdingselskaper i stater som har BIT som bare stiller krav til investor om at det skal være et selskap dannet i samsvar med landets lovgivning. (Det kan også være skattemessige årsaker til at de velger en slik fremgangsmåte.) Store flernasjonale selskaper er også godt rustet til å øve press på vertstatens myndigheter også på ikke-rettslige måter, for eksempel ved å påvirke politiske beslutningstakere.

For små og mellomstore selskaper som har behov for beskyttelse derimot, er det vanskeligere å organisere seg slik at de har sikkerhet mot risiko gjennom holdingselskaper i andre land. For disse investorene vil traktatvern som utgangspunkt være ønskelig. Problemet slike selskaper imidlertid kan erfare er at selv om de skulle ha samtykke til ICSID-voldgift ved en kontrakt, traktat eller ved et holdingselskap i et annet land vil trolig voldgift bli for kostbart.¹⁶ Selv om de store flernasjonale selskapene trenger det minst, er det altså mye som tyder at det først og fremst er de som kan nyttiggjøre seg rettsmidlene BIT tilbyr.

Dette skaper en paradoksal reell diskriminering mellom store flernasjonale selskaper på den ene siden, og små og mellomstore selskaper og innenlandske selskaper på den andre siden. De sistnevnte kan være prisgitt et mulig korrumpert, skjørt eller tregt domstolssystem, mens store flernasjonale selskaper kan gå rett til et internasjonalt tribunal. Men fordelene gjelder i alle stater – også velutviklede rettsstater.¹⁷ Traktaten gir et *alternativt* rettsmiddel i tillegg til de nasjonale. Selskapene trenger verken klage til

¹⁴ Se fotnote 2 til oversigten på forrige side.

¹⁵ Det er noe usikkert hvor langt folkerettens vern strekker seg, men det er klart at de fleste BIT går meget lenger enn folkeretten, jf. Christoph Schreuer: "Shareholder Protection in International Investment Law", 2 Transnational Dispute Management (2005) side 6 flg.

¹⁶ Gus Van Harten og Martin Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", 17 European Journal of International Law (2006) side 138. Se nærmere om kostnadene knyttet til voldgift i punkt 6 nedenfor.

¹⁷ Vicki Been and Joel C. Beauvais, "The Global Fifth Amendment? NAFTA's Investment Protections and the Misguided Quest for an International 'Regulatory Takings' Doctrine". New York University Law Review, April 2003 (<http://ssrn.com/abstract=337480>), side 91 flg.

forvaltningen eller saksøke for domstolen, men kan enkelt og greit stevne direkte for voldgiftstribunalet. Det gir et ekstra våpen i arsenalet mot regulerende myndigheter (se punkt 6 nedenfor). Fordelen gis selskaper som allerede i kraft av sin mobilitet og fleksibilitet har en rekke fordeler fremfor nasjonale selskaper og mindre selskaper. Konkurransfordelen får utslag både før og etter at en regulering er foretatt. Før ved at investoren kan påberope seg et ekstra vern og true med søksmål, etter ved at investoren har ett rettsmiddel mer og dermed større sjanse til å få erstatning.

BIT-systemet medfører at det er ulik adgang til å regulere overfor ulike investorer. Innenfor et gitt marked vil det være ulike aktører med ulikt vern. Det rettslige privilegiet som blir gitt store flernasjonale selskaper, korresponderer dårlig med begrunnelsen for BIT.

Det er verd å merke seg at tradisjonelt har individrettigheter og tilhørende klageordninger innen folkeretten vært innrømmet *svake* grupper, typisk urfolk og minoriteter eller med sikte på vern av grunnleggende menneskerettigheter. Disse klageordningene er alle *sekundære* til hjemstatens rettsmidler, fordi det kreves at nasjonale rettsmidler er uttømt. BIT gir derimot reelt sett investeringsbeskyttelse til noen få – de sterkeste – og om rent økonomiske rettigheter, og uten at de trenger å uttømme nasjonale rettsmidler.

Tese 1: Det er først og fremst små og mellomstore selskaper som trenger beskyttelse for sine investeringer. BIT fungerer først og fremst som et verktøy for større flernasjonale selskaper.

3. Bidrar BIT til utvikling i utviklingsland?

Det kanskje viktigste anførte argumentet for investeringsbeskyttelse er at den bidrar til utvikling. Det fremgår av de nordiske forarbeidene til gjennomføringen av ICSID i nasjonal rett at nettopp utviklingspolitiske hensyn var motiverende for å lage et voldgiftstribunal som kunne løse tvister mellom investorer og vertstater. Som det sies i de svenske forarbeidene:¹⁸

”De enskilda insatser som görs från industriländernas sida genom kommersiella transaktioner med u-länderna har ofta stor betydelse för dessa länders framåtskridande. Gennom dessa innsatser tillförs u-länderna både kapital och kunnande. Världsbankens initiativ till en konvention om biläggande av investeringstvister utgör ett led i strävandena att skapa gynnsammare förutsättningar för privata investeringar i u-länderna. Konventionen syftar till att stärka det ömsesidiga förtroendet mellan investerare och värdland.”

Det er stor enighet om at økte direkte investeringer bidrar til utvikling. Men det kan være grunn til å spørre om investeringstraktatene bidrar til utvikling. Så langt tyder undersøkelser på at *dersom* BIT fører til økte investeringer, er det tale om et lite bi-

¹⁸ Prop. 1966:146 side 10.

drag.¹⁹ Kunnskapen vi så langt har, er usikker. I tillegg har få (ingen?) undersøkelser vurdert sammenhengen mellom investeringer og *innholdet* i traktatene. Det kan også være grunn til å spørre om økte investeringer i ett utviklingsland kan være investeringer som uten BIT iallfall ville gått til et annet utviklingsland (*handelsvridning*). I så fall vil BIT bare bety noe for fordelingen av investeringer mellom utviklingsland. Undersøkelsene knytter seg til direkte investeringer, men BIT beskytter også *indirekte* investeringer. Om slike investeringer bidrar til utvikling, er svært omdiskutert.²⁰ Spørsmålene her er mange, svarene er få.

På den annen side kan det spørres om det er sider ved BIT som kan *hindre* utvikling. BIT setter de samme formelle begrensninger for vertstaten enten det er et utviklingsland eller utviklet land (se punkt 5 nedenfor). Det er likevel klare reelle forskjeller. I utviklingsland er det ikke bare *økonomiske* verdier som ofte nyter et for svakt vern, men også *ideelle* verdier som miljø- og naturressurser, kulturressurser og mennesker. For slike verdier er beskyttelsesnivået i utviklingsland vesentlig lavere enn i utviklede land. Til dette kommer at flernasjonale selskapers ofte investerer i naturressurser som det er særskilt behov for å regulere.²¹ *Behovet* for reguleringer er altså større.

Skjøre institusjoner i utviklingslandene kan vike tilbake for å utfordre sterke økonomiske krefter. For myndighetene kan det være uoverkommelig å utrede om reguleringer er innen grensene satt i en BIT. Utviklingsland flest har heller ikke nødvendigvis ressurser til å la seg representere godt for internasjonale voldgiftsribunaler og en investeringstvist kan gi vertstaten uønsket publisitet som et land med høy politisk risiko. Dermed kan trusler fra flernasjonale selskaper om, eller bare muligheten for, søksmål bli avgjørende for om det reguleres. For mange utviklingsland er det trolig heller ikke et alternativ å regulere mot erstatning, det blir for kostbart. BIT kan altså gjøre det vanskelig for utviklingsland å heve beskyttelsesnivået for ideelle verdier (se punkt 6 nedenfor). FNs generalsekretærs spesialrepresentant for næringsliv og menneskerettigheter professor John Ruggie har uttrykt at BIT kan hindre effektivt menneskerettsvern.²²

Det kan også tenkes at man ved å omgå vertstatens institusjoner kan forsterke problemet med svake eller partiske domstoler, ved at presset på institusjonene minsker.²³ Samlet er det altså grunn til å spørre om det er sider ved BIT som er egnet til å hindre utvikling.

¹⁹ Susan D. Franck, "Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration and the Rule of Law" 19 McGeorge Global Business and Development Law Journal (2007) side 352 flg. gir en oversikt over publiserte undersøkelser.

²⁰ Somarajah, M., "The International Law on Foreign Investment", (2. utg., 2004) side 227 flg.

²¹ UNCTAD World Investment Report 2007, "Transnational Corporations Extractive Industries and Development" side XXI flg.

²² Pressemelding fra FN 22. juni 2007. http://www.dgvn.de/fileadmin/user_upload/DOKUMENTE/Presse_Meldungen/Pressrelease_DGVN_Ruggie.pdf

²³ Tom Ginsburg, "International Substitutes for Domestic Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance", 25 International Review of Law and Economics (2005). Se likevel Franck (2007) (fotnote 21) side 365 flg. som presenterer ulike syn på spørsmålet.

Hvorfor inngår utviklingsland BIT dersom traktatene ikke nødvendigvis bidrar til utvikling? Jeg foreslår noen enkle grunner til dette: Siden nittitallet har dette vært "det riktige å gjøre". Internasjonale normsettere som Det internasjonale pengefondet, Verdensbanken og sterke industriland har oppfordret til å inngå BIT. Oppfordringene har nok også vært fulgt av et visst press, for eksempel ved at investeringstraktater har blitt stilt som betingelse for utviklingshjelp og for lån.²⁴ Gevinsten er da umiddelbar, mens kostnaden først blir synlig når vertstaten ønsker å regulere. Trolig har flere utviklingsland heller ikke tilstrekkelig juridisk kompetanse til å forstå traktatene fullt ut.²⁵

Det er også verd å merke seg at Botswana og Brasil, som har blant Afrikas og Sør-Amerikas mest vellykkede økonomier, i svært liten utstrekning har inngått BIT.²⁶ Grunnen til at Brasil ikke ønsker slike traktater er de begrensninger traktatene legger på myndighetenes mulighet til samfunnsnyttig regulering.²⁷ ASEAN-statene inngår BIT der bare godkjente investeringer nyter beskyttelse etter traktatene.²⁸ Bakgrunnen er at disse statene ønsker å reservere den særskilte beskyttelsen for de investeringer det er størst behov for.

Tese 2. Det er ikke forholdsmessighet mellom det en oppnår av utvikling og ulempene ved BIT.

4. Vil investorer benytte voldgift mot nordiske land?

Så langt har jeg sett på BIT fra investors og fra utviklingsvertstatens ståsted. Hvilken betydning har BIT for de nordiske land? Folkerettens investeringsvern leder lett tankene til konfiskasjon til berikelse for makthaveren eller noen som står ham nær,

²⁴ Somarajah (2004) (fotnote 20) side 208.

²⁵ Somarajah (2004) (fotnote 20) side 207. Per Christian Nordtømme, "Folkerettens regler om beskyttelse av utenlandske investeringer", *Industribygging og rettsutvikling, juridisk festskrift i anledning Hydros 100-årsjubileum* (2005) side 572 beskriver overraskelsen hos bulgarske myndigheter da de i forbindelse med *Plama mot Bulgaria* ICSID sak nr. ARB/0324 fant ut at det var riktig som det ble hevdet at Bulgaria hadde inngått en investeringstraktat.

²⁶ Botswana har signert 4 investeringstraktater og ratifisert en. Brasil har signert 14, men ikke ratifisert noen.

²⁷ J. G. Scandiucci Filho, "The Brazilian Experience with Bilateral Investment Agreements: A Note" UNCTAD (2007).

²⁸ Indonesia, Filippinene, Singapore, Malaysia og Thailand (ASEAN) inntar i litt ulike former krav til at den enkelte investering må være "godkjent" for å få beskyttelse. Et eksempel er Malaysia-Sverige BIT artikkel 11 e) i) som avgrensner beskyttede investeringer til: "is invested in a project classified by the appropriate Ministry in Malaysia in accordance with its legislation and administrative practices as an approved project". Singapore er mer eksplisitte, i enkelte av Singapores BIT er beskyttelse reservert investeringer som er "specifically approved in writing by the contracting party", jf. for eksempel Singapore-Frankrike BIT artikkel 9. Investeringskapittelet i EFTA-Singapore tilbyr en annen variant – tvisteløsning under ICSID er betinget av at partene er enige om det, eller ved at det er gitt samtykke i en kontrakt med investor, artikkel 48.

av vestlige borgeres eiendom i utviklingsland der lov og rett er hva makthaveren til enhver tid gjør eller sier. I dette perspektivet fremstår det lite trolig at investorer skulle ha behov for å bruke voldgift mot nordiske stater. BIT blir oftest analysert ut fra vestlige staters offensive interesser og ikke ut fra begrensningene traktatene setter. Traktatene blir da heller ikke inngått for å gi vern mot nordiske myndigheter, men for å ivareta utviklingslandenes behov for kapital og nordiske investorers behov for vern. Investeringstraktaten skal bøte på et *utviklingsproblem* – en uutviklet rettsstat. Slik sett er altså vernet mot nordiske myndigheter en *bivirkning*. Hvilke begrensninger vil denne bivirkningen kunne medføre for de nordiske land?

Traktatene begrenser bare vertstatenes handlefrihet dersom det er investorer i vertstaten som er beskyttet av en BIT. Disse investorene skaper på sett og vis rettslige enklaver i vertstaten. Det er dermed relevant om det er – eller vil bli – beskyttede investeringer i Norden. En investeringstraktat med et fattig, lite afrikansk land vil trolig ha liten eller ingen betydning for nordiske myndigheter, simpelthen fordi investorer fra disse landene neppe vil investere i Norden. Dersom dette var situasjonen for alle BIT kunne man – av hensyn til *nordiske* myndigheters styringsfrihet – ukritisk inngå investeringstraktater.

Slik er det ikke. Tradisjonelt har riktignok investeringene gått fra nord til sør, fra industrialiserte land til land i overgang eller utvikling, og fra vest til øst. Men dette endres raskt. Verdensøkonomien vokser og skrider over stadig nye grenser. Direkte og indirekte investeringer i utlandet øker – ikke bare i absolutte tall – men også relativt sett i forhold til verdens totale investeringer. Direkte utenlandsinvesteringer økte fra 618 milliarder dollar i 2002 til 1.475 billioner dollar i 2007.²⁹

Det er verdt å merke seg at utviklingslandene *øker* sin relative andel av grenseoverskridende investeringer.³⁰ De såkalte BRIK-landene – Brasil, Russland, India og Kina – står for en vesentlig del av veksten, og utviklingen betegnes av flere som en "global revolusjon".³¹ Rundt 20 000 fjerneasjonale selskaper har i dag sitt hovedkvarter i utviklingsland med økonomi i rask vekst.³² Fire av de fem største olje og gasselskaper og seks av verdens ti største banker er basert i utviklingsland.³³ Nær våre land er det verd å merke seg fremveksten av russiske naturressursselskaper. Et eksempel er russiske *Gazprom*, verdens største petroselskap. Et annet eksempel, med kjernevirksomhet nær Norden, er *MMC Norilsk Nickel* – verdens største produsent av palladium og nikkel. Selskapet har betydelige eierinteresser verden rundt – herunder i Finland (Harjavalta og Talvivaaran Kaivososakeyhtiö). Investorer fra utviklingsland

²⁹ Karl P. Sauvart, "Regulatory risk and the growth of FDI" i "World investment prospects to 2011 – Foreign direct investment and the challenge of political risk." Economist Intelligence Unit/Columbia Program on International Investment (2007) side 6.

³⁰ UNCTAD (2007) (fotnote 21) side 3 flg.

³¹ The Boston Consulting Group "The New Global Challengers – how 100 Top Companies from Rapidly Developing Countries Are Changing the World" (2006) side 5.

³² Sauvart (2007) (fotnote 29) side 69.

³³ UNCTAD (2007) (fotnote 21) side 177. Opplysningene om bankene er fra en oversikt gitt i Dagens Næringsliv 16. januar 2008 side 9. (Statistikk hentet fra Reuters Knowledge.)

har allerede investert i Norge. Et eksempel er brasilianske *Companhia Vale do Rio Doce (Rio Doce Manganese Norway AS)* som driver virksomhet i Mo i Rana og som vinteren 2008 er i konflikt med norske myndigheter om miljøreguleringer.³⁴ Norske *Aker Yards* er kontrollert av sørkoreanske *STX Corporation*.³⁵

Disse eksemplene er fragmenter av en virkelighet – men fragmenter som gir oss en idé om hvilken vei utviklingen går. Hva er situasjonen om tjuve til tretti år?

Det kan være nærliggende å anta at investorer ikke har *behov* for å saksøke land med god forvaltning, solide rettslige institusjoner og rimelige rettsregler, og at de dermed ikke vil benytte seg av internasjonale rettsmidler. Det dreier seg imidlertid ikke om behov, men om *muligheter*. En investor vil vurdere alle muligheter som er åpne for ham. Nordiske stater er aktive og regulerende stater som stadig blir – og nødvendigvis vil bli – utfordret for egne domstoler.

Spørsmålet blir derfor ikke om BIT-investorer vil saksøke nordiske stater, men heller *hvilket forum de vil velge*. BIT-voldgift er umiddelbart tilgjengelig. Realiteten er derfor at voldgift er et *alternativ* til nordiske domstoler. Det kan være rasjonelt for en utenlandsk investor å benytte voldgift istedenfor å klage eller saksøke nasjonalt. Investor kan til og med gjøre begge deler. Den rasjonelle investor vil vurdere hvilket forum som gir best muligheter for en avgjørelse i hans favør. Det kan også være andre grunner til at en investor velger voldgift. Han kan se seg tjent med konfidensialitet eller å unngå at tredjepartsinteresser intervensjoner, for eksempel miljøorganisasjoner. Internasjonalt søksmål – eller trusselen om det – kan tjene til å presse myndighetene eller gi et ekstra forhandlingskort.³⁶ Både fordi staten – etter en typisk BIT – må dekke egne saksomkostninger uavhengig av utfallet, og fordi det ikke er en ønskesituasjon for staten å forsvare en viktig samfunnsregulering for et voldgiftstribunal i Washington DC eller et annet sted. Staten har dermed et incentiv til å gi mer i en forhandlingssituasjon

³⁴ *Rio Doce Manganese Norway (RDMN)* ble politianmeldt av Statens forurensningstilsyn (SFT) 29. januar 2008.

³⁵ STX Corporation eier 39 % av Aker Yards og har med det negativ kontroll over selskapet. Dersom Norge – som Danmark, Sverige og Finland – hadde hatt BIT med Sør-Korea så kunne STX benyttet voldgift overfor Norge mot reguleringer som påvirker Aker Yards. STX Corporation kan også benytte Finland-Sør-Korea BIT som grunnlag for voldgift mot reguleringer som berører Aker Yards' verft i Helsinki, Turku og Rauma. Aker Yards har dermed indirekte fått *et nytt rettsmiddel* mot alle de 95 land som har BIT med Sør-Korea. For øvrig eier den kypriotiske (tidligere norske) forretningsmannen John Fredriksen 14 % av *STX Corporation*.

³⁶ Et eksempel i så måte er kanskje Telenor – Telenor mot Ungarn, ICSID sak nr. ARB/04/15 – som parallelt med saken for ICSID hadde flere rettslige prosesser i gang i Ungarn mot ulike deler av den samme regulering de ønsket å prøve for ICSID. Samtidig var de i dialog og forhandlinger med ungarske myndigheter knyttet til både deres løpende forretningsengasjementer i Ungarn og knyttet til konfliktene som dannede grunnlaget for rettsprosessen. Jeg antar at Telenor valgte å gå til ICSID *ikke fordi de hadde manglende tillit til ungarske institusjoner*; men fordi det var enda en rettslig mulighet som lå åpen for dem. De kan ha oppfattet det som hensiktsmessig å sette press på myndighetene ved et internasjonalt søksmål. Selv om søksmålet var og ble forfeilet, oppnådde trolig Telenor mer stabile rammebetingelser på sikt. Kanskje var en av grunnene til det at Telenor viste vilje til å saksøke Ungarn internasjonalt? Selv om søksmålet alene må betraktes som en fadese, er det ikke usannsynlig at det sett fra selskapets side var en god og riktig legalstrategisk vurdering å saksøke.

enn den ville ha hatt dersom investor bare hadde hatt søksmål for en nordisk domstol å true med.³⁷

Praksis viser allerede at investorer saksøker også velutviklede land: Både USA og Canada – ikke bare Mexico – har blitt saksøkt under investeringskapittelet i the North American Free Trade Agreement (NAFTA).³⁸ Gjensidigheten har for noen vært overraskende.³⁹ Også under andre BIT har det allerede vært anlagt søksmål mot vestlige stater.⁴⁰ Det samme kan skje med nordiske land.⁴¹

En nærliggende innvending mot advarselen over er at det har vært få søksmål hittil, og svært få mot utviklede stater. Jeg tror imidlertid det er begrenset nytte i å se bakover i tid. Antallet inngåtte BIT og tvister har ”eksplodert” siden slutten av nitti-tallet.⁴² Over halvparten av alle BIT er inngått etter 1995. To tredjedeler av alle 259 krav fremsatt frem til 2006 ble fremsatt etter 2002.⁴³ Investeringstraktatene er fortsatt lite kjent blant myndigheter, næringsliv og i offentligheten. Det er grunn til å tro at advokater og selskaper vil bli mer bevisst mulighetene investeringstraktater gir. Når betydningen av investeringstraktater skal diskuteres, må man – etter mitt skjønn – legge til grunn at det vil være beskyttede investorer i Norden og at søksmål mot Norden kan forekomme. Traktatene er *formelt* gjensidige og de vil i stadig større grad blir *reelt* gjensidige.

5. Hva betyr BIT for vertstatenes rettslige mulighet til å utøve myndighet?

Felles for BIT er at det er usikkert hvilke skranker de setter for vertstatens myndighetsutøvelse. Et eksempel kan være ekspropriasjonsstandarden i den norsk-russiske BIT:

³⁷ Se nærmere om kostnadene ved ICSID-søksmål i punkt 6 nedenfor.

³⁸ North American Free Trade Agreement (NAFTA) har bestemmelser om investeringsvern i avtalens kapittel 11. Kapittelet tilsvarer i all hovedsak en BIT og den innehar bestemmelser om investor-stat tvisteløsning. Investor-stat tvisteløsningen foregår vanligvis ved ICSID. Hittil har det vært 13 saker mot USA, 4 mot Canada og 12 mot Mexico, iflg. <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>. Det er riktignok verd å merke seg at ingen av søksmålene er anlagt av en *mexicansk* investor.

³⁹ Guillermo Aguilar og William W. Park, ”The New Face of Investment Arbitration: NAFTA chapter 11”, 28 *Yale Journal of International Law* 2003.

⁴⁰ Maffezini mot Spania (Argentina-Spania BIT, ICSID sak nr. ARB/97/7), Ashok Sancheti mot Tyskland (India-Tyskland BIT – UNCITRAL saken ble ikke fullført) (2000), Tysk investor mot Portugal (Tyskland-Portugal BIT – UNCITRAL 2002 – forlikt på et tidlig stadium.), ifølge UNCTAD: <http://www.unctad.org/iia-dbcases/>.

⁴¹ En naturlig parallell kan være den europeiske menneskerettskonvensjon – lenge var det en robust oppfatning om at klager mot de nordiske land var en ren utopi – i dag er det ren rutine.

⁴² Sornarajah (2006) (fotnote 20) side 267 og UNCTAD, ”Investor-state dispute settlement and impact on investment rulemaking” (2007) side 7.

⁴³ Tallene er ”very likely larger than what is known”, jf. UNCTAD, ”Investor-state disputes arising from investment treaties: a review” (2005). Andre enn ICSID-voldgiftstvister fremgår ikke nødvendigvis av statistikken. De 259 kravene var bare krav basert på BIT-samtykke. I tillegg kommer alle krav basert på en investeringskontrakt.

“Investments ... cannot be expropriated, nationalised or subjected to other measures having a similar effect ... except when the expropriation is done for public interest, under due process of law, is not discriminatory and is done against prompt and effective compensation.”

Det er vanskelig å utlede fra ordlyd eller praksis klare retningslinjer for når et inn-
grep innebærer ekspropriasjon.⁴⁴ Det finnes ingen internasjonalt akseptert defini-
sjon av ekspropriasjon og praksis er av begrenset verdi siden rettsgrunnlaget eller
partene sjelden er de samme. Man kommer ikke nærmere enn å forsøke å generali-
sere ut fra de få voldgiftsavgjørelse som hittil er avsagt.⁴⁵ Resultatet er at normen
gir et vidt skjønnsrom der tribunalene på forsvarlig vis kan konkludere ulikt. Vi vet
også fra nordisk rettspraksis og fra praksis ved Den europeiske menneskerettsdom-
stol at det kan være vanskelig å avgjøre hva som er ekspropriasjon.⁴⁶

Investeringstraktater forplikter også vertstaten til å behandle investoren likt
med innlendinger (nasjonal behandling) og *andre* utlendinger som er i en lik situa-
sjon (bestevilkårsbehandling). Et eksempel er den danske modellavtalen artikkel 3
nr. 1 som lyder:⁴⁷

“Each contracting party shall in its territory accord to investments made by
investors of the other Contracting Party fair and equitable treatment which
in no case shall be less favourable than that accorded to its own investors or
to investors, whichever is the more favourable from the point of view of the
investor.”

Likebehandlingsklausulene er altså også formulert åpent. Det er ikke nødvendigvis
lett å avgjøre hva som er lik behandling eller hvem som skal behandles likt.⁴⁸ Det
er ikke gitt at tribunalene deler nordiske myndigheters syn på hva som er relevante
forskjeller mellom investorer, eller hvilke grupper av investorer det er relevant å
sammenligne med. Forpliktelsen kan aktualisere grunnleggende spørsmål om for
eksempel miljø. Et eksempel er uenigheten knyttet til hvordan man skal vurdere
miljörisiko. I (deler av) Europa har føre-var-prinsippet festet rot hos regulerende
myndigheter, mens dette i (deler av) USA oppfattes som udokumentert og uvi-

⁴⁴ En generell oversikt over vernet gis i UNCTAD. “Taking of property”, (2000) (UNCTAD/ITE/IIT/15).
I de fleste traktatene er det særskilt uttalt at også ekspropriasjonslignende tiltak er omfattet. Blant begre-
pene som blir brukt er: “*de facto* expropriation”, “tantamount to expropriation”, “creeping expropriation”,
“indirect expropriation”, “constructive taking”, “regulatory taking”, “equivalent to nationalization or ex-
propriation” osv.

⁴⁵ Jan Paulsson, “Arbitrating Foreign Investment Disputes – Procedural and Substantive Legal Aspects”.
Studies in Transnational Economic Law Volume 19 Norbert Horn (red.) side 146.

⁴⁶ I norsk rett er vernet gitt aktualitet senest i Rt. 2007 side 1308 der den norske Høyesterett i plenum fant
at tomtfesteloven § 37 første og annet punktum, som ga festere rett til innløsning til 40 % av tomtens
verdi, var i strid med kravet til “full Erstatning” ved ekspropriasjon etter Grunnloven § 105.

⁴⁷ Se tilsvarende den svenske modelltraktaten artikkel 3 nr. 1.

⁴⁸ Rudolf Dolzer, “National Treatment: New Developments”, OECD 2005, side 2.

tenskelig regulering. Den beslektede diskusjonen rundt hvilke faktorer som kan inngå i en vurdering av om *produkter* er like, og dermed skal behandles likt, er velkjent fra praksis i WTO og EU/EØS. Det er ikke gitt at voldgiftstribunalene er egnet til å håndtere slike komplekse problemstillinger.

Likebehandlingsforpliktelsen gjelder også overfor utlendinger og innebærer at vertstaten må tilby *alle* investorer den beste behandlingen noen investor får (bedstevilkårsbehandling). Et åpent spørsmål er hvilke BIT-rettigheter som omfattes av denne retten. Kan investor påberope seg et sterkere ekspropriasjonsvern – eller lempeligere prosessforutsetninger – i en annen BIT? Praksis så langt har vært motstridende.⁴⁹ Det er usikkert hvilke virkninger bestevilkårsforpliktelsene har mellom BIT.

Vertstaten er videre forpliktet til ikke å behandle investoren dårlige enn et visst minimum uavhengig av om innlendingene blir behandlet tilsvarende dårlig, jf. den ovenfor siterte artikkel "... fair and equitable...". Folkerettens vern er mot klart urimelig behandling.⁵⁰ I voldgiftspraksis er vernet påberopt svært ofte og det er til løp til å fortolke vernet videre enn folkerettens vern til å være et generelt vern mot myndighetsmisbruk. Slike fortolkninger gjør forpliktelsen til et aktuelt grunnlag for prøving av myndighetshandlinger.⁵¹

Rettskildebildet forenkles ikke av at voldgiftstribunaler i enkelte tilfeller har kommet til motsatte forståelser av likelydende bestemmelser og endog motsatt resultat på grunnlag av samme faktum.⁵²

Tese 3: Det er betydelig usikkerhet knyttet til beskyttelsesstandardene i traktatene.

⁴⁹ I *Maffezini mot Spania*, ICSID sak nr. ARB/97/7, ble investor innrømmet å bygge på kravet om en venteperiode på 6 måneder før voldgiftssak i Chile-Spania BIT, istedenfor kravet om 18 måneder i Argentina-Spania BIT. I *Tecmed mot Mexico*, ICSID sak nr. ARB(AF)/00/2, ble bestevilkårsforpliktelsen avgrenset slik at den ikke omfattet "core matters".

⁵⁰ I den ofte siterte *Neer-saken* (USA mot Mexico), 15. oktober 1926 ble det uttalt at det var et vern mot behandling av en utlending som "amount[ed] to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of government action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency."

⁵¹ Gus Van Harten, "Investment Treaty Arbitration and Public Law" Oxford 2006 side 89, omtaler fortolkningspraksis som "adventurous".

⁵² William W. Burke-White og Andreas von Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", 48 *Virginia Journal of International Law*, (2008) side 34 flg. beskriver hvordan fire ulike tribunaler på grunnlag av samme faktum og rettsgrunnlag (USA-Argentina BIT) tok "diametrically different approaches" til unntaksbestemmelsen knyttet til nasjonale kriser. Tilsvarende, men da på grunnlag av samme faktum og to ulike rettsgrunnlag, fikk Ronald Lauder ikke erstatning gjennom sitt holdingselskap i Nederland etter Nederland-Tsjekkia BIT (CME mot Tsjekkia 9. februar 2001, UNCITRAL). Derimot fikk han erstatning som aksjonær etter USA-Tsjekkia BIT (Lauder mot Tsjekkia 3. september 2001, UNCITRAL).

6. Hva betyr BIT for vertstatenes reelle mulighet til å utøve myndighet?

Å regulere samfunn er ingen enkel sak. Lovgiver og forvaltning må passere en rekke hindre før nyttige reguleringer er på plass. God regulering forutsetter at rettslige skranker og økonomiske og administrative konsekvenser er kartlagt.

Folkerett oppfattes av mange som utilgjengelig. Investeringsretten er særlig vanskelig tilgjengelig. Det er ikke – som påpekt i forrige punkt – lett å vite hva rettsreglene går ut på. Det er også vanskelig å vite *hvilke* rettsregler som gjelder, fordi beskyttelsen til enhver tid avhenger av *hvem* som blir regulert. I og med at også indirekte investeringer er beskyttet, kan det i tillegg være vanskelig å *klar-gjøre* hvem det er som blir regulert. En varsomt regulerende vertstat kan se det som hensiktsmessig å forutsette at det i en gitt sektor er investorer som er vernet av en BIT.⁵³

En sidevirkning av at investorer har tilgang til så effektive rettsmidler, er at selve trusselen om søksmål i seg selv kan være et sterkt forhandlingskort. Muligheten for en kostbar rettslig prosess for et internasjonalt tribunal, om et regelverk det ikke er praksis rundt, og som det er usikkert hvordan skal forstås, kan få vertstaten til å revurdere et vedtak selv om den skulle ha en meget sterk sak. ICSID-tvisteløsning er dyrt og det er vanlig å la partene bære hver sine kostnader. I *ParkeringsCompagniet mot Litauen (Norge-Litauen BIT)* var sakskostnadene henholdsvis 2,7 og 1,3 mill euro.⁵⁴ For en vertstat kan søksmålet i seg selv være en belastning uavhengig av utfall, særlig gjelder det for stater med små ressurser.

Det kan også være at nasjonale selskaper ønsker å *tilegne* seg BIT-vern. Nasjonale selskaper kan "internasjonalisere" seg ved å bringe inn en BIT-beskyttet investor.⁵⁵ For eksempel kan et norsk eller britisk selskap på norsk kontinentalsokkel tiltrekke seg en russisk eller estisk investor, for på det viset å gi (deler av) investeringen en

⁵³ Van Harten (2006) se fotnote 51 side 116.

⁵⁴ I følge UNCTAD (2005) (fotnote 43) side 8 ligger vanligvis prosessomkostningene på mellom 1 og 2 millioner dollar for hver av partene. Kostnadene for tribunalene ligger rundt 400 tusen dollar. Et eksempel på at tribunalene i enkelte tilfeller pålegger en av partene å bære sakens omkostninger er *Telenor mot Ungarn*, ICSID-sak nr. ARB/04/15, men dette er relativt sjelden: I en undersøkelse av 102 avgjørelser ble det i 13 overført saksomkostnader helt eller delvis mellom partene, jf. Franck, Susan D., "Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration". 86 North Carolina Law Review 2007. I det norske modellutkastet (fotnote 13) artikkel 17 (4) er det foreslått at tapende part som utgangspunkt skal betale saksomkostningene.

⁵⁵ Et eksempel på hvilke muligheter beskyttelse av porteføljeinvesteringer gir investor gir *Fedax mot Venezuela*, ICSID sak nr. ARB/96/3, der en innlending (venezuelansk investor), som ikke hadde krav på beskyttelse, overførte sine gjeldsbrev ("promissory notes") til en utlending fra en stat med investerings-traktat (Nederland), som igjen kunne rette krav mot Venezuela på bakgrunn av investerings-traktaten, jf. *Somarajah* (fotnote 20) side 227 og 228. Saken er et eksempel på at investerings-traktatene går lengre enn den tradisjonelle folkeretten i å gi beskyttelse, jf. også Schreuer (2005) (fotnote 15).

ny rettslig beskyttelse – gjennom en BIT.⁵⁶ Det kan også spørres om det i det lange løp i det hele tatt er akseptabelt at innlendinger nyter svakere rettsbeskyttelse enn utlendinger. Konsekvensen kan bli at skrankene BIT setter blir lagt til grunn for alle også innlendinger.

Det er et viktig skille mellom de tilfeller der vertstaten har gitt enkeltstående samtykker til voldgift i en kontrakt, konsesjon eller vertstatskontrakt på den ene siden, og der vertstaten har gitt generelle forhåndssamtykker på den andre. Enkeltstående samtykker er forutsigbare ettersom de binder vertstaten til voldgift om én konkret investering. Selv om slike kontrakter – gjennom en stabiliseringsklausul – skulle binde vertstatens myndighetsutøvelse er myndigheten bundet vis-à-vis én investor og én kontrakt. Vertstaten har da mulighet til å vurdere hensiktsmessigheten av å binde seg opp mot gevinsten av det konkrete prosjektet. Ved et generelt forhåndssamtykke derimot vet ikke vertstaten hvilke tvister som kan oppstå eller hvilke investorer som blir beskyttet.

Det kan være hensiktsmessig å analysere BIT ut fra hvilken maktpolitisk og legalstrategisk betydning traktatene har. Det er grunn til å frykte at forvaltningen og lovgiver blir for forsiktige.⁵⁷ Det kan være at vertstaten på grunn av BIT vil tillegge håndfaste økonomiske interesser mer vekt enn andre samfunnsinteresser. Det kan være at vertstaten legger til grunn det rettsvern den best beskyttede investor til enhver tid nyter. I enkelte fall kan det til og med tenkes at vertstaten ikke regulerer, fordi kostnadene og usikkerheten forbundet med det oppfattes som for store.⁵⁸ Selv om dette potensialet er størst i mindre utviklede stater, tror jeg mekanismene gjelder også for nordiske land.

Tese 4: Investeringstraktater gjør det vanskeligere å regulere.

7. Hvilke tvister bør løses ved voldgift?

Myndighetsvedtak som er utfordret i voldgiftspraksis, inkluderer konsesjoner, privatiseringskontrakter, kriselovgivning ved finanskriser, omregulering av land fra landbruk til næringsformål, miljøltiltak overfor avfallsplasser for farlig avfall, medieregulering,

⁵⁶ I BIT-praksis har rene postkasseselskaper gitt investorer adgang til å påberope seg beskyttelse overfor sin egen stat, jf. Tokios Tokelés mot Ukraina, ICSID sak nr. ARB/02/18, der det litauiske selskapet som gikk til sak var 99 % eid av ukrainere og drev virksomhet i Ukraina. Enkelte traktater unngår denne type "postkasser" ved å ha et krav om "substantive business activity", jf. utkastet til norsk modell (fotnote 13) artikkel 2. Men for de fleste nordiske traktater er ikke slike forbehold tatt, jf. for eksempel Norge-Russland BIT som inkluderer i definisjonen av investor i artikkel 1: "any legal entity ... incorporated or constituted in the territory of that Contracting Party in accordance with its legislation", jf. også den svenske og danske modelltraktat begge artikkel 1. Definisjonen lar det altså bli opp til russisk selskapslovgivning hvilke investorer som kan søke beskyttelse i Norden.

⁵⁷ Been (2003) (fotnote 17) drøfter dette i tilknytning til USA og NAFTA på side 91 flg.

⁵⁸ Kyla Tienhaara, "What You Don't Know Can Hurt You: Investor-State Disputes and the Protection of the Environment in Developing Countries", 6 Global Environmental Politics (2006) side 73-100 og "Mineral investment and the regulation of the environment in developing countries: lessons from Ghana" 6 International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics (2006)

vern om strandsone og regulering av innhold av kjemikalier i drivstoff, for å nevne noen. Så å si enhver type offentlig regulering kan tenkes prøvd for BIT-voldgift.

Twister om rent private interesser og tvister om offentlige interesser er forskjellige.⁵⁹ Twister om private interesser – som for eksempel tvist om et kjøp – løses som regel innenfor rammen av en kontrakt, der det prøves om kontraktsparten har handlet i tråd med det avtalte. Stater foretar også disposisjoner i kraft av sin privatautonome myndighet – disposisjoner ethvert annet rettssubjekt også kunne foretatt. Staten er da underlagt de samme rettsregler som alle andre. I slike disposisjoner er det grovt sagt ikke andre offentlige interesser i tvisten enn at bruk av statens penger bør være fornuftig. Statene lar private i stor utstrekning løse denne type tvister ved voldgift. Det er også lite i veien for at staten selv benytter seg av voldgift i denne type tvister.

Twister om offentlige interesser står derimot i en annen stilling. Slike tvister kan grunne i offentlig myndighetsutøvelse. Myndigheten kan være utøvd allment ved lov eller forskrift, eller individuelt ved enkeltvedtak, konsesjon, tillatelse eller kontrakt. Prøving av slike handlinger er innen statene en forvaltningsrettslig eller forfatningsrettslig vurdering av om henholdsvis forvaltningen eller lovgiver har gått utover sin myndighet. (Tribunalene kan også prøve om domstolen har brutt traktaten.) I en tvist om offentlig myndighetsutøvelse står en rekke interesser på spill. Myndighetsutøvelsen grunner seg i videre interesser enn statens (snevre) interesser som kontraktspart. Nettopp derfor er adgangen etter nasjonal rett til å avtale voldgift begrenset til tilfeller der det ikke er andre interesser i tvisten enn partenes. I Norge følger dette av voldgiftsloven § 9.⁶⁰ Voldgift er ment for tvister partene har ”fri rådighet over” – grovt sagt tvister der det bare er deres egne interesser som står på spill.⁶¹

BIT åpner for prøving av forvaltningsvedtak og lovgivning, men innenfor et system og et regelsett laget for kommersiell voldgift.⁶² Forenklet kan instituttene sammenlignes slik:

Kommersiell voldgift	Prøving av myndighetsutøvelse
Effektivitet	Grundighet
Fortrolighet	Åpenhet
Særlig sakkunnskap (spesialist)	Allmenn erfaring (generalist)
Partsautonomi	Brede samfunnsinteresser
Partsoppnevning	Uavhengighet
Endelig	Anke
Ad hoc	Institusjon

⁵⁹ Gus Van Harten, “The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”, 56 *International and Comparative Law Quarterly* (2007) side 373 flg.

⁶⁰ Det er tilsvarende begrensninger i de andre nordiske stater.

⁶¹ Van Harten (2006) (fotnote 51) side 45 flg. gir en nærmere analyse av distinksjonen mellom private og offentlige interesser i forbindelse med BIT.

⁶² Van Harten og Loughlin (2006) (fotnote 16) side 147 flg.

Voldgift om privatrettslige rettigheter og prøving av offentlig rettslig myndighetsutøvelse er altså tuftet i ulike mål og ideer.⁶³ Voldgift er verken laget for å skape rettsenhet eller for å avklare rett – men for å avgjøre én bestemt rettsvist. Voldgift skiller seg klart fra nasjonale hierarkiske domstoler. Nasjonale domstoler skal sørge for rettsenhet og bidra til avklaring der rettsstilstanden kan være uklar. Domstolene inngår også i et konstitusjonelt samspill med de andre statsmakter.

Dersom vi ser på de andre internasjonale organene som er tiltrodd å prøve statenes myndighetsutøvelse – Den europeiske menneskerettsdomstol, Den internasjonale domstol og EF-domstolen – ser vi at de er helt annerledes bygd opp. De består av permanente dommere, dømmer på bakgrunn av *ett* regelverk, inngår i dialog med nasjonale domstoler, gjelder for alle rettssubjekter innen konvensjonsstatenes territorium, er bredt sammensatt og er åpne for allmennheten. Disse domstolene har forutsetningene for rettsavklaring og å skape rettsenhet. Det kan også være grunn til å spørre om fraværet av en overprøvende instans kan føre til at dommerne stiller seg noe friere ved løsningen av rettsspørsmålet.

At voldgiftssystemet ikke har forutsetninger for å skape rettsenhet og rettsavklaring, er særlig uheldig når de rettslige standardene er vage (se punkt 5 ovenfor). Rettsusikkerheten rundt traktatene vil altså vedvare.

Voldgiftstribunalet består vanligvis av tre dommere, der en er oppnevnt av hver av partene og den siste ved uenighet oppnevnes av ICSID, jf. ICSID artikkel 36 og 37. Voldgiftsdommere flest er menn fra OECD-land.⁶⁴ Det hevdes at de rekrutteres fra et relativt snevert miljø og i stor grad er det dommere som også benyttes i kommersiell voldgift.⁶⁵ Voldgiftsdommerne oppnevnes *ad hoc* for den enkelte tvist. De opptre også ofte som advokater og rådgivere i andre tvister. På samme tid innehar de altså i flere roller innen samme system. Hvordan kan vi være sikre på at disse dommerne ikke blir sosialisert i en bestemt retning, eller føler interessefelleskap med enkeltaktører eller endog at det ikke forekommer korrupsjon?

Ved at det *er de samme* som stort sett opptre som advokater og dommere i sakene, kan det argumenteres med at det gir visse muligheter for rettsavklaringer og forutsigbarhet dersom de opptre konsistent. Til en slik innfallsvinkel er det å innvende at tribunaler skal være svært varsomme med å overføre fortolkninger mellom autonome traktater. Det er heller ikke gitt at dette er en betryggende måte å avklare rett

⁶³ Peter Amt Nielsen, "International Handelsrett" side 535 flg. drøfter fordeler og ulemper ved voldgift sammenlignet med domstolsbehandling.

⁶⁴ Franck (2008) (fotnote 54) har gjennomgått ICSID-praksis og funnet at 75 % av alle dommere er fra OECD-land og at bare 3,5 % var kvinner.

⁶⁵ Nordtømme (2005) (fotnote 25) omtaler det slik på side 603: "I dag er det vokst frem en internasjonal hær av advokater som har spesialisert seg på internasjonal voldgift i investerings- og handelsaker, hovedsakelig i engelske og amerikanske firmaer med sine viktigste baser for disse formål i Washington DC og Paris. Det er typisk for ICSID og de andre institusjonene at det er de samme *Tordenskjolds soldater* som opptre som voldgiftsdommere og prosessfullmektiger i sak etter sak. Uansett hvilken rolle de beklær, har disse juristene en egeninteresse av å fremskynde denne globaliseringen."

på. Domstolens og dommernes uavhengighet av partene er definerende for en rettstat. Ved voldgift er dommerne tvert om avhengig av at partene oppnevner dem.

Tese 5: Voldgift er lite egnet til å vurdere om offentlig myndighetsutøvelse skal utløse erstatning

8. Har de nordiske stater vurdert betydningen av BIT?

Mye kan tyde på at fremveksten av uforbeholdne generelle forhåndssamtykker til investeringsvoldgift gitt i BIT verken har vært planlagt eller gjennomtenkt. I allfall ser det ut til å være tilfellet for Norge. Av de norske forarbeidene til ICSID-loven går det frem at lovgiver la til grunn at det bare var "borgerlige krav" – i betydningen ikke krav av fiskal, strafferettslig eller annen ikke-privatrettslig art – det var aktuelt å samtykke til ICSID-voldgift for.⁶⁶ Drøftelsene i proposisjonen er bare knyttet til anerkjennelsen av avgjørelser fra voldgiften. Av forarbeidene går det frem at lovgiveren bare har vurdert enkeltstående samtykker til voldgift og voldgift om privatrettslige krav. Heller ikke ved inngåelse av de enkelte BIT har muligheten for at voldgiftsretten skal prøve myndighet blitt drøftet. I forarbeidene til lov om inngåelse av BIT med Kina i 1985 – som er den eneste BIT som er gjennomført ved lov i Norge – er det overhodet ikke drøftet at traktaten kan gi grunnlag for krav på bakgrunn av offentligrettslige handlinger.⁶⁷

Utgangspunktet for de fleste stater var trolig at ICSID skulle gi investor et prosessuelt rammeverk og et "nøytralt" tribunal der investor kunne få prøvet kontraktsbrudd fra vertstaten. Vertstatenes myndighetsutøvelse mer allment var det derimot ikke i tankene å prøve. Bevisstheten om hvilke muligheter *generelle* samtykker til voldgift gir ble først vekket på nitti-tallet.⁶⁸

Heller ikke i den offentlige debatt har investeringstraktater blitt diskutert. I nordisk rettsdebatt er investeringstraktater knapt nevnt. Det kan også påpekes at verken den norske eller danske makt- og demokratiutredningen nevner traktatene. Alt i alt er dette kanskje ikke underlig siden antallet traktater og voldgiftssaker har eksplodert

⁶⁶ Ot.prp. nr. 26 (1966-67) side 4. Det ser også ut til av de svenske forarbeidene (Prop. 1966:146) og danske forarbeidene (folketingstidende 1967-68 tillæg A side 1705 flg.) at disse landene inngikk ICSID med tanke for enkeltstående samtykker i investeringskontrakter, ikke generelle forhåndssamtykker i investeringstraktater.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 42 (1984-85) om inngåelse av avtale mellom Kongeriket Norge og Folkerepublikken Kina vedrørende gjensidig beskyttelse av investeringer. Den siste gang en BIT ble fremlagt for Stortingets samtykke til ratifikasjon var ved inngåelse av EFTA-frihandelsavtale med Singapore – der investeringsbeskyttelse var inntatt som et kapittel – som også inkluderer bestemmelser om investeringsbeskyttelse. Investeringer ble drøftet over to avsnitt, tvisteløsning over ett, investor-stat tvisteløsningen blir ikke nevnt med et ord, jf. st.prp. nr. 15 (2002-2003). Om samtykke til ratifikasjon av en avtale med tilhørende vedlegg mellom EFTA-statene og Singapore undertegnet på Island 26. juni 2002 (frihandelsavtale).

⁶⁸ Somarajah (2004) (fotnote 20) side 252. Den første saken der samtykke til voldgift var gitt i BIT var ICSID sak nr. ARB/87/3 (Storbritannia-Sri Lanka BIT) 27. juni 1990.

først sent på nittitallet. Men tatt i betraktning omfanget av systemet, dets særegenheter og den radikale utviklingen i verdensøkonomien de siste tjue årene, er det på tide å vurdere mer helhetlig og grunnleggende *om* investeringer skal reguleres internasjonalt og i tilfelle *hvordan*. Da forhandlingene om en Multilateral avtale om investeringer (MAI) ble lekket til offentligheten, utløste det en betydelig debatt, og kritikken gjorde at avtalen ble lagt på is.⁶⁹ Mye av kritikken mot MAI besto i at flernasjonale selskaper fikk en for sterk posisjon overfor vertstatene og lokale selskaper. Paradokset er at *nettverket* av over 2500 investeringstraktater gir flernasjonale selskaper langt større legalstrategisk spillerom enn én traktat ville ha gitt dem. De kan nå velge mellom ulike rettsgrunnlag, ulike forum og kan kjøre prosesser parallelt.

9. Konklusjon – avgrenset investorbeskyttelse?

Satt på spissen: Investeringstraktatene er et uoversiktlig, usikkert, urettferdig og uferdig rammeverk for prøving av myndighetsutøvelse. Grunnleggende spørsmål om fordeling av store verdier i samfunnet og avveining av brede samfunnsmessige hensyn mot håndfaste økonomiske interesser – spørsmål som ligger i kjernen av folkestyret og som de fleste vil mene bør diskuteres bredt i samfunnet – vil slik traktatene i dag er, stadig oftere vurderes av voldgiftstribunaler, innenfor rammen av skiftende rettslige regimer, uten muligheter for dialog, med dårlige forutsetninger for rettsavklaring og med få reelle muligheter til å korrigere en uønsket rettsutvikling. Det ser ikke ut til at det kan bli enighet om et multilateralt rammeverk for investeringer med en mer egnet modell for prøving av myndighet i overskuelig fremtid.

Dilemmaet er der like fullt; investorer trenger beskyttelse. Ikke for sine investeringer i utviklede stater, men for sine investeringer i utviklingsstater. Spørsmålet er hvordan man kan *balansere* investorers behov for beskyttelse og vertstatens behov for handlingsrom.

En mulig tilnærming kan være å differensiere eller avgrense investeringsbeskyttelsen. Det er i investeringsprosjekter der investor må investere stort, og avkastningen ligger frem i tid, at den politiske risikoen og utviklingsgevinsten er størst (se punkt 2 ovenfor). Her er det i både vertstat og investors klare interesse å avbøte tillitssvikten ved å forhåndsavtale internasjonal voldgift. Svakhetene ved det rådende voldgiftsalternativet, og begrensningene på vertstatens handlingsrom, oppveies trolig av gevinstene ved investeringen.

ASEAN-statenes tilnærming med "godkjente investeringer" ser ut til å gi vertstaten og investoren en god vei ut av tillitssvikten. (En annen tilnærming er rett og slett å la investorer og vertstater avtale slik tvisteløsning i investeringskontrakter med

⁶⁹ Forhandlingene ble initiert mellom statene i Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD) i 1995 men ble avsluttet i 1998 etter offentlig kritikk og konkret ved at Frankrike trakk seg fra forhandlingene. MAI-utkastet hadde mange likhetsstrekk med BIT, deriblant tvisteløsning for ICSID, jf. DAF/MAI(98)7/REV1, 22. april 1998.

stabiliseringsklausul). For vertstaten gir dette forutsigbarhet. Den kan for den enkelte investering vurdere kapital- og kunnskapsgevinsten opp mot tapet av styringsmulighet. Forpliktelsen er forutsigbar og avgrenset. Den utviklede staten trenger ikke gi noen investorer vern, mens utviklingsstaten kan velge å samtykke *ad hoc* ved enkeltinvesteringer eller ved å innrømme *typer* av investeringer vern. Denne fremgangsmåten har også den fordel at vertstaten kan slutte å benytte traktaten når dens egne institusjoner har utviklet seg til å bli troverdige.

