

Forhandlingene ved

# **Det 40. nordiske juristmøte**

i Oslo  
21.–22. august 2014

BIND II

Utgitt av det norske styret

De nordiske juristmøter © 2015  
[www.nordiskjurist.org](http://www.nordiskjurist.org)

Trykk: HG Media as  
Opplag: 1000  
Sats: Times New Roman 8 / 10pt

ISBN 978-82-999790-1-6

## FORORD

Dette bind gjengir eller gir en oversikt over innlegg, foredrag og taler ved det 40. nordiske juristmøte i Oslo 21.-22. august 2014, i tillegg til det norske styrets beretning fra møtet og de forskjellige veiledninger mv. som var utsendt i forkant av møtet.

Foredrag og koreferentinnlegg er tatt inn på grunnlag av mottatte manuskripter. For et par seksjonsmøter har redaksjonen ikke mottatt noe manuskript, slik at koreferentens innlegg er gjengitt i form av en kort sammenfatning som står for redaksjonens regning.

Refereringen av debattene på seksjonsmøtene er forenklet på det 40. nordiske juristmøte sammenlignet med tidligere juristmøter, i tråd med den veiledning som det norske styret sendte ut før møtet. Debattene er gjengitt i dette bind på grunnlag av den sammenfatning som debattlederen har sendt redaksjonen i samsvar med retningslinjene for møtet, samtidig som den enkelte deltaker i debatten har hatt anledning til å få inntatt sitt innlegg særskilt. For et par seksjonsmøter foreligger det ingen slik sammenfatning som nevnt, slik at redaksjonen har utarbeidet en meget kort sammenfatning i stedet.

Oslo, mai 2015.

*Inge Lorange Backer*

*Tron Løkken Sundet*

## INNHold

Beretning fra det 40. nordiske juristmøte .....	13
Møteprogram.....	19
Åpningsmøte.....	31
Den norske styreleders velkomsttale .....	33
Grunnlovens funksjon i de nordiske land .....	37
Professor <i>Fredrik Sejersted</i> , Norge	
Takketales fra vinneren av den nordiske juristpris 2014.....	55
Professor <i>Stig Strömholm</i>	
<i>Foredrag:</i>	
Folkets rolle i forfatningsendringer .....	59
Næringslivet og menneskerettigheter .....	69
Proporsjonalitetsprinsippet i de nordiske høyesteretter når nasjonal lovgivning griper inn i EU/EØS-rettens fire friheter .....	81
<i>Seksjonsmøter:</i>	
Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?.....	98
Selskapsstyring og antikorrupsjon .....	109
Når bør man varetektsfengsle?.....	121
Det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet.....	129
Samboeres rettsstilling i Norden.....	139
I hvilken grad kan eller bør forvaltningsrettslige prinsipper gjelde når det offentlige opptrer som privat aktør?.....	145
Håndheving av normer og avtaler om næringslivets samfunnsansvar («corporate social responsibility»).....	169

Forbudet mot dobbel straffefølgning («ne bis in idem»).....	175
Mineralutvinning – kan rettsreglene ivareta hensyn til både næringsutvikling, miljøvern og urfolk? .....	183
Sakkyndiges rolle i sivilprosessen .....	189
Barnets beste utenfor familieretten – hvor langt kan det være avgjørende?.....	197
Borgeren og digitalisert forvaltning – hvor går vi?.....	203
Erstatning i konkurranseretten .....	215
Håndtering av komplekse straffesaker i domstolene .....	225
Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige? .....	231
Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn.....	241
Kulturminnevern – forholdet til eiendomsrett og utbygging.....	245
Konsekvensene av at offentlig informasjon blir spredt med informasjonsteknologi.....	257
Interessekonflikter i advokatvirksomhet .....	263
I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?.....	273
Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler.....	281
Erstatning for rene økonomiske skader.....	293
Injurieturisme.....	305
<i>Avslutningsmøte:</i>	
Åpenhet og trygghet i Norden etter erfaring med terrorhandlinger .....	317

## **Vedlegg**

Veiledning for referenter, koreferenter og debattledere ved det 40. nordiske jurismøte i Oslo 21.-22. august 2014.....	333
Supplerende veiledning for debattledere .....	337
Veiledning for foredragsholdere ved det 40. nordiske jurismøte.....	339
Veiledning for deltakere i debattene på det 40. nordiske jurismøte i Oslo 21.-22. august 2014 .....	340
Vedtekter for De nordiske jurismøter.....	341
Reglemente för Gunnar Swensons Fond, för de nordiska jurismöterna .....	343
Verksamhetsberättelse för Stiftelsen Gunnar Swensons fond 2011–2013.....	346
Deltagerliste .....	353

## Beretning fra det 40. nordiske juristmøte

Avgitt av det norske lokalstyret

## Beretning fra det 40. nordiske juristmøte

### Avgitt av det norske lokalstyret

Det 40. nordiske juristmøte ble holdt i Oslo 21. og 22. august 2014 etter at det norske lokalstyret hadde fremført sin invitasjon ved avslutningen av det 39. nordiske juristmøte i Stockholm i 2011.

På det 39. nordiske juristmøte ble følgende valgt til medlemmer av lokalstyrene:

Danmark: Professor dr.jur. Mads Bryde Andersen, direktør dr. jur. Jonas Christoffersen, advokat Tove Dahl, advokat Mette Klingsten, advokat Jesper Lett, departementschef Anne Kristine Axelsson, høyesteretspræsident Børge Dahl, landsdommer Dorthe Wiisbye, rigsadvokat Jørgen Steen Sørensen og statsforvaltningsdirektør Torben Sørensen.

Finland: Förvaltningsråd Matti Pellonpää, markandsrättsdomare Anne Ekblom-Wörlund, juris kandidat Márten Janson, advokat Gisela Knuts, president Pauliine Koskelo, professor Anne Kumpula, förvaltningsdirektör Olli Muttilainen, professor Kimmo Nuotio, professor Pia Letto-Vanamo og professor Johanna Niemi.

Island: Højesteretsadvokat Ragnar Tómas Arnason, visedirektør Ragna Árnadóttir, advokat Dóra Sif Tynes, dosent Brynhildur Flovenz, professor Ragnhildur Helgadóttir, dommer Helgi I. Jónsson, professor Vidar Már Matthiasson, højesteretsadvokat Valborg Snævarr, fv. højesterettsdommer Hjörtur Torfason, og professor Robert Spano.

Norge: Professor dr. juris Inge Lorange Backer, rådgiver Aina Mee Ertzeid, advokat Ph.D. Jan Fougner, professor dr. juris Viggo Hagstrøm, professor dr. juris Trude Haugli, juridisk direktør Hans Henrik Klouman, advokat dr. juris Are Stenvik, advokat Tine Engstrøm Wærsteen, høyesterettsdommer Toril M. Øie, førstemanuensis Ragna Aarli, førstemanuensis Hans Fredrik Marthinussen (observatør) og advokat Kine Elisabeth Steinsvik (observatør).

Sverige: Lagmannen Stefan Strömberg, chefsrådmannen Erik Brattgård, f.d. ordföranden i Högsta förvaltningsdomstolen Sten Heckscher, advokaten Kaj Hobér, justitierådet Henrik Jermsten, kanslichefen Camilla Olsson, generaldirektören Anne Ramberg, professorn Christina Ramberg, professorn Ulrik von Essen og chefsjuristen Hans Wibom.

Utsendinger fra lokalstyrene fastla det faglige programmet for det 40. nordiske juristmøte og drøftet forberedelsene til møtet på et møte («delegertmøtet») i Stockholm i november 2012.

I det 40. nordiske juristmøte deltok i alt 897 medlemmer og 50 ledsagere. Deltakerne fordelte seg slik på landene:

Land	Deltakere
Danmark	182
Finland	93
Island	43
Norge	311
Sverige	268



Etter yrkeskategorier/arbeidssteder fordelte deltakerne seg anslagsvis slik: Domstolene 43 %, forskning og undervisning 15 %, advokatyret 15 %, justisdepartementene 11 %, annen offentlig forvaltning 5 %, politi og påtalemyndighet 3 %, annen privat virksomhet 1 % og annet 6 %.

Som møtets president ble valgt professor Inge Lorange Backer og som visepresidentene professor Mads Bryde Andersen, forvaltningsråd Matti Pellonpää, advokat Ragnar Tómas Arnason og lagmannen Stefan Strömberg.

Generalsekretær for møtet var førsteamanuensis Ph.D. Herman Bruserud. Som sekretærer for møtet ble ellers valgt dommer Susanne Skotte Wied, advokat Anna-Karin Mickwitz, professor Ragnhildur Helgadóttir, nestleder i Arbeidsretten Tron Løkken Sundet, som også var møtets assisterende generalsekretær, og departementsrådet Johan Danelius.

Onsdag 20. august kl 1600 ble det holdt et felles styremøte for medlemmene av de respektive lokalstyrene. Professor Inge Lorange Backer ønsket velkommen og ble valgt til å lede det felles styremøtet med nestleder i Arbeidsretten Tron Løkken Sundet som sekretær. Sammen med juristmøtets generalsekretær, førsteamanuensis Herman Bruserud, orienterte møtelederen om opplegget for og deltakelsen i møtet. Det ble særskilt redegjort for det justerte opplegget med sammenfattende referater av debattene under juristmøtet i de trykte forhandlingene, og for debattledernes oppgave i den forbindelse.

Det felles styremøtet ble enige om å innstille professor Inge Lorange Backer som president for det 40. nordiske juristmøte, med professor Mads Bryde Andersen, forvaltningsråd Matti Pellonpää, hæstaréttarlögmaður Ragnar Tómas Arnason og lagmannen Stefan Strömberg som visepresidenter og dommer Susanne Skotte Wied, advokat Anna-Karin Mickwitz, professor Ragnhildur Helgadóttir, nestleder i Arbeidsretten Tron Løkken Sundet og departementsrådet Johan Danelius som sekretærer. Det norske lokalstyret hadde oppnevnt førsteamanuensis Herman Bruserud som generalsekretær for møtet.

Beretningen for virksomheten i Gunnar Swensons fond för de nordiska juristmöterna 2011-2013 med tilhørende regnskap ble lagt frem av det svenske lokalstyrets leder, lagmannen Stefan Strömberg, og godkjent. På vegne av stiftelsens revisorer la advokaten Rolf Johansson frem revisorenes beretning. Møtet vedtok deretter å meddele det svenske lokalstyret ansvarsfrihet. Som revisorer for den kommende treårsperioden ble gjenvalgt revisorn Lena Gustavsson og advokaten Rolf Johansson, med justitierådet Karin Almgren og Lars Lindström som suppleanter.

Om kvelden samme dag var den norske justis- og beredskapsminister Anders Anundsen vert ved en middag på Akershus slott for medlemmene av de nordiske juristmøters styrer.

Onsdag 20. august om kvelden ga Oslo kommune en mottakelse i Oslo rådhus for møtets deltakere med ledsagere. Advokatfirmaene BA-HR DA, Schjødt, Thommessen AS, Wiersholm AS og Wikborg, Rein & Co. DA holdt deretter åpne hus for deltakerne og deres ledsagere.

Torsdag 21. august kl. 0945 (1000) ble møtet åpnet i Den norske opera og ballett i nærvær av H.M. Kong Harald V. Professor Inge Lorange Backer holdt åpningstalen og hilste deltakere og ledsagere velkommen. Deretter ble det valgt president, visepresidenter og sekretærer for møtet i samsvar med innstillingen fra det felles styremøtet.

Professor Fredrik Sejersted holdt åpningsforedraget om «Grunnlovens funksjon i de nordiske land». Foredraget ble omdelt til tilhørerne og er inntatt i nedenfor i dette bind.

Lederen av styret for Institutet för rättsvetenskaplig forskning, f.d. hovrättspresidenten

Johan Hirschfeldt, kunngjorde tildelingen av den nordiske juristpris 2014, Knut og Alice Wallenbergs stiftelses pris för rättsvetenskapliga insatser, som består av et diplom og SEK I mill. H.M. Kong Harald V overrakte prisen til professor, f.d. rektor Stig Strömholm, Sverige. Prisvinnerens takketale er inntatt nedenfor i dette bind.

Åpningsmøtet ble innledet og avsluttet med kunstneriske innslag av personale ved Den norske opera og ballett.

Møtet fortsatte med seksjonsmøter i lokalene til Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo. Av i alt 26 emner behandlet på seksjonsmøter var det 21 debattmøter med innledning av referent og koreferent og etterfølgende debatt, 2 møter med innledning av referent og et panel sammensatt av alle de nordiske land, og 3 foredrag med adgang til etterfølgende spørsmål

Følgende emner ble behandlet torsdag 21. august:

- Folkets rolle i forfatningsendringer
- Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?
- Selskapsstyring og antikorrupsjon
- Når bør man varetektsfengsle?
- Det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet
- Samboeres rettsstilling i Norden
- I hvilken grad kan eller bør forvaltningsrettslige prinsipper gjelde når det offentlige opptre som privat aktør?
- Håndheving av normer og avtaler om næringslivets samfunnsansvar («corporate social responsibility»)
- Forbudet mot dobbel straffefølgning («ne bis in idem»)
- Mineralutvinning – kan rettsreglene ivareta hensyn til både næringsutvikling, miljøvern og urfolk?
- Sakkyndiges rolle i sivilprosessen
- Barnets beste utenfor familieretten – hvor langt kan det være avgjørende?

Om kvelden var tilreisende deltakere og ledsagere invitert til middagsarrangementer privat hos norske jurister eller hos institusjoner. For deltakere født i 1979 eller senere og ledsagere ble det holdt en egen ungdomsfest med mottakelse i lokalene til Statoil ASA på Vækerø og etterfølgende middag på Ekebergrestauranten, der Statoil ASA og Advokatfirmaet Wiersholm var vertskap sammen med representanter for det norske styret.

Fredag 22. august ble det holdt særskilte møter for de enkelte lands avdelinger med

valg av lokalstyrer for tiden frem til det 41. nordiske juristmøte. Følgende ble valgt:

Danmark: Professor Mads Bryde Andersen, departementschef Anne Kristine Axelsson, direktør Jonas Christoffersen, advokat Tove Dahl, professor Torsten Iversen, advokat Mette Klingsten, advokat René Offeren, høyesteretspræsident Poul Søgaard, ombudsmand Jørgen Steen Sørensen og landsdommer Dorthe Wiisbye.

Finland: Förvaltningsråd Matti Pellonpää, marknadsrättsdomare Anne Ekblom-Wörlund, advokat Anders Bygglin, konsultativ tjänsteman Janina Groop-Bondestam, juris kandidat Mårten Janson, president Pauliine Koskelo, professor Anne Kumpula, professor Pia Letto-Vanamo, advokat Anna-Karin Mickwitz og professor Johanna Niemi.

Island: Høyesteretsadvokat Ragnar Tómas Arnason, visedirektør Ragna Árnadóttir, dosent Brunhildur G. Flovenz, rigsadvokat Sigríður Friðjónsdóttir, professor Ragnhildur Helgadóttir, høyesteretsdommer Helgi I. Jónsson, admin. leder Þorsteinn A. Jónsson, høyesteretsadvokat Valborg Þ. Snævarr, fv. høyesterettsdommer Hjörtur Torfason og seniorrådgiver Dóra Sif Tynes.

Norge: Professor Inge Lorange Backer, førsteamanuensis Herman Bruserud, statsadvokat Aina Mee Ertzeid, sivilombudsmann Aage Thor Falkanger, juridisk direktør Hans Henrik Klouman, kst. lagdommer Kine E. Steinsvik, avdelingsdirektør Arnulf Tverberg, høyesterettsdommer Toril M. Øie, professor Ragna Aarli og professor Hans Fredrik Marthinussen (observatør).

Sverige: Lagmannen Stefan Strömberg, chefsrådmannen Erik Brattgård, departementsrådet Johan Danelius, professorn Ulrik von Essen, justitierådet Henrik Jermsten, hovrättsrådet Camilla Olsson, generalsekretæren Anne Ramberg, professorn Mårten Schultz, biträdande riksåklagaren Kerstin Skarp og chefsjuristen Hans Wibom.

Deretter ble følgende emner behandlet i seksjonsmøter:

- Borgeren og digitalisert forvaltning – hvor går vi?
- Erstatning i konkurranseretten
- Håndtering av komplekse straffesaker i domstolene
- Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige?
- Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn
- Kulturminnevern – forholdet til eiendomsrett og utbygging
- Næringslivet og menneskerettigheter
- Proporsjonalitetsprinsippet i nordiske høyesteretter når nasjonal lovgivning griper inn i EU/EØS-rettens fire friheter
- Konsekvensene av at offentlig informasjon blir spredt med informasjonsteknologi.
- Interessekonflikter i advokatvirksomhet

- I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?
- Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler
- Erstatning for rene økonomiske skader
- Injurieturisme.

Det avsluttende plenarmøtet ble holdt i Oslo konserthus onsdag 22. august 2014 om ettermiddagen med paneldebatt om «Åpenhet og trygghet i Norden etter erfaring med terrorhandlinger» og kunstneriske innslag. Valgene til de nordiske lands lokalstyrene ble gjort kjent. Lederen for det finske lokalstyret, förvaltningsråd Matti Pellonpää, takket på deltakernes vegne for møtet og inviterte til det 41. nordiske juristmøte i Helsingfors i august 2017.

Om kvelden ble det holdt bankett med dans i Radisson Blu Plaza Hotel. Lørdag 23. august 2014 ble det holdt et fortsatt styremøte for avgåtte og nyvalgte styremedlemmer fra de respektive lands lokalstyrene for en foreløpig utveksling av synspunkter på opplegget for og gjennomføringen av det 40. nordiske juristmøte og mulige fremtidige endringer. Møtet ble avsluttet med en felles lunsj for styremedlemmene.

I samsvar med opplegget fra det norske lokalstyret inneholder de trykte forhandlinger fra møtet de foredrag som ble holdt, referentens og koreferentens innledninger i seksjonsmøtene med en sammenfatning av debatten foretatt av debattlederen, samt innledninger fra paneldeltakerne i det avsluttende plenarmøtet.

Det norske lokalstyret ønsker å takke de bidragsyterne som ved sin særlige støtte har gjort det mulig å gjennomføre det 40. nordiske juristmøte etter programmet: Gunnar Swensons fond för de nordiska juristmötena, Justis- og beredskapsdepartementet, Lovsamlingsfondet ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, Statoil ASA, Advokatfirmaet Wiersholm AS, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo og Oslo kommune. Vi takker videre Høyesterett, Oslo tingrett, Riksantikvaren og Ph.D. Marianne Reusch for deres medvirkning til ledsagerprogrammet, og de fem ovennevnte advokatfirmaene for deres velvilje med å holde «åpne hus» for deltakerne i juristmøtet, og Advokatfirmaet Selmer DA for løpende bistand til det norske styrets sekretariat under forberedelsen av juristmøtet.

Oslo i januar 2015.

*Inge Lorange Backer*

*Herman Bruserud      Tron Løkken Sundet*

# PROGRAM

## ONSDAG 20. AUGUST

- 18.00 MOTTAKELSE I OSLO RÅDHUS. VERT: ORDFØRER FABIAN STANG.
- 19.30 ÅPNE HUS HOS ADVOKATFIRMAENE BA-HR, SCHJØDT, THOMMESSEN, WIERSHOLM OG WIKBORG, REIN & CO.

## TORSDAG 21. AUGUST

09.45 – 11.15 ÅPNINGSMØTE I DEN NORSKE OPERA OG BALLETT

### **Innledningsforedrag:**

#### **Grunnlovens funksjon i de nordiske land**

De nordiske landene har ganske like styresett, men ganske ulike grunnlover og konstitusjonelle tradisjoner. Hvilken funksjon bør en grunnlov ha under nåtidens forhold i nordiske land?

Professor Fredrik Sejersted [N]

---

11.15 – 13.00 LUNSJ

13.00 – 14.30 SEKSJONSMØTER PÅ DET JURIDISKE FAKULTET:

#### **Folkets rolle i forfatningsendringer**

Hvordan utøves folkets konstitusjonelle makt i praksis? Kan folket selv utforme forfatningen, eller skal folket vedta eller stadfeste en forfatning utformet gjennom det parlamentariske system?

*Foredragsholder:* Professor Ragnhildur Helgadóttir (I)  
*Sted:* Teologisk eksamenssal, Domus Academica

---

#### **Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?**

Kan det offentlige bli erstatningsansvarlig når det unnlater å gi generelle regler eller treffe enkeltvedtak, og det oppstår skade som kunne ha vært unngått om det offentlige hadde handlet? Kan det offentlige bli ansvarlig selv om unnlattelsen ikke strider mot noen menneskerettslig eller EU/EØS-rettslig forpliktelse?

*Referent:* VD Clarence Crafoord (S)  
*Koreferent:* Advokat Marius Stub (N)  
*Debattleder:* Advokat Sune Fugleholm (D)  
*Sted:* Auditorium 14, Domus Bibliotheca

### **Selskapsstyring og antikorrupsjon**

Hvordan kan et selskap forebygge at selskapet og dets ansatte, tillitsvalgte og forretningsforbindelser blir involvert i korrupsjon? Hvordan kan tiltak mot korrupsjon integreres i eierstyringen av selskapet? Hva sier internasjonale standarder for eierstyring om dette?

*Referent:* ØKOKRIM-sjef Trond Eirik Schea (N)

*Koreferent:* Advokat Biörn Riese (S)

*Debattleder:* Advokat Mette Klingsten (D)

Sted: Auditorium 6, Domus Academica

### **Når bør man varetektsfengsle?**

Varetektsfengsling bygger på en avveining av hensynet til kriminalitetsbekjempelse og hensynet til individets rettsikkerhet. Hvordan påvirker lovregler og praktiske forhold den faktiske bruken av varetekt? Hvordan kan aktørene i rettslivet – politi og påtalemyndighet, forsvarere og domstoler – ta ansvar for å vurdere alternativer og begrense lengden av varetekt mest mulig?

*Referent:* Statsadvokat Jens Røn (D)

*Koreferent:* Överåklagare Katarina Johansson Welin (S)

*Debattleder:* Advokat Guðrún Sesselja Arnardóttir (I)

Sted: Aulaen, Domus Media

### **Det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet**

Forbrukervern på finansområdet har vært diskutert livlig i de senere år, både i Norden og i EU. Hvilke modeller og tiltak kan være aktuelle for å styrke forbrukervernet? Hva er betydningen av kundens tillit til finansinstitusjonen?

*Referent:* Stipendiat Marte Eidsand Kjørven (N)

*Koreferent:* Højesteretsdommer Lars Hjortnæs (D)

*Debattleder:* Professor Johan Bärlund (F)

Sted: Auditorium 4, Domus Academica

### **Samboeres rettsstilling i Norden**

Samboerskap er blitt en vanlig og akseptert samlivsform i Norden. Hvilken økonomisk trygghet gir samboerskapet under samlivet og når det opphører? Ledende nordiske forskere i familie- og arverett har gått sammen om en komparativ analyse av strømninger og tendenser i nordisk rett om samboerskap. Hvilke løsninger har fremtiden for seg?

*Referent:* Førstemanuensis Hrefna Friðriksdóttir (I)

*Koreferent:* Advokat Maryla Rytter Wróblewski (D)

*Debattleder:* Professor Margareta Brattström (S)

Sted: Gamle Festsal, Domus Academica

**TORS DAG 21. AUGUST**

15.00 – 16.30 SEKSJONSMØTER PÅ DET JURIDISKE FAKULTET:

**I hvilken grad kan eller bør forvaltningsrettslige prinsipper gjelde når det offentlige opptre som privat aktør?**

Stat og kommune inngår mange avtaler på linje med private og utøver eierrådighet over offentlig eiendom og eierandeler i selskaper. Skal dette bedømmes etter privatrettslige regler, som om det bare gjaldt private parter, eller kommer forvaltningsrettslige prinsipper til anvendelse i større eller mindre grad?

*Referent:* Professor Olli Mäenpää (F)

*Koreferent:* Stipendiat Roald Hopsnes (N)

*Debattleder:* Hovrättsråd Tom Madell (S)

Sted: Auditorium 14, Domus Bibliotheca

**Håndheving av normer og avtaler om næringslivets samfunnsansvar («corporate social responsibility»)**

Normer om «corporate social responsibility» spiller stadig større rolle i næringslivet. Hvilken rettslig betydning har de, og hva betyr de i avtaleforhold og for erstatningsberegning?

*Referent:* Professor Christina Ramberg (S)

*Koreferent:* Direktør Jonas Christoffersen (D)

*Debattleder:* VD og vicehåradshövding Alexander Bargum (F)

Sted: Auditorium 6, Domus Academica

**Forbudet mot dobbel strafforfølgning («ne bis in idem»)**

Håndhevingen av forbud mot dobbel strafforfølgning har variert både internasjonalt og nasjonalt. I Norden har spørsmålet om separate saker kan lede til administrativ tilleggsskatt og straffedom for skattesvik, fått stor oppmerksomhet. Tilsvarende spørsmål melder seg på mange andre rettsområder. Hva er status i dag?

*Referent:* Professor Jon Petter Rui (N)

*Koreferent:* Advokat Mårten Knuts (F)

*Debattleder:* Dommer ved Den europeiske menneskerettsdomstol Róbert Spanó (I)

Sted: Aulaen, Domus Media

**Mineralutvinning – kan rettsreglene ivareta hensyn til både næringsutvikling, miljøvern og urfolk?**

Mineralutvinning er en voksende næring i flere nordiske land. Den kan medføre betydelige arealinngrep og store deponier av avfall, og komme i konflikt med samiske interesser, særlig hensynet til reindriften. Bidrar lovgivningen om mineralutvinning til å sikre en balansert avveining og nødvendig ivaretagelse av berørte interesser i tråd med folkerettslige forpliktelser?

*Referent:* Advokat Casper Herler (F)

*Koreferent:* Direktør ved Kompetansesenter for urfolks rettigheter Laila Susanne Vars (N)

*Debattleder:* Professor Karin Åhman (S)

Sted: Teologisk eksamenssal, Domus Academica

**Sakkyndiges rolle i sivilprosessen**

Hvilken rolle bør sakkyndige spille i sivil rettspleie? I hvilken grad bør det forutsettes at dommeren tar selvstendig stilling til de spørsmål som de sakkyndige har utredet?

*Referent:* Byrettsdommer Skúli Magnússon (I)

*Koreferent:* Videnpartner Lars Lindencrone Petersen (D)

*Debattleder:* Professor Johanna Niemi (F)

Sted: Auditorium 4, Domus Academica

**Barnets beste utenfor familieretten – hvor langt kan det være avgjørende?**

Etter barnekonvensjonen skal hensynet til barnets beste være et grunnleggende hensyn. Opprinnelig tok det sikte på tvister om foreldreansvar og samværsrett og på barneverntiltak. Etter hvert er det påberopt i mange andre sammenhenger, både ved avgjørelser rettet mot barnet selv og ved avgjørelser som primært gjelder foreldrenes situasjon. Som eksempler kan nevnes straffutmåling og straffullbyrding, utlendingssaker, utkasting av bolig og foreldres tilgang til medisinsk behandling. Hvor langt er hensynet til barnets beste relevant og hvilken vekt kan det tillegges?

*Referent:* Landsdommer Anne Louise Bormann (D)

*Koreferent:* Advokat Lena Isaksson (S)

*Debattleder:* Professor Kirsten Sandberg (N)

Sted: Gamle festsal, Domus Academica



17.15 UNGDOMSFEST

Oppmøte for båtavgang til ungdomsfesten ved Rådshusbrygge 1.  
Vertskap: Statoil ASA og advokatfirmaet Wiersholm AS.

PRIVATE MIDDAGER

Private middager hos norske jurister eller institusjoner  
(for tidspunkt, se særskilt invitasjon).

FREDAG 22. AUGUST

08.15 MØTER I DEN ENKELTE LOKALAVDELING – VALGMØTER

Danmark: Auditorium 6, Domus Academica  
Finland: Teologisk eksamenssal, Domus Academica  
Island: Auditorium 5, Domus Academica  
Norge: Auditorium 4, Domus Academica  
Sverige: Auditorium 14, Domus Bibliotheca

09.00 – 10.30 SEKSJONSMØTER PÅ DET JURIDISKE FAKULTET:

**Borgeren og digitalisert forvaltning – hvor går vi?**

Det offentlige virksomhet blir stadig mer digitalisert og automatisert. Denne utviklingen reiser grunnleggende forvaltningsrettslige og personvernrettslige spørsmål. Kan det innføres en obligatorisk digital kommunikasjon mellom det offentlige og borgerne? Hvilke opplysninger må registreres, og hvordan kan borgerne sikres innsyn?

*Referent:* Professor Niels Fenger (D)

*Koreferent:* Professor Cecilia Magnusson Sjöberg (S)

*Debattleder:* Ombudsmann Jørgen Steen Sørensen (D)

Sted: Auditorium 14, Domus Bibliotheca

### **Erstatning i konkurranseretten**

Konkurranserettens økende betydning i næringslivet og en mer effektiv håndheving har aktualisert spørsmålet om erstatning for brudd på konkurranselovgevingen. Her møtes konkurranseretten, erstatningsretten og prosessretten, og utviklingen går raskt – ikke minst drevet av EU-kommisjonen. Hvilke utviklingstrekk kan man finne?

*Referent:* Advokat Katriina Kuusniemi (F)

*Koreferent:* Advokat Inger Berg Ørstavik (N)

*Debattleder:* Marknadsrättsdomare Anne Ekblom-Wörlund (F)

Sted: Auditorium 6, Domus Academica

### **Håndtering av komplekse straffesaker i domstolene**

Straffesaker kan bli komplekse og tidkrevende enten fordi saken i seg selv er kompleks, eller fordi den blir gjort kompleks, særlig gjennom omfattende bevisføring. Om det siste viser en enkel spørreundersøkelse gjennomført i Danmark, Finland, Sverige og Norge, basert på to fiktive straffesaker, betydelige ulikheter, særlig knyttet til det antall vitner som anses nødvendig og den tid som antas å gå med til hovedforhandlingen. Har bevisføringen et rimelig omfang, eller er den mer omfattende enn det trengs for å belyse skyld- og straffespørsmålet?

*Referent:* Høyesterettsdommer Knut H. Kallerud (N)

*Koreferent:* Advokat Johan Eriksson (S)

*Øvrige deltakere:* Høyesterettsdommer Thomas Rørdam (D)

Tingsdomare Petra Spring-Reiman (F)

*Debattleder:* Statsadvokat Sigríður J. Friðjónsdóttir (I)

Sted: Gamle festsal, Domus Academica

### **Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige?**

Hvilket behov er det for å føre kontroll med regjeringer og holde dem ansvarlige? Kan det skilles mellom politisk og rettslig kontroll? Hvilke erfaringer har de nordiske land gjort i senere tid?

*Referent:* Justitieråd, Thomas Bull (S)

*Koreferent:* Fhv. rektor og personellchef Bryndís Hlöðversdóttir (I)

*Debattleder:* F.d. ordførande i Högsta förvaltningsdomstolen Sten Heckscher (S)

Sted: Teologisk eksamenssal, Domus Academica

**FREDAG 22. AUGUST**

**Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn**

Den arbeidsrettslige reguleringen i lover og kollektivavtaler i de nordiske land stiller krav om saklig grunn for oppsigelse fra arbeidsgiverens side. Hvordan blir dette vilkåret praktisert, og hvilke hovedtrekk finnes i rettsutviklingen?

*Referent:* Advokat Jan Fougner (N)

*Panel deltakere:* Professor Jens Kristiansen (D)

Förhandlingschef Henrika Nybondas-Kangas (F)

Advokat Eva Bryndís Helgadóttir (I)

Advokat Erik Danhard (S)

*Debattleder:* Advokat Ingeborg Moen Borgerud (N)

Sted: Auditorium 4, Domus Academica

---

**Kulturminnevern - forholdet til eiendomsrett og utbygging**

Hvordan sikrer rettssystemet våre kulturminner? Blir bevaringshensynet godt nok tilgodesett, eller går det for langt på bekostning av behov for å utnytte arealer og bygninger til nye formål? Har grunneiere krav på kompensasjon for bånd som bevaring av kulturminner legger på arealutnytingen eller for merutgifter til vedlikehold av fredete bygninger og andre kulturminner?

*Referent:* Riksantikvar Jørn Holme (N)

*Koreferent:* Professor em. Erkki J. Hollo (F)

*Debattleder:* Professor Kirsti Strøm Bull (N)

Sted: Aulaen, Domus Media

---

**11.00 – 12.00 PARALLELLE FOREDRAG PÅ DET JURIDISKE FAKULTET**

**Næringslivet og menneskerettigheter**

Kan menneskerettskonvensjonene stille rettslige krav til næringsdrivende selskaper? Om ikke menneskerettskonvensjonene er direkte bindende, kan næringsdrivende som vil respektere og fremme dem, påberope seg dette overfor andre parter?

Advokat Carine Smith Ihenacho (N)

Sted: Gamle festsal, Domus Academica

**Proporsjonalitetsprinsippet i nordiske høyesteretter når nasjonal lovgivning griper inn i EU/EØS-rettens fire friheter**

Et proporsjonalitetsprinsipp kan i utgangspunktet forstås og anvendes på forskjellige måter. I EU/EØS-retten spiller proporsjonalitetsprinsippet en sentral rolle. Hvordan blir det anvendt av de nordiske høyesteretter når de står overfor lovgivning som griper inn i de fire grunnleggende friheter i EU/EØS-retten?

Professor Halvard Haukeland Fredriksen (N)  
Sted: Aulaen, Domus Media

12.00 – 13.00 LUNSJ

13.00 – 14.20 SEKSJONSMØTER PÅ DET JURIDISKE FAKULTET:

**Konsekvensene av at offentlig informasjon blir spredt med informasjonsteknologi**

Med informasjonsteknologien kan offentlig informasjon om privatpersoner lett spres mellom forskjellige forvaltningsorganer og til allmennheten, og også private kan stå for spredningen. Hvilke regler skal gjelde for dette? Hvordan behandles offentlig informasjon på internett? Lar det seg gjøre å opprettholde integritetsvernet for den enkelte når sensitive opplysninger finnes på nettet?

*Referent:* Justitieråd Henrik Jermsten (S)  
*Koreferent:* Direktør Jens Møller (D)  
*Debattleder:* Chefsjustitieombudsman Elisabet Fura (S)  
Sted: Auditorium 6, Domus Academica

**Interessekonflikter i advokatvirksomhet**

Jo større og færre advokatkontorer vi får, desto vanskeligere blir spørsmålene om hva som kan skape en interessekonflikt overfor klienten. Hvor bør grensen trekkes når det gjelder særskilte relasjoner (jobbskifte, kjedesamarbeid, sideskift) og sakstyper (konkurransereelasjoner, budgivning, konfliktløsning), og hvilken betydning bør klientens samtykke ha?

*Referent:* Professor Mads Bryde Andersen (D)  
*Koreferent:* Advokat Lena Frånstedt Lofalk (S)  
*Debattleder:* Høyesterettsadvokat Else Bugge Fougner (N)  
Sted: Auditorium 14, Domus Bibliotheca

## FREDAG 22. AUGUST

### **I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?**

I Norge har rettssaken etter 22. juli skapt en diskusjon om kriteriene for strafferettslig utilregnelighet og hvordan utilregnelighet skal fastslås. Ett spørsmål er om årsakssammenheng mellom lidelsen og den straffbare handlingen bør være et vilkår for straffrihet. Et annet spørsmål gjelder de sakkyndiges rolle. De nordiske landene har forskjellige løsninger, og med de seneste erfaringer gir det grunnlag for ny diskusjon.

*Referent:* Chefsrådmann Stefan Reimer (S)

*Koreferent:* Professor Aslak Syse (N)

*Debattleder:* Professor Dan Frände (F)

Sted: Auditorium 4, Domus Academica

---

### **Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler**

Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) er blitt kritisert for å ha gått for langt inn på de nasjonale lovgivernes område. Et nytt trekk i utviklingen er en økende «dialog» mellom EMD og visse nasjonale domstoler. Hvilke nordiske erfaringer har man med en slik dialog? Er forhåndsforelegging for EMD hensiktsmessig for å få i stand en dialog?

*Referent:* Förvaltningsråd Matti Pellonpää (F)

*Koreferent:* Professor Björg Thorarensen (I)

*Debattleder:* Høyesterettsdommer Liv Gjølstad (N)

Sted: Aulaen, Domus Media

---

### **Erstatning for rene økonomiske skader**

I hvilken grad bør det gis erstatning for rene økonomiske skader, dvs. for annet enn personskader og tingskader? De nordiske land har forskjellige utgangspunkter i dette spørsmålet. Taler den økonomiske utvikling og internasjonale rettsutvikling for å stille seg mer åpen for slik erstatning?

*Referent:* Professor Torsten Iversen (D)

*Koreferent:* Professor Lena Sisula-Tulokas (F)

*Debattleder:* Justitieråd Johnny Herre (S)

Sted: Gamle festsal, Domus Academica

### **Injurieturisme**

Er mediene godt nok beskyttet på tvers av landegrensene mot rettsforfølgning for ytringer? Det reiser spørsmål om lovvalg, om domstolenes kompetanse på tvers av landegrensene og om gjensidig anerkjennelse av rettsavgjørelser avsagt i en annen stat: Bør den som føler seg krenket av ytringer fremsatt i ett land, kunne anlegge en injuriersak i et annet land i anledning av ytringene?

*Referent:* Konsulent Ketilbjørn Hertz (D)

*Koreferent:* Justitieråd Göran Lambertz (S)

*Debattleder:* Jurist Margrét Magnúsdóttir (I)

Sted: Teologisk eksamenssal, Domus Academica

### **15.00 – 17.00 AVSLUTNINGSMØTE I OSLO KONSERTHUS**

#### **Åpenhet og trygghet i Norden etter erfaring med terrorhandlinger**

Et godt samfunn skal ivareta innbyggernes behov for både trygghet og handlefrihet. Et demokrati er avhengig av åpenhet i samfunnet. Terrorhandlinger betyr en ny trussel mot disse verdiene. Hvordan skal vi skape et vern mot terrorhandlinger uten at det går ut over andre verdier? Må vi endre noen verdiprioriteringer? Hvilke konsekvenser kan den nye situasjonen få for rettslivet og rettssamfunnet?

*Referent:* Sjefen for Politiets sikkerhetstjeneste Benedicte Bjørnland (N)

*Paneldeltakere:* Tidl. høyesteretspræsident Børge Dahl (D)

Vicehäradshövding Kimmo Sasi (F)

Tidl. justisminister Ragna Árnadóttir (I)

Generaldirektör för Migrationsverket Anders Danielsson (S)

*Debattleder:* Tidl. høyesterettsdommer Georg Fr. Rieber-Mohn (N)

Sted: Konserthuset, Store sal

### **19.30 BANKETT I SONJA HENIE-SALEN PÅ RADISSON BLU PLAZA HOTEL, SONJA HENIES Plass 3**

## SOSIALT PROGRAM

### ONSDAG 20. AUGUST

Kl 18.00: Mottakelse i Oslo rådhus med Oslos ordfører som vertskap.  
Kl 19.30: Åpne hus hos advokatfirmaene BA-HR, Schjødt, Thommessen, Wiersholm og Wikborg, Rein & co.

### TORSDAG 21. AUGUST

Kl 17.15: Oppmøte for båtavgang til ungdomsfesten ved Rådshusbrygge 1.  
Vertskap: Statoil ASA og advokatfirmaet Wiersholm AS.

Private middager hos norske jurister eller institusjoner (tidspunkt, se særskilt invitasjon).

### FREDAG 22. AUGUST

Kl 19.30: Bankett på Radisson BLU Plaza Hotel

## LEDSAGERPROGRAM

### 22. JULI I OSLO TINGRETT

**Tid:** Torsdag 21. august kl. 13.00.

**Fremmøte:** Oslo tinghus, C.J. Hambros plass 4.

### HØYESTERETT FORAN 200-ÅRSJUBILEET – OMVISNING

**Tid:** Torsdag 21. august kl. 15.00.

**Fremmøte:** Høyesteretts hus, hovedinngangen, Høyesteretts plass 1.

### MARKATUR

**Tid:** fredag 22. august kl. 09.30

**Fremmøte:** Frognerseteren stasjon fredag 22. august kl. 09.30 (T-banelinje 1 fra Jernbanetorget kl. 08.51, Stortinget 08.52, Nationaltheatret 08.53 til Frognerseteren 09.28).

### MIDDELALDER-OSLO BAK DET NYE BYSENTERET I BJØRVIKA – OMVISNING

**Tid:** Fredag 22. august kl. 12.45.

**Fremmøte:** Oslo Ladegård, Oslogate 13, 0192 Oslo (trikkeholdeplass: St. Halvards plass med trikk linje 18 fra Tullinløkka eller linje 19 fra Nationaltheatret)

Åpningsmøte



## Møtets åpning

### Den norske styreleders velkomsttale

Deres Majestet,  
Deres Eksellenser,  
Kjære nordiske venner,

På vegne av det norske styret for De nordiske juristmøter ønsker jeg hjertelig velkommen til det 40. nordiske juristmøte!

Det er en stor glede at Deres Majestet hedrer juristmøtet og det nordiske rettssamarbeidet ved å ta del i åpningen, og jeg vil fremføre vår varmeste takk for dette.

Med glede hilser jeg velkommen venner fra de andre nordiske land i jubileumsåret for den norske Grunnloven av 1814, og til en hovedstad under omforming – der Operaen står for det nye og universitetsbygningene på Karl Johan for det gamle i restaurert skikk. Og som dere alt har sett – vi arbeider fortsatt med å gjøre det pent omkring oss.

De av oss som var med på juristmøtet i Stockholm i 2011, takker for den gode mottakelsen som det svenske vertskapet ga oss, og for det faglige utbyttet som vi fikk. De nordiske juristmøter er et enestående møtested på tvers av yrkesroller og landegrenser i Norden. De står i en lang tradisjon fra 1872. Et nordisk juristmøte er til å kjenne igjen. Men det ene møtet er ikke det annet likt. Dette er det første møtet der mer enn halvparten av deltakerne er kvinner – i tråd med utviklingen ved våre studiesteder og i profesjonen for øvrig.

Tre år mellom hvert nordisk juristmøte gir rom for å fange opp nye vinder i rettslivet og nye samfunnsproblemer som reiser seg.

Dette juristmøtet er det første som forberedes etter illgjerningene i Norge 22. juli 2011. De reiser spørsmålet om vi kan ta for gitt at de nordiske samfunn fortsatt vil være like fredfylte som de har vært, og det har påvirket programmet for dette juristmøtet – særlig med den avsluttende plenardebatten.

Norden fremstår likevel som et rolig hjørne i en omskiftelig verden. De siste årene er det blitt mer vanlig internasjonalt å snakke om «den nordiske modellen». Sammenlignet med mange andre samfunn, er den preget av tillit mellom innbyggerne innbyrdes og mellom innbyggerne og offentlige myndigheter, med liten avstand mellom de styrende og dem som blir styrt. Vi byr omverdenen en modell for demokrati og rettsstat med et høyt velferdsnivå og stor grad av likhet og respekt for det enkelte menneske.

Vi er relativt små og oversiktlige samfunn med mange fellestrekk, men også forskjeller, i sosial struktur, natur og språk. Historien gir oss i mangt en felles bakgrunn. Denne kombinasjonen av fellestrekk og forskjeller mellom de nordiske land gir en unik mulighet for å diskutere og utveksle erfaringer med den nordiske modellen, og inspirere til videre lovgivning og rettsutvikling i Norden, innenfor de rammer som vårt bredere internasjonale samarbeid setter. De nordiske juristmøter har som mål å gi oss dette.

Spesialisering preger i stigende grad jusen både faglig og i profesjonsutøvelsen. Men

spesialiseringen må ikke få oss til å glemme at rettsordningen også er en helhet: «Alt henger sammen med alt,» som Gro Harlem Brundtland skal ha sagt i annen sammenheng. Viktige utfordringer i samfunnet – som målet om en bærekraftig eller hållbar utvikling – krever et bredt perspektiv, også rettslig. De nordiske jurismøtene særpreges av sin store faglige bredde. Vi inviterer både generalister og spesialister på bestemte rettsområder til å la seg orientere om og inspirere av rettslige diskusjoner på områder som er aktuelle i våre samfunn, men som den enkelte ikke nødvendigvis møter i sin yrkeshverdag. Kort sagt: vi inviterer hver enkelt som deltar, til å løfte sin faglige horisont.

28 forskjellige emner vil bli belyst i løpet av to intense dager. Jeg takker støttespillere og bidragsytere som har gjort programmet mulig, og retter en særlig takk til Gunnar Swensons fond for de nordiska jurismøtene, Justis- og beredskapsdepartementet og Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, til Statoil ASA og Advokatfirmaet Wiersholm, og til Oslo kommune for mottakelsen i rådhuset i går.

De faglige diskusjonene vil gi rom for å holde ved like gamle kontakter og knytte nye, og det gjelder desto mer for den sosiale delen av programmet. Jeg ønsker dere alle et stort og godt faglig og sosialt utbytte av jurismøtet, og erklærer det 40. nordiske jurismøte for åpnet.

\*\*\*

De nordiske jurismøter er som kjent organisert som en forening med vedtekter og nasjonale styre for hver enkelt av de fem landene, som til sammen utgjør et felles styre. Vedtektene bestemmer at det ved begynnelsen av hvert jurismøte skal velges en president, fire visepresidenter og fem sekretærer for møtet.

Det felles styret, som etter vanlig praksis møtes dagen før åpningen av jurismøtet, besluttet i går å foreslå i samsvar med tradisjonen at lederen av vertslandets lokalstyre velges som president for jurismøtet. Med en norsk freidighet som neppe er helt ukjent, tillater jeg meg å referere forslaget på undertegnede som president for det 40. nordiske jurismøte.

Hvis det ikke er andre forslag, tillater jeg meg å se det slik at forsamlingen slutter seg til fellesstyrets forslag, og jeg takker for den tillit som er vist meg.

Vi skal da velge visepresidenter for møtet. Det felles styret foreslår at de fire andre lokalstyrenes ledere velges til visepresidenter for møtet. Jeg tar derfor opp forslaget om å velge følgende fire visepresidenter:

Professor *Mads Bryde Andersen*, Danmark  
Förvaltningsrådet *Matti Pellonpää*, Finland  
Hæstarettarlögmaður (advokat) *Ragnar Tómas Árnason*, Island  
Lagmannen *Stefan Strömberg*, Sverige

Er det andre forslag? Det synes ikke å være tilfellet, og jeg anser derfor de nevnte fire valgt til visepresidenter for møtet.

Som generalsekretær for møtet har det norske styret utpekt førsteamanuensis Herman Bruserud, og som assisterende generalsekretær nestleder i Arbeidsretten Tron Løkken Sundet.

I tillegg skal det etter vedtektene § 7 velges fem sekretærer. Det felles styret foreslår følgende valgt, som innehar funksjoner som sekretær eller tilsvarende i de nasjonale styrene:

Dommer *Susanne Skotte Wied*, Danmark  
Advokat *Anna-Karin Mickwitz*, Finland

Den norske styreleders velkomsttale

Professor *Ragnhildur Helgadóttir*, Island  
Nestleder i Arbeidsretten *Tron Løkken Sundet*, Norge  
Departementsrådet *Johan Danelius*, Sverige.

Er det andre forslag? Så synes ikke å være tilfellet, og jeg anser derfor de nevnte som valgt.

Vi er nå ferdige med foreningssakene i denne omgang.

\*\*\*

”Är vår tid kallad til grundlagsstiftning?” spurte den svenske statsrettsprofessor Nils Herlitz i 1963. Hans yngre norske kollega Torkel Opsahl måtte langt på vei konstatere at det var den nok ikke. Senere har nye vinder blåst, både internasjonalt og i Norden. I Norge har vi feiret tohundreårsjubileet for den norske grunnloven på mange måter og markert det med betydelige grunnlovreformer. 2014 gir derfor grunn til å stille spørsmålet om grunnlovens funksjon i de nordiske land. Jeg gir ordet til professor Fredrik Sejersted, som blant annet med sin deltakelse i Europarådets Venezia-kommisjon kan se de nordiske grunnlovene i et bredt perspektiv.

Grunnlovens funksjon i de nordiske land

Professor *Fredrik Sejersted*, Norge

## Grunnlovens funksjon i de nordiske land

Professor *Fredrik Sejersted*, Norge

### 1. Grunnlovsåret 2014 i Norge

For norske jurister er det særlig hyggelig å være vertskap for det nordiske juristmøtet i 2014. For oss er dette året da grunnloven av 1814 fyller 200 år, og det er en stor begivenhet her i Norge. Dere kommer hit midt i et nasjonalt juridisk jubileumsår.

200 år er svært mye for en grunnlov. Gjennomsnittlig levetid for grunnlover i verden er målt til ca. 19 år, og i Europa er den visstnok litt under 40.<sup>1</sup> Den norske er altså 200. Det gjør den til Europas eldste fungerende grunnlov og verdens nest eldste, etter den amerikanske av 1787. I Norden var riktignok Sverige i 1809 det første landet som fikk en skreven konstitusjon. Men den ble byttet ut i 1974. Så den norske er eldst.

Dette er vi svært stolte av i Norge. Og på mange måter har vi grunn til det. Gjennom 200 år har grunnloven gitt oss konstitusjonell kontinuitet. Det har vært to hundre år med nesten ubrutt fred, frihet og fremgang. Grunnloven av 1814 har fungert som et godt og stabilt rammeverk for staten Norge, og det gjør den fortsatt.

Dette feirer vi. Og vi feirer det stort. Det har allerede vært hundrevis av arrangementer for å markere 200 årsjubileet, over hele landet, og det skal fortsette utover høsten.<sup>2</sup> De favner alt mulig – fra tunge seriøse forskningsprosjekter som har vært forberedt i mange år til offisielle markeringer og middager til mer spontane fester. Det har vært alle slags seminarer, konferanser, høytideligheter og kulturarrangementer. Ikke minst har det vært mange festtaler. For oss konstitusjonelt interesserte er 2014 et eneste langt festår.

Denne storslagne feiringen er fokusert på grunnloven. Det er egentlig litt merkelig. Det mest sentrale er jo Norges 200-årsdag som selvstendig stat. I stedet feires grunnloven som et nærmest magisk dokument, som har gjort det hele mulig. Mange overdriver grunnlovens betydning – noen ganger litt, andre ganger ganske voldsomt. Så viktig har den tross alt ikke vært. Og så fantastisk er den kanskje heller ikke. Den norske grunnloven er riktignok eldst i Europa, men den er også blant de mest foreldete og minst dekkende. Store deler av teksten er temmelig utdatert og misvisende. Hvor mange som vet dette er en annen sak – for det er ikke så mange som leser den. Sjelden har vel så mange feiret så kraftig en tekst som så få egentlig kjenner.

Og hvor bra er det egentlig å ha en så gammel grunnlov? Mange land i Europa fikk sine første grunnlover tidlig på 1800-tallet. De har alle senere revidert dem. Det spesielle med Norge er ikke at vi fikk en grunnlov i 1814, men at vi aldri senere har fornyet den. Er det virkelig noe å feire? Eller har alle de andre skjønt noe som vi ikke har forstått?

At feiringen av 2014 godt kunne vært lagt opp annerledes, ser vi ved å sammenligne med tidligere jubileer. Ved 100 årsjubileet i 1914 var man mest opptatt av å feire frihet (fra Sverige) og fremgang (økonomisk, industrielt m.m.). Det var mindre om grunnloven som sådan. Og ved 150 årsjubileet i 1964 var det enda mindre – da ble grunnloven snarere nedtonet,

<sup>1</sup> Se Elkins, Ginsburg and Melton, *The Endurance of National Constitutions* (Cambridge 2009).

<sup>2</sup> Mye av feiringen skjer i regi av «Grunnlovsjubileet 1814-2014», som er organisert av Stortinget – se [www.stortinget.no/no/Grunnlovsjubileet/](http://www.stortinget.no/no/Grunnlovsjubileet/), og det offisielle programmet gir et godt inntrykk av bredden. Men jubileet har også gitt inspirasjon til en overveldende mengde andre offentlige og private arrangementer.

og man feiret heller at Stortinget var 150 år.

Kontrasten er klar til den status grunnloven nå er gitt i 2014. Hva er grunnen? Det er neppe helt tilfeldig. Kanskje sier det noe om tidsånden? Kanskje sier det noe om rettsliggjøring og ny-konstitusjonalisme? Om søken etter fellesskap og noe å tro på?

Det er også interessant å sammenligne med de andre nordiske landene. En tilsvarende feiring av grunnloven har aldri forekommet i noe annet nordisk land – og er antagelig helt utenkelig. Hva skyldes denne forskjellen? Hvorfor er grunnlovens status og symbolfunksjon så annerledes i Norge?

Dette gir en god bakgrunn for å reflektere over temaet «Grunnlovens funksjon i de nordiske land».

## 2. Grunnlovenes mange funksjoner

Temaet krever et par presiseringer. For det første: Med «grunnlov» mener jeg i det følgende de skrevne grunnlovstekstene. Dokumentene. Det er *ikke* det samme som den materielle statsforfatningen (konstitusjonen) – som vil si de grunnleggende reglene om statsstyret. I flere av de nordiske land er det ganske stor avstand mellom grunnlovstekst og forfatning. Og vi skal også se at forskjellen mellom de skrevne grunnlovene i Norden er større enn forskjellen mellom de faktiske forfatningene.

For det andre: Ordet «funksjon». Det er litt fremmed for oss jurister, som gjerne er mer opptatt av tolking. Å analysere rettens funksjoner er mer et spørsmål for statsvitere (politologer) eller sosiologer. Men det er viktig også for oss jurister. Hvordan fungerer egentlig de nordiske grunnlovene? Hvordan «funker» de?

En ting kan sies med det samme: Grunnlover har ikke én enkelt funksjon. De funker på flere forskjellige måter.<sup>3</sup> De vil ha en rettslig funksjon, en politisk, en sosial, en økonomisk, en kulturell – og så videre. Funksjoner kan være reelle eller symbolske. De kan skifte over tid – og de kan utfylle eller stå i et spenningsforhold til hverandre. Man må også skille mellom det normative og det deskriptive – mellom hvilke funksjoner grunnlovene bør ha og hvilke de rent faktisk har. Det er ikke alltid det samme.

Den sentrale i det følgende vil være hvilke rettslige, politiske og symbolske funksjoner grunnlovenes i Norden faktisk har – med vekt på likheter, forskjeller og utviklingstrekk.

Grunnlovens *rettslige* funksjon er som grunnlag for det nasjonale rettssystemet. Hvor mye er rettslig regulert på grunnlovsnivå? Hvor operativ er den som rettslig dokument? Hvor ofte påberopes den for domstolene, hvor fast binder den statsmaktene, og hvilke plikter og rettigheter gir den borgerne?

Grunnlovens *politiske* funksjon er som rammeverk for det løpende politiske liv. Hva slags politisk system legger grunnloven opp til, og hvor fastlåst eller fleksibelt er det? Er det enighet om de sentrale politiske spillereglene, og fremgår de av grunnloven? Fremmer grunnloven et velfungerende demokratisk system, eller står den i veien?

Grunnlovens *symbolske* funksjon er som del av nasjonens politiske og juridiske kultur og historie. Som et samlende symbol for borgerne. Som felles ideologisk grunnlag – eller sågar som en slags sekulær medborgerreligion. Som uttrykk for nasjonal suverenitet, i en tid med stadig bredere og dypere internasjonalt og europeisk samarbeid.

<sup>3</sup> Dette er drøftet i et nordisk perspektiv av Kaarlo Tuori. Vad skall vi ha en «grundlag» til?, i Eivind Smith (red.) *Grundlagens makt* (2002) s. 217-229.

### 3. Like land – ulike grunnlover

De nordiske land har sine ulikheter. Men det er særlig sett innenifra. Sett utenifra fremstår Norden som et ganske homogent område. Vi er små, velstående og velfungerende stater oppe i hjørnet av nordvest-Europa, med felles protestantisk bakgrunn og pliktetikk. Vi har frie og åpne samfunn, med stabile og styringsdyktige demokratier og trygge rettsstatstradisjoner, med fredelige maktskifter og effektivt vern for politisk opposisjon og borgerrettigheter.