For andre investeringer kan BIT fungere som en sikkerhetsventil ved at det stilles krav om uttømming av nasjonale rettsmidler – i alle fall for en viss tidsperiode. På den måten vil rettsmidlene BIT tilbyr være sekundære til nasjonale rettsmidler, slik det for eksempel er for eiendomsvernet i den europeiske menneskerettskonvensjon. Den reelle betydningen av BIT vil dermed avdempes og flernasjonale selskaper kan i mindre grad benytte traktatene i et legalstrategisk spill. Samtidig kan BIT fungere som et ris bak speilet, og de vil sannsynligvis gjøre vertstaten mindre tilbøyelig til å overse investors rettigheter.

Heller ikke dette gir en fullgod løsning for små og mellomstore selskaper. Men spørsmålet er om det i det hele tatt er mulig å gi dem gode internasjonale rettsmidler, slik disse i dag er organisert. Og det er i det hele tatt et spørsmål om det er mulig og ønskelig med internasjonal "småkravsprosess". Alt i alt er det etter min oppfatning mye som tyder på at investeringskontrakter eller avgrensede investeringstraktater er et mer målrettet utviklingspolitisk verktøy som ikke i samme utstrekning begrenser vertstatens handlingsrom unødige.

Tese 6: Særskilt investorbeskyttelse bør avgrenses til enkeltinvesteringer

Tese 7: Allmenn investorbeskyttelse bør være sekundær til nasjonale rettsmidler

10. Tesene

Tese 1: Det er først og fremst små og mellomstore selskaper som trenger beskyttelse for sine investeringer. BIT fungerer først og fremst som et verktøy for større flernasjonale selskaper.

Tese 2: Det er ikke forholdsmessighet mellom det en oppnår av utvikling og ulemper ved BIT.

Tese 3: Det er betydelig usikkerhet knyttet til beskyttelsesstandardene i traktatene.

Tese 4: Investeringsstraktater gjør det vanskeligere å regulere.

Tese 5: Voldgift er lite egnet til å vurdere om offentlig myndighetsutøvelse skal utløse erstatning

Tese 6: Særskilt investorbeskyttelse bør avgrenses til enkeltinvesteringer

Tese 7: Allmenn investorbeskyttelse bør være sekundær til nasjonale rettsmidler

Kimmo Nuotio

Mod en EU-retlig strafferet?

Mod en EU-retlig strafferet?

Professor, jur.dr. Kimmo Nuotio, Finland

Den straffrättsliga instrumentalismen har nått nya dimensioner i och med att de internationella och europeiska förhållandena har utvecklats. Kampen mot terrorism omfattar en mobilisering av strafflagstiftning och straffrätt på ett sätt som för straffrätten allt närmare frågor som traditionellt aktualiseras närmast i förhållande till militär underrättelse och till och med krig. Strafflagssystemet sammanflätas också med en komplex regim av säkerhetsorienterad administration.

Säkerhetsorienterade frågor såsom tillbudstående medel i kampen mot organiserad brottslighet, narkotikabrottslighet och terrorism har varit speciellt viktiga för utvecklingen på EU-nivå. Denna utveckling ifrågasätter klassisk straffrättsdoktrin och straffrättsliga principer och kräver att nationella lagar justeras på ett mycket fundamentalt sätt. Till viss del når dessa nya lagar bortom de klassiska straffrättsliga principerna. Säkerhetsorienteringen representerar en extrem straffrättslig moderniseringsmodell. Den ökar också fragmenteringen av nationell straffrätt genom att påföra denna en ny dimension.

Detta referat diskuterar den allmänna utvecklingen på området i förhållande till straffrättens utveckling på EU-nivå. Förutom lagstiftning diskuteras även rollen som EG-domstolen och de nationella domstolarna spelar. Frågan om ifall EG-kompetens är ett krav för att straffrättsliga instrument skall kunna antas under den första pelaren tas upp. Referens görs även till konstitutionalismens möjlighet att erbjuda en motkraft till denna extrema modernisering.

1. Inledning

Det har talats om en europeisering av straffrätten sedan början av 1990-talet. Med detta uttryck har man hänvisat till det ökade inflytandet av den Europeiska Unionen och Europarådet på medlemsländernas nationella straff- och straffprocessrätt. Termen europeisering pekar på en process och är därför åskådlig, men är ändå inte helt precist avfattad. Med europeisering kan man, såsom ovan, avse en förändring i den nationella rätten till följd av ett lokalt samarbete. Om man däremot tar europarätten som utgångspunkt för granskningen kan man lika väl tala om straff- och straffprocessrättsliga frågars frammarsch på det europeiska normfältet.¹

¹ Se om ämnet generellt Nuotio, Kimmo, 'Eurooppalaistuva rikosoikeus', i verket Ojanen, Tuomas - Haapea, Arto (ed.), *EU-oikeuden perusteita II - aineellisen oikeuden aloja ja ulottuvuuksia*. Helsingfors 2007, s. 375-411. Frände, Dan, 'Aktuell straffrättsutveckling inom EU', *NTJK*, 94., 2007, Nr. 3, s. 270-277; Lahti, Raimo, 'Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare - något att sträva efter? Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15-17 augusti 2002, Del I, Jyväskylä 2002, s. 433-444.

Detta referat stävar till att finna den europeiska straffrättens yttersta gränser. Även om vi i stort vet var dessa gränser går har den europeiska straffrätten inte ännu någon konkret form. Den europeiska straffrätten ändrar sig med tiden och erbjuder rum för olika tolkningsalternativ. Referatet är sålunda ett försök att på ett relativt allmänt plan sprida ljus över de spänningar som denna ändringsprocess för med sig och över det stadium i vilket vi nu befinner oss. Dessutom försöker texten ge svar på frågan om hur den Europeiska Unionens (EU) säkerhetsorienterade utgångspunkt i de straffrättsliga regleringarna påverkar den finska och nordiska kriminalpolitikens utveckling och ifall möjligen en speciell säkerhetsorienterad förgrening inom det straffrättsliga systemet håller på att bildas och därmed bidra till fragmenteringen inom fältet. Fråga kan vara om en kvalitativt sett ny form av kriminalpolitisk inverkan på den nationella rätten.²

I samarbetet inom Europarådet har straffrättsliga frågor decennier långa traditioner, emedan EU är en yngre aktör på området. EU strävar efter ett formellt och institutionellt sett starkare samarbete än det som skapats under Europarådet, även om EU i många ärenden i och för sig stöder sig mot de resultat som Europarådets samarbete lett till. Europarådet och EU är båda starka lokala och internationella organisationer, som för sin del arbetar i samarbete med andra internationella aktörer. På samma gång erbjuder de ett forum för medlemsländernas gemensamma lagstiftnings- och myndighetsarbete. Europarådets verksamhet är till sin natur traditionellt mellanstatligt samarbete, emedan den Europeiska Unionen redan har tagit ett steg vidare från denna arbetsform. Båda organisationerna har stöd i robusta tjänstemanna- och sakkunnighetsmaskinerier. Däremot kan man se en viss skillnad på var betoningen i arbetet på det straffrättsliga och straffprocessrättsliga arbetet lags. Europarådet är mer uttalat en organisation med värdegrund i de mänskliga rättigheterna och rättsstatsbegreppet, emedan EU aktivt och mer effektivt försöker förverkliga sin interna politik där rätten därför är mer av ett verktyg.

2. Den Europeiska Unionens sätt att närma sig straffrätten

EG:s mest centrala projekt har varit och är ännu skapandet av en fungerande inre marknad. Normgivning i samband med den inre marknaden har inneburit ett visst "förrättsligande" då de normkrav som den inre marknaden ställt har förverkligats genom bindande rättsnormer. Steg för steg har en speciell europarätt med egna principer och rättsläror tagit form. Som en del av denna process har bland annat läran om europarättens företräde framom nationell rätt och om europarättens förhållande till den nationella rätten fötts. Utvecklingen är ett resultat av å ena sidan EG-domstolens beslutsverksamhet, men också av en större helhet med ursprung i den bearbetning av

² Denna möjlighet behandlade jag inte när jag tog ställning till EU-rättens nuläge i publikationen 'Euroopan unioni kriminaalpolitiikan tekijänä - järkeväen kriminaalpolitiikan päätepiste?', *Lakimies* 7-8/2003, s. 1213-1235.

EG, dess institutioner och europarättens karaktär, som tagit plats när grundfördragen förnyats under tidens lopp. EG-rätten är till sin form klarare än rätten inom den andra och tredje pelaren, och fungerar som europarättens kärna och pionjär. Den tredje pelaren följer långt bakom.³

Historien om den Europeiska Unionens rättsutveckling har berättats många gånger. Hur utvecklingen bäst karakteriseras och vilken historia som är närmast sanningen beror till en del i alla fall på berättarens utgångspunkter. Skapandet av en gemensam marknad har gått framåt, men är ännu inte helt slutfört. EG / EU har kompetens på många av politikens områden, även på sådana som inte står i direkt anknytning till projektet med målsättning i den gemensamma marknaden. Till exempel utvecklingen av EU till ett "Område av frihet, rättvisa och säkerhet", till vilket samarbetet inom rättsliga- och inrikesfrågor hör, är inte i sig bunden till målen för marknadsregleringen.

I början på 2000-talet har den offentliga diskussionen om EU färgats av ett starkt, offentlighetsrättsligt perspektiv, när först Unionens Grundrättighetsstadga⁴ skrevs och ett utkast till Fördrag för upprättande av konstitution för Europa⁵ snart därefter presenterades. Någon kunde säga att EU allt klarare håller på att utvecklas till en statsliknande union, ett synsätt som också förmedlas genom diskussionen om grundrättigheter och konstitutionalism. Någon annan kunde å sin sida säga att dylika projekt har misslyckats fatalt, eftersom man inte lyckats förverkliga dem helt. En vidareutveckling av Unionens grundlag har ansetts kräva ett politiskt, demokratiskt godkännande i stället för eller vid sidan av en rättslig tolkning, något som varit svårt att i praktiken nå för de förslag som framlagts. Dylika större orsakssammanhang har många gånger varit centrala när hörnstenarna för hur straffrättsliga frågor behandlas i EG-/EU-rätten har tagits fram. Fortsättningsvis är sålunda dylika frågor relevanta vid uppställandet av den europeiska straffrättsens yttre gränser och ramar.⁶

Fram till ikraftträdandet av Maastricht-fördraget var det möjligt att anse att EG:s ekonomiska integration inte hade någonting att göra med straffrätt. Ett dylikt påstående var emellertid redan då en illusion. En närmare granskning visar att många områden, såsom exempelvis värdepappersmarknadens normer om insider-regler, Unionens regler för att skydda sina ekonomiska intressen eller normerna angående penningtvätt påverkades av gemenskapernas rätt. Redan år 1989 fattades principbeslut om att den gemensamhetsrättsliga lojalitetsprincipen leder till att medlemsländerna är skyldiga att

³ För en heltäckande framställning se Peers, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*. Second Edition. Harlow 2006.

⁴ EGT C 364, 18.12.2000, s. 9-22. Grundrättighetstadgan är i kraft som deklaration men utan bindande juridisk verkan.

⁵ EGT C 310, 16.12.2004.

⁶ Jag har behandlat frågeställning till exempel i min artikel 'Emerging European Dimension of Criminal Law', i verket P. Asp, C.E. Herlitz, L. Holmqvist (red.), *Flores juris et legum, festskrift till Nils Jareborg*. Iustus förlag: Uppsala 2002, s. 531-558 och 'On the Significance of Criminal Justice for a Europe "United in Diversity"', i verket K. Nuotio (red.), *Europe in Search of 'Meaning and Purpose'*, Forum Iuris, Helsingfors 2004, s. 171 - 210.

skydda gemenskapernas finansiella intressen på samma sätt som sina egna.⁷ Detta innebar till exempel att om straffrättsliga regler tillämpades på subventionsbedrägeri, som riktade sig mot nationella intressen, måste även subventionsbedrägeri riktat mot gemenskapernas intressen prövas under samma regler. Medlemsländerna var alltså ansvariga för en effektiv implementering av gemenskapernas rätt.

Från ett nationellt perspektiv ser straffrätten ut som ett kärnområde för den nationella suveräniteten, och därför som ett speciellt känsligt rättsområde med en uppgift att förmedla samhällets rättsliga val och som ett rättsområde som lyfter fram svåra frågor rörande bestraffningens och den allmänna straffrättens berättigande. Skillnaderna mellan rättssystem är därmed inte enbart tekniska, utan även kulturella, och i en viss mening medvetet skapade. Från ett gemenskapsrättsligt perspektiv ser den nationella straffrätten ut som ett motsättningsfritt och effektivt sätt att sanktionera brott mot nationella normer som implementerar gemenskapsrättsliga skyldigheter. Till medlemsländernas skyldigheter hör nämligen att garantera en effektiv implementering av gemenskapsrätten nationellt. Ofta är det också så att gemenskapsrätten enbart sparsamt reglerar hur denna implementering skall ske. Medlemsländerna kan sålunda ty sig till straffrättsliga sanktioner även om gemenskapsrätten inte direkt kräver detta.

Ett exempel i den finska lagstiftningen på en straffrättsnorm som fått sitt centrala innehåll från EG-rättsliga förordningar är lagstiftningen om brott mot viss social lagstiftning rörande vägtransporter (VägtrafikL 105 a §, 401/2005). De relevanta EG-rättsliga normerna finns i förordningarna rörande kör- och vilotider⁸ och användningen av färdskrivare.⁹ VägtrafikL 92b.I § (401/2005) stadgar att ”I fråga om kör- och vilotider, användning av färdskrivare och i fråga om övrig social lagstiftning om vägtransporter gäller vad som därom bestäms i kör- och vilotidsförordningen, färdskrivarförordningen och AETR-överenskommelsen.” I lagstiftningen angående upphovsrätt skulle för Finlands del nationell implementering av informationssamhällsdirektivet leda till ett antal nya kriminaliseringar i den förnyade upphovsrättslagstiftningen och i SL 49 kap.¹⁰

Olika lagstiftningsinstrument, speciellt direktiv, är ofta väldigt begränsade till sitt omfång, och har ingen möjlighet att behandla så stora helheter som nationellt framtagna lagstiftningsförslag ofta rör. Europarätten känner inte som sådan indelningen i rättsområden och europarättens resultatorienterade natur, som ju är en följd av dess samband med politiken, är en synlig del av dess speciella form.

⁷ Ärende 68/88, *Komissio vs. Helleenien tasavalta*, Saml. 1989 s. 2965.

⁸ Förordning om kör- och vilotider (EG) N:o 561/2006, EGT L 102, 11.04.2006, s. 1-14.

⁹ Förordning om färdskrivare vid vägtransporter (EEG) N:o 3821/85, EGT L 370, 31.12.1985, s. 8-21, och förordning om ändring av förordningen om färdskrivare vid vägtransport (EG) N:o 2135/98, EGT L 274, 09.10.1998 s. 1-21, varav den senare har att göra med ibruktagande av digitalteknik. Se RP 267/2004 och lagen om ändring av VTL 401/2005.

¹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG, givet 22. maj 2001, Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. Lagarna 821 och 822/2005.

Förnyelsen av den inhemska straffrätten, såsom att ekonomiska brott, arbetsbrott, miljöbrott, trafikbrott, brott mot reglerna om import och export osv. sedan 1970-talet har kommit att bli centrala för straffrättens innehåll, har å sin sida gjort att den finska nationella straffrätten har närmat sig europarätten.¹¹

Att straffrätten kommit att bli ett stödinstrument för genomförandet av gemenskapsrätt för också med sig tendenser som kan kritiseras. Winfried Hassemer, som för ett tjugotal år sedan analyserade moderniseringen av straffrätten kritiserade detta sätt att "instrumentera" straffrätten, i och för sig i ett annat sammanhang. Han beskrev med begreppet "symbolisk straffrätt" en resultatorienterad straffrätt, som såsom ett instrument för politik förlorar sin egna natur och som börjar svikta i sina principer.¹²

3. Rätten inom den tredje pelaren

Inom ramen för den tredje pelaren har straffrättsliga frågor också varit på tapeten. Ur lagstiftningsinstrumenten kan man utläsa på vilka brottsfenomen man hoppas att ett visst stadgande skall verka. Några av instrumenten som till stor del enbart rör straffprocessrättsligt samarbete, såsom exempelvis den europeiska arresteringsordern, är dock bredare än vad de ger sken av och kan röra också helt vanliga, nationella brott. Traditionella dråp och stölder har inte varit, och är heller inte nu, speciellt nära intresseområdet för EG:s eller EU:s kriminalpolitik.

Maastricht-fördraget förde med sig en viktig öppning av frågor på området rörande rättsligt- och inrikessamarbete, men de konkreta resultaten har hittills varit få. Medlemsstaterna har inte varit tillräckligt övertygade om nödvändigheten av samarbetet, vilket i sin tur lett till att förhandlingarna om gemensamma fördrag och avtal varit arbetsamma och att ikraftträdandet av färdiga dokument inte har varit helt oproblemiskt. Avtalet angående bedrägerier inom Unionen¹³ (1995) och det därtill hörande korruptionsprotokollet¹⁴ samt korruptionsavtalet¹⁵ (1997) var ovanligt konkreta resultat. På den institutionella sidan har *Europol*-avtalet¹⁶ (1998) varit av betydelse.

I och med Amsterdamfördraget omfattades samarbetsformer som låg närmare själva gemenskapsrätten även för samarbetet inom den tredje pelaren. Speciellt viktigt var att man i stället för avtal i harmoniseringen av lagstiftningen kunde använda

¹¹ Angående principerna i straffrättsreformer *Straffrättskommittens betänkande*. Kommittébetänkande 1976:72. Helsingfors 1977. I det skedet ansågs projektet självfallet vara ytterst nationellt.

¹² Hassemer, Winfried, 'Symbolinen rikosoikeus ja oikeushyvien suojelu'. *Oikeus* 1989:5, s. 388-400. För allmän rättsteoretisk diskussion se t.ex. Tamanaha, Brian Z., *Law as a Means to an End. Threat to the Rule of Law*. Cambridge University Press. Cambridge 2006.

¹³ *EGT C* 316, 27.11.1995, s. 48.

¹⁴ *EGT C* 313, 23.10.1996, s. 1.

¹⁵ *EGT C* 195, 25.6.1997, s. 2.

¹⁶ *EGT C* 316, 27.11.1995, s. 2.

sig av rambeslut, som i princip fungerar på samma sätt som Unionens direktiv. Den speciella naturen av rättsliga- och inrikesfrågor uppmärksammades genom att man inte avvek från kravet på enhällighet i beslutsverksamheten. Genom Amsterdamfördraget siktade man mot att utveckla EU till ett Område av frihet, säkerhet och rättvisa. Europols position förstärktes och man kom överens om att grunda Eurojust-agenturer för samarbetet mellan åklagare. Eurojust fick sin verkliga start först år 2002 genom ett beslut av rådet.¹⁷ Schengen-rätten blev en del av gemenskapsrätten. Schengen-systemet har en central betydelse också när man talar om personers fria rörlighet på EU:s territoriella område. I verkligheten omfattar Schengen-området dock enbart en del av EU:s geografiska område, vilket lett till att personers fria rörlighet inte helt förverkligats.¹⁸

På det Europeiska rådets möte i Tammerfors i oktober 1999 blåstes nytt liv i samarbetet angående rättsliga och inrikesfrågor.¹⁹ Unionens prioriteter stadfästes på högsta politiska nivå under mötet. Principen om ömsesidigt erkännande kom att fastställas som en ledande tanke i samarbetet inom tredje pelaren, vilket i sin tur tystade en del av kritiken mot att man i harmoniseringen av straffrättsliga normer var på väg att gå alltför långt. Det blev hur som helst klart att Unionen nu, efter ett par år av tystnad, var på väg att med kraft ta tag i frågorna inom detta område.

Resultaten kom snabbt och rambeslut efter rambeslut gavs. En slags kulmineringsspunkt utgjordes av arbetet mot terrorism, som flyttades till världspolitikens centrum genom händelserna den 11 september. Unionen, som hade berett ett rambeslut om terroristbrott redan innan detta, förhandlade i rekordfart fram beslutet.²⁰ Löftet från toppmötet i Tammerfors om att koncentrera sig på ömsesidigt erkännande löstes också in, då man i samma veva som terrorismrambeslutet godkändes även gjorde ett rambeslut om den europeiska arresteringsordern.²¹ Systemet i arresteringsordern var avsett speciellt för terroristbrott, men kom att täcka också en lång lista av andra, grova brott. Genom arresteringsordern strävade man till att avsevärt förkorta tiden för utlämnande genom en begräning av grunderna för att vägra utlämning av en person. Arresteringsordern är tillämpbar både när utlämningen sker för rättegång och när utlämningen sker för att föra en person som håller sig undan ett utdömt straff till ett annat medlemsland.

Delvis kan Unionens goda framgång med att förverkliga Tammerforsprogrammet förklaras med hjälp av terrorismtemat. Det hårda politiska trycket gjorde det lättare att komma överens om detaljerna och möjliggjorde synbara lagstiftningsresultat. EU ville inte undandra sig ansvaret i kampen mot terrorismen. FN:s

¹⁷ EGT L 063, 6.3.2002, s. 1.

¹⁸ Se Rosas, Allan, 'Henkilöiden vapaa liikkuvuus', i verket Ojanen, Tuomas – Haapea, Arto (red), *EU-oikeuden perusteita II – aineellisen EU-oikeuden aloja ja ulottuvuuksia*. Helsingfors 2007, s. 49-90.

¹⁹ Se http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm.

²⁰ EGT L 164, 22.6.2002, s. 4-7. Se närmare framställningen Lindstedt, Jukka, *Terrorismipuitepäätös ja suomalaiset terrorismia koskevat rangaistussäännökset*, i verket *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII, Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu*. Helsingfors 2006, s. 231-250.

²¹ EGT L 190, 18.07.2002, s. 1-20.

säkerhetsråd ledde arbetet och godkände en rad resolutioner som påförde medlemsländerna skyldigheter, bland annat resolutionen 1373/2001.²² EU förde här ingen egen politik, utan tillämpade å sin sida de skyldigheter som internationell rätt satte upp. Dessa internationella skyldigheter omfattade bland annat ekonomiska sanktioner riktade mot enskilda terrorister. I EU uppgjordes dessutom en egen lista på terrorister. Terroristämnet har berört, förutom den tredje pelaren, även den första och, kanske speciellt mycket, den andra pelaren med dess mellanstatliga samarbete (utrikes- och säkerhetspolitik).

På ett par år har mera än ett tiotal harmoniserande rambeslut i substantiella frågor tagits fram. Också på området rörande ömsesidigt erkännande har några rambeslut gjorts. De beslut som för tillfället är under förhandling rör till största delen annan än straffrättslig harmonisering. Kommissionen har dock ännu problem med att medlemsländerna inte alltid implementerat lagstiftningen på unionsnivå korrekt. I den senaste rapporten angående det s.k. Haag-programmets implementering konstaterar kommissionen att problemen med brisfällig implementering av EU-normerna på nationell nivå i praktiken leder till att "lagstiftningsramarna blir 'virtuella' inom polisens och rättsmyndigheternas samarbete i brottmål".²³

Början av 2000-talet får anses vara en speciellt aktiv tid i lagstiftningsarbetet på unionsnivå i frågor rörande straffrätt. Såsom i europarätten generellt har kommissionen haft en central roll som framtvångare av praktiska framsteg även på detta område, trots att kommissionen inte egentligen har några rättsliga medel att övervaka den nationella implementeringen av instrument under den tredje pelaren.

Europaparlamentets roll har i förhållande till dess roll inom första pelaren varit liten i samarbetet under den tredje pelaren. Inte heller har EG-domstolen haft någon speciellt framträdande roll i tolkningen av frågor under den tredje pelaren, något som redan tycks ha ändrats.

Om man ännu på 1990-talet i Finland och Norden var oroliga över hur stora verkningar skapandet av ett rättsligt samarbetsområde skulle komma att ha på de nationella straffrättsliga systemen så kan man redan nu, enbart ett par år senare, redan se och analysera några konkreta verkningar. Till följd av rambeslut har nationella normer på straffrättens område ändrats på många olika sätt. Mest märkbar har förändringen varit på terrorism-området: ett helt nytt kapitel, SL 34a kap. (L 17/2003) skapades för att implementera terrorismrambeslutet. Rambesluten och Unionens andra beslut berör för tillfället fjorton olika ämnesområden, och gäller förutom terrorism bl.a. skyddet av EU:s ekonomiska intressen mot korruption, penningtvätt, människohandel, bekämpning av rasism och xenofobi, penningfalskning och vissa former av betalningsmedelsbedrägeri.

Till följd av rambesluten har den nationella rättens kriminaliseringar och straffhot ändrats. Sett från en kriminalpolitisk synvinkel har utvecklingen genomgående

²² *UN doc, SC Res. 1373* (2001), 28.9.2001.

²³ *KOM(2007) 373* slutgiltig, 3.7.2007, punkt 118.

inneburit att straffansvaret utvidgats och straffen skärpts. Ett exempel på detta är normerna gällande människohandel i strafflagens 25 kap. (L 650/2004).²⁴

Normerna angående terrorismbrott kommer knappast att användas speciellt ofta i Finland. Icke desto mindre bör man lägga märke till att stadgandena på detta område representerar avsteg från de traditionella allmänna lärorna angående straffansvar.²⁵ Till exempel är stadgandet om ledandet av en terroristgrupp, som grundar sig på rambeslutets andra artikel, ett resultat av en besvärlig kompromiss, då upp till 15 års fängelse enligt rambeslutet skall vara straffhotet för personer som begått detta brott. Implementeringen sköttes så att ledaren straffas förutom för ledandet av terroristgruppen för en rad andra terrorismbrott, så att man med hjälp av reglerna i SL 7 kap. kommer till det resultat som rambeslutet kräver. På samma gång lyfts dock också frågan om ledarens ansvar för andra gruppmedlemmars aktiviteter fram. Kommissionen publicerade i november 2007 en rapport, i vilken man tog ställning till ifall medlemsländerna implementerat detta rambeslut korrekt. Finland verkade ha klarat sig utan problem.²⁶ Den tidigare rapporten i samma ämne publicerades år 2004.²⁷

Inom ramen för Europarådet har en konvention för förebyggande av terrorism uppgjorts år 2005 (CETS 196), vilken Finland även skrivit under och som trätt i kraft 1.6.2007. Implementeringen av denna konvention kräver att vissa av terrorismkriminaliseringarna utvidgas.²⁸ Enligt konventionens femte artikel skall offentlig uppvigling till terrorism göras straffbart. Finland har dock ansett att eftersom SL 17:1 stadgar om offentlig uppvigling till brott så täcks redan konventionens skyldigheter av denna regel, så länge som nämnda brott läggs till de terrorismbrott som ingår i SL 34a:1.

I och med omarbetningen av lagen kriminaliseras som separata brott skolning för terrorismändamål (SL 34 a: 4 a) och värvning för att utföra terrorismbrott (SL 34a:4b). Kriminaliseringen för understödjande av en terroristgrupps verksamhet (SL 34a:4) utvidgas på samma gång så att straffbarhet för understödjande inte längre kräver att terrorismbrottet eller försök till detta begås. Detta utvidgar stadgandenas tillämpningsområde avsevärt. Skälet till den nya linjedragningen är konventionens åttonde artikels utsaga om att det inte förutsätts att ett terrorismbrott faktiskt begås för att en handling skall ses som ett brott enligt konventionens 5-7 artiklar.

Enligt lagutskottet förutsätter en konsekvent kriminalpolitik att upphävandet av kravet på accessoritet beträffande de nya kriminaliseringarna även utsträcks att gälla tidigare genomförda kriminaliseringar av understödjande av terroristgrupper (se LaUB 9/2007 rd). Enligt lagutskottets betänkande gav riksdagen ett utlåtande som ger regeringen i uppgift att utreda "ifall de förberedande handlingar som

²⁴ Rådets rambeslut om bekämpande av människohandel, *EGT L 203*, 1.8.2002.

²⁵ Se Lindstedt, Jukka, 'Vilket är förhållandet mellan EU:s rambeslut om bekämpande av terrorism och de grundläggande fri-och rättigheterna?' *JFT 138* (2002), 4-5, s. 436-451.

²⁶ Kommissionens berättelse 6.11.2007, KOM (2007) 681 slutgiltig.

²⁷ Commission Staff Working Paper. *COM 2004*, 409 final.

²⁸ Se RP 81/2007.

nuförtiden ingår i straffrättslagstiftningen är enhetliga och motsvarande vad ett effektivt arbete mot allvarliga brott kräver”.²⁹

4. Säkerhet och straffrättens fragmentering

Europeiseringen av straffrätten för med sig en ny dimension till den mer allmänna förändringen av detta rättsområde. Helt klart har en del av de element som berörs av europeiseringen varit centrala objekt för förnyelse i Norden också i övrigt. Frågor som den juridiska personens straffansvar och straffbarhet för miljöförstöring är inte som sådana nya för straffrätten. Det är även naturligt att europeiseringen av straffrätten måste tolkas i förhållande till förändringstendenserna inom den internationella straffrätten.

I Finland har man redan vant sig vid diskussionen om rättens fragmentering och koherens.³⁰ Även inom straffrätten har man talat om hur rätten fragmenteras i små fack, som lever efter sina egna bakgrundsprinciper och inte längre arbetar efter gemensamma allmänna läror. Om man kan säga att man i Finland accepterar strafflagstiftningens inre fragmentering i exempelvis traditionella brott och ekonomiska brott som en utgångspunkt³¹ kan på samma gång konstatera att europeiseringen har fört med sig ett betydande mervärde till diskussionen. På europeiseringsfältet producerar exempelvis rambeslutens stadganden genom den nationella implementeringen verkningar som förstärker fragmenteringen.³² Europeiseringen för å andra sidan också med sig nya former av fragmentering, då tonvikten i kampen mot gränsöverskridande allvarlig brottslighet för de straffrättsliga normerna närmare säkerhetsregimens område. Den politik som straffrätten förverkligar får då nya färger och man kan anta att dessa nya betoningar har verkningar även på de allmänna läror som svarar för straffrättssystemets koherens. I praktiken breddas området för den enskildas straffansvar.

Det klaraste exemplet på detta är terrorismstraffrätten, men även åtgärderna mot organiserad brottslighet visar på samma utveckling.³³ Det verkar som allt klarare skillnader kan ses i hur straffrättssystemet svarar mot olika fenomen. I EU-straffrätten möter den nationella straffrätten dylika säkerhets-maximerande regimer, som har starkare och bredare verkningar än vad vi är vana vid. Till exempel gällande

²⁹ RS 107/2007 rd. Lag om ändring av strafflagen 1307/2007; om nämnda lags ikraftträdande stadgas genom förordning, som ännu i skrivande stund inte har getts.

³⁰ Se senast Tuori, Kaarlo, *Oikeuden ratio ja voluntas*. Helsingfors 2007, till stora delar.

³¹ Se t.ex. Lahti, Raimo, 'Rikosvastuun kohdentamisesta yhteisössä ja sen sääntelystä', *Lakimies* 8/1998, s. 1271-1284, s. 1274 och *samma*, 'Talousrikosoikeuden yleisistä opeista', i verket Lahti, Raimo – Koponen, Pekka (red.), *Talousrikokset*. Helsingfors 2007, s. 3-28, spec. s. 20-24. .

³² Som temaområde har straffrättens fragmentering behandlats utförligt av Sakari Melander, se Melander, Sakari, 'The Differentiated Structure of Contemporary Criminal Law', i verket Nuotio, Kimmo (red.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*. Helsingfors 2007, s. 189-206.

³³ Som exempel kan kriminaliseringen av deltagande i en organiserad kriminell sammanslutnings verksamhet i SL 17:1 a §, L 142/2003.

terrorism, människohandel, penningförfalskning och narkotikabrott har medlemsländerna tillsammans definierat ett sätt att närma sig problemen, som sedan används både i den nationella rätten och politiken. EU:s många myndigheter säkerställer att målen uppnås.³⁴ De nationella polismyndigheterna deltar aktivt i det förebyggande arbetet mot dessa hot och inriktar sina resurser på inhämtandet av information. På säkerhetsområdet går således straffrätten och polisverksamheten sida vid sida beträffande styrning, utveckling och internationellt samarbete.

Glimtar av en dylik säkerhetsorienterad kriminalpolitik fanns dock redan innan EU, och exempelvis terrorism har ju som fenomen erkänts långt tidigare. Till dessa fack av säkerhetsinriktad kriminalpolitik kan man räkna till exempel narkotikastraffrätten, som gällande sina värderingar och principer har gått sin egen väg i den finska rätten. För de säkerhetsorienterade områdena har kontrollsträvan varit viktigare än andra målsättningar. I och med EU:s starka inverkan är det enklare att känna igen detta områdes ideologiska särställning, när exempel ställs sida vid sida.

Jag vill inte säga att säkerhet inte skulle vara ett viktigt och värdefullt mål för straffrätten; problematiskt är dock ifall detta synsätt görs till ett instrument för en alltför smal inriktning av straffrätten. Också säkerhetsbegreppet kräver ett mångsidigt angreppssätt.³⁵ Det är, enligt min åsikt, en stor lycka att exempelvis ungdomsstraffrätten inte alltför starkt hamnat i klorna på detta kontrollparadigm, utan har lyckats behålla sin mera allmänna sociala natur.

Människohandel är ett svårt område att lagstifta om. Det är till sin natur ett internationellt fenomen, på samma sätt som narkotikahandeln. Människohandeln hör alltså samman med en uttalat organiserad, gränsöverskridande brottslighet. Det är förståeligt att huvudparten av den kriminalpolitiska uppmärksamheten fästs vid dylika fenomen. På samma gång leder dock denna frågeställning till att de offer, vars väl och ve straffrättssystemet är skapat för att skydda, nästan tvunget kommer att bli definierade som en del av fenomenet som man arbetar mot – den organiserade brottsligheten. På samma gång blir de också objekt för kampen, eftersom man enbart med deras hjälp och bistånd kan komma tillräckligt nära den brottsliga verksamheten. Ett mycket smalt säkerhets- och kontrollinriktat synsätt minskar på möjligheterna att fästa uppmärksamhet vid olika aspekter av denna problematiska frågeställning.³⁶

Om frågan rörde sig om att hitta sätt för att hjälpa offren för människohandel skulle betoningarna säkert vara annorlunda. En liknande situation kan man också se i den säkerhetsorienterade straffpolitiken gällande narkotikabrott. Genom att använda sig av narkotikamissbrukare kan man komma tillräckligt nära den organiserade brottsligheten, men priset man betalar är att det blir svårare att göra ingrepp i de samhällsstrukturer som leder till narkotikamissbruk.

³⁴ Angående terrorismlagstiftning se Jung, Heike, 'Uses and Abuses of Criminal Law Responses to Terrorism', i verket Nuotio, Kimmo (red.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*. Helsingfors 2007, s. 97-109.

³⁵ Om diskussionen exempelvis Loader, Ian – Walker, Neil, *Civilizing Security*. Cambridge, Cambridge University Press 2007.

³⁶ Roth, Venla, 'Paritusta vai ihmiskaupaa?' *Defensor legis* 4/2007, s. 419 ff.

På grund av nämnda skäl är det berättigat att oro sig för att en smal utgångspunkt tagen i säkerhet och kontroll leder till att kriminalpolitiken kommer att representera ett än smalare område av rationalitet. En dylik medveten strävan till effektivitet instrumentaliserar politiken än mer, men eftersom utvärderingskriterierna för effektivitet på samma gång ändras är det svårt att veta ifall de valda förfaringssätten samtidigt optimalt stöder strävandet efter säkerhet.

Fragmenteringen ger uttryck för en förgrening och splittring i de kriminalpolitiska målsättningarna. En förstärkning av den starkt säkerhetsorienterade modellen och en splittring från den bredare kriminalpolitiska modellen, som representerat en strävan mot social rättvisa, förskjuter den ibördes prioriteringen mellan de olika målsättningarna.

Säkerhetsretorik, som är typisk för diskussionen i EU:s offentliga dokument som behandlar hot från brottslighet och kraven på motstånd mot brottslighet är i detta fall inte enbart retorik. Den egentliga målsättningen med sättet att tala är att ändra inriktningen för kriminalpolitiken, så att man på samma gång accepterar straffrättens fragmentering. Genom att ta som utgångspunkt att förändringen är riktig kan man granska fenomenet närmare och möjligtvis komma till en förståelse om den pågående förändringens natur och dimension, och om EU:s roll i förverkligandet av denna förändring.³⁷

Strävan mot säkerhet lösgör på ett sätt straffrätten från sin etiska dimension, då man i strävan för maximering av säkerheten undviker risker till varje pris. Därför kan man heller inte lita på att de rättsliga normerna har en tillräcklig effekt på möjliga brottslingar. Reaktionerna på säkerhetshot är neutrala och breda, och stöder sig samtidigt på många olika tillvägagångssätt. *Soft law* komplementerar den bindande lagen. Det är paradoxalt att det neutrala strävandet mot säkerhet är en följd av extrem moralism: behovet att döma ett fenomen som omoraliskt.

Om det faktiskt är så att EU:s kriminalpolitik leds av snävt omfattande strävanden mot ökad säkerhet och kontroll är det av yttersta vikt att uppmärksamma vilka ämnen som ges stämpeln av gemensamma problem. Den säkerhetsorienterade kriminalpolitiken kan, nämligen, utvidga sitt arbetsfält bortom det ursprungliga och därmed erbjuda en allmän modell för en ny kriminalpolitik. Om vi talar om motståndet mot terrorism får man nog anse det förståeligt att den kriminalpolitiska orienteringen baserar sig på ett behov att kontrollera allt samröre med terrorism. Och om vi talar om de verkliga terroristerna är säkerhetsaspekter viktiga. Men man kan ändå fråga sig ifall det är sakligt att utsträcka samma logik av maximal repression till randområden, såsom terroristernas umgängeskretsar och andra mindre aktörer. Frågan rörande definitionen av straffbarhetens gränser kommer på samma gång att innebära uppsättandet av gränser för en viss kriminalpolitisk rationalitet. En säkerhetsorienterad kriminalpolitik leder helt klart till att gränserna för straffrättsligt ansvar utvidgas och bryter därmed med vissa av den klassiska straffrättens läror om medverkan

³⁷ Ari Hirvonen har behandlat förhållandet mellan den europeiska straffrätten och "säkerhetseuropa" i sin artikel 'Uusi matka uuteen kriminologiaan', i verket *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII*, Pekka Koskiselä 1.1.2003 omistettu. Helsingfors 2003, s. 71-88, spec. s. 77-79.

Kärnan för säkerhetsparadigmet är brottsprevention i stadiet före brotten ha begåtts. Straffbarheten skall utsträcka sig till ett så tidigt skede att säkerhetsmyndigheterna effektivt kan åtgärda misstänkta projekt långt innan de förverkligas. Straffprocessen är bara en form av nödvändigt efterspel till denna prevention. Det har sagts att i kriget mot terrorism har även den rättsliga sidan ett förhållande till krigsjuridiken. Kravet på en definition av terrorism är inte bara en följd av nödvändigheten att skapa ett gemensamt kriminalpolitiskt synsätt, utan även av nödvändigheten att rättfärdiga vissa militära attacker mot terroristiska mål.³⁸

Till föregående ämne hör frågan om ifall kriminalpolitiken måste förverkligas med samma betoningar i den nationella rätten som på den europeiska nivån. Kunde man tänka sig att politiken på det nationella planet skulle urskiljas till att bli en annan, eller till exempel att den skulle berikas och kompletteras med argument och synsätt.

I princip är det inte nödvändigt att anse att all retorik, med vilken exempelvis straffrättsliga rambeslut motiveras, skulle vara direkt bindande för den nationella lagstiftaren eller lagtillämparen. Däremot visar redan exemplen på hur den nationella rätten tidigare förändrats på att dylika politiska hållpunkter rätt enkelt nästlar sig in i det nationella systemet. Detta förklaras även av naturen på de rättsinstrument som används för att harmonisera nationella rättssystem: ju mer precisa de är desto mindre rörelseutrymme ger de den nationella lagstiftaren.

Utförningen av en säkerhetspolitisk straffrätt inom EU:s tredje pelare är inte som fenomen speciellt utforskat. Man kan anta att EG:s / EU:s specialnatur i sig har främjat uppkomsten av en dylik politisk arkitektur. Den starka betoningen på ekonomisk effektivitet och/eller det effektiva genomförandet av en viss politik inom den första pelaren ger på sitt eget sätt uttryck för en speciell, och ofta från den nationella rätten skild politisk orientering. Inom gemenskapsrätten har man också skapat den modell för rättslig styrning, mot vilken inrikes- och säkerhetsfrågor oavbrutet rör sig. Unionens straffrättsliga kompetens rör också delvis de politiska områden som hör samman med gemenskapsrätten, och därmed skapas också samband mellan pelarna.

Subsidiaritetsprincipen och närhetsprincipen säkrar att gemenskapsrätten och Unionens rätt inte får oavsedda effekter i medlemsländernas nationella rättssystem. Det är hur som helst klart att Unionens politik indirekt påverkar den nationella politiken. Den skapar en modell för den nationella rätten, vilken man kan följa också när Unionen inte explicit kräver det. Kriminalpolitikens allmänna utvecklingstrender i Europa under den senaste tiden kan ha att göra med en dylik ideologisk förändring, som innebär en genomgående betoning av säkerhets- och kontrollmålsättningar – inte bara på de områden där man redan vant sig vid detta.

EU:s kriminalpolitiska orientering leder till ett ökat tryck på den nordiska kriminalpolitiken. Detta gäller speciellt säkerhetsfrågor. I dessa frågor flyttar man sig medvetet längre bort från den traditionella rationella och humana kriminalpolitikens principer. Därför är den kriminalpolitiska fragmenteringen på den nationella nivån

³⁸ Fletcher, George P., 'The Indefinable Concept of Terrorism', *Journal of International Criminal Justice, Special Issue*, 4 (2006), s. 894 – 911, spec. s. 897.

samtidigt ett sätt att upprätthålla den nordiska traditionella kriminalpolitiken på de områden, där säkerhetssynpunkter inte kräver en ändring av kriminalpolitiken.

Det är ännu möjligt att se att de centralaste bitarna av den nationellt förnyade straffrätten ger uttryck för en social rättsuppfattning. Modern finans-, miljö- och arbetsstraffrätt är ännu, även om deras ansvarsläror förnyats, förbundna med den nordiska kriminalpolitikens tradition. Betoningen av dessa områden har förutsatt att straffrätten följt efter och försökt ta itu även med frågor rörande dylika fenomen. En straffrätt, som inte skulle röra sig i denna riktning, skulle vara i farozonen att förbli traditionell på ett helt felaktigt sätt. En sådan straffrätt skulle inte heller ge uttryck för rättssystemet i sin helhet. Straffrättsvetenskap behövs för att konstruera den utveckling som behövs.

En snäv säkerhetsorienterad politik representerar inte en likadan gemensam modernisering av straffrätten. Den tar inte så samma sätt avstamp i indelningen mellan traditionell/moderniserad som den tidigare diskussionen om straffrättens fragmentering hänvisade till. Säkerhetspolitik för snarare straffrätten till ett förmodernt stadium, mot en politirätt, där straffrättens gränser i förhållande till polisverksamheten och administrationen är oklara och där straffrätten evalueras genom mått på direkt effektivitet. Hänvisningen till förmodernism är självfallet enbart bildlig. Med modern förvaltning kan man göra mycket mer än vad man gjorde förr.

Splittringen mellan den säkerhetsorienterade och den övriga kriminalpolitiken är djupare än den skillnad som skapas mellan traditionella och moderna brott på den nationella nivån, eftersom den ger uttryck för förändringar i politikens grundläggande värderingar på en kvalitativ nivå. Detta förklarar på samma gång varför till exempel straffrättens allmänna läror kan tillämpas på moderna brott genom omtolkningar och rättsvetenskaplig utveckling, emedan området för kvalitativt ny reglering föder ett behov av att uttala ta avsteg från de traditionella rättsliga principerna, såsom de allmänna lärorna om straffansvar. I detta avseende kan förändringar i de allmänna lärorna tas som indikatorer på förändringar i kriminalpolitiken. I säkerhetstänkandet vill man eliminera möjligheten till att begå brott och reagera preventivt, och inte såsom man traditionellt gjort vänta tills det är möjligt att reagera på ansvaret i efterhand.

Denna upptäckt ger skäl att anta att också EU:s kriminalpolitik kan innehålla områden som inte har en så stark betoning på säkerhetsmålsättningar och att det finns områden även inom EU:s linjer som kunde föras närmare den sociala rättens modell. Detta kan antas gälla speciellt några fack inom den ekonomiska brottsligheten, arbets- och miljöstraffrätten. Hur som helst kan man nog påstå att det är utmärkande för EU:s kriminalpolitiska orientering att säkerhetsaspekterna betonas.

Från gemenskapsrättens synsätt granskas straffrätten som ett instrument för garantin för en effektiv implementering. Kravet på effektiv implementering som sådant kan lämnas förhållandevis ospecificerat om man granskar saken i ljuset av den traditionella diskussionen om straffrättens rättfärdigande. I generaladvokat Mazáks nya

avgörandeförslag angående rambeslutet om fartygsavfall³⁹ erkänns kanske för första gången officiellt gemenskapsrättens problematiska syn på straffrättens metoder för granskning av nödvändighet.⁴⁰

Internationell straffrätt, speciellt dess kärnområde, utgör ett intressant specialfall. Är det här frågan om samma säkerhetspolitiska linje, eller representerar den internationella rätten ändå kanske den traditionella "upplysta straffrätten" som traditionell, nationell straffrätt ger uttryck för? Man kunde kanske säga att internationell rätt hittar sin plats i detta straffrättsliga moderniseringsprojekt mellan dessa två ytterligheter, och förmedlar på samma gång båda synvinklarna. Ett starkt band till den humanitära rätten och den kosmopolitiska etiken samt till straffrättens tradition knyter den internationella straffrätten till den klassiska straffrätten, emedan dess krav på effektivitet, sambandet med en större helhet av krig och säkerhet samt internationell politik och inte minst behovet av att utveckla och förnya ansvarsdoktrinerna binder samman den internationella rätten med den växande säkerhetsorienterade regimen. Den Europeiska Unionen har förbundet sig till det internationella straffrättsprojektet och ger tillsammans med sina medlemsländer processen ett starkt stöd.⁴¹

5. Motkrafter

Den kriminalpolitik som förs i den Europeiska Unionen formar medlemslänternas nationella kriminalpolitik. Dock ställer speciellt den kriminalpolitik som särskilt starkt betonar effektivitet och säkerhet en rad gränser och ramar. På den europarättsliga nivån uppställs dessa ramar av Unionens förbindelser till grundrättigheter och mänskliga rättigheter samt av de gränser som kan påföras Unionens straffrättsliga kompetens. Av olika orsaker har inte dylika rättsskyddssynvinklar getts full vikt på den europarättsliga nivån, vilket i sin tur har lett till att skillnaderna mellan europarätten och den nationella rätten har betonats.

På denna nationella rättens nivå är motrörelserna mot denna utveckling naturligtvis grund- och människorättsåtaganden på det nationella planet samt de kriminaliseringsprinciper, straffrättens lagstiftningsprinciper och de allmänna läror som utvecklats på nationell nivå. Dylika synsätt som man måste fästa uppmärksamhet vid när Unionens rätt implementeras nationellt säkrar å sin sida det nationella rättssystemets enhetlighet.

Jag skulle säga att den nationella implementeringen av skyldigheter med ursprung i internationell eller europarättslig nivå relativt lätt för in främmande material i det

³⁹ Opinion of Advocate General Mazák, 28.6.2007; ärendet C-440/05 Commission v. Council.

⁴⁰ Se också t.ex. Nuotio, Kimmo, 'The Rationale of the Nordic Penal Policy Compared with the European Approach', i verket Nuotio, K. (red.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*. Helsingfors 2007, spec. s. 169-172.

⁴¹ Om ämnet Nuotio, Kimmo, 'Criminal Law of a Transnational Polity', Müller-Dietz et al (red.), FS Heike Jung. Nomos Verlag, Baden-Baden 2007, s. 685-698.

nationella rättssystemet och att det kräver en viss omformning av det nationella rättssystemet för att smälta och omfatta det nya. Om man inte lyckas i detta kan följden vara att stadgandena blir olika och överraskande i den nationella kontexten.

I den finska rätten kan man hitta motrörelser som sätter gränser för den euro-parättsliga straffrättens påverkan på den nationella straffrätten i tidigare nämnda sammanhang. Till de nationella särdragen hör att Finlands straffrätt sedan länge varit väl beredd på att ta emot krav från ett effektiviserat regionalt samarbete. Det nationella förnyelseprojektet angående straffrättslagstiftningen hade nått märkbara resultat redan innan Finlands EU-medborgarskap. Grundrättsreformen år 1995 förstärkte de lagstiftningsprinciper som gällde kriminaliseringar, vilket gavs uttryck bland annat genom att principen om lagbundenhet lyftes upp till grundlagsnivå.⁴² Och efter sagda reform har riksdagens grundlagsutskott helt klart aktiverat sig också gällande tolkningen av legalitetsprincipen.⁴³ Utskottet har också när olika lagförslag behandlats aktivt deltagit i tolkningen av de ramar som uppsätts för en godkännbar straffrättslagstiftning genom den nationella grundlagen. Lagutskottet har i förhandlingen om olika instrument aktivt deltagit i linjedragningen av Finlands åsikter och i genomförandet av dessa instrument försökt tillse att de lagändringar som genomförs på ett tillräckligt sätt uppmärksammar grundprinciperna i det finska rättssystemet.⁴⁴

Enligt min åsikt ger detta drag i den finska lagstiftningen uttryck för en viss sorts konstitutionalism. Genom att stärka bandet mellan straffrätt och grundlag har man ökat möjligheterna att rättsligt motivera de gränser som finsk lagstiftning uppställer för nationella kriminaliseringar. Det stöd som de straffrättsliga principerna sålunda får av grundlagsnormerna har stärkt dessa principer, vilket varit av betydelse när den internationella normsamlingen i allt större grad har börjat kräva att lagstiftning via fragmentering verkställer kraven från framväxande specialregimer.

Man har försökt förstärka den finska straffrättens principiella koherens genom att förnya lagstiftningen i förväg, i sista hand med utgångspunkt från de allmänna principer som framtog i Straffrättskommitténs arbete. Även om denna helhetsreform till sin egna form ändrades under tidens gång gav den ändå förutsättningar på det politiska och principiella planet till en tämligen välorganiserad normhelhet. Å andra sidan är det möjligt att arbetet på helhetsreformen på samma gång förde med sig ett element som inte hörde till helheten eller som inte så bra passade in på denna förbisågs på ett problematiskt sätt. Exempelvis ansvarsfrågorna i samband med

⁴² Melander, Sakari, 'Kriminaliseringsprinciper och förutsättningar för begränsning av grundläggande fri- och rättigheter', NTfK 89 (2002) 4, s. 237-258.

⁴³ Som ett exempel kan nämnas GrUU 48/2002 rörande implementeringen av rambeslutet angående terrorism (RP 188/2002), i vilket man betonade laglighetsprincipens krav på bestämdhet när man avviker från de vanliga läromna om medverkansansvar.

⁴⁴ Se t.ex. LaUB 26/2002 rp i anknytning till RP 183/1999, som berörde kriminaliseringen av deltagande i en brottsorganisations verksamhet.

kriminaliseringen av terrorismbrott och deltagande i kriminella organisationers verksamhet borde ha behandlats redan i samband med lagberedningen angående straffrättens allmänna läror.⁴⁵

I själva verket behandlades inte frågan om straffrättens fragmentering desto mer i reformarbetet. I det sista skedet av arbetet med förnyelsen av de allmänna lärorna rörde man också enbart kort vid ämnet, mer specifikt i samband med granskningen av ifall speciella normer angående allokeringen av ansvar var nödvändiga.⁴⁶ Man kan nog säga att straffrättens internationella och övernationella band fick en biroll i strafflagsprojektet.⁴⁷

Som avslutande kommentar kan man säga att både EG- och EU-rätten har en försvagande effekt på den nationella rättens koherens. I gemenskapsrätten förklaras detta med att frågan om straffrättsliga mekanismers nödvändighet inte ställs emedan straffrätten erbjuder ett nödvändigt instrument för effektiv implementering av gemenskapsrätten. Detta i sin tur gör det svårt att hålla fast vid bland annat kriminaliseringsprinciper. Inom den tredje pelaren är straffrätten i sig som ämne närvarande, men på grund av de teman och ämnen som pelaren omfattar bildas oundvikligen en spricka mellan det europeiska sättet att närma sig problemen och den traditionella finska straffrätten.

Harmonisering genom en säkerhetsorienterad straffrätt skapar problem för straffrättssystem som den finska, i vilka man strävat till att skapa enhetlighet med utgångspunkt från andra ideologiska utgångspunkter. Nationella motrörelser aktiveras för att motarbeta de negativa influenser som den europeiserade lagstiftningen för med sig på det nationella rättssystemet, men det är tydligen så att motkrafterna inte är särskilt effektiva.

6. Domstolarnas aktivering

Det område av frihet, rättvisa och säkerhet som skapades i början av 2000-talet åstadkoms till stor del genom lagstiftningsåtgärder. Vid sidan av detta har en viktig utveckling också skett i förhållande till domstolarnas aktivering på området. EG-domstolen har gett några viktiga avgöranden, som för sin del klargör betydelsen av de straffrättsliga normerna och deras position i europarätten. De viktigaste besluten rör bland annat den straffrättsliga lagstiftningskompetensen och rambeslutens tolkningsverkan.

EG-domstolen tog år 2005 ställning i debatten om huruvida gemenskapsrätten kunde medföra skyldigheter för medlemsländerna att ta i bruk straffrättsliga

⁴⁵ Lahti, Raimo, 'Rikosoikeuden yleisten oppien uudistamisesityksen arviointia', i verket *Rikosoikeudellisia kirjoituksia VII. Pekka Koskiselle 1.1.2003 omistettu*. Helsingfors 2003, s. 137-153, spec. s. 152.

⁴⁶ Se RP 44/2002 angående straffrättens allmänna läror, s. 40-41.

⁴⁷ Angående det speciella ödet för kriminaliseringen av tortyr se Nuotio, Kimmo – Hannula, Ilari, 'Kidutuksen kriminalisoinnista kansallisessa oikeudessa', *Oikeus* 2007 (36) 2: s. 132-146.

sanktioner på miljöskyddets område.⁴⁸ Medlemsländerna motsatte sig en dylik tolkning, men domstolen ansåg att även om gemenskapsrätten inte omfattade en allmän straffrättskompetens så hade heller inga former av sanktioner undantagits från de medel som stod till förfogande. Straffrättslagstiftningen och straffprocessens normer hörde alltså inte i sig till gemenskapens kompetens. Enligt domstolen hindrade detta dock inte att ”gemenskapens lagstiftare förverkligar åtgärder i anknytning till medlemsländernas straffrätt, om detta anses nödvändigt för den fullständiga effektiviteten av antagna miljöskyddsnormer eftersom ibruktagandet av effektiva, proportionella och varnande straffrättsliga sanktioner på det nationella planet är ett nödvändigt medel i kampen mot grova miljöbrott”.⁴⁹ Till EG-domstolens uppgifter hörde att övervaka att man inte genom rambeslut lagstiftande om ärenden tillhörande gemenskapskompetensen, och därför upphävdes rambeslutet.

Domen visade att tolkningen enligt vilken all straffrättslig harmonisering på grund av avsaknaden av straffrättslig kompetens skulle ske under den tredje pelaren var felaktig. Även efter detta är det dock en öppen fråga hur långtgående straffrättslig kompetens EG-samarbetet faktiskt har. Begränsas denna kompetens till den effektiva implementeringen av gemenskapens miljöskyddslagstiftning eller kunde kompetensen utvidgas även till andra politiska områden av gemenskapsrätten? Och hur detaljerad får den straffrättsliga regleringen som sker genom direktiv på gemenskapsrättens område vara?

EG-domstolen fick en ny möjlighet att utreda frågan när den tog ställning till en annan klagan, i vilken kommissionen krävde att ett rambeslut skulle hävas på grund av att den straffrättsliga reglering som ingick i rambeslutet borde ha skett genom gemenskapsrättsliga instrument. Igen motsatte sig medlemsländerna kommissionens tolkning. Generaladvokat Mazák gav ett mycket utförligt beslutsförslag i ärendet, i vilket han följde kommissionens åsikt att kompetensen som gemenskapsrätten för med sig sakta har utvecklats och breddats även till fler än miljöskyddets områden. Generaladvokaten fäste dock på samma gång uppmärksamhet vid att kravet på effektivitet inte kan utvärderas på samma sätt som straffrättsliga normers natur, varför detta sätt att lagstifta kan ha problematiska effekter.⁵⁰

EG-domstolen upphävde även detta rambeslut men lämnade ännu öppen frågan om hur bred den tysta straffrättsliga kompetensen utanför EG:s miljöskydds rätt egentligen är. I avgörandet sades explicit att bestämningen av formen och nivån på de tillämpbara straffrättsliga sanktionerna inte hör till gemenskapens kompetens, och att man därför inte angående dessa frågor kan lagstifta genom direktiv.⁵¹ Om lagstiftning till denna del eftersträvas hör den till den del av rätten som regleras via rambeslut.

⁴⁸ Ärende C-176/03 *Kommissionen vs. rådet*, EGT C 315, 10.12.2005.

⁴⁹ För en bredare granskning se Vervaele, John A.E. 'The European Community and Harmonization of the Criminal Law Enforcement of Community Policy. A Cessio Bonorum from the Third to the First Pillar' i verket Nuotio, Kimmo (red.), *Festschrift in Honour of Raimo Lahti*. Helsingfors 2007, s. 119 ff.

⁵⁰ Ärende C-440/05 *Kommissionen vs. rådet*, generaladvokat Mazáks avgörandeförslag, 28.6.2007.

⁵¹ Ärende C-440/05, EG-domstolen, dom 23.10.2007, punkter 52-74, spec. om sanktioner punkt 70.

En annan betydelsefull förnyelse är den i *Pupino*-avgörandet fastställda läran om att rambeslutens stadganden har en tolkningseffekt när nationell rätt tillämpas.⁵² Denna regel har betydande effekt speciellt på nationella processuella regler när frågan på något sätt är reglerad i ett rambeslut. EG-domstolen har dessutom behandlat bland annat *ne bis in idem*-regelns tillämpbarhet i gränsöverskridande brottnålsrättegångar⁵³, den straffrättsliga legalitetsprincipen⁵⁴ och naturen av det rambeslut som innehåller stadganden om den europeiska arresteringsordern.⁵⁵ Den första instansrätten har behandlat frågor rörande terrorism, speciellt de s.k. terroristlistorna och frysandet av tillgångar till följd av dessa.⁵⁶ Under de senaste tre åren har EG-domstolen och den första instansrätten gett åtminstone 25 avgöranden i vilka gränserna för den europeiska straffrätten tas upp.

För tillfället kanske principiellt den mest spännande tematiken rör sig kring de s.k. terroristlistorna och frysandet av tillgångar tillhörande individer eller privata organisationer. Här dyker nämligen problemet beträffande EG- och EU-rättens förhållande till internationell rätt, och då särskilt till avgöranden av Förenta Nationernas säkerhetsråd upp. Ekonomiska sanktioner riktade mot terroristgrupper och deras stödorganisationer grundar sig på beslut av säkerhetsrådets sanktionskommitté. Individer har ingen ställning i detta förfarande. Det samma gäller individens ställning inom EG och EU, när man på ett europeiskt plan fattar rättsligt bindande beslut. Det handlar sig alltså om verkställande av internationella förpliktelser på ett europeiskt plan. Nyligen har EG-domstolen tagit i tu med den här problematiken. Det handlar om två skilda besvär i förfaranden mot kommissionen och rådet, där en privatperson och en privat organisation kräver att EG-domstolen ger dem rättskydd och annullerar de beslut som avser dem personligen. Dessa yrkanden är principiellt väldigt intressanta eftersom det är de (processuella) grundrättigheternas roll i EG-rätten och EU-rätten överlag som står i centrum i övervägandena.⁵⁷

Skall de internationella förpliktelserna ges företräde, eller *kan* och *bör* eller även *måste* EG-rätten garantera individernas grundrättigheter i varje typ av förfaranden när EG-rätten riktar sin rättsverkan mot intressen på individnivå? Frågeställningen påminner om de tidigare *Kompetenz-Kompetenz*-debatter som rörde sig om grundrättigheternas skydd i EG-rätten och EG-rättens företräde i förhållande till den nationella rätten. Ett skäl till att grundrättigheternas roll måste förstärkas på EG- och EU-rättens plan är nämligen att den internationella rätten inte har utvecklat dylika rättsskyddsaspekter tillräckligt, och att man inte heller

⁵² Ärende C-105/03 *Brottmålet mot Maria Pupino*, EGT C 193, 6.8.2005, s. 3.

⁵³ Senast ärendena C-288/05 *Kretzinger* och C-367/05 *Kraaijenbrink*.

⁵⁴ De sammanslagna ärendena C-387/02, C-391/02 och C-403/02 *Bertusconi mm.*, Saml. 2005, s. I-3565.

⁵⁵ Ärende C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW*, Gett 3.5.2007.

⁵⁶ Ärende T-47/03 *Sison*, ärende T-327/03 *Stichting Al-Aqsa*.

⁵⁷ Ärende C-402/05P *Kadi vs. Rådet och Kommissionen*, Opinion of Advocate General Poiares Maduro, delivered on 16 January 2008; Ärende C-415/05P, *Al Barakaat Int Foundation vs. Rådet och Kommissionen*, Opinion of Advocate General Poiares Maduro, delivered on 23 January 2008.

helt kan föra över ansvaret för dessa rättskyddsaspekter på de nationella rättssystemen. De instrument som har använts tillåter inte detta. Den internationella rättens utveckling har egentligen skapat problemet, men EG-rättens och EU-rättens splittade strukturer och oklarheter i grundrättigheternas verkliga styrka och räckvidd i europarätten har för sin del fördjupat det. Det är ingen tillfällighet att det är frågor med anknytning till antiterrorismåtgärder det rör sig om.

Också i den nationella domstolsverksamheten har frågor rörande straffrättens europeisering lyfts fram. Det är märkbart att Högsta domstolen under de senaste två tre åren har gett flera prejudikat på området. I avgörandet HD 2005:27 behandlades frågan om Ålands penningautomatförening, då föreningen på internet hade anordnat vadslagning och lotterier. Högsta domstolen ansåg att tre personer gjort sig skyldig till brott mot lotterilagstiftningen. I ärendet bad man inte om ett förhandsavgörande från EG-domstolen, utan Högsta domstolen klarade själv upp ärendets europarättsliga samband.

Ärendet HD 2006:1 rörde importörens straffrättsliga ansvar enligt normer rörande arbetsskydd när en som unionstypgodkänd hydraulisk press importerats till Finland och därefter visat sig vara farlig. I detta ärende bad Högsta domstolen om ett förhandsavgörande, och avgjorde ärenden när detta erhållits. Det visade sig att gemenskapsrätten mycket effektivt hindrade att straffansvar påfördes importören genom nationella normer. Också i ärendet HD 2007:11 bad Högsta domstolen om ett förhandsavgörande. Svaranden hade från Tyskland fört kring 10 000 flaskor starksprit till Finland, fastän dokumenten rörande flaskorna talade om sesamolja. I Finland krävdes myndigheternas tillstånd för import av starksprit och HD ville försäkra sig om att detta tillståndssystem stod i samklang med gemenskapsrätten. Det visade sig att gemenskapsrätten inte uppställde några hinder för att döma svarandena till straff för gärningarna.

I ett ärende HD 2007:1 gällande en förverkandepåföljd till följd av brott utreddes effekten av rambeslutet angående brottsvinning på sättet för beräkning av vinningen av brottslig verksamhet med uttalad hänvisning till *Pupino*-avgörandet. Också i avgörande HD 2005: 139 rörande den europeiska arresteringsordern och utlämnandet av en brottsling hänvisar man till tolkningseffekten av ett rambeslut.

Om man jämför EG-domstolens och HD:s profil ser man en klar skillnad. EG-domstolen är fortgående tvungen att utreda vissa ytterst svåra och till sin natur närmast statsförfattningsrättsliga tvister, som skapas mellan EU:s institutioner till följd av oklara kompetensstadganden. Det krävs av gemenskapsrättsliga eller unionsbaserade instrument skall upphävas på olika grunder. Den tredje pelarens rättssystem, som ännu är under utveckling, har tvingat domstolen att också tolka rambeslutens rättsverknningar. Till exempel tolkningarna rörande *ne bis in idem*-förbudet har representerat ett nödvändigt steg framåt i utvecklingen av rätten, eftersom människorättssystemet inte når fram till dylika situationer. Människorätten och grundrättighetsläroarna, till exempel de processuella rättigheterna, kommer säkert i framtiden att ha en mer framträdande roll. EG-domstolen är för tillfället tvungen att fundera över

hur djupt man vill gå i dylika ämnen. Ofta ges nämligen möjligheten att behandla dessa teman på ett generellt plan och hänvisa de svårare frågorna till de nationella myndigheterna. Å andra sida borde EG-domstolen även visa på vikten av dessa värden, vars position inom europarätten kontinuerligt stärks.

Högsta domstolen har till största delen rört sig på ämnesområden som rör den traditionella gemenskapsrättens rättsliga effekter på tillämpningen av nationell straffrättslig lagstiftning. Det är också viktigt att förhållandet mellan dessa områden erkänns och utreds med tillräcklig noggrannhet, för faran är annars att avgöranden som går emot gemenskapsrätten vinner laga kraft. Också rambeslutens tolkningseffekt kräver att liknande tankearbete utförs speciellt i förhållande till de processuella frågorna. Högsta domstolens ärenden har hur som helst inte varit speciellt radikala i förhållande till europarätten. Högsta domstolen har till exempel visat på de centrala sätten på vilka europarätten har betydelse för den nationella tillämpningen av straffrätt. Detta är nödvändigt för att de finska domstolarna lär sig att känna igen europarättsliga frågor i den egna verksamheten.

7. EU:s grundlagsfördrag och reformfördraget

Finland ratificerade EU:s grundlagsfördrag i december 2006 även fastän det i det skedet redan var klart att fördraget som sådant inte skulle gå igenom. Vid midsommar 2007 kom man under tysk ledning fram till ett förhandlingsresultat som innebär att nya mellanstatliga förhandlingar kunde inledas om det s.k. reformfördraget. I reformfördraget (Fördraget om Unionens funktionssätt) är det meningen att man skall frånta det strandade grundrättsstadgandet alla hänvisningar till konstitutionskaraktär. Å andra sidan strävar man i reformfördraget till att rädda de saker man redan kommit överens om angående förnyelsen av EU:s grundlag, såsom exempelvis upphävandet av pelarindelningen. Rent tekniskt skall detta genomföras genom att förnya gamla fördrag utan att de ersätts med nya. Om reformen kom man till politisk överenskommelse i Lissabon 18.-19. oktober och officiellt godkändes Lissabonfördraget 13. december 2007.⁵⁸ Ändringarna i fördragstexten skall på normalt sätt ratificeras av medlemsländerna, vilket kommer att ta årtal. Dessutom är slutresultaten inte heller denna gång säkrade.

Förnyelsen av den Europeiska Unionens fördragssystem skulle, om det går igenom, ha betydande effekter på den straffrättsliga lagstiftningen. Avskaffandet av pelarsystemet skulle medföra att beslutsverksamheten underställdes gemenskapsrättsliga förfarandeformer. I beslutsverksamheten skulle inte längre enhälliga beslut krävas, vilket i sin tur skulle effektivisera beslutsverksamheten i det utvidgade EU. Å andra sidan skulle som motvikt till denna utveckling ett nödbromssystem utvecklas, till vilket medlemsstaterna kan ty sig om man anser sig ha förbundit sig till ett

⁵⁸ *EGTC* 306, 17. 12. 2007.

bindande juridiskt instrument, med andra ord ett direktiv, som skulle stå i strid med grunderna för det egna rättssystemet. EU:s straffrättsliga kompetens skulle i förhållande till dagens läge mer precist avgränsas på fördragsnivån. De mest centrala nyheterna som ingick i grundlagsfördraget är ännu inkluderade: Det skulle finnas en kompetensnorm för harmoniseringen av de processuella rättigheterna. Principen om ömsesidigt erkännande skulle ännu finnas i fördragstexten. En utveckling av *Eurojust*-myndigheten till en europeisk åklagarmyndighet finns ännu med i beräkningarna, men nytt är att överenskommelser om en sådan myndighet kunde göras också enbart av några av medlemsländerna.⁵⁹

Utvecklingen av den Europeiska Unionen har tidigare varit rätt ryckig och också aningen oförutsägbar. Inte heller den här gången är det säkert att de förutspådda och väl förberedda reformerna som sådana förverkligas. Inom facket för rättsliga och inrikesfrågor är experternas allmänna åsikt att nuläget är ytterst problematiskt och att det lett till en obalanserad utveckling. Reformfördraget skulle inte som sådant märkbart utvidga Unionens allmänna kompetens i straffrättsliga frågor. Rambeslut med harmoniserande effekt på den substantiella straffrätten täcker redan till största delen Unionens nuvarande kompetensområde, och på så sätt är inte heller frågan om kompetensens substantiella dimensioner särskilt brännande.

Om rättsliga och inrikesfrågor skulle föras närmare gemenskapskompetensen skulle möjligheterna för Europaparlamentet, de nationella parlamenten, EU-kommissionen och EG-domstolen att säkerställa att olika ur europarättens grunder och nationella rättsuppfattningar härstammande värdegrunder tillräckligt uppmärksammas i de EU-rättsliga instrumenten. Ett försnabbat förfarande för begäran om förhandsavgörande i ärenden rörande arresterade skulle i sig vara en viktig reform.

8. Teser:

Tese 1: Säkerhetsorienterade frågor såsom kampen mot organiserad brottslighet, narkotikabrottslighet och terrorism har kommit att bli speciellt viktiga för straffrättsutvecklingen på EU-nivån.

Tese 2: Denna utveckling ifrågasätter den klassiska straffrättsliga doktrinen och dess principer, och kräver att nationella lagar omformas fundamentalt.

Tese 3: Säkerhetsorienteringen representerar en extrem modell av straffrättslig modernisering och ökar den nationella straffrättens fragmentering.

Tese 4: Konstitutionalism kunde spela en roll som motkraft till denna extrema modernisering, både på ett europeiskt och ett nationellt plan.

Tese 5: Både EG- och EU-rätt har å sin sida effekter som försvagar den nationella straffrättens koherens.

⁵⁹ Se den detaljerade uppdrag som gavs till den mellanstatliga konferensen 23.6.2007: <http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/cg00001.en07.pdf>.

Tese 6: För tillfället ges inte straffrättsnormernas specialnatur tillräckligt erkännande på EG-nivå.

Tese 7: De processuella grundrättigheter som garanterar individens rättsskydd bör stärkas i europarätten.

Tese 8: Både EG-domstolen och de nationella domstolarna har aktiverats i arbetet med frågor rörande den nationella rättens och europarättens förhållande.

René Offersen

Prøvelse af offentlige udbud (upphandling)

Prøvelse af offentlige udbud

Advokat René Offersen, Danmark

EU's udbudsregler er komplicerede og virker fremmedartede på mange af de aktører, der hos ordregivende myndigheder og leverandører beskæftiger sig med omgørelsen af regelsættet til virkelighed. Ud over de fællesskabsretlige regler er der vanskelige problemstillinger fra og grænseflader til den traditionelle forvaltningsret og den almindelige erstatningsret. Udbudsreglerne giver anledning til mange konflikter, ikke sjældent om store økonomiske værdier, fordi ofte tilsyneladende små og pedantiske forskelle gør forskellen på, hvem der skal vinde en lukrativ kontrakt. Referenten mener, at opsættende virkning ved processer om prøvelse af udbud efter standstill-perioden fortsat skal have undtagelsens karakter, dog naturligvis med respekt for effektivitetsprincippet (Tese 1). Klagenævnet for Udbud har ifølge referenten ikke efter selve Klagenævnsløven hjemmel til at annullere en ulovlig indgået kontrakt (Tese 2), og der kan heller ikke efter andre nationale regler udledes pligt for en ordregivende myndighed til at annullere en sådan kontrakt. EF-Domstolens dom i sag C-503/04 afsagt i 2007 viser, at der i visse særlige tilfælde består pligt til annullation efter fællesskabsretten, men fastlæggelsen af udstrækningen af pligten nødvendiggør ifølge referenten yderligere retspraksis (Tese 3). Referenten peger på, at kravene til bevisbyrden for erstatning efter reglerne om den positive opfyldelsesinteresse hæmmer udbudsreglernes effektive virkning og omtaler loss of chance-doktrinen som en interessant mulighed (Tese 4).

1. Udbudsreglerne

1.1 Formål og udvikling

I 2007 udgjorde offentlige myndigheders og institutioners indkøb og anskaffelser 17 procent af EU's bruttonationalprodukt¹ og spiller derfor en stor rolle for den økonomiske udvikling i EU. Det er vigtigt, at der er et velfungerende indre marked for offentlige kontrakter.

EU's udbudsregler hviler på en bekymring for, at offentlige myndigheder, der ikke som private virksomheder er udsat for markedets pres, lader andre hensyn end markedsmæssige hensyn få indflydelse på deres dispositioner, fx ved at tildele en kontrakt til en lokal leverandør ud fra beskæftigelsesmæssige betragtninger frem for at vælge en bedre udenlandsk leverandør. Fik sådanne hensyn lov til at spille en betydende rolle i offentlige myndigheders indkøbspolitik, ville det hæmme udvik-

¹ KOM (2007) 799 endelig, note 10.

lingen af EU's fælles indre marked, hvor varer og tjenesteydelser uden hensyn til nationalitet skal produceres, hvor det kan ske bedst og billigst.

Udbudsreglerne har til formål at åbne for konkurrencen for offentlige kontrakter med henblik på at etablere ét fælles indre marked i EU og dermed reducere risikoen for, at offentlige myndigheder i deres indkøbspolitik udøver nationalitetsdiskrimination og i øvrigt lader sig lede af andre end anerkendelsesværdige hensyn.

Det anføres fra tid til anden, at udbudsreglerne set fra et dansk perspektiv ikke for alvor medvirker til at skabe et indre marked, da udenlandske leverandører kun sjældent deltager i danske udbud. Denne kritik er forfejlet. Det er korrekt, at udenlandske leverandører sjældent afgiver tilbud og typisk kun inden for bestemte anskaffelser som anlægsbyggerier og tog-indkøb, men udbudsreglerne er afgjort medvirkende til, at udenlandske leverandører anser det for attraktivt at etablere sig i Danmark, og på den måde bidrager udbudsreglerne også i Danmark til at udvikle det indre marked.

Udbudsreglerne skal også understøtte udviklingen for at skabe større og mere konkurrencedygtige virksomheder i EU. Udbudsreglerne har den virkning, at mindre virksomheder med ofte lavere professionalisme og ringere konkurrenceevne efter gennemført udbud mister lokale, offentlige kontrakter til typisk større og konkurrencemæssigt stærkere virksomheder. I Danmark er udviklingen på renovationsområdet illustrativ for udbudsreglernes effektivitet i dette øjemed. Efter Tjenesteydelsesdirektivets ikrafttræden i 1993 er de lokale, familieejede vognmandsforretninger, der typisk havde forestået den kommunale affaldsbortskaffelse i årtier, blevet udkonkurreret eller suget op af en håndfuld betydende renovationsvirksomheder, heriblandt udenlandsk kontrollerede.

Det hører med til omtalen af udbudsreglernes formål, at de bidrager til sikringen af sund offentlig økonomi, da udbudsreglerne principielt udvirker, at den bedste leverandør får kontrakten.

På andre breddegrader i EU end de nordiske landes vil det som en anden gunstig virkning af udbudsreglerne blive fremhævet, at udbudsregimet modvirker korrupsion.

1.2. Udbudsreglerne i hovedtræk

For at opfylde formålene fastsætter udbudsreglerne detaljerede, formelle procedurer, som offentlige myndigheder skal følge ved indkøb og anskaffelser, hvis værdi overstiger nogle nærmere fastsatte tærskelværdier. Herved er der pålagt offentlige myndigheder en række vidtgående forpligtelser og begrænsninger, der skal sikre lighed og gennemsigtighed i forbindelse med indgåelsen af offentlige kontrakter.

Udbudsdirektivet² gælder som udgangspunkt kun de nærmere definerede ord-

² Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter. Ved siden af Udbudsdirektivet gælder direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 (Forsyningsdirektivet), der regulerer anskaffelser inden for visse sektorer som fx lufthavne, elektricitet og postal virksomhed, der især har været organiseret forskelligt i medlemslande. Langt de fleste problemstillinger er identiske på Udbudsdirektivets og Forsyningsdirektivets områder, men der ses i det

regivende myndigheders³ indkøb og anskaffelser. Private virksomheders indkøb og anskaffelser og ordregivende myndigheders øvrige dispositioner end indkøb og anskaffelse (som fx salg) omfattes ikke. Selvom en disposition ikke omfattes af udbudsreglerne – fx på grund af anskaffelsens karakter, eller fordi anskaffelsen er under tærskelværdierne – står en ordregivende myndighed ikke frit ved kontraktindgåelsen. De grundlæggende principper om ligebehandling, ikke-diskrimination og gennemsigtighed har hjemmel direkte i Traktaten og finder således anvendelse på alle anskaffelser i EU.⁴

EF-Domstolen har fastslået disse grundlæggende forpligtelser i flere domme. Se fx *Telaustria-sagen (C-324/98)*, hvor EF-Domstolen bl.a. udtalte, at "[d]enne gennemsigtighedsforpligtelse, der påhviler den ordregivende myndighed, består i at sikre en passende grad af offentlighed til fordel for enhver potentiel tilbudsgiver."

Udbudsdirektivet sonderer mellem tre kategorier af anskaffelser: Bygge- og anlægskontrakter, vareindkøbskontrakter samt tjenesteydelseskontrakter. Kategoriseringen af den enkelte anskaffelse har betydning for den ordregivende myndigheds udbudspligt især som følge af forskelle i de enkelte kategoriers tærskelværdier.

Sondringen mellem tre kategorier er langt hen ad vejen historisk begrundet. Indtil Udbudsdirektivets ikrafttræden skete de af direktivet omfattede anskaffelser efter tre selvstændige direktiver, der traditionelt omtales som de klassiske direktiver, nemlig Bygge- og anlægsdirektivet (1971), Vareindkøbsdirektivet (1977) og Tjenesteydelsesdirektivet (1992). Udviklingshastigheden og rækkefølgen af direktiverne var politisk begrundet. Det var mindre kontroversielt at undergive bygge- og anlægskontrakter udbud, hvor der i forvejen var tradition for national licitationslovgivning, mens der var anledning til andre overvejelser vedrørende tjenesteydelser, der omfatter intellektuelle anskaffelser som fx revision, IT-udvikling og jura, og som har berøringsflader til politisk ømtålelige områder som fx sundhed og undervisning.

Udbudsreglerne indebærer ingen pligt for en ordregivende myndighed til at foretage udbud. Det er alene i de tilfælde, hvor myndigheden vælger at løse sine behov ved at indgå aftale med en tredjepart, at udbudsreglerne finder anvendelse.

Såfremt udbudsreglerne finder anvendelse, har dette groft sagt to konsekvenser: For det første må kontrakt kun indgås efter forudgående gennemførelse af en af de udbudsprocedurer, som udbudsreglerne anviser. For det andet skal kontrakten til-

følgende bort fra Forsyningsdirektivet.

³ Definitionen på en ordregivende myndighed omfatter bl.a. statsinstitutioner og regionale og lokale myndigheder, jf. Udbudsdirektivets artikel 1, nr. 9. Visse privatretligt organiserede retssubjekter underlagt betydelig offentlig indflydelse omfattes også af definitionen.

⁴ Omfanget af en ordregivende myndigheds forpligtelser er ikke ganske klar, jf. nærmere bl.a. Fabricius, Jesper, og Offersen, René: EU's udbudsregler i praksis, Forlaget Thomson, 2. udgave, 2006, p. 131; Hjelmborg, Simon Evers, Jakobsen, Peter Stig og Poulsen, Sune Troels: EU Udbudsretten – udbudsdirektivet for offentlige myndigheder, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2005, p. 57 ff.; Nielsen, Ruth: Udbud af offentlige kontrakter, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 3. udgave, 2005, p. 36 ff.; Treumer, Steen: Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1. udgave, 2000, p. 75 ff.

deles den leverandør, hvis tilbud efter den ordregivende myndigheds saglige skøn bedst opfylder det objektive kriterium for tildeling af kontrakten, som den ordregivende myndighed på forhånd har oplyst. Og den ordregivende myndighed må vælge mellem to tildelingskriterier: *Laveste pris* og *det økonomisk mest fordelagtige tilbud*. Den ordregivende myndighed skal på forhånd vælge og bekendtgøre valget i en udbudsbekendtgørelse, der offentliggøres i EU-Tidende.

Det hører med til denne indledende omtale at nævne, at regelsættet af natur er formalistisk, hvilket er noget fremmedartet i den nordiske tradition, hvor urimelige eller overdrevent formalistiske løsninger ofte undgås ved konkrete væsentlighedsbedømmelser. Sådan er det ikke i udbudsreglernes snirklede, finurlige univers.

Se fx Klagenævnet for Udbuds kendelse af 6. juni 2000, Ernst & Young Statsautoriseret Revisionsaktieselskab mod Fyns Stiftsøvrighed, hvor klagenævnet anså det for berettiget, at stiftsøvrigheden havde udelukket et af verdens førende revisionsvirksomheder fra at blive prækvalificeret til at udføre revisionsopgaver i kirkens tjeneste på Fyn, fordi Ernst & Young ikke inden udløbet af fristen havde indsendt en kopi af forsikringspolice som en del af dokumentationen for Ernst & Youngs økonomiske egnethed, sådan som det var påkrævet i udbudsbekendtgørelsen. Kendelsen er ikke en enlig svale.

2. Effektive prøvelsesmekanismer

2.1. Kontrolldirektivet

De overordnede rammer for klageprocedurene ved prøvelse af offentlige udbud er fastsat i Kontrolldirektivet.⁵ De klassiske direktiver indeholdte ikke særlige bestemmelser om prøvelse, ligesom der ikke eksisterede tilstrækkelige mekanismer til særlig sikring heraf. Formålet med Kontrolldirektivet var og er at sikre udbudsreglernes effektive virkning gennem etablering af en hurtig og effektiv prøvelsesmekanisme.⁶

Udbudsprocedurer strækker sig over en forholdsvis kort periode, hvorfor der er behov for, at der kan træffes hurtige afgørelser om påklagede forhold på ethvert stadium af en procedure. I præamblen til Kontrolldirektivet lægges særligt vægt på at

⁵ Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurene i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter. Ved Tjenesteydelsesdirektivets vedtagelse i 1992 tilpasses Kontrolldirektivet. Kontrolldirektivet er ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13 EØF, for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurene i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter (Ændringsdirektivet), og skal være inkorporeret senest 20. december 2009. Ændringsdirektivet bygger på Europaparlamentets og Rådets forslag til ændring af kontrolldirektiverne, KOM(2006)195.

⁶ Rådet fremhæver i præamblen til Kontrolldirektivet, at fravær af effektive klagemuligheder vil afholde udenlandske virksomheder fra at deltage i udbud, hvilket vil frarøve udbudsdirektiverne deres faktiske virkning.

sikre muligheden for at træffe midlertidige foranstaltninger til afbrydelse af proceduren. Derved sikres klager reelle beføjelser i forhold til brud på udbudsreglerne, inden der indgås en kontrakt.

Kontrolloven pålægger medlemsstaterne at gennemføre regler, der sikrer en hurtig og effektiv behandling af klager over ordregivende myndigheders beslutninger. De nødvendige beføjelser skal omfatte muligheden for midlertidige foranstaltninger, annullering af ulovlige beslutninger samt skadeserstatning. Efter Kontrolloven kan kontrolorganernes beføjelser begrænses til skadeserstatning, når der er indgået kontrakt.

I modsætning til Udbudslovens detaljorienterede karakter, overlader Kontrolloven en vis frihed til medlemsstaterne til at tilpasse klageproceduren til de nationale retssystemer.

Ændringsdirektivet indeholder to mere betydende nyskabelser i forhold til Kontrolloven. For det første indføres en pligt for medlemsstaterne til at indføre en *standstill*-periode på mindst ti dage regnet fra dagen efter afsendelsen af tildelingsbeslutningen til kontraktindgåelsen.⁷ I sammenhæng hermed indføres en midlertidig automatisk opsættende virkning i forhold til kontraktindgåelsen, hvor der indgives klager over en tildelingsbeslutning. I så fald skal medlemsstaterne påse, at kontrakten først indgås, når klageinstansen har truffet afgørelse enten vedrørende begæring om midlertidige foranstaltninger eller om selve klagen.⁸

For det andet indføres retsvirkningen *uden virkning*.⁹ En kontrakt skal som udgangspunkt betragtes som værende *uden virkning*, hvor den ordregivende myndighed i strid med Udbudsloven har tildelt en kontrakt uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse - såkaldt *ulovlig direkte tildeling*¹⁰ - eller hvor direktivets bestemmelse om *standstill* eller midlertidig opsættende virkning er overtrådt, og overtrædelsen har frataget tilbudsgiver mulighed for at iværksætte retlige skridt forud for kontraktindgåelsen.¹¹ Medlemsstaterne har mulighed for at bestemme, at en kontrakt ikke skal anses for værende *uden virkning*, hvor væsentlige hensyn til almenhedens interesser gør det nødvendigt at opretholde kontraktens virkninger.¹²

Om retsvirkningen af, at en kontrakt anses for at være uden virkning, er følgende anført i Ændringsdirektivets præambel: "Når medlemsstaterne fastlægger regler, der

⁷ Medlemsstaterne har mulighed for at gøre undtagelser til kravet om en *standstill*-periode, fx hvor kontrakten er baseret på en rammeaftale eller et dynamisk indkøbssystem, jf. nærmere artikel 2b.

⁸ Artikel 2, stk. 3, samt tillige artikel 1, stk. 5.

⁹ Det anføres, at "[r]etsvirkningen uden virkning bør ikke indtræde automatisk, men bør fastslås af eller være resultatet af en afgørelse truffet af en uafhængig klageinstans," jf. præambelen, 13. betragtning.

¹⁰ Hummelshøj, Lotte og Schmidt, Helene Bang: UIR 2006B.80, advokaderer retspolitik for, at der i Klagenævnsloven gives Klagenævnet for Udbud kompetence til at annullere ved *ulovlig direkte tildeling*, navnlig fordi erstatningsmuligheden ikke ved sådanne overtrædelser giver effektiv beskyttelse. Med Ændringsdirektivet er ønsket blevet opfyldt som et krav gældende på fællesskabsplan.

¹¹ Retsvirkningen *uden virkning* skal tillige være gældende i tilfælde, hvor medlemsstaten har undtaget kontrakter baseret på en rammeaftale og et dynamisk indkøbssystem fra *standstill*-perioden.

¹² Økonomiske interesser i kontraktens effektive virkning kan kun anses for væsentlige hensyn, hvis det i "ganske særlige tilfælde ville have uforholdsmæssige konsekvenser, at kontrakten bliver uden virkning," jf. artikel 2d, stk. 3, 2. afsnit, og præambelens 24. betragtning.

sikrer, at en kontrakt anses for at være uden virkning, skal det have til formål, at kontraktparternes rettigheder og forpligtelser ikke længere bør håndhæves og opfyldes.” Det er overladt til national ret at træffe bestemmelse om, hvorvidt ”allerede opfyldt kontraktretlige forpligtelser annulleres med tilbagevirkende kraft, eller at annulleringens omfang [skal] begrænses til de forpligtelser, der endnu ikke er blevet opfyldt,” jf. artikel 2d, stk. 2.¹³

Bortset fra undtagelserne efter Ændringsdirektivet er det altså efter Kontrolldirektivet op til medlemsstaterne at fastlægge retsvirkningerne af, at en beslutning om indgåelse af kontrakt først annulleres efter kontraktens indgåelse.

Med krav om respekt for Kontrolldirektivets forudsætninger om hurtighed og effektivitet er udmøntningen af klageproceduren som hovedregel overladt til medlemslandene. De nordiske lande har valgt forskellige tilgange ved udformningen af deres klagesystem. Inden den mere udførlige gennemgang af prøvelsen i det danske klagesystem skal der gøres enkelte, overordnede bemærkninger om inkorporeringen i Norge og Sverige.

2.2. Norge

Norge er efter EØS-aftalen forpligtet til at følge EU's udbudsregler.

Offentligt udbud er reguleret ved lov 1999-07-16 nr. 69 om offentlige anskaffelser med senere ændringer samt i to bekendtgørelser, der implementerer henholdsvis Udbudsdirektivet og Forsyningsdirektivet.

Udbudsreglerne håndhæves ved de ordinære domstole. Søgsmål om overtrædelser af loven rejses for tingsretten. Det følger af loven, at ”[i]nntil kontrakt er inngått, kan retten sette til side beslutninger som er truffet under en anskaffelsesprosedyre når beslutningen er i strid med bestemmelser i denne lov eller forskrifter gitt i medhold av loven. Dette gjelder likevel ikke for beslutninger som er truffet under anskaffelsesprosedyrer innenfor forsyningssektorene.”

Modsætningsvis synes retten ikke efter kontraktindgåelsen at have kompetence til at annullere beslutninger truffet under udbudsproceduren.

Med hjemmel i lov om offentlige anskaffelser § 7a er oprettet det rådgivende klagenævn KOFA,¹⁴ der har til formål at behandle klager om overtrædelser af udbudsreglerne. KOFA har kompetence til at pålægge et *overtredelsesgebyr*.

KOFA's udtalelser er ikke juridisk bindende for parterne, om end klagenævnets udtalelser forventes lagt til grund, og udtalelserne kan normalt fremlægges for domstolene, jf. Høyesterets Kjæremålsutvalgs afgørelse af 23. maj 2002.¹⁵

¹³ Se Nielsen, Ruth: UfR 2007B.120, for en udførlig gennemgang af *standstill* og uvirksomhed.

¹⁴ FOR 2002-11-15 nr. 1288: Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser.

¹⁵ www.kofa.no.

2.3. Sverige

I perioden forud for selve kontraktindgåelsen skal klage indgives til de almindelige administrative domstole, jf. Lag 2007:1091 om offentlig upphandling kapitel 16 § 1, stk. 1. Den administrative domstol kan meddele påbud om, at udbudsproceduren skal gøres om, eller at udbudsproceduren ikke må afsluttes, før et eller flere ulovlige forhold er rettet, jf. kapitel 16 § 2. Der kan træffes bestemmelse om opsættende virkning, jf. § 2, stk. 2.

Beføjelserne kan anvendes indtil kontraktens indgåelse. Hvis klage indgives inden ti dage fra det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed har givet underretning om beslutningen efter kapitel 9, gælder regler svarende til de i Danmark gældende, jf. § 9, jf. kapitel 16 § 1, stk. 3. Det følger således af § 1, stk. 3, at "[v]id tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna."

Derefter kan kun kræves erstatning, hvilket skal forfølges ved de almindelige domstole.

3. Klagenævnet for Udbud

Kontroldirektivet er inkorporeret i dansk ret ved Klagenævnsloven,¹⁶ der indførte Klagenævnet for Udbud. Reglerne om klagenævnets kompetence, organisation og sagsbehandling er fastsat i Klagenævnsbekendtgørelsen.¹⁷

Med oprettelsen af Klagenævnet for Udbud valgte man fra dansk side at opfylde Kontroldirektivet ved at oprette et administrativt organ. Lovgiver anså det almindelige domstolssystem for mindre velegnet til at sikre Kontroldirektivets krav om en klageinstans, der hurtigt og effektivt kan træffe midlertidige foranstaltninger og endelige beslutninger.¹⁸ Det er ikke en søgsmålsbetingelse, at sagen forinden har været prøvet ved klagenævnet, og det står således den forbigående leverandør frit for at indlede et søgsmål ved de almindelige domstole i stedet for at klage til klagenævnet.

Klagenævnet for Udbud er en del af den offentlige forvaltning, men nævnet er uafhængigt administrativt, og nævnets formandskab skal være dommere. I sagernes pådømmelse deltager ud over mindst én dommer, personer udpeget af erhvervsministeren med praktisk og teoretisk viden om udbud. Da der er tale om et administrativt nævn med særlig sagkundskab, er der principielt intet til hinder for, at klagenævnet foretager tilbundsgående prøvelse af alle aspekter og skønsmæssige vurderinger, men

¹⁶ Lov nr. 415 af 31. maj 2000 om Klagenævnet for Udbud som ændret ved lov nr. 450 af 7. juli 2001, lov nr. 306 af 30. april 2003, lov nr. 431 af 6. juni 2005, lov nr. 538 af 8. juni 2006 og lov nr. 572 af 6. juni 2007.

¹⁷ Bekendtgørelse nr. 602 af 26. juni 2000 om Klagenævnet for Udbud.

¹⁸ Folketingstidende 1990-1991, 2. samling, tillæg A. sp. 1975.

i praksis afstår nævnet ofte herfra og vælger gerne begrundelser inspireret af de, der i dansk ret traditionelt har kendetegnet domstolenes efterprøvelse af skønsmæssige forvaltningsafgørelser.¹⁹

Legalitetsprincippet bevirker, at Klagenævnet for Udbud kun har kompetence, hvis der er hjemmel i Klagenævnsløven. Efter lovens § 6 har klagenævnet kompetence til at tillægge klager opsættende virkning, annullere den ordregivende myndigheds beslutninger eller pålægge den ordregivende myndighed at lovliggøre udbudsforretningen og til at tilkende erstatning.

4. Opsættende virkning

4.1. Indbringelse for Klagenævnet (Tese 1)

Medlemsstaterne skal efter Kontrolloven sikre, at der er adgang for forbigående leverandører til at få truffet midlertidige foranstaltninger til afbrydelse af udbudsforretningen eller til at få stillet gennemførelsen af beslutninger i bero, indtil klagesagen er tilendebragt. Der er ikke krav om, at klagesager automatisk skal tillægges opsættende virkning.

Det følger af Klagenævnsløven § 6, stk. 2, at "[e]n klage har kun opsættende virkning, i det omfang dette er fastsat i lovgivningen. Hvor særlige grunde taler derfor, kan nævnet eller formanden på nævnets vegne dog tillægge klagen opsættende virkning."

Det er altså hovedreglen, at klage til klagenævnet ikke forpligter den ordregivende myndighed til at suspendere udbudsforretningen.

I 2006 blev der i Udbudsbekendtgørelsen²⁰ indført en generel modifikation til hovedreglen. Som en nyskabelse indførtes en *standstill*-periode på ti dage mellem underretningen om tildelingsbeslutningen og kontraktens underskrivelse. *Standstill*-perioden skulle fjerne risikoen for, at den danske implementering som følge af EF-Domstolens dom i Alcatel-sagen (Sag C-81/98) var utilstrækkelig. Danmark indførte således *standstill*-regler før medlemsstaterne ved Ændringsdirektivet udtrykkeligt blev forpligtet hertil.²¹ For at sikre *standstill*-periodens effektive virkning blev der i

¹⁹ Fabricius m.fl., a.st., p. 420-422.

²⁰ Bekendtgørelse nr. 588 af 12. juni 2006 om ændring af bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004.

²¹ I Danmark næres der stor veneration for EU's udbudsregler. Ganske illustrativt blev Udbudsdirektivet implementeret med en sådan iver, at Kommissionen endnu ikke havde udarbejdet de for anvendelsen nødvendige modelbekendtgørelser, hvilket klaredes ved, at Kommissionen lavede midlertidige modelbekendtgørelser. Forklaringen på denne veneration har formentlig rod tilbage i, at udbudsreglerne for alvor blev en del af den danske virkelighed med den højtprofilerede Storbæltssag, der bl.a. resulterede i en parlamentarisk kommissionsundersøgelse, og som sådan påkaldte sig betydelig politisk og offentlig opmærksomhed. I den modsatte grøft findes UK, hvor udbudsreglerne indtil videre spiller en tilbagetrukket statistrolle i det praktiske retsliv.

2007 med Klagenævnslovens § 6a²² indført midlertidig opsættende virkning, hvorefter der ikke kan indgås kontrakt, før klagenævnet har truffet afgørelse om eventuel opsættende virkning efter Klagenævnslovens § 6, stk. 2, hvis klagen indgives til klagenævnet inden for *standstill*-perioden, og klagen indeholder anmodning om opsættende virkning. Dette svarer til principperne i Ændringsdirektivet.²³

Opsættende virkning efter Klagenævnsloven § 6, stk. 2, anvendes alene i undtagelsestilfælde, hvor der foreligger *særlige grunde*.

I forarbejderne til Klagenævnsloven er det anført, at der ved beslutning om midlertidige foranstaltninger skal tages hensyn til overtrædelsens ”grovhed og følgervirkningerne,” herunder skal der foretages en afvejning af ”alle de interesser, der er knyttet til sagen samt hensynet til almenvellet”.²⁴

I sin tidlige praksis tillagde Klagenævnet for Udbud sjældent klager opsættende virkning. Derefter fulgte en periode, hvor klagenævnet i større omfang traf bestemmelse om opsættende virkning. Efter Østre Landsret ved dom af 16. august 2000, Handelshøjskolen i København og Forskningsministeriet mod Højgaard og Schultz A/S, bestemte, at Klagenævnet for Udbud havde været uberettiget til at træffe bestemmelse om opsættende virkning, har Klagenævnet for Udbud været tilbageholdende med at tillægge klager opsættende virkning.²⁵

Handelshøjskole-sagen illustrerer, hvorfor der er grund til en restriktiv praksis vedrørende opsættende virkning. Klagenævnet for Udbuds beslutning om opsættende virkning i anledning af en klage fra en tilbudsgiver på en råhus-entreprise betød, at et større antal fagentreprisekontrakter, der allerede var indgået af bygherren, blev forsinket med deraf følgende økonomisk opgør, og at flytningen af ca. 10.000 studerende, lærer mv. til tidssvarende uddannelsesmæssige rammer risikeredes forsinket 6 måneder, da flytningen ikke forsvarligt kunne gennemføres midt under et semester. Råhusentreprenørens økonomiske interesse kunne i det væsentligste tilgodeses gennem skadeserstatning.

Klagenævnet for Udbud tillagde ved kendelse af 16. oktober 2007, Kuwait Petroleum A/S mod Sønderborg Kommune, klagen opsættende virkning med en begrundelse på linje med forarbejdernes angivelser herom.²⁶

Det hører med til billedet, at opsættende virkning før kontrakten indgås, kan være forudsætningen for, at leverandørens klage i sidste ende får reel virkning, idet klager efter kontraktindgåelsen er henvist til at kræve erstatning, hvilket ofte har vist sig at være en stenet vej. Det er også sådanne overvejelser, der ligger bag Ændringsdirektivet. En for restriktiv praksis om opsættende virkning er uforeneligt med det effektivi-

²² Lov nr. 572 af 6. maj 2007.

²³ Implementeringen af Ændringsdirektivet begrundes ændring af Klagenævnsloven bl.a. som følge af retsvirkningen *uden virkning*.

²⁴ Folketingstidende 1990-1991, 2. samling, tillæg A, sp. 1979.

²⁵ Hjelmborg, a.st., p. 362.

²⁶ Klagenævnet udtalte generelt, at spørgsmålet om opsættende virkning skal vurderes på grundlag af, om klagen har noget på sig, om der foreligger uopsættelighed samt i øvrigt en interesseafvejning.

tetsprincip, der ligger bag såvel Udbudsdirektivet som Kontrolldirektivet.

Tese 1: Adgang til at få klage tillagt opsættende virkning, således at den ordregivende myndighed ikke kan træffe yderligere foranstaltninger under udbudsforretningen, før klagenævnets afgørelse foreligger, hører med til at sikre effektiv prøvelse af udbud. *Standstill*-reglerne er værdifulde bidrag i dette øjemed. Opsættende virkning for processen efter *standstill*-perioden skal fortsat have undtagelsens karakter, men praksis må dog ikke udvikle sig så restriktivt, at den viser sig uforenelig med effektivitetsprincippet.

4.2. Indbringelse af Klagenævnets afgørelse for domstolene

Efter Grundlovens § 63 har indbringelse af en forvaltningsafgørelse ikke opsættende virkning for pligten til at efterleve afgørelsen.

Klagenævnet for Udbuds kendelser har karakter af forvaltningsafgørelser og skal derfor efterleves uanset iværksættelse af domstolsprøvelse heraf, hvorfor det i mange tilfælde ikke vil være relevant at indbringe Klagenævnet for Udbuds kendelser for domstolene. Domstolens afgørelse vil komme så sent, at det kan få praktisk betydning for den udbudsprocedure, som klagesagen angår. Ved beslutningen om en klagenævns kendelse bør indbringes for domstolene, skal parterne tage i betragtning, at en retskraftig kendelse vil skulle lægges uprøvet til grund under en eventuel efterfølgende erstatningssag.²⁷

I helt særlige tilfælde kan domstolene dog efter en konkret vurdering tillægge indbringelse af en forvaltningsafgørelse opsættende virkning, selvom der ikke er udtrykkelig lovhjemmel hertil.

Muligheden viste Højesteret første gang i UfR 1994.823 H, hvor Højesteret i en sag på konkurrencerettens område udtalte, at "[s]elv om en sådan udtrykkelig lovhjemmel ikke foreligger, kan domstolene imidlertid ikke være afskåret fra undtagelsesvis at tillægge et søgsmål vedrørende gyldigheden af en administrativ afgørelse opsættende virkning." Og videre at det "må bero på en afvejning af det offentliges interesse i, at gennemførelsen af afgørelsen ikke udsættes, over for arten og omfanget af den skade, den pågældende kan blive påført, ligesom det må tillægges betydning, om der efter en foreløbig vurdering foreligger et rimeligt grundlag for påstanden om ugyldighed."