Dermed skulle man kanskje også tro at vi har de samme konstitusjonelle tradisjonene, med grunnlover som ligner på hverandre.

Men det har vi jo ikke! Tvert imot. De nordiske grunnlovene er ved nærmere ettersyn svært ulike. Det samme er de statsrettslige tradisjonene. I et komparativt perspektiv er det ikke noen felles nordisk konstitusjonell modell. Snarere fremstår Norden mer som et konstitusjonelt laboratorium, der ulike modeller er testet ut.

Kontrasten mellom likhetene i samfunnsstruktur og ulikhetene i det konstitusjonelle rammeverket kan sees som en indikasjon på at grunnlovens «funksjon» kanskje ikke er så viktig som jurister (og mange andre) gjerne liker å tro. Det er svært viktig for en stat å ha en stabil og god grunnlov, og viktig med bred konsensus om de grunnleggende konstitusjonelle spillereglene. Men hvordan de konstitusjonelle reglene nærmere er utformet og fungerer er kanskje ikke like avgjørende.

### 4. Forskjeller mellom de nordiske grunnlovene

#### 4.1 Forskjeller i alder, lengde, utforming – og kvalitet?

Legger man de fem nordiske grunnlovene ved siden av hverandre, ser man straks at det er store forskjeller mellom tekstene – på flere plan.

For det første er det stor forskjell i tekstens alder. Den norske grunnloven av 1814 er altså 200 år. Deretter er det et sprang til den islandske grunnloven av 1944, som er 70 år, og den danske av 1953, som er 61. Den svenske grunnloven av 1974 er 40 år, og den finske av 1999 er en tenåring på bare 15 år. Dette gir et spenn i Norden fra verdens nest eldste grunnlov til en av de yngste og mest moderne.<sup>4</sup>

For det andre er spennet i lengde nesten like stort. Målt i antall ord er den islandske grunnloven den korteste, med bare litt over 4.000 ord. Den norske har drøyt 5.500, den danske litt over 6.000. De finske og svenske er lengre – den finske har over 12.500 ord, og i Sverige har Regeringsformen alene over 13.500 ord.<sup>5</sup> I tillegg er det tre andre dokumenter med status

4 De konstitusjonelle tradisjonene er selvsagt eldre. Sverige fikk sin første skrevne grunnlov i 1809, og selv om denne ble totalrevidert i 1974, ble ikke innholdet i statskikken vesentlig endret. Danmark fikk skreven grunnlov i 1849, og denne ble i stor grad videreført i den nye teksten i 1953. Island fikk egen grunnlov under unionen med Danmark i 1874, og mye av denne videreført da det selvstendige Island vedtok ny grunnlov i 1944. Finland vedtok sin første grunnlov i 1919, som gjaldt frem til den ble totalrevidert i 1999.

5 Ifølge the Comparative Constitution Project er den islandske grunnloven på 4.089 ord, den danske på 6.221, den finske på 12.640 og den svenske (RF) på 13.635, se <http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>. Oversikten synes ikke å være helt eksakt, og er heller ikke oppdatert for de siste endringene i Finland, Island og Sverige. Men den gir likevel en illustrasjon. Den norske grunnloven (bokmålsversjonen) har etter min optelling 5.659 ord etter de siste reformene våren 2014. Dersom man i tillegg tar bort de mange paragrafene som er utdatert eller ikke lenger har reell konstitusjonell betydning (herunder detaljreglene om den personlige kongemakten) er det klart at Norge har en av verdens aller korteste operative grunnlovstekster.

av grunnlov, slik at totalen blir mye lenger.<sup>6</sup>

Komparativt er dette en variasjon fra noen av verdens aller korteste grunnlover til middels lange, med den svenske som uvanlig lang hvis alle fire regnes med.<sup>7</sup> Det gjenspeiler en variasjon fra korte abstrakte tekster til relativt lange og detaljerte. Og det innebærer store forskjeller i hvor mye som er grunnlovsregulert – hvor mange regler som er regulert på dette nivået, i stedet for i vanlig lov eller forskrift.

For det tredje er det store forskjeller i stil og form. En tekst vil alltid i noen grad speile sin tid – og det gjør de nordiske grunnlovene. Det er stor forskjell i hvor gammeldagse eller moderne de fremstår. Selv etter språklig oppdatering våren 2014 er det ganske lett å se at store deler av den norske grunnloven er en 1800-tallstekst. Kontrasten til den moderne finske grunnlovsteksten av 1999 er slående.

(Skal vi trekke parallell til arkitektur, fremstår den norske grunnloven av 1814 som en svært gammel bygning som har fått noen nye tilbygg og karnapper og et par strøk ny maling – mens den finske mer ligner det nye Operahuset vi nå sitter i.)

Et vanskeligere spørsmål er om det er forskjell på de nordiske grunnlovenes kvalitet. Det er litt sensitivt – en grunnlov er et sterkt nasjonalt symbol, og mange vil nok alene av den grunn like sin egen best. Men hvis vi skal være akademisk ærlige, må vi være åpne for at det kan være forskjeller i hvor gode grunnlovene våre egentlig er.

Det er også vanskelig fordi en grunnlovs kvalitet kan måles på forskjellige måter. Den viktigste testen må være om grunnloven rent faktisk har bidratt til en demokratisk og effektiv og stabil statskikk. Ut fra et slikt kriterium må vi si at de nordiske grunnlovene generelt er gode, med forbehold for at dette i den senere tid har vært omstridt i Island.

En annen mulig målestokk er imidlertid om grunnlovene våre lever opp til de krav og standarder som gjerne stilles i komparativ konstitusjonell teori og praksis. Selv om grunnlover er nasjonale tekster, bygger de på en felles ideologi – konstitusjonalismen – som oppsto på 1700-tallet og etter hvert har spredt seg til hele verden. I konstitusjonell teori har det alltid vært ideer om hvordan grunnlover best bør utformes, som har hatt stor innflytelse på nasjonalt nivå, i Norden som i resten av verden. Og i de senere år har det vært en utvikling mot stadig mer konstitusjonell rådgivning og evaluering på tvers av landegrensener, basert på internasjonale og europeiske kriterier og standarder for hvordan grunnlover best kan utformes og hva de bør inneholde.<sup>8</sup>

Målt ut fra slike kriterier er kvaliteten på de nordiske grunnlovene svært varierende.

Mange land ser mot Norden som eksempel på velfungerende konstitusjonelle demokratier. Nordiske jurister er ofte aktivt involvert i internasjonal statsrettslig rådgivning. Men kan våre egne grunnlover vises frem for andre? Er de eksportable?

6 Foruten Regeringsformen (RF) består de svenske grunnlovene av Successionsordningen (SO), Tryckfrihetsförordningen (TF) og Yttrandefrihetsgrundlagen (YGL).

7 I Europa er det mange grunnlover som ligger på drøyt 10.000 ord, men en del er også lengre. Den franske grunnloven av 1958 er på 10.180 ord, den spanske av 1978 på 17.608 ord, den tyske av 1949 på 27.236 og den østerrikske av 1945 på 41.366. I andre deler av verden finner man eksempler på meget lange grunnlover – som den syd-afrikanske av 1996 på 43.062 ord, den brasilianske av 1988 på 51.368 ord og den indiske av 1949 på 146.385 ord (alle tall fra the Comparative Constitution Project).

8 Sentralt her står den såkalte Venezia-kommisjonen (The European Commission for Democracy Through Law), som er et organ under Europarådet, som siden 1991 har ytt konstitusjonell rådgivning til en lang rekke land, basert på en oppfatning om felles europeiske statsrettslige standarder. Representanter for de nordiske land har siden starten deltatt aktivt i Venezia-kommisjonens arbeid. Kommisjonen har også ved noen anledninger vurdert nordiske grunnlovsspørsmål, som da den i 2008 ga en rapport om den finske grunnloven og i 2013 om utkastet til ny grunnlov i Island, se CDL-AD(2010)010 Opinion on the Constitution of Finland og CDL-AD(2013)010 Opinion on the draft new Constitution of Iceland.



Den norske er i hvert fall ikke det. Den er ikke noe for andre. Den må vi legge igjen hjemme. Oversatt til engelsk ser den enda merkeligere ut enn på norsk, og kan være direkte skadelig å vise frem til andre – særlig i land uten trygge demokratiske tradisjoner, der den kan gi makthaverne uheldige ideer om hvordan man kan grunnlovsfeste Kongens tilsynelatende store personlige makt. Det skal et sterkt og stabilt demokrati til for å leve med en så mangelfull grunnlovstekst som den norske.

Det samme kan også sies om den danske – og her finnes det en historie som visstnok er sann, om at kongen av Nepal for mange år siden leste den danske grunnlovsteksten, og ble svært begeistret.<sup>9</sup> Kanskje hadde det vært bedre at han ikke fikk se den.

Den islandske er heller noe eksempel for andre – den er altfor kort og mangelfull. Og de svenske grunnlovene er på den annen side alt for lange og detaljerte og spesielle.

Nei, det er bare én nordisk grunnlov som virkelig lever opp til komparative kriterier. Og det er den nye finske grunnloven av 1999. Det er klart den beste teksten, og egentlig den eneste som kan vises frem til andre land som et eksempel til etterfølgelse.

#### 4.2 Forskjeller i konstitusjonell kultur og tradisjon

Det er også store forskjeller i konstitusjonell kultur og tradisjon i Norden – hvordan grunnlovene utvikler seg og hvilken betydning de har i samfunnet – rettslig, politisk og symbolsk. Grovt sett er det to retninger – en vestnordisk og en østnordisk. Men det er også forskjeller mellom Danmark og Norge og Island – og mellom Finland og Sverige.

For det første har grunnlovene i Norden ulik *rettslig betydning*. Det er store forskjeller i hvor rettslig operative de er – i hvor langt de faktisk regulerer rammene og prosedyrene for statsmaktens virksomhet, og hvor bindende de oppleves. Det er store variasjoner i hvor langt de gir borgerne rettigheter som kan påberopes for domstolene.

Litt grovt kan man antagelig si at grunnlovens rettslige funksjon tradisjonelt har vært sterkst i Finland og Norge, deretter Island, mens den har vært noe svakere i Danmark og svakest i Sverige. Men her skjer det for tiden en utvikling, som kanskje innebærer at Sverige nå går forbi i hvert fall Danmark.

For det andre har vi ulike *tolkingstradisjoner*. Det er ingen felles statsrettslig metodelære i Norden. Tvert imot er det store forskjeller i kriteriene for hvordan grunnlovene tolkes. Siden tekstene er så forskjellige, er det naturlig nok forskjell på hvordan de forstås. Men det er også ulikheter i dynamikk og fleksibilitet, og i selve det grunnleggende synet på forholdet mellom rett og politikk.

Med noen hederlige unntak er det også relativt beskjeden løpende kontakt og inspirasjon mellom de statsrettslige fagmiljøene i Norden. Og så vidt jeg vet har det bare vært to forsøk på å skrive generelle komparative nordiske statsrettslige fremstillinger – den første av Aschehoug i 1885 og den andre av Herlitz på slutten av 1950-tallet.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Se Jens Peter Christensen, *Monarki eller demokrati?*, kronikk Jyllands-Posten 3.11.2012.

<sup>10</sup> Se T.H. Aschehoug, *Den nordiske statsret*, Nordisk Retsencyclopaedi, bind I, del II, København 1885, og Nils Herlitz, *Nordisk offentlig rett*, bind I-III, Stockholm 1958-1963.

Fredrik Sejersted, Norge

For det tredje varierer grunnlovsteksternes tilgjengelighet – deres «interpretability».<sup>11</sup> De danske og norske grunnlovene er generelt vanskelige å tolke og forstå for borgerne, i den forstand at store deler av tekstene er misvisende eller utdatert. Det kreves betydelig statsrettslig skoloring for å forstå hva de egentlig går ut på. De svenske og finske grunnlovene er langt mer tilgjengelige, og regulerer statskikken slik den er.

Sist, men ikke minst er grunnlovenes *status og symbolfunksjon* svært forskjellig. Den norske grunnloven er klart den mest symboltunge i Norden – både historisk og i dag. Som jubileet i 2014 tydelig har vist, er vi i Norge nå nesten på nivå med USA i grunnlovspatriotisme, med grunnloven som det samlede dokument, med Eidsvoll mai 1814 som et magisk øyeblikk i nasjonens historie, og med «grunnlovsfedrene» som nasjonale helter. Statsreligionen er svekket, og samfunnet har blitt mer flerkulturelt. Men grunnloven består, og har i 2014 styrket seg som samlede nasjonalt symbol.

Ingen av de andre nordiske landene er i nærheten av å matche dette. Men også i Finland har grunnloven en sterk symbolfunksjon, og har stått sentralt i rettslig og politisk kultur og debatt. Det samme gjelder Island. I Danmark er grunnlovens symbolfunksjon i det politiske liv klart svakere, og enda svakere har den tradisjonelt vært i Sverige.

En interessant observasjon i den forbindelse er at Norge, Finland og Island gjenoppsto som selvstendige stater gjennom vedtagelse av sine grunnlover. De er statsdannende dokumenter. Til sammenligning innebar de første skrevne grunnlovene i Sverige i 1809 og Danmark i 1849 viktige endringer i statskikken. Men de regulerte stater som for lengst var etablert, og fikk derfor ikke den status og aura som statsdannelsen gir.

En annen slående observasjon er at den norske grunnloven samtidig både er den tyngst tilgjengelige og den med sterkest symboleffekt. Er det en sammenheng her? Er det slik at jo eldre og mer uleselig teksten er, desto sterkere blir den som symbol? Den norske statsrettsjuristen Torkel Opsahl skal en gang ha sagt at «Grunnloven betyr mest for de som kjenner den minst». Det er en spissformulering. Men den fanger antagelig opp et viktig poeng. Folk liker gamle ærverdige og uforståelige tekster.

#### 4.3 Forskjeller i innhold

Leser man de nordiske grunnlovene, ser man også raskt at det er store forskjeller ikke bare i stil og form, men også i innhold. Det er forskjeller både i hva som er regulert, hvor langt det er regulert, og hva reglene går ut på.

Grunnlover er egentlig ganske enkle greier – det er en begrenset antall problemstillinger de regulerer. Utformingen av de tre øverste statsmaktene – lovgivende, utøvende og dømmende. Maktforholdet mellom dem. Valg. Borgernes rettigheter. Internasjonalt samarbeid. Grunnlovsendring. Et par andre ting. Men ikke noen veldig lang liste.

På de fleste av disse punktene er det til dels betydelige forskjeller mellom de nordiske grunnlovene – både på overordnet nivå og i detaljene.

<sup>11</sup> En nylig gjennomført komparativ studie analyserer grunnlovers «interpretability», definert som «the ability of a constitution to produce inter-subjective agreement about its meaning». I en oversikt over 25 europeiske grunnlover er den danske rangert som den nest vanskeligste å forstå (etter den franske). De finske og svenske kommer noe bedre ut, men fortsatt under gjennomsnittet. De islandske og norske grunnlovene er ikke med, men er nok minst like vanskelige å tolke som den danske. Se Melton, *Europe is home to some of the world's most incomprehensible national constitutions* (LSE Blog 2013). Det metodiske grepet i studien kan diskuteres, men den reiser uansett interessante spørsmål om hvor tilgjengelige grunnlovstekster egentlig er for borgerne.

Noen forskjeller er særlig synlige. Tre av de nordiske landene er monarkier og to er republikker, og det preger tydelig tekstene. Kongemakten er sterkt til stede i den danske grunnlovsteksten, og enda sterkere i den norske, der nesten halvparten av paragrafene omhandler «kongen» i en eller annen forstand, enten i betydningen kongen i statsråd (regjeringen) eller kongen personlig.<sup>12</sup> Til sammenligning er kongens plass i den svenske regjeringsformen etter 1974 langt mindre. De finske og islandske grunnlovene regulerer presidentens rolle, men uten at dette gjennomsyrrer tekstene slik monarkiet gjør i de danske og norske. Samtidig er den reelle politiske makten som presidenten kan ha større enn monarkenes, særlig i Finland, men også i noen grad i Island.<sup>13</sup>

Utover forskjellen i statsoverhode er det også andre viktige reelle forskjeller i hvordan den utøvende makt er regulert i de nordiske landene. Det gjelder både regjeringens utforming og arbeidsoppgaver, forholdet til parlamentet, forholdet mellom regjering og embetsverk, ytre etater, og forholdet mellom sentralforvaltning og lokalforvaltning.

Videre er de nasjonale parlamentene til dels ulikt organisert og regulert, og det samme er en rekke andre sentrale organer og institusjoner – herunder også de tradisjonelle statskirkene. Det er også store ulikheter i organiseringen av den dømmende makt, med ulike domstolstruktur i Øst-Norden og Vest-Norden. Det er betydelige variasjoner i hvor langt borgernes grunnleggende rettigheter er sikret i grunnlovene. Og det er ulike regler og rammer for internasjonalt samarbeid, herunder for overføring av myndighet til internasjonale organisasjoner generelt og EU spesielt – med interessante forskjeller blant annet i synet på hva som utgjør en suverenitetsavståelse og hva det krever.

Det er mange slike konstitusjonelle kontraster i Norden, og mye som kan sies om hver enkelt av dem. Men siden tiden er begrenset, skal jeg bare ta opp to områder som statsrettslig er særlig sentrale – og der de nordiske forskjellene er særlig synlige.

#### 4.4 Nærmere om grunnlovsendring

Det første er grunnlovsendring, som er et kjernesporsmål i konstitusjonell teori. Hvor vanskelig er det å endre grunnloven? Terskelen vil alltid ligge høyere enn for vanlig lovendring. Det er hele poenget med grunnlover – de skal binde opp statsmaktene. Samtidig må det være mulig å justere dem. Men hvor skal balansepunktet ligge mellom konstitusjonell fasthet og fleksibilitet? Her er det ingen felles modell i komparativ teori og praksis.<sup>14</sup> Snarere er det internasjonalt store variasjoner – fra grunnlover som er nesten umulig å forandre til grunnlover som kan endres relativt enkelt.

De nordiske grunnlovene dekker hele spekteret, med begge ytterpunkter representert. Den svenske grunnloven er blant de aller enkleste å endre i hele verden – den danske blant de aller vanskeligste. Finland, Island og Norge ligger komparativt mer i midten.

<sup>12</sup> Kongen er nevnt i 49 paragrafer i den norske grunnloven, hvorav 14 må tolkes slik at de helt eller delvis viser til Kongen i statsråd (regjeringen), mens 38 paragrafer viser helt eller delvis til den personlige kongemakten, som er regulert på til dels svært detaljert nivå, og på en måte som i dag fremstår som antikvert og kurios.

<sup>13</sup> Finland hadde tidligere et «blandet» system, med både presidentstyre og parlamentarisme. I 1999 gikk man over til et parlamentarisk styresett, men fortsatt kan presidenten i gitte situasjoner ha reell politisk makt. I Island har presidentrollen tradisjonelt vært ansett som rent seremoniell, men de siste årene har presidenten ved flere anledninger brukt sin formelle myndighet til å nedlegge veto mot Alltingets vedtak, og har også ved andre anledninger utøvd reell politisk makt, på en måte som har skapt uklarhet og strid om hans rolle.

<sup>14</sup> For en komparativ oversikt og analyse av nasjonale regler om grunnlovsendring, se Venezia-kommisjonens rapport fra 2010, *On Constitutional Amendment*, CDI-AD(2010)001.

For å endre den svenske regjeringsformen kreves det to vedtak i Riksdagen, med valg imellom. Det spesielle er imidlertid at det ved voteringen er nok med vanlig flertall. Det er en forskjell fra nesten alle andre konstitusjoner i verden, som krever kvalifisert flertall. Formelt er med andre ord grunnlovsbeskyttelsen i Sverige usedvanlig svak, selv om dette i praksis kompenseres gjennom en fast og langvarig tradisjon for at større forfatningsendringer vedtas med bredt flertall, og etter forhandlinger mellom partiene der resultatet er uttrykk for et felles kompromiss.

Det andre ytterpunktet er Danmark. Også der kreves det to vedtak i Folketinget, men i tillegg må grunnlovsendringen godkjennes i en folkeavstemning der det ikke bare må være flertall, men der i tillegg 40 % av elektoratet må ha stemt for. På papiret kan dette se greit ut, men i praksis er det en nesten uoverstigelig politisk barriere.

Finland og Norge ligger omtrent midt mellom disse ytterpunktene. Også her er det et krav om mellomliggende valg, og deretter at et flertall på 2/3 i parlamentet stemmer for.<sup>15</sup> Dette er det balansepunktet mellom konstitusjonell fasthet og fleksibilitet som i dag med noen variasjoner er mest vanlig internasjonalt.

Forskjellene i de formelle endringsreglene har hatt stor betydning for hvor ofte de nordiske grunnlovene i praksis har vært endret. Den danske grunnloven er ikke endret én eneste gang siden den ble vedtatt i 1953. Det betyr mer enn seksti år uten noen form for justering, og det er helt usedvanlig rigid i internasjonal målestokk. Men dansk statsliv synes å leve ganske greit med situasjonen, og selv om det fra tid til annen er krav om grunnlovsreform, har dette så langt ikke fått særlig bred politisk tilslutning.

De andre nordiske grunnlovene endres, men i svært ulikt omfang, og etter ganske ulike prosesser.<sup>16</sup> Den islandske er også temmelig rigid, og har bare vært endret 8 ganger siden 1944, viktigst i 1995, da man tok inn en rettighetskatalog. I 2009-12 ble det etter finanskrisen utarbeidet utkast til en helt ny islandsk grunnlov, men det ble våren 2013 avvist av et flertall på Alltinget, og reformen synes for tiden død.

Den finske grunnloven av 1999 har foreløpig ikke samme oppgraderingsbehov. Men i 2011 var det en ganske omfattende revisjon. I Sverige har det siden 1974 vært vedtatt 39 endringslover til regjeringsformen, som hver har endret en eller flere paragrafer. (Antall paragrafendringer er altså langt større). Flere av disse har vært resultat av brede og systematiske reformprosesser, senest en omfattende revisjon i 2010.<sup>17</sup>

Praksis for grunnlovsendring i Norge er mer ustrukturert og preget av innfallsmetoden. Terskelen for å foreslå endring er lav, og hver stortingsperiode fremsetter partiene en rekke forslag, hvorav bare noen ganske få i praksis vedtas. Over tid blir den samlede effekten likevel stor, og det er nylig talt opp at grunnloven har vært gjennom 316 paragrafendringer på de to

15 Forskjellen er at etter den finske grunnloven § 73 skal Riksdagen treffe to vedtak – først et med vanlig flertall, og etter valget et nytt med 2/3 flertall. (Alternativt kan Riksdagen vedta grunnlovsendring umiddelbart, men da kreves det 5/6 flertall). Etter den norske grunnloven § 121 (tidligere § 112) er det bare én votering, med krav til 2/3 flertall, men forslaget må ha vært fremmet innen et år før valget.

16 For en nyere analyse av grunnlovsendring i Danmark, Finland og Sverige, se i Contiades (ed) *Engineering Constitutional Change* (2013), med bidrag fra Helle Krunke, *Formal and Informal Methods of Constitutional Change in Denmark* (s. 73-92), Tuomas Ojanen, *Constitutional Amendment in Finland* (s. 93-114), og Lars-Göran Malmberg, *Constitutional Amendment in Sweden* (s. 325-336). For en oversikt over Norge og Island, se i Holmøyvik (red.) *Tolkningar av Grunnlova* (2013), med bidrag fra Fredrik Sejersted, *Det elastiske Panser. Om utviklingen av den norske statsforfatningen 1814-2014* (s. 35-109) og Ragnhildur Helgadóttir, *Hvordan skabes en (islandsk) grundlov? Grundlovsændringer, sædvaner og praksis 1874-2011* (s. 110-123).

17 Se SOU 2008:125 *En reformerud grundlag*, som la grunnlaget for Grundlagsreformen av 2010.

hundre årene siden 1814.<sup>18</sup> Mange av de norske endringene er små, og mange har vært dårlig utredet. Men i de senere år har det også vært vedtatt flere større og mer systematiske reformer, blant annet av Stortingets kontrollfunksjon, statskirken, rettighetskatalogen og språkformen.<sup>19</sup> Gjennom to hundre år har de fleste paragrafene vært endret én eller flere ganger, enkelte opp til 14 – 15 ganger. Denne noe ustrukturerte fleksibiliteten har utvilsomt bidratt til at grunnloven er blitt så gammel.

Hvor åpen er grunnlov er for endring, bestemmer ikke bare dokumentets utvikling, men påvirker også hele den konstitusjonelle konteksten og kulturen. Det får betydning for hvordan grunnloven tolkes og praktiseres, for om den må utfylles med andre regler på lavere nivå, og for hvilke funksjoner den får. Det legger føringer på hele den konstitusjonelle debatten i samfunnet. Forskjellen i endringsregler er en av de viktigste grunnene til at vi har så ulike konstitusjonelle tradisjoner i Norden.

#### 4.5 Nærmere om domstolenes prøvelsesrett

Et annet kjernespørsmål som bestemmer hva slags konstitusjonelt system man har, er om borgerne kan utlede rettigheter direkte fra grunnloven som ved motstrid vil gå foran vanlige lovregler. Kan domstolene sette parlamentets lovgivning til side dersom de kommer til at den strider mot grunnloven?

Dette omtales ofte som spørsmålet om domstolenes prøvelsesrett, og det får betydning for hele forholdet mellom rett og politikk, mellom parlament og høyesterett, og mellom demokrati og rettsstat.

Også her er det svært ulike regler og praksis i Norden. På den ene siden har vi Norge, som var et av de første land i verden der domstolene fikk (eller snarere ga seg selv) prøvelsesrett, allerede på midten av 1800-tallet, etter amerikansk forbilde. På den annen side har vi Finland, der forfatningen forbød domstolene å foreta grunnlovskontroll helt frem til 1999.<sup>20</sup> Forskjellene er størst historisk, og har blitt noe mindre i de senere år. I dag har domstolene en viss prøvelsesrett i alle de fem nordiske landene. Men det er fortsatt store ulikheter i hvordan dette er nærmere hjemlet, utformet og praktisert.

I de moderne svenske og finske grunnlovene er prøvingsretten nå skriftlig nedfelt – i henholdsvis RF 11:14 og 106 §, men på litt forskjellig måte.<sup>21</sup> I Danmark, Island og Norge er den ikke det, men anses som et uskrevet konstitusjonelt prinsipp, som i hvert fall i Norge har status som konstitusjonell sedvanerett. I Norge verserer det et forslag om å grunnlovsfeste prøvelsesretten i en ny § 114, men da dette ble behandlet av Stortinget våren 2014 viste det seg å være så omstridt at det ble utsatt til høsten. Så dette er i høy grad en aktuell og kontroversiell debatt her hos oss.

18 I mars 2014 kom Lovdata til at den norske grunnloven har vært endret 316 ganger siden 1814. Det er basert på antallet paragrafendringer, slik at en reform som omfatter flere paragrafer regnes som flere endringer.

19 Se Sejersted, *Det elastiske Panzer. Om utviklingen av den norske statsforfatningen 1814-2014*, i Holmøyvik (red.) *Tolkinger av Grunnlova*, Pax 2013, s. 35-109.

20 Til gjengjeld har man i Finland og Sverige (som i mange andre europeiske land) en tradisjon for forhåndskontroll med om nye lover er i tråd med grunnlovene, i henholdsvis Grundlagsutskottet og Lagrådet. I Danmark, Island og Norge er det ikke noen tilsvarende forhåndskontroll, selv om lovavdelingene i justisdepartementene i praksis i noen grad kan fylle en lignende funksjon.

21 Opprinnelig hadde begge bestemmelsene et krav om at lover bare kunne settes til side dersom det var åpenbart («uppenbart») at de strid mot grunnloven. I 2010 ble åpenbarhetskravet fjernet fra RF 11:14. I Finland har man etter debatt derimot valgt å beholde det.

Hva gjelder praksis, har domstolene tradisjonelt vært mest tilbakeholdne med å etterprøve lovgivning i Danmark, Finland og Sverige. I Danmark har høyesterett riktignok helt siden 1920-tallet i prinsippet ansett seg for å ha en prøvelsesrett. Men det var ingen klare eksempler på at den ble brukt til å sette til side en lov gitt av Folketinget før i den såkalte Tvind-saken fra 1999, som var svært spesiell, og som fortsatt femten år etter står som det eneste eksempelet.<sup>22</sup>

I Finland og Sverige er historien annerledes. Der har domstolene tradisjonelt ikke hatt prøvingsrett. I Sverige ble det åpnet for prøving i den nye Regeringsformen i 1974, men den var begrenset til åpenbare grunnlovsbrudd, og ble lenge ikke brukt i praksis. Det er først i de siste årene at svenske domstoler i en liten håndfull saker faktisk har etterprøvd lover gitt av Riksdagen.<sup>23</sup> I Finland fikk domstolene først adgang til grunnlovsprøving i 1999, og selv om det har vært flere saker oppe, er det så langt bare et par eksempler på at de faktisk har brukt dette til å sette lover til side.<sup>24</sup>

I Island har det vært en viss tradisjon for domstolskontroll med Alltingets lover helt siden 1944, men det var først etter at man tok inn en rettighetskatalog i grunnloven i 1995 at dette utviklet seg. De siste tyve årene har imidlertid islandsk høyesterett satt lover til side i en rekke saker.<sup>25</sup>

Norge er det land i Norden med lengst tradisjon for domstolskontroll, som går tilbake til 1800-tallet. I en lang periode mellom 1918 og 1975 var det imidlertid ingen klare eksempler på tilsidesettelse av lover. I 1976 kom prøvingsretten tilbake i den såkalte Kløfta-saken, der Høyesterett også formulerte nærmere kriterier for kontrollen, som senere er videreutviklet gjennom praksis. I de siste årene er prøvingen intensivert, gjennom flere viktige prinsipp saker, som samtidig har vært kontroversielle, og der det ofte har vært skarp dissens internt i Høyesterett.<sup>26</sup>

Selv om alle de nordiske forfatningene i dag gir domstolene prøvingsrett, er det følgelig fortsatt klare forskjeller i hvor langt denne kontrollen går, rettslig og faktisk. I alle de fem landene er det en viss terskel. Men hvor den ligger varierer – og er også til dels uklart eller omstridt i flere av landene.

I Sverige opphevet man i 2010 kravet om at grunnlovsstriden måtte være «åpenbar», men diskuterer fortsatt hvilken betydning endringen skal ha. I Finland beholdt man åpenbarhetskravet – og diskuterer betydningen av dét. I Danmark undres man femten år etter fortsatt på om Tvind-saken fra 1999 var en ensom svale eller begynnelsen på en ny æra. I Norge har Høyesterett i plenum i flere viktige saker i de senere år delt seg omtrent på midten i selve det prinsipielle spørsmålet om prøvelsens intensitet og hvor stor vekt man skal legge på Stortingets egen vurdering av grunnlovmessigheten. Uklarhet og uenighet om dette var også

22 Om prøvingsretten i dansk statsrett, se bl.a. Jens Peter Christensen, Højesteret og statsmagten, i Per Magid (red) Højesteret – 350 år (2011) og Sten Schaumburg-Müller, Parliamentary Precedence in Denmark – A Jurisprudential Assessment, Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter 2009 s. 170-184.

23 Se bl.a. Joakim Nergelius, Svensk statsrätt (2010) s. 267 ff., Karin Åhman, Normprövning, Domstolskontroll av svensk lags förenlighet med regeringsformen och europarätten 2000-2010 (2011). Det gjenstår å se hvilken betydning opphevelsen av åpenbarhetskravet i 2010 vil få for prøvingspraksis i årene som kommer.

24 Se Lavapuro, Ojanen og Scheinin, Rights-based constitutionalism in Finland and the development of pluralist constitutional review, International Journal of Constitutional Law 2011 s. 505-531.

25 Se Björg Thorarensen, Judicial review in Iceland and Denmark. Different developments from common origins (manuskript 2014, under publisering).

26 Det er omfattende rettsvitenskaplig (og retthistorisk) litteratur om prøvingsrettens utvikling i Norge. Se Eivind Smith, Konstitusjonelt demokrati (2. utg. 2012) s. 313 ff., med videre henvisninger.

grunnen til at Stortinget våren 2014 valgte å utsette behandlingen av den nye paragrafen om domstolskontroll til høsten.

Videre er det forskjeller i hvor godt grunnlag de nordiske grunnlovene gir for prøving. For at prøvingsretten skal ha noen realitet, må grunnloven inneholde rettigheter som lovene kan vurderes opp mot. Frem til nyere tid var det ingen av de nordiske grunnlovene som særlig utførlige borgernes rettighetsvern. Men dette har endret seg. I den svenske regjeringsformen av 1974 ble det inntatt en rettighetskatalog, som senere er utvidet. I Island ble det inntatt en rettighetskatalog i grunnloven i 1995, og det samme fikk man i Finland i 1999. I Norge ble det inntatt en rettighetskatalog i grunnloven våren 2014. Danmark er i dag det eneste landet i Norden der grunnloven ikke inneholder noen full moderne rettighetskatalog, men bare et mer beskjedent knippe bestemmelser.

## 5. Ulike grunnlover – likere materielle forfatninger

De nordiske grunnlovene er altså svært ulike. Men er forfatningene like forskjellige? La oss gå tilbake til sontringen mellom grunnloven som dokument og forfatningen som de grunnleggende materielle reglene om statsskikken. Er forfatningene virkelig så ulike i Norden som tekstene kan tyde på?

Ikke fullt. Riktignok er det som vist mange materielle forskjeller mellom de nordiske forfatningene, og noen av dem er av stor betydning. Men forskjellene i tekst er likevel klart større enn forskjellene i substans. Dersom alle de fem nordiske land hadde totalrevidert sine grunnlover i dag, etter samme retts tekniske modell, så hadde tekstene fortsatt hatt forskjeller, men de hadde sett mye likere ut enn nå.

Den grunnleggende statsskikken er langt på vei felles. Det er variasjoner over moderne parlamentarisk demokrati. De nordiske parlamentene er egentlig ikke veldig ulike, og det er heller ikke regjeringenes stilling og arbeidsform. Domstolene våre må sies å tilhøre samme tradisjon, selv om de er organisert ulikt i Øst- og Vest-Norden. Borgernes rettighetsvern er godt sikret i alle landene, reelt sett på om lag samme nivå.

Videre har alle de nordiske grunnlovene hatt en grunnleggende positiv politisk funksjon ved at de har bidratt til å skape stabile og styringsdyktige demokratier.

Hvor viktig dette bidraget har vært kan diskuteres. Noen store samfunnsendringer er innført ved grunnlovsreform, men de fleste ikke. De nordiske velferdsmodellene er for eksempel ikke innført gjennom konstitusjonelle vedtak, men er utviklet gjennom ordinær politikk og lovgivning. Men grunnlovene har bidratt ved å gi faste og fornuftige rammer som har gjort en slik fredelig og konstruktiv politisk utvikling mulig.

Det er også lenge siden vi sist hadde mer alvorlige «forfatningskamper» i Norden – det vil si at grunnleggende politisk uenighet om utformingen av de konstitusjonelle spillereglene, slik vi i dag f.eks ser i mange land i Øst- og Sentral-Europa. Det var tilløp til forfatningskamp i Island etter finanskrisen. Men ellers er ikke dette noe vi lenger har i Norden. Tvert imot har vi lenge vært velsignet med bred og dyp enighet blant politikere og befolkning om grunntrekkene i statsskikken. Det gir stabile rammer, med vidt spillerom for politisk uenighet og dynamisk demokratisk samfunnsutvikling.

Slik sett har vi i Norden langt på vei de samme konstitusjonelle dypstrukturene, selv om reglene på overflaten er til dels nokså ulike.

## 6. Mot konstitusjonell konvergens i Norden?

Og vi blir konstitusjonelt stadig likere. Ikke på grunn av nordisk samarbeid og inspirasjon, men på grunn av verden rundt oss, og særlig på grunn av den europeiske integrasjonsprosessen, som i stor grad foregår gjennom rettslige bindinger, som «integration through law», og som konstitusjonelt stort sett reiser de samme utfordringene og legger de samme føringene i alle de fem nordiske landene.

For oss jurister er europarettens gjennombrudd i nasjonal rett det største og viktigste rettslige utviklingstrekk i vår tid. Det har særlig to elementer. Det første er Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), som ble vedtatt på 1950-tallet, men som først for alvor slo inn i nordisk rett på 1990-tallet – da den ble gjennomført i nasjonal rett og da borgerne virkelig begynte å påberope den for domstolene. Det andre er EU-retten – det enormt omfattende og dyptgripende felles europeiske regelverket som kom inn i nordisk rett på 1990-tallet – i tre av landene direkte gjennom EU-medlemskap, i de to siste litt mer indirekte og kamuffert gjennom EØS-avtalen.

Til sammen utgjør dette en ny europeisk rettsorden – en ny *ius Europeanum* – som regulerer stadig større deler av det som tidligere var nasjonal rett og politikk.

Europarettens inntog er den største resepsjonen av fremmed rett i Norden siden kristenretten i middelalderen. Og den har kommet raskt. Det aller meste har skjedd de siste tyve årene. Dette har dypttrekkende konstitusjonelle konsekvenser, med stor betydning for hvordan de nasjonale nordiske grunnlovene fungerer.

En slik direkte konsekvens er at domstolenes grunnlag for å etterprøve parlamentenes lovgivning er radikalt utvidet. Nasjonale domstoler har rett og plikt til å prøve nasjonale lover opp mot EU-retten og EMK, og det er et svært mye bredere og dypere grunnlag for kontroll enn de nasjonale grunnlovene. Den nye europeiske prøvingsretten er langt mer omfattende enn den gamle nasjonale, og den skjer i et samspill mellom nasjonale domstoler og overnasjonale domstoler i Strasbourg og Luxembourg.

Den europeiske prøvingsretten er også en viktig grunn til at man i de fleste nordiske land har intensivert domstolskontrollen også på grunnlag av nasjonal grunnlov.<sup>27</sup> Når domstolene først prøver nasjonal rett opp mot EU-retten og EMK så blir terskelen lavere for også å kontrollere opp mot grunnloven. Og på et dypere nivå har europaretten åpenbart bidratt til et mer generelt skifte i synet på forholdet mellom rett og politikk – en form for *nykonstitusjonalisme* – som har fått mange og begeistrede tilhengere blant nordiske jurister, selv om den også møter betydelig motstand.

Denne utviklingen er mest slående i Sverige, der man på få år har hatt et grunnleggende skifte, og der grunnlovene nå har fått en mye tydeligere plass i den rettslig-politiske kulturen enn tidligere. Den er kan hende minst synlig i Danmark, der man fortsatt henger igjen med en uforandret gammel grunnlovstekst.

Men dette er variasjoner innenfor den samme bredere utviklingen, der hovedtrekket er at domstolenes kontroll med nasjonal lovgiver på grunnlag av europarett og nasjonal grunnlovsrett er klart intensivert.

<sup>27</sup> Se bidragene i Føllesdal og Wind, Current national practices and debates toward European judicial review in the Nordic Countries, temahefte, Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter 2009 nr. 2.



Europaretten har også i alle de nordiske land ført til økt «rettsliggjøring» – at spørsmål som tidligere ble løst politisk eller administrativt nå er regulert rettslig, på et nivå som binder opp de nasjonale parlamentene og regjeringene.

I vår tradisjon er grunnlovene i hovedsak prosessuelle spilleregler, som etablerer beslutningsprosedyrer, men som overlater politikken innhold til de politiske aktørene. I nyere tid er dette endret – både ved at de fleste nordiske grunnlovene har fått inn langt flere materielle rettigheter og ved at europaretten har kommet inn med svært omfattende substansiell lovgivning, som binder opp de nasjonale statsmaktene – både parlamenter, regjeringer og domstoler. Det betyr mer juss – og mindre plass for politikk.

Denne nye rettsliggjøringen er ønsket velkommen av noen – og kritisert av andre.<sup>28</sup> Den styrker rettsstaten, men svekker det tradisjonelle demokratiet. Den styrker borgernes individuelle rettigheter, men svekker kollektive interesser. Den endrer forholdet mellom stat og borger – som er den ene hovedaksen i statsretten. Og den endrer forholdet mellom de øverste statsmaktene – som er den andre. Først og fremst styrker den domstolene, på bekostning av parlamenter og regjeringer. Videre er den utøvende makt styrket på bekostning av den lovgivende – siden det i hovedsak er regjeringene og embetsverket som representerer staten utad på de nye europeiske arenaene.

På den ene siden kan europaretten sies å ha styrket de nordiske grunnlovene. Jussen er generelt blitt viktigere, og grunnlovenes betydning som nasjonalt rammeverk for europeisk samarbeid er blitt klarere. Europaretten har bidratt til en oppgradering av de nasjonale grunnlovene, som styrker deres funksjon både rettslig, politisk og symbolsk. På den annen side er deres funksjoner også svekket, siden stadig mer styres og reguleres på europeisk plan, uavhengig av nasjonale grunnlovsregler.

De siste tyve årene har vi som nordiske jurister gjennomlevd et paradigmeskifte, som er mye større og mer dyptgripende enn de fleste av oss tenker over til daglig. På tyve år har vi gått fra å ha nasjonale rettssystemer til å bli deltagere i en felles europeisk rettsorden med klare føderale trekk – som fortsatt formelt bygger på de nasjonale grunnlovene, men der vi over nasjonal rett har et stadig bredere lag av felles europeiske regler, som ikke kan endres av nasjonal lovgiver og som gjør krav på direkte virkning og forrang fremfor nasjonal rett.

Spenningen mellom de nasjonale grunnlovene og behovet for overnasjonalt europeisk samarbeid er vår tids største statsrettslige spørsmål – i alle de nordiske land. Det er en felles utfordring. Den bringer oss nærmere hverandre. Og hvis vi innser dette og griper sjansen, så gir utviklingen oss rike muligheter for felles nordisk konstitusjonell debatt og samarbeid i årene som kommer – til nytte og inspirasjon for oss alle.

---

28 I Norge har vi hatt omfattende debatter om «rettsliggjøring» helt siden Maktutredningen i 2003 trakk frem dette som et av de viktigste utviklingstrekkene i moderne tid, se NOU 2003:19 Makt og demokrati. I den norske Maktutredningen er rettsliggjøring vurdert som en trussel mot det tradisjonelle folkestyret. Den danske maktutredningen, som kom noen år senere, kom også til at det foregår rettsliggjøring, men mente derimot at dette styrker demokratiet, se Togeby m.fl. Magt og demokrati i Danmark (2004).

*Fredrik Sejersted, Norge*

## **Vedlegg**

### **De nordiske grunnlovene om grunnlovsendring**

#### **Danmark §88**

Vedtager folketing et forslag til en ny grundlovsbestemmelse, og regeringen vil fremme sagen, udskrives nyvalg til folketing. Vedtages forslaget i uændret skikkelse af det efter valget følgende folketing, bliver det inden et halvt år efter den endelige vedtagelse at forelægge folketingsvælgerne til godkendelse eller forkastelse ved direkte afstemning. De nærmere regler for denne afstemning fastsættes ved lov. Har et flertal af de i afstemningen deltagende og mindst 40 pct. af samtlige stemmeberettigede afgivet deres stemme for folketingets beslutning, og stadfæstes denne af kongen, er den grundlov.

#### **Finland: § 73**

Förslag om stiftande, ändring eller upphävande av grundlagen eller om avgränsade undantag från grundlagen skall i den andra behandlingen med flertalet röster godkännas att vila till det första riksmöte som hålls efter följande riksdagsval. Förslaget skall då, sedan respektive utskott lämnat sitt betänkande i saken, godkännas med oförändrat sakinhåll i plenum i en enda behandling genom ett beslut som fattas med minst två tredjedelar av de avgivna rösterna.

Förslaget kan dock förklaras brådskande genom ett beslut som fattas med minst fem sjättedelar av de avgivna rösterna. Förslaget lämnas då inte vilande och det kan godkännas med minst två tredjedelar av de avgivna rösterna.

#### **Norge: § 121 (tidl. § 112)**

Viser erfaring at noen del av denne kongeriket Norges Grunnlov bør forandres, skal forslag derom fremsettes på første, annet eller tredje storting etter et nytt valg og kunngjøres ved trykken. Men det tilkommer først det første, annet eller tredje storting etter neste valg å bestemme om den foreslåtte forandring bør finne sted eller ei. Dog må en slik forandring aldri motsi denne Grunnlovs prinsipper, men bare angå slike modifikasjoner i enkelte bestemmelser som ikke forandrer denne konstitusjons ånd, og to tredjedeler av Stortinget bør være enige i en slik forandring.

En således vedtatt grunnlovsbestemmelse underskrives av Stortingets president og sekretær og sendes kongen til kunngjøring ved trykken som gjeldende bestemmelse i kongeriket Norges Grunnlov.

#### **Sverige: RF 8 kap. Lagar och andra föreskrifter**

14 § Grundlag stiftas genom två likalydande beslut. Genom det första beslutet antas grundlagsförslaget som vilande. Det andra beslutet får inte fattas tidigare än att det efter det första beslutet har hållits val till riksdagen i hela riket och den nyvalda riksdagen har samlats. Det ska dessutom gå minst nio månader mellan den tidpunkt då ärendet första gången anmäldes i riksdagens kammare och valet, om inte konstitutionsutskottet beslutar om undantag. Ett sådant beslut ska fattas senast vid ärendets beredning och minst fem sjättedelar av ledamöterna måste rösta för beslutet.

15 § Riksdagen får inte såsom vilande anta ett förslag om stiftande av grundlag som

är oförenligt med ett annat vilande grundlagsförslag, utan att samtidigt avslå det först antagna förslaget.

16 § Folkomröstning om ett vilande grundlagsförslag ska hållas, om det yrkas av minst en tiondel av riksdagens ledamöter och minst en tredjedel av ledamöterna röstar för yrkandet. Ett sådant yrkande ska framställas inom femton dagar från det att riksdagen antog grundlagsförslaget som vilande. Yrkandet ska inte beredas i utskott.

Folkomröstningen ska hållas samtidigt med det val till riksdagen som avses i 14 §. Vid omröstningen får de som har rösträtt vid valet förklara om de godtar det vilande grundlagsförslaget eller inte. Förslaget är förkastat, om de som röstat mot förslaget är fler än de som röstat för förslaget och de som röstat mot till antalet är fler än hälften av dem som har avgett godkända röster vid riksdagsvalet. I annat fall tar riksdagen upp förslaget till slutlig prövning.

Island: (engelsk versjon)

Proposals to amend or supplement this Constitution may be introduced at regular as well as extraordinary sessions of Althingi. If the proposal is adopted, Althingi shall immediately be dissolved and a general election held. If Althingi then passes the resolution unchanged, it shall be confirmed by the President of the Republic and come into force as constitutional law. If Althingi passes an amendment to the status of the Church under Article 62, it shall be submitted to a vote for approval or rejection by secret ballot of all those eligible to vote.

Provisional Article (added by Act. No. 91/2013) *(unofficial translation)*  
Not regarding article 79, paragraph 1, it is possible until 30 April 2017 to amend the Constitution by the following procedure: If Althingi adopts a bill amending the Constitution with the support of at least 2/3 of members of the Althingi it shall be submitted to the electors for approval or rejection by direct voting. The referendum shall take place no earlier than six months and at the latest nine months following the adoption of the bill. The Bill is approved if a majority of the persons taking part in the voting, and at least 40 per cent of the electorate, have voted in favour of it, then it shall be confirmed by the president of the republic to become a valid constitutional act. The title of the bill for amendment for this procedure shall contain reference to this provision.

### **De nordiske grunnlovene om domstolenes kompetanse til å prøve om parlamentets lovgivning er i overensstemmelse med grunnloven**

Finland:

106 §

Grundlagens företråde

Om tillämpningen av en lagbestämmelse i ett ärende som behandlas av en domstol uppenbart skulle strida mot grundlagen, skall domstolen ge grundlagsbestämmelsen företräde.

Sverige:

RF 11 kap. Rättskipingen

14 § Finner en domstol att en föreskrift står i strid med en bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning får föreskriften inte tillämpas. Detsamma gäller om stadgadsordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid föreskriftens tillkomst.

*Fredrik Sejersted, Norge*

Vid prövning enligt första stycket av en lag ska det särskilt beaktas att riksdagen är folkets främsta företrädare och att grundlag går före lag.<sup>29</sup>

Danmark, Island og Norge:

I Danmark, Island og Norge er domstolenes prøvelsesrett ikke regulert i grunnlovene, men er ansett som et ulovfestet konstitusjonelt prinsipp (eller sedvanerett). I Norge er det fremmet forslag om å grunnlovsfeste prøvingsretten i en ny § 114, som Stortinget etter planen skal votere over høsten 2014.

Verserende forslag til grunnlovsfesting av prøvelsesretten i Norge:

§ 114. I saker som reises for domstolene, har domstolene rett og plikt til å prøve om lover og andre beslutninger truffet av statens myndigheter strider mot Grunnloven.

---

<sup>29</sup> RF 11:14 ble endret i 2010, som del av en større grunnlovsreform. Tidligere inneholdt bestemmelsen et såkalt «uppenbarhetskrav» (på samme måte som den finske regelen), men dette er nå fjernet. Det er debatt i Sverige om hvilken betydning dette vil kunne få for prøvelsesretten.

Takketale fra vinneren av den nordiske  
juristpris 2014

*Professor Stig Strömholm*

## Takketale fra vinneren av den nordiske juristpris 2014

Professor *Stig Strömholm*

Eders Majestät,

Högt ärade församling,

När Institutet för rättsvetenskaplig forskning i Stockholm den 3 december 1980 faststälde stadgarna för Knut och Alice Wallenbergs Stiftelses pris för rättsvetenskapliga insatser beskrevs priset som avsett för nordiska jurister och som uttryck för erkänsla för framstående praktisk eller teoretisk rättsvetenskaplig författarskap. Jag avstår från de bedyranden om egen ovärdighet som inte är ovanliga i sådana här sammanhang, i varje fall i de nordiska länderna. Det vore att ifrågasätta integriteten och kompetensen hos den prisutdelande styrelsen. Sådant ifrågasättande anstår ingen, framför allt inte den som just mottagit priset. Allra minst anstår ett sådant kritiskt ifrågasättande den som ursprungligen väckte tanken på ett sådant pris, som deltog i överläggningarna den 3 december 1980 och därför väl vet vilken möda Institutet för rättsvetenskaplig forskning lade ned på att finna ett valförfarande av nära nog ogenomtränglig komplexitet och än mer ogenomtränglig sekretess för att säkra kunskap och oväld vid valet av pristagare. Inte ens den mest paranoide konspirationsteoretiker skulle gärna komma på tanken att jag när jag deltog i dessa överläggningar för trettiofyra år sedan skulle ha med diabolisk pricksäkerhet siktat på det val av pristagare som idag har offentliggjorts. Det är därför med rent samvete som jag, ehuru naturligtvis egentligen ovärdig, framför mitt varma och värdsamma tack för denna furstliga belöning, mottagen ur en konungs hand

Det är mot kritik av annat slag och från annat håll som det är anledning att försvara ett pris sådant som detta. Den som tillbragt huvuddelen av sitt yrkesliv i universitetsvärlden vet att själva begreppet "rättsvetenskaplig forskning" inte sällan ifrågasatts av företrädare för andra discipliner. "Kan man forska i juridik? Är det inte bara att slå upp i lagen vad som gäller?" så kan det låta från dem som tillbringar sina dagar vid blixtrikt blänkande apparater och hypersensitivt dallrande mätinstrument. Visserligen tog kanske de romerska juristerna till i överkant när de beskrev sin hantering som *notitia rerum divinarum atque humanarum*, "kunskap om gudomliga och mänskliga ting". Något blygsammare kan emellertid den rättsvetenskaplige forskaren till försvar för sin verksamhet åberopa en av den första naturvetenskapliga revolutionens främste, Blaise Pascal, när han hyllar den *esprit de finesse*, den subtila analysen, som med intuitiv säkerhet överblickar helheten samtidigt varsamt skiljer på nyanser och nystar upp oändligt intrasslade trådar. Det är vad rättsvetenskapens idkare gör när de är som bäst.

## Folkets rolle i forfatningsendringer

Professor *Ragnhildur Helgadóttir*, Island

## Folkets rolle i forfatningsændringer

Professor *Ragnhildur Helgadóttir*, Island

### 1. Introduktion og begrænsning af emnet

Det er en stor glæde for mig at få være her i dag og diskutere folkets rolle i forfatningsændringer. Emnet for dagens diskussion er begrænset til folkelig deltagelse i grundlovsændringer. Derfor bliver folkelig deltagelse i statsretten i almindelighed – „vælgeren som magthaver“ eller folkeafstemninger generelt – ikke diskuteret men kun hvad er, og hvad kunne være folkets rolle i forfatningsændringer. Som kendt ændres forfatninger ikke kun via formelle grundlovsændringer, men også via praksis, sædvane o.s.v. Men folkets rolle i sådanne ændringer diskuteres ikke her; kun folkets rolle i formelle grundlovsændringer.

Jeg vil heller ikke diskutere nærmere hvordan vi definerer „folket“. Jeg bruger for det meste „folket“ og „vælgerne“ som synonyme, selv om der selvfølgelig findes indbyggere i landet som ikke har valgt (endnu). Da grundlove skal også gælde for kommende generationer, hvilkens politiske majoritet ikke kan ændre dem uden videre, eksisterer problemet at ikke alle som grundloven skal gælde om tager beslutninger om den, uafhængigt af hvordan vi definerer folket lige nu. Ens egen (eller ens repræsentativers) samtykke kan derfor aldrig være nødvendig for grundlovens legitimitet.

Selv om Island foretog i 2010-2013 et grundlovseksperiment, som til dels kører stadigvæk, vil jeg ikke diskutere det, i og for sig, i dag. I stedet vil jeg prøve at bygge på den erfaring og diskutere folkelig deltagelse i grundlovsændringer mere generelt.

Alle de nordiske lande går ud fra at magten stammer fra folket, selv om det er forskelligt om dette udtrykkes klart i grundloven. I dag er dette klart og ubestrideligt selv om det er forskelligt mellem grundlove hvor stor en rolle vælgerne er tildelt, både i almindelighed og i grundlovssager.

Når det gælder grundlovsændringer kan man lidt forenklet sige at

a) Den finske grundlov kræver at to rigsdage (to rigsdagsforsamlinger) med et valg imellem skal behandle grundlovssagen. To tredjedele af rigsdagens medlemmer skal stemme for forslaget. Der findes en undtagelsesregel, som tillader at fem sjettedele af rigsdagens medlemmer vedtager et forslag, som da behandles kun af en Rigsdag.

b) Norges grundlov kræver at et grundlovsforslag forelægges i de første tre år af valgperioden og hviler så over et Stortingsvalg. Selve vedtaget skal så ske med 2/3 deles flertal. Grundlovsændring kræver altså ikke to vedtag, men at den foreslås af et Storting og vedtages af et andet.

c) Regeringsformen i Sverige forudsætter at to riksdage (to rigsdagsforsamlinger) med valg imellem skal vedtage ændringen. Men til gengæld findes der også en hjemmel til at holde folkeafstemning om grundlovsforslag – om 1/10 af medlemmerne ønsker det og 1/3 stemmer for det.

d) Folkeafstemning om grundlovsændringer er altid nødvendig i Danmark; to folketing med valg imellem skal vedtage en ændring og så skal forslaget videre til folkeafstemning hvor mindst 40 % af stemmeberettigede skal stemme for forslaget.

e) Den islandske grundlov har for tiden to forskellige ændringsprocesser. Den ene, der har været i brug siden 1944, kræver samtykke af to Alþingi med valg imellem men den



anden (der gælder kun midlertidigt, til 2017) kræver kun en 2/3 dels majoritet i Alþingi og så vedtagelse i folkeafstemning hvor 40 % af stemmeberettigede skal stemme for forslaget.

I Norden bliver grundlovsændringer altså i langt de fleste tilfælde drøftet, diskuteret og til sidst vedtaget i det formelle politiske forum – af parlamenterne. Dette er på linje med parlamenternes ledende stilling i samfundet. Folketingene er ledende i grundlovsændringerne; vælgerne i alle landene deltager indirekte i disse ændringer – ved at vælge et nyt parlament som skal (i de fleste tilfælde) vedtage forslag til grundlovsændringer eller vedtage det igen, men kun i et land er folkeafstemning om grundlovsændringer nødvendig og i 2 andre er den muligt.