Højesteret tog skridtet fuldt ud i UfR 2000.1203 HKK om Klagenævnet for Udbuds kendelse af 21. oktober 1998, Farum Industrirenovation A/S mod Københavns Kommune, hvor Højesteret tillagde søgsmålet opsættende virkning for Københavns Kommunes pligt til at bringe indsamlingen af dagrenovation i udbud. Højesteret udtalte, at "[d]en skade, Københavns Kommune og Renholdningsselskabet af 1898 kan blive påført, såfremt afgørelsen truffet af Klagenævnet for Udbud den 21. oktober 1998 senere måtte blive tilsidesat i overensstemmelse med kommunens og renholdningsselskabets påstande, må antages at være alvorlig og muligvis uoprettelig. Risi-

²⁷ UfR 2001.2286 H.

koen for en sådan skadevirkning må efter Højesterets opfattelse tillægges større vægt end det offentliges og mulige tilbudsgiveres interesse i, at gennemførelsen af klagenævnets påbud ikke udsættes. Det bemærkes herved, at der efter en foreløbig vurdering er et rimeligt grundlag for kommunens og renholdningsselskabets påstande om tilsidesættelse af klagenævnets afgørelse.”

Med Højesterets kendelse bidrog udbudsreglerne til cementeringen af et vigtigt nybrud inden for den domstolsskabte udvikling af den almindelige forvaltningsret.

5. Beslutning om annullation

5.1. Klagenævnet og annullation af kontrakten (Tese 2)

Klagenævnet for Udbud har efter Klagenævnslovens § 6 kompetence til at annullere beslutninger truffet af den ordregivende myndighed, herunder tildelingsbeslutningen. Spørgsmålet er, om Klagenævnet for Udbud også har kompetence til at annullere selve kontrakten, hvor den ordregivende myndighed ud over tildelingsbeslutningen har indgået kontrakt med den leverandør, som den ordregivende myndighed uretmæssigt har identificeret som vinder af udbudsforretningen.

I forarbejderne til Klagenævnsloven af 1991 § 5 (nu § 6, stk. 1) anføres, ”at der skal foretages en afvejning af alle de interesser, der er knyttet til sagen samt hensynet til almenvellet. Dette gælder især i de situationer, hvor der er tale om en mulig omgørelse af en udbudsforretning, efter at kontrakten er indgået.”²⁸

Umiddelbart synes 1991-bemærkningerne at åbne mulighed for, at der kan ske omgørelse af en udbudsforretning, selvom kontrakten med leverandøren er indgået. Forarbejderne giver dog ikke et klart signal.

Den væsentligste ændring i 2000 af Klagenævnsloven²⁹ bestod i indførelsen af § 6, stk. 3, hvorved Klagenævnet for Udbud fik hjemmel til at tilkende klageren erstatning. Formålet var at styrke håndhævelsen af udbudsreglerne.

I bemærkningerne til lovforslaget anføres bl.a., at ”[i] de fleste af de sager, som indbringes for Klagenævnet, er udbudsforretningen allerede afsluttet, og kontrakten er indgået. Da Klagenævnet ikke kan ophæve en kontrakt, kan nævnet derfor i almindelighed kun tage stilling til lovligheden af den gennemførte udbudsforretning. I ca. 2/3 af disse sager er udbudsforretningen kendt ulovlig, men dette har så vidt vides aldrig fået som konsekvens, at en kontrakt er blevet ophævet. Dette skyldes, at Klagenævnets annullation af en ulovlig forvaltningsretlig beslutning om valg af tilbudsgiver ikke medfører, at den privatretlige aftale, kontrakten, er ugyldig... Klagenævnets hovedfunktion er således overvejende blevet at udtale sig efterfølgende om lovligheden af en gennemført udbudsforretning.”³⁰

²⁸ Folketingstidende 1990-1991, 2. samling, tillæg A, sp. 1979 ff.

²⁹ Lov nr. 415 af 31. maj 2000.

³⁰ Folketingstidende 1999-2000, 2. samling, tillæg A, sp. 6861 ff.

Beskrivelsen af retsstillingen førte ikke til en eksplicit kompetence for Klagenævnet for Udbud til at annullere selve kontrakten.

I kendelse af 12. december 1996, Entreprenørforeningens Miljøsektion mod I/S Sønderborg Kraftvarmeværk, udtalte Klagenævnet for Udbud, at "[d]er er ikke tillagt nævnet selvstændig kompetence til at ophæve allerede indgåede aftaler, hvorfor nævnet ikke kan påkende den af klageren i så henseende nedlagte påstand." Dette er i overensstemmelse med forarbejderne til 2000-loven.

Ved kendelse af 3. maj 2005, Taxa Stig, m.fl. mod Vestsjællands Amt, udtalte Klagenævnet for Udbud, at "der ikke efter det pågældende Kontrollov påhviler en dansk ordregivende myndighed nogen pligt til i en situation, som den foreliggende, at opsiges den indgåede kontrakt og derefter gennemføre et nyt udbud," samt at "der heller ikke efter EU-retten i øvrigt påhviler danske ordregivere en sådan pligt."³¹ Som begrundelse henviste klagenævnet bl.a. til Kontrollovens artikel 2, stk. 6. Sagen verserer ved Østre Landsret.

På baggrund af forarbejderne og Klagenævnet for Udbuds praksis er konklusionen, at klagenævnet ikke umiddelbart ved loven er tillagt kompetence til at annullere selve kontrakten. Ændringsdirektivets retsvirkning *uden virkning* nødvendiggør, at Klagenævnets loven ændres ved implementeringen af direktivet. Uden for disse områder kan kompetencen imidlertid følge af andet grundlag, herunder pligten til at fortolke lovgivningen i overensstemmelse med EU-retten.

Tese 2: Klagenævnet for Udbud har efter Klagenævnets loven udtrykkelig hjemmel til at annullere den ordregivende myndigheds beslutning om kontrakttildelingen. Klagenævnet har derimod ikke efter selve Klagenævnets loven hjemmel til at annullere en indgået ulovlig kontrakt.

5.2. Annullation af kontrakter på andet retsgrundlag (Tese 3)

Hvis Klagenævnet for Udbud har annulleret en ulovlig beslutning om kontraktindgåelse, eller det på anden måde bliver tydeligt for en ordregivende myndighed, at kontraktindgåelse er sket i strid med udbudsreglerne, rejser sig det spørgsmål, om den ordregivende myndighed i visse tilfælde er forpligtet til at bringe kontrakten til ophør på andet retsgrundlag end umiddelbart efter Klagenævnets loven.

Almindelige legalitetsbetragtninger om det offentlige pligt til at udøve sin virksomhed i overensstemmelse med gældende ret, og princippet i Danske Lov 5-1-2 om, at det kun er kontrakter, der opfylder loven, der skal "holdis i alle deris Ord og Puncter", kan anføres til støtte for, at der i al fald i visse tilfælde må bestå pligt for en ordregivende myndighed til at annullere en ulovligt indgået kontrakt. Litteraturen³² hælder

³¹ Klagenævnet havde tidligere statueret, at den ordregivende myndighed havde handlet i strid med Tjenesteydelsesdirektivet ved at indgå aftalen med et redningskorps uden forudgående EU-udbud. En række hyrevognmænd klagede herefter til klagenævnet over, at amtet ikke som følge af klagenævnets kendelser havde opsagt kontrakten med redningskorpset og iværksat EU-udbud.

³² Spørgsmålet er uafklaret, se bl.a. Fabricius m.fl., a.st., p. 423 ff.; Nielsen; a.st., p. 336 ff.; Treumer, a.st.,

mod, at der ikke efter almindelige forvaltningsretlige regler eller på andet retsgrundlag består pligt til at bringe en kontrakt indgået i strid med udbudsreglerne til ophør.

Det har været den almindelige opfattelse i litteraturen³³, at der heller ikke efter fællesskabsretten eksisterer annullationspligt ved overtrædelser af udbudsreglerne, men en dom fra EF-Domstolen afsagt i 2007 viser, at der i visse tilfælde er annullationspligt.

I sagen C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, konkluderede EF-Domstolen, at Tyskland "har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 228 EF, idet den ikke [...] havde truffet de nødvendige foranstaltninger til opfyldelse af dom af 10. april 2003 i sagen Kommissionen mod Tyskland (forenede sager C-20/01 og C-28/01) vedrørende indgåelsen af en kontrakt om bortskaffelse af dagrenovation."

I dommen fra 2003 var det bestemt, at Tyskland havde tilsidesat sine forpligtelser efter udbudsreglerne. Herefter iværksattes utilstrækkelige foranstaltninger, der ikke forhindrede, at kontrakten "fortsat havde fuld virkning". Da kontrakten ikke var bragt til ophør, forelå der ifølge EF-Domstolen traktatbrud, der principielt kunne "have fortsat i årtier henset til, at den pågældende kontrakt var indgået for en lang periode."

Tyskland fremdrog medlemsstaternes ret efter Kontrolldirektivet til at begrænse sanktionerne til skadeserstatning efter kontraktindgåelse. EF-Domstolen fandt, at kompetencen ikke uden at indskrænke rækkevidden af Traktatens bestemmelser om det indre marked kunne have til følge, "at den ordregivende myndigheds handlemåde overfor tredjemand må anses for at være i overensstemmelse med fællesskabsretten efter indgåelsen af sådanne aftaler."

Dommen viser, at der i visse tilfælde kan foreligge traktatbrud, så længe en kontrakt indgået i strid med udbudsreglerne fortsat løber, og at den *nødvendige foranstaltning* efter Traktatens artikel 228, stk. 1, kan være at bringe kontrakten til ophør.³⁴

Der argumenteres i litteraturen for, at der af dommen også kan udledes pligt for ordregivende myndigheder til i visse tilfælde at annullere kontrakter indgået i strid med udbudsreglerne, hvor retsstridigheden er bestemt af domstolene eller Klagenævnet for Udbud.³⁵

Der må udvises varsomhed med at udlede for vidtgående forpligtelser af den relativt kortfattede dom. Dommen angik forpligtelserne efter Traktatens artikel 228, hvilket i sagens natur fylder meget i præmisserne,³⁶ om et kontraktforhold, der med

p. 55 ff.; Hjelmberg m.fl., a.st., p. 370 ff.

³³ Se litteraturhenvisningerne hos Steen Treumer i Fejo, Jens (red.): EU's Udbudsregler – implementering og håndhævelse i Norden, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, 1. udgave, 2006, p. 107 note 33.

³⁴ Det følger af Traktatens artikel 228, stk. 1, at "[s]åfremt Domstolen fastslår, at en medlemsstat ikke har overholdt en forpligtelse, som påhviler den i henhold til den denne traktat, skal denne stat gennemføre de til dommens opfyldelse nødvendige foranstaltninger."

³⁵ Treumer, Steen: Towards an Obligation to Terminate Contracts Concluded in Breach of the EC Public Procurement Rules: the End of the Status of Concluded Public Contracts as Sacred Cows, Public Procurement Law Review, p. 371 ff., navnlig p. 382 og Broberg, Morten: Kontrakter kan ophæves ved brud på EU's udbudsregler, Advokaten 2008/2, p. 42.

³⁶ Dommen indeholder bl.a. i præmis 33-35 en nøje, overbevisende argumentation for, hvorfor Kontrolldi-

EF-Domstolens ord kunne have ”fortsat i årtier”, og der var i sagen tale om *ulovlig direkte tildeling*.³⁷ Artikel 228 kan i al fald ikke anvendes direkte som hjemmel for forpligtelser for ordregivende myndigheder i almindelighed.³⁸

Hvis der som antaget i litteraturen i fællesskabsretten kan findes hjemmel for annullationspligt for ordregivende myndigheder, må udstrækningen af annullationspligten efter fællesskabsretten bero på yderligere domspraksis om kravene til karakteren af overtrædelsen af udbudsreglerne, herunder grovheden og arten af den konkrete kontrakt. Det bør tillægges betydning, at medlemsstaterne efter Kontrol-direktivet i forhold til leverandører har ret til at begrænse kontrolorganernes beføjelser til skadeserstatning efter indgåelsen af kontrakten, hvilket som hovedregel ikke ændres ved Ændringsdirektivet, der er vedtaget efter EF-Domstolens dom, og som kun angiver enkelte, specifikke overtrædelser af Udbudsdirektivet, der skal være *uden virkning*.

I forhold til *ulovlig direkte tildeling* går Ændringsdirektivet i øvrigt videre end EF-Domstolens dom, da hovedreglen i Ændringsdirektivet er, at sådan direkti-
 overtrædelse altid skal være *uden virkning*.

Hvor der efter fællesskabsretten er ret eller pligt til at annullere kontrakter indgået i strid med udbudsreglerne, må ophævelsen kunne gennemføres af de nationale domstole og Klagenævnet for Udbud.³⁹

Der blev ikke ved ændringen af Klagenævnsløven i 2007 taget stilling til, om Klagenævnet for Udbud kan annullere en kontrakt indgået i strid med *standstill*-forpligtelsen, men dengang var Ændringsdirektivet heller ikke vedtaget. Der gennemførtes alene en i praksis betydningsløs udvidelse af det strafbare område efter Klagenævnsløvens § 12, stk. 1. Ved implementeringen af Ændringsdirektivet vil der fra dansk side skulle gennemføres udtrykkelig lovgivning om Klagenævnet for Udbuds kompetence til at annullere allerede indgåede kontrakter.

Tese 3: Der kan ikke efter andre nationale regler end Klagenævnsløven udledes pligt for ordregivende myndigheder til at annullere en indgået kontrakt, hvor Klagenævnet for Udbud har annulleret beslutningen om kontraktindgåelse, eller der i øvrigt foreligger et klart grundlag for, at kontraktindgåelsen er sket i strid med udbudsreglerne. Efter EF-Domstolens dom i sag C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, er medlemsstaterne i visse særlige tilfælde efter fællesskabsretten forpligtet til at annullere en indgået kontrakt. Der advares mod for vidtgående slutninger fra dommen om generelle fællesskabsretlige pligter for ordregivende myndigheder til annulation, således som der i litteraturen er opræk til.

rektivets artikel 2, stk. 6 (nu stk. 7), ikke kunne begrænse medlemsstaternes forpligtelser efter Traktatens artikel 228.

³⁷ Ved *ulovlig direkte tildeling* er der særlig behov for adgang til annulation uanset kontraktindgåelse, da erstatningsreglerne ikke i disse tilfælde er egnede til at sikre udbudsreglernes effektivitet. Se nærmere Hummelshøj m.fl., a.st., p. 82.

³⁸ Fejø (red), Treumer, a.st., side 109, omtaler muligheden for analogislutning.

³⁹ Broberg, a.st., p. 43.

6. Erstatning

6.1. De almindelige erstatningsregler

Klagenævnet for Udbud har kompetence til at pålægge en ordregivende myndighed at svare erstatning ved overtrædelse af udbudsreglerne. Erstatningsspørgsmålet afgøres efter dansk rets almindelige erstatningsregler, og der er ikke med Klagenævnslovens § 6, stk. 3, givet hjemmel til at tilkende hverken skønsmæssige eller automatiske godtgørelser til leverandører, der forbigås uretmæssigt under udbudsproceduren.⁴⁰ Erstatningsmuligheden vil oftest være den eneste reelle retshåndhævelsesmulighed for forbigåede leverandører, hvis den ordregivende myndighed har indgået kontrakt. Erstatningsreglerne har stor praktisk betydning ved overtrædelser af udbudsreglerne.

Efter dansk rets almindelige regler forudsætter erstatningspligt et ansvarsgrundlag. Det er en nødvendig betingelse for ansvar, at der er handlet i strid med udbudsreglerne. Der må imidlertid foretages en ansvarsbedømmelse i hvert enkelt tilfælde, og det forhold, at der er handlet i strid med reglerne, er ikke nødvendigvis tilstrækkeligt til at statuere ansvar. Det må indgå i bedømmelsen, om der er tale om overtrædelse af et grundlæggende princip, eller om der er tale om en mere bagatelagtig krænkelse.⁴¹

6.2. Kausalitet og adækvans (Tese 4)

Beviset for årsagsforbindelse beror på, om der kræves positiv opfyldelsesinteresse eller negativ kontraktinteresse. I praksis har især spørgsmålet om årsagsforbindelse i relation til positiv opfyldelsesinteresse givet vanskeligheder for erstatningssøgende leverandører. Det er ofte svært at bevise, at kontrakten ville være vundet, såfremt reglerne var fulgt, navnlig hvor tildelingskriteriet er *det økonomisk mest fordelagtige bud*.⁴²

Efter tidligere retspraksis om positiv opfyldelsesinteresse var det afgørende, om den forbigåede leverandør havde retskrav på kontrakttildeling.⁴³ Nyere højesteretspraksis lægger vægt på, om leverandøren har godtgjort, at kontrakten med overvejen-
de sandsynlighed ville være tildelt denne, hvis reglerne var blevet overholdt.⁴⁴ I UfR

⁴⁰ Klagenævnet for Udbuds vidtgående kendelse af 22. november 2001, Forlaget Magnus A/S mod Told- & Skattestyrelsen, er nu uden betydning, da afgørelsen er uforenelig med UfR 2002.1180 H.

⁴¹ Høg, Torkil: Udbudsretlige Erstatningsspørgsmål. Jurist- og Økonomforbundet Forlag, 1. udgave, 2005, p. 85 ff.; Fabricius m.fl., a.st., p. 430 ff.; Nielsen, a.st., p. 343 ff.; Hjelmberg m.fl., a.st., p. 377 ff.

⁴² Hvor det *det økonomiske mest fordelagtige bud* anvendes, indgår der skøn over tilbuddene ved tildelingsbeslutningen, hvorfor det i praksis næsten er en bevismæssig nødvendighed for den erstatningssøgende, at den ordregivende myndighed faktisk har evalueret og prioriteret tilbuddene. Det er i praksis lettere at føre bevis, hvor tildelingskriteriet er den *laveste pris*, da der ikke indgår skøn ved denne bedømmelse, dog bortset fra det snævre område for adgangen til at prissætte forbehold.

⁴³ UfR 1999.11 H om licitationsloven og FED 1996.999. Se for uddybning Høg, a.st., p.169 ff.

⁴⁴ Høg, a.st., p.172.

2000.1561 H, om licitation efter licitationsloven, udtalte flertallet, at "[v]i finder det godtgjort, at appellant ville have fået entreprisen, hvis indstævnte ikke i strid med licitationslovens bestemmelser havde indhentet underhåndstilbud. I hvert fald under disse omstændigheder skal indstævnte betale erstatning [for positiv opfyldelsesinteresse]." Tilsvarende UfR 2002.1180 H, hvor Højesteret afviste erstatning for positiv opfyldelsesinteresse, uanset at den ordregivende myndighed havde begået klare overtrædelser af udbudsreglerne, da leverandøren ikke ville have fået tildelt kontrakten.

I fremmed litteratur fremføres *loss of chance*-doktrinen som farbar vej til lempelse af erstatningsbetingelserne.⁴⁵ Efter doktrinen kan en eller flere erstatningssøgende opnå erstatning af en forholdsmæssig andel af opfyldelsesinteressen afhængig af sandsynligheden for, at netop de ville være tildelt kontrakt, hvis reglerne var fulgt. Kan en tilbudsgiver fx godtgøre 50 procent sandsynlighed, skal halvdelen af opfyldelsesinteressen erstattes.

Doktrinen er især sympatisk i tilfælde, hvor den ordregivende myndighed har indgået kontrakt med en leverandør, der med sikkerhed ikke kunne indgås kontrakt med, men hvor det ikke kan fastslås, hvem der skulle have haft kontrakten. Doktrinen giver risiko for overkompensation; navnlig hvis flere opnår erstatning af en andel af opfyldelsesinteressen. Kun én af leverandørerne kunne jo være tildelt kontrakten.

Vedrørende negativ kontraktinteresse er det afgørende, om leverandøren ville have undladt at afholde omkostningen, såfremt den ansvarspådragende fejl ikke var blevet begået. Retspraksis synes at stille relativt strenge krav til bevisbyrden for årsagsforbindelse i denne sammenhæng. Højesteret afviste i UfR 2004.1294 H at tilkende erstatning for den negative kontraktinteresse, fordi det ikke ansås for "godtgjort, at [virksomheden] ville have undladt at afgive tilbud, hvis [den ordregivende myndighed] havde overholdt udbudsreglerne." I UfR 2005.1799 H afviste Højesteret tillige at tilkende erstatning med den begrundelse, at det ikke kan "antages, at [virksomheden ...] ville have undladt at afgive tilbud," såfremt reglerne var blevet fulgt.

Bevis for årsagsforbindelse kan lempes under henvisning til karakteren af ansvarsgrundlaget.⁴⁶ Østre Landsret udtalte i Storebæltsagen,⁴⁷ at "[i] betragtning af ansvarsgrundlagets karakter findes det tilstrækkeligt sandsynliggjort, at der er årsags-sammenhæng mellem sagsøgtets adfærd og skaden." Dommen bør læses med et gran salt, for det var efter retsforliget ved EF-Domstolen mellem Danmark og Kommissionen om foreløbige foranstaltninger mere end svært at forestille sig, at de udenlandske tilbudsgivere skulle have forladt Danmark helt tomhændet.

Tese 4: En leverandør kan kun få erstatning efter reglerne om den positive opfyldelsesinteresse, hvis leverandøren kan bevise, at leverandøren med overvejende sandsynlighed ville have fået kontrakten, hvis ikke udbudsreglerne var overtrådt.

⁴⁵ Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, 2. udgave, 2005, p. 1382; Simonsen, Lasse: *Prekontraktuelt Ansvar*, Universitetsforlaget, 1. udgave, 1997, p. 366 ff.

⁴⁶ Hjelmberg m.fl., a.st., p. 382 ff. taler om "modifikation" i kausalitetsbetingelsen.

⁴⁷ Østre Landsrets dom af 30. maj 1996, Kampsax Bridge Consortium m.fl. mod A/S Storebæltsforbindelsen (FED 1996.999).

Kravene til bevisbyrden hæmmer udbudsreglernes effektive virkning. Den fra fremmed litteratur kendte *loss of chance*-doktrin er interessant og harmonerer med effektivitetsprincippet, men doktrinen kan næppe udvikles inden for de almindelige erstatningsretlige regler.

7. Sammenfatning

Tese 1: Adgang til at få klage tillagt opsættende virkning, således at den ordregivende myndighed ikke kan træffe yderligere foranstaltninger under udbudsforretningen, før klagenævnets afgørelse foreligger, hører med til at sikre effektiv prøvelse af udbud. *Standstill*-reglerne er værdifulde bidrag i dette øjemed. Opsættende virkning for processen efter *standstill*-perioden skal fortsat have undtagelsens karakter, men praksis må dog ikke udvikle sig så restriktivt, at den viser sig uforenelig med effektivitetsprincippet.

Tese 2: Klagenævnet for Udbud har efter Klagenævnsløven udtrykkelig hjemmel til at annullere den ordregivende myndigheds beslutning om kontrakttildelingen. Klagenævnet har derimod ikke efter selve Klagenævnsløven hjemmel til at annullere en indgået ulovlig kontrakt.

Tese 3: Der kan ikke efter andre nationale regler end Klagenævnsløven udledes pligt for ordregivende myndigheder til at annullere en indgået kontrakt, hvor Klagenævnet for Udbud har annulleret beslutningen om kontraktindgåelse, eller der i øvrigt foreligger et klart grundlag for, at kontraktindgåelsen er sket i strid med udbudsreglerne. Efter EF-Domstolens dom i sag C-503/04, Kommissionen mod Tyskland, er medlemsstaterne i visse særlige tilfælde efter fællesskabsretten forpligtet til at annullere en indgået kontrakt. Der advares mod for vidtgående slutninger fra dommen om generelle fællesskabsretlige pligter for ordregivende myndigheder til annulation, således som der i litteraturen er optræk til.

Tese 4: En leverandør kan kun få erstatning efter reglerne om den positive opfyldelsesinteresse, hvis leverandøren kan bevise, at leverandøren med overvejende sandsynlighed ville have fået kontrakten, hvis ikke udbudsreglerne var overtrådt. Kravene til bevisbyrden hæmmer udbudsreglernes effektive virkning. Den fra fremmed litteratur kendte *loss of chance*-doktrin er interessant og harmonerer med effektivitetsprincippet, men doktrinen kan næppe udvikles inden for de almindelige erstatningsretlige regler.

Robin Oldenstam

Bestikkelse (mutor) og korrupsion
– hvor skal grænsen gå?

Bestikkelse (mutor) og korrupsion – hvor skal grænsen gå?

Advokat Robin Oldenstam, Sverige

Den svenska mutlagstiftningen är så otydlig att det saknas rimlig möjlighet att ur lagtexten utröna om ett visst handlande är straffbart eller ej. Detsamma gäller flertalet Internationella konventioner och andra instrument på området. Lagstiftningen är också så vid att den enligt sin lydelse bl.a. träffar företeelser som utgör normalt umgänge inom det moderna affärlivet, t.ex. representation och events. Oklarheterna i lagstiftningen leder till osäkerhet och ökade transaktionskostnader inom näringslivet och måste därför minskas. Detta kan bl.a. ske genom att själva kärnfrågan, dvs. vad som faktiskt utgör en "muta", ges en klarare och något mera begränsande definition i själva lagtexten.

Vidare så är mutlagstiftningen överambitiös då den på synbarligen lika villkor straffbelägger korrupsion inom såväl den offentliga som den privata sektorn. Det är emellertid tveksamt om behovet av ett särskilt straffstadgande för mutbrott inom den privata sfären överväger de nackdelar som i vart fall den nuvarande, vida och oklara lagstiftningen medför. Det bör därför övervägas om inte mutbrottet borde inskränkas till den offentliga sektorn och där vara förbehållet centrala samhällsfunktioner såsom myndighetsutövning och offentlig upphandling inom icke-konkurrensutsatta områden. Övriga delar av den offentliga sektorn liksom hela den privata sektorn bör primärt regleras genom frivilliga bransch- eller företagspecifika uppförandekoder och sanktioneras kommersiellt, genom arbetsrättsliga påföljder och skadestånd. Ytterst kan grova överträdelser i många fall sanktioneras genom andra straffstadganden som t.ex. trolöshet mot huvudman jämte anstiftan och medverkan till detta brott. En dylik reglering av den privata sektorn skulle sannolikt bli väl så effektiv som nuvarande mutlagstiftning, men vara mera nyanserad och ha bättre förutsättningar att anpassa sig efter variationer mellan olika branscher och situationer. Om inte mutlagstiftningen helt kan bortse från den privata sektorn så bör denna i vart fall regleras särskilt från den offentliga och med tydligare och högre trösklar för straffbarhet.

Genom de ovan nämnda ändringarna skulle lagstiftningen bl.a. vinna i klarhet samt skulle de särskilda skyddsändamålen kring bl.a. myndighetsutövning inte skymmas av åklagares och medias jakt på företeelser med obetydligt eller inget straffvärde inom den privata sektorn.

1. En otydlig och överambitiös lagstiftning

1.1 Kort om nuvarande svensk lagstiftning

De centrala, svenska straffbestämmelserna kring korruption består av två speglande lagrum; *bestickning* (BrB 17:7) respektive *mutbrott* (BrB 20:2). Vad avser *bestickning* består gärningen kortfattat i att någon utlovar, erbjuder eller lämnar en arbets- eller uppdragstagare en muta eller annan otillbörlig förmån i samband med arbets- eller uppdragstagarens tjänsteutövning. På motsvarande vis och vad avser *mutbrottet* består gärningen i att en arbets- eller uppdragstagare låter åt sig utlova, begär eller mottar en muta eller annan otillbörlig förmån i samband med sin tjänsteutövning.

Bestickning och mutbrott är s.k. *handlingsbrott*. Någon skada eller ens fara för skada behöver inte föreligga, utan redan t.ex. erbjudandet av en förmån är tillräckligt. Brottet är således fullbordat på ett mycket tidigt stadium.

Den som erbjuder förmånen behöver inte ha för avsikt att därigenom korrumpiera mottagaren. Avsikten kan således i och för sig vara alltigenom hederlig. Vidare krävs det endast att det finns ett visst, lösare samband mellan förmånen och mottagarens tjänsteutövning. Det krävs inte heller att mottagaren har ett eget, direkt inflytande över den eller de åtgärder (t.ex. beslut inom en myndighet eller ett företag) som förmånen kan antas ha samband med. Det är tillräckligt att vederbörande indirekt kan komma att påverka åtgärden (t.ex. som beredande eller föredragande inför den/de som har att fatta besluten).

Av avgörande betydelse för *bestickning* respektive *mutbrottet* är att fråga ska vara om en "muta eller annan otillbörlig förmån". Att en person gör sig skyldig till *mutbrott* om denne mottar en "muta" utgör dock ett cirkelresonemang och ger inte någon ledning. Avgörande för om gärningen är straffbar eller ej måste således vara om förmånen kan anses "otillbörlig". Uttryck som "otillbörlig" är emellertid till sin natur mycket svårfångade. Lagstiftaren har också angivit att vad som kan anses otillbörligt måste avgöras genom "en samlad bedömning av alla för det enskilda fallet betydelsefulla omständigheter" (prop. 1975/76:176 s. 36) samt har Högsta Domstolen tillagt att "[d]en närmare bestämningen av begreppet otillbörlighet är beroende av sed och allmän uppfattning och kan variera från tid till annan och inom olika verksamhetsområden." (NJA 1981 s. 1174).

Sedan år 1978 omfattar den svenska mutlagstiftningen arbetstagare och uppdragstagare inom såväl den offentliga som den privata sektorn. Som skäl för att också inkludera den privata sektorn angavs i förarbetena bl.a. att skillnaderna mellan offentlig och privat verksamhet höll på att utjämnas samt att dessa bedrevs under alltmer likartade former och fullgjorde samma funktioner (SOU 1974:37; prop. 1975/76:176).

Sammantaget har lagstiftaren genom mutlagstiftningen försökt att fånga en högst varierande flora av företeelser, såväl inom den offentliga som den privata sektorn, innefattande att någon slags "förmån" erbjuds eller lämnas i samband med

tjänste-utövning, och straffbelägga desamma om ”förmånen” på något vis kan anses gå över gränsen för det ”tillbörliga”.

1.2 Internationella förhållanden, konventioner m.m.

Företag verkar i en allt mer globaliserad värld. Av intresse är därför att en gärning, som utgör straffbar bestickning eller mutbrott utifrån ett svenskt perspektiv, är brottslig oavsett var gärningen begås. För gärning begången utomlands uppställs dock krav på s.k. *dubbel straffbarhet*, dvs. gärningen ska vara straffbar såväl i Sverige som i det land vari gärningen begicks. Vad avser den offentliga sektorn så torde det vara straffbart med korrupsion i så gott som alla länder. Vad avser den privata sektorn tycks det dock internationellt sett vara mindre vanligt att straffbelägga korrupsion. Om så likväl görs, så sker det ofta med viss särskiljning från motsvarande brott inom den offentliga sektorn. Den svenska lagstiftningen, som på synbarligen identiska villkor straffbelägger korrupsion inom såväl den offentliga som den privata sektorn, kan således i ett vidare, internationellt perspektiv uppfattas som i någon mån ovanlig.

Det finns en mängd internationella konventioner och andra instrument som behandlar mutor och annan korrupsion. Således har bl.a. FN år 2003 utarbetat *Förenta nationernas konvention mot korrupsion*. Konventionen riktas såväl mot offentlig som privat verksamhet, dock att – såvitt avser privat verksamhet – konventionen synes vara mera inriktad mot utarbetandet av uppförandekoder än regelrätt lagstiftning. Inom EU har rådet antagit ett s.k. rambeslut som uppställer mål om att straffbelägga korrupsion också inom den privata sektorn. Inom OECD har undertecknats en konvention om bestickning av utländska statstjänstemän i internationella affärsförbindelser. Slutligen bedrivs inom ramen för Europarådet ett betydande arbete mot korrupsion. Arbetet har bl.a. kommit till uttryck i en konvention från år 1999, vilken avser att straffbelägga korrupsion inom såväl offentlig som privat verksamhet.

Gemensamt för de ovan nämnda internationella instrumenten är att de i likhet med den svenska lagstiftningen endast i mycket korta, vida och oprecisa ordalag beskriver själva *mutbrottet*.

1.3 Några exempel på potentiellt straffbara ”förmåner”

Representation, dvs. affärsrelaterade luncher och middagar, utgör en naturlig del av umgänget inom affärslivet. Genom en kombination av god mat och trevlig konversation knyts kontakter närmare och blir mera personliga, vilket i sin tur förstärker affärsrelationen. Problemet är att dylika luncher och middagar kan anses utgöra en förmån för den bjudne som har samband med dennes tjänsteutövning. Det enda som står emellan ett straffansvar för värden och gästen blir därmed om förmånen, dvs. lunchen eller middagen, befinner sig på rätt eller fel sida om det gummilika rekvisitet ”otillbörlig”. Någon egentlig ledning i denna avgörande fråga står som ovan nämnts inte att finna. Är en enklare lunch acceptabel, men en trerätters middag med vin på

lyxkrog "otillbörlig"? Avsaknaden av vägledning försvårar praktiskt användbar rådgivning och gör bl.a. att vissa företag – i syfte att med god marginal undvika varje misstanke om bestickning – helt avhåller sig från viss representation. Detta kan i sin tur leda till att dessa företag får försämrade affärsmöjligheter och ökade transaktionskostnader.

Events är en annan företeelse, som blir allt vanligare då företag i ökande grad måste höja sig över mängden för att skapa intresse kring sina tjänster och produkter. Ofta utgörs ett *event* av en show, ett idrottsevenemang e.d., som knyts till en affärshändelse (t.ex. lanseringen av en ny produkt) eller mera generell marknadsföring av ett företags tjänster eller produkter. Liksom *representation* kan *events* anses innebära en förmån för den som bjuds in att delta. Vad gäller *events* riskerar denna förmån dock, i än högre grad än vid representation, att anses som "otillbörlig", på grund av det mera tydliga nöjesinslaget.

Både *representation* och *events* är företeelser som utgör en naturlig del i ett modernt företags arbete med att upprätthålla och stärka sina affärsrelationer. Med nuvarande lagstiftning är emellertid båda företeelserna sådana att de kan vara straffbara som *bestickning* respektive *mutbrott*. Att detta inte endast är en teoretisk risk visar t.ex. de åtal som för några år sedan restes mot den högsta ledningen i börsbolaget TeliaSonera för ett *event*, varigenom de inbjudna bjöds att se på ABBA-musikalen "Mamma Mia" i samband med marknadsföring av företagets tjänster. Oaktat att åtalet så småningom ogillades i domstol, så skapade det en kvardröjande oro och osäkerhet inom näringslivet kring lagligheten av event-verksamhet. Denna oro och osäkerhet förstärks ytterligare av att eventuella felsteg i förhållande till mutlagstiftningen – oaktat om de sker i god tro såsom får antas ha varit fallet med TeliaSonera – riskerar att leda till en högst betydande, negativ exponering i media.

1.4 Problemformulering

Strafflag skall vara tydlig, så att den som har att följa lagen har en rimlig möjlighet att ur lagtexten utröna om ett visst handlande är straffbart eller ej. Detta brukar ibland uttryckas genom den latinska sentensen *nulla poena sine lege*, dvs. inget straff utan lag. Principen kommer bl.a. till uttryck i den svenska grundlagen (RF 2:10). De svenska straffstadgandena kring *bestickning* och *mutbrott* uppfyller inte detta grundläggande krav. Lagstiftaren har i dessa lagrum lyckats kombinera en synnerligen bred träffbild med likaledes synnerligen gummilika rekvisit, såsom "otillbörlig". Resultatet är straffstadganden som enligt sin lydelse bl.a. träffar företeelser som utgör normalt umgänge inom affärslivet. Detta skapar i sin tur en betydande osäkerhet för de företag som verkar under lagstiftningen.

Ett av de mera fundamentala bristerna i den svenska lagstiftningen, liksom i nära nog alla de internationella instrument som finns på området, är att en klar definition av själva *mutbrottet* saknas. Detta bidrar väsentligt till oklarheten och den därpå följande osäkerheten hos de som har att rätta sig efter lagstiftningen.

Vidare har den svenska lagstiftaren valt att likställa offentlig och privat verksamhet vad avser korrupsion. Lagändringen byggde på antagandet att skillnaderna mellan privat och offentlig verksamhet var få och i avtagande. Detta antagande är i grunden felaktigt. Inom den offentliga sektorn skyddar lagregler mot korrupsion primärt rättsstatliga intressen såsom opartiskhet, objektivitet och likhet inför lagen. Inom den privata sektorn är det främst spelreglerna för en väl fungerande marknadsekonomi som ska skyddas. Skyddsobjekten skiljer sig således åt liksom de verksamheter som bedrivs och de mekanismer som reglerar desamma. Därtill skiljer sig seder och bruk väsentligt åt vad gäller den offentliga och privata sektorn. Den offentliga sektorn – särskilt den del därav som innefattar myndighetsutövning – präglas generellt av en betydande restriktivitet; i synnerhet vad gäller förmåner. Genom att inte i lagstiftningen särskilja den offentliga sektorn från den privata sektorn riskerar denna restriktiva syn att också få visst genomslag vad avser den privata sektorn. Då förutsättningarna inom respektive sektor skiljer sig åt leder detta till onödiga begränsningar och osäkerhet för de som har att verka inom den privata sektorn.

Frånvaron av en tydlig uppdelning mellan den offentliga och privata sektorn leder också till andra problem. Då bedömningen av vad som kan anses "otillbörligt" ska göras utifrån "en samlad bedömning av alla för det enskilda fallet betydelsefulla omständigheter" och är beroende av "sed och allmän uppfattning och kan variera från tid till annan och inom olika verksamhetsområden" så uppstår en lång rad obesvarade frågor. Ska t.ex. företag med likartad verksamhet, men som ägs privat respektive offentligt, bedömas olika? Ska en förmån som riktar sig till en beslutsfattare i ett privat bolag, som t.ex. förvaltar hyresfastigheter, bedömas annorlunda än om samma förmån riktas till en beslutsfattare i ett sådant bolag ägt av t.ex. en kommun eller av staten? Mycket tyder på att så kan vara fallet. Hur är det då med företag som endast delvis ägs av det allmänna? Spelar det någon roll om företagen verkar i en monopolistisk miljö, som t.ex. det svenska Apoteket eller Systembolaget, eller i en konkurrensutsatt miljö, jämsides med andra, privata aktörer? Ingen av dessa frågor låter sig med rimlig klarhet besvaras utifrån den nuvarande lagstiftningen.

Slutligen så kan det ifrågasättas om det alls finns skäl att straffbelägga *bestickning* och *mutbrott* inom det privata näringslivet. Den privata marknadsekonomi är inte lika känslig och har inte samma skyddsbehov som t.ex. myndighetsutövning och dylikt beslutsfattande inom den offentliga sektorn. Därtill torde en marknadsekonomi ha en betydande egen förmåga att hantera och bestraffa illojala beteenden av den typ som ryms inom mutlagstiftningen. Det kan således ifrågasättas om "behovet" av särskild strafflag riktad mot mutor inom den privata sektorn verkligen överväger de negativa aspekter som i vart fall den nuvarande, oklara svenska lagstiftningen medför.

2. Förslag till reformerad lagstiftning

I ljuset av det ovan nämnda skulle den svenska lagstiftningen kring *bestickning* och *mutbrott* må väl av att underkastas vissa förändringar.

Oklarheterna i lagstiftningen måste minskas. Detta kan bl.a. ske genom att själva kärnfrågan, dvs. vad som faktiskt definierar en "muta", klart definieras i lagtexten. Vidare bör cirkelresonemang undvikas samt bör lagstiftningen även språkligt och systematiskt ses över. De språkliga och systematiska oklarheterna, som utgör ytterligare väsentliga brister i den nuvarande lagstiftningen, faller dock utanför ramarna för detta referat.

Den särskilda mutlagstiftningen bör eventuellt endast omfatta den offentliga sektorn. Det kan vidare övervägas om den inte ytterligare bör inskränkas till sådana delar av den offentliga sektorn som innefattar myndighetsutövning samt en del andra fundamentala, allmännyttiga funktioner. Häri skulle bl.a. rymmas offentlig upphandling för t.ex. försvarsmakten o.d. samt inom vissa icke konkurrensutsatta affärsområden som t.ex. det svenska Apoteket och Systembolaget.

Offentligt ägd eller bedriven verksamhet, som inte omfattas av den ovan nämnda snävare definitionen, bör i korruptionsavseende jämföras med privat verksamhet. Det faktum att staten eller enskilda kommuner från tid till annan må välja att bedriva viss verksamhet i offentlig regi eller att ha ett visst offentligt ägande, utgör inte skäl för att utvidga det straffbara området.

Privat verksamhet bör eventuellt inte alls omfattas av de särskilda straffstadgandena kring *bestickning* och *mutbrott*. Det lojalitetsbrott mot arbets- eller uppdragsgivaren, som mutlagstiftningen ytterst avser att beivra, kan istället regleras genom bransch- eller företagsspecifika uppförandekoder. Brott mot dessa koder kan sedan sanktioneras på vanligt vis, t.ex. genom utslutning ur branschförening eller kommersiellt, genom att det företag som bryter mot koden svartlistas som leverantör. En illojal arbetstagare, som begär eller mottar mutor, kan bestraffas arbetsrättsligt genom varning, omplacering eller uppsägning/avsked. En illojal uppdragstagare kan mista sitt uppdrag och bli ersättnings-skyldig för eventuell skada som orsakats uppdragsgivaren. Ytterst kan i många fall mera allvarliga överträdelser beivras straffrättsligt genom andra straffstadganden som t.ex. *trolöshet mot huvudman* (BrB 10:5) jämte *anstiftan* eller *medverkan* till dylikt brott. *Trolöshet mot huvudman* förutsätter att någon, på grund av förtroendeställning, fått till uppgift att för någon annan sköta t.ex. en ekonomisk angelägenhet och därvid miss-brukar förtroendet till skada för huvudmannen.

En begränsning av mutlagstiftningen till den offentliga sektorn tycks också vara mera i linje med bredare, internationell praxis. I vad mån en sådan begränsning skulle vara förenlig med Sveriges internationella åtaganden enligt vissa – främst Europeiska - konventioner m.m., får dock utredas närmare. Då straffrättsliga sanktioner ändock ytterst finns att tillgå i flertalet fall enligt vad som ovan nämnts är det dock möjligt att de Internationella åtagandena kan uppfyllas oaktat att den särskilda mutlagstiftningen inskränks till att endast omfatta den offentliga sektorn.

Om inte den särskilda mutlagstiftningen helt kan bortse från den privata sektorn så bör denna sektor i vart fall regleras särskilt från den offentliga och med tydligare och högre trösklar för straffbarhet.

Genom ovan föreslagna lagändringar skulle lagstiftningen renodlas och primärt koncentreras till korrupsion vid myndighetsutövning och andra fundamentala allmän-nyttiga funktioner inom den offentliga sektorn. Lagstiftningen skulle därigenom vinna i klarhet. Vidare skulle de särskilda skyddsändamålen, som gör sig gällande vid myndighetsutövning o.d., inte skymmas av åklagares och medias jakt på företeelser inom det privata näringslivet med obetydligt eller rent av obefintligt straffvärde.

En reglering inom den privata sektorn, som mera bygger på frivillighet och uppförande-koder än vittomfattande straffsanktioner, skulle därtill förmodligen bli väl så effektiv, men mera nyanserad. En sådan reglering har bättre förutsättningar att undvika onödigt hämmande begränsningar samt att anpassa sig efter förändringar i tidsandan och efter variationer mellan olika branscher och situationer.

3. Referatets teser

Tes 1: Nuvarande lagstiftning kring *bestickning* och *mutbrott* är alltför vidsträckt och uppfyller inte grundläggande rättssäkerhetskrav på *klarhet*. Oklarheten medför bl.a. att företeelser, som får anses utgöra normalt umgänge inom affärlivet, till synes faller inom det straffbara området, vilket skapar osäkerhet och ökade transaktionskostnader. Oklarheten bidrar också till att skymma det som borde vara lagstiftningens huvudsakliga skyddsområde, nämligen korrupsion vid myndighetsutövning, viss offentlig upphandling och andra centrala, samhällsfunktioner.

Tes 2: Lagstiftningen måste ge en klarare definition av vad som utgör den straffbara handlingen, d.v.s. vad som faktiskt utgör ”*muta*”

Tes 3: Kriminaliseringen av mutbrott inom den privata sfären borde eventuellt helt avskaffas. Behovet av reglering inom denna sfär kan bättre tillgodoses med frivilliga, branschvisa överenskommelser, uppförandekoder o.d.. Överträdelse kan sanktioneras, förutom kommersiellt, inom ramen för t.ex. arbetsrätten och ytterst genom andra straffstadganden som t.ex. *trolöshet mot huvudman*.

Tes 4: Kriminaliseringen inom den offentliga sfären borde eventuellt begränsas till att enbart avse centrala samhällsfunktioner såsom myndighetsutövning, offentlig upphandling inom icke-konkurrensutsatta områden o.d. Offentliga bedrivna eller ägda verksamheter, som faller utanför detta område, kan hanteras på samma sätt som privat verksamhet (se Tes 3 ovan).

Tes 5: Om inte den särskilda mutlagstiftningen helt kan bortse från den privata sektorn så bör denna sektor i vart fall regleras särskilt från den offentliga och med tydligare och högre trösklar för straffbarhet.

Thomas Riis

Immaterielrettens særlige procesformer

Immaterialrettens særlige procesformer

Professor (mso), dr.jur. *Thomas Riis*, Danmark

Immaterialrettens særlige procesformer er i Europa navnlig knyttet til Retshåndhævelsesdirektivet fra 2004, som tager forholdsvis snævert sigte på at styrke retshåndhævelsen. I referatet kritiseres immaterialrettens særlige procesformer. Der er to temaer i kritikken. For det første er civilprocessuelle særregler problematiske, fordi de bidrager til en fragmentering af retten, som i sidste ende fører til større usikkerhed om retsstillingen. For det andet skaber det problemer at vedtage nye processuelle regler, der i hovedsagen er motiveret af det ene hensyn at styrke retshåndhævelsen, fordi civilprocessen bør forstås som et balanceinstrument, der blandt andet skal afveje hensynet til effektiv retshåndhævelse over for retssikkerhedshensyn. For så vidt angår de konkrete regler behandler referatet de meste markante civilprocessuelle regler inden for immaterialretsområdet – det vil nærmere sige reglerne om bevis sikring, retten til information og offentliggørelse af retsafgørelser. Regler om bevis sikring og retten til information behandles med henblik på at påvise problemerne ved civilprocessuelle særregler, samt hvorledes reglerne har forrykket balancen mellem effektiv retshåndhævelse og retssikkerhed. Reglen om offentliggørelse af retsafgørelser kritiseres for at være en kamoufleret straffebestemmelse, der undviger de krav, der almindeligvis stilles til straffebestemmelser. Det kan ikke udelukkes, at der kan være behov for effektive civilprocessuelle særregler på bestemte formueretlige områder, men det bør forudsætte, at der foreligger særlige, tungtvejende grunde, og det synes ikke at tilfældet på immaterialretsområdet.

1. Procesret og materiel ret

Det er den almindelige opfattelse, at procesreglernes formål er at sikre gennemførelsen af den materielle ret.¹ De skandinaviske retsrealister kritiserede denne opfattelse, da den bygger på en forestilling om førprocessuelle rettigheder med selvstændig eksistens.² I den moderne litteratur lægges det til grund, at et retskrav er et krav, der kan hævdes ved retlige tvangsmidler, og dermed anerkendes det, at den materielle ret og den processuelle ret smelter sammen. Denne erkendelse indebærer, at retten ikke er andet og mere end de retsmidler, der stilles til rådighed, og at materielle rettigheder, der ikke kan håndhæves, i sidste ende er en tom manifestation uden praktisk

¹ F.eks. Per Henrik Lindblom: "Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?", Svensk Juristtidning 2004.229, s. 240ff.

² F.eks. Karl Olivecrona: "Beviskyldigheten och den materiella rätten", Almqvist & Wiksells boktryckeri A-B, Uppsala, 1930, s. 154, og Alf Ross: "Sondringen mellem privat og offentlig ret", TfR 1936.109, s. 123 f.

realitet, men dette fører ikke nødvendigvis til en anbefaling af, at sondringen mellem materiel ret og proces bør forlades.³ Fremstillingstekniske årsager taler for at bevare sondringen,⁴ og derfor giver det stadig mening at hævde, at procesrettens formål er gennemførelsen af den materielle ret.

2. De særlige procesformer i immaterialretten

De særlige procesformer i immaterialretten stammer for en stor dels vedkommende fra Retshåndhævelsesdirektivet (2004/48/EF), som blev vedtaget i 2004. Norge og Island er ikke EU-medlemsstater, men er tilsluttet EØS-aftalen og er som sådan forpligtet til at gennemføre EU-regler om det indre marked. Reglerne i Retshåndhævelsesdirektivet vedrører i hovedsagen landenes processuelle regler, og disse antages ikke at være en del af EØS-aftalens virkeområde. Derfor er Norge og Island ikke forpligtet til at implementere direktivet.⁵

I Retshåndhævelsesdirektivet og de dokumenter, der førte til direktivet, har interessen i høj grad være knyttet til de økonomiske forhold i de berørte erhvervssektorer. Initiativet blev introduceret i en Grønbog fra 1998 under overskriften "Bekæmpelse af varemærkeforfalskning og piratkopiering i det indre marked".⁶ Direktivforslaget⁷ blev imidlertid mødt med stor kritik.⁸ En årsag hertil var, at den oprindelige intention (bekæmpelse af varemærkeforfalskning og piratkopiering) med et regelsæt på dette område havde udviklet sig til et generelt direktiv om håndhævelse af immaterialrettigheder. Varemærkeforfalskning og piratkopiering vedrører grove og omfattende immaterialretskrænkelser, og i Grønbogen om bekæmpelse af varemærkeforfalskning og piratkopiering i det indre marked hedder det om disse aktiviteter, at der i dag stort set udelukkende er tale om organiseret kriminalitet.⁹ De særlige retlige virkemidler, der måske nok er nødvendige for at modvirke grove og omfattende immaterialretskrænkelser, der foretages med henblik på økonomisk gevinst, finder herved ligeledes anvendelse på mindre alvorlige immaterialretskrænkelser, der foretages af uvidenhed/letsindighed og uden gevinst for øje.

³ Som det forfægtes af blandt andre Alf Ross: "Sondringen mellem privat og offentlig ret", TfR 1936.109, s. 123 f.

⁴ Bernhard Gomard & Michael Kistrup: "Civilprocessen", 6. udg. Forlaget Thomson, 2007, s. 22: "Sondringen mellem materielle og processuelle regler er en fremstillingsteknisk og en positivretlig nødvendighed".

⁵ Magnus Hauge Greaker: "Direktiv 2004/48/EF av 29. april 2004 om håndhevelse av immaterielle rettigheter og norsk rett", NIR 2006.598. Se dog Erik Mønsen: "Kommentarer til direktiv 2004/48/EF om harmonisering av regler om håndhevelse av immaterialrettigheter", NIR 2006.66, s. 68.

⁶ KOM (98)569 endelig.

⁷ KOM(2003)46 endelig udg.

⁸ Se Annette Kur: "The Enforcement Directive – Rough Start, Happy Landing?", IIC 2004.821, s. 822.

⁹ KOM(98)568 endelig udg., s. 4.

EU-dokumenterne, der førte til vedtagelsen af Rets håndhævelsesdirektivet, er båret af en tankegang om, at en styrkelse af retsmidlerne, herunder en effektivisering af de civilprocessuelle regler, på immaterialretsområdet er omkostningsfri, i den forstand, at de eneste, der vil blive stillet ringere ved en sådan styrkelse, er immaterialretskrænkerne. Dette er imidlertid ikke korrekt. Sanktionspresset kan være for hårdt, således at aktører på markedet for at være på den sikre side udviser en meget stor forsigtighed og dermed skaber en *de facto* udvidelse af de materielle rettigheder, hvilket ikke er i samfundets interesse.¹⁰ De fleste civilprocessuelle regler bør fra en principiel betragtning ikke karakteriseres som sanktionsregler, men en effektivisering af procesreglerne (i hvert fald en sådan effektivisering, som er formålet med Rets håndhævelsesdirektivet) gør det lettere at anvende de egentlige sanktionsregler og bidrager derfor til en forøgelse af sanktionspresset. I øvrigt er der risiko for, at en effektivisering af de civilprocessuelle regler sker på bekostning af de centrale hensyn, der ligger bag civilprocessen, samt på bekostning af sammenhængen i retssystemet.

3. Teser

Behandlingen i det følgende er båret af en overordnet tese om, at:

der ikke er holdbare begrundelser for civilprocessuelle særregler på immaterialretsområdet

Den overordnede tese understøttes af et antal mere specifikke teser:

”Effektivisering” af civilprocessen sker på bekostning af de centrale hensyn bag civilprocessen – herunder øger risikoen for procesmisbrug.

”Effektivisering” af civilprocessen skaber større retsikkerhed i grænsefladerne til andre juridiske områder.

Det civilprocessuelle proportionalitetsprincip har en forholdsvis større betydning på immaterialretsområdet.

4. De centrale hensyn i civilprocessen

En vurdering af de særlige procesformer i immaterialretten forudsætter nogle værdibaserede præmisser, der kan tage form af centrale hensyn bag civilprocessen eller indarbejdes i en fastsættelse af civilprocessens funktioner.¹¹ Civilprocessens funktioner har været forholdsvis grundigt behandlet i den svenske doktrin.¹²

¹⁰ Thomas Riis: ”Enerettigheder og vederlagsrettigheder”. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2005, s. 213, og Annette Kur, *ibid.*, s. 829f.

¹¹ Per Henrik Lindblom: ”Civilprocessens grundprinciper de lege feranda”, Svensk Juristtidning 2000.105, s. 121.

¹² Se Peter Møgelvang-Hansen: ”Om forbrugerrettens handlingsdirigerende, retsbeskyttende og konfliktløsende funktioner”, i Torbjörn Andersson & Bengt Lindell (red.): ”Festskrift till Per Henrik Lindblom”,

På det mest generelle plan bør civilprocessen være baseret på tre centrale hensyn:
Effektivitetshensyn
Retssikkerhedshensyn
Ressourcehensyn¹³

Effektivitetshensynet indebærer, at en person (inden for rimelig tid) skal have mulighed for at håndhæve sine materielle rettigheder og herunder få oprettet skade eller uret, som den pågældende har lidt. Håndhævelsesmuligheden skal være effektiv, så den materielle ret kan få praktisk gennemslagskraft.

Retssikkerhedshensynet er mere komplekst¹⁴ (og diffust) og her skal ikke forsøges en udtømmende angivelse af elementerne heri, men blot de elementer, der kan tænkes at være relevante for en vurdering af immaterialrettens særlige procesformer. Retssikkerhedshensynet indebærer først og fremmest en understøttelse af de i samfundet vedtagne eller anerkendte grundlæggende rettigheder, en vis grad af forudsigelighed i retten, og at lige tilfælde behandles ens. Forudsigelighed og ligebehandling af ensartede tilfælde indebærer ikke blot, at ligeartede tvister må finde samme løsning, men rækker videre til en forventning om konsistens i retten og i rettens forhold til ligeværdige beskyttelsesinteresser. Dette har stor relevans i nærværende sammenhæng, hvor det er civilprocessuelle regler, der kun finder anvendelse på et særligt afgrænset område, som skal undersøges. Retssikkerhedshensynet må tillige indebære et princip om symmetri i den forstand, at parterne i en konkret retssag som hovedregel bør have rettlige hjælpemidler af samme styrke til rådighed til brug for understøttelse af deres påstande.¹⁵

Ressourcehensynet har dels et privat dels et samfundsmæssigt aspekt. Det private aspekt indebærer, at personers adgang til retshåndhævelse m.v. ikke må være urimelig byrdefuld, mens det samfundsmæssige aspekt vedrører en rimelig afbalancering af på den ene side et retssystemes evne til at opfylde de normative målsætninger, der er forbundet hermed, og på den anden omkostningerne ved retssystemet. Med andre ord skal omkostningerne ved civilprocessen stå i rimeligt forhold til fordelene herved - fra både et privat og et samfundsmæssigt perspektiv.

Iustus förlag, Uppsala 2004, s. 469.

¹³ Disse tre hensyn har en så almen karakter, at de kan hævdes at burde gælde for retssystemet som helhed.

¹⁴ Således har doktrinen udviklet en række underbegreber så som materiel retssikkerhed, processuel retssikkerhed, forudsigelighedsretssikkerhed, individuel retssikkerhed og kollektiv retssikkerhed.

¹⁵ Det er indarbejdet i den Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, at parterne i såvel civile sager som straffesager skal være ligestillede, jf. således princippet art. 6, stk. 3, litra d): "Enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse, er i særdeleshed berettiget til: ... at afhøre eller lade afhøre imod ham førte vidner og at få vidner i hans interesse tilsagt og afhørt på samme betingelser som vidner, der føres imod ham; ..."

5. Sammenhæng i retssystemet

De civilprocessuelle regler afspejler nogle bagvedliggende centrale hensyn, og disse hensyn må principielt anses for at være de samme inden for hele det civilretlige område – og navnlig inden for det formueretlige område. Alene af den grund bør processuelle regler, der kun gælder på et bestemt formueretligt område, betragtes med en vis skepsis.¹⁶ De almindelige bestemmelser, der er nævnt i Rets håndhævelsesdirektivets art. 3, stk. 1, er således allerede indarbejdet i alle dele af civilprocessen.¹⁷

Civilprocessuelle særregler resulterer i en fragmentering af retten og giver tillige anledning til praktiske vanskeligheder. Fortolkningen af de civilprocessuelle særregler på immaterialretsområdet kompliceres således af, at reglerne skal forstås både i lyset af de materielle immaterialretsregler og i lyset af de almindelige og velindarbejdede civilprocessuelle regler, hvilket bidrager til en højere grad af usikkerhed om reglernes betydning.¹⁸

Vedtagelsen af særlige procesretlige regler bør forudsætte, at der eksisterer et særligt problem.¹⁹ Det vil sige, at håndhævelsen af immaterialrettigheder bør være så meget anderledes eller have så meget større samfundsmæssig betydning end håndhævelsen af andre formuerettigheder, at det kan begrunde vedtagelsen af sådanne regelvarianter. Der er dog ikke umiddelbart forhold, der tyder på, at dette skulle være tilfældet.

I forarbejderne til Rets håndhævelsesdirektivet er begrundelsen for harmonisering af midlerne til retshåndhævelse de negative samfundsmæssige konsekvenser af varemærkeforfalskning og piratkopiering. Det er således et effektivitetshensyn, der har drevet Rets håndhævelsesdirektivet frem.²⁰ Der er derudover praktisk talt ingen overvejelser om særlige civilprocessuelle principper og hensyn, bortset fra indskudte bemærkninger som f.eks. ”at eventuelle sanktioner og retsmidler til sikring af overholdelse af intellektuelle ejendomsrettigheder i EU skal respektere de generelle retsprincipper, som f.eks. proportionalitetsprincippet og beskyttelse af privatlivets fred”.²¹

Er der en særlig samfundsmæssig begrundelse for at styrke de processuelle regler på immaterialretsområdet? Det ville i givet fald kræve, at immaterialretskrænkelser (og ikke bare varemærkeforfalskning og piratkopiering) udgør et særligt stort samfundsmæssigt problem. Det er der forskellige opfattelser af. Der findes imidlertid ikke en given og fast målestok for vægten af samfundsmæssige problemer. Selv hvis der kunne udfindes et rimeligt entydigt udtryk for markedsværdien af immaterialrets-

¹⁶ I den retning William R. Cornish, Josef Drexler, Reto Hilty & Annette Kur: ”Procedures and Remedies for Enforcing IPRs The European Commission’s Proposed Directive”, 25 EIPR 2003.447, s. 448.

¹⁷ Derfor må art. 3, stk. 1, anses for overflødig, jf. Magnus Hauge Greker, 2006, *ibid.*, s. 599, og Marcus Norrgård: ”Sanktionsdirektivet och dess genomförande i Finland”, NIR.2006.583, s. 585.

¹⁸ Jf. Thomas Riis: ”Praktisk immaterialret”, Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2007.185, s. 189.

¹⁹ Magnus Hauge Greker, 2006, *ibid.*, s. 600.

²⁰ Det samme gælder i øvrigt bestemmelserne om retshåndhævelse i TRIPS-aftalen.

²¹ KOM(98)568 endelig udg., s. 18. Se også KOM (2003) 46 endelig, s. 16f.

krænkelser, ville dette ikke kunne bruges som målestok for problemets betydning, for det første fordi markedsværdien af krænkelser er udtryk for rettighedshavernes private økonomiske tab, og dette tab er som regel mindre end det samfundsmæssige tab, og for det andet fordi samfundsmæssige problemer ikke isoleret kan opgøres som økonomiske kalkuler af tab, men skal tillige forstås i lyset af den til enhver tid herskende moralske opfattelse i samfundet.

Civilprocessen bør ikke betragtes isoleret, men må ses i sammenhængen med retssystemet som helhed, og strafferettens bestemmelser kan bruges som en moralsk/politisk målestok for vægten af samfundsmæssige problemer.²² En høj strafferamme er udtryk for, at det er et vigtigt samfundsmæssigt anliggende, at de omfattede handlinger modvirkes dels ved den prævention, der ligger i udsigten til en hård straf, dels ved den tilsvarende klare moralske stemping af handlingerne. Strafferammen for visse immaterialretskrænkelser er steget de senere år, men når den trods alt ikke er højere, må det ses som et udtryk for, at en højere strafferamme ikke har den fornødne politiske legitimitet. Med strafferammen som målestok er det vanskeligt at argumentere for særlige, effektive civilprocessuelle regler på immaterialretsområdet. I Kommissionens grøn bog om bekæmpelse af varemærkeforfalskning og piratkopiering i det indre marked,²³ hvor vedtagelsen af en "ret til oplysninger" overvejes,²⁴ nævnes det, at en sådan foranstaltning allerede har vist sig effektiv inden for narkotikabekæmpelse. Strafferammen for narkotikakriminalitet er høj, og en sådan særlig processuel foranstaltning kan derfor være velbegrundet, men argumentet kan ikke uden videre overføres til varemærkeforfalskning/piratkopiering, hvor strafferammen er langt lavere og derfor må anses for et mindre samfundsmæssigt problem.

6. Procesmisbrug

Procesmisbrug er karakteriseret ved, at hensigten med sagsanlæg/forbudsbegæring m.v. er at skade modparten - ikke med processens udfald, men med selve processen - typisk i form af chikane.²⁵ Af Rets håndhævelsesdirektivets art. 3, stk. 2, fremgår blandt andet, at de nationale foranstaltninger og retsmidler skal anvendes på en sådan måde, at der ydes garanti mod misbrug af dem. Men bortset fra denne principielle betragtning er misbrugsproblematikken nærmest ignoreret både i de vedtagne regler og i de retspolitiske overvejelser, der førte til dem. Heller ikke i forbindelse med de nationale nordiske regler er der gjort særlige betragtninger om risikoen for procesmisbrug.

Procesmisbrug har i de senere år har været diskuteret ganske meget i den inter-

²² Se et beslægtet ræsonnement i generaladvokatens forslag til afgørelse i sag C-275/06 (*Promusicae*), 105ff.

²³ KOM(98)568 endelig udg., s. 21.

²⁴ En sådan bestemmelse er nu indeholdt i direktivets art. 8.

²⁵ Se nærmere om problemstillingen hos Thomas Riis, 2005, *ibid.*, s. 132ff.

ationale patentretlige litteratur under overskriften "patent trolls" (patenttrolde), som angiveligt er et stort problem i USA. En patenttrolde er en person eller en virksomhed, som erhverver patenter uden at have nogen intention om at anvende de patenterede opfindelser i en faktisk produktion. I stedet anvendes patenterne som grundlag for licensaftaler eller til at stævne virksomheder, der menes at anvende opfindelser, som er omfattet af patenterne. Patentkrænkelssager er notorisk besværlige og omkostningsfulde, og truslen om et sagsanlæg kan i sig selv være tilstrækkeligt til, at en produktionsvirksomhed vælger en aftalemæssig ordning. Og hvis en sådan ordning er baseret på tvivlsomme eller ligefrem ugyldige rettigheder, så er det et samfundsmæssigt problem og misbrug af retssystemet.²⁶ Selvom forholdene i USA ikke er direkte sammenlignelige med forholdene Europa, må misbrugsproblematikken også tages alvorligt i Europa.

Risikoen for procesmisbrug øges ved stærkere og mere effektive retsmidler. Jo lettere adgang der er til retsmidler, des større sandsynlighed for at de bliver misbrugt, og jo stærkere/mere indgribende retsmidler, der står til rådighed for rettighedshaveren, des større skadevirkning, når de bliver misbrugt. Det legitime hensyn til effektive retsmidler bør derfor afvejes med risikoen for procesmisbrug. Rets håndhævelsesdirektivet tilgodeser primært effektivitetshensynet uden nogen særlig hensyntagen til de misbrugsproblemer, som dette måtte kunne afføde.

Der bør endvidere være en vis symmetri mellem retsmidler, der står til rådighed for en rettighedshaver, og de retsmidler, der står til rådighed for en påstået krænker, der frifindes ved en endelig dom. F.eks. burde en påstået krænker, der frifindes, på samme måde som en rettighedshaver hvis krænkelsspåstand tages til følge, kunne begære dommen offentliggjort. Dette hensyn gælder generelt, men er særlig udtalt hvis retten under en justifikationssag finder, at et nedlagt fagedforbud har været ubegrundet, eller hvis sagsanlægget har haft en chikanøs karakter. Rets håndhævelsesdirektivet lægger imidlertid begrænsninger på medlemsstaternes muligheder for at skabe en sådan symmetri, da direktivet er et minimumsdirektiv.

Direktivets art. 9 stiller krav til visse foreløbige og retsbevarende foranstaltninger (forbud og arrest). Hvis det efterfølgende konstateres, at der ikke forelå en immaterialretskrænkelse, og den foreløbig foranstaltning derfor var ubegrundet, er rekviritus berettiget til en "passende erstatning for det tab, der er lidt som følge af disse foranstaltninger";²⁷ mens rettighedshaveren, såfremt det var blevet konstateret, at der forelå en immaterialretskrænkelse, ville have været berettiget til "en erstatning, der står i rimeligt forhold til det tab, denne har lidt som følge af krænkelsen ... [under] hensyn til alle relevante aspekter, såsom negative økonomiske konsekvenser, herunder tabt fortjeneste, som den forurettede har lidt, den krænkende parts uberettigede fortjeneste, og, når det er hensigtsmæssigt, andre elementer end de økonomiske, f.eks. den ikke-økonomiske skade rettighedshaveren har lidt som følge af krænkelsen". I en sag, hvor retten finder, at f.eks. et fagedforbud har været uberettiget,

²⁶ Se Thomas Riis, 2007, *ibid.*, s. 188.

²⁷ Jf. art. 9, stk. 7.

vil rekvisitus efter direktivet ikke kunne kræve kompensation for ikke-økonomisk skade eller kompensation under hensyn til rekvirenten fortjeneste ved det uberettigede forbud. Så direktivet har en indarbejdet asymmetri med hensyn til retsmidlerne, og da direktivet samtidig er et minimumsdirektiv, er medlemsstaterne afskåret fra at afhjælpe denne asymmetri med vedtagelse af nationale regler.²⁸ Herved er direktivet ikke i overensstemmelse med et centralt hensyn i den almindelige procesret, og en sådan asymmetri skaber alt andet lige en større risiko for procesmisbrug, fordi de retlige ubehageligheder, som rekvirenten/sagsøger risikerer at blive mødt med, er af forholdsmæssig mindre betydning end de retlige ubehageligheder, som en påstået krænker kan blive truet med.²⁹

Misbrugsproblematikken opstår fordi processuelle skridt er ressourcekrævende for de involverede parter. Idet sager om krænkelse af immaterialrettigheder er omkostningsfulde for parterne, er der risiko for, dels at effektiv retshåndhævelse kun står til rådighed for økonomisk stærke virksomheder, dels at økonomiske stærke virksomheder kan bruge truslen om retshåndhævelse over for svagere virksomheder og personer til at styrke deres faktiske beskyttelsespositioner - dette er navnlig relevant i tilfælde, hvor der er tvivl om beskyttelsens omfang.

7. Bevissikring

Retshåndhævelsesdirektivet stiller i art. 7 krav til medlemsstaternes regler om bevissikring.³⁰ I de nordiske lande blev bevissikringsreglerne med virkning for immaterialretsområdet imidlertid vedtaget på baggrund af TRIPS-aftalens art. 50, stk. 1, litra b. Skønt det i det meste af Norden var regeringernes opfattelse, at de almindelige nationale processuelle regler opfyldte kravet i TRIPS-aftalen,³¹ blev det besluttet at vedtage særlige bevissikringsregler for at fjerne enhver tvivl.

Reglerne er gennemført på forskellig vis i de nordiske lande. I Danmark og Norge er bestemmelserne indsat i retsplejeloven/ tvistemålsloven, i Sverige i de enkelte immaterialretslove, mens der i Finland er vedtaget en særlig lov om "säkerställande av bevisning i tvistemål som gäller immateriella rättigheter."

Formålet med disse bestemmelser er at give mulighed for en tvangsmæssig fremskaffelse af bevis for mulige krænkelsers omfang ved, at rekvirenten kan kræve adgang til den formodede krænkens bogføringsmateriale, ordresedler, computere o.l. Under hensyn til at navnlig digitalt lagret immaterialretligt beskyttet materiale kan

²⁸ Se i den retning Annette Kur, 2004, *ibid.*, s. 824f.

²⁹ Se et eksempel på en sådan asymmetri hos Thomas Riis, 2005, *ibid.*, s. 149ff.

³⁰ Ijvælgeligt fundet inspiration til reglen i den britiske "Anton Piller Order"-procedure og den dure med beslaglæggelse af varemærkeforfalskede genstande (*saisie contrafaçon*), jf. endelig udg., s. 19 og KOM(2003) 46 endelig, s. 21.

³¹ I det dog på baggrund af en højesteretskendelse fra 2000 lagt til grund, at procesretten i hvert sit punkt ikke var i overensstemmelse med TRIPS-aftalen, jf. Ot.prp. nr. 33 (2003-2004), s.

slettes hurtigt, skal en bevisundersøgelse efter omstændighederne kunne foretages uanmeldt.

Bevissikringsreglerne bidrager utvivlsomt til en mere effektiv håndhævelse af immaterialrettigheder navnlig med henblik på konstatering af krænkelsens omfang til brug for et efterfølgende erstatningskrav. De giver imidlertid anledning til to grundlæggende spørgsmål. For det første om styrkelsen af rettighedshavernes beskyttelsesposition står i et rimeligt forhold til de retssikkerhedsmæssige problemer, som reglerne skaber, og for det andet - såfremt reglerne er rimeligt begrundet - om de samme hensyn gør sig gældende i andre civile erstatningssager.³²

For så vidt angår det første spørgsmål bør det overvejes, om bevissikringsreglerne er i overensstemmelse med det grundlæggende princip om boligens ukrænkelighed,³³ som det bl.a. andet kommer til udtryk i Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 8.³⁴ Princippet er ikke ufravigeligt, og ransagninger er da også indarbejdet i straffeprocessen, men når undtagelsen til princippet om boligens ukrænkelighed udvides til civilretlige ransagninger, bør det kunne begrundes i væsentlige samfundsmæssige hensyn,³⁵ og som det allerede er nævnt, er det langt fra klart, at immaterialretskrænkelser i sig selv er et væsentligt samfundsmæssigt problem.

Det er imidlertid klart, at visse typer af immaterialretskrænkelser er et større samfundsmæssigt problem end andre typer af immaterialretskrænkelser. De alvorligste krænkelse er indgribende krænkelse, der sker forsætligt, erhvervsmæssigt og i stor skala (piratvirksomhed). Til disse krænkelse er der i Norge og Danmark knyttet en forhøjet strafferamme, som enten er underlagt offentlig påtale eller betinget offentlig påtale. I svensk og finsk ret er der ikke en særlig forhøjet strafferamme for piratvirksomhed, men der er tilsvarende regler vedrørende offentlig påtale. I givet fald påtaler det offentlige overtrædelserne, hvilket giver mulighed for foretagelse af ransagninger, som er et straffeprocessuelt tvangsindgreb, hvorefter der kan foretages tvangsmæssige undersøgelser uden forudgående underretning af ejeren. Så muligheden for at foretage denne type af bevissikring var allerede til stede for de alvorligste typer af immaterialretskrænkelser.

De immaterialretlige bevissikringsregler gælder ikke blot for de alvorligste typer af krænkelse, men for alle krænkelse, betingelsen er blot, at rettighedshaveren med en vis grad af sikkerhed dokumenterer, at en krænkelse har fundet sted eller vil finde sted - ifølge Retshåndhævelsesdirektivets art. 7, stk. 1, skal rettighedshaveren have

³² Se i øvrigt mindretalsudtalelsen i bet. 1385/2000, s. 52f.

³³ Bortset fra integritetshensynet, der ligger bag princippet, vil et indgreb heri øge sandsynligheden for en kollision med andre regler, i erhvervsmæssig sammenhæng navnlig reglerne om beskyttelse af rekvisiti erhvervshemmeligheder.

³⁴ "Stk. 1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance. Stk. 2. Ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige trykthed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed."

³⁵ Jf. således flertallet i bet. 1385/2000, s. 49.

”fremført et rimeligt tilgængeligt bevismateriale til støtte for sin påstand om, at hans intellektuelle ejendomsret er blevet krænket eller vil blive krænket.”

De særlige immaterialretlige bevissikringsregler sænker således grænsen for acceptable undtagelser til princippet om boligens ukrænkelighed med henblik på at sikre en mere effektiv håndhævelse af immaterialrettigheder. Om denne ændring af balancen anses for god eller dårlig, er et spørgsmål om temperament. Derimod skaber det en disharmoni i retssystemet at give køb på en grundlæggende rettighed (boligens ukrænkelighed), uden at de retsstridige handlinger, der kan udløse dette, stemples som væsentlige samfundsmæssige problemer med en høj strafferamme.

Spørgsmål om behovet for en effektiv bevissikringsregel, der kun gælder på immaterialretsområdet og ikke i alle civile sager, har særligt været diskuteret i Norge. Flere af høringsvarene finder, at der er behov for bevissikringsreglen, men at den ikke bør begrænses til immaterialretsområdet. I forarbejderne til den norske regel udtaler Justits- og Politidepartementet:

”Behovet for bevisoptak uten varsel til motparten kan reelt være vel så stort i andre tilfeller som ved krenkelser av immaterielle rettigheter. En processuell særregel til vern av immaterielle rettigheter vil fremstå som en dårlig begrunnet særbeskyttelse av en spesiell kategori rettigheter. Ved en generell adgang unngår man dessuten vanskelige avgrensningsspørsmål.”³⁶

Som konsekvens af dette synspunkt fik den norske bevissikringsregel i tvistemålslovens § 271 a generel anvendelighed og blev ikke begrænset til immaterialretstvister.

Uenigheden om, hvorvidt der er særlig behov for bevissikring på immaterialretsområdet, må ses som udtryk for, at et sådant behov i hvert fald ikke er dokumenteret, hvilket i sig selv burde være tilstrækkeligt til ikke at give særregler for immaterialretten. Med den valgte løsning i Sverige, Finland og Danmark skabes der en fragmentering af procesretten,³⁷ som er af en art, der så vidt vides, ikke er tidligere eksempler på.

8. Ret til information

Blandt Retshåndhævelsesdirektivets forskellige bestemmelser er det givetvis art. 8, der opleves som den største nyskabelse i nordisk ret. Ifølge art. 8 kan retslige myndigheder på begæring fra rekvirenten pålægge den krænkende part og/eller enhver anden person at give oplysninger om oprindelsen af og distributionskanalerne for de varer eller tjenesteydelser samt oplysninger om mængder og pris, der er opnået for de pågældende varer eller tjenesteydelser, der krænker en immaterialrettighed. Der findes en lignende bestemmelse i TRIPS-aftalens art. 47, men TRIPS-aftalens art.

³⁶ Ot.prp. nr. 33 (2003-2004), s. 5. Se også mindretalsudtalelsen i den danske bet. 1385/2000, s. 52.

³⁷ Jf. Magnus Hauge Greaker, 2006, *ibid.*, s. 600.

47 er fakultativ. I EU-sammenhæng kan bestemmelsen spores tilbage til forslaget til Design-direktivet,³⁸ som på dette punkt var inspireret af retsstillingen i Tyskland.³⁹ Retten til information er i Danmark gennemført som et særligt kapitel i retsplejeloven, i Finland er den indføjet i den særlige lov om bevissikring i immaterialretlige sager, og i Sverige foreslås den gennemført med bestemmelser i de enkelte immaterialretslove.

De væsentligste konsekvenser af implementeringen af art. 8 i de nordiske lande er dels en forøgelse af sanktionspresset på den umeddelssomme krænker, dels en udvidelse af den informationsmængde, der sagligt kan indhentes i forbindelse med en retssag om immaterialretskrænkelser.

I nordisk civilproces er der for en part i en civil retssag enten ikke en pligt til at udtale sig, eller, hvis der er en sådan pligt, kan tilsidesættelse af den i værste fald medføre processuel skadevirkning, der i praksis sjældent har en særligt afskrækkende effekt. Det samme gælder editionsplæg til en part. Derimod er der vidnepligt, og tilsidesættelse af denne pligt kan medføre forvaring og straf og sanktioneres således efter omstændighederne ganske hårdt. Implementeringen af art. 8 har kanaliseret krænkeres partsforklaringer og editionsplæg vedrørende de oplysninger, der er nævnt i direktivets art. 8, stk. 2, over i reglerne om vidnepligt. Et stærkere sanktionspres skaber alt andet lige bedre muligheder for oplysning af sagen og dermed en (potentiel) mere effektiv retshåndhævelse. Men det giver anledning til de samme betænkeligheder som særreglerne om bevissikring i immaterialretssager: dels om styrkelsen af rettighedshavernes beskyttelsesposition står i et rimeligt forhold til de retssikkerhedsmæssige problemer, som reglerne skaber, og dels - såfremt reglerne er rimeligt begrundet - om de samme hensyn gør sig gældende i andre civile sager.

Oplysningspligten efter direktivets art. 8 kan pålægges enhver, der

a) er fundet i besiddelse af de omtvistede varer i kommerciel målestok

b) er fundet i færd med at anvende de omtvistede tjenesteydelser i kommerciel målestok

c) er fundet i færd med at yde tjenester, der anvendes i de omtvistede aktiviteter,⁴⁰ i kommerciel målestok, eller

d) er blevet identificeret af den i litra a), b) eller c) omhandlede person som indblandet i produktion, fremstilling eller distribution af sådanne varer eller levering af sådanne tjenesteydelser.

Retten til information tager sigte på krænkelser foretaget i erhvervsøjemed, men er ikke begrænset hertil.⁴¹ Det er en meget omfattende personkreds, der kan blive pålagt at afgive information. I en sag mellem A og B kan C således pålægges at give oplysninger om D, selvom disse oplysninger ikke har relevans for tvisten mellem A og B.

³⁸ Art. 16a, KOM(1996) 66 endelig.

³⁹ Jf. KOM(2003) 46 endelig, s. 16 og 22, og Annette Kur, 2004, *ibid.*, s. 821f.

⁴⁰ F.eks. en internetudbyder.

⁴¹ Jf. betragtninger til direktivet nr. 14.

Set fra rettighedshaverens side kan dette være meget nyttigt, idet reglen kan bruges som løftestang i en generel håndhævelsesstrategi eller plan for markedsmonitorering. Hvis retten finder det rimeligt, kan reglen således bruges til at skaffe rettighedshaveren lister med private data vedrørende personer mistænkt for immaterialretskrænkelser. Det skaber dog en risiko for, at sagen kan "svulme op",⁴² og proportionalitetsprincippet er den eneste sikkerhed for, at dette ikke sker.

Art. 8 er en regel, der tager sigte på fremskaffelse af beviser. Det er et centralt princip i nordisk civilproces, at det kun er kendsgerninger, som er relevante for sagen, der kan være genstand for bevis.⁴³ Det indebærer, at en domstol skal afvise alle spørgsmål og beviser, som ikke har betydning for den sag, der procederes, og dette omfatter spørgsmål om, hvorvidt andre personer måtte være indblandet i sagen. Retten til information strider mod dette centrale princip, idet en domstol ikke kan afvise at imødekomme en anmodning som omhandlet i direktivets art. 8 alene under henvisning til, at oplysningerne ikke har betydning for sagen.⁴⁴

Retten til information forøger risikoen for procesmisbrug – ikke blot fordi den giver mulighed for at trække sagen i langdrag, men tillige fordi den forøger muligheden for procesmisbrug (chikane) i relation til en tredjepart, som f.eks. er fundet i besiddelse af de omtvistede varer, inden en sag, hvor den pågældende person er part, er anlagt, idet et krav om sagsanlæg trods alt ville begrænse muligheden for procesmisbrug i forhold til den pågældende. For så vidt angår dette sidstnævnte forhold er det et vist slægtskab til reglen om isoleret bevisoptagelse, som der er mulighed for i alle de nordiske lande. Reglen om isoleret bevisoptagelse er imidlertid en undtagelsesregel, der med rettens tilladelse kan anvendes i særlige tilfælde – navnlig med henblik på at sikre bevis, der ellers ville gå tabt.

På papiret er retten til information et effektivt våben i rettighedshaverens arsenal af retsmidler, men netop effektiviteten skaber et potentielt stort område for kollision med andre regler. De væsentligste i så henseende er regler om retten til at undgå selvinkriminering⁴⁵ og regler om beskyttelse af fortrolige kilder til information (retten til kildebeskyttelse på medieområdet) og beskyttelse af personoplysninger.⁴⁶ Ved regler fra forskellige juridiske specialområder, som har til formål at tilgodese modsatrettede hensyn, vil der altid kunne være tvivl om, hvor grænser mellem reglerne præcist skal drages. Når reglerne på det ene område udvides forøges denne tvivl. I sådanne situationer opstår spørgsmålet, om udvidelsen medfører, at grænsen rent faktisk flyttes, eller om grænsen forbliver upåvirket, og udvidelsen derfor (i hvert delvist) har pro forma-karakter. For så vidt angår retten til information i direktivets art. 8, gør det sidstnævnte forhold sig gældende.

Problemstillingen er aktualiseret i ny dom fra EF-Domstolen C-275/06

⁴² Magnus Hauge Greaker, 2006, *ibid.*, s. 601f.

⁴³ F.eks. Bernhard Gomard & Michael Kistrup, 2007, *ibid.*, s. 575, se også s. 558f.

⁴⁴ Jf. f.eks. det danske lovforslag, bemærkninger til § 306.

⁴⁵ Direktivets art. 8, stk. 3, litra d). Se herom Jonas Christoffersen: UFR 2006 B. 319-327.

⁴⁶ Direktivets art. 8, stk. 3, litra e).

(Promusicae).⁴⁷ I overensstemmelse med art. 13, stk. 1, i Persondatadirektivet (95/46/EF) er der i Spanien vedtaget regler, der pålægger udbydere af adgang til internettet at opbevare visse data vedrørende de enkelte brugere med henblik på, at disse data eventuelt kan anvendes i forbindelse med en strafferetlig undersøgelse eller med det formål at beskytte den offentlige sikkerhed og det nationale forsvar. En sammenlutning af navnlig musikproducenter begærede på grundlag af retten til information (direktivets art. 8), at en spansk teleoperatør skulle afsløre bestemte internetbrugeres identitet og bopæl med henblik på at retsforfølge disse brugere, som havde krænkelse af ophavsrettigheder ved ulovlig fildeling på fildelingstjeneste KaZaA. Domstolen fandt, at Retsshåndhævelsesdirektivets art. 8 ikke pålægger medlemsstaterne at fastsætte en pligt til at videregive personoplysninger under en civil retssag. Dommen må forstås således, at medlemsstaterne dog ikke er afskåret fra at fastsætte en sådan pligt under de omstændigheder, der gjorde sig gældende i den konkrete sag. Sagen skal ses i lyset af, at Generaladvokaten i sit forslag til afgørelse havde anført, at bestemmelserne i Retsshåndhævelsesdirektivet ikke berører reglerne om persondatabeskyttelse, og såfremt Fællesskabet anser det for nødvendigt at indføre en mere vidtgående beskyttelse af indehavere af ophavsrettigheder, vil det kræve en ændring af bestemmelserne om persondatabeskyttelse.

Problemstillingen i C-275/06 (Promusicae) er ikke snævert knyttet til retten til information i direktivets art. 8 og skal især ses som en illustration af, hvorledes en udvidelse af de civilprocessuelle regler skaber større retsikkerhed i grænsefladerne til andre retsområder.

9. Offentliggørelse af retsafgørelser

Efter direktivets art. 15: skal medlemsstaterne sikre:

”at de retslige myndigheder i søgsmål vedrørende krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder kan træffe afgørelse om, at der på begæring af rekvirenten og for den krænkende parts regning træffes passende foranstaltninger til formidling af information om afgørelsen, og at retsafgørelsen opslås og offentliggøres i sin helhed eller i uddrag.”⁴⁸

I Danmark og Finland er bestemmelsen gennemført i de enkelte immaterialretslove, og det samme er foreslået i Sverige,⁴⁹ og selvom bestemmelsen således ikke er

⁴⁷ Domstolens dom af 29. januar 2008.

⁴⁸ Derudover kan Medlemsstaterne give mulighed for yderligere offentliggørelsesforanstaltninger, der er afpasset efter de særlige forhold, herunder bekendtgørelse på en iøjnefaldende måde, jf. art. 15, 2. pkt.

⁴⁹ I de svenske motiver er der givet følgende begrundelse for placeringen: ”Eftersom det är fråga om specifika civilprocessuella regler som endast skall gälla för immaterialrätten bör bestämmelserna, på samma sätt som t.ex. bestämmelserna om intrångsundersökning, inlösas i respektive immaterialrättslig lagstiftning”, jf. Ds 2007:19, s. 294. I Norge findes der ikke regler om offentliggørelse af retsafgørelse på immaterialretsområdet.

placeret i lovgivningen om civilproces, er den en sanktionsregel i civilprocessuelle former. I dansk og finsk ret er bestemmelsen begrænset til kun at omfatte domme (og således f.eks. ikke forbudskendelser), og det samme lægges til grund i de svenske motiver.⁵⁰

Ifølge betragtningerne (27) i direktivets præambel tjener offentliggørelse et præventivt formål, idet den "... forhindrer nye krænkelser ved at afskrække en fremtidig krænker og fremme en øget bevidsthed hos den brede offentlighed."

Lignende foranstaltninger kendes fra enkelte andre retsområder. Inden for medieretten kan den ansvarlige redaktør eller udgiver forpligtes til at offentliggøre indholdet af en dom, hvor nogen dømmes for indholdet af mediet.⁵¹ Og endvidere efter svensk,⁵² norsk⁵³ og dansk ret⁵⁴ kan den, der dømmes for en ærekrænkelse, pålægges omkostningerne ved offentliggørelse af dommen.⁵⁵ Fælles for disse retstvister er, at der er viderebragt information, der er ukorrekt i en sådan grad, at det ved en dom er fastslået, at informationen tillige er retsstridig. Under hensyn til sådanne retstvisters genstand (information) er det nærliggende at give adgang til et retsmiddel i form af offentliggørelse af dommen, der kan berigtige det oprindeligt retsstridige forhold. De faktiske forhold ved immaterialretskrænkelser giver ikke en lignende mulighed for efterfølgende berigtigelse, så en begrundelse for bestemmelsen i direktivets art. 15 skal i givet fald findes et andet sted.

Ifølge direktivets præambel er der med bestemmelsen tilsigtet en kommunikationseffekt ("øge bevidstheden hos den brede offentlighed"). Dette må indebære dels en *moralsk stempning* af krænkeren,⁵⁶ dels en almindelig *opdragelse af aktørerne* på markedet.⁵⁷

Spredning af information om retsafgørelsens indhold "for at fremme en øget bevidsthed hos den brede offentlighed" burde være et vigtigt mål i enhver retsstat. Og på trods af retsplejens regler om offentliggørelse, er der på det praktiske niveau utvivlsomt et reelt behov for at lette adgangen til retsafgørelser. Direktivets art. 15 er imidlertid et dårligt middel til at nå dette mål. Det er principielt betænkeligt at pålægge en person, der har tabt en civil retssag en særlig pligt til at informere, medmindre der er en særlig begrundelse herfor som berigtigelse af et konkret retsstridigt forhold.

⁵⁰ Ds 2007:19, s. 291.

⁵¹ Sverige: 7 kap. 6 § andra stycket tryckfrihetsförordningen, 5 kap. 4 § tredje stycket yttrandefrihetsgrundlagen, Danmark: Medicansvarsloven § 54, Norge: Straffeloven § 430 a.

⁵² 5 kap. 6 § andra stycket skadeståndslagen.

⁵³ Skadeserstatningsloven § 3-5 tredje ledd.

⁵⁴ Straffelovens § 273, stk. 2.

⁵⁵ I svensk og finsk ret findes tilsvarende bestemmelser om offentliggørelse af domme, der vedrører det markedsretlige område, jf. den svenske 6 § lagen om namn och bild i reklam, og den finske 8 § 2 mom. lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet.

⁵⁶ I den finske Lagutskottets betänkande 6/2006 rd, s. 2, hedder det: "Publiceringen av domen har rentav karakteriserats som skamstraff", se tilsvarende hos Marcus Norrgård, 2006, *ibid.*, s. 594.

⁵⁷ I KOM(2003) 46 endelig, s. 25, hedder det om offentliggørelse af retsafgørelser, at det "almindeligvis anses for at være en effektiv foranstaltning til oplysning af almenheden og for at have afskrækkende virkning i forbindelse med krænkelser af den intellektuelle ejendomsret."

En ”øget bevidsthed hos den brede offentlighed” må referere til ”bevidsthed om retstilstanden”. Offentliggørelse af retsafgørelser i medfør af bestemmelsen i art. 15 vil ikke være systematisk. Offentliggørelse kræver en begæring fra rekvirenten, og retten kan (skal ikke) følge denne begæring. Art. 15 kan derfor i bedste fald informere om den konkrete afgørelse, og der er ligefrem risiko for, at offentliggørelse af særlige retsafgørelse giver en misvisende billede af retsstillingen, da de enkelte retsafgørelser typisk vil være konkret begrundede. Man kan i øvrigt stille sig tvivlende over for, om rekvirenten og domstolen er de bedst egnede til at beslutte, hvorledes bevidstheden om retstilstanden bedst øges hos den brede offentlighed. I et samfund med mange uafhængige nyhedsmedier vil nyhedsmediernes givetvis være bedre egnede til at varetage denne opgave. Og samfundet ville derfor være bedre stillet, hvis der blev sikret lettere adgang for alle (herunder journalister) til retsafgørelser – f.eks. ved at pålægge domstolene og andre relevante retsanvendende myndigheder at stille afgørelse til rådighed på en hjemmeside.

Det forekommer tvivlsomt, om der er et egentligt behov for bestemmelsen i art. 15.⁵⁸ Bestemmelsens eneste realbegrundelse synes at være dens afskrækkende effekt, idet krænkeren herved kan pålægges en yderligere retlig ubehagelighed, som har karakter af bødestraf (omkostningerne ved offentliggørelse).⁵⁹ Såfremt der retspolitisk måtte være støtte for således at øge sanktionspresset, burde det imidlertid være gennemført med en skærpelse af strafsanktionen. Dette har navnlig betydning for sanktionens subjektive betingelser, da en godtroende krænker (der ydermere kan være en privatperson, da bestemmelsen ikke er begrænset til krænkelser begået i erhvervsøjemed) i princippet kan blive pålagt at offentliggøre en dom efter bestemmelsen i direktivets art. 15. En domstol *skal* ikke, men *kan* træffe afgørelse om, at en dom skal offentliggøres for den krænkende parts regning. Man kan forvente, at domstolene som hovedregel vil udnytte denne skønsmæssige beføjelse til ikke pålægge en godtroende krænker at offentliggøre en dom, men nogen sikkerhed herfor er der ikke. Domstolens vurdering i så henseende må beror på proportionalitetsprincippet. Ifølge de finske lovmotiver skal domstolen foretage en afvejning af såvel parternes interesser som almenhedens interesse. Udslagsgivende for, at en domstol beslutter, at en dom skal offentliggøres for den krænkende parts regning kan derfor være, at dommen afklarer et vanskeligt fortolkningsspørgsmål eller har en særlig betydning for forbrugerne⁶⁰ - også selvom den krænkende part har handlet i god tro.

Sammenfattende må bestemmelsen i art. 15 om offentliggørelse af retsakter karakteriseres som en kamoufleret straffebestemmelse, der kun bør tildeles en rolle som civilprocessuelt retsmiddel, hvis der foreligger en særlig begrundelse.

⁵⁸ I den retning Marcus Norrgård, 2006, *ibid.*, s. 595.

⁵⁹ Jf. KOM(98)568 endelig udg., s. 20: ”Således betragtes offentliggørelse af domme, der ofte sker i Italien og Frankrig, som en yderligere straf i forbindelse med varemærkeforfalskning og piratkopiering”.

⁶⁰ RP 26/2006 rd, s. 21.

10. Proportionalitetsprincippet

Det er ovenfor påvist, at immaterialrettens særlige procesformer er orienteret mod at varetage effektivitetshensynet på bekostning af en række andre centrale procesuelle hensyn, der samlet kan betegnes som retssikkerhedshensyn. Der er kun i begrænset omfang indarbejdet udtrykkelige regler, der sikrer andre hensyn end effektivitetshensynet, og det væsentligste civilprocessuelle "sikkerhedsnet" er proportionalitetsbetragtninger.

Det er let at forestille sig tilfælde, hvor et informationspålæg på baggrund af art. 8 vil afsløre krænkerens erhvervshemmeligheder, idet der næppe kan være tvivl om, at oplysninger om varernes oprindelse og distributionskanaler efter omstændighederne kan være erhvervshemmeligheder. Foranstaltninger til sikring af bevismateriale er i medfør af direktivets art. 7 udtrykkeligt begrænset af hensynet til beskyttelse af fortrolige oplysninger. En lignende udtrykkelig begrænsning er ikke indarbejdet i art. 8. Direktivet tager således ikke stilling til konflikten mellem retten til information og beskyttelsen af erhvervshemmeligheder, men den må skulle løses efter en proportionalitetsafvejning.⁶¹ I den svenske lovforslag argumenteres der med, at et informationspålæg forudsætter, at der er konstateret en krænkelse, og pålægget derfor er rettet mod en ulovlig virksomhed.⁶² Til sammenligning er bevissikringsreglerne et foreløbigt retsmiddel, der blot kræver, at der er sandsynliggjort en krænkelse. Desuagtet risikerer personer, der i god tro har medvirket til krænkelse, f.eks. en transportør eller anden mellemmand, at blive pålagt at afsløre erhvervshemmeligheder, selvom den pågældende har en legitim beskyttelsesinteresse. For en sådan person er proportionalitetsprincippet det eneste sikkerhedsnet.⁶³

Proportionalitetsprincippet finder anvendelse i de mest eklatante tilfælde af misforhold mellem parternes interesser og er som sådan et ret grovmasket sikkerhedsnet og derfor ikke velegnet til en finere afbalancering af interesserne. Et yderligere problem ved proportionalitetsprincippet – som forstærkes når proportionalitetsbetragtninger får større betydning – er forskellige nationale retlige traditioner. Eksempelvis i forbindelse med fagedforbud i immaterialretssager har proportionalitetsprincippet indtil videre ikke spillet nogen større rolle i dansk procesret, mens det forholder sig anderledes i svensk ret, hvor princippet har haft en reel betydning.⁶⁴ Dette kan bidrage til større forskelle mellem de enkelte landes civilproces

⁶¹ Jf. det danske lovforslag, bemærkninger til § 306, og det svenske prememorian Ds 2007:19, s. 195. I nordisk ret er hensynet til beskyttelse af erhvervshemmeligheder i forbindelse med bevissikring dog også i hovedsagen blevet implementeret ved hjælp af proportionalitetsprincippet.

⁶² Ds 2007:19, s. 195.

⁶³ Fremtidig retspraksis vil afgøre betydningen af proportionalitetsprincippet. I det svenske lovforslag hedder det imidlertid: "Eftersom ett informationsföreläggande förutsätter att det är styrkt att det är fråga om intrångsgörande varor eller tjänster torde det på motsvarande sätt endast i undantagsfall komma i fråga att avslå en begäran med hänvisning till intresset av att inte avslöja företagshemligheter." Ds 2007:19, s. 327.

⁶⁴ Se Thomas Riis, 2005, *ibid.*, s. 126f.

på nordisk og europæisk plan, hvilket næppe er i rettighedshavernes interesser og i hvert fald ikke i overensstemmelse med Retshåndhævelsesdirektivets formål.

Det er imidlertid kun i sager om krænkelse af immaterialrettigheder, at proportionalitetsprincippet får (burde få) større betydning. Immaterialrettens særlige procesformer er således ikke blot udtryk for specielle civilprocessuelle regelvarianter, men får tillige konsekvenser for helt generelle retsprincipper som princippet om proportionalitet og forstærker herved civilprocessens fragmentering med de heraf følgende ulemper.

11. Afslutning

Den overordnede tese om, at der ikke er holdbare begrundelser for civilprocessuelle særregler på immaterialretsområdet, lader sig dårligt vurdere uden en mere generel stillingtagen til detaljeringsgraden i retlig regulering: Bør der vedtages almindelige regler, der gælder generelt, eller bør reglerne skræddersys til snævre typetilfælde? Ovenstående kritik af immaterialrettens særlige procesformer er baseret på en opfattelse af, at der så vidt muligt bør vedtages almindelige regler, der gælder generelt.

Begrundelsen for så vidt muligt at vedtage uniforme civilprocessuelle regler er at sikre en praktisk systematisering af retten. En sådan systematisering har især til formål at bevare sammenhængen i retssystemet og herved sikre, at ligeartede beskyttelseshensyn behandles ens uanset retsområde. Dette udelukker ikke, at ligeartede beskyttelseshensyn kan behandles forskelligt på de enkelte retsområder, men det tvinger sådanne legislative initiativer over i den materielle ret, hvilket skaber større gennemskuelighed og klarhed i retten. Kravet om uniforme regler står stærkere i procesretten end i den materielle ret, fordi procesrettens genstand er processen, som skal understøtte en række fælles hensyn, uanset hvilken del af den materielle ret, processen vedrører. Den materielle rets genstand er materien, der ifølge sagens natur er forskellig fra et område til et andet. Processuelle særregler bør derfor kræve, at der foreligger særlige, tungtvejende grunde, der bevirker, at anvendelsen af de almindelige procesregler ikke understøtte de centrale hensyn bag civilprocessen.

Ved siden af problematikken om civilprocessuelle særregler giver immaterialrettens særlige procesformer anledning til at overveje problemer ved en "effektivisering" af civilprocessen. Erfaringerne med vedtagelsen af Retshåndhævelsesdirektivet er bekymrende. Reglerne er båret frem med snævert fokus på effektivitetshensynet på bekostning af civilprocessens øvrige hensyn. Civilprocessen bør afbalancere de relevante hensyn, men ved at tillægge et bestemt hensyn stor vægt, skabes snarere ubalance end balance. Proportionalitetsprincippet, som må formodes at ville få en forholdsmæssig større betydning i immaterialretskrænkelsessager, vil kun afhjælpe de klart urimelige tilfælde og kan ikke genskabe balancen.

Ved fremtidige initiativer til effektivisering af procesretten bør der endvidere nærmere forholdes til den resulterende risiko for procesmisbrug, samt den retsikkerhed, som effektiviseringen måtte give anledning til – navnlig i grænsefladerne, hvor procesretten kolliderer med beskyttelseshensyn i anden lovgivning.

Inger Marie Sunde

Beskyttelsen mod overvågning i den
fysiske og elektroniske verden

Beskyttelsen mod overvåking i den fysiske og elektroniske verden

Stipendiat *Inger Marie Sunde*, Norge

Referatet viser at betegnelsen "overvåking" benyttes om kontrolltiltak av svært ulik art, og at det ikke kan tas som utgangspunkt at alt som kalles overvåking, virkelig setter personvern og rettssikkerheten på spill. Det anføres at EMK gir utilstrekkelig vern mot overvåking, noe som illustreres av utviklingen i bruk av åpen fjernsynsovervåking. Dessuten representerer den teknologiske utvikling i seg selv en vesentlig utfordring for rettssikkerheten, hvilket gir behov for å oppstille spesielle notoritetskrav, for eksempel for bruk av dataavlesing. Til slutt reises det spørsmål ved legitimiteten av strategisk overvåking for å verne om samfunnsikkerheten. Konklusjonen er at de politiske ambisjoner om å sikre personvernet bør ligge på et høyere nivå enn EMK krever.

1. Alle er mot overvåking, men ingen vet hva det er

Hvis man spør hvem i en gruppe som er for, og hvem som er mot, overvåking, vil nok de fleste vil si at de er imot, men de vil samtidig ha problemer med å si hva overvåking er. Første tese er derfor at fordi ingen egentlig vet hva overvåking er, vet ingen hva de er imot.

Spørsmålet om man er for eller mot overvåking, er dessuten urimelig, fordi det alminnelige utgangspunkt er at selv om overvåking er negativt i seg selv, må vi tåle det, dersom formålet i tilstrekkelig grad er rettferdiggjort. Hva vi har oppe til vurdering er således om overvåking kan godtas gitt de interesser som står på spill. Interessene forutsettes å være hensynene til rettssikkerhet og integritetsbeskyttelse (personvern), og i siste instans, betingelsene for et fritt og demokratisk samfunn. I overvåkingsdebatten bringer man derfor gjerne opp dilemmaer av typen; skal vi ofre personvernet for å avverge terror, eller skal vi beholde personvernet mot å tåle en viss risiko for å bli drept?

I det følgende skal vi se på om det er mulig å utlede en felles forståelse av ordet "overvåking", og deretter drøfte om det foreligger et tilstrekkelig vern mot overvåking.

2. Noen bruksmåter av ordet "overvåking"

2.1 Overvåking: Et spørsmål om kontroll

Rent språklig betyr overvåking å følge med på noe; dvs. en aktivitet som kan være både harmløs og ønskelig. Det er imidlertid unaturlig å bruke overvåking, f.eks. om at elevene følger med på undervisningen. Årsaken er at overvåking pr definisjon har et kontrollformål, og således innebærer et maktperspektiv. Vi er derfor med på et eksempel om at fjernsynsovervåking i klasserommene benyttes for å kontrollere om elevene følger med på undervisningen, men ikke på at elevene overvåker læreren i undervisningssituasjonen.

I sin kjerne handler overvåking om utøvelse av kontroll ved bruk av observasjon, registrering, varslingsrutiner og informasjonsanalyse. *Observasjon*, ved å lytte eller se, ved menneskelig sansebruk eller tekniske metoder, må anses som et grunnvilkår for å tale om overvåking. De øvrige elementene kan foreligge i tillegg, men vil ikke bestandig være tilstede.