Ud fra *lex lata* er der måske ikke så meget mere at sige om vælgernes deltagelse i grundlovsændringer. Men dette emne fortjener alligevel opmærksomhed både af akademiske og praktiske grunde. For det første siger det noget spændende om vores holdning til grundloven. Det er, af akademiske grunde også interessant at alle vil ivaretage demokratiet og alle anerkender at magten stammer fra folket, men vi er ikke helt klare over hvad det faktisk skal betyde i grundlovssammenhæng. Der findes både direkte (som i Danmark) og indirekte (som i Finland og Norge) folkelig deltagelse i grundlovsændringer. Og den direkte folkelige deltagelse kan antage forskellige former, på forskellige tidspunkter i processen. Grænsen – om der findes en – mellem særkundskaben (især juristene), politikken og almenheden er også interessant at udforske.

Emnet fortjener også opmærksomhed af praktiske grunde fordi grundlovene stiller bare minimumskrav vedrørende folkelig deltagelse. Det er muligt – hvis parlamenterne ønsker det – at lade en omfattende folkelig diskussion finde sted og at have formel direkte folkelig deltagelse, som et led i grundlovsændringens forberedelse, selv om grundlovene ikke forudsætter dette. Dette var netop stillingen i Island 2011.

## 2. Folkelig deltagelse i forskellige faser af forfatningsændringer

Her diskuteres først direkte folkelig deltagelse i forskellige faser af selve drøftelsen af grundlovsændringer. Dernæst ser vi på folket som beslutningstager om enten enkelte problemer eller hele grundlovsforslag.

### 2.1. Folkelig deltagelse i selve drøftelsen af grundlove

FN og mange organisationer (f.eks. Interpeace, se f.eks. <http://www.interpeace.org/publications/constitution-making-for-peace-programme/194-part-1-introduction-to-constitution-making-processes-english-1/file>) har udgivet factsheets og instruktioner vedrørende grundlovsændringer. Både der og selvfølgelig i historiske skrifter finder vi ofte en inddeling af grundlovsprocessen i forskellige faser eller opgaver. Jeg vil her bruge en ganske grov opdeling og dele selve drøftelsen af grundloven i tre faser som kan finde sted samtidig eller en efter den anden:

Refleksionsfasen hvori det analyseres hvad skal være de grundlæggende principper for grundloven. Dette er slet ikke altid en del af processen, især ikke vedrørende mindre ændringer.

bestemmelsesfasen hvori de substantive beslutninger tages: Hvad skal ændres eller skrives ind; hvordan skal statssystemet tegnes op og hvilke rettigheder beskyttes.

Og så selve udarbejdelsen af grundlovsteksten.

Alt dette sker hyppigst på parlamentets vegne; de første to ofte i parlamenternes

grundlovsudvalg og den seneste hos specialistgrupper eller i udvalget. Men forskellige hensyn gør sig gældende vedrørende folkets deltagelse i grundlovsarbejdet i de forskellige faser.

a) Diskussion om grundlæggende principper

Når forfatninger i Norden bliver ændret finder der slet ikke altid sted en omfattende diskussion om værdier og det ideologiske grundlag for grundloven. Det er simpelthen ikke altid nødvendigt, f.eks. ofte når valgeregler ændres. Men det sker, og så er det muligt at have direkte folkelig deltagelse i den diskussion.

De fundamentale værdier som skal grundlovsfæstes eller ligger til grund for grundloven er ikke nødvendigvis en del af hverdagens politiske diskussion: Abstrakt kan man derfor sige at det har store demokratiske fordele at der forekommer en folkelig diskussion på dette tidspunkt.

Et eksempel har vi fra Island. I grundlovsprojektet fra 2010 organiserede Alþingi bl.a. et folkemøde som fandt sted i efteråret 2010. 1000 repræsentanter, tilfældig valgt, diskuterede hvilke principper skulle lægges til grund for en ny grundlov. De værdier, der blev valgt var ærlighed, retfærdighed, lighed (egalitet) og frihed, og derefter kærlighed, ansvar, familie og demokrati. Nogle af disse genkender man fra de politiske partiers diskussion om grundloven og samfundets principper men slet ikke alle.

Det er min opfattelse at en bred deltagelse i at bygge eller formulere det ideologiske fundament for grundloven er nyttig, selv om konklusionerne af den folkelige diskussion nogle gange (som i Island i 2010) er så abstrakte at de måske ikke giver meget håndfast når en grundlov skal skrives.

Jeg kan ikke se at der foreligger nogle ulemper ved folkelig deltagelse i denne fase. Men man kan selvfølgelig spørge hvilken metode er optimal; et folkemøde, elektronisk deltagelse, at diskussionen finder sted via civil society eller som del af de politiske partier. Alle metoder har ulempe og fordele, som bliver diskuteret senere.

b) Når det bestemmes hvad skal ændres eller skrives ind og hvordan statssystemet skal virke. Denne fase indeholder den substantive debat om grundlovens indhold. Mere konkret: Vil vi have f.eks. grundlovsfæstede økonomiske rettigheder? En grundlovsbestemmelse om folketingets ombudsmand? Grundlovsfæste parlamentarismen? Eller domstolenes ret til at prøve om loven er grundlovsstridig. Og hvordan vil vi have statsmagtens struktur?

De fleste af os kan sandsynligvis være enige om at forfatningen skal substantivt være i overensstemmelse med folkets syn. Folket skal bestemme styrelsesformen. Men igen kommer vi til spørgsmålet: hvad betyder det? Betyder det at folket skal deltage i drøftelsen selv eller er det nok at folket – eller måske endog de folkevalgte – bestemmer om nærmere formulerede grundlovsændringer skal vedtages?

Vi kan i hvert fald sige at folkelig deltagelse i denne fase – og mens ændringerne endnu ikke er klart formulerede – bidrager til at øge generel diskussion om grundlovs spørgsmål i samfundet, til en bredere opslutning om ændringerne og endeligt til at styrke den opfattelse at grundloven tilhører folket men ikke magthaverne.

Men der er alligevel forskel mellem diskussionen om grundlovens grundlæggende principper og denne fase.

For det første nærmer vi os her kerneområder for politikken. De politiske partier har en klar holdning til mange af disse spørgsmål, f.eks. økonomiske rettigheder – om end ikke alle, f.eks. nævnes grundlovsfæstning af ombudsmandens rolle.

For det andet er det, at bygge en sammenhængende statsstruktur en særkundskab. Jeg har

diskuteret på en anden konference<sup>1</sup> at der findes en forskel: Når det gælder menneskerettigheder og hvilke rettigheder skal grundlovsfæstes kræves der mindre særkundskab; for rettighederne skader for det meste ikke hinanden, selv om man kan bekymre sig over "udvanding" af menneskerettigheder. Men en statsstruktur er (til trods for grundlovsforsamlingerne på Eidsvold; 1848-9 og Philadelphia-konventionen) kompliceret at bygge. Jeg tænker nu bl.a. på det islandske grundlovsudkast fra 2011, som blev drøftet af en folkeforsamling. Forsamlingen studerede mange grundlove og valgte lidt fra hver. Alle ideerne var gode i og for sig, men islandske forfatningsekspert og Venedig-kommissionen var enige om at det forfatningssystem som var beskrevet i grundlovsudkastet ikke var holdbart. Den kunne forårsage blokeringer i systemet, politisk ustabilitet og true "good governance" i landet.<sup>2</sup> Måske kan man også se på diskussionen her i Norge i år om prøvingsretten (domstolenes prøvelsesret) og om vilkårene for domstolenes prøvelse af lover i henhold til nye menneskeretsparagraffer som eksempler på at dette anerkendes i praksis. Stortinget vedtog ændringer af menneskerettighederne, men udsatte denne ganske juridisk-tekniske beslutning til efteråret 2014.

Disse hensyn må tages i betragtning når folkelig deltagelse på dette punkt diskuteres. Det er i denne fase som vores holdning til folkelig deltagelse i grundlovsarbejde kommer mest an på vores holdning til det repræsentative demokrati. Hvor megen tillid har vi til de politiske partier, den politiske proces, embedsmændene og de særkyndige.

For at tage et eksempel, så er det min opfattelse at folkelig deltagelse i netop denne fase bidrog til at det islandske grundlovsforslag fra 2011 blev bedre og mere tidssvarende end det ellers ville have været. For at konkretisere, så var mange forfatningsekspert af den opfattelse at en ytringsfrihedsparagraf var nok for at beskytte alle slags ytringsfrihed. Men den gruppe der deltog i dette arbejde var enig om at adgang til internet skulle beskyttes særligt. Og det er fint. Det samme kan siges om naturparagrafferne som blev en del af grundlovsudkastet. De blev meget stærkere og naturen fik mere opmærksomhed end det sandsynligvis ville have været tilfældet ellers.

Hvis folketinget vil indvikle folket direkte i denne fase, bør man tænke grundigt over de forskellige måder at gøre det på. I Island 2011, åbnede kommissionen en internetside hvor bl.a. borgerne kunne komme med forslag, kommentarer og følge kommissionens arbejde og en facebook-side med samme formål. Jeg har diskuteret dette mere grundigt et andet sted, men når man analyserer indlæggene på kommissionens hjemmeside på den ene side og Alþingis høring på den anden bliver det klart, at forskellige gruppers deltagelse i sådanne uformelle konsultationer er meget forskellig. Et eksempel er at på kommissionens hjemmeside kommer 13 % af indlæggene fra kvinder, men 77 % fra mænd, og 10 % fra foreninger. En undersøgelse af tilfældigt valgte 40 deltagere viste at forholdsvis få unge deltog; størstedelen af dem som var engageret på websiden var mellem 40 og 65 år. Når Alþingi derimod holdt høringer fordobledes procenttallet af indlæg der kommer fra kvinder i henhold til fra mænd men indlæg fra udenlandske statsborgere forsvandt. Man kan derfor formode at forskellige grupper deltager i grundlovsarbejdet på forskellig vis, afhængigt af om processen er formel eller uformel, på hvilket tidspunkt høringen finder sted og hvordan den er udformet. De valg som træffes om folkelig deltagelse: Går man via foreninger og civil society; vælger man repræsentanter tilfældigt; bruger man internet? har altså sine konsekvenser og den islandske erfaring peger på

1 World Congress of Constitutional Law 2014, <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmde/>

2 Se <http://www.althingi.is/pdf/venice.coe.pdf> (para 183).

at uformel høring via brug af websider giver stærkere stemme til islandsk-fødte midaldrende mænd. Dette kan pege i den retning, at direkte folkelig indflydelse *ikke* løser de problemer vi har med forskellig deltagelse af forskellige grupper i det formelle politiske liv men tværtimod vedligeholder eller forstærker tendensen til at grupper har forskellig indflydelse og magt. Det må vi, hvis vi vil fortsætte med direkte folkelig deltagelse, modarbejde.

c) Selve drøftelsen af lovtæksten

Til gengæld er det min mening at folkelig deltagelse er meget mindre nyttig når det drejer sig om at udarbejde en grundlovstekst. Grundlove er jo – i hvert fald i de nordiske systemer – ikke kun politiske manifestoer men også lov. Og deres udarbejdelse kræver en vis fagkundskab. Så selve tekstarbejdet synes jeg ikke er særlig velegnet til at folkelig deltagelse løser det.

Dette viser sig også i den politiske realitet: Hvis idéer der stammer fra folkelig deltagelse skal blive grundlov – måske trods stærke interessegrupper – så kan de ikke tillade sig at være formuleret på en måde der gør de mindste ændringer mistænkelige og som rejser spørgsmål om paragrafferne er for vage, for snævre eller ubrugelige, men det var det som skete i det islandske grundlovsudkast, ifølge islandske akademikere og Venedig-kommissionen.

Jeg kan heller ikke se at demokratiske hensyn, som kan (hvis man synes det er mere demokratisk at have direkte folkelig deltagelse end gennem de politiske partier) tale stærkt for folkelig deltagelse når idégrundlaget diskuteres og de substantiviske beslutninger tages, kommer på spil her. Hvis de grundlæggende beslutninger er truffet på en demokratisk måde (direkte eller indirekte) og den endelige tekst vedtages af folketing eller i referendum, så er det næppe demokratisk problematisk at selve teksten udarbejdes af særkundige. Jurister, i statens tjeneste og ellers, bedes almindeligt udarbejde forslag som ikke nødvendigvis stemmer med deres opfattelse så det burde ikke indebære nogen speciel risiko at efterlade selve tekstarbejdet til dem.

## 2.2. Når folket tager beslutninger på enkelte punkter

Her før diskuteredes direkte folkelig deltagelse i drøftelsen af grundlovene. En særlig form for en sådan deltagelse er når vælgerne tager stilling *til enkelte problemstillinger* efter de har været formuleret af det organ som drøfter grundloven.

Dette kan for det første ske direkte og åbenbart via en folkeafstemning. Dette ville især være relevant vedrørende problemstillinger som parlamentet synes er vigtige for meningsdannelsen om grundlovsforslaget („hot button issues“) men som ikke nødvendigvis er en del af partipolitikken. Her kan f.eks. nævnes spørgsmålet om der bør findes en folkekirke. Dette er, synes jeg, et oplagt emne for at bestemme i en selvstændig folkeafstemning. Det samme gælder om andre „hot button issues“ – i Island er f.eks. kvoteordningen sådan én og tilsvarende findes sandsynligvis i andre lande. Som disse to eksempler viser kan sådanne spørgsmål enten være en del af den normale politiske diskussion (som f.eks. kvoteordningen) eller noget der ikke nødvendigvis er en del af partipolitikken, f.eks. folkekirken.

Når grundloven ikke forudsætter direkte folkelig deltagelse i grundlovsændringer kan man spørge

a) Om det er foreneligt med grundloven at have sådanne „tillægsprocedurer“ eller tillægsfolkeafstemninger. Dette spørgsmål blev netop rejst i Island i 2011. Jeg ser intet konstitutionelt problem i at Alþingi eller andre parlamenter – som del af sin forberedelse

af grundlovsforslag – spørger om vælgernes mening på enkelte punkter. Sådanne folkeafstemninger kan ikke medmindre grundloven forudsætter det binde parlamentet, men som juridisk set ubindende meningsmålinger ser jeg intet problematisk deri. Det er en anden sag, at muligvis får sådanne afstemninger faktisk en stor politisk vægt.

b) Men det kan også diskuteres om ubindende afstemninger er en værdig form for folkelig deltagelse. Det er jo ikke vælgerne der har det sidste ord – og det kan spørges om det at skulle stemme, men ikke have magten til at tage beslutningen, er en god situation for folket, som statsmagten stemmer jo fra. Personlig antager jeg, at al deltagelse er vigtig og at det må være muligt for parlamentene – hvis de ønsker - at bruge formelle metoder for at få frem holdninger til enkelte problemstillinger i samfundet, til trods for at nogle af vores nordiske grundlove ikke forudsætter direkte folkelig deltagelse i grundlovsarbejdet. Vi må heller ikke stirre os blinde på det juridiske her; selv om en folkeafstemning om grundlovssager (som ikke forudsættes af grundloven) ikke er bindende, så kan den have, og vil i de fleste tilfælde have, en stor politisk virkning.

For det andet kan folket måske indirekte tage stilling til enkelte problemer via folketingsvalg, men folketingsvalg som led i grundlovsændringer diskuteres nærmere nedenfor.

### *2.3. Folkeafstemninger om vedtagne grundlovsforslag og folketingsvalg*

En mulighed for direkte folkelig deltagelse, der kræves af den danske grundlov og er mulig ifølge den svenske og islandske, er at have en folkeafstemning om grundlovsudkastet. Der findes en omfattende litteratur inden for komparativ statsret om sådanne afstemninger, deres mulige konservative effekt – grundlove med sådanne ændringskrav ændres meget sjældnere end andre, som vi ser bl.a. i Danmark – og om minimumsgrænser for deltagelse og samtykke. Jeg vil ikke gå nærmere ind på dette her.

Som vi var inde på før deltager vælgerne i alle landene indirekte i grundlovsændringer – ved at vælge et nyt parlament som skal (i de fleste tilfælde) vedtage forslag til grundlovsændringer eller vedtage det igen. Dette er – selv om det måske ikke er helt åbenlyst – en sikkerhedsventil. Hvis grundlovsændringer er omfattende og drastiske – især hvis de også går i den retning at indskrænke rettigheder og svække demokratiet (sådanne eksempler har vi fra f.eks. Ungarn) – vil ændringerne og de politiske partiers holdning til dem sandsynligvis have indflydelse på valget.

Til gengæld viser den islandske erfaring med 8 grundlovsændringer fra 1944 at under ”normale” omstændigheder, dvs. relativt eller endog helt uomstridte meget begrænsede ændringer, bliver grundlovsændringerne ikke til en mærkesag før parlamentsvalget. Her har vi – fra mit hjemland i hvert fald – dog eksempler der går begge veje. I alle tilfælde efter 1944 indtil for nyligt (7 ændringer) har grundlovsændringer aldrig været mærkesager før valg, været diskuteret i valgkampen eller noget lignende. Jeg tør næsten sige helt kategorisk at ingen har brugt sin stemmeret i valg pga. de foreslåede grundlovsændringer. I 2013 derimod, havde den ”tidligere” majoritet i parlamentet været ledende i grundlovsprojektet, men den faldt i valget og grundlovssagen var en af dem som diskuteredes i valgkampen. Men det var også den eneste gang partierne tog klar stilling til grundlovsspørgsmål før valget. Mine norske kolleger fortæller mig at samme situation er oppe her; partierne tager, for det meste, ikke stilling til grundlovsforslag i sine partiprogrammer.

Men dette er altså den mest praktiske og hyppigst brugte mulighed for folkelig deltagelse i grundlovsændringer i de nordiske lande.

### 3. Hvad skal parlamentets rolle være? Direkte vs. repræsentativt demokrati.

Nu skal vi lige rette blikket mod parlamentet, for når vi tænker over folkets rolle i forfatningsændringer og hvad den bør være, tænker vi samtidig over folketingets rolle – det er den anden side af sagen. Det kommer an på vores ideer om demokrati. Hvad skal folketingets rolle som det ledende politiske organ i samfundet være? Skal ikke interessede og interessegrupper kæmpe for opmærksomhed og popularitet der? De folkevalgte er jo netop valgt af folket. Er det faktisk nok for at ivaretage vælgernes og offentlighedens interesse? Her nærmer vi os diskussionen om direkte vs. repræsentativt demokrati.

De som er meget positive overfor direkte demokrati i almindelighed (og mange ser det som et gode i sig selv) ser det selvfølgelig som nødvendigt i grundlovssager. Men også dem, som i almindelighed er tilfredse med repræsentativt demokrati, må fundere grundigt over – da magten jo stammer fra folket – om det ikke er ønskeligt at folket deltager direkte i grundlovsarbejdet. Som vi nævnte før, kan det være vigtigt at huske at grundlovssager ofte ikke er kernesager i den daglige politik. Vi støtter partier fordi vi er enige med dem og andre i partiet om grundlæggende spørgsmål og værdier – men det er slet ikke sikkert at alle i et parti som er for det meste enige om det fleste i „daglig politik“ er enige om folkekirkens tilstedeværelse i grundloven, sproget på grundloven (Norge 2014) eller vægten på stemmer i forskellige dele af landet. Så det kan måske anføres at de politiske partier ikke er særlig velegnede til at repræsentere deres medlemmer i grundlovssager.

Til gengæld ligger det i selve ideen bag repræsentativt demokrati at vi vælger parlamentsmedlemmer ud fra en heldhedsvurdering og de folkevalgte tager beslutninger. Interessegrupper og forskellige synspunkter må forsøge at få parlamentets opmærksomhed for at slå igennem. Hvis det repræsentative demokrati fungerer optimalt så kan det anføres at det er unødvendigt at tilføje direkte folkelig deltagelse til parlamentets arbejde med grundlovssager.

Et andet spørgsmål drejer sig om ansvar. Vores gældende grundlove placerer ansvaret for grundlovsændringer og deres forberedelse klart hos parlamentene. Hvor skal ansvaret ligge for at grundloven hænger sammen og at absolut nødvendige ændringer finde sted, hvis ikke der? Og hvilken indflydelse vil det have for parlamentets arbejde og rolle som folkevalgt og ledende i politiken hvis lederrollen i grundlovssager flyttes til vælgerne? (om det er praktisk muligt). Her er detaljerne vigtige: hvis man vil øge folkelig deltagelse så kan disse ulemper modarbejdes.

### 4. Sammenfatning

For at summere op, så er det klart, at alle vil tage vare på demokratiet. Det er også klart at folkelig opslutning om grundloven er vigtig og i nogle tilfælde nødvendig for dens legitimitet. Men hvad betyder dette, i henhold til grundlovsændringer, og mere præcist, direkte folkelig deltagelse i sådanne ændringer? Det er en kompliceret problemstilling, fordi man ikke kan gå ud fra at direkte demokrati er mere demokratisk en repræsentativt demokrati og det er ikke nødvendigt at desto mere folkelig deltagelse i alle faser af grundlovsarbejdet, desto bedre.

Som vi ved er de nordiske grundlovsprovisioner om grundlovsændringer forskellige. Det er kun den danske grundlov der nødvendiggør direkte folkelig deltagelse, mens Sverige og Island har valgfri mulighed for folkeafstemning om forslag som har været vedtaget i parlamentet. På linje med parlamenternes status og rolle og vores samfunds karakteristikker

*Ragnhildur Helgadóttir, Island*

som repræsentative demokratier ligger ansvaret for og det politiske lederskab vedrørende grundlovssager klart hos parlamentene.

I sidste ende beror det i høj grad på vores syn på demokratiet, især direkte demokrati og parlamentets rolle, om vi ser det som ønskeligt at øge direkte folkelig deltagelse i grundlovsprocesser eller ikke. Hvor stor en rolle i grundlovsændringer vælgerne skal spille er altså en politisk beslutning. Og konklusionen beror på mange faktorer i tillæg til ens holdning til direkte demokrati og parlamentets rolle, bl.a. om der eksisterer mistillid mellem vælgerne og de folkevalgte / de politiske partier, omstændighederne omkring ændringerne, hvor omfattende de er, landets historie m.v.

Men det er også vigtigt, hvilken slags folkelig deltagelse der er tale om og i hvilken fase af grundlovsprocessen. Som vi var inde på kan folkelig deltagelse være aktuel i forskellige faser af arbejdet – folket kan drøfte grundloven, eller vedtage den efter nogen anden har drøftet den, eller tage svære princip-beslutninger - og der findes mange forskellige mekanismer for at folket kan deltage i grundlovsarbejdet. Folkemøder, Websites, et folkevalgt organ som drøfter grundlovsændringer, konsultation med civil society, o.s.v. De har alle fordele og ulemper, og de giver forskellige resultater i.h.t. deltagelse af forskellige grupper. Derfor tror jeg at mens det første spørgsmål – om det er ønskeligt at have direkte folkelig deltagelse i grundlovsprocesser – i høj grad er politisk, har spørgsmålene om hvordan og hvornår folket skal deltage et mere juridisk præg. Alligevel findes intet et svar om hvilke metoder og tidspunkter for direkte folkelig deltagelse er bedst – det er jo en af forfatningsrettens særegenskaber at det hvad er bedst - juridisk set - beror på historien, hele konteksten og ikke mindst den politiske kultur. Det man kan, iflg. min opfattelse, lære fra det islandske experiment er at mere folkelig deltagelse på alle tidspunkter og med mange forskellige metoder er ikke nødvendigvis det bedste – det kan, som allerede nævnt, give en ganske stærk stemme til privilegerede grupper uden at nogen balancering er mulig med kvoteordninger eller lignende og tilvejebringe en grundlov der ikke rigtig hænger sammen og at man bør tænke grundigt over fordele og ulemper ved de forskellige former for direkte folkelig deltagelse.

Jeg glæder mig til at diskutere dette med jer.

Næringslivet og menneskerettigheter

Advokat *Carine Smith Ihenacho*, Norge



# Næringslivet og menneskerettigheter

Advokat *Carine Smith Ihenacho*, Norge

## 1 Rettslige rammer rundt næringslivets menneskerettsansvar

### 1.1. Hva er menneskerettigheter?

I sin enkleste form kan vi si at menneskerettighetene gir alle mennesker og minoriteter en rett til å bli behandlet med verdighet og respekt. Som en etisk retningslinje bør dette gjelde for all menneskelig virksomhet, også næringsvirksomhet.

Menneskerettighetenes kjerneområde er individenes rettsvern mot krenkelse fra det offentlige. Dette rettsvernet er nedfelt i internasjonale menneskerettskonvensjoner som beskytter et bredt spekter av rettigheter, både for individer og minoritetsgrupper. Disse konvensjonene er bare rettslig bindende for stater. Når det gjelder næringslivets menneskerettsansvar, er det et grunnleggende spørsmål om menneskerettskonvensjoner likevel gir vern mot overgrep forårsaket av nasjonale og multinasjonale selskaper.

### 1.2. Hvilke menneskerettigheter?

Helt sentralt i det internasjonale menneskerettsvernet står «The International Bill of Rights» – som er FNs menneskerettserklæring fra 1948 og de to følgende konvensjonene fra 1966 om henholdsvis sivile og politiske rettigheter, og om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Til sammen dekker disse konvensjonene alle de sentrale menneskerettighetene, like fra blant annet retten til liv, forbud mot frihetsberøvelse, yringsfrihet, religionsfrihet, minoritets- og urfolksrettigheter, og videre frem til blant annet retten til skolegang, helsehjelp og barnerettigheter.

Ut over dette er det vedtatt en rekke konvensjoner som i større detalj beskytter rettighetene. Det er også regionale menneskerettskonvensjoner. Vi kjenner særlig den europeiske menneskerettskonvensjonen som i dag er en kraftfull del av det europeiske rettsfellesskapet.

I tillegg er ILOs «Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work» sentral i arbeidet med næringslivets menneskerettsansvar. Denne erklæringen forplikter medlemsstatene på fire områder: foreningsfrihet med frihet til kollektive forhandlinger; avskaffelse av tvangsarbeid; av barnarbeid; og av diskriminering i arbeidslivet.

### 1.3. Gjennomføringen av menneskerettigheter i nasjonal rett

Alle de nordiske land har, i noe ulik grad, gjennomført menneskerettighetene i sin nasjonale rett. En særlig sterk beskyttelse foreligger når menneskerettighetene er gitt grunnlovsværn i den enkelte stat. Ved den store grunnlovsreformen i år i Norge ble det vedtatt en ny rettighetskatalog som er sterkt inspirert av menneskerettskonvensjonene. Men i tillegg til dette ble nå samtlige menneskerettskonvensjoner inkorporert på grunnlovsnivå ved den nye bestemmelse i Grunnlovens § 92, som sier at «Statens myndigheter skal respektere og sikre

*Carine Smith Ithenacho, Norge*

menneskerettighetene», og ikke bare «slik de er nedfelt i denne grunnlov», men også de «for Norge bindende traktater om menneskerettigheter».

Denne meget vidtrekkende bestemmelsen gir grunnlovsværn til alle rettigheter som følger av menneskerettskonvensjoner som Norge er bundet av. Med mulig unntak for den finske ordning med egen parlamentarisk kontroll, gir den norske grunnloven nå menneskerettighetene et sterkere vern enn det vi finner i de øvrige nordiske land.

Men selv en slik inkorporering i nasjonal rett, som styrker menneskerettighetene vesentlig, gir ikke noe økt rettslig ansvar til næringslivet. Det bør imidlertid lede til en mer bevisst rettspolitisk holdning fra næringslivets side overfor denne siden av samfunnsansvaret.

#### *1.4. Risikoen for menneskerettsbrudd i næringslivet*

Jeg skal nå gi noen typiske eksempler på risikoen for at næringslivet i sin virksomhet forårsaker menneskerettsbrudd.

For det første vil næringsvirksomhet kunne gripe negativt inn i befolkningens sosiale og økonomiske rettigheter. Bygging av store landanlegg kan innebære ekspropriering av land og flytting av lokalbefolkning. Dette kan igjen medføre ødeleggelse av landbruksareal og beiteland eller flytting til mindreverdige områder. Da kan kvinner og barn få lengre vandringsvei til vannkilder og skole, uten tilstrekkelig beskyttelse. Lokale landeiere kan stå uten rimelig erstatning for ekspropriet land, særlig i land der det ikke finnes landregistre. Offshore aktiviteter kan medføre at lokalbefolkningen blir utestengt fra viktige fiskeområder.

For mange selskaper er det likevel i leverandørkjeden man finner den største risikoen for menneskerettsbrudd. Det er millioner av mennesker i verden i dag som er utsatt for barnearbeid og ulike former for tvangsarbeid - «modern slavery» - i leverandørkjeden til privat og offentlig sektor. Utfordringer i leverandørkjeden er også dårlige arbeidsforhold, som produksjon i livsfarlige lokaler, uakseptabel boligstandard til arbeidere på anlegg, urimelig mye overtid og manglende respekt for religiøse helligdager.

En type leverandører som innebærer spesielle utfordringer, er leie av sikkerhetsstyrker, som ofte er nødvendig for vern av ansatte og materiell i utsatte områder. Slike styrker kan først og fremst krenke retten til liv, men kan også krenke lokalbefolkningens rett til frihet og sikkerhet ved fysisk angrep, vold mot personer og herunder hindre en lovlig demonstrasjon.

#### *1.5. Staten som eier og kontrollør av næringsvirksomhet*

Når vi så går nærmere inn i spørsmålet om næringslivets ansvar, er det naturlig først å påpeke at staten også kan være eier av næringsvirksomhet og at staten ofte opptrer som støttegiver og kontraktpart i kommersielle forhold. Når staten opptrer i slike roller, kan krenkelser foretatt av en bedrift som staten kontrollerer på ett eller annet vis, medføre brudd på statens egne menneskerettsplikter. Dette vil særlig gjelde der selskapet er gitt offentlige oppgaver – staten kan ikke frasi seg sitt ansvar ved å delegere offentlige oppgaver til private. Men mitt tema i dag er ikke statens ansvar. Dagens emne er næringslivets bedrifter som ansvarssubjekter.

### *1.6. Fra rettslig dualisme mot større samfunnsansvar*

For noen år siden kunne et innlegg om næringslivets ansvar for menneskerettighetene blitt meget kort: Menneskerettighetene er noe som staten har ansvaret for, og den enkelte bedrift driver sin virksomhet innenfor de lover og regler som gjelder for næringslivet. I dag er bildet langt mer sammensatt.

Selv om menneskerettskonvensjonene ikke er direkte forpliktende for selskaper, så møter næringslivet likevel økende krav om å respektere disse rettighetene. Dette skjer blant annet gjennom en utvikling av rettsregler på tilgrensende områder, økende bruk av erstatnings saker mot selskaper, og fremveksten av internasjonalt aksepterte retningslinjer for bedrifters arbeid med menneskerettigheter. Kontrollen med at næringslivet ikke bidrar til brudd på disse rettighetene, intensiveres også. En rekke elementer i det sivile samfunnet bidrar til dette. Jeg nevner NGOer, investorer og hele markedet, dessuten – ikke minst - en stadig mer kritisk gravende presse. Vi har videre fått en mer formell ordning for bedriftenes menneskerettsansvar med nasjonale OECD kontaktpunkter. Slik blir kravet fra samfunnet om næringslivets respekt for menneskerettighetene en realitet.

Selve rettsutviklingen de siste årene som min fremstilling i første omgang gjelder, har også mer allment gått i retning av styrkning av bedrifters samfunnsansvar. En av seksjonsdebattene ved årets møte viser dette. Regelverket for offentlige anskaffelser og regnskapslovenes rapporteringskrav kan nevnes som eksempler. I EU har man tidligere i år vedtatt nye regler om offentlige anbud. Her åpnes det for å legge vekt på samfunnsansvar både ved vurderingen av tilbydere, tildeling av kontrakt og oppfølging av kontrakten. Dersom det foreligger brudd på sentrale ILO-konvensjoner – for eksempel forbudet mot barnarbeid – kan tilbydere avvises fra konkurransen. EU er i ferd med å vedta og iverksette egne krav i regnskapslovgivningen om å rapportere om samfunnsansvar, noe Norge og Danmark allerede har innført. Dette vil inkludere redegjørelse for hva bedrifter gjør for å oppfylle menneskerettigheter.

Denne utviklingen har vi sett også videre internasjonalt. Jeg nevner et par tilfeller. California vedtok i 2012 en lov som krever at selskaper innenfor visse virksomheter skal rapportere om tiltak for å forebygge menneskehandel i leverandørkjeden for varer til salgs i delstaten. USA vedtok i 2013 en lov som krever at alle amerikanske selskaper som investerer i Myanmar, skal rapportere årlig om tiltak for å sikre overholdelse av menneskerettigheter i sin virksomhet der.

### *1.7. Erstatningsansvar*

Menneskerettighetene kan dessuten gi grunnlag for saker om erstatningsansvar. Internasjonalt er det en trend i retning av å bruke sivile søksmål mot selskaper med anklager om brudd på menneskerettigheter. Slike søksmål har blitt reist både i USA og i Europa. Situasjonen er gjerne slik at et datterselskap til et multinasjonalt selskap anklages for menneskerettsbrudd i et underutviklet land, hvor gjerne rettssystemet også er svakt, slik at saken reises i et vestlig land hvor selskapet har hovedkontor eller en annen tilknytning.

I USA var domstolene tidligere mer åpne for slike søksmål, men denne trenden fikk et skudd for baugen i fjor da den føderale høyesterett fastslo at amerikanske domstoler ikke hadde jurisdiksjon over menneskerettsbrudd som hadde skjedd i Nigeria. Dette var den

såkalte Kiobel-saken, hvor flere nigerianere saksøkte Shell for erstatning med påstander om menneskerettsbrudd relatert til Shells virksomhet i Niger Delta. Saken ble avvist.

Men andre land er fortsatt mer åpne for saker av denne art. I Canada ble det nylig truffet en avgjørelse som godtok at Hucbay Minerals, et kanadisk gruveselskap, prinsipielt kan bli holdt ansvarlig i Canada for menneskerettsbrudd – herunder drap og voldtekt - begått av et datterselskaps innleide sikkerhetspersonell i Guatemala. Avgjørelsen har inspirert lokalbefolkning i Guatemala, som har saksøkt et annet kanadisk gruveselskap, Tahoe Resources, også her for bruk av vold av selskapets sikkerhetsstyrker. Shell har hatt flere saker mot seg i forbindelse med oljesøl i Nigeria, som har medført tap av dyrkbart land og levebrød for lokale bønder. I Nederland er Shells nigerianske datterselskap dømt til å betale erstatning til en lokal bonde for «loss of livelihood». Men avgjørelsen er visstnok ikke rettskraftig. I en annen sak mot Shell har 15000 fiskere og andre fra lokalbefolkningen saksøkt selskapet i Storbritannia med et totalt krav om ikke mindre enn 300 millioner pund. High Court har nylig besluttet at Shells nigerianske datterselskap prinsipielt kan bli holdt ansvarlig i Storbritannia for brudd på nigeriansk lov om manglende beskyttelse av sine oljeledninger mot oljesøl. Rettssak vil avholdes neste år.

I Norge har vi ennå ikke sett slike saker, men man er nok naiv i næringslivet om man anser det som utelukket. Det vil i så fall reise vanskelige spørsmål knyttet til vernetting, lovvalg, rettslig grunnlag og – ikke minst – mulighetene for en forsvarlig bevisføring. En fremtidsrettet vurdering vil være om – og hvor sterkt – menneskerettighetene vil påvirke culpanormen i erstatningsretten.

### *1.8. Straffansvar*

Jeg nevner også at ved brudd på internasjonal strafferett kan ansatte i selskaper stilles til ansvar etter bestemmelsene om krigsforbrytelser, og dette ansvaret er etter norsk rett tatt inn i straffeloven. Et eksempel fra hjemlige trakter er det svenske Lundin Petroleum som har vært under etterforskning i forbindelse med selskapets virksomhet i Sudan. Spørsmålet er om oljeselskapet indirekte har hjulpet regimet til å tvangsflytte sivilbefolkningen i områdene der selskapet drev oljeutvinning. Påstandene er av en slik karakter at et mulig utfall kan være straffansvar for personer tidligere ansatt i selskapets ledelse og styre.

De norske reglene om foretaksstraff reiser også spørsmål om selskapet selv kan straffes. Retten inneholder ikke noe generelt forbud mot at næringslivet leverer varer og tjenester til krigførende parter, men retten setter likevel grenser. I vår rett har man generelle regler om foretaksstraff, og disse gjelder antagelig også for krigsforbrytelser etter straffeloven. Det kan være tilfelle dersom private sikkerhetselskap som brukes i konfliktområder, begår drap på sivile eller holder personer ulovlig fanget. Et selskap kan dessuten risikere å medvirke til krigsforbrytelser ved å bygge installasjoner eller levere varer til steder hvor personer interneres ulovlig i forbindelse med en væpnet konflikt.

### *1.9. Menneskerettsutfordringene er avhengig av konteksten*

Det er imidlertid viktig å understreke at de menneskerettslige utfordringer et selskap vil møte, varierer voldsomt fra land til land og fra bransje til bransje.

Dersom man driver sin virksomhet i et velfungerende demokrati med menneskerettsvennlig lovgivning, slik vi har i de nordiske land, vil næringslivet i betydelig grad kunne nøye

seg med å forholde seg til landets egne lover. Men selv her har næringslivet det ansvar som vil kunne følge med rettsstridige arbeidsforhold og handlinger i leverandørkjeden.

I den andre enden av skalaen finner vi stater med svakt styresett der staten ikke har implementert rettighetene i tilstrekkelig grad i nasjonal rett. Lovgivningen gir da et stort spillerom for næringslivet, og myndighetene vil kanskje se gjennom fingrene med brudd på rettigheter så lenge internasjonale selskaper bringer næringsvirksomhet og kapital til landet. I slike tilfeller må selskapene gå direkte til menneskerettskonvensjonene for å få veiledning om hvilke krav som virksomheten må oppfylle i forhold til innbyggerne.

Mellom disse ytterpunktene finnes det selvfølgelig mange avskygninger. Også en del ganske velfungerende stater kan ha alvorlige menneskerettsproblemer. Det holder å nevne Kina og India. I slike land kan selskapene komme inn i et meget vanskelig landskap hvor summen av politikk, markedsforhold og krav om respekt for menneskerettigheter kan være utfordrende å håndtere.

I tillegg til dette vil de menneskerettslige utfordringene variere med bransje og type virksomhet. For olje- og gassindustrien eller ulike former for gruvedrift vil risikobildet være helt annerledes enn for konsulentvirksomhet eller finansnæringen. Men også konsulent eller investor vil kunne bli rammet av hjemlandets strafferegler om medvirkning.

En multinasjonal virksomhet møter altså et sammensatt rettslig bilde. Det er derfor vesentlig at selskapene gjennomfører grundige analyser av den risikoen som er knyttet til virksomheten i ulike jurisdiksjoner, og utvikler tiltak for å hindre krenkelsers. Dette står også sentralt i de internasjonale anbefalingene som etter hvert er utviklet, og som jeg nå skal gå over til.

## **2. Internasjonale anbefalinger**

### *2.1. Utviklingen frem til i dag*

Når vi i dag snakker om næringsliv og menneskerettigheter, er utviklingen innenfor FN det naturlige utgangspunktet. Sentralt i denne utviklingen står arbeidet til Harvard-professor John Ruggie, som i 2005 ble utpekt av FNs generalsekretær Kofi Annan for å utrede forholdet mellom menneskerettigheter og næringslivet, særlig de multinasjonale virksomhetene.

Arbeidet munnet ut i et forslag til "Guiding Principles on Business and Human Rights" som ble enstemmig vedtatt av FNs menneskerettsråd i 2011 og senere støttet av rådet. Disse Guiding Principles tar sikte på å samle og konsolidere de folkerettslige pliktene som allerede eksisterer for stater, og de uformelle forventninger som på denne bakgrunn kan settes til næringslivet. Guiding Principles skaper dermed ingen nye rettslige plikter for næringslivet, men har likevel bidratt sterkt til en ansvarliggjøring av multinasjonale selskaper. I tillegg har Guiding Principles gitt støtet til videreutvikling av instrumenter som i større grad har "tenner" som FNs systemer ikke har.

### *2.2. De tre pillarene*

FNs Guiding Principles bygger på et rammeverk med tre pillarer: "Protect, Respect and

Remedy”. De tre pillarene kan kort formuleres slik:

- Statens plikt til å beskytte mot krenkelser av menneskerettighetene foretatt av tredjemenn, herunder næringsdrivende.
- Næringslivets eget ansvar for å respektere menneskerettighetene, slik at de unngår å krenke andres rettigheter der virksomheten er involvert.
- Ofrene for krenkelser må ha tilgang til effektive ordninger, der også næringslivet bidrar for å rette opp krenkelser de har forårsaket.

Guiding Principles fremhever statens plikt til å vedta nødvendig lovgivning som gir offentlige rammer for næringslivets virksomhet. Det er imidlertid naturlig i dette foredraget særlig å omtale hvordan næringslivet selv ifølge Guiding Principles på eget initiativ må respektere de sentrale menneskerettighetene. Det er som omtalt et meget bredt spekter av rettigheter, og omfanget av næringslivets ansvar er derfor potensielt meget omfattende.

### 2.3. Tre handlingsregler for næringslivet

Dette rammeverket er videreutviklet gjennom en rekke prinsipper. For næringslivet finner vi tre viktige handlingsregler, som i sum skal sikre at virksomheten respekterer menneskerettighetene:

- Selskapet må uttrykke sin vilje til å respektere menneskerettighetene i en ”Policy commitment” vedtatt på høyeste nivå i virksomheten.
- Selskapet må gjennomføre menneskerettslig due diligence – og det gis omfattende retningslinjer for dette, herunder for konsultasjoner med lokale grupper som er berørt av virksomheten.
- Selskapet må tilby gjenoppretting eller erstatning for krenkelser de selv har forårsaket – og ha etablert gode prosesser for å sikre dette.

På alle tre områder er det gitt mer detaljerte retningslinjer.

Kravet til «policy commitment» skal være utviklet gjennom konsultasjoner internt og eksternt, og det skal fastsette bedriftens forventninger og krav til ansatte og forretningspartnere. Det skal være offentlig tilgjengelig og kommuniseres til alle ansatte, forretningspartnere og andre relevante «stakeholders». Et slikt «policy statement» – som gjerne kan kalles bedriftens egen menneskerettserklæring – skal være godkjent av bedriftens øverste organ, som i Norge stort sett vil være selskapets styre.

Den menneskerettslige due diligence skal være risiko-basert. Bedriften må identifisere de områder hvor det foreligger risiko for menneskerettskrenkelser, og iverksette tiltak for å fjerne disse risiki. En slik due diligence kan gjerne integreres i bedriftens øvrige risiko-håndtering. Ofte vil man stå overfor et komplekst bilde hvor den virksomheten man er involvert i, omfatter mange selskaper og kjeder av leverandører. Det er forventet at selskapet ikke bare feier for egen dør, men også bidrar til å hindre menneskerettsbrudd hos sine forretningspartnere når det er en direkte sammenheng.

Et sentralt element i Guiding Principles er etablering av ordninger for oppfølging av menneskerettsbrudd. Dette kalles gjerne grievance-mekanismer. Slike prosesser for å følge opp eventuelle brudd skal være lett tilgjengelige, ha klare prosedyrer for behandling av klager innenfor rimelige tidsfrister og inngi tillit hos de som er berørt. Det betyr at de må tilpasses lokale forhold. Bedrifters allerede etablerte klageordninger, som gjerne er en «hotline» eller «etikk hjelpelinje», er derfor ofte ikke tilstrekkelige.

#### 2.4. Håndhevingen

Guiding Principles danner nå modell for instrumenter som vedtas i andre internasjonale organisasjoner. OECD reviderte i 2011 sine "Guidelines for Multinational Enterprises" slik at disse kom helt på linje med FNs prinsipper.

Guiding Principles har ingen sanksjoner. Innenfor OECD er det imidlertid etablert en ordning hvor NGOer og andre interesserte parter kan bringe klager inn for de nasjonale kontaktpunktene. Alle OECD-land er forpliktet til å etablere en slik klageordning. Kontaktpunktet skal bidra til å løse konflikter om etterlevelse av OECDs retningslinjer gjennom rådgivning og meglings, men også til å gjøre retningslinjene kjent. OECDs retningslinjer er heller ikke rettslig bindende for næringslivet. Men kontaktpunktene har mulighet for å uttale kritikk gir OECDs retningslinjer særlig kraft. I tillegg kan kritikk for menneskerettsbrudd trekkes inn i vurderingen av et anbud fra det aktuelle selskapet i en offentlig anbudskonkurranse. OECDs retningslinjer og de nasjonale kontaktpunktene har dermed medført elementer av rettslig karakter.

Kontaktpunktene organiserer varierer fra land til land. Det norske kontaktpunktet ledes av Hans Petter Graver, som er dekanus her ved Det juridiske fakultet. Dette kontaktpunktet ga i fjor en uttalelse som vakte oppsikt da det slo fast at OECDs retningslinjer gjelder for finansielle investorer også der de investerer små eierandeler i selskaper. Kontaktpunktet mente at NBIM – Norges Bank Investment Management – som forvalter det norske oljefondet, hadde brutt OECDs retningslinjer ved å investere i en aksjepost på 0,9% i et gruveselskap i Sør-Korea. Dette gruveselskapet har et delvis eiet gruveselskap i India, som etter klagernes anførsler hadde vært involvert i menneskerettsbrudd. Kontaktpunktet kritiserte NBIM for denne investeringen og i tillegg for at de manglet en strategi for å identifisere og håndtere mulige brudd på menneskerettighetene i selskapene de investerer i. Graver uttalte i den sammenheng at «det er spesielt beklagelig at det statlig eide «oljefondet», og en av de største investorene i verden, ikke respekterer de retningslinjer som Norge har undertegnet i OECD». Jeg vil anta at disse uttalelsene ikke har gått upåaktet hen når det gjelder oljefondets vurderinger av sine investeringer.

Guiding Principles har også påvirket arbeidet innenfor EU med sikte på å ansvarliggjøre næringslivet i forhold til menneskerettigheter. EU-Kommisjonen har utgitt "Sector Guidelines" for oppfølging av Guiding Principles for blant annet olje og gasssektoren. Formålet er å gi eksempler på hvordan selskaper i denne bransjen kan oppfylle Guiding Principles, men det er nærliggende å anta at de også på sikt vil sette en standard for hva som forventes av et ansvarlig selskap.

Fraværet av globale mekanismer for håndheving medfører imidlertid at multinasjonale selskaper i praksis er underlagt ulike regimer. Vi ser også at det innenfor OECDs system er stor forskjell i aktiviteten til de nasjonale kontaktpunktene, og at disse kan komme til ulike resultater i samme sakskompleks. I saken om NBIM's investering i det koreanske gruveselskapet, kom således det koreanske kontaktpunktet til et annet resultat enn det norske, nemlig at det selskapet som NBIM hadde investert i, ikke hadde brutt retningslinjene. Foreløpig er derfor systemene for håndheving svake og innebærer en risiko for ulike vilkår. Det vil i tiden fremover være særlig viktig å motvirke at muligheten for å ignorere risiko for menneskerettsbrudd blir en faktor i den internasjonale konkurransen. Dette vil være viktig for legitimiteten til de prinsipper som er i ferd med å etablere seg som internasjonale kjøreregler.

Det gjenstår å se i hvilken grad Guiding Principles vil påvirke rettslige vurderinger, ikke minst innenfor erstatningsretten. Disse prinsippene har som formål å sette en ny standard. Dette vil trolig etterhvert få rettsvirkninger, selv om det rettslige grunnlaget vil variere fra stat til stat.

### 3. Noen særlige problemstillinger

#### 3.1. Bør bedrifter ha virksomhet i land med menneskerettsutfordringer?

Jeg skal nå se nærmere på noen særlige problemstillinger i forhold til næringslivet og menneskerettigheter.

Der statene selv ikke har tilfredsstillende respekt for menneskerettigheter, eller innarbeidet menneskerettskonvensjonene i nasjonal lovgiving, blir det et større spillerom for bedriftene til å foreta menneskerettsbrudd. Man kan da stille spørsmålet om ansvarlige bedrifter i det hele tatt bør engasjere seg i slike land som ofte også er udemokratiske og korrupte, gjerne med konfliktfylte områder. For eksempel er olje- og gassindustrien flere ganger stilt overfor dette spørsmålet. Tidligere visepresident i USA, Dick Cheney, skal visstnok ha sagt det slik: "The problem is that the good Lord didn't see fit to put oil and gas reserves where there are democratic governments".

Regjeringen i Norge la i perioden 2008-2009 frem en Stortingsmelding hvor dette spørsmålet var grundig diskutert. I meldingen står det at «økonomisk engasjement i utviklingsland er positivt fordi det bidrar til verdiskapning og kan fremme politisk og sosial utvikling». Det står videre at «regjeringen legger til grunn at norske selskaper skal være blant de fremste i å utøve samfunnsansvar og på den måte bidra til å styrke menneskerettighetenes stilling». Det synes å være bred enighet om – både blant stater og selskaper – at næringslivet ikke bør la være å engasjere seg eller trekke seg ut av et land bare fordi landet er udemokratisk eller korrupt.

#### 3.2. Forholdet mellom næringsliv og politikk

Håndheving av bedriftenes eget menneskerettsansvar kan også reise spørsmål om forholdet mellom næringsliv og politikk. Sett at et land med alvorlige, indre sikkerhetsproblemer driver konvensjonsstridig overvåkning av personer – i et telenett som leveres av en norsk bedrift. Eller at et land har vedtatt at det er avgjørende for landets utvikling at en befolkningsgruppe flytter for å slippe til olje- eller gassvirksomhet hvor et norsk selskap er engasjert. Hvor langt skal det norske selskapet og det norske kontaktpunktet overprøve slike politiske valg?

Det norske kontaktpunktet fikk for noen år siden en klage fra Norsk Klimanettverk og Concerned Scientists Norge mot Statoils oljesandsvirksomhet i Canada. Klagerne hevdet at Statoil gjennom sin investering i oljesand i Alberta har bidratt til at Canada brøt sine internasjonale forpliktelser til å redusere klimagassutslipp i perioden 2008 til 2012. Klagen ble avvist på formelt grunnlag, idet kontaktpunktet mente at klagen er mer rettet mot Canadas politikk om å tillate oljesandutvikling enn måten Statoil opererer innenfor rammen av denne politikken. Kontaktpunktet pekte imidlertid på utfordringene oljesand kan ha for klima og miljø. Denne saken viser hvor vanskelig grensen er mellom politikk og næringslivets ansvar.



### 3.3. Bruke «leverage» overfor kontraktspartnere

Et av de sentrale spørsmålene i Guiding Principles er forholdet til bedriftenes forretningspartnere. Ansvarlige nordiske bedrifter er kanskje selv flinke til å forebygge menneskerettsbrudd, men bedrifter kan ha en aktivitetsplikt der en forretningspartner begår brudd i en felles virksomhet. Hvis forretningsforbindelsen er så nær at man kan tale om en medvirkning til rettsbruddet, vil det være en selvstendig plikt til å stanse handlingene. I andre former for forretnings samarbeid vil det bero på om man kan tale om en "direct link". Hva som kan karakteriseres som en direkte sammenheng – "direct link" – er et av de store og hittil uavklarte spørsmålene i rammeverket. En veiledning her kan man muligens finne i den erstatningsrettslige adekvanslæren.

Hvor det foreligger en slik "direct link" må bedriftene bruke sin «leverage» til å stanse eller redusere virkningen av slike brudd. «Leverage» er i kommentarene til Guiding Principles beskrevet som en bedrifts mulighet til å påvirke handlingen til den partneren som direkte forårsaker krenkelser.

En bedrifts «leverage» vil rent praktisk først og fremst bero på en tolking av kontraktsforholdet og – ikke minst – forutsetningene for det forretningsmessige samarbeidet. Enklest er det der kontrakten har bestemmelser som gir rett til å kreve at partneren stopper den rettsstridige aktiviteten og betaler erstatning. Men de fleste samarbeids- eller innkjøpsavtaler mangler slike bestemmelser. En bedrift må da bruke sin forhandlingsstyrke utenom kontrakten. Dette kan gjøres i styrearbeidet eller gjennom andre kanaler. I forhold til en leverandør kan man for eksempel benytte sin makt som en stor innkjøper. I forhold til en annen samarbeidspartner kan man forsøke å påvirke gjennom komiteer og andre styringsorganer.

Skulle ikke slik påvirkning føre frem, er det til slutt et spørsmål om en bedrift må trekke seg ut av samarbeidet.

### 3.4. Arbeid med effektiv kontraktsregulering

All den stund det er begrensede muligheter som et selskap har til å påvirke andres handlinger, er det viktig å sørge for effektiv kontraktsregulering også på menneskerettsområdet. Man kan ikke basere seg på at alminnelige sivilrettslige prinsipper vil hjelpe, dersom en kontraktspart bryter menneskerettigheter i forbindelse med felles virksomhet.

Det er riktignok mulig at mer alvorlige krenkelser kan ses på som et brudd på forutsetningene for en kontrakt. Dette kan gjelde barnearbeid hos leverandører eller voldelige sikkerhetsstyrker hos en kontraktspart. I noen tilfeller vil det følge av norsk rett at et selskap blir solidarisk ansvarlig for krenkelser utført av en forretningspartner. Dersom dette er tilfellet, må ansvaret kunne skyves over på den partneren som har krenket rettighetene.

Effektive bestemmelser bør omfatte en beskrivelse av de krav som stilles til kontraktspartneren og av de tiltak som må gjennomføres. Videre er det viktig med en rett til revisjon av at tiltakene blir overholdt. Man bør også ha med konsekvenser av eventuelle brudd, inkludert krav til at kontraktspartneren skal rette opp den skade som bruddet har påført. Det hører også med en oppsigelsesrett ved grove menneskerettsbrudd.

#### 4. Utviklingen fremover

Det har følgelig skjedd en stor utvikling innenfor området næringsliv og menneskerettigheter de siste årene. Guiding Principles står i førersetet for denne utviklingen. De har blitt den autoritative, internasjonale standarden for næringslivets arbeid med menneskerettigheter.

Vi har også sett at disse prinsippene i seg selv ikke er rettslig bindende, men at de setter en standard som kan få innvirkning på tolkningen av andre regler. Grensen mellom sosiale normer og rettsregler på dette området kan derfor være vag. Men retningen på den juridiske utviklingen er klar – vi går mot mer bindende regulering.

Et neste skritt vil kunne være et internasjonalt rettslig bindende regelverk i forhold til bedrifter og menneskerettigheter. The International Commission of Jurists har i juni i år avgitt en rapport som argumenterer for dette. FNs menneskerettsråd vedtok, også i juni i år, å nedsette en arbeidsgruppe med mandat å forberede en konvensjon om bindende regelverk for selskaper med internasjonal virksomhet. Dette fikk ikke tilslutning fra vestlige land, idet tanken nok er at et slikt regelverk ikke vil kunne oppnå konsensus på annet enn et mer symbolsk nivå.

Det arbeidet vil i hvert fall ta tid. I mellomtiden er det viktig at landene foretar målrettet lovgivning om hvilke tiltak og hvilke standarder som forventes av selskaper. Vi er nå i en utviklingsfase der det blir stilt økende krav til næringslivet om gjennomføring av menneskerettighetene. Samtidig har næringslivet et behov for klarhet og forutsigbarhet. Dette tilsier at det skjer et nærmere samarbeid mellom myndigheter og næringsliv.

Til slutt må særlig fremheves et hovedhensyn for fremtiden: næringslivets menneskerettsansvar i forhold til miljø og klima. I Norges grunnlov er retten til miljø og miljøinformasjon – Grunnlovens § 112 – satt inn i kapitlet om menneskerettigheter. Plikten for multinasjonale virksomheter til å ta hensyn til miljø og bærekraft er dessuten en del av OECDs retningslinjer. Miljø og klima er avgjørende livsfaktorer for alle mennesker, og bedrifters menneskerettsansvar kan bli en viktig del av miljø og klimakampen.

Jeg sa innledningsvis at et grunnleggende spørsmål er om menneskerettskonvensjoner gir vern mot overgrep forårsaket av nasjonale og multinasjonale selskaper. Svaret på dette er sammenfattet: Ikke direkte. Ikke ennå. Men indirekte. Allerede nå.

Proporsjonalitetsprinsippet i de nordiske høyesteretter når  
nasjonal lovgivning griper inn i EU/EØS-rettens fire friheter

Professor *Halvard Haukeland Fredriksen*, Norge

# Proporsjonalitetsprinsippet i de nordiske høyesteretter når nasjonal lovgivning griper inn i EU/EØS-rettens fire friheter

Professor *Halvard Haukeland Fredriksen*, Norge

## 1. Innledning

Temaet mitt er den nasjonale anvendelsen av det EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet. Mer presist er det spørsmål om hvordan domstolene i de nordiske land håndterer saker hvor det hevdes at nasjonal lovgivning er i strid med de fire friheter. I bakgrunnen kan det ligge en forhåndsavgjørelse fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen som gir mer eller mindre klare føringer for anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet, men det kan også tenkes at de nasjonale domstolene ikke har sett noe behov for å be om veiledning og derfor helt og fullt avgjør saken på egen hånd.

Innledningsvis må jeg innrømme at det har vært krevende å undersøke nasjonale domstolars anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet. Særlig gjelder dette om man vil forsøke å sammenligne rettspraksis i flere land, fordi man da må gi seg i kast med utenlandske dommer. Dette er en form for akademisk risikosport. Når jeg likevel har gjort et forsøk, skyldes det at jeg mener at de rettskulturelle fellestrekk mellom de nordiske land gjør at det kan være fruktbart å sammenligne hvordan ulike nordiske domstoler forholder seg til de utfordringer som EU/EØS-retten byr på. Mottoet får være at den som intet våger, intet vinner.

## 2. Fordeler og ulemper knyttet til de nasjonale domstolenes sentrale rolle ved anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet

Det er velkjent at det er både fordeler og ulemper med den sentrale rolle som EU/EØS-retten tillegger de nasjonale domstolene i saker hvor det er spørsmål om nasjonal lovgivning er forenlig med proporsjonalitetsprinsippet.

I stedet for å trette forsamlingen med en lengre utredning, nøyer jeg mer her med å sitere den treffende sammenfatningen til Ida Otken Eriksson i siste utgave av boken *EU-rettslig metode – Teori og gjennomslag i svensk rättstillämpning*.<sup>1</sup> Vi begynner med ulempene:

*«Faran med principen är att domstolar tvingas ta ställning i politiska frågor på ofte relativt "minerad mark" och att det är svårt att bestämma vilken proportionalitetsmåttstock som skal användas samt hur omfattande bedömningen ska vara i ett enskilt fall. Detta ger givetvis upphov til rättsosäkerhet, eftersom det är svårt att förutse utfallet av bedömningen. Dessutom*

<sup>1</sup> Ida Otken Eriksson, "Proportionalitetsprincipen i nationell rättstillämpning" i: Jörgen Hettne og Ida Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metode – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2. utgave, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011, side 260–272 på side 271–272.

Halvard Haukeland Fredriksen, Norge

*kan överlämnandet av bedömningen till de nationella domstolarna leda till olika proportionalitetsbedömningar i skilda medlemsstater och alltså hota den enhetliga tillämpningen av unionsrätten.»*

Men tilnærmingen har også fordeler:

*«Förtjänsten med proportionalitetsprinsippet är att den utgör ett smidigt och flexibelt instrument som kan anpassas till de särskilda omständigheterna i enskilda fall och därmed förhindra att orimliga resultat uppstår. Den omständigheten att domstolen överlämnar proportionalitetsbedömningar till de nationella domstolarna tycks också stämma väl överens med ett ökat intresse av att ta hänsyn till speciella förhållanden i enskilda medlemsstater och i förlängningen subsidiaritetsprinsippet.»*

Forståelsen av at proporsjonalitetsprinsippet på godt og vondt åpner for nasjonal tilpasset anvendelse av EU/EØS-retten fremheves for øvrig i en helt fersk svensk doktoravhandling skrevet av en islandsk kollega – Gunnar Thor Peturssons avhandling «The Proportionality Principle as a Tool for Disintegration in EU Law», som han i vår forsvarer ved Universitetet i Lund.<sup>2</sup> Hans tema er EU-domstolens tilnærming til proporsjonalitetsprinsippet, men det er jo nettopp den som aktualiserer spørsmålet om de nasjonale domstolenes anvendelse av prinsippet. Jo mer av vurderingen EU-domstolen overlater til de nasjonale domstolene, jo viktigere er det jo å undersøke hvordan de nasjonale domstolene forvalter dette ansvaret.

### 3. Et eksempel: Prøving av nasjonale forbud mot alkoholreklame

La meg prøve å illustrere med et konkret eksempel: Med unntak for Danmark har det i Norden tradisjonelt vært svært strenge regler rettet mot reklame for alkoholholdig drikke.<sup>3</sup> Dette har gitt opphav til flere rettsavgjørelser hvor nasjonale domstoler har måttet vurdere om forbud mot alkoholreklame er forenlig med EU/EØS-rettens hovedregler om fri flyt av varer og tjenester. Fra Island er jeg kjent med tre avgjørelser om dette fra Hæstiréttur Islands, fra Norge foreligger det to avgjørelser fra Høyesterett og fra Sverige foreligger det flere avgjørelser fra Marknadsdomstolen. I bakgrunnen ligger EU-domstolens dom fra 2001 i den svenske Gourmet-saken og EFTA-domstolens rådgivende uttalelse fra 2005 i den norske Vinforum-saken.<sup>4</sup> Felles for disse to avgjørelsene er at de nasjonale domstolene fikk lite veiledning for den konkrete anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet. Nettopp dette gjør det interessant å se nærmere på de nasjonale avgjørelsene som fulgte.

La oss begynne med Marknadsdomstolens prøving da Gourmet-saken til sist endte opp på dens bord i 2003.<sup>5</sup> Dommen fikk stor oppmerksomhet i Sverige og den er utførlig

<sup>2</sup> Gunnar Thor Petursson, *The Proportionality Principle as a Tool for Disintegration in EU Law – of Balancing and Coherence in the Light of the Fundamental Freedoms*, Lund 2014.

<sup>3</sup> Også Danmark har for øvrig forbud mot alkoholreklame rettet mot barn, se saken *Forbrukerombudet mot Dansk Ungdomsferie*.

<sup>4</sup> Sak C-405/98 *Gourmet* [A5] ECLI:EU:C:2001:135 og sak E-4/04 *Pedidel* («Vinforum»). EFTA Court Report 2005 side

<sup>5</sup> Marknadsdomstolens dom av 5. februar 2003 *Gate Gourmet* (MD 2003:5).

kommentert av fremtredende svenske EU-jurister.<sup>6</sup> I denne sammenheng får det være tilstrekkelig å fremheve Marknadsdomstolens oppfatning av at proporsjonalitetsprinsippet i dette tilfellet krevet at det ble foretatt en interesseavveining mellom reklameforbudets fordeler for allmennheten og dets ulemper for den frie vareflyten i EU:

*«Enligt Marknadsdomstolens mening bör proportionalitetsprövningen i detta fall innefatta en fullständig intressevägning mellan annonsförbudets fördelar för det allmänna och förbudets nackdelar för gemenskapshandeln. Står den fördel som det allmänna vinner genom ingreppet i rimlig proportion till en skada som ingreppet förorsakar den enskilde?»*

Ut fra dette utgangspunktet kom Marknadsdomstolen til følgende konklusjon:

*«Sammanfattningsvis finner Marknadsdomstolen ... att förbudet – när skyddsstyftet ställs mot förbudets betydelse som handelshinder enligt artiklarna 28 och 49 i EG-fördraget – måste betecknas som alltför långtgående och därmed oproportionellt i EG-rättslig mening.»*

Dommen ble fulgt opp av Riksdagen og detaljerte lovregler om alkoholreklame finnes nå i Alkohollagen fra 2010 (2010:1622) 7 kapittel. De svenske reglene åpner blant annet for reklame i aviser og blader for drikkevarer med et alkoholinnhold opp til 15 volumprosent.

Fire år etter Marknadsdomstolens dom i Gourmet-saken kom Hæstiréttur Íslands til at det islandske forbudet mot alkoholreklame var i overensstemmelse med EØS-retten. Uten noen egentlig drøftelse slo Høyesterett fast at det ikke var fremlagt noe bevis som tilsa at beskyttelsen av folkehelsen kunne sikres ved tiltak som i mindre grad hindrer handelen innen EØS.<sup>7</sup> Høyesteretts lite inngående proporsjonalitetsprøving er blitt kritisert av islandske forfattere som Bjarnveig Eiríksdóttir og Dóra Sif Tynes.<sup>8</sup> Høyesterett har likevel hold fast ved tilnærmingen. I en sak fra 2008 grep domstolen inn og stanset en foreleggelse for EFTA-domstolen fra byretten i Reykjavik. Byretten ville be EFTA-domstolen om mer utfyllende retningslinjer for proporsjonalitetsprøvingen, men Høyesterett avviste behovet for dette under henvisning til sin egen tidligere vurdering av spørsmålet.<sup>9</sup> I sin doktoravhandling fra 2012 om forholdet mellom EFTA-domstolen og nasjonale domstoler antyder Ólafur Ísberg Hannesson at dette henger sammen rettsspørsmålets sensitive karakter.<sup>10</sup> Marknadsdomstolens dom er for øvrig ikke omtalt i noen av de islandske avgjørelsene.

Så til Norge, hvor Gourmet-saken førte til at utgiveren av spesialtidsskriftet Vinforum ville teste om det norske reklameforbudet var forenlig med EØS-avtalen. Som nevnt ble spørsmålet forelagt EFTA-domstolen. EFTA-domstolen avklarte enkelte særegne EØS-rettslige spørsmål, men fulgte for øvrig EU-domstolens eksempel og overlot langt på vei proporsjonalitetsprøvingen til de nasjonale domstolene. Oslo tingrett lot seg inspirere av Marknadsdomstolens vurdering og fant det norske reklameforbudet gikk for lang når

6 Jf. bl.a. Ulf Bernitz, «Gourmet-målet: Marknadsdomstolen finner annonseringsforbudet for alkohol otillåtet enligt EU-rätten», *Europarettlig Tidsskrift* 2003 side 572 og Ida Otken Eriksson, «Marknadsdomstolens dom i Gourmet-målet: resonemang kring proportionalitet», *Euraparättslig Tidsskrift* 2003 side 585.

7 Dom 14. juni 2007 i sak nr. 599/2006.

8 Bjarnveig Eiríksdóttir og Dóra Sif Tynes, «Dómar EFTA dómstólsins 2006-2007 og framkvæmd EES samningsins hjá íslenkum dómstólum», *Úlfjótur* 2008 s. 139-166, på s. 160.

9 Sak 60/2008.

10 Ibid.

Halvard Haukeland Fredriksen, Norge

det også rammet reklame i spesialtidsskrift som Vinforum. Så vel Borgarting lagmannsrett som Høyesterett var imidlertid av en annen oppfatning. Lagmannsretten nevnte ikke Marknadsdomstolens dom, men det gjorde Høyesterett som uttrykkelig avviste at det måtte foretas en avveining av reklameforbudets fordeler for folkehelsen og dets ulemper for vareflyten i EØS:

*«Jeg kan ikke se at det kan utledes av den påberopte praksis fra EF-domstolen og EF-TA-domstolen [...] at det skal foretas en slik interesseavveining, unntagen kanskje som en alternativ uttrykksmåte i forhold til restriksjoner som det ellers kunne være aktuelt å anse som vilkårlige eller som en skjult hindring på handelen, eller i andre ekstraordinære tilfeller.»<sup>11</sup>*

Høyesterett fulgte opp med en nokså uheldig uttalelse om at det først vil foreligge et brudd på proporsjonalitetsprinsippet dersom det er «åpenbart» at alternativene til et reklameforbud vil være likeverdige med hensyn til måloppnåelse.<sup>11</sup>

Med disse utgangspunktene, var resultatet langt på vei gitt: Det norske reklameforbudet ble funnet forenlig med EØS-retten.

Tilbake til Sverige, som i 2010 – som alt nevnt – fikk en ny alkohollag, med et eget kapittel om alkoholreklame. Lovforarbeidene viser at regjeringen ønsker strenge regler og at man arbeider for å få gjennomslag for dette internt i EU.<sup>12</sup> Hverken Islands eller Norges Høyesteretts aksept av et totalforbud som forenlig med EU/EØS-retten, nevnes.

Hva så med svenske domstoler? Har de merket seg dommene fra Island og Norge? Så langt jeg har kunnet se er svaret nei. Det er like fullt flere interessante dommer fra Marknadsdomstolen hvor ulike sider ved de svenske reklamereglene vurderes opp mot EU-retten. Et eksempel av nyere dato er saken Konsumentombudsmannen mot Berntson Brands, som gjelder ulike former for såkalt utendørsreklame for Jägermeister.<sup>13</sup> Blant annet to biler som var lakkert i Jägermeisters farger og med Jägermeisters varemerke.

Marknadsdomstolens tilnærming i denne dommen er en interessant kontrast til Høyesteretts tilnærming i Vinforum-saken. Marknadsdomstolen er påpasselig med å fremheve utgangspunktet om fri vareflyt:

*«Av grundläggande betydelse för utformningen och tillämpningen av de svenska nationella bestämmelserna om marknadsföring av alkoholdrycker mot konsumenter är regleringen av fri rörlighet för varor...»<sup>14</sup>*

Og:

*«En förutsättning för att de som marknadsför alkoholdrycker med ursprung i andra*

<sup>11</sup> Avsnitt 47. Vurderingskriteriet stammer fra den norske versjonen av EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i saken. hvor det engelske uttrykket «unless it is apparent that ... the protection of public health against the harmful effects of alcohol can be secured by measures having less effect on intra-EEA trade» er oversatt med «med mindre det er åpenbart at beskyttelse av folkehelsen ... kan sikres ved tiltak som i mindre grad hindrer handelen innen EØS». EU-domstolens dom i *Gourmet*-saken viser klart at den norske oversettelsen av EFTA-domstolens uttalelse er misvisende, jf. formuleringen «s'il apparaît» i den franske versjonen av *Gourmet* (trellende oversatt med «får så vitt det inte ... framgår» i den svenske versjonen av dommen).

<sup>12</sup> Prop. 2009/10:125 *Ny alkohollag*, side 91.

<sup>13</sup> Marknadsdomstolens dom 11. mars 2014 (MD 2014:4) *Berntson Brands (Jägermeister)*.

*medlemsstater ska kunna konkurrera med dem som marknadsför svenska produkter av detta slag är därför, att de har tillgång till fungerande kanaler för marknadskommunikation.»<sup>14</sup>*

Dette ledet frem til følgende konklusjon:

*«Vid dessa förhållanden finner Marknadsdomstolen, att ett allmänt förbud mot användning av kännetecknen på fordon av det slag som Berntson brukat och som är nödvändiga i en verksamhet som inbegriper marknadsföring av alkoholdrycker inte skulle vara proportionerligt när syftet att skydda folkhälsan ställs mot betydelsen av fri rörlighet för varor.»<sup>14</sup>*

Merk at Marknadsdomstolen her fastholder den tilnærmingen i Gourmet-saken: Proporsjonalitetsprinsippet gir ifølge Marknadsdomstolen anvisning på en avveining av reklameforbudets fordeler for folkehelsen og dets ulemper for vareflyten i EU/EØS.

Hvem har så rett? Er et totalforbud forenlig med proporsjonalitetsprinsippet? Ettersom det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, så er det i prinsippet mulig å hevde at Marknadsdomstolen hadde rett i at det svenske forbudet var uforholdsmessig samtidig som Islands og Norges høyesteretter har rett i at det islandske og det norske forbudet er forholdsmessig. Det kan hevdes at Island og Norge har valgt et enda høyere beskyttelsesnivå enn Sverige, eventuelt at islandske og norske myndigheter fører en mer konsistent alkoholpolitikk. Etter å ha studert de svenske lovforarbeidene har jeg imidlertid vanskelig for å akseptere at det var reelle forskjeller på islandsk, norsk og svensk alkoholpolitikk. Jeg vil derfor hevde at alkoholreklamesakene illustrerer den rettsulikhet som vil kunne oppstå i tilfeller hvor proporsjonalitetsvurderingene nærmest fullt og helt overlates til nasjonale domstoler. Men jeg har ikke tenkt å prøve å svare på om det var Marknadsdomstolen som var for streng eller om det var som Islands og Norges Høyesterett som var for forsiktige – den dommen overlater jeg til andre å felle.<sup>14</sup>

#### **4. Andre saker hvor nasjonale domstoler har funnet nasjonal lovgivning i strid med proporsjonalitetsprinsippet**

##### *4.1 Innledning*

Spørsmålet er så om Gourmet-saken er enestående, eller om det også finnes andre saker hvor nordiske domstoler har funnet nasjonal lovgivning uforenlig med det EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet.

I forsøket på å besvare dette må man holde utenfor saker som har vært forelagt EU-domstolen og EFTA-domstolen, og hvor svarene har vært så entydige at det ikke er rom for noen reell proporsjonalitetsvurdering i de nasjonale domstolene. Både fra Danmark, Finland,

<sup>14</sup> Sml. Fredrik Sejersted, "Rettsliggjøring og reklame. En studie i europeisk rettsliggjøring og nasjonalt handlingsrom", i: Dag Harald Claes, Knut Heidar og Cathrine Holst (red.), *Politikk i grenseland – Festskrift til Øyvind Østerud* (Universitetsforlaget 2014), s. 255-275, som på s. 263 gir uttrykk for at Marknadsdomstolens prøving av det svenske reklameforbudet var strengere enn EU-rettslig påkrevd. Det følger av dette standpunktet at Sejersted nok mener at Marknadsdomstolen også i senere saker (som den ovenfor omtalte dommen i Berntson Brands-saken) operer med en for streng forståelse av proporsjonalitetsprinsippet.



Norge og Sverige finnes det saker hvor domstolene i slike tilfeller i ettertid har konstatert at nasjonal lovgivning er i strid med proporsjonalitetsprinsippet. Et mye omtalt dansk eksempel er Festersen-saken, hvor EU-domstolen i realiteten slo fast at de danske reglene om boplikt for landbrukseieendommer var i strid med EU-rettens regler om frie kapitalbevegelser.<sup>15</sup> Et finsk eksempel er Paranova-saken, hvor EU-domstolen i realiteten fant finske regler om markedsføringstillatelser for parallellimporterte legemidler uforenlig med EU-rettens regler om fri vareflyt.<sup>16</sup> Et norsk eksempel er Fokus Bank-saken, hvor EFTA-domstolen slo fast at de norske reglene om kildeskatt var i strid med EØS-avtalens regler om frie kapitalbevegelser.<sup>17</sup> Et velkjente svensk eksempel er Rosengren-saken, hvor EU-domstolen underkjente det svenske forbudet mot at privatpersoner importerte vin til personlig bruk.<sup>18</sup> At de nasjonale domstolene i slike tilfeller lojalt følger opp er selvsagt bra, men disse avgjørelsene sier lite om hvordan de nasjonale domstolene selv forstår og anvender proporsjonalitetsprinsippet.

I det følgende rettes derfor oppmerksomheten mot tilfeller hvor det ikke foreligger en avgjørelse fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen som løser saken – enten fordi nasjonale domstoler ikke har funnet grunn til å involvere dem eller fordi det foreligger en forhåndsavgjørelse som i hvert fall delvis overlater proporsjonalitetsvurderingen til de nasjonale domstolene.

#### 4.2 Norsk rettspraksis

For Norges del er fasiten etter 20 år med EØS-avtalen at staten har vunnet så godt som samtlige saker hvor det har stått strid om norsk lovgivning er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Foruten den alt omtalte Vinforum-saken er det særlig grunn til å nevne Spilleautomatsaken om Norsk Tippings monopol på drift av spilleautomater, Ladbrokes-saken om det øvrige pengespillmonopolet, Phillip Morris-saken om forbudet mot utstilling av tobakksprodukter og STX-saken om allmenngjøring av lønns- og arbeidsbetingelser i den norske verftsindustrien.<sup>19</sup> Nå må det straks legges til at jeg på ingen måte hevder at norske domstoler anvendte proporsjonalitetsprinsippet feil i alle disse sakene eller at utfallet ville blitt et annet om sakene var blitt endelig avgjort av EFTA-domstolen. Tvert i mot er jeg av den oppfatning at norske domstoler etter hvert har fått godt grep om proporsjonalitetsprinsippet og stort sett anvender det i tråd med de føringer som følger av EU-domstolens praksis.<sup>20</sup>

Selv om det ikke kan trekkes slutninger alene av sakenes utfall, så må det være en oppgave for universitetsjurister å påpeke at det i flere av dem er et visst spenningsforhold mellom de mer eller mindre klare antydningene i EFTA-domstolens rådgivende uttalelser og de etterfølgende dommene. Et eksempel fra underinstanspraksis – som samtidig viser

15 Sak C-370/05 *Festersen* [A5] ECLI:EU:C:2007:59, jf. Vestre Landsret frifinnende dom av 25. mai 2007.

16 Sak C-15/01 *Paramova Läkemedel* [A5] ECLI:EU:C:2003:256, jf. Högsta förvaltningsdomstolens dom 11. november 2003 (IIFD:2003:78).

17 Sak E-1/04 *Fokus Bank*, EFTA Court Report 2004 s. 11, jf. Frostating lagmannsretts dom 18. mai 2005 (RG 2005 s. 1542).

18 Sak C-170/04 *Rosengren* [SK] ECLI:EU:C:2007:313, jf. Högsta domstolens frifinnende dom av 4. desember 2007 (NJA 2007 side 941).

19 Jf. hhv. Rt. 2007 side 1003; Oslo tingretts rettskraftige dom 3. oktober i Ladbrokes-saken (TOSLO-2004-91873); Oslo tingretts rettskraftige dom 14. september 2012 (saksnr. 10-041388TV1-OTIR/02) og 11. oktober 2013 side 258.

20 Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen, «EU/EØS-rett i norske domstoler», *Rapport nr. 3 til Europautredningen* (Oslo 2011), s. 86 (tilgjengelig fra [www.europautredningen.no/eksterne-utredninger/](http://www.europautredningen.no/eksterne-utredninger/)).

hvor vanskelig det er å vurdere den konkrete anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet – er Ladbrokes-saken. Etter mitt syn er det grunnlag for å hevde at tingretten i dette tilfellet foretok en noe mindre inngående etterprøving av pengespillmonopolene enn det EFTA-domstolen hadde lagt opp til.<sup>21</sup> Tingretten kan imidlertid forsvare seg med at EFTA-domstolen i dette tilfellet nok gav anvisning på en mer intensiv prøving enn det tidligere praksis fra EU-domstolen tilsa, og også mer inngående enn det EU-domstolen senere la til grunn i Liga Portuguesa-saken.<sup>22</sup> Det er betegnende at Ladbrokes valgte å trekke anken mot tingrettens dom etter at dommen i Liga Portuguesa-saken forelå. Men mot dette igjen kan EFTA-domstolen innvende at senere praksis fra EU-domstolen kanskje tyder på en noe mer inngående prøving, særlig med tanke på eventuelle inkonsistenser i den nasjonale pengespillpolitikken.<sup>23</sup>

Et annet eksempel er Høyesteretts dom i STX-saken.<sup>24</sup> Ett av flere kontroversielle spørsmål i denne saken var om norske bestemmelser om et utenbystillegg for arbeidere på norske skipsverft var forenlige med friheten til å yte tjenester over landegrensene i EØS. I sin uttalelse i saken gikk EFTA-domstolen langt i å antyde et benektende svar.<sup>25</sup> EFTA-domstolen påpekte at tiltak som utgjør en restriksjon på den frie bevegelighet for tjenester ikke kan begrunnes i økonomiske mål, slik som beskyttelse av innenlandske virksomheter, før den gav norske domstoler følgende oppdrag:

*«It is for the national court to verify whether, on an objective view, the rules at issue in the main proceedings promote the protection of posted workers. In this respect, it is necessary for the national court to determine whether those rules confer a genuine benefit on the workers concerned which significantly adds to their social protection. In this context, the stated purpose of the rules may lead to a more careful assessment of the alleged benefits conferred on workers ...»<sup>26</sup>*

EFTA-domstolen gav dessuten følgende vurdering av de norske reglene med på veien:

*«The Court notes ... that the Norwegian rules may reduce the job opportunities for workers from other EEA States to the extent that an employer may be deterred ... from exercising its freedom to provide services by pursuing activities in Norway. In that case, the rules cannot be held to confer a genuine benefit on posted workers.»<sup>26</sup>*

Høyesterett lot seg imidlertid ikke overbevise:

*«De ankende parter har anført at tillegget ikke innebærer noen egentlig fordel fordi det angivelig fører til at markedet for utsendte arbeidstakere forsvinner på grunn av kostnadsøkninger. EFTA-domstolens merknader i avsnitt 85 går i samme retning. Synspunktet er at de norske reglene kan svekke jobbmulighetene for utsendte arbeidstakere ved at tillegget kan være med på å prise arbeidstakeren ut av markedet, hvilket ikke kan bedømmes*

21 Oslo tingretts dom 3. oktober i sak TOSLO-2004-91873. Dommen kritiseres temmelig hardhendt av Tor-Inge Harbo. *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Brill, Leiden, 2014 (under utgivelse), s. 183 ff.

22 Sak C-42/07 *Liga Portuguesa* [SK] ECLI:EU:C:2009:519.

23 Se forente saker C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 og C-410/07 *Markus Stoß m.fl.* [SK] ECLI:EU:C:2010:504.

24 Rt. 2013 side 258.

25 Sak E-2/11 *STX Norway Offshore*, EFTA Court Report 2012 side 4, avsnitt 75-88.

Halvard Haukeland Fredriksen, Norge

som noen fordel. Jeg kan ikke se at de ankende parter her har dekning for sitt syn.»<sup>26</sup>

Etter å ha vist til at det rent faktisk var et stort antall arbeidstakere som hadde krav på utenbystillegg, avviste Høyesterett argumentet knyttet til svekkede utsikter til jobb på norske skipsverft som følger:

*«Svekket arbeidsmarked som følge av fordyrelse, vil ... alltid være en risiko ved ytelser som skal gi økt sosial beskyttelse, enten det er minstelønn i form av betaling pr. time, tillegg for overtid eller tillegg for arbeid utenbys. Etter mitt syn sier det seg selv at slike tillegg ikke mister sin karakter av objektiv fordel for arbeidstakeren selv om fordyrelsen gir risiko for redusert etterspørsel etter tjenesten.»<sup>26</sup>*

Høyesterett fant på dette grunnlag utenbystillegget forenlig med proporsjonalitetsprinsippet.

EFTA-domstolens svarte i form av et oppsiktsvekkende *obiter dictum* i Jonsson-saken<sup>26</sup> og skipsverftene har klaget saken inn for EFTAs overvåkningsorgan, så siste ord er kanskje ikke sagt.

Det får stå åpent om det er EFTA-domstolen eller Høyesterett som traff best i sin utlegning av proporsjonalitetsprinsippet.<sup>27</sup> Poenget i vår sammenheng er at det er klare forskjeller i EFTA-domstolen og Høyesteretts tilnærming.

Selv om STX-saken er spesiell, så finnes det også andre saker som tyder på at Høyesteretts tilnærming til proporsjonalitetsprinsippet er nokså forsiktig. I den alt omtalte Vinforum-dommen er det særlig uttalelsene om at det må være åpenbart at et alternativt tiltak vil være tilstrekkelig og oppfatningen av at det normalt ikke er grunn til å foreta noen vurdering av hvilke konsekvenser en restriksjon vil ha for den frie vareflyten i EØS som er problematiske.<sup>28</sup> Et annet eksempel er spilleautomatdommen, hvor Høyesterett blant annet uttalte at det skal «mye til» før en restriksjon som er egnet til å ivareta legitime hensyn, er uforholdsmessig. Resultatet i spilleautomatdommen er det lite å innvende mot – EFTA-domstolen hadde alt frikjent monopoliet i den parallelle traktatbruddssaken som ESA hadde anlagt mot Norge. Men med tanke på fremtiden er det ikke uproblematisk at Høyesterett knyttet prøvingen til «den norske tradisjon ved domstolsprøving av vurderinger av utpreget politisk karakter».<sup>29</sup> I den konkrete saken hadde EFTA-domstolen vært nokså forsiktig, men dette må sees i sammenheng med de moralske og religiøse særegenheter som er forbundet med pengespill. Dersom tilnærmingen utvides til alle saker som er av «politisk karakter», kan resultatet bli at norske domstoler blir for tilbakeholdne.

I underinstanspraksis finnes det imidlertid to unntak som må nevnes her – Nordea Bank-saken fra 2003 og Leinebris-saken fra 2006.<sup>30</sup>

I Nordea Bank-saken slo Oslo tingrett fast at de daværende norske reglene om kildeskatt var i strid med EØS-avtalens regler om frie kapitalbevegelser. EFTA-domstolen kom

<sup>26</sup> Sak E-3/12 *Jonsson*, EFTA Court Report 2013 s. 136, avsnitt 58-60.

<sup>27</sup> For en grundig analyse vises det til Catherine Barnard, «Posting matters», *Arbeidsrett* 2014 side 1 – 28.

<sup>28</sup> Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 2. utg. (Bergen 2014), henholdsvis side 99, 102 og 108. For en noe annerledes kritikk av norske domstolers håndtering av Vinforum-saken, se Harbo, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, s. 188 flg.

<sup>29</sup> Rt. 2007 side 1003, avsnitt 106.

<sup>30</sup> Hlv. Oslo tingretts dom 14. november 2003 i sak TOSLO-2002-8443 og Frostating lagmannsretts dom 21. september 2006 i sak LF-2006-24118.

senere til samme konklusjon i Fokus Bank-saken, men tatt i betraktning at tingretten avsa sin dom før EU-domstolen hadde avgjort den finske Manninen-saken, må dette karakteriseres som en sak hvor en norsk domstol på egen hånd anvendte proporsjonalitetsprinsippet på en nokså offensiv måte.

Det samme kan sies om Leinebris-saken, hvor Frostating lagmannsrett fant at det var motstrid mellom EØS-avtalens regler om arbeidskraftens frie bevegelighet og lovgivning som krevde at skipperen på fiskebåter som fisket i norske farvann måtte være bosatt i Norge. I strid med lovgivers vurderinger i forarbeidene fant retten det klart at dette bostedskravet ikke hadde nevneverdig betydning for målsettingene bak fiskeripolitikken. Påtalemyndigheten anket, men anken ble trukket tilbake før Høyesterett rakk å behandle saken.

Unntakene til tross: Generelt er det grunnlag for å hevde at norske domstoler er nokså forsiktige i prøvingen av norsk lov opp mot proporsjonalitetsprinsippet. Eller som Europautredningen formulerte det i sin sluttrapport fra 2012:

*«Prinsipielt innebærer EØS-avtalen en vesentlig utvidelse av den gamle statsrettslige læren om domstolenes prøvelsesrett med Stortingets lovgivning. Når det i praksis så langt bare har skjedd i et lite antall saker kan det i noen grad skyldes at norske domstoler er varsomme.»<sup>31</sup>*

#### 4.3 Islandsk rettspraksis

Hva så med Island? Det er alt nevnt at islandske domstoler har vært svært forsiktige i prøvingen av det islandske forbudet mot alkoholreklame. Vurderingen av islandsk rettspraksis kompliseres imidlertid av at Islands høyesterett i en del tilfeller har valgt å løse EØS-relaterte saker alene basert på konstitusjonell rett. Et eksempel er en sak fra 2006 om et forbud mot synlig oppstilling av tobakksprodukter. Byretten i Reykjavik avviste hele EØS-problematikken under henvisning til at tobakkslovgivningen uansett var av nyere dato enn loven som gjennomfører EØS-avtalens hoveddel i islandsk rett. Dette standpunktet er uforenlig med Islands forpliktelser i henhold til EØS-avtalen protokoll 35. Høyesterett tok ikke avstand fra byrettens anvendelse av *lex posterior*-prinsippet, men konkluderte samtidig med at det absolutte utstillingsforbudet var grunnlovsstridig fordi det var uforholdsmessig.<sup>32</sup> Saken er slik et interessant eksempel på rettslig overprøving av lovgivers vurderinger, men altså ut fra et nasjonalt snarere enn et EØS-rettslig proporsjonalitetsprinsipp.

Basert på den begrensede litteratur som finnes på engelsk eller skandinaviske språk om EØS-rettens gjennomslag i islandsk rett, synes det å være grunnlag for å stille visse spørsmål ved islandske domstolers prøving av islandsk lovgivning opp mot de fire friheter.<sup>33</sup> Men jeg tar forbehold om at det kan finnes islandske rettsavgjørelser som jeg ikke er kjent med. Det hører dessuten med at antall islandske foreleggelses for EFTA-domstolen har tatt seg opp i de senere år.

31 Se NOU 2012:2 s. 835. Min understrekning. Men det hører med at utrederne la til at hovedårsaken var «at norsk lovgiver har gjennomført EU/EØS-retten på en grundig og systematisk måte, slik at motstrid sjelden oppstår.»

32 Dom av 6. april 2006 i sak 220/2005. Omtalen her er basert på fremsstillingen av saken i Hannesson 2012 s. 125 – 127.

33 Se særlig Hannesson 2012 og M. Elvira Méndez-Pinedo, *EC and EEA Law – A Comparative Study of the Effectiveness of European Law*. Europa Law Publishing, Groningen 2009, kapittel 5.

#### 4.4 Dansk retspraksis

Så til Danmark. Jeg har dessverre ikke kunnet finne noen dansk avhandling som drøfter danske domstolers anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet mer generelt,<sup>34</sup> men det finnes selvsagt arbeider som tar for seg anvendelsen i konkrete saker og på avgrensede rettsområder. Jeg får i denne sammenheng nøye meg med noen få avgjørelser i noen mye omtalte saker fra de senere år.

Et interessant eksempel er straffesaken *Rigsadvokaten mod Nielsen* fra 2010.<sup>35</sup> Saken gjaldt det daværende danske forbudet mot bruk av vannscootere. EU-domstolens dom over de liknende svenske reglene i *Mickelsson och Roos* stod sentralt i saken, men for det første hadde EU-domstolen overlatt den konkrete anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet til svenske domstoler og for det annet hevdet den riksadvokaten at de danske reglene uansett skilte seg markant fra de svenske. For Højesteret argumenterte riksadvokaten for en lempelig proporsjonalitetsvurdering. Han viste også til at EU-kommisjonen hadde vurdert de danske reglene, uten å innlede noen traktatbruddssak.

Højesteret viste imidlertid til at det bare var utpekt to områder hvor bruk av vannscootere var tillatt og konkluderte med at forbudet gikk "videre end nødvendig for å sikre de påberåbte hensyn til mennesker og miljø."

Andre saker tyder imidlertid på at også danske domstoler er nokså forsiktige i sin prøving av nasjonal lovgivning. I årene forut for EU-domstolens dom i Festersen-saken var det flere saker hvor danske domstoler fant boplikt for landbrukseieendommer forenlig med EU-retten.<sup>36</sup> Højesteret anså lovgivningen rettfærdiggjort av hensyn til ønsket om å unngå jordspekulasjon og sikre befolkningsgrunnlaget i distriktene. Standpunktet ble kritisert fra akademisk hold,<sup>37</sup> men det var først etter Festersen-saken at danske domstoler ble tvunget til å revurdere tilnærmingen.<sup>38</sup>

Et annet eksempel er *Ladbrokes mod Skatteministeriet* om det danske spillemonopolet. I 2006 fant Østre Landsret monoopolet forenlig med proporsjonalitetsprinsippet, selv om EU-kommisjonen var av en annen oppfatning. Ladbrokes anket til Højesteret, men trakk anken da regjeringen kunngjorde at man ville erstatte monoopolet med en konsesjonsordning. Av samme grunn avstod Kommisjonen fra å forfølge spørsmålet videre.

En siste avgjørelse som bør nevnes er HK Danmark-saken fra 2013.<sup>39</sup> Det må understrekes at saken gjaldt direktivet om likebehandling i arbeidslivet og altså ikke hovedreglene om de fire friheter. Det underliggende spørsmål var like fullt om lovgiver hadde overholdt proporsjonalitetsprinsippet når man hadde akseptert at arbeidslivets parter ved kollektiv overenskomst kunne innføre særlige regler om avlønning av unge under 18 år og mulighet for å avskjedige dem når de fyller 18 år. Højesteret avviste en begjæring om foreleggelse for EU-domstolen og fant deretter at loven var i overensstemmelse med EU-rettens krav, men først etter en nokså grundig proporsjonalitetsvurdering.

34 Den for øvrig meget interessante antologien *Europæiseringen af dansk ret* (Birgitte Egelund Olsen og Karsten Ensig Sørensen (red.), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2008, inneholder dessverre ikke noen egen undersøkelse av denne problematikken.

35 UfR 2011 side 539 H.

36 Jf. særlig UfR 2001 side 1249 H, men se også UfR 2007 side 99 H.

37 Se for eksempel Peter Pagh, «Bopælspligt, menneskerettigheder og EU-ret», *Ugeskrift for Retsvesen* 2007 B s. 126.

38 Jf. Vestre Landsrets frinnende dom av 25. mai 2007 i straffesaken mot Festersen.

39 UfR 2014 side 470 H.

#### 4.5 Svensk rettspraksis

Så til Sverige. Her er jeg i den heldige situasjon at jeg har funnet flere rettsvitenskapelige arbeider av nyere dato som tar for seg EU-rettens gjennomslag i svensk rett. Særlig Karin Åhmans bok *Normprövning* fra 2011 inneholder utførlige redegjørelser for svenske domstolars kontroll med om svensk lovgivning er i overensstemmelse med EU-rettens krav. Mange av sakene hun omtaler gjelder andre EU-rettslige spørsmål, men det er også flere eksempler på anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet.

Kjente saker hvor den daværende Regeringsrätten anvendte proporsjonalitetsprinsippet på egen hånd – altså uten noen forhåndsavgjørelse fra EU-domstolen – inkluderer Barsebäck-saken fra 1999 om nedstengning av kjernekraftreaktoren Barsebäck 1 og Wermdö Krog-saken fra 2004 om det svenske pengespillmonopolet.<sup>40</sup> Selv om Regeringsrätten i den sistnevnte saken kritiserte flere sider ved det svenske spillemonopolet, konkluderte den med at monopolet «totalt sett» var forenlig med EU-retten. EU-kommisjonen deler ikke denne vurderingen og har i ettertid truet med traktatbruddssøksmål om ikke de svenske reglene blir endret.

En annen en interessant sak, fra 2009, gjaldt forbudet mot at andre enn forhåndsgodkjente importører importerer alkoholvarer til Sverige med tanke på kommersielt videresalg.<sup>41</sup> Saken er særlig interessant fordi det var dissens: En av Regeringsrättens medlemmer mente de svenske reglene var uforholdsmessige. Mindretallet la vekt på at det uansett eksisterte et strafferettslig sanksjonert forbud mot kommersielt videresalg til andre enn Systembolaget eller næringsdrivende. Flertallet mente imidlertid at ordningen med forhåndsgodkjenning av importører var mer effektivt og derfor nødvendig.

Selv om jeg har lite å innvende mot flertallets vurdering, så er spørsmålet om hvor mye vekt man kan legge på kontrollhensyn i en proporsjonalitetsvurdering ikke uomstridt. Dommen bidrar slik til inntrykket av at også svenske domstoler er noe forsiktige i sin prøving av lovgivers vurderinger.

Bildet er imidlertid ikke entydig. Gourmet-saken er nevnt. Andre eksempler er knyttet til det tidligere svenske forbudet mot at privatpersoner importerte vin til personlig bruk. Som nevnt underkjente EU-domstolen i 2007 dette forbudet i Rosengren-saken, men allerede i 2003 frifant Hovrätten över Skåne och Blekinge tiltalte i en straffesak under henvisning til at de svenske reglene var i strid med proporsjonalitetsprinsippet.<sup>42</sup> Dette ble fulgt opp i en avgjørelse fra 2005, hvor samme hovrätt, denne gang under henvisning til Kommisjonens innlegg i den da verserende Rosengren-saken, opphevet beslaget av 30 privatimporterte vinflasker med den begrunnelse at det fantes «skäl som talar för att införselreglerna inte kommer att anses vara förenliga med gemenskapsrätten».<sup>43</sup>

Interessant er også svenske domstolars oppfølging av EU-domstolens dom i Mickelsson och Roos-saken. Jeg har alt nevnt at EU-domstolen langt på vei overlot den konkrete anvendelsen av proporsjonalitetsprinsippet til nasjonale domstolene.<sup>44</sup> I straffesakene mot Mickelsson og Roos unngikk Luleå tingsrätt hele vurderingen da den

40 RA 2004 ref. 95.

41 RA 2009 ref. 83.

42 Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 27. mai 2003 i mål B 194-99 (som omtalt i den senere avgjørelsen inntatt i RH 2005:5).

43 RH 2005:5.

44 Se f.eks. Hugo Tiberg, «Vattenskotrar efter EG-dom 2009», SvJT 2009 s. 791 – 800.

Halvard Haukeland Fredriksen, Norge

frifant begge de tiltalte under henvisning til at usikkerheten knyttet til lovligheten av det svenske forbudet førte til at legalitetsprinsippet var tilsidesatt.<sup>45</sup> Hovrätten för Nedre Norrland valgte imidlertid en annen tilnærming i sin dom i straffesaken mot von Heideken:

*«Svenska domstolar har begränsade möjligheter att genomföra sådana kontroller som EU-domstolen anger. Det måste därför i en brottmålsprocess ankomma på åklagaren att föra bevisning om att länsstyrelsen har gjort en korrekt bedömning inför sina föreskrifter och verkligen har anvisat de områden som uppfyller kraven i vattenskoterförordningen. Om åklagaren inte uppfyller sin bevisbörda måste domstolen presumera att regleringen inte är förenlig med EU-rätten.»<sup>46</sup>*

Hovrätten frifant deretter tiltalte under henvisning til at påtalemakten ikke hadde ført noen bevis for at EU-retten gav anledning til å opprettholde det forbud mot bruk av vannscooter som gjaldt i havneområdet hvor han hadde kjørt i.

Denne dommen er en nyttig påminnelse om at domstolene først og fremst har til oppgave å løse konkrete saker, ikke abstrakte spørsmål om nasjonal lov er i tråd med EU-rettens krav mer generelt. Tilnærmingen er i samsvar med EU-domstolens praksis – det er staten som må føre bevis for at en restriksjon på de fire friheter er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet. Det virker rimelig at dette fremheves særskilt i en straffesak, men fra en EU-rettslig synsvinkel er det neppe påkrevd å operere med særskilt høye krav til proporsjonalitetsvurderingen bare fordi spørsmålet dukker opp i en strafferettslig sammenheng. Dersom dette synspunktet trekkes for langt, vil det gjøre det vanskelig for statene å sikre effektiv etterlevelse av nasjonale regler som kanskje ville «overlevd» i en sivil sak.

Snarere enn å forsøke meg på en egen oppsummering av svenske domstolers anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet, gjengir jeg her konklusjonen til Ida Otken Erikssons i den allerede omtalte boken *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättsstillämpning* fra 2011.

*«Det råder inte någon tvekan om att det vid proportionalitetsbedömningar i svenska domstolar inte har tillämpats något allmänt oppenbarhetskriterium som det som tidigare stadgades i RF 11:14.»<sup>46</sup>*

#### 4.6 Finsk rettspraksis

Så til Finland. Størstedelen av finsk rettspraksis er dessverre av rent språklige årsaker utilgjengelig for de fleste jurister fra de øvrige nordiske land. Det finnes imidlertid enkelte avgjørelser på svensk. Her skal bare kort nevnes en viktig dom fra 2005, hvor Högsta domstolen foretok en inngående vurdering av det finske pengespillmonopolet.<sup>46</sup> Anførsler om manglende konsistens og at det reelle formålet med monopolet var å sikre inntekter til statskassen ble avvist. Högsta domstolen la avgjørende vekt på EU-domstolens vurdering av det finske monopolet i Läära-dommen fra 1999,<sup>47</sup> og avviste at senere praksis fra EU-domstolen nå tilsa

<sup>45</sup> Luleå tingsrätts frifinnende dommar av 27. juli 2009 i sak B 1874-04, s. 4–5 og i sak B 1895-04, s. 4–5.

<sup>46</sup> Högsta domstolens dom 24. februar 2005 (KKO:2005:27).

<sup>47</sup> Sak C-124/97 *Läära* [SK] ECLI:EU:C:1999:435.

en annen vurdering. Uttalelsene i den senere *Gambelli*-saken<sup>48</sup> om betydningen av manglende konsistens ble oppfattet som et spørsmål om hvilke formål monopolet reelt sett forfulgte, og ikke (også) som et moment i vurderingen av beskyttelsesnivået som det finske monopolet skulle ivareta. EU-kommisjonen var imidlertid av den oppfatning at det finske monopolet var traktatstridig og innledet året etter en traktatbruddprosedyre mot Finland. Denne ble senere innstilt etter at Finland hadde strammet opp pengespillpolitikken. Kommisjonens kritikk, og finske myndigheters aksept av denne, tyder på at Högsta domstolen vurdering av monopolet bærer preg av den samme forsiktighet som vi har sett i liknende saker fra de øvrige nordiske land.

Ut over saker om det nasjonale spillemonopolet, så har også Finland hatt store saker om ulike sider ved det nasjonale alkoholmonopolet. Den aller første saken for EFTA-domstolen var *Restamark*-saken om det finske importmonopolet og senere har finske domstoler forelagt EU-domstolen flere saker om ulike sider ved finsk alkohollovgivning.<sup>49</sup> De fleste av disse sakene har i realiteten blitt avgjort av EU-domstolen, slik at det ikke har vært rom for noen nasjonal proporsjonalitetsvurdering. Et unntak er imidlertid straffesakene mot *Ahokainen* og *Leppik*, som Högsta domstolen forela for EU-domstolen i 2004.<sup>50</sup> Det sentrale spørsmålet i saken var om finske regler med krav til forhåndsgodkjenning for import av sprit med et alkoholinnhold over 80 volumprosent var forenlig med EU-rettens regler om fri vareflyt. EU-domstolen aksepterte at formålet med de finske reglene var å beskytte folkehelsen, men overlot deretter proporsjonalitetsvurderingen til Högsta domstolen. Premissene i dommen tyder imidlertid på at EU-domstolen var noe skeptisk til de finske reglene, blant annet ved at Högsta domstolen ble bedt om å vurdere om ikke et system med innrapportering fra importørene kunne være tilstrekkelig. I den etterfølgende dommen i saken kom imidlertid Högsta domstolen til at kravet til forhåndsgodkjenning for import av sprit med et alkoholinnhold over 80 volumprosent var nødvendig av hensyn til folkehelsen og derfor forenlig med EU-rettens regler om fri vareflyt.<sup>51</sup> Denne dommen foreligger dessverre bare på finsk, men så langt jeg har vært i stand til å finne ut så fremstår proporsjonalitetsvurderingen som noe mer forsiktig enn det EU-domstolen synes å ha lagt opp til i sin forhåndsavgjørelse i saken.

## 5. Avsluttende betraktninger

Om man skal forsøke å komme med noen avsluttende betraktninger, så må det være at tilnærmingen til proporsjonalitetsprinsippet stort sett synes ganske lik i de nordiske landene. Noen nyansforskjeller er det, men gjennomgående er prøvingen av nasjonal lovgivning preget av en viss tilbakeholdenhet. I hvert fall i noen av de sakene som har vært forelagt EU-domstolen eller EFTA-domstolen, er det en viss forskjell på de foreløpige vurderingene fra dommerne i Luxembourg og de endelige vurderingene fra nasjonale dommere. Dette kan jo skyldes at de nasjonale domstolene har bedre kjennskap til saken enn EU-domstolen eller EFTA-domstolen, men det er nok ikke helt urimelig å anta at skepsisen til nasjonale regler som begrenser de fire

<sup>48</sup> Sak C-243/01 *Gambelli* [SK] ECLI:EU:C:2003:597.

<sup>49</sup> Sak E-1/94 *Restamark*, EFTA Court Report 1994-1995 s. 15 og for eksempel sak C-394/97 *Straffesak mot Sami Heinonen* [A5] ECLI:EU:C:1999:308.

<sup>50</sup> Sak C-434/04 *Ahokainen og Leppik* [A5] ECLI:EU:C:2006:609.

<sup>51</sup> Dom 16. februar 2007 i sak R 2003/706.



friheter generelt er noe større i Luxembourg enn i nasjonale domstoler.

Et annet interessant funn er at myndighetene og de involverte private parter svært ofte er grunnleggende uenige om betydningen av at EU-domstolen eller EFTA-domstolen har overlatt den endelige proporsjonalitetsvurderingen til de nasjonale domstolene. Statens oppfatning er regelmessig at EU-domstolen eller EFTA-domstolen med dette har innrømmet medlemsstatene en viss skjønnsmargin, mens de private partene hevder at EU-domstolen ikke har gjort noe annet enn å overlate jobben til de nasjonale domstolene. Problemets kjerne er at det kan være høyst ulike årsaker til at EU-domstolen overlater prøvingen til nasjonale domstoler: Det kan skyldes at EU-retten innrømmer medlemsstatene en viss skjønnsmargin på det aktuelle området, men det kan også skyldes formelle betraktninger om kompetansefordelingen mellom EU-domstolen og nasjonale domstoler i foreleggelsessaker og/eller den faktiske omstendighet at den foreleggende domstol ikke har gitt EU-domstolen de opplysninger om saksforholdet som er nødvendige for en nærmere vurdering.

Dette gir opphav til to betraktninger. For det første bør EU-domstolen i større grad enn i dag klargjøre om man overlater den endelige vurderingen til nasjonale domstoler fordi medlemsstatene råder over en viss skjønnsmargin i det aktuelle typetilfellet, eller «bare» fordi den foreleggende domstol er i en posisjon enn EU-domstolen for å foreta vurderingen. For det annet bør nasjonale domstoler eksplisitt spørre EU-domstolen om nettopp dette.

For EFTA-domstolen er det imidlertid et problem at instruksjer til de nasjonale domstolene om å utføre en intensiv proporsjonalitetsprøving, gjerne fører til at statens advokater – med rette eller urette – hevder at EFTA-domstolen har gått lenger enn EU-domstolens praksis gir dekning for. Som vist i STX-saken reiser slike innvendinger komplekse spørsmål om forholdet mellom EU-domstolen, EFTA-domstolen og norske domstoler.

Et siste funn er at det svært ofte er uenighet mellom myndighetene og de private partene om behovet for en foreleggelse for EU-domstolen/EFTA-domstolen. Det er gjennomgående de private partene som ber om slike foreleggelse, mens myndighetene motsetter seg dette. Dette er ikke overraskende, men det tyder på at det også i det praktiske rettsliv er en oppfatning av at skepsisen til nasjonale regler som begrenser de fire friheter generelt er noe større i Luxembourg enn i nasjonale domstoler.

Om man avslutningsvis skal våge seg ut på en normativ vurdering av hvor stor frihet de nasjonale domstolene bør ha i sin anvendelse av proporsjonalitetsprinsippet, er det nærliggende å knytte an til Karin Åhmans sammenfatning av den svenske debatten:

*«I diskussionen om hur domstolarna ska hantera europarätten förekommer begrepp som lojalitet och servilitet. Frågan är om domstolarna är lojala (och mot vem) eller om de enbart är servila mot europarätten? ... Ska domstolarna (våga) stå emot en viss rättsutveckling för att hävda en svensk ordning, eller ska de "lägga sig platta" för europarätten? Med tanke på att de förväntas vara lojala mot både den svenska lagstiftaren och de grundläggande värden som denne ger uttryck för i bl.a. RF och mot den europeiska lagstiftaren är uppgiften inte lätt. Men skal europarätten utvecklas i en riktning som upplevs legitim måste också de nationella domstolarna emellanåt kunna ta nationella hänsyn inom ramen för det godtagbara.»<sup>52</sup>*

---

<sup>52</sup> Åhman, *Normprövning*, side 214.

#### Proporsjonalitetsprinsippet i de nordiske høyesteretter

Dette er i all hovedsak dekkende også for mitt syn. Og det kan tilføyes at dette synes også å være oppfatningen i Kommisjonen og ESA i tilfeller hvor man får klager fra private parter som mener at nasjonale domstoler har vært for forsiktige i sine proporsjonalitetsvurderinger – terskelen for å gå til traktatbruddssak synes i praksis noe høyere dersom nasjonale domstoler allerede har foretatt det som fremstår som en adekvat proporsjonalitetsvurdering av de aktuelle reglene.

Kan unnlatt myndighetsutøving medføre  
erstatningsansvar?

## Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?

Referent: Verkställande direktör *Clarence Crafoord*, Sverige

Koreferent: Advokat *Marius Stub*, Norge

Debattleder: Advokat *Sune Fugleholm*, Danmark

Referentens referat, se bind I s. 71–88

Koreferenten, advokat ph.d. *Marius Stub*, Norge:

### 1. Innledning

Problemstillingen i denne sesjonen er følgende: Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?

Jeg vil gjerne innlede med å takke Clarence Crafoord for hans interessante referat om emnet. Jeg vil også takke arrangørene av Nordisk juristmøte 2014, som har vært lettsindige nok til å la meg kommentere den.

Den praktiske betydningen av det spørsmålet som her diskuteres, henger nøye sammen med hvor omfattende oppgaver staten har tatt på seg. I en nattvekerstat vil det nok bare sjelden oppstå spørsmål om erstatningsansvar som følge av unnlatelser. I våre nordiske velferdssamfunn er situasjonen en annen. Hos oss har det offentlige påtatt seg mange oppgaver som forutsetter myndighetsutøving i form av regulering, kontroll eller sanksjonering. Dette gjelder ikke bare i inngrepsituasjoner, men også ved tildeling av offentlige ytelser.

Denne utviklingen har satt spor i rettspraksis. La oss ta tilsynssektoren som eksempel. For mer enn 100 år siden fikk vi de første fyrlyktdommene i Norge. Rett før første verdenskrig gikk skipet «Olav Trygvason» på grunn som følge av at et fyr blinket hvitt i stedet for rødt. Feilen skyldtes at det røde glasset foran fyrlykten ikke var satt tilbake på plass etter en inspeksjon. I Rt. 1913 s. 656 ble staten frifunnet for et krav om erstatning som følge av unnlatelsen.<sup>1</sup>

I dag finnes det en rekke spesialiserte forvaltningsorganer som håndhever reguleringslovgivningen på ulike forvaltningsområder, for eksempel Mattilsynet og Konkurransetilsynet.<sup>2</sup> Slike tilsynsorganer må løpende ta stilling til hvordan de skal legge opp sin kontrollvirksomhet, innenfor rammen av sine budsjetter og de føringer som er knyttet til bevilgningene. Det er lett å se for seg at det her vil kunne oppstå vanskelige prioriteringsspmål, for det er verken mulig eller ønskelig å kontrollere alt. I kjølvannet av prioriteringene kommer erstatningssakene: Kan staten holdes ansvarlig for å ha unnlatt å kontrollere en virksomhet som senere volder skade?<sup>3</sup>

<sup>1</sup> En annen klassiker på dette området er Rt. 1970 s. 1154 (Tiranna).

<sup>2</sup> Se nærmere Stub, *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet* (Oslo 2011) s. 32-41.

<sup>3</sup> Se til illustrasjon Rt. 1991 s. 954 (reisegaranti) og Rt. 1992 s. 453 (furunkulose).