Iblant fremholdes det at fordi formålet med overvåking både kan være omsorg og kontroll, er begrepet tvetydig, noe som gjør det vanskelig å bestemme nettopp hva man er kritisk til.¹ Språklig utledes tvetydigheten fra det engelske ordet "surveillance", som har sin rot i fransk "sur veille" (over + se), og derigjennom til latin "vigilare" (holde øye med). Norsk og dansk språk inneholder to beslektede uttrykk, nemlig "overvåke/-våge" og "våke/våge over". Omsorgsaspektet knytter seg til det sistnevnte uttrykket, for eksempel "moren som våker over sitt syke barn". I det moderne velferdssamfunnet kan statens omsorgsoppgaver fungere som begrunnelse for den overvåking som, for eksempel, etablering av et sentralt reseptregister med opplysninger om borgernes medikamenthistorikk og utskrivende lege, sies å representere. Et viktig formål er imidlertid å holde kontroll med medikamentutskrivning, så kontrollaspektet er fremtredende. Overvåking som tiltak for ivaretagelse av samfunnssikkerheten, anses å være begrunnet i et kaldt kontrollbehov; overvåkingen skal hindre vold og uorden. Men, som man skjønner, også dette formålet har en omsorgsdimensjon, nemlig å skape et sikkert samfunn til borgenes beste.

Eksempelene viser at det kommer lite ut av å foreta en distinksjon mellom omsorg og kontroll i relasjon til overvåking. Mens kontroll bestandig vil være en del av begrunnelsen for overvåking, vil omsorgshensynet i større eller mindre grad kunne gjøre seg gjeldende i tillegg. Bevisstgjøring av omsorgsdimensjonen viser imidlertid at overvåking ikke nødvendigvis henger sammen med onde regimers styresett, som for eksempel Orwells storebrorsamfunn, med sin timelige gjenpart i etterkrigstidens totalitære regimer.

¹ Lyon (2005) s. 3.

2.2 Overvåking i lovgivningen

Ordet "overvåking" er ikke legaldefinert i norsk rett og kan knapt anses som noe rettslig begrep. Når ordet forekommer i lovgivningen, er det ofte i forbindelse med objekter eller fenomener som ikke umiddelbart reiser spørsmål med hensyn til personvern og rettsikkerhet. For eksempel benytter norsk lovgivning ordet "overvåking" om å holde oppsikt med territoriet, miljøet på Svalbard, epidemier, gjennomføring av EØS-forpliktelsene, offentlig regulering av ervervsvirksomhet, datatrafikk og økonomiske transaksjoner.²

Hvis vi skal vurdere om overvåking i for stor grad går på bekostning av rettsikkerhet og integritetsbeskyttelse, er det selvsagt først og fremst tiltak rettet mot *person* som påkaller interessen. Bestemmelser som eksplisitt omhandler overvåking mot person er det imidlertid få av. Overfor Forsvarets etterretningstjeneste gjelder et *forbud* mot å "overvåke eller på annen fordekt måte innhente informasjon om norske fysiske eller juridiske personer".³ Videre finnes det regler om "fjernsynsovervåking" i personopplysningsloven og straffeprosessloven. Åpen fjernsynsovervåking av offentlig sted eller på sted hvor en begrenset krets av personer ferdes jevnlig, kan både politiet og private foreta. Overvåkingen er meldepliktig til Datatilsynet og skal tydelig skiltes og varsles.⁴ Skjult fjernsynsovervåking har bare politiet kompetanse til å foreta, og formålet må være *etterforskning*, eller som ledd i etterforskning å *avverge* en straffbar handling.⁵ Politiets sikkerhetstjeneste (PST) kan benytte metoden også for rent *forebyggende* formål.⁶

I vår sammenheng er også de nevnte reglene om overvåking av *datatrafikk* og *økonomiske transaksjoner*, relevante, når opplysningene som samles inn i medhold av reglene, sier noe om enkeltindividers handlinger.

Forsåvidt gjelder *datatrafikk*, er det nærliggende å reise spørsmål om registreringsplikten som følger av *datalagringsdirektivet* representerer overvåking.⁷ Direktivet pålegger tjenesteyterne en generell lagringsplikt for abonnements- og trafikkdata. Formålet er å sikre data som kan nyttes til å avdekke, etterforske og strafforfølge kriminalitet. Lagringsperioden skal være minimum 6 måneder og maksimum 2 år. Lagringsplikten gjelder ikke kommunikasjonens innhold. Direktivet inneholder

² Lovene i den rekkefølge de er nevnt i teksten, er riksgrenseloven (lov 14. juli 1950 nr. 2) se § 1; Svalbardmiljøloven (lov 79/2001) se § 62; smittevernloven (lov 55/1994) se § 3-7; EFTAs overvåkingsorgan (nå ESA – EFTA Surveillance Agency) er nevnt i en rekke lover, f. eks. betalingsystemloven (lov 95/1999), råoljeloven (lov 54/1999) og årsregnskapsloven (lov 56/1998); referanse til organer som har til oppgave å overvåke offentlig regulering av ervervsvirksomhet er inntatt i flere lover, f. eks. konkurranseloven (lov 12/2004) se § 24, og verdipapirloven (lov 19/1997) se § 12-2a. Til slutt skal det refereres til ehandelsloven (lov 35/2003) § 19, og til hvitvaskingsloven (lov 41/2003) § 15.

³ Lov om etterretningstjenesten § 4 (lov 11/1998).

⁴ Personopplysningsloven (lov 31/2000). Reglene om fjernsynsovervåking står i kapittel VII §§ 36-41. Legaldefinisjonen av "fjernsynsovervåking" i § 36, inneholder ordet "personovervåking".

⁵ Straffeprosessloven (lov 25/1981) § 202a og § 222d.

⁶ Politiloven § 17d (lov 53/1995).

⁷ Direktiv 2006/24/EC.

imidlertid ikke ordet "overvåking", noe som er egnet til å overraske siden det i samfunnsdebatten er beskyldt for å lede til omfattende overvåking uten historisk side-stykke. Direktivet taler utelukkende om *datalagring* ("data retention"). I skrivende stund er ikke direktivet gjennomført i norsk rett, men slik direktivteksten foreligger har lovgiver knapt foranledning til å benytte ordet "overvåking" i de nasjonale reglene. Danmark innførte lagringsplikt (1 år) i forbindelse med den "første terrorpakke" i 2002, jf. retsplejeloven (rpl.) § 786 stk. 4. Reglene benytter ikke ordet overvåking.⁸

Forøvrig inneholder ehandelsdirektivet art. 15, et forbud mot å pålegge tjenesteyterne av overførings- og lagringstjenester "en generell plikt til å overvåke den informasjonen de overfører eller lagrer eller en generell plikt til aktivt å søke etter fakta eller forhold som tyder på ulovlig virksomhet".⁹

Bestemmelsen er til hinder for et generelt overvåkingspåbud, men ikke for å pålegge tjenesteyter plikt til å overvåke *spesielle deler* av datatrafikken, f.eks. målrettet kontrollvirksomhet for å avdekke barnepornografi. Men fordi man ikke på forhånd vet hvilken tjeneste som eventuelt misbrukes, krever også målrettet deteksjon og varsling en *generell kontroll* av datatrafikken. Spørsmålet er om art. 15 er til hinder for slik kontrollvirksomhet.

Et springende punkt er om "å overvåke" er en referanse til menneskelig kunnskap (hos tjenesteyter) om ulovlig virksomhet, eller om det også omfatter rent automatiserte deteksjonsprosesser. Hvis det sistnevnte er tilfelle representerer forbudet en meget stor restriksjon, som indirekte også rammer målrettede tiltak for å avdekke kriminalitet.

I norsk rett er forbudet gjennomført nokså ordrett, uten særlig veiledning i forarbeidene, og det er synd å si at regelen er klar.¹⁰

Overvåkingsforpliktelsen som påhviler *finansinstitusjonene*, går ut på at de må ta i bruk *elektroniske overvåkingssystemer* som skal "muliggjøre oppdagelse av og rapportering av mistenkelige transaksjoner".¹¹ Selve rapporteringsplikten som ble innført i 1994, er ansett som et vesentlig fremskritt i bekjempelsen av økonomisk kriminalitet, herunder av hvitvasking og korrupsjon. Plikten til å ta i bruk elektroniske overvåkingssystemer (innført i 2003) skal effektivisere rapporteringsplikten gjennom automatiserte funksjoner for deteksjon og varsling av mistenkelige transaksjoner.¹² Reglene er utslag av et utstrakt internasjonalt samarbeid.¹³

Det hersker altså to motsatte prinsipper for regulering av *tjenesteyteres* overvåking for å avdekke kriminalitet. Mens finansnæringen pålegges en generell overvåkingsplikt, er utgangspunktet det motsatte for ekombransjen, selv om det foregår ulovlig virksomhet.

⁸ Reglene er utdypet i den omfattende *logningsbekendtgørelsen*, jf. VEJ nr. 74 af 28. september 2006.

⁹ Direktiv 2000/31/EF.

¹⁰ Ehandelsloven § 19; Ot.prp. nr. 4 (2003-2004).

¹¹ Plikten er hjemlet i hvitvaskingsloven § 15 (lov 41/2003). Den siterte begrunnelsen står i Ot.prp. nr. 72 (2002-2003) pkt. 7.5.

¹² Rapporteringsplikten var opprinnelig hjemlet i hvitvaskingsforskriften av 7. februar 1994 nr. 118, gitt med hjemmel i finansieringsvirksomhetsloven (lov 40/1988). Reglene ble i 2003 flyttet til hvitvaskingsloven, med hvitvaskingsforskrift av 10. desember 2003 nr. 1487.

¹³ Se beskrivelse av de folkerettslige forpliktelsene i Ot.prp. nr. 72 (2002-2003) pkt. 2.

2.3 Overvåking i politiets begrepsbruk

Politiets metodebruk er grunnleggende sett basert på innhenting, lagring og bruk av opplysninger om andre. Formålet er å sørge for ro og orden, og å avverge og forfølge kriminalitet, herunder terror og terrorrelaterte handlinger. Bak informasjonsinnhenting ligger kontrollformål, og svært mye av politiets virksomhet kan derfor kalles overvåking.

I forbindelse med de senere års utvidelser av straffeprosessuelle metoder til bekjempelse av terrorisme og annen alvorlig kriminalitet, har man i Norge beskjeftiget seg med begrepsbruken knyttet til politiets metoder. Politimetodeutvalget reservertet således overvåkingsbegrepet for "politiets generelle observasjoner rettet mot allmennheten, når det ikke foreligger konkret mistanke om at det er begått eller forberedt noen straffbar handling".¹⁴

Overvåking skal dermed avgrenses mot *målrettede inngrep* basert på mistanke om at en straffbar handling er begått, typisk bruk av tvangsmidler som teknisk sporing, kommunikasjonskontroll, romavlytting og dataavlesing. Overvåking skal også avgrenses mot generelle observasjoner rettet mot allmennheten som foretas av *andre enn politiet*. Tjenesteyternes lagring av kommunikasjonsdata, finansinstitusjonenes kontroll for å avdekke mistenkelige transaksjoner og privat iverksettelse av fjernsynsovervåking, er således *ikke* overvåking etter politiets begrepsbruk. Dette står i en viss kontrast til begrepsbruken i den alminnelige debatt og i lovverket.

I Danmark går det relevante skillet mellom tiltak som representerer et inngrep overfor borgeren og som derfor krever lovhjemmel (for eksempel straffeprosessuelle tvangsmidler), og tiltak som ikke representerer noe inngrep, de såkalte *overvågningsmidlerne* (for eksempel patruljering, åpen fjernsynsovervåking og registrering).¹⁵

Politiets begrepsbruk synes å forutsette at overvåking omfattes av den alminnelige handlefrihet. Dermed blir det paradoksalt å reise spørsmålet om det hersker et tilstrekkelig vern mot overvåking.

2.4 Samfunnsfaglig bruk av ordet overvåking

Innenfor samfunnsvitenskapen har man arbeidet mye med å forstå og karakterisere overvåking som fenomen, og fagdisiplinen er i realiteten storprodusent av argumenter mot overvåking. Den rettslige diskurs er ikke lukket for disse argumentene, så jurister kan ha nytte av å vite hva samfunnsvitenskapen mener med overvåking.

I "A Report on the Surveillance Society" fra 2006, samlet en rekke overvåkingsekspertene seg om en beskrivelse av fenomenet, slik det arter seg idag.¹⁶ Ekspertutvalget innledet med en mild kritikk av sin oppdragsgiver, sjefen i det britiske datatilsynet, som i et intervju i 2004, hadde advart mot at "we are sleepwalking into a surveillance society". Etter ekspertenes syn var denne advarselen lite relevant

¹⁴ NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern pkt. 7.2.3 s. 57.

¹⁵ Henricson (2007) s. 142.

¹⁶ Wood/Ball (2006).

fordi overvåkingssamfunnet for lengst er en realitet. Det er faktisk slik at det moderne samfunnet er tuftet på overvåking, som følgelig ikke kan avskaffes uten store økonomiske og sosiale konsekvenser.

Overvåking er fremfor alt et produkt av det moderne velferdssamfunnet, forårsaket av teknologiutvikling, byråkrati, effektivitetskrav og markedskrefter. I mangel av effektive motkrefter, lar ikke utviklingen seg stanse (her råder determinismen), med mindre drastiske mottiltak settes inn. Det innebærer i så fall at vi må avstå fra goder vi har vennt oss til og finner naturlige (for eksempel å motta tilbud via nettet, eller få effektiv medisinsk hjelp på grunnlag av et sentralt pasientregister). En strategi basert på teknologiske løsninger for å fremme anonymitet (kalt PETs, dvs. *Privacy Enhancing Technologies*) anses ikke som tilstrekkelig for å sikre personvernet; i stedet må systemer som kan utnyttes for overvåkingsformål, avvikles. Et hovedbudskap er dessuten at bruk av overvåking sender et signal om at man ikke stoler på den som observeres, dvs. at overvåking underminerer sosiale strukturer for tillit.

På et punkt faller den samfunnsfaglige bruken av overvåking sammen med den rettslige, ved at overvåking fremfor alt handler om å samle inn og utnytte personopplysninger ("dataveillance"). Men ellers er den samfunnsfaglige forståelsen mye videre; for det første ved at overvåking anses som nødvendige mekanismer i det moderne samfunnets struktur. For det annet anses mange flere aktører enn myndighetene å forestå overvåking, og da i særdeleshet private foretak som utnytter persondata i kommersiell virksomhet. Kort sagt: Håndtering av persondata anses som overvåking.

2.5 Oppsummering

Gjennomgangen har vist et betydelig sprik i bruken av ordet overvåking, men en rimelig oppsummering synes å være at det er tale om *utøvelse av kontroll ved bruk av personopplysninger*. Innenfor denne kjernebetydningen kan det sondres mellom forskjellige overvåkingsformer avhengig av (i) overvåkingsgrunnlaget, dvs. om det skjer på generelt grunnlag eller på grunnlag av konkret mistanke; (ii) hvorvidt overvåkingen skjer åpent eller skjult; (iii) hvem som forestår overvåking; (iv) hva som skjer med opplysningene, for eksempel om de lagres eller ei.

Et spørsmål som melder seg er om en diskusjon om overvåking er *identisk* med en diskusjon om personvern. Hvis så er tilfelle handler debatten i realiteten om den generelle håndteringen av personopplysninger, men da blir overvåking som tema uten selvstendig interesse. Samfunnsvitenskapens overvåkingsdiskurs later til å basere seg på en slik begrepsforståelse, noe som synes å ha liten analytisk verdi, men kan ha en viss retorisk effekt.

Med tanke på den rettslige drøftelsen i det følgende, presiseres det at overvåking benyttes om kontrolltiltak som involverer bruk av personopplysninger, og som iverksettes av hensyn til nasjonal sikkerhet eller for å forebygge eller oppklare kriminalitet. Det er primært kontrolltiltak iverksatt av myndighetene som faller innenfor dette overvåkingsbegrepet.

Et annet spørsmål er om overvåking bare bør benyttes om såkalte *strategiske metoder*, dvs. kontroll og informasjonsanalyse uten konkret mistanke, eller om det også bør omfatte politiets *målrettede mistankebaserte metodebruk*. Jeg synes en vid begrepsbruk er hensiktsmessig, og inkluderer også den sistnevnte metodebruken, når det er tale om hemmelige metoder. Begrunnelsen er at slike metoder reiser spesielle rettssikkerhetsspørsmål, samtidig som de utfordrer personvernet.

3. Eksempler på hva som ikke er overvåking

Det kan være grunn til å konkretisere den negative avgrensningen av overvåkingsbegrepet, med noen eksempler som går igjen i debatten. Eksemplene underbygger *tesen om at overvåkingsspørsmål ofte forveksles med andre spørsmål*.

3.1 Kontroll uten bruk av personopplysninger

For det første har vi *sikkerhetskontrollen på flyplasser*, en kontroll som er blitt vesentlig skjerpet som følge av den økte terrorfaren, og som derfor har en klar kobling til myndighetenes trusselvurdering og sikkerhetspolitikk. Datatilsynet har gått til felts mot sikkerhetskontrollen og fremholdt at den representerer en form for overvåking som svekker personvernet, fordi den bryter med et prinsipp om at kontroll bare bør utøves på grunnlag av konkret mistanke. Kontrollen påstås å krenke den tillit som grunnleggende sett bør herske mennesker imellom, og å støte an mot "uskyldspresumsjonen" ("en grunnleggende tese i en rettsstat"),¹⁷ og bør derfor såvidt forstås, avvikles.

Denne argumentasjonen gjør ikke noe forsøk på å forklare hvordan en akseptabel og effektiv kontroll alternativt skulle kunne foregå, og det er vanskelig å se at Datatilsynet fyller sin oppgave som vakthund for personvernet, ved å bringe opp dette eksemplet.

Det kan være vel så nærliggende å vurdere sikkerhetskontrollen i et *kontraktsrettslig perspektiv*. Fra passasjerens ståsted er det tale om at man har betalt for en reise, og da under den selvsagte forutsetning at det er en sikker reise. Erfaring har vist at flykapring er en reell risiko, og sikkerhetstiltak må følgelig anvendes. Det forutsetter en generell kontroll av passasjerene, og for å få sikkerhet må den enkelte samtykke til også selv å bli kontrollert. Rettslig sett kunne man tenke seg at flyselskapet ble ansett for å være i kontraktsmessig mislighold med hensyn til sine sikkerhetsmessige forpliktelser, dersom ombordstigning skulle skje etter Datatilsynets prinsipper.

Andre eksempler i samme kategori er sikkerhetskontroll ved inngang til institusjoner med store verdier, f.eks. muséer, og til arenaer med store publikumsansamlinger (f. eks. fotballstadion). Slik kontroll synes å ha lite med overvåking å gjøre.

¹⁷ Slettemark (2006). Merk referansen til tillitsargumentet i overvåkingsrapporten nevnt i punkt 2.4.

3.2 Generelle tiltak med målrettet varsling

Videre har vi *generelle overvåkingsmetoder* som kun registrerer kontrollrelevant atferd. Fotobokser langs veiene er et slikt eksempel, og er så kontroversielt i Norge at det ble drøftet i Politimetodeutvalgets utredning.¹⁸ Til tross for at metoden er generell (alle bilistene må passere fotoboksen), gir den bare utslag dersom bilisten bryter loven ved å kjøre for fort. Registreringen av persondata skjer altså målrettet og for et legitimt formål (styrke trafikksikkerheten). Når det i tillegg er gitt tydelige varsler om fotoboksene langs veiene, synes heller ikke dette tiltaket å påkalle synderlig interesse i en overvåkingsdebatt.

En slik kontrollform kan imidlertid fremkalle motforestillinger av annen art, dvs. hva slags samfunn ønsker vi å ha? Bør myndighetene praktisere nulltoleranse også overfor småfeil, bare fordi teknologien har gjort det mulig? Et rimelig svar er at her foreligger et politisk handlingsrom og velgerne må ta ansvar for å stemme inn politikere med de "rette" verdiene. Hvis det ikke er mulig har vi et politisk, snarere enn et rettslig problem.

En metode av lignende karakter er tyverimerking av varer i butikkene; alle varer er merket, men bare de som blir stjålet gir utslag på detektoren.

3.3 Generell lagring av elektroniske kommunikasjonsdata

Til forskjell fra fotoboksene innebærer *pliktig lagring av kommunikasjonsdata* at alle oppkoblinger til det elektroniske kommunikasjonsnett, det være seg på telefoni- eller internett, skal registreres og lagres. Plikten påhviler tjenesteyteren, noe som gjør det nødvendig å begrunne hvorfor tiltaket skulle anses som overvåking. Begrunnelsen måtte være at lagringen er pålagt av myndighetene, på grunn av behovet for slike data til å bekjempe terror og alvorlig organisert kriminalitet.¹⁹ Dermed er det av underordnet betydning at lagringen rent faktisk skjer hos tjenesteyter.

Men igjen, la oss se på hva som skjer: Dataene skal oppbevares konfidensielt som persondata og bare utleveres til politiet i forbindelse med avdekking og forfølgning av straffbart forhold. Senest etter 2 år skal dataene slettes. Det synes derfor som om vi først og fremst står overfor personvernsspørsmål, som handler om sikkerheten for at dataene blir behandlet etter personopplysningsregelverket, et spørsmål som er relevant for de fleste næringsdrivende.²⁰ Det at elektroniske tjenesteytere som andre næringsdrivende, håndterer persondata, synes ikke å være mer byrdefullt eller risikabelt for borgerne, enn den håndtering som daglig betros andre tjenesteytere; for eksempel finansinstitusjoner som forvalter våre bankkonti, oppgjørsagenter som formidler elektronisk betaling ved kjøp over internett, næringsdrivende som lagrer kunderegistre og regnskapsbilag, eller fastlegen som har en pasientjournal. Også her er det tale om lovpålagt lagring av personopplysninger. Håndtering av personopplysninger, herunder overholdelse

¹⁸ NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern ss. 212-214.

¹⁹ Datalagringsdirektivets fortale pkt. 7-10, jf. art. 1.1.

²⁰ Datasikkerhetsforpliktelsen er understreket i direktivet art. 7.

av rutiner innrettet på å hindre lekkasje av data, er en del av hverdagen til hver moderne bedrift.

Debatten om datalagring er imidlertid en nyttig påminnelse om behovet for en gjennomgående profesjonalisering av håndteringen av persondata. Dette er det et politisk ansvar å besørge.

4. EMK og overvåking

Gjennomgangen har vist at overvåking er en kompleks materie. Det gir derfor neppe mening å spørre om man velger å leve i et overvåkingssamfunn, eller med en risiko for å bli drept av terrorister. De enkelte overvåkingstiltak må konkretiseres for å kunne ta stilling til om de kan godtas.

Hva man tror om terrorfaren og hvilke holdninger man har til sikkerhetspolitiske spørsmål mer generelt, spiller også inn. Jeg skal ikke gi meg inn på "terrorsiden" i denne balansetesten, men konsentrere meg om noen spørsmål som med litt forskjellige vinklinger, tar opp om vi har tilstrekkelig kontroll med overvåkingen.

Jeg avgrenser mot spørsmål om bruk av overskuddsinformasjon og om bevisavskjæring.

4.1 Rettslig styringslogikk

En viktig rettslig referanseramme for å kontrollere overvåking, er EMK art. 8. Etter bestemmelsen skal det først vurderes om kontrolltiltaket representerer et *inngrep* i personvernet, jf. EMK art. 8.1, og i så fall, om inngrepet kan *rettfærdiggjøres*, jf. EMK art. 8.2. Det krever at inngrepet har et legitimt formål, tilfredsstillende en proporsjonalitetsvurdering og formelle rettssikkerhetskrav.²¹

Gjennom det materielle rettighetsvernet og rettssikkerhetskravene, skal EMK art. 8 være en garanti for personvernet. Mer generelt har personvernet sterk forankring i oppfatningen om at det frie enkeltindividet har rett til å være i fred for myndighetene, så lenge det ikke opptrer til skade for andre. Dette er en grunn tanke i vårt styresett.

Med dette utgangspunktet kan vi identifisere en *rettslig styringslogikk* som går omtrent som følger: Fordi vi er enige om de generelle verdiene som ligger til grunn for EMK, og fordi vi lojalt tester overvåkingstiltak mot EMK art. 8, og følger praksisen fra EMD, tror vi at bruken av overvåking holdes under kontroll.

Det er imidlertid farlig å slå seg til ro med en tro på at politikken blir tilfredsstillende, bare EMK respekteres. *Tredje tese er således at den rettslige styringslogikken er utilstrekkelig for å demme opp mot overvåking.*

²¹ EMK art. 8 lyder: "1. Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse. 2. Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter."

Jeg har særlig festet meg ved tre forhold som begrunner tesen:

(i) *Minstestandardargumentet*: Utgangspunktet er at EMK oppstiller *minstekrav*; de politiske målsettingene bør imidlertid ligge langt over terskelen for hva som er akseptabelt menneskerettslig sett.

(ii) *Det kumulative argumentet*: EMDs praksis i *enkelt saker* synes å være uegnet som målestokk for å bedømme om vi har et tilstrekkelig vern mot overvåking samlet sett. Punkt 5 inneholder en sluttkommentar med de to nevnte argumentene.

(iii) *Kasuistikk*: EMDs praksis synes å komme til kort på noen viktige punkter som gjelder utviklingen av overvåking. Det ene gjelder *åpen fjernsynsovervåking*; et meget praktisk spørsmål gitt den økende populariteten som denne overvåkingsformen har (se punkt 4.3). Det andre gjelder kontrollen med politiets nettbaserte tvangsmiddelbruk. Rettssikkerhetskriteriene slik de pr idag er utformet av EMD, bør suppleres med et krav om *teknologikontroll*. Hederlige polititjenestemenn og domstolskontroll er vel og bra, men utilstrekkelig dersom man likevel ikke har kontroll med teknologien som benyttes i etterforskningen (se punkt 4.5).

4.2 EMK art. 8: Noen utgangspunkter

Det tas utgangspunkt i overvåkingsbegrepet beskrevet i punkt 2.5. Spørsmålet om kontrollmetoden innebærer noe inngrep, vil utløse vurderinger etter alternativene "privatliv" og "korrespondanse", jf. EMK art. 8.1. Begrepene flyter noe over i hverandre, men i utgangspunktet omfatter det sistnevnte alternativet enhver form for kommunikasjon ved brev og tekniske midler. Både privat og arbeidsrelatert kommunikasjon er vernet. Alternativet er følgelig relevant ved metodebruk som *brev- og kommunikasjonskontroll*, uavhengig av hvilken kommunikasjonsteknologi som er benyttet.²²

Alternativet "privatliv" har en bred betydning som omfatter individets navn, identitet, seksuelle legning m.v. Dessuten omfattes individets personlige utvikling, muligheten for å inngå bekjentskaper og å ha kontakt med omverdenen. Også aktiviteter knyttet til yrkes- og profesjonsforhold omfattes. Sentralt i vurderingen, uten at det i seg selv er avgjørende, er hvorvidt det foreligger en *rimelig forventning om noe privatliv*.²³ En slik forventning er det jo grunn til å ha når man er hjemme, hos venner, på et hotellrom o.l., men ikke i byrommet. Imidlertid kan forventningen om et privatliv, også gjelde på offentlige steder, som på venterommet på en politistasjon eller i en varetektscelle. *Romavlytting* og *videoovervåking* er eksempler på metoder som vurderes etter privatlivsalternativet.

I vurderingen av om det foreligger noe inngrep, går det et hovedskille mellom åpen og skjult metodebruk. Hemmelig overvåking er karakterisert som en trussel ("menace"),²⁴ med iboende misbruksmuligheter som kan true og til og med ødelegge demokratiet.²⁵

²² At telefoni omfattes av "korrespondanse" ble avgjort i *Klass* (41), og er fulgt opp i senere avgjørelser.

²³ *P.G. and J.H.* (56-57).

²⁴ *Klass* (37) og (41).

²⁵ Se bl.a. *Klass* (49-50); *Weber* (106); *Volokhy* (52).

EMD skiller mellom observasjonen som sådan og de øvrige fasene i informasjonshåndteringen. Det klare utgangspunkt er at lagring av personopplysninger i politiets registre, er å anse som inngrep.²⁶ Men observasjoner ved bruk av åpne overvåkingsmetoder er ikke uten videre inngrep, noe *Peck* illustrerer (se nedenfor). Derimot vil systematisk eller varig lagring eller bruk av opplysningene være det. Hvert trinn i informasjonshåndteringen blir vurdert i lys av inngrepskriteriet, se *Peck* (bruk av opptak fra åpen fjernsynsovervåking); *Amann* om opprettelse av et arkivkort med notater fra telefonavlytting; *Weber* om håndtering av opplysninger fra hemmelig strategisk overvåking.²⁷

4.3 Åpen fjernsynsovervåking: Problemet med *Peck* og *Perry*

Forsåvidt gjelder fjernsynsovervåking på offentlig sted, har EMD inntatt det standpunkt at så lenge det skjer for et legitimt påregnelig formål (som kriminalitetsbekjempelse), representerer det ikke noe inngrep i privatlivet og faller utenfor området for EMK art. 8.1. Flere avgjørelser leder opp til denne rettstilstanden, som knytter an til den *fjerde tesen*; nemlig at *EMDs praksis er utilstrekkelig for å kontrollere offentlig fjernsynsovervåking*.

I *P.G. and J.H* drøftet EMD hva som er en rimelig forventning til privatliv i det offentlige rom. I den forbindelse ble de observasjoner en vaktmann kan gjøre ved fjernsynsovervåking, eksplisitt sidestilt med de observasjoner personer som fysisk er tilstede, kan gjøre. Med andre ord; en person som spaserer ned gaten har ikke en berettiget forventning om noe privatliv (på gaten), verken overfor personer som er tilstede, eller overfor vaktmenn som følger med på gatebildet via fjernsynsovervåking (i dommen kalt "monitoring"). Etter EMDs syn utløses hensynet til privatlivet først dersom fjernsynsovervåkingen resulterer i systematiske eller varige opptak.²⁸

I *Peck* tok EMD utgangspunkt i denne rettsoppfatningen, for så å uttale seg om nytten av offentlig fjernsynsovervåking, dvs. om det er et egnet virkemiddel for å bekjempe kriminalitet. Forholdet var at *Peck* var blitt filmet mens han var i ferd med å begå selvmord. Dette ble avverget som følge av overvåkingen. Lokale myndigheter ga imidlertid filmopptaket til media, som brukte det i avisoppslag og på fjernsyn uten samtykke og tilstrekkelig anonymisering av *Peck*. Formålet var å drive informasjonsvirksomhet for å vinne tilslutning til bruk av fjernsynsovervåking som kriminalitetsforebyggende tiltak. Problemet, sett fra *Pecks* side, var at han på grunn av konteksten ble fremstilt som en forbryter, til tross for at han ikke hadde begått noen kriminell handling. Han mente at slik bruk av opptaket uten hans samtykke, var et inngrep i privatlivet. Han trakk imidlertid ikke den kriminalitetsforebyggende effekten i tvil, og prosederte ikke på at filmingen som sådan var et inngrep.

²⁶ *Leander* (48); *Amann* (70); *Rotaru* (43-44).

²⁷ *Peck* (60-63); *Amann* (68 flg.); *Weber* (79).

²⁸ *P.G. and J.H.* (57).

EMD sa følgelig at "the Court appreciates the strong interest of the State in detecting and preventing crime. It is not disputed that the CCTV system [closed-circuit television system] plays an important role in these respects and that the role is rendered more effective and successful through advertising the CCTV system and its benefits" (79).

I *Perry* ble resonnetet ført til ende. Her sier EMD rett ut at normal bruk av fjernsynsovervåking som sådan, enten det skjer på offentlig gate eller på områder som kjøpesentra eller en politistasjon, hvor det tjener et legitimt påregnelig formål, ikke reiser spørsmål under EMK art 8.1. Åpen fjernsynsovervåking av byrommet m.v., er altså ikke et menneskerettslig tema.

Det er påfallende at denne rettssetningen er etablert *uten at det er ført bevis for at fjernsynsovervåking er et egnet kriminalitetsforebyggende tiltak*. I *Peck* ble EMD fratatt muligheten for å vurdere det, siden *Peck* ikke innga noen klage på dette punkt; han var bare lettet over at tiltaket hadde bidratt til å redde hans liv (*Peck* (54)). Og i *Perry* baserte EMD seg på *Peck*.

Samfunnsviteren Heidi Lomell, har i en interessant artikkel om *Peck* påpekt at på det tidspunkt saken gjaldt forelå det *en sterk tro*, men *lite vitenskapelig belegg*, for at slik fjernsynsovervåking hadde kriminalitetsforebyggende effekt. Politikerne og handelsstanden var opptatt av å spre informasjon om tiltaket, for å demonstrere politisk handlekraft overfor den bekymringsfulle kriminalitetsutviklingen, og markedsføre handelsstandens interesser (jf. slagordet "CCTV doesn't just make sense – it makes business sense"). Men "hadde EMD krevd at den britiske regjering skulle underbygge sin påstand om at videoovervåking har kriminalitetsreducerende effekter, ville de fått problemer med å finne empirisk belegg for dette", skriver Lomell. Hun gir en rekke henvisninger til nyere forskning.²⁹

Dette gir grunnlag for å reise flere spørsmål knyttet til åpen fjernsynsovervåking:

For det første er den menneskerettslige aksepten for et *generelt overvåkingstiltak*, etablert, uten at effekten er dokumentert. Når vi idag diskuterer bruk av fjernsynsovervåking på offentlige steder, *bør vi med andre ord snarere se hen til hva forskningen kan fortelle oss, enn EMDs praksis*.

EMDs praksis kan utfordres av en ny sak med nytt vitenskapelig basert faktum, men erfaringen fra Storbritannia viser at det finnes en risiko for å bli møtt med argumenter basert på en *formålsforskyvning*, dvs. at myndighetenes og handelsstandens investering i tiltak, både økonomisk og med tanke på troverdighet og goodwill, i seg selv kan lede til et ønske om å beholde fjernsynskameraene. Derfor går man på jakt etter nye gode formål som kan begrunne bruken.³⁰

For det andre kan man stusse over rettssetningen fra *Perry*, om at åpen fjernsynsovervåking *faller helt utenfor området for EMK art. 8*. Betyr det at myndighetene fritt kan bruke store ressurser på slik overvåking, uten at det kan anses å ha en menneskerettslig side? Muligens innebærer vilkåret om et legitimt påregnelig formål,

²⁹ Lomell (2005) ss. 40-41. Se i samme retning Gill (2005).

³⁰ Lomell (2005) s. 40.

en begrensning for hvor stort omfanget av overvåkingen tross alt kan bli, uten at det representerer et inngrep. Vilkåret ble tilføyd i *Perry*, til tross for at overvåkingen i utgangspunktet ble ansett for å falle utenfor art. 8, så noen begrensninger later det til at vi kan regne med gjelder.

Mer vesentlig er kanskje *fortolkningen av "privatliv"*. Her kan flere forhold tas opp til kritisk vurdering.

Et spørsmål er om man uten videre bør godta likestillingen av en vaktmanns observasjoner via kamera, med observasjoner gjort av personer som selv er fysisk tilstede. Det kan hevdes at man er i det offentlige rom overfor personer som selv gir seg tilkjenne, mens man har rett til å holde på sin privatsfære overfor anonyme observatører. Bør ikke selve *disiplineringseffekten* av å vite seg observert, uten at man vet av hvem, anses som et inngrep i privatlivet? Kanskje holder ikke resonnementet dersom fjernsynsovervåkingen er begrenset, og bare få kjente aktører står bak, f.eks. kun politiet. Men når fjernsynsovervåking tas i utstrakt bruk, har varsling ved bruk av skilting liten betydning; i praksis kan ikke borgeren holde oversikt over observatørene, og innrette seg.

Politimetodeutvalget kan synes å ha pekt på noe vesentlig, da det i 2004 sa at dersom slik fjernsynsovervåking blir vanlig, vil det være "et solid bidrag til at overvåkingsfunnet erstatter det rettssamfunn vi idag kjenner".³¹ Spørsmålet er, hvor bærer utviklingen hen nå?

Ytterligere synes det å være tvilsomt om man, slik EMD gjør, bør operere med en avgjørende grense mellom *observasjoner og lagring/bruk* av opplysninger. I hvertfall så lenge det er tale om observasjon ved menneskelig sansebruk, må vi regne med at opplysningene lagres i hukommelsen. Det er jo nettopp grunnlaget for rettssystemets utstrakte bruk av vitnebevis, og tilsier at også rent observerende metoder foretatt av offentlig myndighet, bør anses som inngrep som må rettferdiggjøres etter EMK art. 8.2.

Felles for innvendningene er at de øker i tyngde, jo mer omfattende fjernsynsovervåkingen er og jo flere aktører som står bak. Argumentasjonen her henger altså sammen med bekymringen for det totale overvåkingstrykket, som vi kommer tilbake til i punkt 5.

4.5 Om rettssikkerhet

Rent logisk er det mulig å forestille seg en rettsstat som også er et overvåkingsfunn. Her får man si som Raz, at "the rule of law" ikke er ensbetydende med "rule of the good law".³² Raz' poeng er at formelle krav til rettssikkerhet kan bidra til et godt styresett, blant annet fordi det sørger for likhet for loven og kontroll mot vilkårlighet og maktmisbruk. Rettssikkerhetskrav alene er imidlertid ikke tilstrekkelig for å sikre et godt samfunn; det kommer an på det materielle innholdet i lovene og styresettet forøvrig (demokrati).

³¹ NOU 2004: 6 Mellom effektivitet og personvern s. 212.

³² Raz (1977) s. 77.

En lov som for eksempel sier at opplysninger om de daglige bevegelsene til borgerne skal registreres og oppbevares i 30 år før de slettes, bryter altså ikke med noe formelt rettssikkerhetskrav. Om loven åpner for at opplysningene kan benyttes av politiet, er vi også innenfor alminnelige rettssikkerhetsnormer, såfremt vilkårene er klare og bruken kontrolleres av en domstol. Men på grunn av registreringens store omfang vil vi likevel formentlig konkludere med at en slik lov ville medføre et overvåkingssamfunn.

Lovskravet i EMK art. 8.2, skal ivareta rettssikkerheten, og dette gjøres ved at det stilles krav til hjemmel for inngrep (*basis in law*), krav til lovens presisjon og klarhet (*quality of the law* og *foreseeability*), lovens tilgjengelighet (*accessibility*), og kontroll med at loven overholdes (først og fremst *domstolskontroll*). Men, som vi forstår, er dette formelle vilkår som ikke i seg selv etablerer et rettighetsvern.

EMDs praksis gir statene *en vid skjønnsmargin* mht. tiltak for å ivareta samfunnsikkerheten. Blant annet aksepteres "overvåkingslovgivning", dvs. lovgivning som åpner for hemmelig overvåking av borgerne av hensyn til nasjonal sikkerhet eller forebygging av alvorlig kriminalitet. Det stilles imidlertid strenge krav til lovens klarhet og til kontrollen med at loven blir fulgt.

Den ledende saken er *Klass* (1978), hvor tysk terrorlovgivning som ga sikkerhetstjenesten adgang til hemmelig overvåking av borgerne, ble godtatt til tross for at ikke engang de som reiste saken visste om de hadde vært overvåket og hadde konkret foranledning til å angripe loven. EMD har anlagt det syn at selve *eksistensen* av lovgivning som åpner for hemmelig overvåking, innebærer et inngrep overfor borgerne. I prinsippet kan derfor enhver borger anlegge sak for å prøve konvensjonsmessigheten av slike lover.³³

I *Weber* (2006) var den tyske lovgivningen oppe til ny prøving, på bakgrunn av at den hadde blitt endret og nå også ga adgang til *strategisk overvåking*, og for flere formål enn tidligere. Etter en omfattende vurdering avviste EMD klagen som "manifestly ill-founded", dvs. at lovgivningen ble godtatt.³⁴

Weber innebærer at EMD har gått et steg videre. I *Klass* var det tale om overvåking basert på faktiske opplysninger som ga grunnlag for å rette kontrollen mot bestemte individer (individuell overvåking).³⁵ I *Weber* godtas også overvåking basert på generelle kriterier som brukes til å "single ut" enkeltpersoner som ikke på forhånd er i søkelyset. Det er adgang til fra tyske lyttepunkter å avlytte internasjonale telefonsamtaler med forbindelse til Tyskland, og styre innsatsen mot samtaler som inneholder visse hemmelige nøkkelord. Det er således hjemmel for overvåking uten konkret mistanke, for å identifisere individer som det senere kan rettes en innsats mot.³⁶

Motstykket til den vide skjønnsmarginen er de strenge rettssikkerhetskravene, og her kan det vises til en nyere dom, *AEIHR* (2007), som illustrerer et overvåkingsre-

³³ *Klass* (41); *Malone* (64) (her avgrensens personkretsen); *Weber* (78); *AEIHR* (69).

³⁴ *Weber* (156).

³⁵ *Klass* (17) og (51) ("factual indications for suspecting a person").

³⁶ *Weber* (18) (88) (97).

gime med eklatante brudd på rettssikkerheten. Saken gjaldt overvåkingslovgivning i Bulgaria, som – bortsett fra kravet til lovforankring - sviktet på nærmest alle punkter. Helt sentralt i kritikken var mangelen på uavhengig kontroll med systemet, som i praksis ble styrt av innenriksministeriet.³⁷ Til slutt vurderte EMD om mangelen på formell rettssikkerhet hadde hatt noen virkning på overvåkingssystemet slik det faktisk ble praktisert. Det ble påpekt at selve mengden av overvåkingstillatelser fremsto som svært stor; man talte om et snitt på ca 20 overvåkingstillatelser pr arbeidsdag, og da var ikke avlyttingstillatelser for mobiltelefoni inkludert. EMD noterte seg at "numerous abuses had taken place", og konkluderte med at "the system of secret surveillance in Bulgaria is, to say the least, overused, which may in part be due to the inadequate safeguards which the law provides".³⁸

At et nylig diktatur har slike problemer er neppe egnet til å overraske, men det skal ikke forlede noen til å tro at alt er bra i de gamle demokratier i Norden. Dette illustreres med noen eksempler fra Danmark og Norge, som gjelder *tesen om at dansk og norsk overvåkingslovgivning synes å ha mangler med hensyn til grunnleggende krav til hjemmel og kontroll*.

I Danmark er det rettet skarp kritikk mot terrorlovgivningen, blant annet fordi Politiets etterretningstjeneste (PET) er gitt vid overvåkingsadgang uten klart lovgrunnlag eller domstolskontroll.³⁹

PETs virksomhet er ikke særskilt regulert, og tjenesten er således undergitt de alminnelige regler for politiets virksomhet. PET skal først og fremst drive *forebyggende* virksomhet, og opplyser selv å ha straffeprosessuelle tvangsmidler til rådighet, og å følge prosedyrene i retsplejeloven.⁴⁰

Ifølge retsplejeloven er imidlertid bruk av tvangsmidler betinget av at det er tale om *etterforskning*, noe som forutsetter at det er "rimelig formodning" om at et straffbart forhold er begått, dvs. at grensen for straffbart forsøk er passert.⁴¹ Forebygging i ren forstand, er ikke det samme som etterforskning, fordi det kan settes inn tidligere og har et annet formål, for eksempel utvisning av uønskede personer. PETs kjerneoppgave står derfor i et tydelig spenningsforhold til det straffeprosessuelle hjemmelsgrunnlaget for tvangsmiddelbruk. Dette kan være problematisk i forhold til EMKs klarhetskrav til nasjonalt regelverk.

EMD legger stor vekt på *kontrollen* med overvåkingsaktiviteten, både før, under og etter, inngrepet. Behovet for at kontrollen er uavhengig og reell fremheves. Dansk lovgivning er kritisert også på dette punkt, idet PET påstås å kunne foreta omfattende innhenting av personopplysninger fra andre offentlig organer, uten domstolskontroll. Dermed mangler den disiplinerende effekten som domstolskon-

³⁷ AEIHR (85) og (87).

³⁸ AEIHR (92).

³⁹ Hoff-Lund (2006).

⁴⁰ PETs hjemmeside: <http://www.pet.dk/> (besøkt 13. februar 2008).

⁴¹ Det gjelder for eksempel regler om inngrep i meddelelseshemmeligheden m.v. i rpl. kap. 71, jf. §§ 742 stk. 2, jf. 743.

troll innebærer. I tillegg åpner ordningen for strategisk informasjonsanalyse, uten lovgrunnlag (se punkt 5). Begge deler kan være vanskelig å forsvare i lys av EMDs praksis.

Hvis vi retter blikket mot Norge, er overholdelse av den grunnleggende *underretningsplikten* om inngrep, problematisk. EMD framhever at underretning er et helt nødvendig tiltak for å hindre myndighetsmisbruk. EMD godtar at underretning i forkant forspiller formålet med overvåkingen, og oppstiller ikke noen ubetinget plikt til å underrette umiddelbart etter at inngrepet er avsluttet. EMD aksepterer også at behov for vern om politiets metodebruk og interesseområder, kan begrunne at det går svært lang tid før underretning gis ("years, even decades").⁴² Men, på et eller annet tidspunkt må underretning gis. Det er et ubetinget vilkår for å sikre mot misbruk og kunne sørge for oppreisning / kompensasjon for overlast ("remedy").

I Norge er det gitt adgang til *helt hemmelig metodebruk* blant annet for å forebygge terror og anslag mot rikets sikkerhet.⁴³ Selv om loven sørger for en ordning med hemmelig forsvarer, synes fraværet av underretningsplikt å stå i et tvilsomt forhold til EMDs minimumskrav.

4.6 Rettssikkerheten krever økt teknologikontroll

En utfordring som gjør seg gjeldende med stadig større styrke, gjelder bruken av hemmelige teknisk betonte etterforskningsmetoder. EMD har uttalt at det er "essential to have clear detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated".⁴⁴

Mer spesifikt gjelder problemstillingen notoritetproblemer ved hemmelig metodebruk over elektroniske nettverk, slik som *dataavlesing*. Slik metodebruk reiser nemlig spørsmål om dagens rettssikkerhetstenkning er for snever til å gi effektiv kontroll. *Sjette tese er således at rettssikkerheten krever økt teknologikontroll.*

Opprinnelig var forskningsbehov foranledningen til at internett ble utviklet med tjenester som ga mulighet for ressursdeling ved å koble opp til andre maskiner. Ressursdelingen var basert på samtykke til å logge seg inn på en annens maskin over nettet. *Hackerne* tok muligheten i bruk på rettsstridig vis. Ved bruk av en ordinær oppkoblingstjeneste kontaktet de en annen maskin i nettet, og skaffet seg rettsstridig adgang ved misbruk av passord eller av sårbarheter på datasystemet ("bakterer"). Tredje omdreining i utviklingen er at politiet ønsker mulighet for å koble seg opp til siktedes datamaskin, kopiere innholdet og registrere tastetrykk. Formålet er særlig å skaffe seg kjennskap til passord og kodenøkler før innholdet eventuelt blir kryptert. Det er ingen nytte i å ta databaseslag eller foreta avlytting, dersom innholdet er kryptert og kodenøkkel mangler.

⁴² *Klass* (58); *Weber* (135); *AEIHR* (90).

⁴³ Jf. politiloven § 17e, jf. § 17d.

⁴⁴ *Amann* (56); *Weber* (93); *AEIHR* (75).

Metoden som kalles *dataavlesing*, er tillatt i Danmark, jf. rpl. § 791 b, og er under vurdering i Norge og Sverige.⁴⁵

Dataavlesing byr på spesielle misbruksproblemer. Dataprogrammet som installeres på siktedes datamaskin, gir nemlig politiet kontroll over datamaskinen, og kan f.eks. iverksette romavlytting ved å aktivisere mikrofonen (alle moderne PCer har innebygd mikrofon), starte et webkamera, og endre, slette eller tilføye data. Kontroll med varigheten av tillatelsen er også en utfordring; hvordan oppnås verifikasjon av at programmet virkelig er slettet på siktedes datamaskin når perioden er utløpt? Og hvilke garantier finnes for at logger som skal ivareta notoritet, har riktig innhold? Til slutt foreligger muligheten for at programmet kan oppdages av *tredjeparter*, ved skanning av maskiner som er tilkoblet internett. Slike tredjeparter kan f.eks. være fremmede etterretningstjenester eller kriminelle miljøer som kjenner politiets programvare. I så fall kan de lage dataprogrammer (skannere/"ormer") som leter på nettet etter datamaskiner som er infisert med politiets dataavlesingsprogrammer.⁴⁶

Når man først forstår hvilke muligheter (i det godes tjeneste) som ligger i ny teknologi, oppstår et press for å ta mulighetene i bruk. Men, den andre siden av medaljen er at forsvarlig bruk krever solid kompetanse om misbruksmulighetene. Politiet har ansvar for å unngå misbruk, men det kan ikke tas for gitt at den nødvendige kompetansen bestandig er tilstede. Domstolen på sin side, har ikke mulighet for å kontrollere om den tekniske siden av metodebruken er forsvarlig. Ansvarer må derfor anses å ligge hos lovgiver som bør vedta *notoritetskrav* for å sikre teknologikontroll.

I Danmark sier forarbeidene til bestemmelsen om dataavlesing, at det er tale om "et såkaldt »sniffer-program«",⁴⁷ Beskrivelsen virker noe tynn som beslutningsgrunnlag for lovgiver, og synes å gi svake begrensninger for politiet. Lovgivers avventende holdning til å ta metoden i bruk i Norge og Sverige, kan derfor være velbegrunnet.⁴⁸

Hvilke krav bør stilles? Jeg mener det handler om at dataprogrammene som politiet benytter overfor siktedes datamaskin, må være *veldokumenterte, godkjente og velprøvde, og at loggen som genereres ved bruken er fullstendig og korrekt*.

Kravet til at programmet er *veldokumentert* innebærer at programmets kildekode bør være under nasjonal kontroll, slik at politiet kan gjøre seg kjent med og ta ansvar for alle dets egenskaper. Bruk av program med lukket kode, f.eks. innkjøpt fra en etterretningstjeneste i utlandet, eller lastet ned fra hackersider på nettet, bør ikke være akseptabelt. I det første tilfellet er man prisgitt den informasjon om programmet som selgeren (den "samarbeidende" tjenesten) velger å gi; i det andre er det egentlig helt tilfeldig hva man vet.

Før programmet brukes i etterforskning bør det foreligge *erfaring* ved bruk i et

⁴⁵ Norge: NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern s. 207; Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) s. 141. Sverige: Ds 2005:6 Brott och brottsutredning i IT-miljö s. 299; SOU 2005:38 Tillgång till elektronisk kommunikation i brottsutredningar m.m. kap. 9.

⁴⁶ Sunde (2006) ss. 292-293.

⁴⁷ Jf. bemerkningene til lovforslag L 35, folketingssamlingen 2001/2002, § 2 nr. 4 om endringer til rpl. § 791 b.

⁴⁸ I skrivende stund er det ikke gitt hjemmel for dataavlesing i Norge og Sverige.

kontrollert miljø, og programmet bør være *godkjent* av kompetent instans.

Troverdigheten til loggen utgjør et eget problem. Det må kreves at loggen registrerer alt, også det som eventuelt ligger utenfor tillatelsen, så får håndteringen av overskuddsinformasjon, og av eventuelle "overskuddsaktiviteter", bli en sak for seg. Da er det ihvertfall tale om et konkret og håndterlig problem, og ikke om uvisse forhold som gir grobunn for mistanke om myndighetsmisbruk. Innholdet i loggen må være korrekt, og ikke kunne manipuleres.