Spørsmålet om erstatningsansvar for unnlatt myndighetsutøvelse kan også oppstå utenfor tilsynssektoren. En variant er krav om erstatning som følge av lang saksbehandlingstid.<sup>4</sup> En annen variant er krav om erstatning under henvisning til at det offentlige ikke har gjort nok for å beskytte enkeltpersoner i en barnevernssak eller i en familievoldssak. Blir barnevernet ansvarlig dersom det ikke griper inn overfor et barn hvor vilkårene for omsorgsovertakelse er oppfylt? Blir politiet ansvarlig dersom det ikke makter å verne en kvinne som til stadighet plages av sin tidligere samboer?<sup>5</sup> På en helt annen kant finner vi de erstatningsspørsmål som oppstår der staten unnlater å oppfylle sin plikt etter EØS-avtalen til å gjennomføre direktiver og forordninger, eller gjennomfører dem feil. På dette området er imidlertid rettstilstanden etter hvert blitt nokså avklart gjennom praksis fra Høyesterett og fra EFTA-domstolen.<sup>6</sup>

Synet på hvorvidt unnlater kan lede til erstatningsansvar har variert, både over tid og mellom de nordiske landene: Tidligere var man avvisende til at unnlater kunne lede til ansvar, bl.a. ut fra den tanke at av intet kommer intet («*ex nihilo nihil*»). I dag er ikke lenger det interessante spørsmålet hvorvidt unnlatt myndighetsutøvelse kan lede til erstatningsansvar, men hvilke vilkår slikt ansvar er betinget av og hvordan det nærmere skal avgrenses.

Crafoord oppstiller tre teser. Disse tesene graviterer rundt to hovedspørsmål: (1) Når foreligger det en unnlater, og (2) når er unnlater erstatningsbetingende? Han legger hovedvekten på det første spørsmålet, og drøfter dette med utgangspunkt i statenes positive forpliktelser etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK). Spørsmålet om når brudd på slike forpliktelser gir rett til erstatning, som altså er temaet i denne sesjonen, behandles bare i begrenset utstrekning, antakelig fordi han ser det slik at eventuelle brudd uten videre leder til erstatningsansvar. Men også det er et standpunkt som krever en nærmere rettslig begrunnelse.

I det følgende vil jeg knytte noen korte bemerkninger til begge spørsmål.

## 2. Når foreligger det en unnlater?

### 2.1 Oversikt

Erstatningsansvar for unnlatt myndighetsutøvelse kan rimeligvis bare komme på tale der staten har unnlatt å treffe faktiske eller rettslige tiltak som den hadde rettslig *plikt* til å foreta. Hvilke betingelser som må være oppfylt i tillegg, beror blant annet på om ansvarsgrunnlaget er subjektivt eller objektivt. Jeg kommer tilbake til det i punkt 3.

Hvilke tiltak en stat har plikt til å foreta, beror først og fremst på en tolking av de primærregler som staten er bundet av sin interne rett. I punkt 2.2 går jeg kort inn på det. I dette bildet hører naturligvis også de plikter som kan utledes av EMK. I Norge er EMK inkorporert ved lov, og skal ved motstrid gå foran andre lovbestemmelser, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Hvis Norge kommer i skade for å bryte sine positive forpliktelser etter EMK, foreligger det en unnlater som i prinsippet kan gi grunnlag for et krav om erstatning. I punkt 2.3 går jeg

<sup>4</sup> Se for eksempel Rt. 2006 s. 1519.

<sup>5</sup> I Rt. 2013 s. 588 kom Høyesterett til at staten i en slik sak hadde krenket sine positive forpliktelser etter EMK, men den tok ikke stilling til de erstatningsrettslige spørsmålene som dette reiste.

<sup>6</sup> Jeg nøyer meg her med å nevne Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I) og Rt. 2005 s. 1365 (Finanger II), som er de sentrale saker fra norsk rettspraksis. se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen: *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. Bergen 2013.

Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?

kort inn på det.

I tillegg vil det kunne utledes handleplikter av erstatningsretten, for eksempel den alminnelige culpanormen, som stiller krav til aktsom opptreden som supplerer de krav som kan utledes av primærreglene. En unnlattelse kan være uaktsom og dermed erstatningsbetingende selv om alle skrevne atferdsnormer på området er overholdt. Dette finner jeg imidlertid ikke grunn til å gå nærmere inn på her.

## 2.2 Statens aktivitetsplikt etter den interne rett

Rekkevidden av statens aktivitetsplikt etter den interne rett, vil bero på hva som følger av blant annet lovgivningen, forskriftsverket, enkeltvedtak og avtaler.

I lovgivningen finnes det mange eksempler på at staten har en aktivitetsplikt: Det fremgår for eksempel av politiloven § 12 at politiet skal "hjelp eller sørge for hjelp til syke personer som ikke er i stand til å ta vare på seg selv, når ingen pårørende eller andre ansvarlige er til stede og kan ta seg av dem". Et annet eksempel fremgår av matloven § 27. Dersom det foreligger mistanke om forhold som kan utgjøre en "fare for menneskers ellers dyrs helse", skal Mattilsynet av eget tiltak gi allmennheten informasjon dersom det.

Hvor langt statens aktivitetsplikt rekker i slike situasjoner, reiser interessante spørsmål. Når Crafoord ikke finner grunn til å forfølge dem i sitt referat, skyldes nok det at dette er alminnelige forvaltningsrettslige problemstillinger som må løses ganske uavhengig av rekkevidden av statens erstatningsansvar for eventuelle unnlattelser. Jeg vil derfor ikke forfølge dem her.

Det kan imidlertid være grunn til å understreke at det rettslige grunnlaget for å oppstille en aktivitetsplikt for staten, først og fremst må søkes i de regler som jeg her avgrenser mot. Underbetoner man den nasjonale dimensjonen, legger man et press på tolkningen av EMK som kan være uheldig.

## 2.3 Statens aktivitetsplikt etter EMK

### 2.3.1 Innledning

Det er på det rene at EMK ikke bare rommer *negative* forpliktelser til å avstå fra tiltak som vil krenke konvensjonsvernet, men også visse *positive* forpliktelser til å sikre det vern som konvensjonen gir. Disse forpliktelsene har varierende støtte i EMKs ordlyd, og de må nok først og fremst sies å være utviklet av EMD gjennom sin dynamiske tolkning av konvensjonen, bl.a. med støtte i EMK artikkel 1.

Hvor langt statenes ulike positive forpliktelser etter EMK rekker og hva de rommer, reiser generelle EMK-rettslige spørsmål som jeg ikke går inn på her. De må løses uavhengig av spørsmålet om statens erstatningsansvar for eventuelle unnlattelser.

I en erstatningsrettslig kontekst har ikke primærnormene i EMK noen større interesse enn primærnormene i den interne rett. Selv om dette skulle tilsi at vi lar det generelle spørsmålet om rekkevidden av de positive forpliktelsene helt ligge, ønsker jeg likevel å knytte én kort bemerkning til Crafoords gjennomgåelse.

### 2.3.2 Har EMK horisontal virkning i delegasjonstilfellene?

I Crafoords referat antydes det at EMK har horisontal virkning i delegasjonstilfellene. Dersom

han har rett i det, innebærer det at en privatperson som etter delegasjon utøver myndighet på vegne av staten, vil kunne bli *personlig ansvarlig* dersom han kommer i skade for å krenke en eller flere av konvensjonsrettighetene. Jeg kommer tilbake til spørsmålet om erstatningsansvar i punkt 3 nedenfor. Spørsmålet her er hvorvidt en privatperson overhodet kan sies å være bundet av EMKs positive forpliktelser.

La oss begynne med å slå fast utgangspunktet: EMK er en konvensjon mellom stater, og det er statene som er bundet av den. Enkeltindivider er rettighetssubjekter, men ikke pliktsubjekter. Konvensjonen har dermed ikke horisontal virkning. Dette ikke til hinder for at de positive forpliktelsene kan omfatte konflikter mellom private, f.eks. rene nabokrangler og fylleslagsmål. Dette er ikke et spørsmål om horisontal virkning, men om hvilke forpliktelser som hviler på staten. Noen av de eksempler Crafoord trekker frem for å underbygge sitt syn, ser ut til å falle i denne kategorien.

I situasjoner der staten delegerer myndighet til personer eller organisasjoner utenfor statsforvaltningen, og vedkommende opptrer på en slik måte at noen påføres en skade, er det klart at *statens* ansvar ikke forsvinner ved delegasjon. Staten vil være ansvarlig for eventuelle krenkelser i samme utstrekning som om skaden skyldes en offentlig tjenestemanns handlinger eller unnlater.

Den som opptrer på vegne av staten har imidlertid ikke selv gjort seg skyldig i noe konvensjonsbrudd, siden han ikke er noe pliktsubjekt etter konvensjonen.<sup>7</sup> Han kan dermed ikke bli erstatningsansvarlig på det grunnlaget, jf. neste punkt. I norsk rett er riktignok EMK inkorporert gjennom menneskerettsloven, men det leder ikke til noen annen løsning. Det er konvensjonen *som sådan* som er inkorporert i norsk rett. Menneskerettsloven gir derfor ikke grunnlag for mer vidtrekkende positive eller negative plikter enn det konvensjonen selv gir grunnlag for. Dette gjelder for øvrig ikke bare i delegasjonstilfellene, men også der den aktuelle skaden er voldt av en offentlig tjenestemann.

### 3. Når er unnlater erstatningsbetingende?

#### 3.1 Innledning

I norsk erstatningsrett finnes det ingen særlige regler om unnlater.<sup>8</sup> Det vil derfor bero på de alminnelige erstatningsrettslige reglene om staten er erstatningsansvarlig for tap som skyldes unnlatt myndighetsutøvelse. Erstatningsansvar forutsetter derfor (1) at det foreligger et ansvarsgrunnlag, (2) at skadelidte er påført et økonomisk tap (med mindre det er tale om oppreisningserstatning), og (3) at det foreligger adekvat årsakssammenheng mellom unnlatsen og tapet.

I det følgende vil jeg begrense meg til å si noe om rekkevidden av aktuelle ansvarsgrunnlag – først etter rent internrettslige regler (punkt 3.2), og deretter etter EMK (punkt 3.3).

<sup>7</sup> Slik også Rt. 2010 s. 291 avsnitt 38.

<sup>8</sup> Dette er antakelig noe av bakgrunnen for at unnlater i liten grad behandles som et selvstendig problemfelt innenfor erstatningsretten, men heller nevnes som en av flere mulige måter ansvar kan pådras på.

Kan unnlatte myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?

### 3.2 Ansvarsgrunnlag etter rent internrettslige regler

I norsk erstatningsrett gjelder det ikke noe alminnelig objektivt ansvar for uberettiget myndighetsutøvelse. Spørsmålet har lenge vært omstridt, men må antakelig anses som avklart Rt. 2010 s 291 (Vangen eiendom) avsnitt 33:

*«Ut fra den rettspraksis som foreligger, må det legges til grunn at det ikke gjelder noen generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse.»*

Dette gjelder antakelig også der det foreligger brudd på EMK, jf. avsnittene 36-39 i samme dom forutsetningsvis. De mest aktuelle ansvarsgrunnlagene ved unnlatte myndighetsutøvelse er derfor det ulovfestede organsvaret (som rammer de tilfeller der unnlatelsen tilskrives staten) og arbeidsgiveransvaret (som rammer de tilfeller der unnlatelsen i stedet tilskrives en arbeidstaker eller andre staten hefter for), jf. skadeserstatningsloven § 2-1. I begge tilfeller vil det sentrale være hvorvidt skaden er voldt forsettlig eller uaktsomt. Ved denne vurderingen må det legges vekt på hvilken aktivitetsplikt som kan utledes av de regler staten er bundet av, f.eks. positive (eller negative) forpliktelser etter EMK. Jeg nevner for ordens skyld – selv om det er trivielt – at et eventuelt brudd på slike plikter ikke i seg selv er erstatningsbetingende. Ved vurderingen av hvorvidt en unnlatelse er uaktsom, vil også subjektive forhold spille inn. En unnlatelse er bare uaktsom dersom staten selv eller noen som staten hefter for skulle ha handlet, og vedkommende kan bebreides for at det ikke ble gjort. Det siste ansvarsgrunnlaget som er det grunn til å nevne i denne oversikten, er det alminnelige culpaansvaret. Den som skulle ha handlet på vegne av staten, kan selv bli ansvarlig på culpagrunnlag. Det er imidlertid ikke så ofte at slike krav fremsettes, siden den skadelidte normalt vil velge å rette sitt krav mot det ansvarssubjekt som er mest søkegod – men mindre kravet fremsettes i sjikanehensikt.

### 3.3 Ansvarsgrunnlag etter EMK?

#### 3.3.1 EMK artikkel 41

Dersom en stat domfelles i EMD, er den forpliktet til å rette seg etter dommen, jf. EMK artikkel 46. Staten må sørge for at krenkelsen opphører, og den må om mulig gjenopprette den tilstand som forelå forut for krenkelsen («restitutio in integrum»). Det er som hovedregel overlatt til statene å avgjøre hvilke konkrete tiltak som skal treffes i den forbindelse, selv om det forekommer at EMD gir visse anvisninger.

EMD kan på nærmere vilkår i tillegg tilkjenne erstatning («just satisfaction»), jf. EMK artikkel 41. Kompetansen til å tilkjenne erstatning etter denne bestemmelsen hører alene under EMD; den utgjør altså ikke et ansvarsgrunnlag som kan påberopes direkte for nasjonale domstoler.

#### 3.3.2 EMK artikkel 13

Dersom det foreligger en krenkelse av statens positive forpliktelser etter EMK, har den krenkede krav på en «effective remedy» i nasjonal rett, jf. EMK artikkel 13. Utgjør dette et ansvarsgrunnlag som kan påberopes for nasjonale domstoler?

I tilfeller hvor erstatning er den eneste måten å reparere et konvensjonsbrudd på,



kan antakelig ansvaret forankres direkte i EMK artikkel 13, jf. f.eks. Rt. 2001 s. 428.<sup>9</sup> Et konvensjonsbrudd kan imidlertid ofte repareres på andre måter enn ved å gi erstatning. På forvaltningsstadiet vil en krenkelse som består i en unnlattelse i noen tilfeller kunne repareres ved at forvaltningen gjør det den har unnlatt å gjøre. På domstolsstadiet vil en krenkelse i noen tilfeller kunne repareres ved at retten fastslår at det foreligger et brudd på EMK.<sup>10</sup> I saker om gyldigheten av forvaltningsvedtak kan retten kjenne vedtaket helt eller delvis ugyldig, eller unntaksvis avsi realitetsdom.<sup>11</sup> Dette innebærer at retten ikke nøyer seg med å fastsette at forvaltningens vedtak er ugyldig, men at den tilkjenner den private part det han har krav på etter loven. Dersom konvensjonsbruddet kan repareres på to eller flere måter, er det som regel overlatt til statene å bestemme hvilken reparasjonsmåte som skal velges. I slike situasjoner kan man ikke godt si at EMK artikkel 13 gir den private part noe *krav* på erstatning, for «kravet» korresponderer ikke med noen tilsvarende plikt for staten.

Det finnes imidlertid enkelte sakstyper hvor kravet om «effective remedy» er tolket så snevert at det bare vil være oppfylt dersom erstatning gis, eller at det iallfall er adgang til å kreve erstatning. I *Keenan v.the United Kingdom*, som gjelder artikkel 2 og 3, uttrykkes dette slik:

*«130. The question arises whether Article 13 in this context requires that compensation be made available. The Court itself will in appropriate cases award just satisfaction, recognising pain, stress, anxiety and frustration as rendering appropriate compensation for non-pecuniary damage. The Court considers that, in the case of a breach of Articles 2 and 3 of the Convention, which rank as the most fundamental provisions of the Convention, compensation for the non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of possible remedies.»*

Tilsvarende eksempler finnes i praksis i tilknytning til EMK artikkel 6, bl.a. når det gjelder saker om kravet om rimelig tid. I slike tilfeller vil det antakelig kunne kreves erstatning av staten uavhengig av rekkevidden av de alminnelige ansvarsgrunnlagene.

#### **4. Bør statens erstatningsansvar for unnlatt myndighetsutøving være objektivt?**

Jeg vil avslutte innlegget med å reise et spørsmål: Bør statens erstatningsansvar for unnlatt myndighetsutøving være objektivt, i den forstand at staten kan bli ansvarlig selv om verken staten eller noen staten hefter for kan bebreides for at skaden inntraff?

Når det gjelder *brudd på aktivitetsplikter i den interne rett*, er det vanskelig å se at det foreligger behov for et objektivt ansvar for unnlatt myndighetsutøving. Mitt inntrykk er at organansvaret, arbeidsgiveransvaret og culpaansvaret stort sett gir krav på erstatning i de

<sup>9</sup> Et eksempel på det samme gir Oslo tingretts dom 2. juni 2014 i en sak om konvensjonsmessigheten av den norske ordningen med politiarrest, jf. TOSI.O-2013-103468. Dommen er imidlertid påanket.

<sup>10</sup> Dette skjer ofte i saker om krenkelse av uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 nr. 2. Et nokså ferskt eksempel på det gir Rt. 2014 s. 705. I sanksjonssaker vil en krenkelse dessuten kunne lede til reduksjon av den ilagte straffen eller forvaltningssanksjonen.

<sup>11</sup> At adgangen til å avsi realitetsdom er snever, fremgår av Rt. 2001 s. 995 og Rt. 2009 s. 170.

## Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?

situasjoner hvor det er rimelig at den skadelidte holdes skadesløs. Dersom utviklingen skulle vise at det på enkelte særlige områder er behov for et mer vidtrekkende ansvarsgrunnlag, kan slike regler gis så langt behovet tilsier det. I norsk rett gir reglene om voldsoffererstatning et eksempel på at en slik tilnærming kan være vellykket.

Når det gjelder brudd på aktivitetsplikter som springer ut av statenes positive forpliktelser etter EMK, har jeg allerede påvist at EMK bare i begrenset utstrekning krever at eventuelle konvensjonsbrudd gir krav på erstatning. Statene kan imidlertid velge å gi regler om erstatning som rekker lenger – men bør de det?

Det er lett å være positiv til tiltak som styrker menneskerettighetene. Slik sett kunne det være fristende å være positiv til en regel om objektivt erstatningsansvar for brudd på statenes positive forpliktelser etter EMK. La meg likevel få antyde enkelte motforestillinger.

For det første er det grunn til å minne om at de plikter det her er tale om, først og fremst er utviklet av EMD gjennom sin dynamiske tolkning av konvensjonen. Det er altså tale om plikter som har en noe løsere forankring i konvensjonsteksten – og dermed også i tilslutningsgrunnlaget for de enkelte medlemsstatene – enn de plikter som kommer direkte til uttrykk i konvensjonen. Dette har ikke bare en viss betydning for vurderingen av pliktens demokratiske legitimitet, men kan også få betydning for hvilken resonans de har i de samfunn og i de rettsystemer hvor de gjelder og i første rekke skal håndheves. En aktivitetsplikt som utgjør en nødvendig videreutvikling av den nasjonale retten i enkelte medlemsstater, kan i andre virke mer fremmede. Dette kan tale for at det bør det derfor være opp til medlemsstatene å avgjøre hvilke pliktbrudd som skal gi krav på erstatning utenfor rammen av EMK artikkel 13.

For det annet kan man spørre – på samme måte som ovenfor – om det egentlig er behov for et objektivt ansvar for brudd på statenes positive forpliktelser etter EMK. Disse forpliktelsene rammer jo først og fremst de unnlater hvor staten er å bebreide for det som har skjedd, jf. for eksempel Rt. 2013 s. 588 (stalker) avsnitt 46:

*«For det første: Politiarbeid er krevende og komplekst, muligheten for å forutse utviklingen er begrenset, og operative valg må skje innenfor rammen av fastsatte prioriteringer og ressursmessige rammer. Konvensjonen krever ikke det umulige eller uforholdsmessige. Og staten forventes ikke å avverge enhver fare for krenkelser begått av private. Men det må reageres mot reell og umiddelbar risiko som myndighetene er kjent med, eller burde være kjent med, med de tiltak som det ut fra situasjonen er rimelig å forvente. Jeg viser til Osman mot Storbritannia (storkammerdom 28. oktober 1998) (EMD-1994-23452) avsnitt 116, Kontrová mot Slovakia (dom 31. mai 2007) (EMD-2004-7510) avsnitt 50, Milanovic mot Serbia (dom 14. desember 2010) (EMD-2007-44614) avsnitt 84 og Dordevic mot Kroatia (dom 24. juli 2012) (EMD-2010-41526) avsnitt 139.»*

Dersom staten eller noen staten hefter for har opptrådt uaktsomt, vil den skadelidte som regel ha krav på erstatning etter de alminnelige ansvarsgrunnlagene i norsk rett.

Et objektivt ansvar vil først få selvstendig betydning der staten ikke er å bebreide for det som har skjedd.

Dette leder meg over til det tredje og siste poenget: Er det egentlig rimelig at staten skal kunne bli erstatningsansvarlig i situasjoner hvor den ikke er å bebreide, og hvor et ansvar heller ikke vil ha noen nevneverdig preventiv virkning?

Det kan være flere grunner til at staten unnlater å utøve myndighet. En variant er at undervurderer hvor langt EMD er villig til å strekke de positive forpliktelsene etter EMK. Når

Høyesterett har gitt anvisning på at det først og fremst er EMD som skal videreutvikle EMK gjennom sin dynamiske tolkningsstil,<sup>12</sup> er det lett å se for seg at norske myndigheter vil vurdere rekkevidden av EMK annerledes enn det EMD vil gjøre. Bør det være erstatningsbetingende å bygge på en tolkning som var korrekt på avgjørelsestidspunktet, men som senere blir erklært konvensjonstridig av EMD?

En annen variant er at staten unnlater å gripe inn fordi andre saker prioriteres høyere, og hvor det kanskje også foreligger en EMK-rettslig plikt til å gripe inn. Det vil alltid gå en grense for hvor store ressurser som kan overføres til et område uten at det går utover myndighetenes innsats på andre områder, og det vil derfor alltid måtte foretas vanskelige prioriteringer innenfor den budsjettamme som foreligger. Det er et først og fremst et politisk spørsmål hvordan statens midler skal forvaltes. Et objektivt erstatningsansvar vil legge et bånd på denne friheten, og det vil kunne tvinge staten til å omdisponere midlene til skade for andre formål som kanskje er viktigere. Dette er en form for rettsliggjøring som kan være uheldig.

Jeg stanser her. Men før jeg gir meg helt, er det fristende å minne om hva professor Mårten Schultz avsluttet sitt innlegg med under det forrige juristmøtet, hvor et lignende emne ble diskutert: «Det skulle inte förvåna mig om ämnet dyker upp på dagordningen även vid kommande Nordiska juristmöte.» Prognosen slo til i år – og den vil sikkert slå til igjen.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, advokat *Sune Fugleholm*, Danmark:

Efter debattleder Sune Fugleholms introduktion redegjorde referent Clarence Crafoord for de viktigste elementer i hans referat, herunder særligt spørsmålet om erstatningsansvar i forbindelse med statens manglende opfyldelse af menneskerettighedskonventionens positive forpligtelser. Herefter redegjorde koreferent Marius Stub for hans syn på emnet.

I den efterfølgende debat havde følgende mødedeltagere ordet: Advokat Are Stenvik, Norge; Professor Lena Sisula-Tulokas, Finland; Professor Palle Bo Madsen, Danmark; Professor Karin Åhman, Sverige, og Justitiekansler Anna Skarhed, Sverige.

Debatten vedrørte særligt spørsmålet om, hvor den nationale hjemmel for erstatningsansvar i forbindelse med statens manglende opfyldelse af menneskerettighedskonventionens positive forpligtelser kan findes, herunder om EMRK i sig selv indeholder en ansvarsnorm. Det blev diskuteret, hvor langt de nationale domstole kan og bør tilpasse national ret for at imødekomme menneskerettighedsdomstolens krav om, at krænkelser skal repareres på nationalt niveau. Flere var kritiske overfor en holdning om, at EMRK i sig selv indeholder en ansvarsnorm i national ret. Det blev heroverfor hævdet, at der på baggrund af præsumptionsprincippet må indfortolkes et ansvarsgrundlag i national ret. I den forbindelse blev det påpeget, at det på grund af erstatningsrettens dommerskabte karakter, ikke er noget problem, hvis ikke der findes en lovhjemmel i national ret. Konklusionen var, at der, selvom konventionsgrundlaget er fælles, formentlig er stor forskel på, hvor hjemmelen til erstatning ved nationale domstole kan findes i de forskellige nordiske lande.

<sup>12</sup> Se for eksempel Rt. 2000 s. 996 (Böhler), Rt. 2002 s. 557, Rt. 2005 s. 833 avsnitt 45 og Rt. 2008 s. 1861 avnitt 74.

Selskapsstyring og antikorrupsjon

## Selskapsstyring og antikorrupsjon

Referent: Økokrim- sjef *Trond Eirik Schea*, Norge

Koreferent: Advokat *Biörn Riese*, Sverige

Debattleder: Advokat *Mette Klingsten*, Danmark

Referentens referat, se bind I s. 387–99

Koreferenten, advokat *Biörn Riese*, Sverige:

Referenten ØKOKRIM-sjef Trond Eirik Schea har på ett förtjänstfullt sätt förklarat utvecklingen av standarder för antikorrupsionsarbete genom vad vi sammanfattningsvis kan kalla Corporate Governance och CSR. Referenten har också lämnat en bra beskrivning över de huvudsakliga elementen i ett antikorrupsionsprogram; något som alla företag behöver för att möta de ökande kraven inom området. De sammanfattande bakgrundbeskrivningar som Referenten lämnat ger en god bakgrund till den huvudfråga som ska diskuteras; hur företag ska ledas för att undvika korruption.

Det är lätt att ansluta sig till Referentens uttalande att korruption är bland det som man minst av allt vill uppleva i det seriösa skandinaviska näringslivet. Samtidigt kan noteras att inställningen till korruption kraftigt har förändrats över tiden. Det var inte länge sedan som en muta faktiskt var skattemässigt avdragsgill, åtminstone i Sverige. Det råd som en företagare säkert då kunde få - att låta någon annan sköta det hela men se till att få ett kvitto så att kostnaden kunde dras av skattemässigt - framstår idag som uppseendeväckande och skulle om det lämnades av en advokat säkert grunda ansvar. Det beror givetvis till stor del på att lagstiftningen ändrats, men även på en helt förändrad inställning till CSR-frågor. Vi får konstatera att synen på såväl korruption som på Corporate Governance är helt annorlunda idag än för bara tio år sedan. Det ger ytterligare en intressant dimension till vår diskussion.

### 1. Disposition

Jag har utformat mitt inlägg på följande vis. Först kompletterar jag Referentens bakgrundsbeskrivning något, för att ge en bakgrund till mina närmare kommentarer till Referentens tre teser och mina uppställda antiteser. Jag avslutar med en reflektion.

### 2. Ytterligare bakgrundsbeskrivning

I dag är de flesta överens om att korruption är skadligt vilket har drivit på utvecklingen att finna modeller för antikorrupsion. Som jag redan varit inne på har detta inte alltid varit fallet. Tvärtom, har utvecklingen fram till idag gått ganska långsamt. Företagens roll och ansvar har dock betonats alltmer över tiden. Den av Transparency International lanserade definitionen som i svensk översättning lyder att korruption är "att utnyttja sin ställning för att uppnå

otillbörlig fördel för egens eller annans vinning”<sup>1</sup> är mycket vidare än det straffbara området som är fokus i vår diskussion.

En mycket betydelsefull del i den utveckling som skett inom antikorrupsionsområdet är den amerikanska korrupsionslag-stiftningen FCPA.<sup>2</sup> Den lagen tillkom redan 1977 och bygger på en långtgående jurisdiktion för amerikanska myndigheter. Företag och andra juridiska personer riskerar både straffrättsliga och civilrättsliga sanktioner under FCPA. Det gäller även för korruption som ägt rum utanför USA. Det räcker kanske här att nämna Siemens som i en uppgörelse med Department of Justice fick betala många miljarder i kompensation för att korruption ägt rum utanför USA.

Efter det att USA under två decennier varit ensamt om att förbjuda givande av muta till utländska offentliga tjänstemän tillkom till följd av påtryckningar från USA sedermera en rad konventioner och mellanstatliga instrument i slutet av 1990-talet. Referenten har redan nämnt OECD, FN och Europarådet. I praktiken blev amerikanska företag dessförinnan drabbade av sina i förhållande till andra länder strängare regler; något som uppfattades som en konkurrensnackdel. Det kan noteras att OECD-konventionen från 1997<sup>3</sup> till stor del bygger på principerna i FCPA.

I OECD-konventionen anges<sup>4</sup> att medlemstater ska vidta nödvändiga åtgärder för att etablera ansvar för juridiska personer vid givande av muta till utländska offentliga tjänstemän. OECD konventionen kräver att påföljder för juridiska personer ska vara ”effektiva, proportionerliga och avskräckande”. Det handlar om att skapa incitament för företag att agera för att förebygga korruption.

Det straffrättsliga systemet i Sverige är uppbyggt kring individen; det är fysiska och inte juridiska personer som kan göra sig skyldiga till och straffas för brott. Sedan mitten av 1980-talet kan dock en näringsidkare i Sverige åläggas företagsbot för brott som har begåtts i utövning av näringsverksamhet. Företagsbot är tekniskt sett inte en straffrättslig påföljd, utan en särskild rättsverkan av brott. Företagsbot får nedsättas bl.a. om näringsidkaren efter förmåga försökt förebygga, avhjälpa eller begränsa de skadliga verkningarna av brottet.<sup>5</sup>

Frågan om straffansvar för juridiska personer har vid olika tillfällen varit föremål för utredning i Sverige.<sup>6</sup> Det anses att gällande svensk rätt utan direkt lagstöd innehåller principer som kan leda till ett individuellt straffansvar vid brott som begås inom en juridisk person; ett s.k. företagaransvar. Med företagaransvar avses normalt det straffrättsliga ansvar som en företagare kan drabbas av till följd av underlåtenhet att utöva tillsyn och kontroll över sin verksamhet. I praktiken anses en företagare ha en straffrättsligt sanktionerad skyldighet att förhindra att brott begås i näringsverksamheten.<sup>7</sup>

Till följd av internationella krav att juridiska personer ska kunna göras ansvariga för brott begångna i verksamheten i kombination med en begränsad tillämpning av företagsboten, tillsattes 1995 den svenska Företagsbotsutredningen.<sup>8</sup> Den föreslog att företagsboten skulle

1 Transparency Internationals Sverige översättning av Transparency Internationals definition av korruption som ”abuse of entrusted power for personal gain”.

2 The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, a United States federal law.

3 Convention On Combating Bribery Of Foreign Public Officials In International Business Transactions,

4 Art 2.

5 För fullständighetens skull kan även nämnas att utöver företagsbot finns enligt svensk lag en möjlighet att förverka utbyte av brott enligt 36 kap 1 § BrB och att ytterligare sanktioner som diskvalificering vid offentliga upphandlingar och näringsförbud för ett företags företrädare kan följa på brott.

6 Se bl.a. SOU 1997:127 Företagsbotsutredningen och Ds 2001:69.

7 Se Lex. NJA 1985 s. 43.

8 SOU 1997:127 Straffansvar för juridiska personer

ersättas med ett straffansvar för juridiska personer, där ett företag skulle kunna dömas till ett penningstraff.<sup>9</sup> Även om många remissinstanser var positiva, kritiserades förslaget utifrån att det inte tillräckligt hade utretts om systemet med företagsbot, som hade kommit att tillämpas relativt sällan,<sup>10</sup> i stället skulle kunna effektiviseras. Som en följd av detta utarbetades inom Justitiedepartementet en promemoria där frågan ytterligare bereddes.<sup>11</sup>

Den svenska regeringens bedömning<sup>12</sup> var sammanfattningsvis att det inte fanns tillräckliga skäl att lagreglera företagaransvaret. Företagsbot utgör alljämt en särskild rättsverkan av brott. Såvitt avser det då höjda maximibeloppet på 10 miljoner kr<sup>13</sup> uttalade regeringen att det får "anses tillräckligt betydande för att utgöra en reell sanktion även i förhållande till stora, multinationella företag."<sup>14</sup> Detta belopp utgör alljämt taket för företagsboten i Sverige.

En absolut majoritet av de 34 OECD-länderna, inklusive de övriga nordiska länderna,<sup>15</sup> har infört ett straffrättsligt ansvar för juridiska personer.<sup>16</sup> Sverige<sup>17</sup> är ett av de få länder som valt att inte göra det. Även om OECD:s krav endast inkluderar ett effektivt företagsansvar för korruptionsbrott, har de flesta länder som infört ansvarsbestämmelser infört ett generellt straffrättsligt ansvar för företag, dvs. även för andra brott än korruptionsbrott. I många länder i Europa kan företag dömas till straffrättsliga påföljder i form av böter till belopp som är avsevärt högre än den svenska företagsbotens maximala belopp. Även de övriga nordiska länderna har infört ett sådant straffrättsligt ansvar.

OECD:s Working Group on Bribery<sup>18</sup> konstaterade i en rapport 2012<sup>19</sup> att i ljuset av bl.a. uppgifter i media, storleken på de svenska företagen och deras internationella verksamhet signalerar avsaknaden av ingripanden mot företag till följd av korruption att det svenska systemet inte fungerar. Sammanfattningsvis rekommenderade WGB i sin rapport att Sverige ska ändra regelsystemet kring företagsboten för att säkerställa att lagföring kan ske, öka insatserna för att utreda påstådd korruption utanför Sverige, vidta erforderliga åtgärder för att sanktionera korruptionsbrott och höja bötesnivån för företag från 10 miljoner kr som inte bedöms uppfylla kravet att påföljder för företag ska vara "effektiva, proportionerliga och avskräckande".

I ljuset av den beskrivna utvecklingen kritiserades såväl Storbritannien som Sverige av WGB och GRECO<sup>20</sup> för att till skillnad mot andra länder inte agera mot korruptionsbrott utanför sina respektive länder. Som en effekt av detta tillkom 2010 UK Bribery Act som stipulerar ett straffrättsligt ansvar för företags och individers korruptionsbrott både i Storbritannien och utomlands. Genom UK Bribery Act tillskapades ett straffrättsligt presumtionsansvar för företag som misslyckas med att förebygga givande av muta. Modellen känns igen från internationella konventioner.

9 S.k. företagsböter

10 Ds 2001:69 s. 35 ff.

11 Ds 2001:69.

12 Prop. 2005/06:59 s.56.

13 Att jämföra med tidigare tre miljoner kr och i SOU 1997:127 föreslagna fem miljoner kr.

14 Prop. 2005/06:59 s.33.

15 Se den *norska straffeloven* 1902 § 28, den *danska Strafflagen* § 25 -27, *Iceland General Penal Code, Act No. 19 of 12 February 1940* §19b och den *finska Strafflagen* 9 kap. 1 - 5 §§.

16 OECD - The Phase 3 Reports [www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention)

17 Tillsammans med Grekland, Tyskland, Tjeckien och Turkiet.

18 WGB

19 The Phase 3 Report on Sweden by the OECD Working Group on Bribery, June 2012.

20 Gruppen av stater mot korruption (GRECO).

Genom den lagändring som trädde i kraft i Sverige den 1 juli 2012 utifrån samma bakgrund, tillkom flera nya brott bl.a. vårdslös finansiering av mutbrott.<sup>21</sup> Genom vårdslöshetsbrottet kan de situationer då företag använder sig av mellanmän för att begå korruptionsbrott beivras. Bestämmelsen innebär att oaktasam medverkan till mutbrott för första gången straffbelagts i Sverige.

Så sent som i augusti 2014 konstaterade OECDs WGB i en ny rapport<sup>22</sup> att Sverige har gjort stora framsteg sedan den granskning som skedde 2012. De ingripanden som skett mot svenska företags korruption i utlandet har särskilt uppfattats som positivt. Samtidigt kvarstår kritiken mot det låga beloppet på den svenska företagsboten liksom utformningen av denna. Den svenska regeringen har meddelat att avsikten är att under hösten 2014 tillsätta en utredning som ska se över dessa frågor.

I Sverige och Norden har vi en lång tradition av självreglering t.ex. inom Corporate Governance.<sup>23</sup> Institutet mot mutor, IMM:s Näringslivskod<sup>24</sup> är ett ytterligare svenskt exempel på sådan reglering. IMM, som är en ideell näringslivsorganisation inrättad redan 1923, har sedan institutet bildades verkat för självreglering som medel att bekämpa korruption i samhället. Den s.k. Näringslivskoden skapades samtidigt som den nya svenska mutbrottslagstiftningen trädde i kraft 2012 och är tänkt som ett komplement till lagstiftningen. I kodarbetet har hänsyn tagits till de regelverk som tidigare tagits fram av olika organisationer, t.ex. OECD, ICC, Transparency International liksom IMM:s egen tidigare kod. Det intressanta är att koden är avsedd att vara strängare än straffbestämmelserna. Som ett komplement till koden finns därutöver IMM:s Etiknämnd som genom uttalanden och utlåtanden ska verka för god sed inom Näringslivskodens område. Utgångspunkten är att om ett företag följer koden så ska företaget, dvs. i praktiken dess ledning, vara på den säkra sidan. Koden är en intressant produkt i så motto att lagstiftaren först anger en nivå och sedan välsignar en kod som byggt in en viss buffert i förhållande till vad som är straffbelagt. I praktiken leder den modellen rimligen till att tillämpningen blir strängare än lagens föreskrift.

Den rättsutveckling som nu beskrivits innebär att risk-exponeringen för företag som är involverade i korruption ökat markant såväl nationellt som internationellt. Som Referenten angivit är ett skräddarsytt Compliance Program nödvändigt för att manifesteras att ett företag och i praktiken dess ledning, gjort vad man kan för att brott ska undvikas och därigenom minska denna exponering. För att mota ett presumtionsansvar i UK Bribery Act eller risken för att hamna i ett straffansvar för vårdslös finansiering enligt den svenska lagstiftningen, måste företagen arbeta med robusta antikorrupsionsprogram. Då handlar det inte längre om att bara publicera en policy på hemsidan, utan om ett synsätt som måste genomsyra hela organisationen.

Även om det tagit tid, har lagarna som ska stävja korruption således skärpts både internationellt och nationellt. Minst lika viktigt är enligt min mening även effekten av att omgivningens krav har förändrats kraftigt; att lagstiftning och den gängse uppfattningen drar åt samma håll. Jag tycker att man kan se två tydliga trender som driver åt det hållet

För det första: Förväntningar byggs upp av allmänna moraluppfattningar som framförs från olika håll med eller utan stöd i lag, inte minst av media.

För det andra: Erfarenheten visar att den negativa effekten kan bli lika stor när ett företag bryter mot etablerade förväntningar som när man bryter mot lag. Även om ett beteende

21 10 kap. 5 e § BrB.

22 The follow-up to the Phase 3 Report on Sweden by the OECD Working Group on Bribery, August 2014.

23 Se vidare nedan.

24 [www.institutetmotmutor.se](http://www.institutetmotmutor.se)



inte är straffbart, kan det leda till en betydande badwill för det inblandade företaget.

Dessa trender skapar i sig ett tryck även vid internationella affärer som verkar tillsammans med de lagändringar som sker. De leder även till ett markant ökat intresse för dessa ansvarsfrågor från företagsledningar, styrelser och aktieägare.

Jag har tidigare nämnt IMM:s Näringslivskod som ett exempel på självreglering.<sup>25</sup> Ett annat närliggande exempel är den svenska koden för bolagsstyrning som från den 1 juli 2008<sup>26</sup> omfattar alla svenska bolag vilkas aktier är upptagna till handel på en svensk reglerad marknad.<sup>27</sup>

I korthet kan den internationella utvecklingen inom Corporate Governance-området beskrivas på följande sätt.<sup>28</sup> Medan den europeiska utvecklingen inom bolagsstyrningsområdet skett genom koder för bolagsstyrning var detta inte fallet i USA. Där infördes från 80-talet och framåt olika tvingande riktlinjer genom de amerikanska börserna och en alltmer utbyggd amerikansk lagstiftning, t.ex. Sarbanes-Oxley Act som trädde i kraft 2003. Den numera vanligt förekommande metoden att bygga en kod på "comply or explain- modellen" introducerades i början av 1990-talet genom den brittiska Cadbury-rapporten. Under senare delen av 1990-talet tillkom därefter nationella bolagsstyrningskoder i många länder. Den första nordiska koden, som introducerades i Danmark 2001, följdes sedan av koder i de övriga nordiska länderna.

Corporate Governance-modellen i de nordiska länderna är i huvudsak baserad på nationella bolagslagar och därtill hörande lagar, EU-regleringar, börsregler samt bolagskoder. Fram till mitten av 1900-talet präglades lagstiftningsarbetet av en strävan att harmonisera lagstiftningen i Norden. Situationen förändrades dock när Danmark<sup>29</sup> och sedermera Finland och Sverige<sup>30</sup> gick med i EU. Island och Norge implementerar också EU-lagstiftning som en följd av EEA-avtalet. Sammantaget finns det en hel del likheter när det gäller bolagsstyrningsfrågor mellan de nordiska ländernas aktiebolagslagar, men också betydelsefulla skillnader till följd av en historisk utveckling. Frågan är nu dessutom om och hur de nordiska ländernas tradition inom bolagsstyrningsområdet ska kunna bevaras i ljuset av EU-samarbetet.

Ett betydande antal rekommendationer och direktiv inom bolagsstyrningens område har utfärdats av EU-kommissionen och implementerats genom lagstiftning i medlemsstaterna. Utgångspunkten i den av EU 2003 utarbetade handlingsplanen för bolagsrätt och bolagsstyrning var att medlemsstaterna skulle införa nationella koder för bolagsstyrning utifrån varje lands egen lagstiftning och förutsättningar istället för att verka för en total harmonisering. I slutet av 2012 kom EU-kommissionens sedan länge diskuterade uppdatering av planen.<sup>31</sup> Avsikten är att den nya planen ska ligga till grund för EU-kommissionens fortsatta insatser för ökad harmonisering av bolagsrätten och bolagsstyrningen inom EU under överskådlig tid framöver. Den hade föregåtts av flera års arbete och diskussioner bl.a. utifrån kommissionens grönbok om bolagsstyrning i EU från 2011.

Efter finanskrisen har EU-kommissionen ansett att det till följd av bristande bolagsstyrning i vissa banker bör införas enhetliga och detaljerade regler för samtliga europeiska

25 Ofta hänvisat till som "soft law".

26 En reviderad version av koden gäller från den 1 februari 2010.

27 Reglerade marknader i Sverige är för närvarande Nasdaq OMX Stockholm och NGM Equity.

28 Kollegiet för svensk bolagsstyrning - [www.bolagsstyrning.se/bolagsstyrning/bolagsstyrningens-utveckling](http://www.bolagsstyrning.se/bolagsstyrning/bolagsstyrningens-utveckling).

29 EC 1970

30 1995

31 Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies.

börsföretag; således en utveckling mot en utökad lagreglering och mindre självreglering.<sup>32</sup> Förslaget har rest invändningar från nordiskt håll. Den Svenska StyrelseAkademien, Directors' Institute of Finland och danska styrelsenätverket Board Network förenade sig helt nyligen<sup>33</sup> i ett gemensamt uttalande<sup>34</sup> under rubriken "Nordic Call for Action: Försvara den nordiska bolagsstyrningsmodellen" där de anförde bl.a. att "EU:s favorisering av de stora medlemsländernas modeller för bolagsstyrning riskerar att skada vår möjlighet att styra nordiska företag." De uppmanar politiker och tjänstemän i EU, men också de svenska, finska och danska regeringarna, att "stå upp för principerna i nordisk bolagsstyrning."

Inom Corporate Governance talar man som bekant om två olika teorier; Shareholder Value och Stakeholder Value. Den allmänna principen i den svenska aktiebolagslagen är att det enda målet för bolaget är att skapa värde för aktieägarna; ett renodlat Shareholder Value synsätt. Aktiebolagslagen innehåller inga skyldigheter att engagera sig i CSR-frågor. Den svenska koden för bolagsstyrning ger - som Referenten påpekar - en tydlig och principbaserad norm för god bolagsstyrning i svenska börsbolag. Den anger dock endast att styrelsen ska "definiera riktlinjer för hur bolagets etiska regler ska efterlevas".<sup>35</sup> Även om ytterligare riktlinjer inom detta område kommer att komma in i koden framöver, baseras synsättet på Shareholder Value; inte Stakeholder Value.

Till syvende och sist är, som Referenten också är inne på, det avgörande att det finns en "tone from the top". Det måste börja hos styrelsen eller till och med hos aktieägarna. Det måste finnas en balans mellan krav och incitament. Kanske har de senaste årens skandaler visat att regelefterlevnad är lönsamt. Inget företag vill bli uthängt eller betala höga böter. Att slippa det skapar shareholder value likväl som stakeholder value. Samtidigt finns röster som hävdar att det bör finnas betydligt djupare skäl än lönsamhet för att fokusera på CSR-frågor. Är det då egentligen någon skillnad mellan shareholder value och stakeholder value i praktiken? Det är en fråga som kan diskuteras.

### 3. Kommentarer och antiteser till av Referenten uppställda teser

Utifrån vad jag nu anfört skulle jag avslutningsvis vilja kommentera Referentens tre teser genom att ställa upp antiteser. Jag kan redan nu förutskicka att jag kommer att misslyckas vid mitt första försök.

Referentens Tes Nr 1 – Företagen bör följa upp antikorrupsionsprogrammen bättre

Antites till Tes Nr 1 – Det är i och för sig enkelt att språkligt ställa upp en antites till Tes Nr 1 genom att hävda motsatsen. Att hävda att företagen inte ska följa upp antikorrupsionsprogrammets implementering och efterlevnad bättre ter sig dock svårt i ljuset av de senaste årens rättsutveckling och ökade krav därutöver. Ett fullgott antikorrupsionsprogram förutsätter - förutom en vettig utformning av en policy - såväl implementering som efterlevnad liksom uppföljning i en kontinuerlig process utan slut. Erfarenheten har visat att det i fall då en korrupsionsskandal inträffat ofta funnits en mer eller mindre bra policy, men att problemet varit att denna inte tillräckligt har implementerats; kanske än mindre efterlevts och följts upp.

32 Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om ändring av direktiv 2007/36/EG vad gäller uppmuntrande av aktieägares långsiktiga engagemang och direktiv 2013/34/EU vad gäller vissa inslag i årsberättelsen om företagsstyrning. COM(2014) 213 final, 2014/0121 (COD).

33 Den 13 juni 2014.

34 [www.styrelseakademien.se](http://www.styrelseakademien.se)

35 De flesta är nog överens om att det även betyder att efterlevanden av dessa ska följas upp.

Anti-korrupsjonsfråga og programmet kan inte behandlas isolerat utan måste utgöra en integrerad del i bolagsstyringen og aktivt involvera de olika bolagsorganen. Vid utformningen av ett antikorrupsjonsprogram måste utöver risken att begå lagbrott även en rad andra risiker i verksamheten beaktas utifrån en interessentmodell, t.ex. sikkerhetsrisiker for anställda samt politiska, finansiella og mediala risiker. Utöver att vara medveten om dessa risiker, behöver en företagsledning ta ställning till hur og av vem de ska hanteras i den löpande verksamheten. Även om en policy är en bra början, så har i ljuset av detta många nordiska företag en hel del arbete kvar innan de kan hävda att de har ett fullgott antikorrupsjonsprogram på plats.

Referentens Tes Nr 2 – Rekommendationerna for god bolagsstyring bör vara gemensamma for Norden

Antites till Tes Nr 2 – I ljuset av den pågående utvecklingen inom EU är gemensamma rekommendationer av mindre betydelse än samsyn kring möjligheten till fortsatt självreglering i Norden.

Av den utökade bakgrundsbeskrivningen framgår att det finns likheter, men också skillnader mellan de nordiska ländernas aktiebolagsrätt. Skillnaderna när det gäller inte lagreglerade bolagsstyringsfrågor är mindre. En anledning är givetvis en kraftig påverkan av den internationella utvecklingen inom området. Den utvecklingen fortsätter og är i sig bra. Den gynnar internationella investeringar i Norden; något som framstår som betydelsefullt for vår del av världen. Den utveckling som nu drivs av EU kommissionen og som i praktiken minskar utrymmet for självreglering enligt en långvarig nordisk tradition är däremot inte av godo. Den bygger inte på de rättstraditioner varpå den nordiska aktiebolagsrätten og bolagsstyringen hittills har vilot. Mot denna bakgrund framstår en gemensam nordisk hållning kring bevarandet av möjligheten till självreglering mer betydelsefull än en samordning av rekommendationerna for bolagsstyring inom de nordiska länderna.

Referentens Tes Nr 3 – Alla nordiska länder bör ha straffansvar for företag avseende korrupsjonsbrott

Antites till Tes Nr 3 – Det avgörande är att påföljderna for juridiska personer ska vara effektiva, proportionerliga og avskräckande; inte vilket etikett som åsätts påföljden. Det framstår däremot som lämpligt att påföljden beloppsmässigt samordnas bättre.

I enlighet med OECD konventionen ska påföljderna for juridiska personer vara effektiva, proportionerliga og avskräckande. När den svenska företagsboten infördes var det maximala beloppet satt till 3 miljoner kr for att sedermera ändras till 10 miljoner kr. Oavsett vilken etikett som åsätts påföljden, kan konstateras att detta belopp knappt tio år senare framstår som mycket lågt vid en jämförelse av möjliga ansvarspåföljder såväl inom som utanför Norden. Det finns goda skäl att höja det beloppet i linje med WGBs påpekande.

#### 4. Avslutning

En verksamhet baserad på korrupsjon har rimligen också andra problem utöver de risiker som följer av korrupsjonen. De regler som ska förhindra korrupsjon utgör endast en del av alla regelsystem som ett företag behöver förhålla sig till. Vad talar for att ett företag som inte följer korrupsjonslagstiftningen eller, for den delen, sina egna policies skulle följa alla andra regler t.ex. om kvalitet eller sikkerhet? Företagsledningar og styrelser kan inte bortse från att kraven från interessenter på regelefterlevnad har ökat inom alla områden. Från att ha varit den sista punkten på agendan som man inte alltid hann med i styrelsearbeidet, står nu CSR-frågora högst

upp. Det är en lovande utveckling.

Jag avslutar med ett träffande citat:

«Leaders need to know the rules, and to avoid the temptation to work around the rules. This is not only ethics; it is sound management. The leader can focus on building a business, or on playing games. But probably not on both.»<sup>46</sup>

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, advokat *Mette Klingsten*, Danmark

*Referenten*, Økokrimchef *Trond Eirik Schea*, åbnede mødet og indledte med at oplyse, at temæet for mødet ville være udviklingen af normer for antikorrupsion gennem corporate governance og corporate social responsibility, og enkelte internationale og nationale standarder og anbefalinger for selskabers tiltag for at modvirke antikorrupsion (anti-korrupsionsprogrammer).

Ud fra et corporate governance-perspektiv har virksomhedsledelsen en helt central rolle og et vigtigt ansvar for virksomhedens antikorrupsionsindsats. Foruden ansvaret for at overvåge og ansvaret for intern kontrol og risikostyring (som også omfatter overholdelse af love og etiske retningslinjer) har ledelsen en vigtig funktion ved at fastsætte fremgangsmåden for anti-korrupsionsprocesserne.

Herefter fik koreferenten, advokat *Biörn Riese*, ordet, og takkede indledningsvis for referentens klare fremstilling af emnet samt for den udmærkede beskrivelse af hovedelementerne i et antikorrupsionsprogram. *Biörn Riese* oplyste, at alle vil skulle imødekomme de stigende krav inden for dette område.

*Biörn Riese* redegjorde for, at korrupsion er blandt det, som man mindst af alt vil se i det seriøse nordiske forretningsliv. Samtidig kan det noteres, at indstillingen til korrupsion har ændret sig meget i de senere år.

I forhold til referentens tre teser havde koreferenten følgende bemærkninger.

For så vidt angår *Tese 1* om, at virksomhederne bør forbedre deres opfølgning på antikorrupsionsprogrammer, bemærkede *Biörn Riese*, at det er svært at hævde, at virksomhederne ikke skal følge op på antikorrupsionsprogrammernes implementering og at efterleve disse. Et komplet antikorrupsionsprogram forudsætter – foruden en omhyggelig udformning af en politik på området – såvel implementering samt efterlevning og opfølgning i en kontinuérlig proces.

I forhold til *Tese 2* om, at anbefalingerne for god selskabsledelse bør være ens i Norden, bemærkede *Biörn Riese*, at der findes ligheder, men også forskelle mellem aktieselskabslovene i de nordiske lande. Årsagen hertil er givetvis en kraftig påvirkning af den internationale udvikling på området, som givetvis vil fortsætte, hvilket er godt. Udviklingen bygger ikke på de retstraditioner, hvorpå aktieselskabsloven og selskabsledelse er grundlagt. Det er efter *Biörn Rieses* vurdering rigtigere at have en fælles nordisk holdning til bevarelsen af muligheden for selvregulering snarere end en samordning af anbefalingerne for god selskabsledelse de nordiske lande imellem.

36 Management in Complex Environments: Questions for Leaders. NIR Näringslivets Internationella Råd 2014.

I forhold til *Tese 3* om, at sanktioner ved overtrædelse af reglerne skal være effektive, proportionale og afskrækkende, bemærkede Biörn Riese, at dette ikke synes at være tilfældet i Sverige, når det kommer til juridiske personers strafansvar. Da bøden for overtrædelse blev introduceret, var det maksimale beløb sat til 3 mio. kr., for senere at blive ændret til 10 mio. kr. Uanset hvordan konsekvenserne defineres, kan det konstateres, at dette beløb knap 10 år senere fremstår meget lavt ved sammenligning med mulige ansvarskonsekvenser såvel i Norden som uden for Norden. Der er gode argumenter for at hæve beløbet.

Efter referentens og koreferentens indlæg, der blev vel modtaget i forsamlingen, var der debat i salen, under ledelse af debatleder, advokat *Mette Klingsten*. I den forbindelse debatteredes korrupsion i forhold til shareholder og stakeholdervalue. Der var en generel drøftelse vedrørende shareholder og stakeholder value i Norden. Det blev nævnt, at en virksomhed kan vælge at tilgodese samtlige sine interessenter, selv om den derved risikerer, at overskuddet til aktionærer derved eventuelt reduceres. I besvarelse af, hvilke stakeholders, der kunne være relevante at se på, blev det nævnt, at stakeholders i klassisk forstand omfatter både myndigheder, kunder, ansatte, NGO'er, medier, leverandører, fagforeninger og finansmarkeder. Debattører fra salen nævnte, at nordiske virksomhedsledere formentlig i vidt omfang har et moralkodeks, der indebærer, at de også af den grund ikke ønsker, at de virksomheder, som de er ledere af, bliver involveret i korrupsionssager.

*Johan Gernandt* fra advokatfirmaet Vinge nævnte, at han er formand for Transparency International i Sverige. Johan Gernandt bekræftede, at det oversigtskort, der blev vist i forbindelse med introduktionen og som viser udbredelsen af korrupsion i verdens lande, er retvisende. Johan Gernandt var enig i, at der ikke er megen korrupsion i Norden, men problemet opstår i samhandel med eksempelvis BRIC-landene (Brasilien, Rusland, Indien og Kina), således som det blev nævnt i introduktionen til emnet. Johan Gernandt oplyste, at nogle virksomheder er meget raffinerede, når det drejer sig om at kamuffere bestikkelse (og muligvis også hvidvask), idet det undertiden ses, at bestikkelse betales som en del af det forligsmæssigt aftalte beløb på basis af et klageskrift eller en stævning.

Det blev debatteret, at holdningen til korrupsion i løbet af få år har ændret sig og at der er sket en betydelig udvikling indenfor de sidste bare 10-15 år i forhold til bekæmpelse af bestikkelse. Bestikkelse var fradragsberettiget i Danmark indtil 1999 og det samme var tilfældet i Sverige, mens vi i dag drøfter antikorrupsionspolitikker, bødestraffe og whistleblowerordninger.

*Carine Smith Ihenacho* fra Statoil oplyste, at de hos Statoil gør et stort arbejde i forhold til bekæmpelse af bestikkelse. Eksempelvis har man 15 fuldtidsansatte medarbejdere, der udelukkende beskæftiger sig med antikorrupsion og et større antal medarbejdere, der beskæftiger sig med emnet på deltid. Det var desuden Carine Smiths opfattelse, at man bør arbejde aktivt med selvregulering i virksomhederne. På forespørgsel fra Carine Smith bekræftede *Trond Eirik Schea*, at det var hans opfattelse, at hvis et selskab havde gjort alt hvad der var muligt i forhold til at forebygge bestikkelse, var det hans vurdering, at norske domstole ikke vil finde, at der er grundlag for at pålægge selskabet en bøde eller andre sanktioner. Der foreligger midlertidig ikke norske afgørelser, der tager stilling til dette spørgsmål.

*Trond Eirik Schea* oplyste, at de fleste af de sager, som ØKOKRIM har behandlet om bestikkelse, var kommet ind via pressen. Debattører fra salen oplyste, at der også var en del sager, der var en konsekvens af selvanmeldelse fra virksomhedernes side. Det drøftedes kort, om virksomheder kunne få en vis rabat, såfremt de selv anmelder sig i lighed med hvad der gælder i kartelsager.

*Christina Ramberg* fra Stockholm Universitet oplyste, at der efter hendes vurdering havde været en sneboldeffekt i forhold til virksomhedernes eget forsøg på at bekæmpe korrupsion. Hun er derfor indtil videre tilhænger af virksomhedernes selvregulering, snarere end detaljerede lovregler.

Det drøftedes kort, om obligatoriske whistleblower-ordninger kunne være en måde at få meddelelse om mulig bestikkelse. Dette har man set på andre områder, f.eks. i den finansielle sektor. *Biörn Riese* oplyste, at der i Sverige nok er en vis modvilje mod at stole på whistleblower-ordninger, og derudover kunne der være en række persondataretlige spørgsmål, som man også skal tage højde for. *Biörn Riese* gav udtryk for, at mange måske ville være tryggere ved, under kildebeskyttelse, at tale med en journalist end at udnytte et internt whistleblower-system. Endvidere henviste *Biörn Riese* til de erfaringer, som man har gjort sig i USA, hvor whistleblowere belønnes med store beløb for at anmelde ureglementeret adfærd. *Biörn Riese* gav udtryk for, at han ikke fandt det hensigtsmæssigt at indføre et sådant system i Norden.

Når bør man varetektsfengsle?

## Når bør man varetektsfengsle?

Referent: Statsadvokat *Jens Røn*, Danmark  
Koreferent: Överåklagare *Katarina Johansson Welin*, Sverige  
Debattleder: Advokat *Guðrún Sesselja Arnardóttir*, Island

Referentens referat, se bind I s. 371–385

Koreferenten, överåklagare *Katarina Johansson Welin*, Sverige:

Jens Røn har på ett utmärkt sätt gått igenom reglerna för häktning, olika hänsyn som måste tas samt viss jämförande statistik mellan de nordiska länderna.

Det finns skillnader mellan ländernas lagstiftning men också gemensamma grundprinciper.

Det har även i Sverige förekommit en debatt om detta med långa häktningstider särskilt i de ärenden där häktningstiderna varit väldigt långa.

Häktning är ett kraftigt tvångsmedel som staten kan använda. I flera fall läggs även restriktioner till som kan innebära långvarig isolering så till vida att kontakterna med andra är minimala och övervakas i flera fall. Vi ska inte debattera restriktionsfrågan här idag men detta är en aktuell fråga i Sverige och vi har tidigare fått kritik av olika internationella organ för vår användning av restriktioner, särskilt då de kombineras med långa häktningstider.

Lagstiftaren drar upp ramarna för när vi kan använda oss av häktning, men det är sedan vi praktiker som gör bedömningarna och fattar besluten. Det innebär en balans mellan effektivitet och integritet. Det är ibland svåra bedömningsfrågor som man som åklagare ställs inför. Häktning ska inte tillgripas om det inte finns tillräckliga behov och proportionalitet.

### Häktning bör begränsas

Jens Røn anger som en av sina teser att användningen av häktning bör begränsas i så stor utsträckning som möjligt. Det är absolut en riktig utgångspunkt, tvångsmedel ska användas restriktivt. Jag vill dock föra fram vikten av att man som åklagare inte får vara rädd för att använda detta tvångsmedel när det finns behov av det och välja bort det i de fall där integriteten för den misstänkte måste ställas åt sidan. En begränsning av användandet av häktning får inte gå så långt att vi bäddar för en osäkerhet bland åklagarna och en återhållsamhet som gör att man värderar den misstänktes integritet och proportionaliteten för högt i förhållande till hänsyn som att lagföra de som begått brott och hänsyn till målsäganden. Detta är svåra bedömningsfrågor där åklagarna behöver vägledning.

Lagstiftaren har angett olika förutsättningar som måste vara uppfyllda för att vi ska kunna använda oss av häktning. Detta är en vägledning för åklagarna men kan också ses som en begränsning från lagstiftarens sida. Alternativet hade varit att ge praktikerna mer fria tyglar och enbart ha vissa principer som behov och proportionalitet som ramar. Det hade enligt min bedömning skapat osäkerhet och brist på förutsebarhet. Då häktning är ett så kraftigt tvångsmedel och innebär ett frihetsberövande så är det viktigt att lagstiftaren anger reglerna



och förutsättningarna för att få använda det. Dessa regler måste också vara tydliga för var och en. Det är viktigt för ett rättssamhälle med tydlighet när det gäller tvångsmedel, när det får användas och vem som får besluta. Det är inte åklagaren som fattar häktningsbeslutet, men då det är åklagaren som beslutar i vilka ärenden som en häktningsframställning ska göras så är det åklagaren som avgör vilka ärenden som ska inför domstolens bedömning.

Den första förutsättningen är brottets allvar. Jag tror att vi har det gemensamt att vi inte använder häktning i normalfall för ringa brott. I Sverige så får vi inte använda oss av häktning i normalfall om påföljden kan antas bli böter. Det är en rimlig nivå då det inte kan anses proportionerligt att ta till frihetsberövande för brott som enbart ger påföljden böter.

Sen har vi misstankegraden. Den anges olika i olika länder. Jens Rön har beskrivit hur det är i Danmark med begrundet misstanke. I Sverige anges skäligen misstänkt eller på sannolika skäl misstänkt. Det normala är sannolika skäl då skäligen misstänkt, som är den lägre misstankenivån, enbart kan innebära häktning i en vecka för det fall utredningen under den tiden kan stärka misstankenivån. Redan här ser man att åklagaren måste göra en noggrann bedömning av misstankegraden och ska kunna redogöra för den inför domaren. Det innebär en form av begränsning då ärenden med för svag misstankegrad i det läget inte går till häktning. Det är också en viktig princip att misstanken ska vara av en viss grad för att staten ska kunna tillgripa ett frihetsberövande.

Slutligen har vi de särskilda häktningsgrunderna recidivfara, flyktfara samt kollusionsfara som också ska vara uppfyllda, något av dem eller några i kombination. Det kommer ovanpå efter det att brottet och misstankenivån är uppfyllda. För det fall vi inte skulle ha dessa särskilda häktningsgrunder så skulle väldigt många misstänkta komma att frihetsberövas och det är inte tanken bakom tvångsmedlet.

Jens Rön har därtill redogjort för behovet av häktning vid särskilt allvarliga brott med stark misstankegrad. Det var en intressant beskrivning av bakgrunden till detta instrument i Danmark. I Sverige har vi också särskilda regler för särskilt allvarliga brott, men som jag förstått det så skiljer sig här reglerna åt i Danmark och Sverige. Vi skiljer inte här på misstankegraden utan det som ska vara uppfyllt är att brottet ska ha lägst två år i straffskalan, det vi kallar två års brotten. Det som skiljer dessa ärenden från häktning för andra brott som inte når upp till dessa två år, är att vi här presumerar att häktning ska ske. Vi presumerar att det föreligger recidivfara, flyktfara och kollusionsfara och domstolen ska alltså utgå från att det föreligger om inte utredningen visar på motsatsen. Ibland kan man höra begreppet obligatorisk häktning och det beror på att det i praktiken i de allra flesta fall innebär att den misstänkte blir häktad. De brott vi pratar om är t.ex. mord, mordbrand, våldtäkt och grovt narkotikabrott. Det är allvarliga brott där det skulle vara stötande om den misstänkte skulle vara fri under utredningstiden. Då det föreligger presumtion för häktning har inte åklagaren samma hänsyn att ta ställning till vid sin bedömning.

För min del så anser jag att utgångspunkten ska vara att undvika häktning och enbart ta till det tvångsmedlet när det finns behov och hänsyn är tagen till proportionaliteten, men att det samtidigt finns vissa brott där dessa hänsyn inte är lika starka utan häktning bör ske sett till brottets allvar. Man kan sen finna olika lösningar för hur man reglerar detta. Det är viktigt att dessa brott utreds ordentligt utan risk för att personen undviker lagföring och straff eller förstör utredningen på annat sätt. Det är viktigt sett till målsägandens intressen och för förtroendet för rättsväsendet. Det vi här pratar om är de allvarligaste brotten med högt straffvärde.

Att vi häktar personer är som jag tidigare redogjort för viktigt bl.a. för att kunna utreda

Når bør man varetektstfengsle?

brott utan att riskera att den misstänkte på något sätt undviker lagföring. Men frågan är sedan hur länge en person kan vara häktad. *Kan tiden som en person är häktad vara oändlig eller bör den begränsas på något sätt?*

Här kommer proportionalitetsprincipen spela en viktig roll. Det har under senare år i Sveriges Högsta domstol prövats en del ärenden som rör just frågan om hur länge en person kan vara häktad. I dessa fall har det rör sig om allvarliga brott och personer som suttit häktade under lång tid, flera år. Högsta domstolen skriver att proportionalitetsprincipen får allt större betydelse ju längre ett frihetsberövande varar samt att det är omständigheterna i det enskilda fallet som avgör om häktning skulle strida mot denna princip. Högsta domstolen har beslutat om frisläppande men även om att ersätta häktning med reseförbud. Det är för åklagarna viktigt att ha med sig att under hela häktningstiden pröva förutsättningarna för häktning i ärendet och att i den bedömningen noga pröva proportionalitetsprincipen och dess ökade betydelse ju längre tid som går. Det innebär att efterhand kan denna betydelse till slut kan väga över. Trots att misstankenivån är lika hög samt att brottet är detsamma så kan ett frisläppande bli aktuellt.

### **Bör man ha en tidsgräns för hur lång häktningstid som ska vara tillåten?**

En sådan åtgärd skulle med all säkerhet begränsa de riktigt långa häktningstiderna. Vi har inte någon sådan gräns i Sverige. Jag är tveksam till om detta skulle vara effektivt då en sådan regel skulle behöva vara förenad med undantag för ärenden där en längre häktningstid anses befogad. Det då det alltid kommer finnas enstaka ärenden där det skulle vara direkt stötande att släppa en misstänkt fri särskilt då det rör sig om väldigt allvarliga brott. Vi har också domstolarnas skärpta proportionalitetsprövningar vilket i sig ger en begränsning av häktningstiden. Jag tror man bör finna andra vägar för att ytterligare begränsa häktningstiderna och då i de ärenden som inte är de allra allvarligaste. De med väldigt långa häktningstider är få till antalet och de stora vinsterna i kortare häktningstider nås i de mer vanliga målen som narkotikabrott, stöld, misshandel mm där en förkortning av häktningstiden med dagar eller veckor kan få stor betydelse.

### **Begränsa häktningstiderna genom ändrade arbetssätt och processer**

Att sitta häktad under en längre tid påverkar den misstänkte och särskilt om det är kombinerat med restriktioner. Det kan innebära svårigheter att ta tillvara sin rätt då man får illa psykiskt. Det är viktigt att samtliga aktörer arbetar för att hålla nere häktningstiderna. Jens Rön har i en av sina teser anfört vikten av att man genom ändrade arbetssätt och processer håller nere häktningstiderna.

Jag tror att det är här som vi praktiker kan göra en hel del, utan att för den skull begära ändring av lagstiftningen. Vi disponerar våra processer och rutiner och har redan idag lagstöd för att vidta en hel del åtgärder.

Jag tänker här nämna några exempel på sådana åtgärder som jag tycker man kan diskutera.

#### **Förundersökningsbegränsning**

I Sverige finns möjligheten att förundersökningsbegränsa, d.v.s. att skriva bort en del misstankar

om brott redan under förundersökningen vilket innebär att de inte leder till lagföring. Vi har absolut förundersökningsplikt men det finns undantag t.ex. om personen redan är misstänkt för flera brott och det inte skulle påverka påföljden. Denna regel finns av processekonomiska skäl. Vid en begränsning så läggs resurserna på det som bör utredas vilket gör att man vinner tid och effektivitet. Det påverkar både utredningstiden men också förhandlingstiden i domstol. Fördelen med att förundersökningsbegränsa tidigt är att man begränsar bort brottsmisstankar innan dess att utredningsresurser lagts ner på dem. Oavsett hur regelverket ser ut så bör man som åklagare använda de verktyg som finns för att fokusera på de brott som behövs för en lagföring och väl avvägd påföljd och också våga ta till detta. Det innebär avvägningar, att välja bort och göra bedömningar, men det får man inte ducka för. Det kan ibland från allmänhet och medier väcka kritik då man inte lagför personer för brott som denne kan begått, men risken för sådan kritik får inte avskräcka åklagaren från att använda denna möjlighet då det i förlängningen kan innebära kortare häktningstider men också att fler personer kan lagföras. Det sistnämnda då resurser frigörs som kan användas för att utreda brott mot andra personer. Och resurser är något vi inte har obegränsat av utan måste använda klokt och effektivt.

#### Effektivare förundersökning

I Sverige är vi åklagare förundersökningsledare i de ärenden där häktning blir aktuellt. Vi använder oss av polisens utredningsresurser för att bedriva utredningen. Som förundersökningsledare kan man göra en hel del för att effektivisera utredningen och samtidigt spara på utredningsresurserna och rikta dem rätt. Enligt min uppfattning är det ett ansvar vi åklagare har, att rikta resurserna rätt och inte vidta utredningsåtgärder som inte är nödvändiga.

En åtgärd kan vara en strategi eller plan för hur utredningen ska bedrivas. Då undviker man att material samlas in med för brett anslag. Till detta en tidplan så man har klart för sig när olika åtgärder ska vidtas och när utredningen förväntas vara klar. Viktigt att man då samtidigt säkerställer tillräckliga utredningsresurser.

Tidiga och tydliga direktiv med en gärningsbeskrivning så att man är överens om vad man ska fokusera på och var resurserna ska läggas. Man utreder de rekvisit som är aktuella och tar in relevant bevisning.

Dubblering av åklagare kan vara av betydelse i de mer omfattande målen för att öka uthålligheten och få ner utredningstiden. Byte av åklagare riskerar annars att förlänga utredningen. Dubblering av åklagare är något vi ser allt mer av då de mer omfattande målen ökat i antal.

Undersöka möjligheten att dela upp stora utredningar för att på så sätt få ner utredningstiden och därmed undvika långa häktningstider och omfattande processer. Kan vara svårt då man behöver ha samtliga åtalspunkter eller tilltalade samtidigt för att visa ett modus, organisation eller annat men jag tror vi har förutsättningar att oftare än idag göra uppdelningar utan att riskera lagföringen.

Flera av dessa åtgärder ter sig enkla och självklara men jag vet av erfarenhet att det finns stort utrymme för att utveckla detta ytterligare. Det handlar om arbetsmetoder och att skapa rutiner för att på så sätt vinna tid under utredningen och minskad utredningstid är minskad häktningstid.

#### Effektivare rättegång

Jag vill även lyfta fram domstolsprocessen där jag ser en möjlighet för samtliga aktörer, även åklagarna, att bidra så att den blir effektiv och inte längre än nödvändigt. Ett sammanträde vid

domstolen innan förhandlingen börjar där man går igenom den misstänktes inställning till åtalet möjliggör en anpassning av den bevisning som måste förebringas. En sådan möjlighet finns i Sverige. En planering av processen så att tiden används på bästa sätt och förhandlingstiden hålls nere. Detta är extra viktigt i de mer omfattande målen där processen kan pågå flera månader under vilken den tilltalade sitter häktad. Åklagarens medverkan är viktig vid denna planering men även försvararens som har kännedom om sin klient och dennes inställning till åtalet.

### Alternativ till häktning

Jens Rön har som avslutande tes att man kanske bör titta närmare på alternativ till häktning.

Vi har reseförbud som ett huvudalternativ till häktning. Det är ett självständigt tvångsmedel men också ett alternativ till häktning om det inte är nödvändigt med ett så ingripande frihetsberövande som just häktning. Reseförbud kombineras ofta med anmälningsskyldighet.

Reseförbud är inte heller i Sverige ett så vanligt tvångsmedel. Möjligen beroende på att inledningsvis vid ett frihetsberövande så föreligger ofta kollusionsfara och då är reseförbud väldigt sällan ett alternativ.

Vid långa häktningstider kan reseförbud efter en tid vara aktuellt vilket också Högsta domstolen kommit fram till i några fall då reseförbud fått ersätta häktning.

Jag tror att det skulle finnas möjlighet att i ökad utsträckning använda sig av reseförbud särskilt i de fall där det inte föreligger kollusionsfara. Det som talar mot reseförbud är enkelheten att bege sig från landet vilket försvårar lagföring. Jag tror dock att den oron i vissa fall kanske överdrivs då det inte alltid är så lätt att lämna landet och bosätta sig någon annanstans under en längre tid. Vi har också idag ökade möjligheter att få personer överlämnade från ett annat land. Det är dock ett förfarande som ska genomföras och som kan ta tid och som bygger på att man vet var personen uppehåller sig.

### Avslutningsvis

Häktning är ett mycket ingripande tvångsmedel och i det ligger att det ska användas med försiktighet och efter noga övervägande av behovet och proportionaliteten. Det ställer särskilda krav på åklagarna och deras bedömning i det enskilda fallet. Samtidigt måste man som åklagare vara beredd att göra framställningar om häktning i de fall då man bedömer att skälen därför överväger. Som åklagare måste man våga vara offensiv samtidigt som man vinnlägger sig om att göra riktiga bedömningar. Det viktiga är att den bedömning man gör initialt ständigt omprövas då förutsättningarna kan ändras samt en lång häktningstid kan påverka proportionalitets bedömningen. Vi åklagare måste här ta vårt ansvar när det gäller att begränsa häktningstiden samtidigt som vi tar hänsyn till lagföringen. Svårigheten ligger här i denna avvägning.

Det jag tror att vi ska utveckla mer och se över är våra möjligheter som vi har inom nuvarande lagstiftning att effektivisera förundersökningen. Får vi ner utredningstiden får vi också ner häktningstiden. Här har vi åklagare ett stort ansvar men även andra aktörer. Polisen genom resurssättningen så att utredningen löper på med skyndsamhet. De som ansvarar för t ex analys av narkotika och andra forensiska utredningar som ofta kan ta alltför lång tid och förlänga häktningstiden.

Som man brukar säga, en förändring måste börja hos en själv och det är över den

som vi själva råder och kan ta initiativ till. Därför är metodutveckling så viktig och att vi inom myndigheten lägger ner tid på det för att i förlängningen bli effektivare.

\*\*\*

#### Oppsummering av seksjonsmøtet ved redaksjonen:

Det ble i diskusjonen vist til betydningen av reell overprøving av beslutninger om varetektsfengsling, og at ressurs- og kapasitetsbegrensninger i for stor grad kunne være årsaker til langvarig varetektsfengsling. Det ble også reist spørsmål om varetekt burde brukes i større utstrekning for å sikre at tiltalte medvirker til gjennomføring av rettergang. Fristregler kan tenkes å bidra til å få ned antallet langvarige varetektsopphold, og at dette kan tenkes å bli et tema i den pågående revisjonen av den norske straffeprosessloven. Alle aktører i straffesakskjeden har et ansvar for å begrense langvarige varetektsfengslinger.

Det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet

## Det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet

Referent: Stipendiat *Marte Eidsand Kjørven*, Norge  
Koreferent: Højesteretsdommer *Lars Hjortnæs*, Danmark  
Debattleder: Professor *Johan Bärlund*, Finland

Referentens referat, se bind I s. 243–58

Koreferenten, højesteretsdommer *Lars Hjortnæs*, Danmark:

Referenten skriver i sin indledning bl.a., at det kan være svært at mestre jobbet som finansminister i sit eget liv. For langt de fleste af os er det vist så sandt, som det er sagt. Det kan hurtigt blive kompliceret, lige så snart man ikke er tilfreds med at have sine penge stående på en almindelig indskudskonto til en ottendedel procent i årlig rente!

Engang for mange år siden udtalte Winston Churchill de manende ord: "Play the game for more than you can afford to lose – only then will you learn the game". Han havde åbenbart ikke forudset nordisk ret om investorbeskyttelse anno 2014 – eller også talte han bare om noget helt andet! I hvert fald er det et råd, som vore dages banker og investeringsrådgivere gør kloget i ikke at give deres kunder, hvis de vil undgå at få en erstatningssag på halsen.

Referenten afgrænser sit emne til problemer med at værne mod udnyttelse af forbrugeres tillid i forbindelse med investering i de spare- og investeringsprodukter, som i lovgivningen betegnes finansielle instrumenter – herunder aktier, obligationer og forskellige andre værdipapirer. Bl.a. på baggrund af EU-lovgivning gælder der en ganske detaljeret offentligretlig regulering af værdipapirhandlernes adfærd over for kunderne i forbindelse med sådanne investeringer. Derimod gælder der vistnok ikke i nogen af vores lande særlige privatretlige regler specielt om investering i aktier og lignende, og det er således den almindelige erstatnings- og aftaleret, der må bruges til at løse tvister mellem kunde og virksomhed.

Referenten lader forstå, at man i Norge primært søger at løse sådanne tvister ved at bruge aftalelovens generelle regler om tilsidesættelse af urimelige aftalevilkår. I Danmark er det mere almindeligt at påberåbe sig erstatningsansvar eller køberetlige regler om ophævelse. Jeg tror ikke, det skyldes, at vore regler er meget forskellige, og man kan måske undre sig lidt over, at der tilsyneladende er denne forskel.

For at værdipapirhandleren kan ifalde erstatningsansvar ved rådgivning af en investor, skal de almindelige erstatningsretlige betingelser være opfyldt. Der gælder et professionsansvar, som jo er karakteriseret ved en særlig professionsmålestok for bedømmelsen af ansvarsgrundlaget. Der er tale om et strengt culpaansvar, som er baseret på, hvad der normalt må forventes af en god udøver af professionen. Om der er tale om et ansvar i eller uden for kontrakt, kan have betydning i forskellige relationer – f.eks. med hensyn til bevisbyrde og grundlaget for culpabedømmelsen – men i praksis er det tit lidt af en vurderingssag, om det er det ene eller det andet. Det må bero på de nærmere omstændigheder.

Hvis rådgivningsaspektet er reguleret – eventuelt forudsat – i parternes aftale, kan man bruge både erstatningsretlige og aftaleretlige regler og principper, alt efter de nærmere

omstændigheder. Jeg kan eksempelvis nævne formueplejeaftaler, der typisk går ud på, at banken inden for nærmere fastlagte rammer med hensyn til risikoprofil og sammensætningen af porteføljen har fuldmagt til at handle på kundens vegne. Sådanne aftaler må selvfølgelig fortolkes med brug af almindelige fortolkningsprincipper. Er der så disponeret inden for de aftalte rammer, kan der naturligvis som udgangspunkt ikke blive tale om erstatningsansvar, medmindre der også er grundlag for at tilsidesætte aftalen som urimelig efter aftaleretlige regler. Er der handlet uden for de aftalte rammer, kan tvisten som udgangspunkt afgøres både efter aftale- eller køberetlige og erstatningsretlige regler.

Som et dansk eksempel på, hvordan de generelle aftaleretlige og erstatningsretlige principper kan bruges i praksis, kan jeg nævne den seneste højesteretsdom på området, som netop drejede sig om sådan en formueplejeaftale, som jeg netop har beskrevet (UfR 2013.182 H). Her fremgik det af aftalen mellem banken og kunden, at der skulle være tale om "så risikofrie investeringer som muligt, også selv om afkastet af den grund bliver minimalt". I tilknytning hertil havde banken angivet tre forskellige risikokategorier, hvor der for hver kunne vælges et risikotal i intervallet 1-3, og her havde kunden valgt det næstlaveste af de ni mulige risikotal. Banken havde så over nogle år frem til 2008 investeret en stigende og efterhånden meget betydelig del af formuen i virksomhedsobligationer, som var udstedt med sikkerhed i ansvarlige lån ydet til mindre danske banker. Højesteret fandt, at banken derved havde udsat kunden for en tabsrisiko, som ikke var forenelig med den aftalte risikoprofil. Det forhold, at kunden undervejs havde modtaget salgsnotaer uden at gøre indsigelser, medførte ikke, at kunden blev anset for at have accepteret en fravigelse af risikoprofilen. En generel ansvarsfraskrivelsesklausul i formueplejeaftalen blev ikke tillagt nogen retsvirkning, og det blev heller ikke tillagt nogen betydning, at finanskrisen begyndte i efteråret 2008. Højesteret fastslog herefter, at kunden - i det omfang, der var indkøbt obligationer i en mængde, der lå ud over, hvad der var foreneligt med den aftalte risikoprofil - havde krav enten på erstatning af det tab, som de uretmæssige køb havde påført hende, eller på at de uretmæssige køb og følgerne af dem blev tilbageført. På grund af bevisusikkerhed i den konkrete sag blev kompensationen til kunden dog fastsat skønsmæssigt.

Ifølge referentens første tese er et centralt problem for private investorer faren for, at de værdipapirhandlere, som de indgår aftaler med og får råd fra, misbruger eller udnytter investorenes tillid til, at rådgivningen er loyal og kun handler om at varetage kundens interesser bedst muligt. Faren skyldes den interessekonflikt, som ligger i, at værdipapirhandlerne ofte selv vil tjene mest, hvis kunden investerer i produkter med en høj omkostningsstruktur. Denne første tese har måske mest karakter af en konstatering. Den anden tese går ud på, at omfanget af værdipapirhandlerens loyalitetspligt over for kunderne må bestemmes ud fra en samlet vurdering af dels realydelsens karakter af en såkaldt tillidsydelse, dels de særlige forventninger om loyal optræden, som det giver kunden, når værdipapirhandleren optræder som mellemmand og kundens repræsentant, dels de forventninger, som de gældende branchenormer og offentligretlige regler på området kan give kunden, og dels det ulige styrkeforhold mellem værdipapirhandleren og ukyndige forbruger-kunder. Den tredje tese hænger sammen med den anden, idet referenten her gør gældende, at det derimod *ikke* har nogen særlig betydning for omfanget af loyalitetspligten, om der primært er tale om salg af egne produkter eller om rådgivning, eller om rådgivningen er uafhængig.

Jeg er nok lidt tøvende med hensyn til, hvor operative disse teser egentlig er. Ikke fordi jeg er uenig i, at man ved fastlæggelsen af en professionsansvarsnorm kan lægge vægt på kundernes berettigede forventninger - med tryk på ordet berettigede - men det kan jo



blive næsten cirkulært. Værdipapirhandlerens ansvar er jo et bestræbelsesansvar, ikke et resultatansvar, og det kan nok være svært uden videre at omsætte et mantra om en "særlig loyalitetsforpligtelse" til en præcis stillingtagen til et konkret aftale- og investeringsforløb. Kravet om loyalitet over for kunden er jo noget helt grundlæggende, som ikke er så specielt for det område, vi taler om her. Hertil kommer så, at jeg mener, man kan spørge, om referentens overvejelser om, hvad der kan begrunde særligt strenge loyalitetskrav på dette område, i en vis forstand er blevet overhalet indenom af de detaljerede offentligretlige regler, som nu gælder på dette område, vistnok i alle vore lande. Reglerne om investorbeskyttelse forekommer således i meget vidt omfang at være det politiske niveaus udtryk for – eller endda ligefrem udmøntning af – netop det, som referenten efterspørger, nemlig en anerkendelse dels af behovet for loyal og professionel optræden fra værdipapirhandlerens side, dels af, at der ikke bør lægges for stor vægt på sondringen mellem salg og rådgivning ved vurderingen af, hvilke krav værdipapirhandlerne skal leve op til i aftalesituationen. Man kan selvfølgelig godt have en diskussion om hønen og ægget, dvs. om i hvilket omfang de offentligretlige regler afspejler en privatretlig loyalitetstankegang. Men det ændrer efter min mening ikke rigtig ved, at de offentligretlige regler på dette område i dag må tillægges central betydning for det samlede omfang af den reelle forbrugerbeskyttelse. Det skyldes ikke kun reglernes detaljeringsgrad, men også de offentlige tilsynsmyndigheders understøttende rolle. F.eks. er det i Danmark sådan, at Forbrugerombudsmanden i medfør af en regel i loven om finansiel virksomhed kan anlægge retssager bl.a. med krav om erstatning for dårlig rådgivning, og Forbrugerombudsmanden kan i sådanne sager også udpeges som grupperepræsentant i et gruppesøgsmål, der anlægges af kunder mod en værdipapirhandler. Den praktiske betydning heraf for den reelle forbrugerbeskyttelse bør nok ikke undervurderes, selv om langt de fleste tvister naturligvis bliver endeligt afgjort i de respektive klagenævn.

Som sagt indeholder de offentligretlige regler detaljerede og vel egentlig ret vidtgående pligter for værdipapirhandlerne med hensyn til at varetage kundernes reelle interesser. Jeg vil her blot nævne nogle få eksempler fra den danske bekendtgørelse om investorbeskyttelse, som udmønter EU's såkaldte Mifid-regler: Baseret på Mifid-reglernes "kend din kunde-princip" gælder det, at en værdipapirhandler i forbindelse med investering og porteføljepleje slet ikke må give en konkret anbefaling til den enkelte kunde uden først at have foretaget en såkaldt egnethedstest – og det gælder uanset om der er tale om salg af værdipapirhandlerens egne eller formidling af andres investeringsprodukter. Egnethedstesten går kort fortalt ud på, at værdipapirhandleren skal vurdere kundens kendskab til og erfaring på det relevante investeringsområde og skal sætte sig ind i kundens finansielle situation og formål med investeringen. På baggrund heraf skal værdipapirhandleren fastlægge, hvilken investeringsprofil der passer til kunden. Selve egnethedstesten går så ud på, at værdipapirhandleren skal vurdere, om den specifikke transaktion stemmer overens med den investeringsprofil, som værdipapirhandleren har fastlagt.

Hvis kunden vil gennemføre en investering i mere komplekse finansielle produkter uden at få individuel rådgivning, må værdipapirhandleren kun medvirke efter at have foretaget en såkaldt hensigtsmæssighedstest. Den går på at vurdere kundens kendskab og erfaring vedrørende det produkt, som investeringen drejer sig om – værdipapirhandleren skal altså reelt vurdere, om det er forsvarligt, at den pågældende kunde fravælger individuel rådgivning. Hvis værdipapirhandleren finder, at produktet ikke er hensigtsmæssigt for kunden i denne forstand, skal kunden oplyses herom.

Som det nok fremgår trods min ret forenkede gengivelse, er der tale om nogle ganske

detaljerede regler. Jeg mener som sagt, man må sige, at de går ganske langt i retning af at udmønte netop et sådant krav om en "vidtgående loyalitetsforpligtelse", som referenten mener bør gælde privatretligt.

På den baggrund er jeg tilbøjelig til at mene, at det er følgende to spørgsmål, som har størst praktisk betydning for vurderingen af, hvor vidtgående og effektiv den privatretlige forbrugerbeskyttelse reelt er på dette område:

Hvilken betydning har det for culpavurderingen, hvis værdipapirhandleren har tilsidesat de offentligretlige forskrifter om investorbekendtgørelse?

Hvem pålægges i praksis bevisbyrden med hensyn til, om der er givet utilstrækkelig eller fejlagtig rådgivning, og med hensyn til tab og årsagsforbindelse?

I Danmark har et sagkyndigt udvalg med repræsentanter for forbrugere, de finansielle virksomheder og de berørte ministerier faktisk for ganske nylig overvejet netop disse spørgsmål. Udvalget afgav betænkning i februar 2014, og ved afgivelsen udtalte ministeren, at han havde tænkt sig at fremsætte lovforslag i overensstemmelse med udvalgets forslag, så det kan man vel regne med vil ske her i løbet af den nærmeste fremtid. Jeg vil kort referere udvalgets synspunkter om de nævnte to spørgsmål:

Med hensyn til betydningen af de offentligretlige forskrifter konstaterer udvalget, at en gennemgang af de senere års praksis fra de danske klagenævn og domstole viser, at overtrædelser af offentligretlige regler i stigende omfang tillægges betydning ved vurderingen af, om en finansiell virksomhed skal ifalde erstatningsansvar. Årsagen hertil kan være, at reglerne er blevet mere detaljerede og mere direkte møntet på den konkrete adfærd i kundeforholdet. Udvalget diskuterer, om denne udvikling bør fremmes yderligere med en lovbestemmelse, som fastslår, at overtrædelser af bl.a. investorbekendtgørelsens regler skal have betydning ved vurderingen af, om der er handlet ansvarspådragende i forholdet mellem kunden og værdipapirhandleren. Udvalget mener, at en sådan lovregel vil skabe mere klarhed og indebære en processuel lettelse for kunder, der mødes med et anbringende fra banken om, at offentligretlige regler ikke kan påberåbes til støtte for en påstand om erstatning. "Reglen vil hermed øge den reelle forbrugerbeskyttelse", skriver udvalget. Udvalget anbefaler herefter en kortfattet ny lovregel, som siger, at handlinger i strid med de offentligretlige god skik-regler pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med almindelige erstatningsregler. Tanken er, at bestemmelsen alene skal have betydning for vurderingen af, om der foreligger det nødvendige ansvarsgrundlag. Alle de øvrige erstatningsretlige betingelser skal altså fortsat være opfyldt, herunder betingelserne vedrørende uagtsomhed (culpa), økonomisk tab og årsagssammenhæng. Det vil herefter bero på en konkret vurdering hos klagenævn og domstole, om en overtrædelse af f.eks. investorbekendtgørelsesreglerne medfører erstatningsansvar. Udvalget nævner som eksempel, at det næppe i sig selv vil medføre erstatningsansvar, hvis kunden ikke som krævet i investorbekendtgørelsen har fået oplyst værdipapirhandlerens navn – dels fordi reglen herom ikke har private interesser som beskyttelsesformål, dels fordi betingelsen om årsagssammenhæng mellem den begåede fejl og tabet ikke vil være opfyldt. Omvendt vil det ifølge udvalget kunne få væsentlig betydning for, om en værdipapirhandler ifalder erstatningsansvar, hvis kravet om, at en individuel anbefaling skal være baseret på en egnethedstest, ikke er blevet overholdt.

Jeg tror, man må forvente, at hvis en sådan lovregel bliver gennemført i Danmark, vil der ikke blive tale om et overflødigt trut i trompeten. Der vil sandsynligvis blive tale om en reel løftestang for de offentligretlige god skik-reglers gennemslagskraft og for den vidtgående loyalitetsforpligtelse, som søges knæsat med disse regler. Det er klart, at der i givet fald ikke

må sluttes modsætningsvis, sådan at værdipapirhandleren er i salveten, hvis blot han kan dokumentere at have overholdt de offentligretlige regler. Lovgiver og de regeludstedende myndigheder kan trods alt næppe forudse alle situationer, og erfaringerne fra de seneste år har jo sandelig vist, at virkeligheden af og til overgår fantasien i den finansielle sektor.

Med hensyn til spørgsmålet om bevisbyrde og beviskrav skriver udvalget i betænkningen, at det har vist sig at have meget stor praktisk betydning for udfaldet af de erstatningssager, som indbringes for klagenævn og domstole, hvem der har bevisbyrden, især bevisbyrden med hensyn til, om der har været ydet den fornødne rådgivning. Sandsynligheden for at vinde en erstatningssag synes ifølge udvalget at være markant større, hvis modparten har bevisbyrden, eller hvis beviskravene er lempelige. På den baggrund er det selvfølgelig interessant at konstatere, at skønt bevisbyrden som udgangspunkt er ligefrem, er der en hel del eksempler på, at bevisbyrden i praksis er blevet vendt eller beviskravene lempet i særlige situationer. Det gælder bl.a. i tilfælde, hvor omstændighederne viser, at der har været et særligt rådgivningsbehov – det har f.eks. været, hvor en kunde har investeret i komplekse produkter uden at have relevant investeringserfaring, hvor en mindreårig har villet investere frie midler, eller hvor der har været tale om et særlig risikofyldt produkt eller om en investering, som var for risikabel i forhold til kundens økonomiske situation. I tilfælde som disse er værdipapirhandleren ofte blevet pålagt at bevise, at der er ydet den fornødne rådgivning. Udvalget mener, at en helt generel lovregel om omvendt bevisbyrde vil være en dårlig idé, især fordi den frie bevisbyrdevurdering ved klagenævn og domstole efter udvalgets vurdering er den mest fleksible og dynamiske metode til at sikre, at bevisbyrden bliver vendt i de tilfælde, og kun i de tilfælde, hvor der reelt er behov for det. Hertil kommer det mere praktiske argument, at en generel lovregel om omvendt bevisbyrde let kunne få en uheldig procesforlængende effekt derved, at flere klagenævnsafgørelser ville ende ved domstolene på grund af mulighederne der for en mere omfangsrig bevisførelse i form af parts- og vidneforklaringer.

Udvalget fraråder også at indføre lovregler om omvendt bevisbyrde i visse særlige afgrænsede tilfælde. Udvalgets begrundelse er, at en sådan regel let ville blive opfattet som udtømmende, så der altid anvendes ligefrem bevisbyrde i alle andre tilfælde, hvilket ville forhindre den ønskelige dynamiske udvikling af praksis fremover.

Efter min mening er disse overvejelser om for og imod faste bevisbyrde regler vældig fornuftige. Jeg tror, man trygt kan overlade det til klagenævn og domstole at finde ud, i hvilke tilfælde situationen tilsiger at vende eller lempe bevisbyrden. Helt faste regler om omvendt bevisbyrde kunne i værste fald få den uheldige og lidet forbrugervenlige konsekvens, at værdipapirhandlerne begyndte at fokusere mindre på indholdet af rådgivningen og kundens forståelse heraf og mere på det formelle, dvs. på at sikre sig et bevis for, at man har rådgivet.

\*\*\*

Opsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, professor *Johan Bärlund*, Finland:

Efter att debattledaren, professor *Johan Bärlund* hade hälsat deltagarna välkomna till mötet, presenterade referenten, stipendiat *Marte Eidsand Kjørven* huvudpunkterna i sitt referat. Korreferenten, höjesteretsdommer *Lars Hjortnæs* redogjorde efter detta för sina kommentarer enligt inlämnat korreferat.

*Marte Eidsand Kjørven* erkände att hon är enig med korreferenten om mycket. De värdepappersrättsliga reglerna innehåller viktiga lojalitetskrav och brott mot dessa kan ha

betydelse för de privaträttsliga sanktionerna, men för norsk rätts del finns det inte något behov för någon uttrycklig rättsregel i lagstiftningen om detta. Inom värdepappersrätten finns det ett strängt krav på lojalitet och man kunde beskriva situationen som en glidande skala mellan det kontraktsrättsliga kravet på lojalitet och det värdepappersrättsliga kravet på god sed (gott skick) inom branschen. Ofta är slutresultatet detsamma oavsett vilket regelverk man stöder sig på. Också det värdepappersrättsliga kravet på god sed måste tolkas utgående från vad de konkreta avtalen går ut på. Kärnförpliktelseerna för utövaren av professionen har betydelse för hur man tolkar vad som ingår i den goda seden på området. I den praktiska lagtillämpningen är det av betydelse hur man formulerar problemställningen. Konsumenten har en längre väg att gå om han eller hon väljer att formulera problemet utgående från att näringsidkaren har brutit mot sin plikt att iaktta s.k. offentligrättsliga förpliktelser jämfört med att han eller hon åberopar att näringsidkaren har brutit mot sina kontraktsförpliktelser. I Danmark lägger man fokus på professionsansvaret, medan man i Norge löser målen enligt 36 § i avtalslagen. Dessvärre är regeln i avtalslagen kanske inte är ägnad att utgöra en professionsnorm.

*Johan Bärlund* hävdade att en av de viktigaste frågorna gäller hur bevisbördan läggs i ett enskilt mål och angav att det i den finska banknämnden är vanligt att avslå konsumentens krav genom att hänvisa till att det inte har visats att näringsidkaren har brutit mot sina lojalitetsförpliktelser.

Universitetslektor *Torbjörn Ingvarsson*, Sverige pekade på att man i fråga om ämnet uppenbart befinner sig i en utvecklingsfas i de nordiska länderna. När det gäller konsumentskyddet på finansområdet behöver vi en kombination av både offentligrättsliga och kontraktsrättsliga åtgärder. Standarden god sed på området är svår att entydigt fastställa, samtidigt som den dels påverkar innehållet av avtalet, dels utgör en måttstock för vad som är skäligt på området och dels utgör en grund för myndigheterna att ingripa mot olämpliga beteenden på marknaden. Fokus borde ligga på att tydliggöra innehållet i denna måttstock om vad som är god sed. Därför är det danska förslaget om att standarden om god sed ska bli en del av konsumentskyddet välkommet. I Sverige är det av betydelse att det existerar ett dokumentationskrav för näringsidkarna, men att detta inte alltid är till konsumenternas fördel. Bestämmelsen i 36 § i avtalslagen kan inte vara den enda grunden för konsumentskyddet på finansområdet.

*Johan Bärlund* flikade in att han känner sig besvärad av att ingen analyserat hur begreppet icke-professionell investerare förhåller sig till konsumentbegreppet.

President *Henrik Rothe*, Danmark anförde att det traditionella konsumentbegreppet inte är väl ägnat för regleringen på området. Det förekommer personer med betydande förmögenhet, som har sitt ursprung t.ex. i försäljning av sin näringsverksamhet, och dessa personer kan svårigen klassas som vanliga konsumenter. MiFiD-reglernas utgångspunkt med olika riskprofiler är mycket bättre ägnad att leda till rätt resultat på området. Även om man har offentligrättsliga skyddsregler, finns det situationer då skyddet inte är tillräckligt, t.ex. då ett finansinstitut utgående från en riskbedömning avråder en investerare från en investering, men investeraren trots detta insisterar på att ingå avtal.

Professor *Hans Fredrik Marthinussen*, Norge pekade på distinktionen mellan 36 § och 33 § i avtalslagen utgående från ett norskt HD-fall där en person sålde något han inte ägde. Det har blivit allt vanligare att domstolen tillgriper 36 § i avtalslagen som en generalklausul för att lösa alla tvister, vilket har lett till en osäkerhet i och med att det alltid krävs en bedömning av vad som är skäligt. I konsumentförhållanden är det besvärande att vi har dikotomin mellan å ena sidan frågan huruvida finansinstitutet har brutit mot offentligrättsliga regler och å andra sidan

frågan om vad som är skäligt. Detta leder till en processrisk för konsumenterna. Referenten har förtjänstfullt försökt skapa en mer klassisk obligationsrättslig regel för bedömningen.

Professor *Johan Giertsen*, Norge ansåg att referentens utgångspunkt i begreppet tillitsprestation är mycket spännande. Detta ger en mer traditionell avtalsrättslig infallsvinkel på problematiken och samtidigt en nedtoning av att 36 § i avtalslagen tillgrips. Den norska högsta domstolen har i tre mål nyligen hävdad att om de offentligrättsliga regelverken inte innehåller någon egentlig informationsplikt, gäller en sådan inte heller enligt avtalsrätten. Finns det inte enligt icke-lagfästa kontraktsrättsliga regler en sådan plikt t.ex. i linje med lojalitetsplikten? Det är ett felslut att hävda att det inte finns någon kontraktsrättslig informationsplikt om det inte finns någon offentligrättslig informationsplikt för situationen. Den icke-lagfästa bakgrundsregeln träder då in i stället. Det är förvånande att bankjuristerna har hållit sig så tyst i dessa frågor.

Professor *Jori Munukka*, Sverige påpekade att den icke-lagfästa plikten att beakta kundens intressen trots allt inte saknar lagstöd. Kommissionslagen kan ofta tillämpas på situationen, eller så går den att tillämpa analogt som en syssломannarättslig allmän grundsats.

Advokat *Kaare Shetelig*, Norge framhöll att utgången i de norska domarna i högsta domstolen har varit helt beroende av de krav som ställts i domstolen. Konsumentens advokat har således en viktig ställning för att avgöra på vilken grund ett mål avgörs.

*Marte Eidsand Kjørven* påpekade att i ett av de tre målen (bankmålet) hade man åberopat alla möjliga rättsgrunder, men högsta domstolen valde att stöda sig på enbart på 36 §. Dessutom betonade hon att de offentligrättsliga förpliktelseerna, t.ex. de som finns i MiFi-direktivet, är av central betydelse för det kontraktsrättsliga ansvaret. Det är egentligen inte korrekt att beteckna dessa regler som offentligrättsliga, eftersom de är av stor betydelse för den kontraktsrättsliga bedömningen.

*Johan Bärlund* framhöll att det också är av betydelse till vilket organ konsumenten för sitt mål. Vissa nämnder är klart mer konsumentvänliga än andra.

Avdelningsdirektör *Arnulf Tverberg*, Norge nämnde betydelsen av bevisbördan i den norska finansklagonämnden.

Professor *Jesper Lau Hansen*, Danmark pekade på att distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt inte alltid är klar. Snarare borde man se på ändamålet med regleringen då man gör bedömningen t.ex. med tanke på ett skadeståndsansvar.

Chefkonulent *Benedicte Federspiel*, Danmark betonade att de som sysslar med EU-rätt har svårt med distinktionen mellan privaträtt och offentlig rätt. Man kan fråga sig om denna distinktion fortsättningsvis är aktuell.

Højesteretsdommer *Vibeke Ronne*, Danmark framhöll att det inte är ändamålsenligt att låta lagstiftaren avgöra var bevisbördan ska ligga, utan denna uppgift lämpar sig bäst för domstolen. De olika klagonämnderna har behov av att överväga hur bevisbördan ska läggas.

*Lars Hjortnæs* kunde märka att debatten hade utvisat att det på området finns ett behov för en något mer otraditionell samverkan mellan offentligrättsliga och privaträttsliga regler, vilket kan ses också i berörda klagonämnder.

Samboeres rettsstilling i Norden

## Samboeres rettsstilling i Norden

Referent: Førsteamanuensis *Hrefna Friðriksdóttir*, Island

Koreferent: Advokat *Maryla Rytter Wróblewski*, Danmark

Debattleder: Professor *Margareta Brattström*, Sverige

Referentens referat, se bind I s. 117–35

Redaksjonens oppsummering av koreferentens innlegg:

Temaet har tre diskusjonspunkter: Skal det være en rettslig regulering som gir bedre minimumsbeskyttelse for samboere? Hvis det skal være lovregulering, skal den være fellesnordisk? Skal en eventuell lovregulering ha det innhold referenten legger opp til? Koreferentene ville fokusere på spørsmålet om det skulle være særlig regulering for samboere.

Referenten har en tese 1 om at det er den økonomisk sterke parten i et ugift samliv som spekulerer i å unndra seg økonomiske forpliktelser. Et utviklingstrekk i den preseptoriske reguleringen for ektefeller er at den har blitt mindre omfattende. Hvorfor skal det innføres preseptorisk regulering for samboere? En antitese er at det generelt sett ikke er en sterk eller svak part i samboerforhold. Den som vinner diskusjonen om det skal inngås ekteskap eller ikke, vil også vinne i diskusjonen om «opt out» fra ekteskapslovgivningens deklarasjonelle regler.

En tese 2 er at det er et livsfellesskap som skal vernes i et ugift samliv. Referenten skiller her mellom par med og uten felles barn. Antitesen her er at det reelt sett er hensynet til barna som begrunner den rettslige reguleringen, og ikke samlivet. Det er derfor ikke grunn til å oppstille krav om samliv som vilkår for denne reguleringen.

En tese 3 er at samboere forventer et slikt vern. Erfaringen fra danske forhold er at samboere ikke forventer en beskyttelse fra lovgiver, men partene vil regulere dette for eksempel når de anskaffer fast eiendom mv. En antitese er at samboere ikke forventer beskyttelse og at en lov med begrenset beskyttelse vil få samboere til å tro at ekteskapet ikke gir bedre beskyttelse.

En tese 4 er at lovgivningen skal være nøytral overfor valg av samlivsform. De foreslåtte prinsippene gir ikke samboere (med barn) samme rettsstilling som ektefeller (med eller uten barn). Spørsmålet her er om rettsstillingen bør være den samme for ektefeller og samboere. En antitese er at det er en verdi for samfunnet at par har en oppfordring til å inngå ekteskap. Ektefeller og samboere bør derfor ikke likestilles.

Til spørsmålet om fellesnordisk lovgivning oppstiller koreferenten antitesen om at det ikke vil være mulig med en fellesnordisk lov.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, professor *Margareta Brattström*, Sverige:

Under diskusjonen som fulgte etter referentens innledning og koreferentens synspunkter dryftades bland annat behovet av lagstiftning för att reglera opplösning av samboförhållanden,

huruvida en lösning med opt-in- eller opt-out skulle vara att föredra samt gränsdragningsfrågor avseende vilka förhållanden som borde omfattas av eventuell lagstiftning.

Professor *Ingrid Lund Andersen* från Danmark inledde med att poängtera att de presenterade principerna inte är avsedda som gemensam nordisk lagstiftning. Istället är syftet att principerna ska fungera som en inspirationskälla, och på så sätt kunna bidra till en rättsutveckling i samma riktning för de nordiska länderna.

Professor *Tone Sverdrup* från Norge lyfte fram att delningsregler mellan sambor kan motiveras av de olika typer av insatser som båda parter i ett förhållande brukar bidra med. Delningsförslag som fokuserar på ena partens behov av skydd, antyder att svagare part ska få del av något denna inte har förtjänat. Men det är de typiska konsekvenserna av ett samliv, med sammanflätning genom konsumtion, investeringar med mera, som bör föranleda att vissa värden delas vid en upplösning av förhållandet.

Flera advokater invände, varav koreferenten var en, att sambor kan ingå avtal, eller gifta sig, för att påverka hur deras relation ska regleras (opt-in). Mot ett sådant resonemang anfördes för det första empiriska resultat från bland annat Sverige (genom doktorand Kajsa Walleng) och Island (genom Hrefna Friðriksdóttir) som visar dels en mycket låg avtalsfrekvens mellan sambor, dels att många sambor vill att förhållandet ska ges mer vidsträckt rättsverkningar vid såväl separation som en sambors död än vad som gäller för närvarande. För det andra var det flera som invände mot ett opt-in system och ansåg istället att ett system med grundregler för delning, med möjlighet till opt-out, skulle neutralisera parternas styrkeförhållanden och leda till ett rimligt resultat i fler fall. Utan delningsregler kan den starkare parten ensam avgöra om en upplösning av förhållandet ska leda till någon form av delning mellan samborna. Ett opt-out system ansågs av många särskilt motiverat för sambor med gemensamma barn; inte primärt för att skydda barnen utan för att barn på ett tydligt sätt leder till familjesamarbete och ofta påverkar den ekonomiska situationen för båda samborna. Att använda ett opt-out system för sambor med gemensamma barn och opt-in för andra kan vara ett sätt att hantera gränsdragningen beträffande vilka förhållanden som bör omfattas av eventuell lagstiftning.

Sammanfattningsvis var det betydligt fler som var för än som var mot lagstiftning angående upplösning av samboförhållanden, baserad på de presenterade principerna. Att det inte hänt något på alla de år som frågan varit föremål för diskussion, bland annat vid flera nordiska juristmöten, ansågs kunna förklaras av att det inte finns någon särskild påtryckningsgrupp som driver frågan politiskt. För att bidra till rättsutveckling på området finnas det därför skäl för jurister att skapa debatt och att delta i den.

Innlegg fra justitieråd *Göran Lambertz*, Sverige:

1. Det är lite egendomligt att regleringen om samboförhållanden i länderna inte svarar mot de krav som man vanligen ställer på lagstiftning. Normalt kräver man ju av lagen att de berörda legitima intressena balanseras mot varandra på ett klokt och genomtänkt sätt, att alla relevanta effekter beaktas och att lagen håller hög kvalitet när det gäller rimlighet, förutsebarhet och begriplighet. Men när det gäller sambor har lagstiftning hållits tillbaka av argumenten a) att man ska främja äktenskapet som samlevnadsform och b) att man inte ska lägga sig i parternas rättsliga förhållanden när de har valt en oreglerad form. Att dessa argument saknar bärkraft framgår tydligt av referatet, och det är egendomligt att de har haft så stor betydelse i praktiken som de faktiskt har haft.



2. Det övergripande interessen på detta område måste vara att samboförhållanden ska avvecklas på ett någorlunda rättvist sätt med gott skydd för den svagare parten. Så varför har detta inte slagit igenom i lagstiftningen? Jag tror det beror på att argumenten emot är enkla och ser starka ut vid en snabb politisk prövning. Därför finns det ett politiskt motstånd mot rimlig lagstiftning. Så är det ibland. Det är få på den politiska arenan som argumenterar för en reform som egentligen är rimlig och bra. Och det finns inte några intressegrupper som driver sambornas talan.
3. Hur löser man ett sådant problem? Jo, i sådana lägen har juristerna ett särskilt ansvar. Juristerna behöver aktivera sig och argumentera. Det finns flera andra sådana rättsområden (integritetsrätten är ett). Och vi jurister måste vara uppmärksamma på det, på vårt särskilda ansvar ibland. Det gäller alltså när det inte finns någon intressegrupp som driver saken och när det politiska intresset är svagt.
4. Därför måste man varmt välkomna det initiativ som har tagits av de nordiska professorer som har arbetat fram de principer som redovisas i referatet. Låt dem nu inte bara ligga! Fortsätt att ta ansvar: för fram förslagen, argumentera och debattera. Vi behöver en lagreglering av samboförhållanden i Norden.

I hvilken grad kan eller bør forvaltningsrettslige prinsipper gjelde når det offentlige opptrer som privat aktør?

## I hvilken grad kan eller bør forvaltningsrettslige prinsipper gjelde når det offentlige opptrer som privat aktør?

Referent: Professor *Olli Mäenpää*, Finland  
Koreferent: Stipendiat *Roald Hopsnes*, Norge  
Debattleder: Hovrättsråd *Tom Madell*, Sverige

Referentens referat, se bind I s. 275–90

Koreferenten, stipendiat *Roald Hopsnes*, Norge:

### 1. Presentasjon av tema

#### 1.1 Innledning

Referenten har i sitt innlegg avsluttet med noen teser. Flere av disse tesene kan jeg uten videre slutte meg til, og jeg trenger derfor ikke gå noe nærmere inn på disse.

For det første: Forvaltningsrettens prinsipper er klart nok allment aksepterte verdier og har stor betydning for forvaltningens handlinger. For det andre: Fagfeltene forvaltningsrett og avtalerett har blitt påvirket av hverandre og slik sett nærmet seg hverandre. Her vil jeg likevel legge til – reguleringen innenfor de to fagfeltene er fortsatt forskjellig. Det har derfor betydning for løsningen av konkrete saker hvilke av reglene som gis anvendelse.

For det tredje: En kategorisering av konkrete saker som enten privatrett og eller offentlig rett gir ikke svar på rettsspørsmålet. Selv om kategoriene kan være hensiktsmessige for pedagogiske formål, kan ikke alle regler kategoriseres som enten privatrettslige eller offentligrettslige.

For det fjerde: Det er ingen innebygget logikk i rettssystemet som tilsier at forvaltningsrettens prinsipper skal gjelde for alle disposisjoner det offentlige foretar. Om prinsippene skal gis anvendelse beror dermed på legislative valg.

Med disse premissene lagt på plass kan jeg gå mer rett på foredragets tema. Referenten tok utgangspunkt i *finsk rett* og konkluderte med at når det offentlige opptrer som privat aktør i et konkurransemarked gjelder ikke de forvaltningsrettslige prinsippene direkte. Likevel kan verdiene indirekte ha betydning. Jeg vil i mitt innlegg rette fokus på *norsk rett*. Samtidig er det min intensjon å gå noe bak de konkrete reglene og se på noen sentrale faktorer for de avveiningene som kreves. Mitt innlegg får dermed et de lege ferenda-preg. Målet er å fremheve noen faktorer som etter mitt syn ikke har fått det fokus det har fortjent i den juridiske diskusjonen. I punkt 3 skal jeg likevel kort si noe om de åtte prinsippene som referenten tok utgangspunkt i og presentere rettstilstanden i norsk rett.