Hensyn til notoritet er grunnleggende for tilliten til politiets arbeid og det bør, etter min mening, være et minimumskrav at slike regler foreligger før metoden tillates.

5. Det generelle overvåkingstrykket

Overvåking som vendes mot borgerne uten legitim grunn er farlig. Da er det ikke et tiltak som skaper sikkerhet, men det motsatte. Som hyppig påpekt av EMD kan overvåking underminere demokratiet.⁴⁹

Det er tankevekkende og noen vil si foruroligende, at samtlige nordiske land har svært lav uttelling på kriteriet *politisk lederskap* i personvern- og overvåkingsspørsmål.⁵⁰ Det kan indikere et behov for å bevisstgjøre og prioritere politikken på området.

Med utgangspunkt i situasjonen i Norge, er imidlertid ikke bildet helt svart. Etter tillitskrisen på 1990-tallet er innsyn i gamle arkivmapper gitt, sikkerhetstjenesten er blitt reorganisert og oppgavene redefinert. Regjeringen har også nedsatt en Personvernkomisjon for å belyse utfordringer for personvernet, og et Metodekontrollutvalg som skal evaluere politiets metoder. Regjeringen har uttalt at det ikke kommer på tale å innføre nye metoder før evalueringen er gjennomført.⁵¹ Man får anta at den norske regjering ikke er alene i Norden om å vise politisk vilje til å ivareta hensyn til personvern og rettsikkerhet.

Men det er liten grunn til å forvente en politisk kursendring. For eksempel ser regjeringen ut til å ville ri to hester samtidig i spørsmålet om dataavlesing. Regjeringen har nemlig gitt Metodekontrollutvalget i oppdrag *også å foreslå regler om dataavlesing*.⁵² Når oppdraget gis til det utvalg som nettopp skal *evaluere* dagens metoder, formodentlig med en teoretisk mulighet for å anbefale avvikling av noen av dem, synes i realiteten viljen til restriksjon overfor nye inngripende metoder, å være liten.

Myndighetene har også en tendens til, som en del av begrunnelsen for nye tiltak mot terror m.v., å vise til den positive forpliktelsen til å sikre retten til liv, jf. EMK art.

⁴⁹ Se punkt 4.2 og note 25.

⁵⁰ På en skala fra 1 til 5 (beste verdi) har Sverige 1 poeng, mens Danmark, Finland, Island og Norge har 2. Se Privacy International (2007).

⁵¹ Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) s. 14.

⁵² Mandatet punkt 1.3.

2.⁵³ Men denne henvisningen kan i høyden tjene som en påminnelse om at myndighetene plikter å arbeide for et sikkert samfunn, dvs. et av de formål som nettopp kan begrunne inngrep i personvernet, jf. EMK art. 8.2. Den positive forpliktelsen vedr. retten til liv, er neppe et selvstendig, rettslig bærekraftig argument i denne sammenheng. Når myndighetene likevel bruker det som rettslig argument, oppstår en risiko for å tilsløre at innføringen av nye metoder skyldes *politiske* valg. Da blir spørsmål om lederskap viktig.

Rettsvitenskapen kan støtte politikken ved å belyse rettspolitiske dilemmaer, men synes i liten grad å være egnet som verktøy for å begrense overvåking. Årsaken er blant annet at juristenes fokus raskt dreies mot det å teste regelverk og praksis mot rettsordenens *minimumskrav*. Når spørsmålet om et inngrep er rettslig holdbart, vurderes i lys av EMK, blir målestokken en praksis utledet av saker som enten er en anomali i et ellers godt rettssystem, eller som er en indikasjon på et rettssystem i krise. Og som EMD selv presiserer; det er tale om å opprettholde en *minstestandard* ("minimum safeguards").⁵⁴ Politikerne (lovgiver) bør jo ha ambisjon om å ligge godt over en minstestandard. Spørsmålet er om rettsvitenskapen kan bidra til det.

Her skal jeg kaste inn et siste problem til diskusjon:

Jeg tror nemlig ikke at utfordringen først og fremst gjelder metodebruken i enkeltsaker (vi lever jo i en rettsstat), men om den *kumulative effekten* av overvåking (*syvende tese*). Det som gir grunn til bekymring er både summen av alle tiltakene, dvs. hvordan vi som borgere opplever det, og særlig bruken av *generelle tiltak uten mistankegrunnlag*, slik som åpen fjernsynsovervåking. Åpen fjernsynsovervåking har imidlertid det fortrinn at det nettopp foregår åpent, så det er tross alt noe vi vet om.

Hva da med såkalt strategisk informasjonsanalyse ("data mining"), som foregår skjult?

Det er vanlig at sikkerhetstjenesten er satt opp med en såkalt "analyseenhet", og spørsmålet knytter seg til *datatilfanget* for slik virksomhet. Er utvalget av data koblet til konkret mistanke, eller søkes det gjennom store mengder persondata på jakt etter anomalier som kan indikere terror? Siden forekomsten av terror tross alt er svært liten, er sjansen stor for at "anomalien" viser seg å være en uventet, men uskyldig og lovlig handling, som for eksempel et "overraskelsesselskap", et fiendtlig oppkjøp på børsen, eller at man ombestemte seg og kom hjem i stedet for å reise på et seminar i utlandet. Omkostningene ved feiltreff er imidlertid store, både økonomisk (den bortkastede ressursbruken), og for personvernet, ved at man kommer i politiets søkelys utelukkende på grunn av at aktiviteten er uventet.

Metoden skal være et populært antiterroriltak i USA (122 føderale prosjekter er identifisert), men det hersker svært delte oppfatninger om dens legitimitet for dette formål.⁵⁵

⁵³ Se eksempelvis Ot.prp. nr. 60 (2004-2005) pkt. 3.3, og Ot.prp. nr. 8 (2007-2008) pkt. 8.4.1.

⁵⁴ Weber (95); AEIHR (76).

⁵⁵ Her er to eksempler: I favør av metoden: Taipale (2007); motsatt: Schneier (2007).

Dersom det ikke gjelder noen begrensning for hvilket datatilfang som kan anvendes for strategisk informasjonsanalyse, vil slik overvåking være mye mer inn- gripende enn den tyske som er godtatt i *Weber*.⁵⁶ Hvordan vil det for eksempel stille seg med bruken av lagrede kommunikasjonsdata? Etter datalagringsdirektivet art. 1, kan dataene blant annet benyttes til å *avdekke* kriminalitet ("detection"). Betyr det at direktivet åpner for lovgivning som tillater bruk av dataene for strategisk informasjonsanalyse uten mistankegrunnlag? Og er det nettopp slik man skal forstå den del av kritikken mot dansk antiterrorlovgivning, som gjelder at PET ganske fritt og uten nevneverdig kontroll, kan innhente personopplysninger fra andre offentlige etater?⁵⁷

I lys av den vide skjønnsmarginen foreligger det her virkelig et spørsmål hvor politikere har anledning til å utvise lederskap – i den ene eller andre retning.

6. Teser:

Tese 1: Fordi ingen vet hva overvåking er, vet ingen hva de er imot.

Tese 2: Overvåkingsspørsmål forveksles ofte med andre spørsmål.

Tese 3: Rettslig styringslogikk er utilstrekkelig for å demme opp mot overvåking, det krever en politisk vilje som strekker seg utover EMKs minimumskrav.

Tese 4: EMDs praksis er utilstrekkelig for å kontrollere åpen fjernsynsovervåking.

Tese 5: Norsk og dansk overvåkingslovgivning har mangler mht. grunnleggende krav til hjemmel og kontroll.

Tese 6: Rettssikkerheten krever økt kontroll med politiets teknologi.

Tese 7: Jussen synes å komme til kort overfor problemet med å kontrollere det generelle omfanget av overvåking.

7. Litteraturliste:

- | | |
|------------------|---|
| Gill (2005) | Gill, M., Spriggs, A., 'Assessing the Impact of CCTV', Home Office Research Study 292, UK, 2005. |
| Henricson (2007) | Henricson, I., <i>Politiret</i> , 4. utg. København, 2007. |
| Hoff-Lund (2006) | Hoff-Lund, O., 'Den vingeskudte retsstat', ss. 8 flg. i Medlemsblad for Amnesty International, Danmark, 3/2006 (<i>Terrorpakken</i>). |
| Lomell (2005) | Lomell, H. M., 'Videoovervåking og menneskerettigheter', ss. 32 flg. i NTfM 1/2005. |
| Lyon (2005) | Lyon, D., <i>Surveillance Society: Monitoring Everyday Life</i> , 2005 (optrykk fra 2001). |

⁵⁶ Se punkt 4.4.

⁵⁷ Hoff-Lund (2006) ss. 11-12.

- Privacy International (2007) Privacy International 'The 2007 International Privacy Ranking' (28.12.07). [http://www.privacyinternational.org/article.shtml?cmd\[347\]=x-347-559597](http://www.privacyinternational.org/article.shtml?cmd[347]=x-347-559597) (besøkt 15.01.08).
- Raz (1977) Raz, J., 'The Rule of Law and its Virtue', ss. 77 flg., i Bellamy, R. (Ed.), *The Rule of Law and the Separation of Powers*, 2005.
- Schneier (2007) Schneier, B., 'How to Not Catch Criminals', i Forbes, 26. mars 2007. <http://www.schneier.com/essay-163.html> (besøkt 19. desember 2007).
- Slettemark (2006) Slettemark, G., 'Hele folket under mistanke', Aftenposten 23. november 2006 (kronikk).
- Sunde (2006) Sunde, I. M., *Lov og Rett i Cyberspace*, 2006.
- Taipale (2007) Taipale, K. A., 'Why Can't We all Get Along? How Technology, Security, and Privacy Can Coexist in the Digital Age', ss. 151 flg., i Balkin, J.M., et.al. (Eds.) *Cybercrime – Digital Cops in a Networked Environment*, USA, 2007.
- Wood/Ball (2006) Wood, D. M., Ball, K., (Eds.) 'A Report on the Surveillance Society', for the Information Commissioner by the Surveillance Studies Network, 2006.

8. Avgjørelser fra EMD:

<i>AEIHR</i>	Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, dom 28. juni 2007.
<i>Amann</i>	Amann v. Switzerland, dom 16. februar 2000.
<i>Klass</i>	Klass and Others v. Germany, dom 6. september 1978.
<i>Leander</i>	Leander v. Sweden, dom 26. mars 1987.
<i>Malone</i>	Malone v. UK, dom 2. august 1984.
<i>Peck</i>	Peck v. UK, dom 28. januar 2003.
<i>Perry</i>	Perry v. UK, dom 17. juli 2003.
<i>P.G. and J.H.</i>	P.G. and J.H. v. UK, dom 25. september 2001.
<i>Rotaru</i>	Rotaru v. Romania, dom 4. mai 2000.
<i>Volokhy</i>	Volokhy v. Ukraine, dom 2. november 2006.
<i>Weber</i>	Weber and Saravia v. Germany, beslutning fra 2006 vedr. klage nr. 54934/00.

Christoffer Taxell

Selskabers samfundsansvar

Selskabers samfundsansvar

Minister Christoffer Taxell, Finland

Frågan om företagens samhällsansvar, Corporate Social Responsibility (CSR), är bara i begränsad utsträckning en fråga om juridik. Mera är det fråga om värden och värderingar i företagets verksamhet och vilka effekter CSR har på företagets utveckling, definierad som ekonomiskt resultat och värdeskapande. Bolagsrättens grundläggande princip att målet för bolagets verksamhet är att göra vinst står inte i strid med kravet på samhällsansvar. Det vore dock mera adekvat att gå från begreppet CSR till att tala om ansvarsfull företagsverksamhet för att illustrera att olika uppförandekoder utgör en integrerad del av verksamheten.

1. Allmänt

Referatet i det följande utgår från den beskrivning av frågeställningen som ingår i juristmötets program: Erhvervsvirksomheder henviser stadig oftere til etiske og sociale hensyn under tiden med henvisning til "Corporate Social Responsibility". I hvilket omfang bidrager sådanne hensyn til at øge den økonomiske gevinst, i hvilket omfang hindres profitmaksimeringen, og i hvilket omfang er erhvervsvirksomheder juridisk set forpligtede til at varetage bredere interesser end økonomiske.

Enligt den nya aktiebolagslagen i Finland, som kom i kraft den 1 september 2006 är "syftet med bolagets verksamhet att bereda vinst åt aktieägarna, om inte annat föreskrivs i bolagsordningen."

Det finns anledning att peka på lagens definition av syftet med aktiebolagets verksamhet av tre olika skäl.

För det första innebär den en förändring jämfört med den tidigare lagen, som endast indirekt nämnde att målet med bolagets verksamhet är att "bereda ägaren vinst".

Det är, för det andra, en klar programförklaring. Avsikten med aktiebolagets verksamhet är just att göra vinst. Motiveringarna i regeringens proposition förtydligar stadgandet med att säga att "bestämmelsen innebär inte någon skyldighet att producera största möjliga utdelningsbara belopp på kort sikt, utan vinstgenereringen måste ses på längre sikt".

Det är, för det tredje, värt att konstatera att i aktiebolagslagen inget sägs om aktiebolagets samhällsansvar. Självfallet är dock lagen inte exklusiv när det gäller bolags verksamhet. Omfattande annan lagstiftning, i Finland och övriga nordiska länder, lika väl som runt om i världen, ålägger bolag ansvar och förpliktelser av olika slag i förhållande till sina anställda, till sina kunder och avtalspartners, i förhållande till

miljön osv. Men den ändrar inte på aktiebolagens grundläggande uppgift, alltså definierad som att generera vinst.

Men, säger skeptikern, är det överhuvudtaget intressant att granska frågan om företagets samhällsansvar ur perspektivet av aktiebolagslagen i ett enskilt land? Det är i sig ett riktigt påpekande, men i grunden är det dock i de flesta, åtminstone, västerländska rättssystem ett allmänt accepterat mål att syftet med bolagens, eller företagets, verksamhet är att generera vinst.

Hur kan man då, för att kunna ta ställning till frågan, definiera begreppet "samhällsansvar"? Är, å andra sidan, "vinst" i detta sammanhang ett entydigt begrepp?

Mina tankar i det följande har inte som mål att leverera ens ett försök till en fullständig beskrivning eller analys av "företagets samhällsansvar", snarast att endast referera en del beskrivningar av detta ofta brukade – ibland också missbrukade – uttryck. Jag vill för egen del försöka bidra med några synpunkter på basen av erfarenheter från företagsverksamhet, och från en, nu ganska avlägsen tid, som ansvarig för lagberedning och som lagstiftare. Eftersom detta är en inledning inför det nordiska juristmötet är infallsvinkeln, i betydande utsträckning, dock inte alls uteslutande, juristens. Resultatet av en sådan granskning ger dock vid handen, låt det genast bli sagt, att det bara i begränsad utsträckning är fråga om juridik. Mera är det fråga om värden och värderingar och samhällspolitiska bedömningar.

Jag försöker tangeras bl.a. följande frågor, i ett ämne som är minst sagt brett, dock utan att konsekvent följa denna indelning:

- hur kan man definiera företagets samhällsansvar och hur fungerar det i praktiken?
- är det överhuvudtaget relevant att separat från bolagets övriga verksamhet definiera ett samhällsansvar?
- vilket är förhållandet mellan samhällsansvar och målet att göra vinst, respektive att öka bolagets värde?
- är företagets samhällsansvar en juridisk fråga, de lege lata och de lege ferenda?
- hur ser verkligheten ut i ett globalt perspektiv?

2. Vad är samhällsansvar?

Det finns knappast någon entydig, eller allmänt omfattad definition på begreppet "företagets samhällsansvar". All kunskaps moderna källa, Wikipedia, berättar att samhällsansvaret omfattar etiskt, miljömässigt och socialt ansvarstagande.

EU i sin tur har levererat följande, inte särskilt mycket avvikande definition av Corporate Social Responsibility, det engelska uttryck som leder till förkortningen CSR: "A concept whereby companies integrate social and environmental concerns in their business operations and in their interaction with stakeholders on a voluntary basis."

Det är inte ovanligt att i samhällsansvaret också inrymma t.ex. principerna för Corporate Governance, ett annat av de populära begrepp som på senare år kommit

att prägla debatten om företagets verksamhet. Företagens donationer till olika välgörande ändamål ses inte sällan som ett sätt för dem att ta sitt samhällsansvar. Ingendera aspekten avser jag egentligen att beröra här.

Det finns kring företagets sociala ansvar, som jag i denna text använder synonymt med begreppet samhällsansvar - ett betydande antal olika rekommendationer, principer, koder och andra regelverk på frivillighetens grund.

För många är utgångspunkten begreppet "hållbar utveckling" som i Brundtland-kommissionen i tiden definierats som en "samhällsutveckling som tillgodoser dagens behov utan att äventyra kommande generationers möjligheter att tillgodose sina behov".

Global Compact lanserades i början av detta århundrade av FN:s generalsekreterare Kofi Annan som en frivillig sammanslutning mellan företag. Man har lanserat tio principer, till norm för företagande i hela världen, vilka är:

Mänskliga rättigheter

Princip 1: Företagen ombeds att stödja och respektera skydd för internationella mänskliga rättigheter inom den sfär som de kan påverka; och

Princip 2: Försäkra sig om att deras eget företag inte är delaktiga i brott mot mänskliga rättigheter.

Arbetsvillkor

Princip 3: Företagen ombeds att upprätthålla ("uphold") föreningsfrihet och ett faktiskt ("effective") erkännande av rätten till kollektiva förhandlingar;

Princip 4: Avskaffande av alla former av tvångsarbete;

Princip 5: Faktiskt ("effective") avskaffande av barnarbete; och

Princip 6: Avskaffandet av diskriminering vid anställning och yrkesutövning.

Miljö

Princip 7: Företag ombeds att stödja försiktighetsprincipen vad gäller miljörisiker;

Princip 8: ta initiativ för att främja större miljömässigt ansvarstagande; och

Princip 9: Uppmuntra utveckling och spridning av miljövänlig teknik.

Korruption

Princip 10: Företag bör motarbeta alla former av korruption, inklusive utpressning och bestickning.

Jag tror det är viktigt att se att dessa principer, som alltså avser global företagsverksamhet, i de nordiska länderna inte innebär något egentligt nytt. Utmaningen ligger i att identifiera enligt vilka principer våra nordiska företag agerar på andra marknader än den egna och hur de fungerar i praktiken. Det betyder – och det är också min primära infallsvinkel – att regelverk och principer på detta område primärt gäller multinationella verksamheter och företag. Organisationen "Global Reporting Initiative" talar för sin del i sina rekommendationer för multinationella bolag om att

"The Guidelines constitute a set of voluntary recommendations to multinational enterprises in all the major areas of business ethics, including employment and industrial relations, human rights, environment, information disclosure, combating bribery, consumer interests, science and technology, competition, and

taxation. Adhering governments have committed to promote them among multinational enterprises operating in or from their territories.”

Beskrivningen gäller också OECD:s riktlinjer för multinationella företag. Mera i detalj utgår de från principen att ”företagen fullt ut ska ta hänsyn till den etablerade policyn i de länder där de bedriver verksamhet” och också ”ta hänsyn till andra intressenters åsikter”.

OECD's riktlinjer definierar den allmänna policyn i 11 punkter, av vilka den första talar om att företagen skall ”bidra till ekonomisk, social och miljömässig utveckling i syfte att uppnå en hållbar utveckling.” Vad OECD säger om mänskliga rättigheter, illustrerar komplexiteten i generella och multinationella rekommendationer och policies: ”Respektera de mänskliga rättigheterna hos de, som påverkas av verksamhet företagets med värdregeringens internationella skyldigheter och åtaganden.”

OECD talar vidare bl.a. om samarbete med lokalsamhället, stimulans av human kapital och om att avstå från otillbörlig inblandning i politiska aktiviteter. Corporate Governance nämns också: ”stödja och upprätthålla principer för god företagsstyrelse och tillämpa praxis för god företagsstyrelse”.

Jag är inte alldeles övertygad om att själva saken, samhällsansvar, är beroende av olika definitioner, kanske inte ens av detaljerade policies, utan det redan relativt gamla uttrycket ”good citizen” eller ”good corporate citizen” kanske i tillräcklig mån skapar bilden av vad det är fråga om, att bolaget skall verka enligt de lagar, normer, och övriga principer som gäller på de marknader och i de länder där bolaget finns – och att man inte skall mäta enligt det minsta måttet. Komplexiteten också i det begreppet illustreras av att uppfattningen om vad som är i enlighet med att vara en ”good citizen” kan uppvisa stora regionala variationer. Vilka normer är det som gäller?

3. Uppförandekoder i enskilda bolag

Utgångspunkten för åtminstone en del av de generella policies och koder som olika internationella organisationer tagit fram är ofta de uppförandekoder som enskilda företag ursprungligen tagit fram, sk Codes of Conduct. Samtidigt har de för sin del å andra sidan inte sällan sin upprinnelse i olika medborgarorganisationers aktivitet för att skapa medvetenhet kring frågor förknippade med multinationell företagsverksamhet.

Det är knappast fel att konstatera att de problem man inom dessa aktivistgrupper sett och ser och beträffande vilka man ofta riktar hård kritik, inte sällan verkligen också finns. Men inte heller denna bild är svartvit. Mindre uppmärksamhet ägnas de internationella företagens, vad som kunde kallas konstruktiva, roll, när det gäller investeringar, fattiga länders ekonomiska utveckling, eller vad annat de kunnat föra med sig t.ex. i form av respekt för människovärdet.

Allt flera företag har definierat sina grundvärden och kommunicerar dem till och med sina anställda – ofta spridda över flera världsdelar i tusental. Innehållet varierar,

men de bygger i allmänhet på vad som kommit att kallas värdebaserat ledarskap. Basfilosofin är att en gemensam värdegrund ökar förutsättningarna att leda företaget i avsedd riktning – och åstadkomma bättre resultat. De stora globala företagen är verksamma i ett stort antal länder där de har många tusentals anställda. Kulturskillnaderna är betydande och den ekonomiska verkligheten varierar starkt. I ett läge där individernas värdebas innehåller stora skillnader är det en stor utmaning att kunna kommunicera de gemensamma värdena inom företagen, så att de förstås och följs.

När dagen är slut är det ofta den enskilda individen som är i nyckelställning också då det gäller vilket beteendemönster som i praktiken gäller. Än mera utmanande för en företagsledning – för att inte tala om en styrelse – är att ha kunskap om vad som inom det egna företaget sker så att säga i vardagen på andra sidan jordklotet.

Just därför har, trots att generella policies och regelverk vunnit en allt bredare anslutning, fortfarande företagsspecifika koder och normverk stor betydelse. Många företag har valt att i sin allmänna kommunikation deklarerat vilka principer de följer i fråga om samhällsansvaret. Jag har noterat uppgiften att 95 procent av de 150 största bolagen i Europa har information om företagets samhällsansvar på sina hemsidor. Det är allmän praxis ifråga om nordiska företag.

Låt mig illustrera med ett par exempel.

”Målet för en hållbar ekonomisk tillväxt erkänns vara mänsklig och samhälllig välfärd. Administration och ledarskap i UPM-Kymmene grundar sig på företagets värderingar – öppenhet, förtroende och initiativkraft – samt på de allmänna principerna för en hållbar utveckling, vilka betonar integrationen av ekonomiska, sociala och ekologiska mål i affärsverksamheten. Ansvarsfullt agerande är grundförutsättningen för en konkurrenskraftig och lönsam affärsverksamhet”, säger det finländska skogsföretaget UPM-Kymmene.

Svenska Investor säger för sin del ”Vi har en lång tradition av att agera som ansvarsfullt företag och ägare. I begreppet Corporate Social Responsibility (CSR) innefattas ett antal frågor såsom det sociala ansvarstagandet för miljö, mänskliga rättigheter och arbetsvillkor. Vår grundinställning är att bolag som tar hänsyn till sina intressenter och samhället i stort ökar förutsättningarna för god långsiktig lönsamhet. Vi har en CSR-policy som ligger till grund för arbetet inom detta område och vi har två olika perspektiv, socialt ansvar som företag och arbetsgivare, socialt ansvar som ägare”.

Det blir allt vanligare att de större börsbolagen, men också andra, i anknytning till sin årsredovisning publicerar, ofta separata och digra, rapporter med information om hur de levt upp till de mål som de själva ställt upp eller som ingår i olika policies och koder, må det sedan gälla den fysiska miljön, ledningssystem, ekonomiskt ansvarstagande, kontakter till det omgivande samhället, arbetarskyddet, sysselsättningen. Mera sällan, om än någonsin, revideras uppgifterna, utan de har karaktären av just information.

Det finns alltså ett betydande intresse och en omfattande aktivitet hos många bolag inom ramen för vad som här betecknats som samhällsansvar.

4. Varierande syn på företagets uppgifter

Men att definiera samhällsansvaret som en del av företagets skyldigheter eller rentav som en del av dess uppgifter är ingalunda oomstritt. Så säger till exempel Milton Friedman "In a free society ... there is one and only one social responsibility of business – to use its resources and engage in activities designed to increase its profits so long as it stays within the rules of the game, which is to say, engages in open and free competition without deception or fraud."

Inte heller i dagens värld är han ensam om denna syn. David Henderson, tidigare chefekonom vid OECD, ställer sig i en relativt färsk bok sig tvivlande till de programmatiska idéerna om företagets samhällsansvar. Vad är det egentligen förespråkarna menar? Enligt en presentation av boken bygger "deras argument inte bara på en felaktig syn på problem och händelser, utan också på en djup misstro mot företag i allmänhet och marknadsekonomi i synnerhet. Den moderna föreställningen om "företagets samhällsansvar" riktar sig mot kärnan i kapitalismen och äventyrar grunderna för framväxten av välstånd i världen."

Det är bra att minnas att "mellan noll och hundra finns det många tal". Också för dem som understryker företagets samhällsansvar är det viktigt att se att se att kraven på ett företag är mångfasetterade och ibland, till och med ofta, sinsemellan motstridiga. Det gäller redan om man granskar alla de olika intressen som ryms inom samma företags vad som kunde kallas "normala" verksamhet. Det gäller i ännu högre utsträckning om man prövar företagets verksamhet mot ett brett definierat samhällsansvar. Det är en omständighet som understryks om man ägnar uppmärksamhet åt hur ansvaret fungerar i praktiken.

Men exemplen ovan beträffande rekommendationer och policies, lika väl som i fråga om hur företag deklarerar sina principer och avsikter, illustrerar en omständighet, viktigt att notera. Frågan om företagets samhällsansvar gäller – och förtjänar att granskas – primärt utgående från det perspektivet att företaget bedriver sin verksamhet internationellt eller globalt. "På hemmaplan" i Norden finns det i allmänhet ett klart definierat nationellt regelverk.

5. Hur ser verkligheten ut?

Ser man till den nordiska debatten har frågan om företagets samhällsansvar och hur företagets verksamhet svarar mot det, hittills främst gällt företagets miljöansvar. Också frågan om barnarbetskraft får nu och då stor uppmärksamhet. Det är möjligt att se att de mänskliga rättigheterna håller på att komma allt mer i fokus, kanske främst utgående från i vilka länder företagen har produktion eller har partners.

Den nordiska samhällsdebatten om miljö och barnarbete gäller i allmänhet sådan verksamhet, som bedrivs i länder med kanske ett annat regelverk eller annat kontrollsystem än det som gäller på bolagens hemmamarknader eller i de länder där bolagets

aktier är noterade. I det nordiska samhället är dessa områden relativt strikt reglerade och kontrollen fungerar.

Skall samma regler och standarder följas i mindre utvecklade länder och marknader som de som gäller hemma? Eller följs principen ”ta seden dit man kommer”? Frågan syns trivial, men är det ingalunda i praktiken, utan illustrerar en alldeles grundläggande frågeställning, som varje företag som verkar internationellt eller globalt har att ta ställning till. De flesta komponenterna i ett företags verksamhet är på något sätt lokala, må det sedan gälla arbetsrätten, lönesättning, konsumtionsvanor, informationsplikt osv. Konkurrensen är i allmänhet både lokal och global, beroende på vilken produkt eller vilka tjänster företaget levererar.

Man kanske kan säga att de standarder företagen skall följa bör motsvara ett slags minimikrav, alltid utgående från åtminstone de lokala legala normerna och lokal praxis. Diskussionen i de nordiska länderna utgår dock inte sällan från att företagen också i andra länder alltid skall följa det regelverk som gäller här. Det kan synas överdrivet att påstå, men det är en princip som mera sällan fungerar i praktiken.

Om företaget lokalt – oberoende av var kunderna finns – av olika skäl är tvunget att konkurrera om t.ex. arbetskraft på villkor som radikalt skiljer sig från vad som gäller på den lokala marknaden i övrigt, saknas verksamhetsförutsättningar. Då är alternativet att lämna verksamheten i det landet eller på den marknaden. Det kan självfallet vara den riktiga handlingslinjen. Den iakttagelsen är dock viktig att göra att den knappast bidrar till att höja standarder inom andra företag på ifrågasvarande marknad t.ex i fråga om arbetsförhållande eller miljö. Snarare leder det till en motsatt utveckling. – Det gäller alltid att fråga vad som främjar en positiv utveckling.

6. Ökande utflyttningar en realitet

En effekt av globaliseringen är att när det gäller ökningen av efterfrågan – och i förlängningen också av produktionen – ligger tyngdpunkten allt mera på länder som befinner sig i en starkare ekonomisk utveckling än till exempel den europeiska unionen eller andra utvecklade industriländer. Kombinerat med en lägre kostnadsnivå betyder det att produktion och därigenom också arbetsplatser i växande utsträckning flyttar till nya marknader. Vi har de senaste tiderna sett en rad exempel på detta. Ibland ser vi en motsvarande utveckling också inom ett och samma land. Verksamheten koncentreras av en eller annan anledning. Produktion läggs ner och de som blir utan jobb kan tvingas flytta.

I Europa har reaktionerna på detta utflyttningsfenomen på många håll varit starka. De som kritiserat utflyttningar och nedläggningar har klandrat företagen för just bristande samhällsansvar. Att åtgärden ibland också berett andra arbete, kanske i svagt utvecklade i regioner med dålig sysselsättning, har bätat föga. Samhällsansvaret granskas ofta – både av involverade parter och i den offentliga debatten – med ganska lokala eller nationella glasögon.

Det är knappast svårt att förutse både att utflyttningstrenden kommer att fortsätta och att kraven på samhällsringripande kommer att intensifieras. Vi har redan, mera som enskilda inlägg i samhällsdebatten än drivna av t.ex. de fackliga organisationerna, sett krav på en striktare arbetslagstiftning. Hur en sådan ens kunde utformas för att stävja utflyttning är det svårt att se. Mot dålig lönsamhet kan man inte heller gardera sig med lag. I samband med en aktuell fabriksnedläggning i Finland, på åtgärd av ett bolag där staten är betydande ägare, har kommunen framfört krav på att få expropriera fabriken – för att kunna sälja den vidare till en annan aktör, som skulle driva den vidare!

Låt mig nämna ännu ett annat exempel. Senaste vinter meddelade Nokia att man avser att flytta produktionen vid en stor fabrik i Bochum i Tyskland till Rumänien. Ett ramaskri utbröt i Tyskland. Det går inte att värja sig för intrycket att det var extra högt därför att bolaget som fattade nedläggningsbelutet var ett utländskt företag. I sig var det nämligen ingenting nytt att produktionsverksamhet flyttade från Tyskland till andra länder.

Jag refererar inte fallet närmare – dessutom känner jag det inte tillräckligt väl – men gör denna hänvisning, eftersom händelsen illustrerar vad som under överskådlig framtid kanske kommer att vara den största utmaningen i debatten om företagens sociala ansvar. Utmaningen gäller ingalunda endast företagen utan likaväl politikerna – och medborgarna. De som, i ett redan långt perspektiv, hittills har vunnit på globaliseringen kan nu drabbas av effekterna av att också andra gynnas av den. Då förändras lätt perspektivet.

I anslutning till detta exempel på globaliseringens konkreta effekter publicerade Finlands tidigare statsminister Esko Aho, nu överombudsman för Sitra, och John C. Kormblum, USAs tidigare Tyskland-ambassadör, en artikel, rubricerad "Fit for the Future" i Frankfurter Allgemeine Zeitungen. I sin gemensamma artikel konstaterar de båda (i engelsk översättning) bl.a:

"Today traditional industrial logic has been turned on end. Rather than fine tuning production facilities such as Bochum, global companies like Nokia or Siemens or IBM set up networks of production, R&D, design and marketing, which make it possible to deliver products simultaneously throughout the world at the lowest possible cost. To achieve this goal, they shift the mix of resources regularly. Politicians may be mad. Workers may demonstrate. From the perspective of global integration, these angry protests are useless. The problem is not companies such as Nokia or Siemens, even though they have much to learn about gaining political acceptance for their investment decisions. It is about the new logic of global competition in the Information Age."

Artikeln visar, på ett nästan brutalt sätt kan någon tycka, vilken värld vi lever i. Skribenterna klandrar de politiska ledarna för att ha ställt upp mål för konkurrenskraft och ekonomisk utveckling, men ändå inte uppfyllt löften om satsningar inom vetenskap, forskning och innovationer. De två ställer sin tillit till nya ekonomiska strukturer och

innovativa lösningar för social rättvisa. "... our leaders, government and industry must work together to find a new definition of corporate social responsibility. And politicians must begin to learn more about the radical economic changes now underway."

Med kraven på ökade satsningar på FoU kombineras alltså kravet på ett nytt sorts samhällsansvar, ett ansvar som starker beredskapen inför framtiden, beredskapen att möta, själv skapa och hantera förändring.

I Finland, men vad jag sett också annanstans i Norden, har det funnits en diskussion om huruvida man i fråga om samhällsansvar, framförallt när det gäller sys-selsättning, t.ex. då det gäller nedläggning av fabriker, kan kräva mera av bolag där staten är ägare. Krav har rests på att staten, också i noterade bolag där man är ägare, måste verka för att prioritera arbetsplatserna. I enskilda fall kan det gälla nog så besvärliga omställningar för många människor, men frågan om samhällsansvaret kan inte relateras till hur ägarbilden i ett företag ser ut.

Om staten valt att notera ett bolag som varit helägt eller på annat sätt blivit ägare i ett noterat bolag har man samtidigt valt att följa både marknadsekonomins grundläggande principer och de regler som gäller för bolag på den börs det är fråga om. Inte ens genom beslut på bolagsstämman kan man, enligt min syn, med majoritetsbeslut gå in på en annan linje än den som en företagsekonomisk bedömning, på kort eller lång sikt, ger anledning till.

Som en konsekvens av diskussionen om utflyttning, men inte bara därför, ser vi växande krav på att företagets ansvar av olika slag inte skall begränsas till den verksamhet de själva bedriver. De förutsätts ta ansvar för t.ex. fackliga rättigheter och andra mänskliga rättigheter eller för miljön också i företag de samarbetar med, eller av vilka de köper olika slag av produkter och tjänster.

7. Regler eller rekommendationer?

Genomgången ovan av ett antal policies, definitioner och deklarerade principer från företags sida, visar att de i allmänhet är generella och i huvudsak bygger på rekommendationer. De kan, inom områden som är föremål för juridisk reglering, ses som ett slags komplettering till gällande lagstiftning eller som en illustration av att man inte på dessa områden skall mäta med minsta måttet. Den starka anslutningen till åtminstone delar av existerande policies kan ses som en tendens mot självreglering av samhällsansvar inom näringslivet.

Ännu har man dock inte alls kommit så långt som i fråga om koderna för Corporate Governance, som, även om de inte baserar sig på lag, de facto är normbildande. Men jag tror att vi kan se en motsvarande trend här. Det är dock sannolikt att utvecklingen inom detta område kommer att vara långsammare än beträffande ägarstyrning, beroende på bl.a. frågans komplexitet, stora nationella och politiska skillnader mellan olika marknader och, det tycker jag det finns skäl att notera, också därför att till saken anknyter sig väsentliga ekonomiska intressen.

Jag har stött på beskrivningen att ”CSR är ett mjukt ämne på väg att bli hårt” och den kan vara riktig. Så länge rekommendationerna dock endast är just rekommendationer är de nog i den nordiska lagstiftningstraditionen fortfarande relativt ”mjuka” som grund för rättsliga avgöranden.

8. Vinst och värde

Då inställer sig frågan: varför har de ändå en praktisk betydelse, åtminstone i det avseendet att stora bolag satsar mycket tid och pengar på att beskriva sina egna processer inom det breda fält som samhällsansvaret kan anses omfatta? Varför vill många bolag framstå som ett av dem som står, om inte i spetsen, så i alla fall i första ledet när det gäller samhällsansvar? Jag vill självfallet inte bortse från ädla motiv hos dem som fattar beslut om bolagens policies, men ändå är nog orsaken en annan. Ett bolag har ju till uppgift att göra vinst och skapa värde! Ett aktivt grepp om samhällsansvaret saknar inte betydelse heller i den dimensionen.

Innan jag kommenterar de orsaker jag ser för egen del vill jag nämna en faktor som så att säga syns på ett stickspår.

Vi lever i en värld som lever i en ständig förändring, och där den mängd information vi samlar och kan sprida ökar exponentiellt. Det finns på så gott som alla områden en betydande mängd människor och företag som ser denna förändring och denna mängd information som en potentiell businessmöjlighet. Det betyder att för många nya begrepp i samhälle och företag skapas en hel flora av ideer, koncept, praxis, metoder ”utan vilken kunskap ett framgångsrikt företag helt o enkelt inte klarar sig”, framförallt inte jämfört med sina konkurrenter som redan insett vikten av kunskapen! Det må sedan gälla tekniska innovationer, management och ledarskap, personalutveckling, kvalitet, working capital, kommunikation, business intelligence – eller senaste nytt på juridikens område. Vem av oss har inte deltagit i oändliga seminarier om corporate governance. Dessa modeflugor lever en tid, för att sedan småningom tyna av, ibland t.o.m dö.

Någon kan tycka att min beskrivning är raljerande, och det är den nog delvis avsedd att vara. Det går nämligen inte att helt förbise betydelsen av konsultarmén när det gäller den roll frågan om företagets samhällsansvar fått, inte bara i den allmänna debatten, utan framförallt i den rapportering och den bild företagen kommunicerar.

Men om vi söker andra, kanske mera adekvata orsaker, till det ökade intresset för bolagens samhällsansvar kan vi gå tillbaka till de bolagsmässiga deklARATIONERNA om målet med bolagets samhällsansvar, som jag hänvisat till ovan. Vi kan då vi notera att man som grund för sina ställningstaganden om samhällsansvar ofta nämner att bolag som tar hänsyn till sina intressenter och samhället i stort, ökar förutsättningarna för god, långsiktig lönsamhet och för konkurrenskraft.

Eller för att citera Mark Moody-Stuart, en av de ledande figurerna inom CSR, och tidigare bl.a. ordförande för Shell konstaterar: “We believe that our commitment to

contribute to sustainable development is a key to our long term business success.”

Det syns dock råda varierande uppfattningar bland forskarna om ett engagemang inom CSR ger konkret nytta i ekonomiska termer, definierade som att företaget visar förbättrad lönsamhet eller ökat värde eller framstår som ett mera attraktivt som placeringsobjekt. Den sistnämnda aspekten har under senare tid ryckt fram. Min avsikt är inte att söka svar på de här frågorna, blott nämna dem.

I den nya finländska aktiebolagslagen finns alltså ingenting sagt om företagens samhällsansvar, inte ens i lagförslagets motiveringar. Dock konstaterar regeringens proposition just beträffande vinstbegreppet att ”en förutsättning för att bolaget skall generera vinst på längre sikt och för att värdet på dess aktier skall stiga är ofta att bolaget iakttar samhälleligt acceptabla förfaranden också i situationer där lagstiftningen inte tvingar bolaget till detta. T.ex. bolagets profilering utåt kan ha en stor betydelse för dess verksamhet och värdet på dess aktier.” Också lagstiftaren har alltså ägnat frågeställningen uppmärksamhet.

Motiveringarna talar alltså inte endast om vinst, utan om att öka värdet på bolagets aktier. Ur ägarnas synvinkel är det en central uppgift för bolaget och dess ledning att skapa värde och att öka det. Skillnaden mellan att göra vinst och att skapa värde – som ofta är delar av samma sak – är inte uteslutande redovisningsmässig. I synnerhet för ett noterat bolag är det flera också andra faktorer än vinsten som utgör basen för bolagets värde, eller mera precis, marknadsvärde.

Det är populärt att tala om ”shareholders value” som ett viktigt mål för bolagets verksamhet. Också om skillnaden i någon mån kan synas filosofisk är det bra att se, vad som redan aktiebolagslagen utgår ifrån, att på samma sätt som vinsten görs i bolaget, är uppgiften att skapa värde i bolaget. Den vägen kommer värdeökningen aktieägarna till godo. Att skapa värde för aktieägarna kan sålunda inte separeras från uppgiften att skapa värde i bolaget.

Det kan synas vara en trivial iakttagelse, men det är knappast en alltför avlägsen konklusion att viktigare än att ett företag har ett klart definierat samhällsansvar, som man förmått ge ett konkret innehåll, är att det i sin dagliga verksamhet följer, inte bryter, mot ofta allmänt accepterade t.ex. etiska, arbetsrättsliga och miljömässiga principer, som definieras i olika CSR-koder. Kunderna, vare sig enskilda konsumenter eller parter i en business to business relation, reagerar snabbt när flagranta brott mot goda CSR-principer blir kända, vilket i dagens mediavärld oftast sker med oerhörd hastighet. Förutom inslaget av fördömande har rädslan hos en kund eller leverantör ”att smittas” en betydande ekonomisk dimension.

Men än viktigare, eller allvarigare, kan effekterna av brott mot accepterade uppförandekoder beträffande samhällsansvaret vara just för värdeutvecklingen i ett noterat bolag. Det räcker redan med att marknaden registrerar risker för att bolaget inte kan leva upp till en god standard inom CSR för att det skall ha en negativ effekt på bolagets kursutveckling och därigenom på dess marknadsvärde.

Det kan ses som en paradox .- åtminstone av den som betvivlar marknadsekonomins förutsättningar att själv reglera sin verksamhet - att ett företag som inte bär sitt

ansvar enligt goda CSR-principer, inte primärt drabbas av legala sanktioner, utan av "marknadens straff" i form av mindre försäljning, lägre vinst, sämre värde. För dem som ser det som viktigt att företagen "beter sig väl" är detta, tycker jag, en både uppmuntrande och hoppningivande iakttagelse. Värdeutvecklingen är en stark drivkraft.

9. Rättssamhället och avtal

Det finns alltså klara ekonomiska orsaker för en välutvecklad CSR-verksamhet. Hur ser den juridiska verkligheten då ut – i dag och i framtiden?

Låt mig kort slå fast min principiella syn, som jag tror att många inom företagsvärlden delar, kanske mest baserad på praktiska erfarenheter. Rättssamhället är en viktig bas för all företagsamhet. För ett företag är behovet av klara regler och förutsägbarhet i det offentliga beslutsfattandet av stor betydelse. För egen del ser jag en klar koppling mellan demokrati och marknadsekonomi. I det långa loppet är de två varandras förutsättningar.

Det nordiska – och i huvudsak också det europeiska – rättssystemet bygger, som vi vet, på att skyldigheter, ansvar och sanktioner definieras och regleras i lag. Att rättstraditionen i den anglosaxiska världen avviker, syns, vågar jag hävda, också beträffande innehållet i deklARATIONERNA om företagens samhällsansvar. Huruvida det också syns i praxis har jag inte förutsättningar att uttala mig om. Men jag kan tänka mig att här ligger en orsak till att CSR i de nordiska länderna anses mjukt, i de anglosaxiska länderna hårt. – Om den synen har sin motsvarighet i verkligheten är en annan sak.

Trots min bakgrund inom lagberedning och lagstiftning – eller kanske just därför – förhåller jag mig alltid försiktigt till krav på ny lagstiftning. Detaljreglering skapar inte sällan behov av ytterligare detaljreglering. Huruvida principerna för det breda och omfattande begreppet företagens samhällsansvar skall kunna hävdas vid domstol måste nog vara beroende av om lagstiftaren sett anledning att omsätta dem till lag. Det kan väl hända att om principerna småningom utvecklas till vedertagen praxis kan de fungera som stöd för tolkning i de gränsområden som alltid finns.

En kanske intressantare fråga gäller bedömningen av om företagens samhällsansvar skall anses ha någon roll inom avtalsrätten. – När för bara kanske tjugo år sedan ett företagsförvärv i Norden skedde genom ett relativt enkelt och okomplicerat förfarande och på basen av ett avtal som byggde på lag och definierade endast de centrala frågorna, vet vi alla att en också litet större företagsaffär i dag engagerar en armé av jurister, revisorer, konsulter och andra rådgivare av olika slag. Gäller det en auktion är antalet ännu större. Man kan ha olika syn på om det är en bra utveckling, men sådan är verkligheten.

Kopplingen här till företagens samhällsansvar kommer via de ökade kraven på hur förvärvsobjektet granskas och på avtalets allt mer omfattande innehåll. Den

due diligence process som ursprungligen var en relativt enkel genomgång av böckerna har i dag utvecklats till att omfatta en lång rad av olika områden. Förutom den klassiska ekonomiska och finansiella due diligence finner man ofta en kommersiell, juridisk, konkurrensrättslig, arbetsrättslig, skattemässig, teknisk, R& D, produktions- och ibland också kulturell due diligence. – Det finns säkert möjlighet att ytterligare förlänga den förteckningen.

Till betydande del tangerar due diligence processen områden som ligger inom ramen för vad som definieras som samhällsansvar. Hur de iakttagelser som gjorts vid en sådan due diligence process, vad det avtalats om dem och hur verkligheten på dessa områden kan komma att visa sig avvika från parternas uppfattning är knappast betydelselöst i en konflikt kring hur avtalet fullföljts. Här kan en vedertagen begreppsapparat skapa "ordning och reda".

Men det finns också andra juridiska dimensioner på frågan om det sociala ansvaret, bl.a. på folkrättens område. Vi ser nu och då debatter kring det motiverade i att internationella storföretag bedriver verksamhet i länder med dåligt rykte, som bevisligen kränker de mänskliga rättigheterna, men som är medlemmar av FN och inte utsatta för bojkott. Sådana länders politik går inte att acceptera.

Det sägs ibland att företagen i eget intresse motsätter sig internationella avtal som har som mål att förhindra internationella bolag att verka i sådana länder. Det är möjligt att det är så. Det kan också finnas grund för en pessimistisk syn enligt vilken det än mindre än att godkänna olika deklarationer om samhällsansvar lönar sig att försöka sluta internationella avtal, om vilka man inte vet om de har effekt, eller ofta snarare från början vet att de inte har.

För egen del kan jag inte leverera någon bra modell, men vill gärna erinra om att för inte alltför länge sedan i västvärlden fanns ett aktivt motstånd mot investeringar i uländerna, som ansågs leda till utsugning och ökat förtryck. Ett etableringsförbud är inte problemfritt. Med facit i hand ser vi självfallet också i dag problem, men det råder ingen tvekan om att ekonomisk tillväxt till följd av utländska investeringar i de flesta länder har förbättrat livsvillkoren för många. Någon kan tycka att exemplet är bisarrt, men de två staterna på den koreanska halvön illustrerar på ett nästan dramatiskt sätt skillnaden i samhällsutveckling mellan de länder som öppnat sig – också för investeringar – och de som inte gjort det.

Tyvärr går det inte att lagstifta bort diktaturer, inte ens genom internationella avtal. Däremot visar all erfarenhet att den nya kommunikationsteknologin på många håll öppnat för en demokratisering. Det fria ordet är i den betydelse det har i grundlagar och internationella avtal fritt bara om det finns tekniska möjligheter att kommunicera. Min övertygelse är stark att när historien skrivs kommer vad som litet löst kallas informationssamhället att tillerkännas en viktig roll i den demokratisering som skett, inte minst i Europa, under de senaste tjugo, trettio åren.

10. Är företagens samhällsansvar ett adekvat begrepp?

Hittills har jag – delvis ganska utförligt - redogjort för olika aspekt på företagens samhällsansvar och på olika sätt att definiera det. Ett par gånger har frågan dykt upp om man alls kan anse att företagen har ett särskilt samhällsansvar. Vi vet också Milton Friedmans svar. Han definierar företagets ansvar på ett helt annat sätt. Utan att direkt ansluta mig till honom tror jag att det finns anledning att börja begrunda om begreppet ”Företagens samhällsansvar” är relevant, kanske dock mera ifråga om form än om innehåll.

Finlands Näringsliv EK är den ledande näringslivsorganisationen i Finland och representerar näringslivets alla branscher och företag av alla storlekar. EK har numera gått in för att, i stället för företagens samhällsansvar, tala om ansvarsfull företagsverksamhet. Jag har inte varit med om att fatta det beslutet och sitter inte längre i något av EK:s organ. Låt mig ändå för egen del ansluta mig till den definitionen. Skillnaden mellan ”företagens samhällsansvar” och ”ansvarsfull företagsverksamhet” kan synas vara en enkel definitionsfråga, eller en fråga om semantik.

Så är det kanske delvis. Men för egen del uppskattar jag begreppet ansvarsfull företagsverksamhet därför att det inte avskiljer ett separat samhällsansvar som kan särskiljas från den ”egentliga” företagsverksamheten, som, det skall vi alls inte glömma, är företagets huvudsakliga uppgift. Den verksamheten skall till alla delar genomsyras av att man iakttar de normer som gäller för den, utgående primärt från principen om att följa lokala regler, men samtidigt beakta vad som kan anses vara globalt accepterat. De principerna finns definierade i de många rekommendationer jag här hänvisat till.

När den finländska, globala, dieselmotoraktören Wärtsilä i början av april i år upptogs i ett globalt index för ansvarsfull placeringsverksamhet talade man i pressreleasen just om att indexet bedömer ”företag som uppfyller globalt erkända standarder för ansvarsfull företagsverksamhet”. Kriterierna fokuserar på ”företagsansvar, mänskliga rättigheter, miljöverksamhet, sociala relationer och intressentrelationer samt förebyggande av mutor.”

Det är alltså möjligt att vi är på väg från ”företagens samhällsansvar” mot ”ansvarsfull företagsverksamhet”, men egentligen med samma beskrivning av innehållet.. Det, tycker jag, är en bra utveckling – för företag och för samhälle.

11. Teser

Tes 1: I ett företag skall all verksamhet, den dagliga lika väl som den strategiska, genomsyras av ansvarstagande, till betydande del definierat i såväl lagstiftning som i olika koder och rekommendationer, som bygger på frivillighet. Den kan inte betraktas separat, innehållsmässigt eller ansvarsmässigt från företagets huvuduppgift. Företagens sociala ansvar måste ses som en integrerad del av företagets ordinarie verksamhet.

Tes 2: Företagens verksamhet regleras av ett stort antal normer, av vilka många förknippas med t.ex. miljöhänsyn, arbetarskydd, mänskliga rättigheter. Hur detta regelverk bäst kan utvecklas som en juridisk helhet måste bedömas mot bakgrund av den allmänna utvecklingen i samhället med dess komplexitet och mångfasetterade, ofta motstridiga intressen.

Tes 3: Ansvarsfull företagsverksamhet är ett mera adekvat begrepp än samhällsansvar. Det understryker att det inte finns någon konflikt mellan att göra vinst och att driva ansvarsfull och framgångsrik företagsverksamhet.

Tes 4: En i alla – också beträffande ansvarstagande - välskött verksamhet har de största förutsättningarna att även på lång sikt generera vinst och höja bolagets värde och så skapa Shareholder value.