## 1.2 Rammene for fremstillingen

I referentens analyse av finsk rett ble følgende åtte prinsipper trukket frem: legalitetsprincippet, offentlighetsprincippet, jämlikhetsprincippet, ändamålsbundenhetsprincippet, objektivitetsprincippet, proportionalitetsprincippet, förtroendeskyddprincippet og rättssäkerhetsprincippet. Noen av disse prinsippene finner vi også i norsk rett. Det gjelder for eksempel et offentlighetsprinsipp og et legalitetsprinsipp. De fire prinsippene som gjerne omtales som del av myndighetsmisbrukslæren i norsk rett, har mange likheter med jämlikhetsprincippet, ändamålsbundenhetsprincippet, objektivitetsprincippet og proportionalitetsprincippet. Derimot er det i norsk rett ikke vanlig å beskrive et generelt rettssikkerhetsprinsipp eller prinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger. *Grunnlaget* for disse prinsippene er også forskjellige i finsk og norsk rett. Som referenten påpeker er prinsippene i stor grad lovfestet i finsk rett – dels på lovsnivå og dels på grunnlovsnivå. I norsk forvaltningsrett er prinsippene i myndighetsmisbrukslæren ulovfestet. Samtidig som det er klare likheter mellom finsk og norsk rett, er det altså også klare forskjeller. Dette er det viktig å være klar over når jeg i fortsettelsen settes fokus på norsk rett.

Rammen for min analyse er også en litt annen enn hos referenten. For det første omtales bare situasjoner hvor den ene av kontraktspartene er en kommune/fylkeskommune eller staten. Jeg avgrenser dermed mot forvaltningsrettens betydning for aksjeselskap eller andre selvstendige rettssubjekt selv om disse skulle være hel- eller deleid av det offentlige.<sup>1</sup> Jeg avgrenser også mot problemene som oppstår hvor en privat aktør handler på vegne av det offentlige. Med andre ord vil jeg ikke omtale problemene som oppstår når en privat aktør for eksempel driver et sykehjem eller en skole.<sup>2</sup>

For det andre begrenser fremstillingen seg til de internrettslige forvaltningsprinsippene. I motsetning til referenten vil jeg med andre ord ikke omtale EU/EØS-rettslige prinsipper.<sup>3</sup>

For enkelthets skyld har jeg også satt likhetstegn mellom det "å opptre som privat aktør" og *privatrettslige disposisjoner eller privatrettslige avtaler*. Betegnelsene privatrettslige disposisjoner eller avtaler har ikke klart avgrenset betydning. I tråd med det vi ofte finner i nyere norsk juridisk teori, bruker jeg privatrettslige disposisjoner om de avtaler som *ikke regulerer myndighetsutøvelse* i forvaltningslovens forstand.<sup>4</sup> Når avtalen ikke regulerer myndighetsutøvelse, vil det ikke bli spørsmål om å la forvaltningslovens regler om kontraksjon, klage og omgjøring få direkte anvendelse. Avtaler som regulerer myndighetsutøvelse reiser derfor en del særlige problemstillinger det er naturlig å skille ut til en egen behandling. Typiske eksempler på privatrettslige disposisjoner er avtaler om rettigheter til eller i fast eiendom eller løsøre. Det gjelder enten kommunen er kjøper/selger eller f.eks. leietaker/utleier.<sup>5</sup> Privatrettslig vil en avtale normalt også være når det offentlige skal utføre tjenester som etter sin art kunne

1 Referentens typetilfelle c.

2 Med andre ord referentens typetilfelle a.

3 For mange av det offentliges privatrettslige avtaler vil reglene om offentlige anskaffelser ha stor betydning. Dette er regler som bygger på ulike EU-direktiver. Disse reglene får betydning for de fleste innkjøp av løsøre og tjenestekjøp. På tross av reglens store betydning, kommer jeg ikke til å omtale disse.

4 Se særlig tydelig Johan Greger Aulstad: Kommunale utbyggingsavtaler. Tromsø 2005 (Aulstad 2005) side 109 (dog mer uklar på side 145–147) og Markus Hoel Lie: Kommunalrettslig representasjon, binding og erstatning. Oslo 2011 (Hoel Lie 2011). se særlig side 51–70 og oppdelingen mellom kapittel 3–5 og 6 som nettopp bygger på denne sondringen. Med dette avgrenser jeg også mot det referenten omtaler som typetilfelle b.

5 Unntaksvis vil også slike avtaler regulere myndighetsutøvelse. Det gjelder kanskje særlig utleie av bolig til svake- og restilte grupper, se for eksempel SOMB-1997-9 (Trygdebolig). Grensene her er imidlertid ikke helt klare, se f.eks. SOMB-2009-4 (Båtplass) og SOMB-2009-7 (Torget i Bergen).

vært utført av det private eller hvor det offentlige kjøper tjenester. Avtaler hvor det offentlige kjøper inn tjenester fra private leverandører vil etter omstendighetene også være privatrettslig.

Slik jeg nå har avgrenset temaet, vil min fremstilling i hovedsak bare omfatte det referenten omtalte som typetilfelle d og e.

I norsk rett er det vanlig i forvaltningsrettslige fremstillinger å skille mellom en såkalt *forvaltningsintern vurdering* og et *domstolsperspektiv*.<sup>6</sup> Et forvaltningsinternt perspektiv retter fokus mot det enkelte forvaltningsorgans plikter og deretter om overordnet organs prøvingskompetanse. Et forvaltningsinternt perspektiv vil også omfatte Sivilombudsmannens kompetanse til å reise kritikk mot adferden. I norsk rett har et forvaltningsinternt perspektiv mye for seg når vi analyserer forvaltningsvedtak. Vi har ikke forvaltningsdomstoler og domstolens prøvelseskompetanse er begrenset. Det er også et begrenset antall saker hvor domstolen overprøver forvaltningsvedtak. Borgerens rettssikkerhet er derfor sterkt knyttet til det forvaltningsinterne perspektivet. Vender vi blikket mot forvaltningens *privatrettslige disposisjoner* har forvaltningsintern prøving mindre betydning. Slike disposisjoner er ikke gjenstand for forvaltningsintern klagebehandling og Sivilombudsmannen er normalt tilbakeholden med å gå inn i slike saker. Jeg har derfor valgt et rent domstolsperspektiv. Spørsmålet er derfor hvilken betydning de forvaltningsrettslige prinsippene har ved en domstolskontroll.

## 2. Noen bakenforliggende premisser for analysen av de forvaltningsrettslige prinsippene

### 2.1 Hvilke funksjoner kan forvaltningsrettens prinsipper ha for forvaltningens privatrettslige avtaler?

Selv innenfor et domstolsperspektiv kan de forvaltningsrettslige prinsipper tenkes å ha flere funksjoner. For det første kan de gis virkning direkte inn mot den *avtalerettslige analysen* av den konkrete avtalen. Avtaleretten kan fremstilles innenfor fire overordnede spørsmål: 1) Foreligger det en kompetansenorm som gir grunnlag for den rettslige binding? Her oppstår spørsmålet om det offentlige kan skape rettslig binding gjennom privatrettslige avtaler i medhold av partsautonomien. 2) Hva skal til for å foreta en rettslig binding og hvilke prinsipper gjelder for tolkning av slike avtaler? Spørsmålet er her om det offentlige kan slutte privatrettslige avtaler på samme måte som andre rettssubjekt, eller om det gjelder egne slutningsprinsipper? Er det avtalerettens eller tolkningsprinsippene fra forvaltningsretten som får anvendelse mot slike avtaler? 3) Hvilke ugyldighetsregler får anvendelse mot avtalen? Gjelder forvaltningsrettens kompetanseskranker som ugyldighetsregler også mot privatrettslige disposisjoner? 4) I hvilken grad kan avtalen sies opp eller revideres? Forvaltningsretten gir her grunnlag for å reise spørsmålet om forvaltningsrettens klage- og omgjøringsregler kan anvendes for å endre en privatrettslig avtale.

<sup>6</sup> Se eksempler på dette skillet i Jan Fridthjof Bernt: Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn. Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1978 side 241–348 (Bernt TIR 1978), side 276–280. Eivind Smith: Om domstoler og systematikk i forvaltningsretten. JV 1976, side 177 og Erik Boe: Ulovlige hensyn i forvaltningsretten. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1978 (Boe TIR 1978), side 352–353. Jeg kartlegger heller ikke Ombudsmannens særlige prøvingskompetanse. Når det likevel vises til ombudsmannspraksis underveis i fremstillingen, er dette bare som illustrasjonsmateriale.

Tre av disse fire spørsmålene har rimelig klare svar i norsk rett. For det første er det i norsk rett et alminnelig utgangspunkt at både stat og kommune har en fri partsautonomi som kan gi grunnlag for avtalebinding.<sup>7</sup> For det andre kan det offentliges privatrettslige avtaler i utgangspunktet inngås, og de skal tolkes, på samme måte som avtaler mellom private aktører.<sup>8</sup> For det tredje kommer ikke forvaltningsrettens alminnelige klageregler og omgjøringshjemler til anvendelse ved spørsmål om omgjøring av privatrettslige avtaler ettersom disse reglene direkte bare gjelder myndighetsutøvelse.<sup>9</sup> For disse tre spørsmålene har ikke de forvaltningsrettslige prinsippene som var tema for referentens innlegg betydning.<sup>10</sup>

Igen står vi med spørsmålet om forvaltningsrettens kompetanseskranker også virker som *ugyldighetsregler* mot det offentliges privatrettslige avtaler.

Forvaltningsrettens prinsipper kan imidlertid tenkes å ha andre funksjoner enn som ugyldighetsregler. De kan utgjøre *pliktreger* som angir hvordan det offentlige *skal* handle. Også som pliktregler kan de gi grunnlag for en domstolsprøving. For det første kan rettsbrudd tenkes å gi grunnlag for et erstatningsansvar. Dersom det var to mulige kjøpere av en tomt, og det offentlige ved salget vektla et utenforliggende hensyn, kan f.eks. den forbigåtte kjøper tenkes å kreve erstatning. Rettsvirkningen av rettsbrudd kan også tenkes å begrenses til et krav om at rettsbruddet må opphøre. Hvis det offentlige nekter å inngå en avtale om å selge en vare, og dette bygger på et utenforliggende hensyn, kan det f.eks. tenkes å bli gitt dom på kontraheringsplikt.<sup>11</sup>

Innenfor en avtalerettslig analyse, er det primært et spørsmål om å anvende disse prinsippene som *ugyldighetsregler*. Men disse prinsippene kan også ha andre funksjoner eller rettsvirkninger. De kan for eksempel gi grunnlag for ulike *oppfylleelsesplikter* og som grunnlag for et *erstatningsansvar*. Dermed oppstår spørsmålet; har det noen betydning for analysen hvilke rettsvirkning rettsbrudd tillegges?

## 2.2 Betydningen av rettsvirkningene

I et de lege ferenda-perspektiv er dette et spørsmål om de hensyn som gjør seg gjeldende er de samme uavhengig av hvilke rettsvirkninger regelbruddet tillegges.

Konsekvensen av å tillegge regelbrudd *ugyldighetsvirkninger* henger sammen med avtalens formål. Til grunn for hele avtaleinstrumentet ligger behovet for å kunne skape forutberegnelighet. Dette finner vi fort igjen i avtalerettens to mest grunnleggende prinsipper: den frie partsautonomien og pacta sunt servanda. Prinsippet om den frie partsautonomien innebærer at fysiske og juridiske personer som et utgangspunkt fritt kan regulere sine

7 Se Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove: Kommunalrett, 4. utgave, Oslo 2002, side 61, Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsrett, 9. utgave, Oslo 2010 side 365, Hans Petter Graver: Alminnelig forvaltningsrett, 3. utgave, Oslo 2007 (Graver 2007), side 222, Hoel Lie 2011 side 54, Toril Kristiansen: Kommunale garantier, Oslo 1998, side 36 (som riktig nok ikke bruker termen fri partsautonomi). Se også NOU 1990: 13 side 89–92 og 345, Ot. prp. nr. 42 (1991–92) side 60–63 og 263–264, Ot. prp. nr. 43 (1999–2000) side 90, Rt. 1999 side 593 (på side 599) og Rt. 2009 side 1356 (Nordea) avsnitt 31.

8 Se for eksempel Frede Caslberg: Innledning til forvaltningsretten, 3. utgave, Oslo 1955, side 45, Erik Boe: Innføring i juss, Juridisk tenkning og rettskildelære, 3. utgave, Oslo 2011 side 263 og Arvid Frihagen: Forvaltningsrett, Bind 1, 3. utgave, Bergen 1991, side 24.

9 Se forvaltningsloven § 2, jf. 3 og §§ 28 og 35. I norsk rett finnes det ingen holdepunkter fra praksis på at disse reglene kan anvendes analogisk på det offentliges privatrettslige avtaler.

10 Det kan nok tenkes visse unntak fra dette. For eksempel kan trolig prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kunne trekkes inn i slutnings- og tolkningslæren, men disse unntakene går jeg ikke nærmere inn på.

11 Et eksempel på at norsk Høyesterett konslierte en slik kontraheringsplikt, finner vi i Rt. 1964 side 534 (Kornforretning). Jeg kommer tilbake til denne saken nedenfor i punkt 3.2.

økonomiske retter ved avtaler.<sup>12</sup> Prinsippet *pacta sunt servanda* innebærer at en avtale skal oppfylles etter sitt innhold slik den ble inngått.<sup>13</sup> Til sammen åpner disse prinsippene for at ethvert rettssubjekt i utgangspunkt kan bestemme om de skal skape en rettslig binding og dermed skape en forutberegnelighet for et annet rettssubjekt. I avtalerettslitteraturen beskrives dette gjerne ved at avtaler skal sikre en trygg og sikker omsetning eller «omsetningslivets tarv».<sup>14</sup>

Alle ugyldighetsregler vil enten begrense hvem, hvordan eller med hvilket innhold avtalen kan brukes til å skape binding. Slik sett begrenser alle ugyldighetsregler hvordan en avtale kan brukes til å sikre motparten en forutberegnelighet. Gis forvaltningsrettens *ugyldighetsvirkninger* mot de privatrettslige avtalene, vil dette ytterligere begrense avtalenes evne til å skape forutberegnelighet. Om disse prinsippene bør gis virkning som ugyldighetsregler, beror med andre ord på en avveining av hensynet til å verne avtalens evne til å skape forutberegnelighet for kontraktspartene, holdt opp mot behovet for å verne de interessene som ligger bak forvaltningsrettens prinsipper ved denne typen disposisjoner.

Om forvaltningsrettens prinsipper gis funksjon som *pliktregler* er situasjonen en annen. Et potensielt erstatningsansvar for det offentlige ved rettsbrudd skaper ingen usikkerhet for oppfyllelsen av avtalen. Som pliktregler vil prinsippene dermed ikke berøre forutberegneligheten i avtaleforhold. Avveiningen som må gjøres er derfor en annen. Hensynet som kan tale mot å gi disse prinsippene anvendelse, er blant annet hensynet til å verne den offentlige økonomien og hensynet til å sikre en god maktfordeling.

Rettsvirkningene av brudd vil med andre ord påvirke de hensynene som gjør seg gjeldende. Om de forvaltningsrettslige prinsippene skal gis anvendelse bør derfor etter mitt syn vurderes i lys av hvilke rettsvirkninger man gir regelbruddene. I norsk rett er dette etter mitt syn noe som lett blir oversett. *Her ligger derfor mitt første sentrale poeng – spørsmålet om disse prinsippenes anvendelse må sees i lys av rettsvirkningene av rettsbrudd.*

### 2.3 Forholdet mellom ugyldighetsvirkninger og forutberegnelighet

Mitt andre poeng angår konsekvensene av at en avtale eventuelt faller bort som ugyldig ved brudd på disse prinsippene. Selv om avtalens formål er å etablere en forutberegnelighet for kontraktspartene, inneholder avtaleretten en rekke skranker for avtalens bindende virkninger. Når det i avtaleretten er oppstilt en rekke ugyldighetsregler, skyldes dette at andre hensyn er funnet å veie tyngre enn hensynet til forutberegnelighet.<sup>15</sup> Det er for så vidt også situasjonen

<sup>12</sup> Prinsippet innebærer at enhver kan bestemme *om* og *når* de ønsker å inngå kontrakt, *med hvem* de vil kontrahere og *med hvilket innhold* kontrakten skal ha. Se for eksempel Hilde Hauge: Ugyldighet ved formuerettslige disposisjoner. Bergen 2009, side 46. Kai Krüger: Norsk kontraktsrett. Bergen 1989 (Krüger 1989), side 22 og Geir Woxholth: Avtalerett, 7. utgave. Oslo 2009 (Woxholth 2009), side 27. Se tilsvarende for svensk rett, Tom-Erik Madell: Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att inngå avtal samt avtalens rättsverkninngar. Stockholm 1998, side 81-82 med ytterligere henvisninger. I dansk rett fremheves det samme blant annet av Karsten Naundrup Olesen: Samfundsloddet, obligasjonsretten og kontrakter af samfundsmæssig interesse, København 2004. (Naundrup Olesen 2004) side 64 og 199 med ytterligere henvisninger. Som Fredrik Stang påpeker i Innledning til formueretten, 3. utgave, Oslo 1935 (Stang 1935) på side 4, er kontraktene sannsynligvis like gamle som eiendomsretten og enhver kontrakt bygger også på en forutsetning på en kompetansenorm som tillater overføringen.

<sup>13</sup> Er det inngått en avtale kan hver av kontraktspartene som et utgangspunkt kreve avtalen oppfylt, i norsk rett om nødvendig med tvang. Se slik for eksempel Johan Giertsen: Avtaler, 3. utgave. Bergen 2014 (Giertsen 2014) side 8 og Woxholth 2009 side 24-25.

<sup>14</sup> Av ulike forfattere i nordisk litteratur som omtaler omsetningslivets tarv som argument, se blant annet Johan Giertsen 2014 side 8, Naundrup Olesen 2004 side 42 og Stang 1935 side 13-14.

<sup>15</sup> Se f.eks. Woxholth 2009 side 286. Se også avveiningen mellom hensynet til forutberegnelighet og rimelighet i NOU 1979: 32 side 40 og 41.

i forvaltningsretten. Så hvorfor er det problematisk å gi forvaltningsrettens prinsipper ugyldighetsvirkninger? Svaret ligger etter mitt syn i hvordan ugyldighetsreglene er utformet i avtaleretten og forvaltningsretten.

I *avtaleretten* har det tradisjonelt vært et sterkt fokus på å utforme ugyldighetsregler på en måte som minimerer usikkerhet om avtalers gyldighet. Dette er tydelig om vi ser på hvilke faktiske omstendigheter som er relevant for en ugyldighetsvurdering. For de fleste ugyldighetsreglene er det en forutsetning at de faktiske omstendighetene var *synbare* for kontraktspartene på *tidspunktet for avtaleslutning*. De er svake ugyldighetsgrunner.<sup>16</sup> Dermed er det mulig for kontraktspartene å forutsi om avtalen er gyldig eller ugyldig.

Tradisjonelt har avtaleretten også hatt et sterkt fokus på at ugyldighetsregler skal være så klare og presise som mulig. Riktignok er ugyldighetsreglenes ordlyd i en del nyere bestemmelser rimelig vage. Det gjelder ikke minst avtaleloven § 36. I de norske forarbeidene drøftes det om bestemmelsen lot seg forsvare i lys av usikkerheten den skaper i avtaleforholdet.<sup>17</sup> For å sikre forutberegneligheten ble det både i ordlyden og forarbeidene gitt retningslinjer for vurderingen og en terskel for domstolens inngripen. I det lys ble bestemmelsen ansett å ivareta kontraktspartenes behov for sikkerhet på en forsvarlig måte.<sup>18</sup>

Situasjonen er en annen i *forvaltningsretten*. Både enkeltvedtak og forskrifter er riktignok ment å gi private parter beskyttelse for visse berettigede forventninger og slik sett verne om forutberegnelighet.<sup>19</sup> Hensynet har likevel en annen plass enn i avtaleretten, en forskjell som også har påvirket prinsippenes utforming.

I motsetning til avtaleretten hvor begge kontraktspartenes forventninger beskyttes av de grunnleggende prinsippene, tillegges *det offentlige forventninger* til vedtakets bindende virkning begrenset vekt i forvaltningsretten.<sup>20</sup> De hensynene som tilsier omgjørings- og endringsmuligheter har også en større vekt i forvaltningsretten enn i avtaleretten. Mange av forvaltningsrettens prinsipper er utformet som *vage og uklare standarder*. Tradisjonelt har man gjerne sagt at mens avtaleretten kjennetegnes av stor grad av typeløsninger, er forvaltningsretten kjennetegnet av individuelle vurderinger.<sup>21</sup> Forvaltningsrettens prinsipper skiller heller ikke klart mellom situasjoner hvor faktum som inngår i vurderingen var synbare for den private part på normeringstidspunktet. Med andre ord finner vi ikke igjen avtalerettens klare skille mellom *sterke og svake ugyldighetsgrunner*. Private parts gode tro vil bare inngå som et moment i vurderingen av om kompetansesvikten skal lede til ugyldighet.

Gis forvaltningsrettens prinsipper direkte anvendelse som ugyldighetsregler mot det offentlige privatrettslige avtaler oppstår det derfor ikke bare en ny usikkerhet – det skapes en *vesentlig større usikkerhet*. Usikkerheten forsterkes også av at mange av prinsippene vil være

16 Se f.eks. Jo Hov og Alf Petter Høgberg: Alminnelig avtalerett, Oslo 2009 (Hov/Høgberg 2009) side 317. Woxholth 2009 side 292. Som svake ugyldighetsgrunner er blant annet mild tvang (avtaleloven § 29), svik (§ 30), villfarelser (§ 32) og brudd på redelighetsstandarden (§ 33).

17 Se Ot.prp. nr. 5 (1982–83) side 14. Se drøftelse av spørsmålet også i NOU 1979: 32 side 40–41 og Kristian Huser: Avtalesensur, Bergen 1984, side 21–23.

18 Se her NOU 1979: 32 side 41 hvor utvalget nettopp påpeker betydningen av retningslinjene.

19 Se f.eks. Jan Fridthjof Bernt: Avtaler med stat og kommune, Bergen 1981 (Bernt 1981), side 67 og Forvaltningskomiteens innstilling side 236 andre spalte. Et enkeltvedtak kan for eksempel ikke omgjøres uten hjemmel, se f.eks. Bernt 1981 side 5, Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen: Frihagens forvaltningsrett I, 2. utgave, Bergen 2010 (Bernt/Rasmussen 2010) side 320 og Erik Boe og Geir Woxholth: Forvaltning eller kontrakt: Det ene, det annet, begge deler eller ingen av delen? Innatt i Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år: Undring og erkjennelse, side 81–97. Bergen 2013, på side 90. Se også forutsetningsvis Forvaltningskomiteens innstilling side 236 andre spalte.

20 Sml. Bernt 1981 side 67.

21 Som referenten er inne på er nok forskjellene i avtaleretten og forvaltningsretten mindre i dag enn tidligere. Fortsatt er likevel fagene preget av disse tradisjonelle utgangspunktene.



utviklet med henblikk på forvaltningsrettens kjerneområde. De retningslinjer for domstolens prøving av for eksempel myndighetsmisbrukslæren blir enda mer vage og usikre når de skal anvendes mot privatrettslige avtaler.

Denne usikkerhet kan både gå ut over den *offentlige* og den *private avtaleparten*. Den *private kontraktsparten* må ta høyde for at den offentlige kontraktsparten kan gjøre gjeldende slike prinsipper som ugyldighetsgrunner. Det offentlige kan for eksempel hevde at salg av en tomt var heftet med et utenforliggende hensyn, og at avtalen av den grunn må settes til side som ugyldig. Ved en direkte anvendelse av forvaltningsrettens prinsipper, vil imidlertid også *trejdemenn* med rettslig interesse kunne gjøre gjeldende ugyldighetsgrunner. Den "forbigåtte" kjøper av tomten vil kunne påberope seg det utenforliggende hensynet som en ugyldighetsgrunn. Etter mitt syn er det grunn til å reise spørsmål om de hensyn som ligger bak myndighetsmisbrukslæren, kan bære den usikkerhet dette skaper for den private kontraktsparten når avtalen er av privatrettslig karakter.

Ugyldighetsinnsigelser kan også komme fra den *private kontraktsparten*, og da slik at ugyldigheten går ut over *det offentlige*. Som nevnt er forvaltningsrettens prinsipper og ugyldighetslære i liten grad utformet med tanke på å verne det offentliges forutberegnelighet. I tilfellet blir problemstillingen om det offentliges interesse er beskyttelsesverdig og eventuelt hvordan denne skal beskyttes. Også her blir det et spørsmål om de hensyn som begrunner forvaltningsrettens prinsipper kan bære den usikkerhet prinsippene vil skape for den offentlige kontraktsparten.

Som en konsekvens av at man verken i praksis eller juridisk teori har fokusert på rettsvirkningene av brudd på prinsippene, har disse spørsmålene i liten grad vært gjenstand for noen diskusjon. Dette har igjen ført til at mange i den juridiske teori gir uttrykk for at de forvaltningsrettslige prinsippene bør gis gradvis sterkere anvendelse jo sterkere det offentlige forfølger offentlige formål.<sup>22</sup> En slik konkret og rimelighetsbasert tilnærming vil bare forsterke usikkerheten for avtalens parter. Avtalens grunnleggende formål tilsier tvert i mot at ugyldighetsgrunners anvendelsesområde og innhold bør avklares best mulig.

Her ligger også mitt andre hovedbudskap – *en direkte anvendelse av forvaltningsrettens prinsipper som ugyldighetsgrunn mot det offentliges privatrettslige avtaler vil skape en ny og etter sitt innhold større usikkerhet. En slik utvikling bør etter mitt syn bare skje etter en analyse av om det er behov for å gi disse prinsippene ugyldighetsvirkninger og om dette behovet kan bære den usikkerhet prinsippene vil skape i avtaleforholdet.*

### 3. Kort om de ulike prinsippene

#### 3.1 Offentlighetsprinsippet

Jeg går da over til gjennomgangen av de ulike prinsippene og starter med *offentlighetsprinsippet*. Prinsippet om offentlighet har fått sin plass i den norske grunnloven § 100 femte ledd.<sup>23</sup> Bestemmelsen ble vedtatt ved en grunnlovsrevisjon høsten 2004, og lyder:

<sup>22</sup> Se f.eks. Graver 2007 side 85–86.  
<sup>23</sup> Se nærmere NOU 1999: 27 side 247.

«Enhver har rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter og til å følge forhandlingene i rettsmøter og folkevalgte organer. Det kan i lov fastsettes begrensninger i denne rett ut fra hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner.»

Retten til innsyn i dokumenter og tilstedeværelse i møter gjelder både ved myndighetsutøvelse og privatrettslige avtaler. Prinsippet snur også hjemmelskravet. Det er unntaket fra retten til innsyn og retten til tilstedeværelse som krever hjemmel.<sup>24</sup>

Nærmere regler om innsyn og unntak fra innsynsretten finner vi både i forvaltningsloven og offentlighetsloven. Siden kommunens privatrettslige avtaler ikke innebærer noen *myndighetsutøvelse*, gjelder ikke forvaltningslovens regler om partsoffentlighet direkte.<sup>25</sup> For de privatrettslige avtalene er det derfor unntakshjemlene i offentleglova som er aktuelle.<sup>26</sup> Situasjonen for offentlighetsprinsippet er rimelig avklart. Prinsippet gjelder for de privatrettslige avtalene. Det finnes unntak fra innsynsrett, og noen av disse vil nok være særlig aktuelle for slike disposisjoner.<sup>27</sup> Dette er imidlertid primært alminnelige lovtolkningsspørsmål.

Verken grunnloven eller offentleglova regulerer *rettsvirkningen* av at noen ikke er gitt det innsyn de har krav på. Det er likevel antatt at slike regelbrudd vanskelig kan lede til ugyldighet.<sup>28</sup> En avtale kan med andre ord neppe settes til side som ugyldig selv om private part ulovlig ble nektet dokumentinnsyn. Derimot vil for eksempel avtalerettens opplysningsplikt oppstille en grense for hva det offentlige kan holde skjult for sine kontraktspartener. Manglende innsyn etter offentleglova kan også møtes med både klage og eventuelt søksmål.<sup>29</sup> I forbindelse med søksmål kan det også tenkes å bli reist erstatningskrav. På grunn av den rettsvirkning rettsbrudd får, er det uproblematisk å gi prinsippet en generell anvendelse også inn mot privatrettslige avtaler.

### 3.2 Legalitetsprinsippet

Frem til 2014 har det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet ikke vært skriftfestet som noen generell norm i norsk rett.<sup>30</sup> Det har også vært uenighet i den juridiske teori om hva som

<sup>24</sup> Se nærmere NOU 1999: 27 side 248–249.

<sup>25</sup> Se forvaltningsloven § 3, jf. § 2. Det foreligger ikke noen praksis for å anvende disse reglene analogisk mot privatrettslige avtaler. I norsk rett har vi meg bekjent bare ett eksempel på at Høyesterett har anvendt forvaltningslovens innsynsregler analogisk hvor det ikke forelå myndighetsutøvelse, se Rt. 1977 side 1035 (Sykejournal). Saken angikk innsyn i egen pasientjournal og har liten overføringsverdi til privatrettslige avtaler. Se likevel JDLOV-2005-2048 (Dykkersaken) som angikk en saksbehandling i tilknytning til en privatrettslig disposisjon. Temaet var likevel ikke noen avtale.

<sup>26</sup> Offentleglova gjentar for eksempel grunnlovens utgangspunkt, se offentleglova § 3. I loven presiseres også en rekke detaljer omkring selve innsynet.

<sup>27</sup> Et eksempel på dette er offentleglova § 23 som gjelder unntak for innsyn av hensyn til det offentliges forhandlingsposisjon.

<sup>28</sup> Se slik f.eks. Arvid Frihagen: Avtaler med forvaltningsmyndighetene. Bergen 1977, side 77.

<sup>29</sup> Det mest praktiske er nok klage etter offentleglova § 32. En slik klage er særlig effektiv i kommunal og fylkeskommunal sammenheng hvor avgjørelse i klagesak også er grunnlag for tvangsfullbyrdelse, jf. fjerde ledd.

<sup>30</sup> Det strafferettslige legalitetsprinsippet følger av grunnloven § 96. I grunnloven § 99 første ledd gjaldt det også et særlig lovkrav for fengsling og arrest.

begrunner dette prinsippet og dermed også hvilket innhold prinsippet har.<sup>31</sup> I mai 2014 ble den norske grunnloven endret og det fremgår i dag av § 113:

«Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.»

Selve prinsippet er i dag med andre ord grunnlovsfestet.<sup>32</sup> Selv om prinsippet dermed har samme status som offentlighetsprinsippet, er spørsmålene som reiser seg forskjellige. Det kan nemlig problematiseres om det offentliges privatrettslige disposisjoner overhode kan utgjøre noe *inngrep* overfor den enkelte.

Skal legalitetsprinsippet ha noen funksjon som *ugyldighetsregel*, er forutsetningen at det offentlige og den private ellers har opptrådt på en måte som skaper en rettslig forpliktende avtale. Private part har samtykket til avtalen. Om prinsippet skal lede til at avtalen er ugyldig, må vel situasjonen være at private part etter at avtalen er sluttet mener den er så ubalansert eller urimelig at den utgjør et *inngrep*. I norsk rett er jeg ikke kjent med eksempler på at prinsippet har vært diskutert eller anvendt i slike tilfeller.<sup>33</sup> Etter mitt syn er det også problematisk å tenke seg at legalitetsprinsippet, som er ment å verne borgerens frihet, skal innskrenke den private parts frihet til å inngå avtaler. Gis prinsippet en slik funksjon, vil det få en uklar begrunnelse og vurderingstema. Noe reelt behov for å bruke prinsippet på denne måten, kan jeg heller ikke se. I forarbeidene til den nye grunnlovsbestemmelsen heter det da også:<sup>34</sup>

«Dette utelukker derfor ikke at offentlige myndigheter kan inngå avtale med private parter, også om utøvelse av den offentlige myndighet. For disse tilfellene vil det være et spørsmål om avtalen kan være gyldig, forstått på bakgrunn av de aktuelle rettsregler på området. Uansett vil den private part her ha benyttet seg av sin avtalefrihet til å inngå avtaler med den hun eller han måtte ønske. Disse tilfellene faller således utenfor det som legalitetsprinsippet tar sikte på å regulere. Slike avtaler vil være regulert av andre rettsregler enn legalitetsprinsippet.»

Legalitetsprinsippet kan også tenkes påberopt som *pliktregel*. Her kan faktum i Rt. 1964 side 534 (Kornforretning) illustrere hvordan prinsippet kan tenkes å få anvendelse. Gjennom lov var staten gitt enerett til innførsel og kjøp fra norske tilvirkere av kraftfor. Staten hadde valgt å oppstille nye og strengere vilkår for å levere til grossistene. En grossist som ikke ville klare å oppfylle vilkårene, gikk til sak med påstand om at staten var uberettiget til å oppstille noen av de aktuelle vilkårene. Private part anførte blant annet at manglende vilje til å kontrahere med de tidligere angitte vilkår utgjorde et inngrep, og at legalitetsprinsippet dermed kunne brukes for

31 Om mitt mer generelle syn på legalitetsprinsippet i norsk rett, se Roald Hopsnes/Raymond Solberg: Legalitetsprinsippet, Jussens Venner 2005 side 77–155 (Hopsnes/Solberg JV 2005) særlig på side 80–85 og 89–100. Se også f.eks. Alf Petter Høgberg/Morten Kinander: Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren, Tidsskrift for Rettsvitenskap 2011 side 15–55 og Eivind Smith: «Formalisme, konstruktivisme, begrepsjurisprudens og syntetisk rettsvitenskap? Enda litt mer om (ulike formuleringer av) kravet om «hjemmel i lov», Festskrift til Erik Boe, side 296–313. Se omtale av denne diskusjonen også i Dokument 16 (2011–2012) side 247–248. For motsatte syn på de hensyn som gjør seg gjeldende, se f.eks. Aulstad 2005 side 110–120.

32 Grunnlovsfestingen bygger også på det man kan kalle den tradisjonelle formuleringen av prinsippet, se Dokument 16 (2011–2012) side 247 og 249.

33 Giertsen 2014 side 6 må vel også tolkes slik at legalitetsprinsippet ikke kan utgjøre noe ugyldighetsgrunn hvor private part har samtykket på det privatrettslige området.

34 Dokument 16 (2011–2012) side 249 andre spalte.

å fastslå en kontraheringsplikt. Grossisten fikk medhold under dissens 3-2. En av dommerne som tilhørte flertallet mente avtalevilkårene var i strid med legalitetsprinsippet, mens verken mindretallet eller de to andre dommerne som hørte til flertallet knyttet vurderingen opp mot legalitetsprinsippet. Jeg er heller ikke kjent med annen praksis hvor legalitetsprinsippet har vært brukt som pliktregel mot privatrettslige avtaler. Riktignok har enkelte forfattere argumentert for at prinsippet kan brukes på denne måten.<sup>35</sup> Dette var nok naturlig i en periode hvor både privatrettens og offentlig rettens ugyldighetsregler var dårligere utviklet enn i dag. I dag vil konkurranseloven, vilkårsloven og ulovfestede regler om monopolmisbruk være langt bedre instrumenter for å begrense det offentlige som kontraktsparts misbruk av makt.

Etter mitt syn er det derfor ikke noen grunn til å gi legalitetsprinsippet anvendelse mot det offentlige privatrettslige avtaler.<sup>36</sup>

### 3.3 Myndighetsmisbrukslæren

Myndighetsmisbrukslæren inneholder i norsk rett fire ulike prinsipper som henger nøye sammen. Et forbud mot å ta *utenforliggende hensyn*, et forbud mot å treffe avgjørelser bygget på *usaklig forskjellsbehandling*, et forbud mot å treffe *vilkårlige* avgjørelser og et forbud mot å treffe avgjørelser som etter sitt innhold er *åpenbart urimelig*.<sup>37</sup> Prinsippene er ulovfestede og utviklet gjennom et samspill mellom juridisk teori og rettspraksis.<sup>38</sup> Det nærmere innholdet i disse prøvingsinstrumentene er noe omstridt,<sup>39</sup> men grovt sagt har myndighetsmisbrukslæren de samme funksjonene som prinsippene referenten omtalte som jämlikhetsprinsippet, ändamålsbundenhetsprinsippet, objektivitetsprinsippet og proportionalitetsprinsippet.

Tradisjonelt var det antatt at myndighetsmisbrukslæren ikke gjaldt for det offentlige privatrettslige disposisjoner.<sup>40</sup> I dag er nok den vanligste oppfatning i den juridiske teorien likevel at prinsippene gjelder som generelle skranke for offentlige beslutninger, men at prøvingsintensiteten er mer begrenset ved privatrettslige disposisjoner.<sup>41</sup> En slik forståelse har

35 Se tilsvarende konklusjon i Dokument 16 (2011–2012) side 249 andre spalte. Også Rt. 1997 side 1210 er naturlig å forstå på denne måten.

36 Jeg har tidligere drøftet disse spørsmålene nærmere i nevnte artikkel Hopsnes/Solberg JV 2005 side 121–123.

37 Se slik f.eks. Johan Greger Aulstad: Ny Høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (HR-2008-695-A), Jussens Venner 2008 side 262–273 (Aulstad JV 2008), på side 262–264, Bernt/Overå/Hove 2002 side 2001 side 91, Erik Boe: Innføring i juss, Bind 2, Statsrett og forvaltningsrett, Oslo 1993, side 705 og Eivind Smith: Om fordeling av økonomiske goder i forvaltningsretten, Jussens Venner 1978 (Smith JV 1978) side 115–146, på side 145.

38 Prinsippene kan blant annet utledes av Høyesteretts dommer innlagt i Rt. 1957 side 828, Rt. 1979 side 1179 (på side 1182), Rt. 1995 side 72 (på side 77), Rt. 2007 side 257 (Trallfa) avsnitt 36 og Rt. 2011 side 304 (Boplikt) avsnitt 55. Fra den juridiske teori kan nevnes Ragnar Knoph: Hensiktens betydning for grensen mellom rett og urett, Kristiania 1921 (Knoph 1921), Bernt TIR 1978 side 241–348 og Boe TIR 1978 side 349–401.

39 Se for eksempel Bernt TIR side 241–348, Bernt/Overå/Hove 2002 side 92 og Boe TIR 1978 side 349–401.

40 Castberg 1955 side 204–205 og Torstein Eckhoff: Rettfærdighet og rettsikkerhet, Artikler samlet i anledning professor Eckhoffs 50-årsdag, 5. juni 1966, Oslo 1966, på side 304. Av underrettspraksis kan jeg nevne RG 1960 side 135 (NA) og RG 1961 side 410. Det foreligger flere høyesterettsdommer hvor en anvendelse av disse lærene kunne vært aktuelle, men hvor det likevel ikke finnes spor av dem i dommen. Se slik f.eks. Rt. 1907 side 139, Rt. 1931 side 882, Rt. 1931 side 241 (Kristiania Sporveisselskap), Rt. 1939 side 728 (Gamlehjemsavtalen) og Rt. 1940 side 327 (Hallo – Hallo).

41 Forst ut med å hevde at prinsippene gjaldt generelt var trolig Frihagen, se Arvid Frihagen: Forvaltningsrett, Bind 1, 2. utgave, Bergen 1977 side 30, se også på 63 og 70–71. I dag hevdes lignende synspunkt av f.eks. Bernt TIR 1978 side 294, Graver 2007 side 112, Bernt/Overå/Hove 2002 side 86 og 91–92, Kristiansen 1998 side 36 og Olav Marius Øyehaug: Forvaltningsavtaler – særlig om avtaler vedrørende bruk av offentlig myndighet, Tidsskrift for forretningsjus 1998, side 19–73, på side 25. Dette synspunktet er likevel ikke enerådende, se f.eks. Erik Boe: Innføring i juss, Bind 2, Statsrett og forvaltningsrett, Oslo 1993, side 808, Aulstad 2005 side 58–59 og Smith JV 1978 side 145.

også støtte i praksis både fra Sivilombudsmannen og Justisdepartementets lovavdeling.<sup>42</sup> Også i to nyere høyesterettsavgjørelser er det forutsatt at i alle fall deler av myndighetsmisbrukslæren har betydning også for privatrettslige disposisjoner.<sup>43</sup> Mye tyder nok derfor på at rettstilstanden går i retning av at myndighetsmisbrukslærens prinsipper gjelder som en generell skranke for offentlige disposisjoner, herunder privatrettslige avtaler.<sup>44</sup> Etter mitt syn finnes det relevante innvendinger mot en slik utvikling. En domstolsprøving i medhold av slike vage normer vil utfordre maktfordelingen mellom utøvende forvaltningsorgan og domstolene. Særlig hvis prøvingen intensiveres. Viktigere er det likevel at domstolsprøving i medhold av slike prinsipper kan gi grunnlag for stivbeint og uønsket forvaltning av fellesskapets ressurser.<sup>45</sup>

Selv om disse prinsippene trolig gjelder, er det ikke gitt hvilke rettsvirkninger som skal knyttes til rettsbrudd. Rettsvirkningsspørsmålet har i liten grad vært omtalt i norsk teori. Heller ikke i de to nevnte dommene fra Høyesterett er dette berørt.<sup>46</sup> Meg bekjent har vi heller ingen andre høyesterettsavgjørelser i norsk rett hvor disse prinsippene er anvendt for å sette en privatrettslig avtale til side som ugyldig. Dersom brudd på disse prinsippene kan utgjøre en ugyldighetsgrunn til private parts ugunst, vil dette utgjøre en ny og mulig sterk ugyldighetsgrunn. Etter mitt syn medfører dette en uheldig usikkerhet inn i avtaleforholdet og jeg kan ikke se vektige grunner til å gi disse prinsippene ugyldighetsvirkninger. Det er tilstrekkelig at brudd blir sanksjonert gjennom erstatningsansvar eller krav på opphør av rettsbrudd.<sup>47</sup>

### 3.4 Rettsikkerhetsprinsippet

I norsk rett finner vi verken i grunnloven eller på lovsnivå noen kodifisering av et generelt rettsikkerhetsprinsipp.<sup>48</sup> Vi har likevel en rekke regler som tar sikte på å sikre borgernes rettsikkerhet, kanskje særlig i forvaltningsloven. Disse reglens betydning for privatrettslige avtaler vil bero på tolkning av den enkelte regel.

Starter vi med *habilitet*, vil både forvaltningslovens og kommunelovens regler gjelde uavhengig av disposisjonens art.<sup>49</sup> Disse reglene gjelder derfor på samme måte mot det offentliges privatrettslige disposisjoner. Brudd på disse reglene vil også kunne ha ugyldighetsvirkninger.

Forvaltningens utredningsplikt og partenes rett til kontradiksjon i forvaltningsprosesser fremgår av forvaltningsloven §§ 16 og 17. Disse bestemmelsene gjelder direkte bare for myndighetsutøvelse, og dermed ikke for privatrettslige avtaler.<sup>50</sup> I norsk rett har det likevel vært en diskusjon om det gjelder et alminnelig krav til *forsvarlig saksbehandling* som da også vil gjelde i forbindelse med privatrettslige avtaler. I dette kravet vil det naturlig ligge en utredningsplikt og visse krav til kontradiksjon. Synspunktene har variert noe i den juridiske

42 Se f.eks. SOMB-1998-94 (Forretningsnektelse), SOMB-1993-49 (Handlingvirksomhet), SOMB-2009-7 (Torget i Bergen), SOMB-2009-4 (Båt plass), LDLOV-1987-837 (Televerket) og LDLOV-2002-6618 (Kultur støtte).

43 Se Rt. 2009 side 1356 (Nordea) avsnitt 31 og Rt. 2012 side 1444 avsnitt 53.

44 Se nærmere om denne utviklingen i Roald Hopsnes: Myndighetsmisbrukslæren som rettslig skranke for forvaltningssorgans avtaleinngåelser? Festskrift til Erik Boe, Oslo 2013 side 173-201 (Hopsnes 2013), på side 177-185.

45 Se noen eksempler på uheldige konsekvenser av dette i Hopsnes 2013 side 191-194.

46 Tvert i mot uttalte førstvoterende i Rt. 2009 side 1356 (Nordea) avsnitt 31 at han ikke hadde foranledning til å utvikle disse prinsippene.

47 Se nærmere Hopsnes 2013 side 197-201.

48 Se nærmere Bernt/Rasmussen 2010 side 46 hvor forfatterne presenterer rettsikkerhet som verdi og deretter gjennomgår de ulike reglene som ivaretar denne verdien. Sml. Graver 2007 side 68.

49 Se forvaltningsloven § 6 flg. og kommuneloven § 40 nr. 3.

50 Se forvaltningsloven § 3 første ledd.

teori<sup>51</sup> og det foreligger sparsomt med praksis omkring disse spørsmålene.<sup>52</sup> Førstvoterende i den nevnte Rt. 2009 side 1356 (Nordea) tar som utgangspunkt at «staten forventes å utøve også sin private autonomi i tråd med god forvaltningsskikk».<sup>53</sup> Om dette er noe domstolen har kompetanse til å prøve, er ikke helt klart. Det er heller ikke klart om brudd på denne normen, kan påberopes som ugyldighetsgrunn. I denne sammenhengen kan disse spørsmålene ikke følges nærmere.<sup>54</sup> Jeg må nøye meg med å påpeke at man her står overfor de samme problemstillingene som for myndighetsmisbrukslæren. Er det nødvendig og ønskelig med en domstolsprøving av slike krav om forsvarlig saksbehandling også ved inngåelse av privatrettslige avtaler?<sup>55</sup> Og hvis det gjelder slike prinsipper, hvilke rettsvirkninger er det naturlig å gi regelbrudd?

### 3.5 Vern av berettigede forventninger

Som nevnt er det i norsk forvaltningsrett heller ikke gitt noe generelt rettsvern om berettigede forventninger. Derimot har vi flere rettsregler som tar sikte på å verne om private parts forventninger. Sentral er regelen som gjelder i koblingen mellom brudd på kompetanseregler og ugyldighet hvor domstolene blant annet prøver om bortfall av vedtaket vil virke urimelig overfor private part.<sup>56</sup> I dette bildet er det også naturlig å vise til forutsetningen i forvaltningsloven § 35 om at omgjøring av enkeltvedtak krever hjemmel. Denne begrensningen verner om de forventninger private parter har til forvaltningens enkeltvedtak. En beskyttelse av berettigede forventninger ligger det også i Grunnloven § 97, som oppstiller et forbud mot tilbakevirkende lover.<sup>57</sup> Det er derfor ikke sikkert forskjellen mellom finsk og norsk blir så stor. I denne sammenhengen er det imidlertid ikke rom for å forfølge dette nærmere.

## 4. Oppsummering

Etter denne gjennomgangen er det grunnlag for å presentere det tredje og siste poenget mitt. De ulike prinsippene reiser ulike problemstillinger og har ulike funksjoner. Mens noen av prinsippene får anvendelse også for forvaltningens privatrettslige disposisjoner, er situasjonen en annen for flere av de andre prinsippene. Mens noen av prinsippene kan tenkes å ha ugyldighetsvirkninger, kan f.eks. offentlighetsprinsippet vanskelig kan tenkes en slik rettsvirkning. *Det er med andre ord ikke mulig verken å drøfte eller besvare problemstillingen samlet. Hvert enkelt prinsipp må analyseres isolert.*

Og for å repetere de to første poengene. Etter mitt syn er det helt sentralt å se hen til hvilke *rettsvirkninger brudd på prinsippene* skal ha før man analyserer om de skal gis anvendelse. De hensyn som gjør seg gjeldende er forskjellige om prinsippene gis

51 Se f.eks. Marius Stub: Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet. Oslo 2011 (Stub 2011) side 357-392 på den ene siden og Graver 2007 side 79 flg. og Kyrre Grimstad og Siri Halvorsen: Forvaltningsloven i kommunene, veiledning og kommentarer. Oslo 2011, side 77-81 på den andre.

52 Se likevel f.eks. SOMB-2009-9 (Svømmehall) og JDLOV-2005-2048 (Nordsjødykker).

53 Se avsnitt 31. Se også Rt. 1999 side 1517 (Selbusjøen).

54 Se nærmere analyse av dommen i Stub 2011 side 376.

55 Stub 2011 er inne på disse spørsmålene på side 389-391.

56 Se nærmere for eksempel Bernt/Rasmussen 2010 side 105-107. Graver 2007 side 606. Eckhoff 2010 side 487 og 496 flg.

57 Se f.eks. i Rt. 2013 side 1345 (Strukturvote) hvor Høyesteretts flertall legger til grunn at en begunstiget etter et forvaltningsvedtak hadde et mulig vern mot endringer. se særlig avsnitt 78.

ugyldighetsvirkninger eller f.eks. bare kan gi grunnlag for et erstatningskrav mot det offentlige. Når en anvendelse av forvaltningsrettens prinsipper mot privatrettslige disposisjoner vil skape utfordringer, har det særlig sammenheng med prinsippenes vage karakter. En ugyldighetsprøving for domstolene med slike prinsipper vil utgjøre en etterfølgende kontroll. Dersom brudd da kan gjøre avtalen ugyldig, skaper dette en uheldig usikkerhet i avtaleforholdet. En slik usikkerhet bør i alle fall ha en god begrunnelse. I de drøftelsene av temaet som jeg har sett, har man etter mitt syn i for liten grad tatt opp disse spørsmålene.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, hovrättsrådet professor *Tom Madell*, Sverige:

Ämnet "I hvilken grad kan eller bør forvaltningsrettslige prinsipper gjelde når det offentlige opptre som privat aktør?" rör frågor som även tidigare varit föremål för diskussion vid de Nordiska juristmötena, bl.a. vid det 28:e mötet i Köpenhamn 1978 genom ämnet "Offentlige forvaltningsorganer som aftalepartnere" med professor Toivo Holopainen som referent och vid det 33:e mötet 1993, också det i Köpenhamn, genom gruppdiskussionen "Privatisering af offentlige funktioner – muligheder og grænser" under ledning av bl.a. dåvarande lagstiftningsrådet Heikki Kanninen.

Under de tjugo år som gått sedan dess har vi sett en omfattande omdaning i synen på privatisering, där privata aktörer numer snarare är regel än undantag inom driften av en rad offentliga uppgifter.<sup>58</sup> Inte minst har reglerna om offentlig upphandling, konkurrens, statsstöd och andra från EU-rätten stammande principer i stor utsträckning kommit att påverka offentliga organ i deras avtalslutande.

Det här har lett till att de frågor som aktualiseras vid det allmännas avtalslutande idag är mer komplicerade och att ämnet är mer aktuellt än någonsin tidigare. En sådan fråga är dagens diskussionstema, dvs. de förvaltningsrättsliga principernas roll vid avtalslutandet. Frågan är intressant inte minst med tanke på att såväl förvaltningsrättsliga principer som avtalsrättsliga regler riskerar att hamna i skymundan i förhållande till de detaljerade och stundtals komplicerade procedurregler som gäller för offentlig upphandling.

Referenten, *professor Olli Mäenpää* inledde sektionsmötet med en genomgång av huvudteserna i sitt referat och koreferenten, *stipendiat Roald Hopsnes*, följde upp med det referat som presenterats ovan. De inledande referaten följdes av en intensiv debatt med följande inlägg.

Videnskabelig assistent *Frederik Waage*, Danmark:

*A. Sondring mellem staten som myndighedsudøver og part i private retsforhold*

Når offentlige myndigheder optræder som retlige aktører sondres der i dansk ret undertiden mellem tilfælde, hvor det offentlige optræder som myndighedsudøver og tilfælde, hvor det

<sup>58</sup> Det kan finnas skäl att påminna om att den svenske lagstifaren i början av 1990-talet ansåg det vara nödvändigt att i bl.a. kommunallagen, socialtjänstlagen och tandvårdslagen uttryckligen ange att driften av olika verksamheter fick lämnas över till enskild, se prop. 1992/93:43. Ökad konkurrens i kommunal verksamhet.

offentlige optræder som en "almindelig" part i et privat retsforhold.<sup>59</sup> Sondringen myndighedsudøver/privat part manifesterer sig f.eks. i forhold til den varierende culpanorm, der gælder for offentlige myndigheds erstatningsansvar, afhængigt af, om det offentlige optræder som aktør på henholdsvis det eksklusive og det fælles skadevolderområde.<sup>60</sup> Culpaansvaret betragtes i almindelighed som mildere på områder, hvor det offentlige optræder eksklusivt som myndighed, mens det offentlige må måles efter den almindelige privatretlige målestok, når det offentlige optræder "rent" privatretligt på det fælles skadevolderområde.<sup>61</sup>

Sondringen myndighed/privat part er også relevant i forhold til spørgsmålet om de forvaltningsretlige reglers virkninger, når det offentlige optræder som aktør på det privatretlige område. I en ældre kommentar til en dansk højesteretsdom fra 1958 anførte højesteretsdommer Jørgen Trolle således, at kommunerne og staten havde mange arter af ejendomme og virksomheder, som lignede private ejendomme/virksomheder. Trolle nævnte som eksempel udlejningsejendomme og kommunale udsalg. Som en ganske almindelig vejledning opstillede Trolle den sætning, at jo mere en ting eller virksomhed lignede en privat ting eller virksomhed, jo nærmere var rådigheden for staten som privat ejer diskretionær.<sup>62</sup>

Jørgen Mathiassen konstaterede tilsvarende i sin disputats om aftaler i forvaltningsretten fra 1974, at en myndighed som kontraktspart ikke havde den samme frihed som private parter.<sup>63</sup> Mathiassen konkluderede, at navnlig i de tilfælde hvor det offentlige substituerede en forvaltningsakt med en aftale, var det offentlige i videre omfang bundet af forvaltningsretten, herunder ikke mindst lighedsprincippet og magtfordrejningsgrundsætningen.

I retspraksis kan denne opfattelse ses manifesteret i U 2007.2522 V, hvor en kommune var ejer og udlejer af en grund, hvor der var opført et butikcenter. En lejeaftale med en forretningsdrivende indeholdt en bestemmelse om sikring af et varieret udbud af forretninger på grunden. Retten fandt, at aftalen efter sin karakter var en privatretlig disposition. Bestemmelsen i aftalen om det varierede udbud af forretninger, og kommunens håndhævelse af bestemmelsen, havde imidlertid en sådan lighed med egentlig myndighedsudøvelse efter planloven, at kommunen i sin forvaltning af kontrakterne var underlagt almindelige forvaltningsretlige principper.

Sammenfattende må det således nok konstateres, at offentligretlige principper i videre omfang normerer det offentliges optræden som myndighedsudøver sammenlignet med når det offentliges optræder som part i private retsforhold "på det private marked".

#### *B. Har forvaltningsretten "direkte virkning?" Forvaltningsretlige konturer i civilretten*

I referatet (s. 283) omtales de privatretlige principper som f.eks. principperne til beskyttelse af den svagere part (i dansk ret f.eks. kodificeret ved aftalelovens § 36) og det privatretlige

59 Sondringen er identisk eller har i hvert fald har meget til fælles med den fra folkeretten velkendte sondring mellem myndighedens optræden "jure imperii og jure gestionis" der som bekendt er bestemmende for, om fremmede myndigheder er immune over for søgsmål i folkeretten. Med jure imperii forstås en myndighedshandling, og med jure gestionis forstås "en handling, en privat person også kan udføre" eller en "privatretlig disposition". Jf. Ole Spierman, *Moderne Folkeret*, 2006, s. 302.

60 Jf. Vibe Ullbeck, *Offentlige myndigheds erstatningsansvar – Sondringen mellem det privatretlige og det offentligretlige ansvar*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 04/05-2013. Se på den anden side Henning Skovgaard, *Offentlige myndigheds erstatningsansvar*, hvor det hævdes, at sondringen ikke har nogen retsdogmatisk relevans i dansk ret.