Thomas Wilhelmsson

Udviklingen af juristuddannelsen i Norden

Udviklingen af juristuddannelsen i Norden

Professor Thomas Wilhelmsson, Finland

Bologna-processen har lett till betydande olikheter i juristutbildningens struktur mellan de nordiska länderna. Likväl står man inför gemensamma utmaningar relaterade till det senmoderna samhällets fragmentering och internationalisering. I den framtida juristutbildningen borde man satsa mer på djup, på bekostnad av en jämntjock ämnesmässig bredd, för att motverka dragen av ytlighet och provinsialism. Kraven på vetenskaplig insikt och insats bör höjas, och de komparativa och internationella synvinklarna bör betonas mer än tidigare. Fakulteterna borde generellt sett satsa mer på en internationalisering på hemmaplan. I dessa strävanden kunde det vara en fördel om alla de nordiska länderna skulle omfatta Bolognastrukturen (3+2) också för juristutbildningens del.

1. En nordisk rättsutbildningsgemenskap?

Tanken på den nordiska rättsgemenskapen är ett av de fundament på vilka samarbetet mellan jurister i Norden vilar. Efter ett sekel av mer informellt samarbete har de nordiska länderna sedermera också formellt, genom 1962 års Helsingforsfördrag, förbundet sig att söka uppnå största möjliga överensstämmelse på privaträttens område, att eftersträva enhetliga bestämmelser på straffrättens område och att eftersträva inbördes samordning på andra områden, där det ter sig ändamålsenligt.¹ Målet att upprätthålla och utveckla en nordisk rättsgemenskap har traditionellt varit en stark drivkraft bakom de nordiska juristmötena, och detta ideal har inte förlorat sin aktualitet.

De nordiska juristmötena har varit en aktiv aktör i utvecklingen av den nordiska rättsgemenskapen. Det är därför både välkommet och symptomatiskt att man fört upp den nordiska juristutbildningen på diskussionsprogrammet. Förändringar i omvärlden har ställt juristutbildningen inför betydande nya utmaningar, och man har reagerat på olika sätt på dessa utmaningar i de nordiska länderna. Även om juristutbildningarna i Norden sedan gammalt har skilt sig från varandra i många avseenden, förefaller man genom den senaste reformvågen ytterligare ha fördjupat skillnaderna. Ser man på juristutbildningens strukturer kan man utan tvivel påstå, att den nordiska rättsgemenskapen – eller det som finns kvar av den – i dag inte avspeglas i någon nordisk rättsutbildningsgemenskap. Redan av denna anledning är det angeläget att vid ett brett nordiskt juristforum diskutera, hurudan juristutbildning man vill ha.

De djupa skillnaderna mellan de nordiska juridiska curricula är nämligen inte i första hand en följd av att de akademiska utbildningsstrukturen generellt sett inte

¹ Samarbetsöverenskommelse mellan Danmark, Finland, Island, Norge och Sverige (Finsk FördrS 28/1962), art. 4-6.

är likadana. Variationer som har sin grund i sådana allmänna faktorer förekommer naturligtvis. Jag vill ändå hävda, att skillnaderna mellan juristexamina i Norden i dag är större än motsvarande skillnader på många andra utbildningsområden.

Som en bakgrund till diskussionen är det därför skäl att i korthet beskriva hur juristutbildningen är upplagd i de nordiska länderna. Beskrivningen kan delvis baseras på de insikter jag förvärvat genom att för ett knappt decennium sedan leda en utvärdering av den svenska juristutbildningen² och genom att nyligen leda respektive delta i en liknande övning vad avser den norska³ och isländska⁴ juristutbildningen. Uppdaterad information om den svenska juristutbildningen liksom om den danska har jag kunnat inhämta från respektive universitets hemsidor.

Den akademiska världen i Europa har under de senaste åren varit engagerad i en implementering av vad som kallas Bolognaprocessen. Det formella startskottet för processen avfyrades genom EU-undervisningsministrarnas deklaration i Bologna den 19 juni 1999, i vilken man formulerade målet att skapa ett gemensamt europeiskt område för högre utbildning. I Bolognadeklarationen har man bl.a. förbundit sig att genomföra en gemensam struktur för högre utbildningar, bestående av en treårig utbildning på bachelornivå och efter denna en tvåårig mastersutbildning. Frågan, huruvida och på vilket sätt juristutbildningen skall integreras i denna struktur, har fört in de nordiska länderna på mycket olika linjer.

I två av de nordiska länderna, nämligen Sverige och Norge, har man ansett att Bolognastrukturen inte lämpar sig för juristutbildningen. Särskilt i Sverige förefaller man ha varit starkt negativt inställd till att omskapa juristutbildningen enligt denna modell. Exempelvis på Uppsalafakultetens hemsidor talar man om att "[h]otet om att juristprogrammet skulle inlemmas i Bolognaprocessens uppläggning av högre studier i allmänhet och bli femårig ... är alltså avvärrt."⁵ Man har därför gjort om examen till en yrkesexamen, visserligen beskriven som "en yrkesexamen på avancerad nivå".⁶ Namnet på examen har också ändrats. Den traditionella juriskandidatexamen har gjorts om till *juristexamen*. Studietiden skall fortsättningsvis vara 4,5 år.

Medan man i Sverige syns ha hyst oro över att man skulle bli tvungen att förlänga juridikstudierna p.g.a. Bolognaprocessen, har man i Norge med viss vanda – det norska rättssystemet måste uppenbarligen vara mer komplicerat än det svenska – förkortat studietiden till 5 år p.g.a. samma process. Man har emellertid inte velat spalta upp utbildningen i en lägre och en högre examen, utan kör med en integrerad femårig mastersutbildning. Huvudskälet syns vara det att man inte ansett sig kunna

² Rätt juristutbildning? Utvärdering av juristutbildningar. Högskoleverkets rapportserie 2000: 1 R.

³ Universitetet i Bergen, Revidering av akkrediterat mastergradsstudium i rettsvitenskap, NOKUTs rapporter, 2007; Universitetet i Oslo, Revidering av akkrediterat mastergradsstudium i rettsvitenskap, NOKUTs rapporter, 2007; Universitetet i Tromsø, Revidering av akkrediterat mastergradsstudium i rettsvitenskap, NOKUTs rapporter, 2007. Motsvarande rapporter har också gjorts om doktorgradsstudiet, som inte berörs här.

⁴ External Peer Review Group: Final Report: Faculty of Law, University of Iceland, June 2004.

⁵ Kurswebben, se <http://student.jur.uu.se/Default.aspx>.

⁶ Ibid.

komprimera den första genomgången av de olika rättsområdena till tre år. Den som absolverat studierna erhåller *mastergrad i rettsvitenskap*.

I motsats till Sverige och Norge har man i de tre övriga nordiska länderna genomfört Bolognastrukturen också för juristutbildningens del.⁷ Man inleder med treårig lägre examen, som byggs på med en tvåårig högre examen som ger full juristkompetens. Substansövervägandena bakom denna lösning förefaller ganska likartade i de tre länderna. För att inte göra det alltför enkelt för den som vill röra sig i Norden över det egna landets gränser, har man emellertid stannat för olika lösningar vad avser examensbeteckningarna.

I Danmark har man för den lägre examen övertagit den engelska examensbeteckningen och man ger alltså de studenter som absolverat denna examen rätt att kalla sig *bachelor i jura*. För den tvååriga fördjupande utbildningen har man däremot bibehållit den traditionella *cand.jur.*-beteckningen. På engelska, för den internationella marknaden, ges dock graden *LL.M. (Master of Laws)*. Den isländska nya titulaturen ligger i linje med den danska.

Den finska Bologna modellen använder däremot för andra utbildningar beteckningen kandidat för de lägre examina och magister för de högre. För att undvika alltför mycket titelkaos har dock juristerna fått utverkat att man för den lägre examen kan bibehålla den redan inarbetade graden *rättsnotarie*, medan den som avlagt högre examen kallas *juris magister*. Endast på engelska används *master of laws*.

Inte blott i fråga om strukturerna skiljer sig de nordiska juristutbildningarna från varandra. Också vad avser pedagogiken och studiekraven finns stora skillnader både mellan och inom länderna. Somliga utbildningar lämnar över huvuddelen av ansvaret för hur studierna byggs upp åt studenterna, medan andra har mer strukturerade curricula. I vissa lärosäten – t.ex. flertalet norska fakulteter – mäter man studieprestationer genom en årlig tentamen, medan man i andra – t.ex. i Sverige, Finland och Bergen – tenderar mindre helheter. Kraven på masteravhandlingen varierar stort. Medan man i Finland redan på 1970-talet införde krav som kan jämföras med dem som ställs på pro gradu-avhandlingar i andra fakulteter, har man t.ex. i Norge först under de senaste åren infört ett allmänt krav på att alla studenter överhuvudtaget måste skriva avhandling, och på vissa ställen är åtminstone de kvantitativa kraven relativt låga.

Detta är naturligtvis inte det rätta stället för att analysera dessa och andra motsvarande skillnader mellan de nordiska juristutbildningarna. Jag nämner dem bara för att ytterligare illustrera det faktum, att man inte kan tala om någon nordisk rättsutbildningsgemenskap. Detta bör man hålla i minnet vid läsningen av den följande diskussionen. För att hålla argumenteringen på en tillräckligt allmän nivå har jag varit tvungen att ty mig till relativt grova generaliseringar. Alla detaljer i min kritik träffar säkerligen inte alla varianter av nordisk juristutbildning.

⁷ I Danmark infördes 3+2-strukturen redan genom 1994 års jurabekendtgørelse, men dock mer formellt än reellt, se Betænkning om jurauddannelsen ved Københavns Universitet, Udgivet i februar 2005 af Det Juridiske Fakultet (http://www.jur.ku.dk/nyestudieordninger/betaenkning_dan.pdf), s. 15.

Oberoende av alla olikheter möter den nordiska juristutbildningen – liksom också juristutbildningen i det övriga Europa – likartade utmaningar. Det är dessa gemensamma utmaningar, och konsekvenserna av dem, som utgör föremålet för min framställning.

Hittills har jag talat blott om den juridiska grundutbildningen. En nästan lika splittrad nordisk bild kan påträffas vad avser doktorsutbildningen. Bl.a. har man också här lyckats skapa variationer i gradbeteckningarna, som kan leda till missförstånd.⁸ Analysen av de utmaningar man står inför till denna del får jag likväl lämna åt någon annan.

2. Utmaningar

Juristutbildningen har i många länder, trots strukturella reformer, till sitt innehåll varit relativt oförändrad ända sedan uppkomsten av det moderna rättssamhället. Den har haft en mycket stark fokus på förmedling av kunskap avseende gällande nationell rätt.

Under samma tid har juristens yrkesroller likväl i betydande mån förändrats. I dag bör juristutbildningen ge färdigheter för ett betydligt bredare spektrum av verksamhet än för de traditionella domar-, advokat- och tjänstemannarollerna. Dessutom har också dessa roller i betydande mån förändrats. Även om en juridisk beslutsfattare aldrig kunnat fungera som någon ren subsumtionsautomat, finns det goda skäl att anta att rättsordningen i det komplexa senmoderna samhället, som präglas av splittring och ambivalens,⁹ i ännu lägre grad än förut ger möjlighet för juristen att gömma sig bakom ”den rena juridiken” när juridiska beslut av större samhällelig vikt fattas.

Jørgen Dalberg-Larsen har i en intressant analys av den ”postmoderna juristrollen” noterat hur juristernas roll och uppgifter förändras under inverkan av bl.a. globaliseringen, den snabba teknologiska förändringen, individualiseringen, regleringens ökade flexibilitet och föränderlighet, samt femininiseringen av juristskrået. I ett samhälle där de sociala och juridiska värdena är pluralistiska är juristen på ett annat sätt än tidigare tvungen att träffa val avseende hans eller hennes värden och roll. Som bäst kan juristen då kombinera drag från olika roller: den klassiska juristrollens respekt för individen, den välfärdsstatliga juristrollens strävan att förverkliga sociala målsättningar och den postmoderna juristrollens önskan att basera juristens aktivitet på det verkliga livet av i dag och dess många aspekter.¹⁰ Det säger sig självt att de

⁸ Ole Hasselbalch, Lic.jur. – PhD. – dr.jur.(is) – jur.dr., TFR 2007, s. 614-620. Jag håller dock inte med om författarens förslag till en dubblerad doktorsgradsstruktur enligt dansk modell, som blir ganska ohanterlig i den europeiska akademiska kontexten.

⁹ Min favoritbeskrivning av detta samhälle är Zygmunt Bauman, *Modernity and Ambivalence*, Oxford & Cambridge: Polity Press, 1991.

¹⁰ Jørgen Dalberg-Larsen, *The Legal Profession in a Changing World*, i Thomas Wilhelmsson & Samuli Hurri (red.), *From Dissonance to Sense. Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, Aldershot: Ashgate, 1999, s. 99-114.

færdigheder som ett sådant juristideal förutsätter går utöver dem som ligger inbakade i stråvan att ge juristen en gedigen och bred kunskap om alla delar av den nationella rätten.

Bristen på sådana vinklingar i juristutbildningen som går utöver en relativt jämntjock beskrivning av nationell rätt kunde, i ett negativt språkbruk, kallas för juristutbildningens *ytlighetsproblem*. Man kan med fog fråga sig om juristen i dag i sin utbildning behöver mer fokus på færdigheter än kunskap om juridiska fakta. Undersökningar av vilken kompetens arbetsgivare och utexaminerade jurister säger sig värdesätta antyder i alla fall detta: man betonar vid sidan av den juridiska kunskapen ofta förmåga att tillämpa kunskapen, förmåga att göra analyser och synteser, förmåga att lösa problem och förmåga till muntlig och skriftlig kommunikation.¹¹ Vidare kan man ställa frågan, huruvida i dessa færdigheter också borde ingå mer allmän vetenskaplig (akademisk) kompetens. Jag diskuterar dessa frågor närmare nedan i avsnitt 3.

Den kanske mest dramatiska förändringen i juristens yrkesroll under de senaste decennierna ligger i dess snabba europeisering och internationalisering. Toppjuristen är inte längre en person som nästan uteslutande använder nationell rätt i en nationell omgivning på ett nationellt språk. Med detta vill jag naturligtvis inte säga att den nationella rätten inte fortsättningsvis skulle ha en dominerande position som referensram i de flesta juristyrken. Det är emellertid uppenbart att dess relativa betydelse har minskat i och med att transnationella element har fått en allt mer framträdande plats i juristens yrkesverksamhet.

Internationaliseringen har flera aspekter. För det första har juristkarriärerna, särskilt på toppnivå, blivit långt mer internationella. Antalet jurister som med en nordisk juristexamen i fickan verkar annorstädes i Europa eller längre bort i världen i juridiska yrken är stadigt ökande. För det andra kräver också nationella befattningar långt mer internationell växelverkan och förmåga att förstå främmande rätt och främmande språk än tidigare. Det räcker med att sätta sig på ett morgonflyg till Bryssel för att se var betydande delar av vår förvaltning tillbringar sina dagar. Och det är symptomatiskt att den största advokatbyrån i Finland gjort engelskan till språk för sin interna kommunikation – majoriteten av kunderna kommer redan från andra länder. För det tredje måste också den jurist som verkar med 'rent' nationella frågor och nationell rätt inse att även sådana delar av rättsordningen kan vara starkt avhängiga av internationella regelverk, och särskilt av europarätten, varför inte ens denna jurist kan komma undan det transnationella perspektivet.

Jurister brukar uppfatta sin examen som en akademisk examen – och juridiken representerar ju en av de fyra fakulteter som bildade de ursprungliga medeltida universiteten. Vill man hålla fast vid detta, och det tycker jag att man bör, måste man också vara beredd att anpassa sig till den internationaliseringsvåg som svept som en stormvind över universiteten under de senaste decennierna. Den akademiska

¹¹ I det s.k. Tuning-projektet (Tuning Educational Structures in Europe, delprojektet Tuning Legal Education in Europe) har man preliminärt nått dessa resultat i arbetsgivar- och juristenkäter, Anne Haarala-Muhonen, presentation vid juridiska fakulteten i Helsingfors 17.10.2007.

utbildningen uppfattas i dag av många ha som mål att skapa sakkunniga som kan tjäna mänskligheten snarare än fosterlandet¹² och som därför kan arbeta och kommunicera i en gränslös akademisk värld. En utbildning som huvudsakligen ger kunskap om nationella förhållanden på ett nationellt språk kanske inte ger de färdigheter som man i dag kan kräva av en person som påstår sig ha en akademisk utbildning.

Den kanske överdrivet nationella inriktningen av dagens juristutbildning kunde man, om man återigen vill tala om ett problem, kalla för juristutbildningens *provinsialismproblem*. Man kan under denna rubrik fråga sig, huruvida juristen i dag borde erhålla mer kunskap om främmande rätt, främmande kulturer och/eller främmande språk än vad den nuvarande utbildningen kan erbjuda. Personligen ser jag detta som den kanske största utmaningen för den nordiska juristutbildningen och jag har därför särskilt betonat dessa frågor i det följande. Jag diskuterar provinsialismproblemet närmare nedan i avsnitt 4.

Provinsialismproblemet sammanhänger med det drag hos juristutbildningen som också ligger bakom det som jag ovan kallat ytlighetsproblemet, nämligen det att huvuddelen av curriculum avdelats för en jämntjock beskrivning av den nationella rätten på rättsområde efter rättsområde. Man kan åtminstone ställa frågan, huruvida och i vilken mån man i den nordiska juristutbildningen satsar för mycket på bredd och för litet på djup, med hänsyn till att det är fråga om en akademisk utbildning. Min huvudtes, på vilken de konkreta teserna bygger, är att man *vid utvecklingen av utbildningen borde satsa mer på djup* (i olika avseenden), *på bekostnad av den ämnesmässiga bredden*.

3. Ytlighet?

Typiskt för juristutbildningen i de flesta länder – åtminstone i Europa¹³ – är en starkare fokus på förmedling av detaljkunskaper än vad som är vanligt inom andra utbildningar. Största delen av de studieår som examen omfattar ägnas åt en beskrivning av rättens innehåll, rättsområde för rättsområde. Dessa delar är i regel obligatoriska och de valfria delarna av examen är oftast relativt begränsade. Sådana huvudämnesstudier som man finner i andra discipliner, i vilka man verkligen kan borra sig djupt ner i ett ämnesområde, finns det inte riktigt utrymme för. I denna

¹² Enligt 4 § i den finska universitetslagen (645/1997) skall universiteten "fostra de studerande till att tjäna fosterlandet och mänskligheten." Tillägget om mänskligheten tillfogades universitetslagstiftningen först på 1990-talet och uppfattades då av många som ganska radikalt.

¹³ Utbildningen i USA, uppbyggd på sokratisk dialog, förefaller åtminstone för en utomstående iakttagare mer inriktad på att bibringa färdigheter än mängder detaljkunskap.

mening kan man hävda att juristutbildningen är ytlig och alltför bred och därför borde försees med mer djup. Detta erkänner också många fakulteter.¹⁴

Det är emellertid lättare att framföra en sådan ytlighetskritik än att åtgärda den. I ett akademiskt beslutsfattande, där företrädare för varje ämne koncentrerar sig på att påvisa hur detaljkunskaper i det egna ämnet är oundgängliga för alla jurister, är det svårt att minska på den jämntjocka karaktären hos utbildningen. När man går till att diskutera dessa frågor är det därför skäl att påminna om de stora variationerna vad avser utbildningens uppläggning, omfattning och struktur i Norden och Europa. Vad som i ett land uppfattas som oundgängligt kan mycket väl undvaras i ett annat land, utan att man nödvändigtvis ser någon korrelation mellan sådana avgöranden och kompetensnivån hos jurister från olika länder.

Redan längdmässigt – jag talar här om den fastslagna ”ideallängden”, inte den tid under vilken den genomsnittliga studenten verkligen avlägger examen – skiljer ju sig både de tidigare och de nuvarande utbildningarna i Norden från varandra, som ovan framgick. I det europeiska perspektivet blir variationerna ännu större.¹⁵ Medan man på kontinenten i något land antar att man inte kan bli en god jurist på kortare tid än sex år, kanske fyra år uppfattas som tillräckligt på annat håll. Tillägger man den brittiska modellen, där en treårig bachelor-examen öppnar dörrarna till juristkarriären, blir bilden ännu mer brokig. Visserligen är ju som känt förhållandet mellan akademisk utbildning och ”lärlingsuppläring” i det juridiska yrkeslivet här traditionellt helt annat än på kontinenten. Jag vill likväl nämna också detta upplägg – naturligtvis utan att förespråka en sådan modell för vår del – därför att de engelska juristerna ju av många uppfattats som föredömligt yrkesskickliga.

Inom den beräknade totala studietiden varierar dessutom andelen av obligatoriska ämnesstudier. Detta är fallet också inom Norden. Medan man t.ex. i Norge har behov av fyra år av gemensamma obligatoriska studier, har man i Finland i samband med Bologna-reformen pressat ner denna del till tre år, vilket här gjort största delen av magisterutbildningen valfri.

I Europa föreligger också betydande olikheter i synen på den palett ämnen som anses oundgängliga för alla. Allmän kontraktsrätt/obligationsrätt, straffrätt och processrätt ingår väl i regel i examen, men beträffande mer ”specialiserade” ämnen råder stor variation. Från mina egna områden har jag konstaterat att för många av oss

¹⁴ Vid ett möte för europeiska juridiska fakulteter i Ljubljana 29.9.-1.10.2005 (Towards Creating the Bologna Curricula. How to Define the Core Legal Subjects and Reduce the Contact Hours?) gjorde man bl.a. följande uttalande i mötets Conclusions: “The curriculum should be constructed in such a manner as to promote intellectual development by building upon prior understanding. This can be done in various ways, such as specialisation in various fields or an emphasis upon comparative, European and international approaches” (<http://www.pf.uni-lj.si/bologna%20process/index.php>).

¹⁵ Ewoud Hondius, Die Errungenschaften der deutschen Zivilrechtswissenschaft: ein Blick aus dem Ausland, i Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band I, München: Verlag C.H. Beck, 2007, s. 1135-1160, på s. 1151 noterar den tyska grundligheten i utbildningen och dess pris: medan en engelsk student i genomsnitt är 21 år gammal när han börjar som barrister eller solicitor, är studentens holländska kollega 23 år, och de tyska jurisstuderandena får ofta vänta tills de är 25-26 år gamla.

självklara ämnen som bolagsrätt, immaterialrätt och konsumenträtt ingalunda på alla ställen utgör en obligatorisk del av curriculum (nu talar jag inte om eventuella allmänna inledande översiktskurser över hela rättsordningen eller hela privaträtten, där man förhoppningsvis åtminstone i korthet nämner grundtankarna bakom dessa rättsområden, utan om ämneskurser med mer detaljerat innehåll). Likaså kan man påträffa examina, som inte upptar något mer ingående studium t.ex. av skatterätten i den del av utbildningen som är obligatorisk för alla.¹⁶ Jag nämner inte dessa exempel här för att antyda hur man borde dra gränsen mellan de obligatoriska ämnesstudierna och de fördjupande studierna i fortsättningen, utan blott för att visa att det i ett internationellt perspektiv förmodligen är relativt få ämnen som "självklart" hör hemma på den obligatoriska agendan. En diskussion av förhållandet mellan bredd och djup i den nordiska juristutbildningen borde därför kunna föras mer förutsättningslöst än vad som är fallet om man anknyter den för nära till ämnesområdena för de lärostolar som traditionen begåvat våra fakulteter med.

De långvariga jämntjocka ämnesstudierna är problematiska i pedagogiskt hänseende. En god akademisk utbildning borde innehålla en fortgående pedagogisk fördjupning. Detta är åtminstone ytligt sett inte möjligt i en modell där man beskriver rätten ämne för ämne, och varje gång börjar på nytt från en basnivå. Som man i analysen av behoven att reformera juristutbildningen vid Köpenhamns universitet framhållit, blir det i en utbildning där man fokuserar på kompetens snarare än kvalifikation "i højere grad nødvendigt at se uddannelse som et sammenhængende hele, hvor fag, undervisning og prøveformer kun er delelementer i en samlet læringsproces."¹⁷

Om man vill ge en rättvis bild av nuläget måste man dock medge, att karaktäristiken av juristutbildningen som jämntjock kan framstå som alltför ensidig. Bakom de områdesvisa beskrivningarna av rätten ligger ju en dold läroplan som syftar till att utveckla det juridiska tänkandet hos studenten. Det är givet att man i ämnen som ligger senare i studiet kan förutsätta mer förmåga till sådant tänkande och därigenom låta studiet djupna. I vilken mån man verkligen utnyttjar detta är dock svårt att bedöma. Variationerna mellan olika länder och lärosäten är säkert stora.

Den jämntjocka beskrivningen av rättens innehåll lämnar också litet utrymme för andra färdigheter som man kan förutsätta av juristen i det senmoderna samhället. En djupare förståelse av det juridiska beslutsfattandets natur och dess relationer till annat samhällsligt beslutsfattande blir snarare en biprodukt av än en huvudmålsättning för utbildningen. Den förmåga att tillgodogöra sig resultat av samhällsvetenskaplig forskning, mångkulturell diskurs och etisk analys, som borde vara självklar hos en akademiskt utbildad beslutsfattare, garanteras heller inte i en utbildning som domineras av en bred beskrivning av gällande rätt.

¹⁶ Exempelvis i Norge föreligger betydande skillnader mellan fakulteterna vad avser omfattningen av studierna i skatterätt.

¹⁷ Betänkning om jurauddannelserna ved Københavns Universitet, 2005, s. 7.

Personligen tycker jag att den finska lösningen att pressa ner de obligatoriska ämnesstudierna så att de kan absolveras under det treåriga studiet för den lägre examen är ett steg i rätt riktning. (Över)tron på utbildningens informationsförmedlingsuppgift håller allt sämre i dagens snabbt föränderliga juridiska omgivning. Argument av typen "man kan inte bli en god jurist om man inte i detalj studerat den-och-den lagstiftningen" blir allt mindre övertygande i ett samhälle där en betydande del av det normmaterial som studerats utbyts redan under det första decenniet efter examen. Också när det gäller mer stabila rättsområden är det mer sällan detaljkunskapen om ett särskilt rättsområde som avgör kompetensen, när man anställer jurister. En framstående advokat som kanske i trettio år har ägnat sig endast åt affärsjuridik och vars straffrättsliga minneskunskaper är nära nollpunkten kan mycket väl utnämnas till högsta domstolen i något land, med uppgift att bidra i högsta instans till rättsutvecklingen bl.a. på straffrättens område. Detta är naturligtvis en bra sak: en god jurist kännetecknas inte primärt av hans breda kunskaper om hela rättsordningen, utan av hans metodologiska färdigheter, hans insikter i de grundläggande utgångspunkterna och principerna för rättsordningen och de olika rättsområdena samt hans *judicium*, som innefattar en förståelse av samhälle, kultur och etik.

En förkortning av den obligatoriska delen av utbildningen gör det möjligt att satsa mer direkt på sådana färdigheter i stället för att bara hoppas på att de kanske bibringas studenten som en biprodukt av den breda kunskapsförmedlingen. Detta hopp kan nämligen visa sig vara förfelat. De breda beskrivningarna av rättens innehåll i den obligatoriska delen är ju i regel i hög grad läroboksbaserade, vilket lätt ger studenten en blek bild både av hur man resonerar juridiskt i mer komplicerade fall och av hur man i vetenskapligt syfte nalkas rättens värld. En förkortning av den obligatoriska rättsområdesbeskrivningen ger mer möjlighet att gå på djupet i de övriga, oftast mer valbara delarna av utbildningen. Dessutom tvingar den i sig fram en koncentration på de grundläggande utgångspunkterna och principerna för de rättsområden som behandlas under de obligatoriska studierna.

Jag vill på dessa grunder förfäkta tesen att de obligatoriska ämnesstudiernas andel av utbildningen borde minskas, helst så att den beräknade studietiden för deras del understiger tre år. Jag är övertygad om att detta kan göras, av de skäl som anförts ovan, utan att man äventyrar utgångspunkten att juristexamen skall vara generellt kompetensgivande för alla juristkarriärer.

Vad borde man då göra med återstoden av utbildningen? Om man då t.ex. i en femårig struktur har minst två år avdelade för valbara studier kan man se omedelbara fördelar med avseende å möjligheter till motivationsökande specialisering relaterad till studenternas förväntade yrkeskarriärer. Utrymmet för nydanande pedagogik som utnyttjar problembaserad inlärning ökar också.¹⁸ Jag skall emellertid

¹⁸ Härmed påstås inte att man inte kunde ha sådana metoder också i de obligatoriska delarna; så har t.ex. fakulteten i Uppsala framgångsrikt övergått till ett sådant pedagogiskt koncept, se *Rätt juristutbildning?*, s. 87 f.

inte här analysera de pedagogiska frågorna närmare, utan jag tar bara upp ett antal åtgärder som relaterar till vad som stundom uppfattats som bristande vetenskaplighet hos den traditionella juristutbildningen. Jag tror nämligen att de färdigheter som den senmoderna juristen behöver vid beslutsfattande i samhälleligt, kulturellt och etiskt svåra frågor medför ett behov av att höja de akademiska målsättningarna för utbildningen.

Jag ser här åtminstone tre slag av behov som kunde tillgodoses genom den fördjupning som de valbara studierna ger möjlighet till. För det första kan studenternas möjligheter att stifta bekantskap med den juridiska forskningens metoder och resultat ökas i de valbara avsnitten. Man är inte i så hög grad avhängig av läroböcker som läromedel, utan kan i större utsträckning utnyttja vetenskapliga monografier och artiklar som kurslitteratur eller studieunderlag. För det andra kan man bereda utrymme för en djupare bekantskap med metoder och resultat av andra samhällsvetenskapliga och humanistiska discipliner. Nivån och inriktningen på det som erbjuds måste naturligtvis variera. Studenter som så önskar bör kunna ta in i sina examina biämnen från andra fakulteter. För det tredje bör man ställa höga vetenskapliga krav på studentens eget arbete. Det finns ingen rimlig anledning till att kraven på avhandlingsarbetet i de juridiska fakulteterna skall vara lägre än i andra fakulteter, vilket i dag är fallet vid många (men ingalunda alla) universitet. Då juristyrket är fokuserat just på självständig problemanalys och skriftlig framställning borde man väl i en utbildning för detta yrke ställa minst lika höga krav på den egna forskningsinsatsen som i många andra akademiska utbildningar.

Detta står inte i någon motsättning till att juristutbildningen syftar till att ge förmåga att verka inom en bestämd form av samhällelig praxis. Det att medicinare, teologer eller pedagoger också har en sådan praxisrelation har inte lett till avkall på vetenskapligheten i vad de gör. Man kan tvärtom säga att god praxis i regel är baserad på god teori. Jag vill därför förfäktas tesen att *kraven på vetenskaplig insikt och insats i den juridiska utbildningen bör höjas*.

Kravet på en höjning av (tvär)vetenskapligheten hos juristutbildningen är alltså anknutet till de behov jag tror följer av den förändrade profilen hos många praktiska juristyrken i det senmoderna samhället. Det har inte direkt att göra med den akademiska världens behov. Den ökade valfriheten kan emellertid utnyttjas också i sistnämnda syfte. Den juridiska fakulteten i Helsingfors har t.ex. erfarenhet av en "forskarlinje", där man mer konsekvent introducerar studenterna i vetenskapens värld redan under magisterstudierna.. "Linjen" har avkastat flera framstående unga forskare för fakulteten.

4. Provinsialism?

Ovan, i avsnitt 2, beskrev jag de nya krav som juristyrkets internationalisering ställer på juristutbildningen. I flera avseenden har den juridiska verksamheten blivit mer

europæiseret og international, hvilket stiller nye krav på uddannelsen. En næsten udelukkende fokus på national ret fremstår som forældet. Den dybdegående uddannelsen som efterlystes oven, bør derfor også omfatte en dybdegående uddannelse af evnen til at forstå retten i en kulturel og komparativ kontekst. Man kan tage som en selvklar udgangspunkt at *de komparative og internationale synsvinkler bør betones mere end tidligere i juristuddannelsen*. I et læge der det pågår en dybdegående europæisering af retsvetenskaben kan man helt enkelt ikke holde fast ved en stærkt national inriktning af juridikstudierne.¹⁹

Det forudsætter sprogkundskab. Det er alment omvittnet at nyuddannede juristers evne til at udnytte et verdenssprog ofte er mindre end andre samfundsvetenskaber. Dette forklares af at den juridiske studielitteratur ofte er næsten udelukkende skrevet på et inhemskt sprog, mens samfundsvetenskaberne bruger sig af international litteratur inden sine studier. Man kan spørge sig selv, hvor bæredygtigt dette er. Det at studentorganisationerne stundom aktivt modsat sig økningen af andelen af udenlandsk litteratur i pensum udgør i alle fald intet overbevisende argument mod en større åbning mod den internationale.

I dag er andelen af udenlandsk materiale og undervisning meget lav i de nordiske fakulteter. I hvilken grad dette er faldet varierer dog. Ved evalueringen af den norske uddannelsen i 2007 fik jeg billedet af en ekstremt national uddannelse, med næsten intet udenlandsk materiale i de obligatoriske studier.²⁰ I Finland har man i noget højere grad brugt sig af udenlandsk litteratur i den obligatoriske del af pensum. Det omtalte kritiserede den internationale panel som evaluerede uddannelsen ved fakultetet i Helsingfors i 2003 den begrænsede anvendelse af internationalt materiale i den obligatoriske del af uddannelsen og anbefalede en økning af sådant materiale.²¹

I mange fakulteter er læget det at man kan få en juridisk sluteksamen uden at egentlig være tvungen til at læse noget materiale eller deltage i nogen undervisning på andet sprog end det egne. En sådan provincialisme forekommer ikke at være i takt med tiden. Det er ikke svært at forsvare også den mere konkrete tese at *andelen af udenlandsk materiale bør øges, også i de obligatoriske dele af studierne*.

Någon kunde invända, att detta kan göra utrymme för den nationella rätten alltför begränsat. För att undvika missförstånd vill jag betona att jag ingalunda föreslår att tyngdpunkten i uddannelsen skulle läggas vid internationellt material. Om man antar, vilket jag tror ger en ganska korrekt bild, att 95 % av materialet i dagens nordiska juristuddannelse är inhemskt, tror jag att man kunde låta denna procent sjunka till låt

¹⁹ Bénédicte Fauvarque-Cosson, *The Rise of Comparative Law: a Challenge for Legal Education in Europe*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007.

²⁰ Dette kritiseredes af udværdingspanelerne, se t.ex. NOKUT Tromsø 2007 s. 16 (en artikel på engelsk i hele den obligatoriske pensumet!), NOKUT Oslo 2007 s. 15 og NOKUT Bergen 2007 s. 15.

²¹ Sari Lindblom-Ylänne (red.), *Final Report on the Evaluation of the Faculty of Law, Evaluation Projects of the University of Helsinki 13/2003*, s. 18. Panelen bestod af professorerne Maarit Jänträ-Jareborg, Madeleine Leijonhufvud og Aleksander Peczenik fra Sverige og dr. Peter A.J. Bouhuijs fra Holland.

säga 75-80 %, utan att riskera att förlora vare sig tillräcklig kunskap i den egna rätten eller utvecklingen av och kunskapen om en egen nationell juridisk terminologi. En del av den internationella insatsen kunde väl göras i den valfria delen av utbildningen, så att de som strävar efter en mer internationell karriär kunde arbeta mer på denna linje, men det är viktigt att något också görs i de obligatoriska delarna, så att ingen kan helt undvika ett sådant språk- och (rätts)kulturbad.

En annan möjlig invändning är den att en internationalisering av utbildningen oundvikligen resulterar i ett slags anglo-amerikansk (rätts)kulturimperialism. Av skäl relaterade till studenternas och lärarnas språkkunskaper innebär mer frekventa blickar utöver de egna gränserna lätt en tillväxt av material relaterat till common law. Också denna invändning är värd att ta på allvar. Är man uppmärksam på den kan man emellertid åtminstone delvis undvika problemet. Tillgången till olika slag av komparativa analyser, sameuropeiska casebooks och principalsamlingar på engelska har ju ökat mycket kraftigt under senare år. Härigenom undviker man dock inte den terminologiska snedvridning som följer med material på engelska språket. Idealtillståndet skulle vara att man kunde studera material också på andra världsspråk.

Det är intressant att notera, att studenterna själva "röstar med fötterna". Insikten att man måste kunna något utöver den nationella rätten har gjort jurisstuderandena till mycket aktiva utnyttjare av de möjligheter till studentutbyte som dagens akademiska värld erbjuder. T.ex. vid Helsingfors universitet toppar juridiska fakulteten klart tabellen över andelen studenter som avlägger en del av sina studier, minst tre månader, vid ett utländskt lärosäte. Ca 50 % av jurisstuderandena vid universitetet använder sig av denna möjlighet. Det säger sig självt att utbildningens uppläggning bör innehålla tillräckligt utrymme för sådana studier. En omfattande valfri del ger naturligtvis denna möjlighet, men personligen har jag varit beredd att godkänna att delar av också de obligatoriska studierna kan avläggas utomlands. Inte blott folkrätt och europarätt är här självklara kandidater. Min uppfattning är att grunderna i t.ex. bolagsrätt, marknadsrätt eller immaterialrätt kan inläras i tillräcklig grad också utanför det nationella rättssystemet.

En speciell fråga är i detta sammanhang den, huruvida och i vilken mån man i undervisningen bör inkludera ett "sameuropeiskt" perspektiv, utöver det som följer av den självklara integreringen av EU-rätten. I vilken mån borde man studera t.ex. kontraktsrätten i skenet av de europeiska kontraktsrättsprinciperna²² och den på dem baserade Gemensamma referensram för kontraktsrätten (Common Frame of Reference) som nyligen publicerats? Borde man i högre grad diskutera existensen av "europeiska rättsprinciper" på basen av komparativt material?²³ Vissa fakulteter

²² Ole Lando & Hugh Beale (red), *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague: Kluwer Law International, 2000 och Ole Lando, Eric Clive, André Prüm & Reinhard Zimmermann (red), *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague: Kluwer Law International, 2003.

²³ Se t.ex. beträffande skadeståndsrätten Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht, Band I*, München: C.H.Beck, 1996 och *Band II*, München: C.H.Beck, 1999.

i Europa har satsat mer på ett sådant perspektiv, medan andra mer eller mindre ignorerar det. Frågan sammanhänger med innehållsliga attityder till önskvärdheten att befrämja eller motarbeta en mer djupgående konvergens av rätten i EU, och jag skall inte gå närmare in på den här.²⁴ Den internationalisering av utbildningen som jag här talar för kan ske med fokus på komparativt nationellt material lika väl som på europeiska principer.

En ökning av det internationella materialet i pensum och en växande användning av möjligheterna till studentutbyte är självklara sätt att internationalisera juristutbildningen. Vill man skapa en modern attraktiv juristutbildning tror jag emellertid att man bör gå längre än blott utnyttja material och undervisning utifrån. Man bör också söka bryta upp hemmamiljöns ofta starkt nationella prägel. I universitetsvärldens strategidebatter under senare år har man ofta lyft fram vikten av vad man brukat kalla "internationalisation at home", internationalisering på hemmaplan.²⁵ Detta har man sett som en viktig del av arbetet på att skapa sådana kreativa miljöer som kan föra såväl universiteten som samhället framåt.²⁶ Jag ser inte tillräckliga skäl till varför de juridiska fakulteterna skulle helt ställa sig utanför denna utveckling, även om man naturligtvis här också måste ta hänsyn till behovet av ett studium av den nationella rättsordningen på ett nationellt språk.

Internationalisering på hemmaplan förutsätter en mer fördomsfri inställning till en aktiv rekrytering av forskare och lärare från andra länder. På många håll i Norden är andelen utländsk personal så låg att man tydligt kunde öka dess andel utan att äventyra undervisningen i och kunskapen om den "rent" nationella rätten. Visserligen har man på många håll rekryterat i andra nordiska länder – två av dekanerna vid de ledande svenska fakulteterna kommer från Finland, och t.ex. vid juridiska fakulteten i Tromsø har man en relativt hög andel lärare från andra nordiska länder²⁷ – men detta är blott ett halvt steg i rätt riktning. En mer genomgripande internationalisering på hemmaplan, som skulle kunna införa kreativa externa synpunkter i den nationella utbildningen och debatten, förutsätter att blickarna i högre grad än tidigare riktas också utanför Nordens gränser. Det är knappast förvånande att redan en snabb blick på hemsidorna för de juridiska fakulteterna vid ledande forskningsuniversitet som Oxford och Cambridge visar att dessa – även om också de primärt har nationell inriktning – har en högre beredskap att locka lärare också utanför det egna rättsområdet.²⁸

²⁴ Som exempel på en av många goda volymer, se Stefan Grundmann & Jules Stuyck (red), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2002.

²⁵ Se t.ex. Åtgärdsprogram för Helsingfors universitets internationella verksamhet 2004-2006, Godkänt av konsistoriet 4.6.2003, Helsinki 2004 (<http://www.helsinki.fi/kehittamisosasto/intlactionplan0406.pdf>).

²⁶ Med inspiration från kultboken Richard Florida. *The Rise of the Creative Class*, New York: Basic Books, 2002.

²⁷ 10 % av lärarstaben kommer från utlandet (Finland, Sverige och Nederländerna), NOKUT Tromsø 2007 s. 31.

²⁸ Se hemsidorna <http://denning.law.ox.ac.uk/members/members.shtml>, <http://www.law.cam.ac.uk/staff/>

Personalpolitik kan ge resultat på lång sikt. I ett kortare perspektiv finns det emellertid annat som fakulteterna kan göra för att öka internationaliseringen på hemmaplan. Som tidigare nämnts, har många fakulteter ökat det internationella studentutbytet mycket kraftigt, och de som inte gjort det bör naturligtvis följa efter. Detta innebär, att fakulteterna besöks av ett betydande antal utländska utbytesstudenter, vilka i regel deltar i kurser som fakulteten arrangerar på engelska. Detta är emellertid en internationaliseringsresurs som många fakulteter utnyttjat i förbluffande ringa mån. De utländska studenterna går på egna kurser i vilka få eller inga lokala studenter deltar. Detta kritiserades vid den utvärdering av de svenska juristutbildningarna som jag deltog i för åtta år sedan²⁹ och man kan ju hoppas att kritiken noterats. I varje fall är det klart att motsvarande kritik i dag kan riktas mot de norska fakulteterna.³⁰ Även om man i Helsingfors gjort ansatser att skapa blandade seminarier – som jag själv har upplevt som mycket inspirerande undervisningstillfällen både för studenterna och för lärarna – har man inte heller här fört integreringen så långt som vore önskvärd. I stället för att isolera de utländska studenterna borde man sträva till att skapa gemensamma undervisningstillfällen, där den juridiska multikulturalismen skulle komma alla fakultetens studenter till godo.

Deltagande i sådana multikulturella seminarier borde inte heller förbehållas de frivilliga konnässörerna, utan göras obligatoriskt för alla dem som inte genom att delta i studentutbyte fått motsvarande upplevelser. Som en mycket konkret tes vill jag formulera kravet att *det borde göras obligatoriskt för alla studenter som inte deltar i studentutbytet att åtminstone medverka aktivt i seminarier eller motsvarande undervisningstillfällen med ett starkt inslag av utländska studenter.*

5. En röst för Bologna

Utbildningens innehåll är alltid viktigare än dess struktur. På grundval av det som ovan sagts om utvecklingen av innehållet vill jag likväl avrunda med några ord om strukturerna. Jag upplever det nämligen som olyckligt att juristutbildningen i Norden i dag är strukturellt så splittrad som framgår av det inledande avsnittet ovan. Av såväl praktiska som ideologiska (nordism) skäl vore en större strukturell samordning önskvärd.

I en sådan samordningsprocess vore det naturligtvis lätt att falla tillbaka på majoritetsprincipen. Då tre av de fem nordiska länderna redan förverkligat *Bolognastrukturen, med en treårig lägre examen och en tvåårig högre examen, som ger full juristkompetens, borde motsvarande struktur genomföras i hela Norden.* Jag vill gärna förfäktas också denna tes. Då emellertid majoritetsprincipen knappast är ett övertygande argument i denna fråga, särskilt inte i Norge och Sverige, vill jag hävda att det också finns goda substantiella skäl för en sådan lösning. Jag skall i korthet skissera upp dem i det följande.

²⁹ Rätt juristutbildning?, s. 35.

³⁰ Se NOKUT Oslo 2007 s. 32 f., NOKUT Bergen 2007 s.34 f., NOKUT Tromsø 2007 s. 32 f.

Bolognastrukturen ligger väl i linje med det jag ovan sagt om behoven att utveckla juristutbildningen i innehållsligt avseende. Den tvååriga utbildningen i andra skedet – jag kallar den här i korthet för utbildningen på mastersnivå, medveten om de variationer i titelstruktur som föreligger i de nordiska länderna – är avsedd att vara en fördjupande utbildning. Den byggs på den grundläggande treåriga utbildningen, som kan ha avlagts vid en annan fakultet. Utbildningen på mastersnivå bör därför inte innehålla element av den breda introducerande beskrivning av rättsområdena som präglar ämnesstudierna. En Bolognastruktur, rätt genomförd,³¹ medverkar därför i sig till att minska den tid som kan avdelas för den jämntjocka genomgången av de olika rättsområdena. Den satsning på djup på bekostnad av bredden som efterlysts ovan kan därför gynnas av att man anammar Bolognastrukturen.³²

Ett av de viktigaste allmänna skälen för introduktionen av Bolognamodellen var strävan att öka studenternas horisontella rörlighet i Europa. Studenter med en bachelorgrad från ett land och en mastergrad från ett annat kan ha nyttiga kunskaper för att fungera väl på en framväxande europeisk arbetsmarknad. Detta gäller också jurister. I dagens EU finns det en beställning också på jurister som har en kombinerad utbildning av detta slag. De nordiska juridiska fakulteterna bör ha beredskap att svara på denna beställning. De bör kunna utbilda studenter på bachelornivå, som vill åka ut för att ta sin mastergrad annorstädes, och på motsvarande sätt erbjuda mastersutbildning för studenter med bachelorgrad från ett annat land, under förutsättning att den första utbildningen fyller rimliga kvalitetskrav. Man kan också väl tänka sig de goda nordiska fakulteterna som producenter av eftersökta tvååriga masterprogram på engelska för utländska studenter.³³

Möjligheterna till en sådan horisontell rörlighet kan bli betydelsefulla blott om många andra länder också genomfört Bolognamodellen. Detta verkar vara fallet också vad beträffar juristutbildningen. Inte blott i tre av Nordens länder utan också annorstädes inom det europeiska utbildningsområdet – som t.ex. i Frankrike, Italien, Nederländerna och Belgien³⁴ – har man bedömt det som möjligt att tillämpa

³¹ Det alternativ som fakulteten i Bergen anfört som en möjlighet, nämligen att en del av grundstudierna (processrätt, straffrätt och allmän förmögenhetsrätt) förläggs till masterdelen av studierna, utgör inte någon äkta Bolognamodell, då den inte skulle ge möjlighet till den horisontella rörlighet som Bolognamodellen strävar efter, se NOKUT Bergen 2007 s. 9.

³² Som John Bell, *Legal Education and Bologna: A British Perspective*, *European Journal of Legal Education* 2005, s. 95-104, konstaterar redan i sammandraget: "As countries adjust to the Bologna process, they will need to reduce the content learnt in the first three years, but need to ensure that the concept map and skills are firmly grasped."

³³ Den juridiska fakulteten i Helsingfors har beslutat inleda ett sådant program år 2009. Programmet skall alltså leda till en magistergrad som ger juristkompetens, till skillnad från det ettåriga LL.M.-program som man hittills erbjudit, vilket enbart är en kompletterande utbildning för redan färdiga jurister.

³⁴ Se Heribert Hirte und Sebastian Mock, *Ausgestaltung der Juristenausbildung vor dem Hintergrund des Bologna-Prozesses* (<http://www.elfa-afde.org/Pdf/papers/Bologna%20JuS.pdf>). Se också t.ex. Evy de Batselier, *Legal Education in Flanders: Introducing the Bachelor/Master structure*, *European Journal of Legal Education* 2004 s. 45-51.

3+2-strukturen i de juridiska fakulteterna.³⁵ Även om det finns viktiga undantag, såsom Tyskland,³⁶ förefaller alltså de europeiska erfarenheterna tala för modellen.

Någon kunde kanske invända att sådana europeiserade hybridjurister inte vore användbara nationellt. Ett sådant påstående – i generell form – är lätt att ifrågasätta. Det är ju ett faktum att EU-reglerna redan i dag ger jurister som har hela sin utbildning i ett medlemsland rätt att under vissa förutsättningar verka som jurister i andra medlemsländer.³⁷ Man möter på de nationella nordiska arbetsmarknaderna också ett växande antal sådana jurister. Om detta är möjligt, borde väl jurister som tagit en av sina examina i det egna landet vara ännu bättre kvalificerade att arbeta som jurister i detta land?

6. Teserna

I referatet har jag analyserat den nordiska juristutbildningens utmaningar i belysning av de förändringar i juristernas yrkesroller som ägt rum i det globaliserade senmoderna samhället. Dessa förändringar tenderar att framhäva drag av ytlighet och provinsialism som ofta vidlåder utbildningen. Mot denna bakgrund har jag ovan motiverat följande teser, av vilka den första utgör en utgångspunkt, som konkretiseras i de följande teserna.

Tes 1: Vid utvecklingen av den nordiska juristutbildningen borde man satsa mer på djup, på bekostnad av den ämnesmässiga bredden.

Tes 2: De obligatoriska ämnesstudiernas andel av utbildningen borde minskas, helst så att den beräknade studietiden för deras del understiger tre år.

Tes 3: Man bör höja kraven på (tvär)vetenskaplig insikt och egen forskningsinsats i juristutbildningen.

Tes 4: De komparativa och internationella synvinklarna bör betonas mer än tidigare. Detta innebär bl.a. att andelen utländskt material bör ökas, också i de obligatoriska delarna av studierna.

³⁵ European Law Faculties Association har också förhållit sig positiv till en Bolognastruktur av något slag, se Statement by the ELFA Board 31 May 2002: For a European Space of Legal Education (<http://www.elfa-afde.org/html/frameset.html>).

³⁶ Se om den tyska diskussionen t.ex. Laurel S. Terry, Living with the Bologna Process: Recommendations to the German Legal Education Community from a U.S. Perspective, *German Law Journal* 2006 s. 873-879, och rapporten Auswirkungen des Bologna-Prozesses auf die Juristenausbildung – Überlegungen aus Deutscher Sicht, *European Journal of Legal Education* 2005 s. 141-147. Polen och Ungern förefaller också ha en integrerad modell, se Gyula Bándi, Legal Education in Europe, paper presented at 6th Congress of the European Women Lawyers Association, May 19-20, 2006, Budapest.

³⁷ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer, samt Rådets direktiv 77/249/EEG av den 22 mars 1977 om underlättande för advokater att effektivt begagna sig av friheten att tillhandahålla tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 98/5/EG av den 16 februari 1998 om underlättande av stadigvarande utövande av advokatyrket i en annan medlemsstat än den i vilken auktorisationen erhöles.

Tes 5: Det borde göras obligatoriskt för alla studenter som inte deltar i studentutbyte att medverka aktivt i seminarier med ett starkt inslag av utländska studenter.

Tes 6: Den tudelade Bolognastrukturen, med en treårig lägre examen och en tvåårig högre examen, som ger full juristkompetens, borde genomföras i alla nordiska länder.