61 Også på flere andre områder, navnlig i civilprocessen opererer dansk ret med en sondring mellem det offentlige som myndighedsudøver og privat part. Se retsplejelovens § 411 og retsafgiftslovens § 1, stk. 4, 2.pkt. og § 2, stk. 3, 2. pkt.

62 Jørgen Trolle, *Magtfordrejning og det offentliges "private Ejendomsret"*, Festskrift til Poul Andersen, 1958, s. 417 f.

63 Jørgen Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten, med særligt henblik på aftaler mellem forvaltningsmyndigheder og private*, 1974, se f.eks. s. 609.



loyalitetsprincip.<sup>64</sup> Disse principper gælder både for private borgere, og for offentlige myndigheder, der optræder som parter i private retsforhold. Hertil kan det tilføjes, at det meget længe i den danske juridiske litteratur har været fremhævet, at aftalerettens lovregler og grundsætninger også yder en vis beskyttelse mellem *private* parter, der svarer til den beskyttelse, der kan udledes af de forvaltningsretlige principper.<sup>65</sup> Visse forvaltningsretlige figurer indpasses altså her analogt i en civilretlig kontekst. N.P. Madsen Mygdal omtalte i en artikel fra 1951 med overskriften "Magtfordrejning i civilretten" et eksempel hvor en pantekreditor havde det i sin magt at bestemme, at et tab skulle overvæltes på nogle af pantsætterne, mens andre helt skulle gå fri.<sup>66</sup> Løsning på problemet var her at lade den stærke part i aftaleforholdet, altså pantekreditor, være bundet af nogle retsgrundsætninger der var analoge med de, der kendtes fra forvaltningsretten. Som eksempel fra retspraksis på lighedsgrundsætningens anvendelse kan henvises til U 1975.248 V, hvor et privat andelsselskab der drev elforsyning, fandtes at skulle ligebehandle andre private kunder, idet selskabet havde en monopolstilling.

Det er tilsvarende antaget, at den formueretlige oplysningsforpligtelse tager form efter hvem parterne er – og at der under visse omstændighederne kan forventes *mere* af de offentlige myndigheder. Forholdet mellem forvaltningsretlige regler og principper og aftaleretten kan efter denne forståelse anskues på den måde, at forvaltningsretten og aftaleretten er adskilte discipliner, hvorfor forvaltningsretlige principper i overensstemmelse med legalitetsprincippet ikke kan have forpligtende virkning over for private i aftaleretten uden lovhjemmel eller hjemmel i kontraktgrundlaget. I tilfælde hvor det offentlige tilsvarende optræder "rent privatretligt", kan forvaltningsretten altså ikke siges at have direkte virkning i civilretten, idet man overlades til analogt at operere med den civilretlige magtfordrejningslære mv., såfremt den private aktør indtager en dominerende stilling/monopolstilling.

Når det offentlige derimod i videre omfang indtager rollen som myndighedsudøver, vil aftaleretten (loyalitetsspligten, oplysningspligten) slet ikke analogt kunne rumme de mange forskellige regler og grundsætninger, der er udviklet i forvaltningsretten, således at de problemer, der opstår, kan løses ved en udvidende fortolkning af de privatretlige principper. Her må forvaltningsretlige grundsætninger slå igennem direkte.

Man kan i hvert fald konstatere, at de danske domstole i en række tilfælde lader forvaltningsretten have direkte virkning i aftaleretlig sammenhæng. Det klareste eksempel er vel på området for det offentliges ansættelsesretlige dispositioner, hvor den offentlige myndighed i henhold til retspraksis både er underlagt et offentligretligt og et privatretligt regelsæt. En række forvaltningsretlige regler og grundsætninger finder anvendelse her. På dette område rækker det altså ikke alene at betjene sig af et rent aftaleretligt "forvaltningsretligt præget" loyalitetsprincip.

Sammenfattende er retstillingen i dansk ret kompliceret og der kan ikke opstilles nogen klar doktrin for, hvornår en forvaltningsretlig regel kan have civilretlig virkning, selvom ovennævnte sondring mellem det offentlige som myndighedsudøver og part i private retsforhold må betragtes som central.

<sup>64</sup> Ved det nordiske juristmøde i 2011 behandlede emnet "Loyalitetsprincippet – et institut med fremtid i avtalsrätten".

<sup>65</sup> Om retsmisbrug mv., se Mads Bryde Andersen, Grundlæggende aftaleret, 4. udgave, 2013, s. 460.

<sup>66</sup> Jf. Madsen Mygdal, Magtfordrejning i civilretten, Festskrift til Henry Ussing, 1951, s. 348 ff.

Professor *Palle Bo Madsen*, Danmark:

Tak for et par vældig inspirerende oplæg fra både referent og koreferent.

Jeg vil gerne supplere med nogle få kommentarer hertil set fra en dansk vinkel – uden at jeg dog nødvendigvis tør hævde at tale på alle mine landsmænds vegne.

Et første spørgsmål, som referenten rejser, er, om den private part kan påberåbe sig forvaltningsretlige principper, når det offentlige optræder som privat aktør og indgår privatretlige aftaler på et økonomisk marked.

Her må man for mig at se skelne mellem på den ene side den situation, hvor kontrakten er et alternativ til en forvaltningsakt/forvaltningsbeslut, og på den anden side den situation, hvor kontrakten er det eneste middel til at opnå et ønsket resultat, hvad enten dette så er båret af offentlige hensyn eller ej. Som referenten rigtigt påpeger, er virkeligheden givetvis mere facetteret end som så, men spørgsmålet om det offentliges større eller mindre magtposition må i alle tilfælde stå centralt for besvarelsen af det stillede spørgsmål.

I den situation, hvor det offentlige agerer på et konkurrenceudsat marked og på markedets almindelige kommercielle vilkår, er det offentlige i princippet blot en markedsaktør på linje med alle andre private aktører. Også her bør man vel kunne forvente, at det offentlige – i hvert fald hvor det optræder som forvaltningsorgan – iagttager almindelige forvaltningsretlige hensyn til saglighed etc. i de beslutninger, som ligger forud for en aftaleindgåelse, men den private medkontrahent er her i en situation, hvor han blot kan sige nej, hvis tilbuddet fra det offentlige ikke er konkurrencedygtigt. Medkontrahentens behov for at kunne påberåbe sig forvaltningsretlige principper over for den offentlige part er derfor ikke så stort.

En anden situation foreligger, hvor det offentlige i sin egenskab af myndighed har magtmidler til om nødvendigt at gennemtvinge bestemte løsninger, hvor disse ikke kan opnås ad frivillighedens vej. Her vil det offentlige forud for en aftaleindgåelse stå i en så stærk forhandlingsposition overfor private borgere og virksomheder, at der er behov for nogle særlige retssikkerhedsgarantier, som her nærliggende må inddrage såvel forvaltningsretlige som privatretlige regler og principper.

I begge situationer, dvs. uanset om det offentlige har indgået aftalen med sine myndighedsbeføjelser i baghånden eller ej, kan det offentlige tænkes bagefter – efter at aftale er indgået – at bruge sin myndighed til at ændre på den privatretlige aftales forudsætninger eller konsekvenser, og i så fald er der ligeledes behov for særlige retssikkerhedsgarantier, som også kan være forvaltningsretlige, men som i denne situation nok ofte mere nærliggende vil bygge på almindelige kontraktretlige principper om *pacta sunt servanda* etc.

I de tilfælde, hvor det offentlige reelt både er magtudøver (aktuelt eller potentielt) og samtidig optræder som et privatretligt retssubjekt, vil der således med varierende vægtning kunne være brug for både forvaltningsretlige og privatretlige kontrolmekanismer. Det ene udelukker efter min opfattelse ikke det andet.

Helt generelt bør private borgeres eller virksomheders retsstilling ikke forringes som følge af, at det offentlige selv vælger at foretage en retlig "transformation" enten fra magtudøver til markedsaktør (ved at vælge forvaltningskontrakt frem for forvaltningsakt) eller omvendt fra markedsaktør til magtudøver (ved at træffe efterfølgende myndighedsbeslutninger af betydning for kontraktgrundlaget).

Et andet spørgsmål, som navnlig koreferenten var inde på, er, om det offentlige kan påberåbe sig forvaltningsretlige principper som begrundelse for ikke at være bundet af en indgået aftale, hvis en beslutning om at kontrahere eksempelvis mangler hjemmel, eller hvis

den optrædende myndighed konkret savner kompetence til at handle.

Hvis der foreligger en klar mangel i hjemmel- eller kompetencegrundlaget fra det offentliges side, er det min opfattelse, at dette i dansk ret vil betragtes som en stærk ugyldighedsgrund, således at medkontrahentens gode tro ikke tillægges afgørende betydning. Kun hvis der objektivt set er tvivl om grænserne for hjemlen og kompetencen, eller hvor der er tale om mere formelle tilblivelsesmangler, kan man efter omstændighederne tillægge medkontrahentens gode tro eller berettigede forventninger nogen betydning.

Endelig vil jeg ganske kort kommentere en tredje dimension i tillæg til den forvaltningsretlige og den aftaleretlige, nemlig den omstændighed at det offentlige, hvor det agerer i aktuel eller potentiel konkurrence med private virksomheder, kan blive mødt med et krav om overholdelse af almindelige konkurrenceretlige regler og principper. I den forbindelse skal det særligt bemærkes, at det ikke er afgørende for det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb, om aktiviteten udøves af en virksomhed i privatretlig forstand eller af et forvaltningsorgan, idet det afgørende her alene er karakteren af den økonomiske aktivitet.

Helt principielt må det være sådan, at det offentlige, når det kontraherer ud fra en stærk position på markedet, må respektere almindelige konkurrenceretlige krav – også hvor den stærke markedsmagt måtte skyldes, at det offentlige har sin myndighed og sine myndighedsbeføjelser i baghånden.

Sammenfattende kan man sige, at selv om der stadig er forskelle mellem forvaltningsret, aftaleret og konkurrenceret, så har anvendelsesområdet for de forskellige fagfelter tydeligvis nærmet sig hinanden, og i visse henseender overlapper de direkte hinanden. Det er derfor også kun naturligt, at vi i stigende grad oplever, at de retlige principper, som behersker de enkelte fagområder, både efter omstændighederne kan anvendes kumulativt og rent indholdsmæssigt tager farve af hinanden.

EU-tribunalens vice ordförande *Heikki Kanninen*, Finland:

Jag har en fråga närmast till Olli Mäenpää.

I ditt skriftliga inlägg presenterar du flera kategorier av förhållandet mellan det offentliga och det privata. Jag var imponerad av antalet av dessa kategorier. Min fråga gäller först och främst hur exemplet offentlig upphandling bör ses i detta sammanhang.

Vid offentlig upphandling uppträder den upphandlande enheten, ofta en myndighet, också som en privat person; enheten köper varor eller tjänster av privata företag. Åtminstone inom den finska förvaltningsrätten var man under lång tid inte särskilt intresserad av att närmare undersöka förutsättningarna för offentlig upphandling ur en förvaltningsrättslig synvinkel. Intresset vaknade först när Finland blev medlem i Europeiska unionen. Innan det ansågs offentlig upphandling närmast som en rent privat relation, där offentlig rätt inte har någon större betydelse. Inträdet i den Europeiska unionen ledde dock till att rättsområdet kom att hänföras till den finska offentliga rätten och Finland fick en omfattande lagstiftning om offentlig upphandling.

Kan man säga att förvaltningsrätten hade tidigare misslyckats på detta område eftersom den hade ignorerat offentlig upphandling? De allmänna förvaltningsrättsliga principerna var kanske inte tillräckliga för att styra effektivt myndigheternas verksamhet då de upphandlar varor och tjänster på ett sådant sätt att de t.ex. skulle ha tillämpat jämlikhetsprincipen.

Illustrerar detta exempel om offentlig upphandling att de allmänna förvaltningsrättsliga principerna kan visa sig vara tandlösa också på vissa andra likadana områden? Betyder detta

att vi skulle behöva speciell lagstiftning på sådana områden där det offentliga uppträder också som en privat aktör?

Försteamanuensis *Markus Hoel Lie*, Norge:

Når det offentlige disponerer over formuesgoder (foretar såkalte privatrettslige disposisjoner), må hensynet til at beslutningen skal ha demokratisk legitimitet og hensynet til å verne om det offentliges midler (stat- og kommunekassen) iakttas. Selv om gyldigheten av det offentliges disposisjoner over formuesgoder følger det privatrettslige regelverk, medfører disse hensyn at ugyldighetsvurderingen får en noe annen karakter sammenlignet med der to private personer disponerer med hverandre. Det offentlige kan for eksempel ikke *uten videre* bindes etter læren om kombinasjonsfullmakt (atferdsfullmakt) fordi det må tas hensyn til beslutningens demokratiske legitimitet (ubrudd hjemmelskjede) og behovet for å verne kompetansereguleringen. De tradisjonelle offentligrettslige prinsippene, så som legalitetsprinsippet og læren om myndighetsmisbruk (forbud mot vilkårlighet, å ta utenforliggende hensyn, usaklig forskjellsbehandling og grov urimelighet), har liten eller ingen funksjon ved rene privatrettslige disposisjoner i Norge ettersom det offentliges privatrettslige kompetanse her er negativt avgrenset (er det ikke forbudt, så er det lov). Dette er muligens annerledes i land der det offentliges privatrettslige kompetanse er positivt avgrenset (er det ikke lov, så er det forbudt), slik som i Danmark.

Professor *Johan Giertsen*, Norge.

Jeg takker professor Mäenpää og stipendiat Hopsnes for interessante innledninger.

Mitt anliggende er at de nordiske avtalelovene – som snart feirer sine første hundre år – har en fleksibilitet som gjør det mulig å legge vekt på eventuelle særlige offentligrettslige hensyn som måtte forekomme i transaksjoner mellom et offentlig organ og en privat part. Avtaleloven vil neppe stå i veien der slike hensyn veier så tungt at en privatrettslig disposisjon fra det offentlige organet f.eks. må kjennes ugyldig.

Fleksibiliteten viser seg for det første i de fellesnordiske avtalelovenes rekkevidde, som er formuerettens område. I de danske, finske og svenske avtalelovene fremgår dette av lovens tittel, i den norske er det fastsatt i § 41. Kriteriet «formuerettens område» avgrenser loven mot bl.a. forvaltningsretten. I en moderne forvaltning finner vi et bredt sett av virkemidler med en skala fra de typisk ensidige vedtak – til på den andre siden avtaler og avtalelignende disposisjoner der de formuerettslige trekk er dominerende i noen tilfeller og de offentligrettslige i andre.

Denne fleksibiliteten betyr at avtaleloven kan anvendes der disposisjonen har et i hovedsak formuerettslig preg, men ikke der det offentligrettslige er dominerende. Dette gir et grunnlag for å finne løsninger som er hensiktsmessige i hvert enkelt tilfelle, og betyr at avtaleloven ikke vil stå i veien for dette.

Hvis disposisjonen er i hovedsak formuerettslig, er avtalelovenes regler om ugyldighet og avtalerevisjon så fleksible at dette lovverket sjelden er til hinder for løsninger som kan ivareta både formue- og offentligrettslige hensyn. Jeg sikter særlig til de nordiske avtalelovenes § 33 om løfter i strid med «redelighet» (den norske lovteksten) eller «hæderlighed» (den danske) eller «tro och heder» (den finske og svenske lovteksten). Disse skjønsmessige

kriteriene gir et grunnlag for å finne balanserte løsninger som kan verne både den private løftemottakerens forventninger og offentligrettslige interesser, bl.a. hvis saksbehandlingen før forvaltningsorganets vedtak om å inngå avtalen har vært mangelfull, og den private parten forstod eller burde forstå dette.

De nordiske avtalelovenes § 36 gir et grunnlag for avtalerevisjon, særlig der partene har ujevn ressursstyrke og avtalens innhold er ubalansert eller den ressurssterke parten har holdt tilbake vesentlig informasjon. Kriteriene «urimelig eller i strid med redelig handlemåde» (den danske lovteksten) eller «urimelig eller i strid med god forretningsskikk» (den norske) eller «oskålig» (den finske og svenske) er ikke primært innrettet på avtaler mellom et forvaltningsorgan og en privat, men § 36 er så fleksibel at den også kan åpne for å legge vekt på offentligrettslige interesser i vurderingen av om en avtale skal endres eller settes til side. Desto større offentligrettslig preg en privatrettslig disposisjon har – se den trykte innledningen til professor Mäenpää om ulike grader av dette – desto større vekt kan de offentligrettslige hensyn ha i spørsmålet om avtalen virker «urimelig» eller er «oskålig».

Våre fellesnordiske avtalelovers fleksibilitet både når det gjelder hvilke disposisjoner som disse regulerer, og lovverket om ugyldighet og avtalerevisjon, sier oss også noe om årsakene til at avtalelovene snart passerer hundre år – den svenske loven er fra 1915, den danske fra 1917, den norske fra 1918 og den finske fra 1929. Fleksibiliteten i dette regelverket har bidratt til at kontraktsretten har kunnet utvikle seg i takt med skiftende samfunnsforhold. Avtalelovene har for eksempel ikke vært til hinder for at forvaltningen i stigende grad har kunnet nytte avtaler som ett av mange styringsmidler. Fleksibiliteten har vært kombinert med at lovgiverne i lys av særlig avtalelovenes §§ 33 og 36 har bidratt til å styre utviklingen i retning av lojalitet og vern av ressursvake parter.

Universitetslektor *Torbjörn Ingvarsson*, Sverige:

Jag är uppvuxen i ett Sverige, där det fanns en post, statliga Postverket, och en enda aktör som tillhandahöll telefoni, statliga Televerket, och fortfarande är det som huvudregel så, att jag bara kan köpa alkohol genom statens distributionsnät Systembolaget. Vi är nu väldigt långt från den världen, men jag tror att vi fortfarande är fångade i ett tänkande, att när stat eller kommun tillhandahåller en vara eller en tjänst på en marknad där det nu finns flera andra aktörer, så har vi ofta inte i tillräcklig grad frigjort oss från tanken att det offentliga skall bedriva sin verksamhet med särskild omsorg.

Vad som intresserar mig i första hand är därför ett perspektiv som jag tycker förtjänar att framhållas, nämligen den del av referentens presentation, där det framhålls att det offentliga som ägare i sin verksamhet skall beakta de välgrundade förväntningarna som föranleds av vem ägaren är. Här är jag nog inte helt enig, men det beror möjligen på att jag kommer från det privaträttsliga hållet när jag ser på denna typ av spørsmål.

Givetvis kan statligt ägda såväl som privat ägda företag genom självbindning i offentliga dokument förbinda sig till visst etiskt beteende. För mig framstår det emellertid som om ett genomslag av förvaltningsrättsliga principer när det offentliga är ägare av ett bolag kunde ses som ett skäl att inte behålla verksamheten alls. Om självbindningen innebär att bolagets handlingsfrihet begränsas i sådan mån att villkoren för verksamheten i själva verket blir betydligt sämre än för andra aktörer på samma marknad, kunde det vara ett starkt skäl att avyttra bolaget.

Det finns alltså enligt min mening en fara med en ofullständig separation av staten

som utövande av myndighet och ägare av ett företag som konkurrerar på en öppen marknad. Låt mig vara ännu mer konkret och ta ett exempel på det nu sagda som jag tycker kan vara illustrativ. Det danska avgörandet U 2007.3102 H gällde avtal om leverans av naturgas till handelsträdgårdar (gartnerier) som slutits med det av danska staten huvudägda bolaget DONG. Enligt naturgasförsyningsloven skulle priser, tariffer och villkoren för leverans som omfattas av tillståndet underställas Energitilsynet. Enligt dansk rätt skulle alltså stora delar av själv avtalet godkännas av tillsynsmyndigheten och inte bara metoderna för att utforma tarifferna som enligt svensk rätt. Avtalen bedömdes i efterhand ha varit alltför förmånliga och handelsträdgårdarna debiterades för mellanskillnaden i strid med kontrakten. Handelsträdgårdarna ansåg sig ha rätt till ersättning av DONG, men Højesteret beslutade att någon sådan ersättningsskyldighet inte förelåg. Det finns en verkligt intressant fråga om ogiltighetens rättsföljder i förlängningen av detta fall, men i detta sammanhang är det en annan sak som jag vill framhålla, nämligen att staten här befinner sig på tre ställen samtidigt: Som lagstiftare, som tillsynsmyndighet och som huvudägare. Skulle verkligen naturgasleverantörens ansvar avgöras i ljuset av även förvaltningsrättsliga principer?

För mig skulle det rättsliga spörsmålet i fallet, som för mig framstår som fullt begripligt och utgången fullt rimlig, bli verkligt märklig om man skulle låta förvaltningsrättsliga principer flyta in i bedömningen av det enskilda avtalet när en av de fjorton leverantörer som tillhandahåller naturgas på den danska marknaden slutit avtal med en förbrukare, bara av det skälet att denna enda leverantör huvudsakligen ägs av staten. Jag tror alltså inte att det alltid är en vinst att låta förvaltningsrättsliga regler få inflytande på avtalsrelationen när det offentliga är ägare. För det är ju så att förvaltningsrätten redan har givits utrymme att påverka det individuella avtalet i form av de regler och rekommendationer som lagstiftaren och tillsynsmyndigheten skapat med särskilt syfte att reglera alla naturgasleverantörers verksamhet och förhållande till kunderna. Nog måste det väl ändå räcka som offentligrättslig ram för en i grunden kommersiell verksamhet.

Säkert finns det andra områden, där ett inflöde av förvaltningsrättsliga regler vore en tillgång, men generellt är det nog bättre att istället göra fullständig boskillnaden och våga lita på kraften i privaträtten och de möjligheter som den ger, även när ägaren är stat eller kommun.

Juris doktor *Ida Koivisto*, Finland:

Nuförtiden är det ibland svårt att säga vad det egentligen är som definierar förvaltningen. Som professor Mäenpää sade, har den traditionella förvaltningen ändrats och blivit mera mångsidig. Kanske är det inte bara önskevärt. Till exempel i en finsk pamflett (från år 2013) kallas den extrema formen av privatiseringsutvecklingen konsultdemokrati. I den påstås, att staten blir dum och ineffektiv i och med att personalantalet dramatiskt minskats de senaste åren. Syftet är naturligtvis att spara pengar. Dock har statens uppgifter inte minskats. Således bör sakkunskap köpas från olika privata konsulter. Kan konsultdemokrati vara ett hot mot de förvaltningsrättsliga principerna och deras tillämpande?

Professor *Claes Sandgren*, Sverige:

Jag har en och en halv fråga som jag gärna vill ställa till ko-referenten Roald Hopsnes i anslutning till hans mycket intresseväckande synpunkter på de privaträttsliga principernas

tillämplighet på avtal och andra rätthandlingar som har offentliga organ som part. Det handlar dels om avtal om allmännyttiga tjänster, exempelvis avfallshantering, dels om koncessioner, exempelvis om utvinning av mineraler, olja och gas. Jag har stött på åtskilliga exempel på s.k. tillväxtmarknader ("emerging markets") liksom utvecklingsländer, där den privata parten ställer som villkor för överenskommelsen att det offentliga förbinder sig att inte försämma förutsättningarna för den privata parten, t.ex. genom att höja avgifter, skärpa krav på säkerhet eller miljö osv. En variant är krav på ersättning eller annat remedium för den privata parten, om det offentliga skulle förfara på det viset; denna variant innebär ju att den privata parten i realiteten uppnår, såvitt gäller deras överenskommelse, i huvudsak samma sak som om det offentliga avhånt sig sin offentliga beslutsmakt. – Hur ser Hopsnes på giltigheten av sådana villkor i nordisk rätt?

Debatten avslutades med att koreferenten respektive referenten mycket kort fick möjlighet att besvara och ge sin syn på några av de frågor som aktualiserats under debatten.

Håndheving av normer og avtaler om næringslivets  
samfunnsansvar («corporate social responsibility»)



## Håndheving av normer og avtaler om næringslivets samfunnsansvar («corporate social responsibility»)

Referent: Professor *Christina Ramberg*, Sverige  
Koreferent: Direktør *Jonas Christoffersen*, Danmark  
Debattleder: Verkställande direktör, vicehäradsövding *Alexander Bargum*, Finland

Referentens referat, se bind I s. 327–37

Koreferenten, direktør, dr. jur. *Jonas Christoffersen*, Danmark:

Kære nordiske kolleger og venner

Jeg vil nu se på den del af sessionens emne, som angår håndhævelse uden for kontrakt af normer om samfunnsansvar.

Tese 1: Der er sket et holdningsskifte i synet på virksomheders sociale ansvar

I 1997 blev et kendt dansk selskab kritiseret for at drive forretning i Burma og dermed støtte militærdiktaturet. Nobelpristageren Aung San Suu Kyi sad i husarrest, og diktaturer udsatte befolkningen for grove overgreb på deres menneskerettigheder. Min chef var i bestyrelsen for selskabet, og jeg spurgte ham, hvad de gjorde ved det: Han svarede: "Vi bedriver ikke dansk udenrigspolitik i Burma. Det må regeringen tage sig af." Regeringen mente for sit vedkommende, at det var op til virksomheden at håndtere forbrugernes kritik.<sup>1</sup>

I 2013 kollapsede en bygning i Bangladesh og over 1.100 tekstilarbejdere døde. Rana Plaza-ulykken gik verden rundt. Og både virksomheder og politikere reagerede ved henvise til de involverede virksomheders sociale ansvar for at forsøge at forebygge arbejdsulykker. Det har kort sagt indfundet sig et markant holdningsskifte i synet på virksomheders sociale ansvar (Tese 1).

Tese 2: Der er taget politiske skridt til en national og international retliggørelse og institutionalisering af virksomheders sociale ansvar

Det helt afgørende holdningsskifte i synet på virksomheders sociale ansvar har ikke kun socialt udtryk i mediedækningen, i civilsamfundsorganisationernes kampanjer og i forbrugernes adfærd. Virksomheders sociale ansvar bliver ikke længere anset som et forhold mellem virksomhederne og deres interessenter – kunder, aktionærer osv.

Virksomheders sociale ansvar er blevet et politiske spørgsmål, hvor man både nationalt og internationalt stiller spørgsmålet: Hvilke krav kan vi stille for at anse en virksomhed for ansvarlig? Og virksomheders sociale ansvar er blevet et juridisk spørgsmål, fordi der politisk er taget skridt til en retliggørelse og institutionalisering af virksomheders sociale ansvar (Tese 2).

FN har været førende i arbejdet med det sociale ansvar. Det frivillige netværk Global Compact har siden 1999 været et væsentligt forum for virksomheders samarbejde om samfunnsansvar, ligesom FN's generalsekretær i 2005 udpegede en professor til at arbejde

<sup>1</sup> Forslag til Folketingsbeslutning B 10 af 9. oktober 1997 om sanktioner mod Myanmar.

videre med området. Det førte til, at FN's Menneskerettighedsråd i 2011 vedtog de såkaldte UN Guiding Principles om stateres regulering af virksomheders adfærd og om virksomheders arbejde med socialt ansvar.

Retliggørelsen og institutionaliseringen har imidlertid primært fundet sted i OECD, som omfatter 34 medlemslande<sup>2</sup> og repræsenterer en betydelig den globale økonomi og verdenshandel.

OECD vedtog i 2011 nye retningslinjer om virksomhedssociale ansvar<sup>3</sup> omfattende dels de samme områder, FN's retningslinjer dækker, nemlig menneskerettigheder, arbejdstagerrettigheder og miljø, men også områderne skat, konkurrence, forskning og teknologi. Det mest interessante ved OECD er formentlig, at man har besluttet, at alle lande skal oprette såkaldte National Contact Points, hvortil enhver kan klage over adfærd udvist i andre lande af virksomheder hjemmehørende i et OECD-land.

De fem nordiske lande har derfor oprettet forskellige kontaktpunkter. I Island, Sverige og Finland er kontaktpunkterne forankret i regeringen og med deltagelse af navnlig erhvervslivet og arbejdstagerorganisationer, mens der i Danmark og Norge er tale om uafhængige institutioner. Da nationale kontaktpunkter kan først og fremmest formidle en dialog og eventuelt mægling mellem parterne, men de kan i sidste ende også udtale kritik af virksomheder for at overtræde OECD's retningslinjer.

Denne retliggørelse og institutionalisering styrker håndhævelsen af internationale normer om virksomheders sociale ansvar, fordi der er politisk ønske om det. Et politisk ønske, der er et resultat af civilsamfundets ønske om at øge virksomhedernes sociale ansvar.

Tese 3: Virksomhederne står over for et retssikkerhedsmæssigt underskud

Den begyndende retliggørelse og institutionalisering af virksomheders sociale ansvar stiller imidlertid virksomhederne over for den forholdsvis alvorlige udfordring, at det ikke er klart, hvilke forpligtelser de er underlagt. Virksomhederne står således over for et retssikkerhedsmæssigt underskud (Tese 3).

Vi har allerede set eksempler på, at de nordiske kontaktpunkter – navnlig det norske kontaktpunkt – har kritiseret virksomheder for deres adfærd i andre lande. Men også uden den institutionaliserede håndhævelse må det siges at være temmelig uklart, hvad der kræves af virksomhederne. I OECD's retningslinjer lægges der for eksempel afgørende vægt på, at virksomhederne skal udvise "due diligence" – altså gøre deres sociale ansvar til genstand for en passende opmærksomhed.

Tese 4: Vi må lære at leve med det – og koncentrere os om det væsentlige

Det retssikkerhedsmæssige underskud skaber et reguleringsmæssigt dilemma, fordi det kan adresseres på to radikalt forskellige måder:

Enten ved at styrke retliggørelsen og institutionaliseringen og derved underlægge virksomhederne endnu strengere krav.

Eller ved at lempe retliggørelsen og institutionaliseringen og dermed stille virksomhederne endnu mere frit.

Ingen af de to veje er politisk attraktive. Vi kan ikke regulere til bunds, fordi vi hverken kan eller vil binde virksomhederne på arme og ben. Og vi kan ikke undlade at regulere, for vi ikke vil slippe virksomhederne helt fri.

<sup>2</sup> Udover en række europæiske lande drejer det sig om USA, Canada, Australien, New Zealand, Japan, Syd-Korea, Chile, Mexico, Israel og Tyrkiet.

<sup>3</sup> OECD Guidelines for Multinational Enterprises.

Det rettsikkerhedsmæssige dilemma er derfor kommet for at blive, og vi må lære at leve med det (Tese 4).

Det man måske kan frygte allermost er, at civilsamfundets aktører - herunder organisationer med særligt fokus på menneskerettigheder, på miljø og på udviklingspolitik - presser de politiske og uafhængige aktører til at miste blikket for det væsentlige og drive udviklingen for langt, således at der stilles urimeligt mange og urimeligt høje krav til virksomhederne.

En sådan "missiondrift" risikerer i sidste ende at skade sagen, fordi modstanden mod ansvarlig virksomhedsdrift bliver for stor - eller i yderste konsekvens at virksomhederne stemmer med fødderne og flytter til lande, hvor opmærksomheden på det sociale ansvar ikke er så nidkært.

Dertil er vi heldigvis ikke kommet endnu - men vi skal være opmærksomme på at sikre os, at det samfundsmæssige og politiske fokus på at løfte virksomhedernes sociale ansvar sker på en afbalanceret måde, der fokuserer på det væsentlige.

Alle er vel enige om, at vi skal gøre meget for at undgå dødsulykker som den, vi så i Bangladesh. Vi har alle sammen råd til at betale to kroner mere for en trøje, der er produceret under ansvarlige forhold. Og ingen af os har lyst til at gå i tøj, som i bogstavelig forstand er "dødbilligt". Det er stadig nødvendigt at holde fokus på en styrkelse af virksomhedernes sociale ansvar, men vi skal ikke gå i den fælde, at vi overdriver de krav, vi kan stille til ansvarlig virksomhedsadfærd.

Tak for opmærksomheden

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, verkställande direktör, vice-häradshövding *Alexander Bargum*, Finland:

I debatten efter referentens och koreferentens inlägg yttrades bland annat följande:

Om tröskeln att inkorporera företagens CSR-policies som en del av ett avtal blir väldigt låg, kan det leda till svårförutsebara följder i synnerhet med tanke på risken för hävning som en påföljd av avtalsbrott.

Bedömningen av vad som anses vara etiskt hållbart inom ramen för näringsverksamhet varierar mellan olika tidsperioder och olika kulturer. Detta leder till etikvalsproblem som i många avseenden kan jämföras med lagvalsproblem. Det är helt legitimt att vi försöker påföra våra avtalsparter vissa etiska skyldigheter i ett kontraktsförhållande, men en sådan etikexport måste ske på ett transparent och tydligt sätt. Att utgå från en underförstådd och oreglerad kontraktspraxis är inte rätt metod. Hellre bör etiska krav inkluderas genom uttryckliga, specifika avtalsvillkor i de fall där de anses relevanta.

Om avtal ska bedömas utgående från etiska standarder, ställer det också höga rättssäkerhetskrav på de myndigheter som eventuellt ska bedöma efterlevnaden av dessa standarder. Frågan är om de OECD-kontaktpunkter för CSR-frågor som inrättats till exempel i Danmark alltid kan uppfylla sådana krav.

Mot bakgrund av bland annat ovanstående argument förenade sig de flesta debattörer med referentens åsikt att man ska vara restriktiv med att inkludera CSR-policies som avtalsvillkor (*Schlechtriems* ståndpunkt).

Å andra sidan kan man hävda att synen på CSR-principers avtalsrättsliga verkan är ett

rättspolitiskt val som grundar sig på våra värderingar. Bör vi inte i så fall försöka skapa rättsliga lösningar som bidrar till att skapa en bättre – d.v.s. etiskt hållbarare – värld? Utgående från ett sådant tänkesätt, som också vann ett visst understöd vid debatten, kanske man inte bör ställa alltför stora krav på att CSR-policies ska bli en del av parternas avtal (*Schwenzers* ståndpunkt).

Det bör emellertid noteras att det saknas tillämpliga prejudikat i dessa frågor, varför det fortfarande inte går att förutse hur en domstol skulle bedöma den avtalsrättsliga betydelsen av en CSR-policy.

Vidare diskuterades huruvida ett "etiskt fel" i en vara överhuvudtaget kan betraktas som ett köprättsligt fel.

I ett par debattinlägg påpekades ytterligare att företag sällan förstår vilka avtalsrättsliga risker de påtar sig då de ger utfästelser om etisk produktion. Detta återspeglas också vid företagsköp, där förvärvaren kan råka ut för överraskningar till följd av det förvärvade bolagets CSR-policies. Mot denna bakgrund är "*best efforts*"-åtaganden att föredra framför absoluta ("*specific result*") utfästelser.

I debatten deltog:

Professor *Mads Bryde Andersen*, Danmark

Advokat *Thomas Brandt*, Norge

Professor *Johan Bärlund*, Finland

F.d. justitierådet, professor *Torgny Håstad*, Sverige

Vicehäradshövding *Jerker Pitkänen*, Finland

Advokat *Biörn Riiese*, Sverige

Barnets beste utenfor familieretten – hvor langt kan det være avgjørende?

## Barnets beste utenfor familieretten – hvor langt kan det være avgjørende?

Referent: Landsdommer *Anne Louise Bormann*, Danmark

Koreferent: Advokat *Lena Isaksson*, Sverige

Debattleder: Professor *Kirsten Sandberg*, Norge

Referentens referat, se bind I s. 47–60

Koreferenten, advokat *Lena Isaksson*. Sverige:

### Inledning

Referentens, landsdommer Anne Louise Bormann, Danmark, teser är i stort sett okontroversiella och beskriver gällande rättsläge i Danmark. Skillnaderna jämfört med Sverige är inte särskilt många förutom att Sverige kanske har en mer generös syn på invandring. Teserna som sådana är helt gångbara och jag har egentligen ingen invändning mot någon av dem och detsamma gäller slutsatsen under rubrik 8, det vill säga att *barnets bästa är ett hänsyn som skall tas och skall involveras på många rättsområden även utanför familje- och socialrätten men även att hänsyn till såväl privata som offentliga intressen också kan väga tyngre än hänsyn till barnet. Avvägningen måste vid alla tillfällen avgöras konkret.*

Referenten är domare och jag uppfattar att hon författar sin artikel utifrån den yrkesrollen. Hon beskriver det rådande rättsläget utan att formulera några teser över vilka förändringar som borde ske för att stärka barnets ställning i det enskilda fallet.

Själv är jag advokat och processar i domstol där jag alltid företräder en part vilket innebär att jag utan hänsynstagande till motpart eller andra ska tillvarata just min klients intressen. I familjemål, men även i socialmål, som berör barn argumenterar jag naturligtvis alltid utifrån att min klients talan är den som är förenlig med barnets bästa. Men det gör ju också motpartsombudet och det som slår mig gång på gång är att barnet i familjemålen själv inte har en egen röst i form av ett professionellt ombud.

### Tes 1: Ska barnets bästa tillvaratas i praktiken behöver barnet ett eget ombud.

Enligt lagen om vård av unga i Sverige, d.v.s. social skyddslagstiftning, har barnet ett eget offentligt biträde i förvaltningsprocessen. Ett biträde som träffar barnet, har möjlighet att göra egna utredningar och fri från alla sidohänsyn kan företräda barnet. Barn i asylprocessen har ett offentligt biträde men i de fall barnet är en del av en asylsökande familj har barnet oftast samma offentliga biträde som sina föräldrar, trots att det kan förekomma motstridiga intressen inom familjen. I all annan lagstiftning, med undantag för om barnet är part i brottmål, har barnet inget eget professionellt ombud och där ser jag en stor brist.

Min tes är att ett system där barnet har ett eget ombud på ett effektivt sätt skulle bidra till att förverkliga "barnets bästa" även i praktiken. Det är ett barns rätt att komma till

tals. Den rätten uttrycks ofta som barnets vilja. Ett barns vilja att inte vilja uttrycka någon vilja ska emellertid också ses som en vilja. Det är viktigt att ett barns egen uppfattning och egna önskemål kommer fram och blir beaktade i familjemål, omhändertagandemål, utlänningsärenden och övriga ärenden som berör barn. Vad som är ett barns verkliga vilja kan vara svårt att veta. Barn kan på olika sätt påverkas att inta en viss inställning och denna kan förändras från dag till dag. Det är därför viktigt att det som ett barn ger uttryck för bedöms med sakkunskap och med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Ett engagerat ombud för barnet har helt andra möjligheter, och bättre möjligheter, att göra en bedömning av barnets egentliga vilja än den beslutsfattande domaren eller ämbetsmannen på myndigheten.

### **Tes 2: Ska barnets bästa tillvaratas i praktiken krävs tydliga sanktionsregler.**

I Sverige liksom i övriga Norden har vi starka myndigheter och ämbetsmän. Det finns också en ideologi av konsensus och i de fall där myndigheter begår fel – även fel som drabbar ett barn negativt – saknas ofta tydliga sanktioner mot de felande. Kritik från Justitieombudsman och liknande tillsynsorgan kan förekomma och mötas av en reaktion från den kritiserade myndigheten av karaktär ”vi gjorde fel, vi ska göra om, vi ska göra rätt” men i praktiken sker ingen större förbättring eftersom ingen tvingas ta ansvar och barnet sällan ens har partsställning.

I Sverige har Skolverket numera en möjlighet att, genom det särskilda Barn- och elevombudet, föra talan mot skolors huvudmän som ej genomfört åtgärder för att förebygga och förhindra att barn och elever utsätts för kränkande behandling eller upprättat en särskild plan över åtgärder för att förebygga sådan behandling. Skadestånd kan utgå i sådana fall liksom om huvudmannen eller personalen själv utsätter ett barn för kränkande behandling, underlåter att rapportera och utreda tecken på kränkande behandling eller om huvudmannen eller personalen utsätter barnet för repressalier på grund av att barnet medverkat i en utredning om kränkande behandling eller anmält sådan.

Denna klara sanktionering har medfört en ökad mängd anmälningar mot missförhållanden i skolan. Under första halvåret 2014 inkom 718 anmälningar om enbart kränkande behandling. Anmälningar mot missförhållanden i skolan har ökat med 36% bara sedan 2012.

Under första halvåret 2014 har Barn- och elevombudet och Skolinspektionen riktat kritik om kränkande behandling i 328 fall och begärt skadestånd för en kränkt elevs räkning i 22 fall.

Skollagen och sanktionerna tillhör dock undantagen och frågan är om inte fler lagar som berör barn borde innehålla sanktioner på liknande vis.

### **Tes 3: Barn frihetsberövas i för hög grad.**

Referenten tar upp frågan vad gäller utdömmande av fängelsestraff mot barn under 18 år. Frågan är dock större än så. Vid sidan av utdömmande av fängelsestraff frihetsberövas, och i vissa fall även isoleras, barn i samband med omhändertagande för fylleri, anställning och häktning i samband med misstanke om brott, på låsta institutioner i samband med vård enligt Lag om vård av unga (LVU) och Lag om vård av missbrukare (LVM) samt i samband med verkställighet av beslut enligt Utlänningslagen. I Sverige finns dessutom en frihetsberövande påföljd för

## Borgeren og digitalisert forvaltning – hvor går vi?

Referent: Professor *Niels Fenger*, Danmark

Koreferent: Professor *Cecilia Magnusson Sjöberg*, Sverige

Debattleder: Ombudsmand *Jørgen Steen Sørensen*, Danmark

Referentens referat, se bind I s. 89-104

Koreferenten, professor *Cecilia Magnusson Sjöberg*, Sverige:

### 1. Inledning

Med utgångspunkt i professor Fengers bidrag på temat «Borgeren og digitalisert forvaltning» følger här en kritisk analys och värdering av referentens teser och andra synpunkter. Min uppgift här är att skapa incitament till diskussion och debatt och jag har därför i anslutning till varje kommenterad tes formulerat en antites. Det råder dock ingen tvekan om att den aktuella diskursen framstår som både intressant och relevant.

Fengers referat tar sin avstamp i att verksamheten i den offentliga förvaltningen "i disse år" fortsatt blir mer digitaliserad och automatiserad. Detta konstaterande är lätt att ta till sig i ett samhälle där modern digital förvaltning – e-förvaltning – utgör ett självklart inslag. Samtidigt förtjänar vikten av att inte bli historielös att understrykas. Datoriseringen av den offentliga förvaltningen i Norden tog ju sin början redan under slutet av 1960-talet för att därefter successivt eskalera till dagens nätverk av e-tjänster.<sup>1</sup>

Här kan nämnas att behovet av att låta juridiken spela en proaktiv roll vid utveckling, införande och förvaltning av myndigheters it-stöd närmast kommit att betraktas som axiom inom ramen för bl.a. det rättsinformatiska forskningsområdet.<sup>2</sup>

Vad som framstår som särskilt intressant, och som det finns anledning att avslutningsvis återkomma till, är huruvida Fengers referat för in nya frågeställningar principiellt sett eller primärt – om än så intressant – snarare utgör en aktuell lägesrapport avseende rättsfrågor som den digitala förvaltningen ger upphov till år 2014.

### 2. Digital kommunikation och självbetjäningssystem

Under rubriken digital kommunikation presenterar Fenger sin första tes att en tvingande övergång till digital kommunikation riskerar att indela medborgarna i ett a- och b-lag. Så må vara fallet i den digitala förvaltningens traditionella kontext i vilken den bärbara datorn med

1 Se t.ex. Ds 1975:3. ADB och juridik. En problemöversikt. Scipel, Peter. Computing Law: Perspectives on a New Legal Discipline. Stockholm: Liber 1977. Bing, Jon. Rettslige kommunikasjonsprosesser: Bidrag til en generell teori. NORIS (30). Oslo: Universitetsforlaget. 1982. Magnusson Sjöberg, Cecilia. Rättsautomation: Särskilt om statsförvaltningens datorisering. Stockholm: Norstedts Juridik. 1992. Schartum, Dag Wiese. Rettsikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning. Oslo: Universitetsforlaget. 1993. Magnusson Sjöberg, Cecilia, Nordbeck, Peter, Nordén, Anna och Westman, Daniel. Rättsinformatik: Inblikkar i e-samhället, e-handel och e-förvaltning. Lund: Studentlitteratur. 2011.

2 Se t.ex. A Proactive Approach. Scandinavian Studies in Law, Volume 49.



internetanslutning står i fokus och där det är möjligt för enskilda att komma i kontakt med myndigheters webbplatser för att med eller utan inloggning ta del av och utväxla uppgifter eventuellt med avseende på ärendehandläggning utmynnande i beslut. Att vara exkluderad från dessa kontaktytor verkar förstås hämmande såväl för den enskilda individen som står inför en flytt till äldreården, småföretagaren som inte utan svårigheter tar sig an komplexa informationsstandarder<sup>3</sup> för finansiell redovisning eller den nya medborgaren som försöker orientera sig vad som gäller rent rättsligt i en viss fråga.<sup>4</sup>

Fenger argumenterar för sin första tes både med hänvisning till övergången till digital kommunikation och användning av självbetjäningssystem. Det sistnämnda särskilt med hänvisning till rättsutvecklingen i Danmark i riktning mot obligatorisk användning av e-tjänster. Mot denna bakgrund blir min första antites att det inte är en tvingande övergång till digital kommunikation liksom obligatorisk användning av självbetjäningssystem i sig som utgör en risk för segregering i samhället utan snarare huruvida kritiska infrastrukturer är på plats eller inte.

Att så skulle vara fallet visar sig globalt exempelvis genom den utspridda användningen av mobiltelefoner i stora delar av Afrika där befolkningens tillgång till datorer är påtagligt begränsad samtidigt som en allt större skara i stad och på landsbygd har tillgång till egna eller andras mobiler. I förlängningen för detta med sig utvecklingen av elektroniska myndighetstjänster med kompletterande betalningssystem som M-PESA (eng. mobile phone based money)<sup>5</sup>. Den mobila förvaltningen – *m-förvaltningen* – visar sig i ett land som Tanzania bl.a. i form av sms-tjänster för hälsa och pension liksom möjligheter att rapportera brott mot mänskliga fri- och rättigheter.<sup>6</sup> Också i Norden hamnar numera olika lösningar baserade på s.k. *smarta mobiler* i blickfånget när den framtida digitala förvaltningen diskuteras.<sup>7</sup>

Goda ansatser till trots båda vad gäller verksamhetsarkitekturer och it-arkitekturer går det förstås inte att komma ifrån att vissa legala faktorer är centrala för framgång i termer av en rättssäker och effektiv digital förvaltning. Precis som Fenger uppmärksammar finns det intrikata samband mellan tekniska lösningar för bl.a. e-id, e-legitimering och e-signering å ena sidan och reglering av såväl möjligheter som skyldigheter att kunna kommunicera elektroniskt å andra sidan.

Det kan vidare argumenteras att det i ett visst skede av förvaltningsutvecklingen är *motiverat med tvingande regler* avseende bl.a. användning av självbetjäningssystem.<sup>8</sup> Här-

<sup>3</sup> Ett exempel härpå är XBRL (Extensible Business Reporting Language). <http://www.xbrl.org>

<sup>4</sup> Se t.ex. Magnusson Sjöberg, Cecilia. Legal Information Supply and the Digital Divide. *Scandinavian Studies in Law*, Volume 50. What is Scandinavian Law? *Social Private Law*, s. 393–408. Stockholm: Institute for Scandinavian Law, 2007.

<sup>5</sup> Se <https://www.mpesa.in/portal/>

<sup>6</sup> Se t.ex. Crandall, Angela, Mutuku, Leonida. M-Governance: Exploratory Survey on Kenyan Service Delivery and Government Interaction. Red. Cunningham, P och Cunningham, M, IST-Africa 2012 Conference Proceedings, s. 1–9. Se även Ubena John. Why we should watch ICT Vendors: A case of Blackberry Smartphone, available at [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1655149](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1655149)

<sup>7</sup> Som exempel kan nämnas initiativ vid excellenscentret eGovlab som hör till Institutionen för data- och systemvetenskap vid Stockholms universitet och som ägnar sig åt forskning och utveckling inom områdena "eGovernance" och "E-government". Se <http://www.egovlab.eu>

<sup>8</sup> Här kan nämnas att den svenska förvaltningslagen (SFS 1986:223) inte är särskilt långtgående vad gäller föreskrifter om digital kommunikation. Av 5 § andra stycket framgår att myndigheterna ska se till att det är möjligt för enskilda att kontakta dem med hjälp av telefax och elektronisk post och att svar kan lämnas på samma sätt. Se vidare SOU 2010:29. En ny förvaltningslag i vilket Förvaltningslagsutredningen lämnar förslag på ett par nya bestämmelser som tar sin utgångspunkt i s.k. elektroniska mottagningsställen.

ungdomar, vid sidan av fängelsestraffet, benämnd slutet ungdomsvård.

Barnombudsmannen i Sverige, Fredrik Malmberg, genomförde en undersökning av omfattningen och verkningarna av frihetsberövande av barn under 2011. Resultatet blev uppseendeväckande. Vid över 3 000 tillfällen sattes barn i arrest. Samma år häktades 122 barn. Rapporten, "Från insidan", visar enligt Barnombudsmannen hur Sverige systematiskt bryter mot Barnkonventionens regler när barn frihetsberövas.

Forskningen är samstämmig vad gäller skadeverkningar på barn som frihetsberövas och i all synnerhet när de isoleras. Samhället måste anstränga sig för att finna mindre skadliga metoder i de enskilda fallen än att frihetsberöva barn. Precis som referenten skriver skall frihetsberövande av ett barn användas som en sista utväg och under en så kort tid som möjligt.

### Slutsats

"Barnets bästa" har fått ett internationellt genombrott som måttstock i både konventioner och inhemsk lagstiftning. Men för att "barnets bästa" även ska råda i praktiken krävs mer än vällovlig lagstiftning. Lagarnas efterlevnad kräver att barnet blir part, får ett eget professionellt ombud, att kränkningar mot barnet sanktioneras och att tvång mot barn utformas med större beaktande av de skador barn tar av frihetsberövande.

\*\*\*

### Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, professor *Kirsten Sandberg*, Norge:

Under debatten ble betydningen av beslutningsorganets (domstolens, forvaltningens) begrunnelsesplikt fremhevet. Begrunnelsen må vise hvilke momenter som er trukket inn i vurderingen av barnets beste, og hvordan disse momentene er veid opp mot hverandre for å finne frem til hva som alt i alt er til barnets beste. Hvis avgjørelsen går på tvers av barnets beste, må det også fremgå av begrunnelsen hva som har vært mothensynet, og ikke minst hvorfor man mener at dette må veie tyngre.

Hvis det, slik som i boligleiemål, ikke legges vekt på barnets beste, eller bare begrenset vekt, kan det være interessant å prøve å finne ut hva som er grunnen til det. Den kan ligge i at her står andre enkeltpersoners rettigheter på spill (ulleierens), og da er det mindre rom for å vektlegge barnets interesser. Spørsmålet ble reist om det er slik det bør være i henhold til barnekonvensjonen. Det var en viss uenighet i debatten om dommeren kan bygge på at det er sosialmyndighetenes ansvar å sørge for bolig til en familie som kastes ut, fordi man har et velfungerende sosialsystem, eller om retten har ansvar for å innhente sosialmyndighetenes syn før den treffer beslutning om utkastelse av en barnefamilie.

Angående eksemplet med en forelder som er yrkessjåfør og som mister førerkortet, ble det fra norsk side sagt at reglene må være firkantede med lite rom for å ta hensyn til de konsekvensene fratakelse av førerkort kan få for barna. Det ble likevel nevnt at det er lettere å akseptere at barna må slutte på privatskole enn at forelderen får problemer med å sørge for livsopphold. Praktiske problemer som følge av at foreldre mister førerkortet, slik som at de må ta trikken med barnet til skole eller barnehage, kan det ikke tas hensyn til. Situasjonen kan stille seg annerledes hvis det dreier seg om et multihandicappet barn som skal bringes til dagopphold.

Straffesaker ble gjenstand for en god del diskusjon. Ved fastsettelse av straff for mindreårige som har begått straffbare handlinger, syntes det å være ganske stor enighet om at det er riktig å ta hensyn til barnets beste. Det samme gjaldt ved varetektsfengsling. Derimot var det uenighet om dette også bør gjelde når det er en forelder som har begått straffbare handlinger. Fordi det er en normalsak å ha barn, ble det hevdet at dette i de vanlige tilfellene ikke kan tillegges vekt. Det ville slå tilfeldig ut og være i strid med likhetsprinsippet. Der barna har spesielle behov, kan det derimot lett bli utslagsgivende. I saker om drap eller alvorlige narkotikaforbrytelser mente flere at det å ha barn ikke burde spille noen rolle. Andre hevdet at det følger av barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 at barnets beste uansett må vurderes, også når det er spørsmål om dødsstraff for en forelder i de land hvor det er aktuelt, og ved fastsettelse av lange fengselsstraffer. Det er forskjell for et barn om en forelder kommer ut etter 8 eller 10 år.

I utlendingssaker skal ikke det at saken gjelder et barn gi en bestemt rettsfølge, men barnet skal alltid finnes i bevisstheten ved avgjørelser. Familier med barn skal ikke uten videre få bli i landet, men barnets beste må være med i vurderingen som et viktig hensyn. I Sverige er loven endret med virkning fra 1. juli 2014, fra at det skal tas «synnerligt» hensyn til barnets beste, til «särskild», som er sterkere. Norge har nylig fått en dom mot seg i Den europeiske menneskerettsdomstolen (Kaplan mot Norge), for ikke å ha lagt tilstrekkelig vekt på barnets beste i en utlendingssak.

Det ble også diskutert om barnet burde få en egen representant i forvaltnings- og rettssaker for å sørge for at barnets beste blir bedre ivaretatt. Fra dommerhold ble ideen imøtegått under henvisning til at dommeren selv tar ansvar for dette. Ikke alle var enige i at dette er tilstrekkelig og at det gjør en representant for barnet overflødig.

Borgeren og digitalisert forvaltning – hvor går vi?

Forbudet mot dobbel strafforfølgning («ne bis in idem»)

## Forbudet mot dobbel strafforfølging («ne bis in idem»)

Referent: Professor *Jon Petter Rui*, Norge

Koreferent: Professor *Mårten Knuts*, Finland

Debattleder: Dommer ved Den europeiske menneskerettsdomstol *Róbert Spanó*, Island

Referentens referat, se bind I s. 353–70

Koreferenten, professor *Mårten Knuts*, Finland:

### 1. Inledning och teserna

Referenten, professor Jon Petter Rui har gjort ett utmärkt arbete i att ingående, ändå koncist, presentera de mångfacetterade juridiska frågeställningar som problematiken kring ne bis in idem döljer. Mitt uppdrag som koreferenten är att kritiskt bemöta de sex teser referenten ställt upp, vilka jag för denna diskussion valt att förenkla till tre huvudteser. I Därefter är det auditoriets uppgift att eftersträva en syntes eller varför inte nordisk konsensus i de frågor som diskuteras.

1. I sin första tes (teserna 1, 4 och 5) anför Professor Rui angående bis att EMD borde ha utnyttjat snävare dubbelstraffningskriterier - istället för Engelkriterierna - vid tolkningen av nedslagfältet av *brott som ges spärverkning* i ne bis in idem sammanhang.

2. I sin andra tes efterlyser Professor Rui ett slags kritisk resistens mot EMD:s rättspraxis hos nordiska domstolar, så att en fruktbar dialog mellan existerande system och EMD:s rättsutveckling kan föras gällande ne bis in idem (och andra frågor).

3. I sin sista tes tar Professor Rui ställning till tolkningen av idem, och diskuterar hur idem skall definieras dels nationellt, dels internationellt, samt indirekt, hur definitionen ska relateras till vedertagna definitioner av samma gärning i nationella straffrättsystem.

### 2. Detaljgranskning av valda teser

#### Ad Bis – Tes 1 (samt Tes 4 och Tes 5)

EMD har tillämpat Engelkriterierna vid tolkningen av vilka brott som ges spärverkning i ne bis in idem sammanhang. Professor Rui önskar allra först att EMD hade tolkat bis snävare, genom att tillämpa separata dubbelstraffningskriterier. Dubbelstraffningskriterierna är snävare än Engelkriterierna, eftersom dubbelstraffningskriterierna ger en större vikt åt den nationella klassifikationen av sanktionen som eventuellt kan ge spärverkning. Dubbelstraffnings-

1 Jag har i tidigare *ne bis in idem*-diskussioner (*Mårten Knuts, Kvitt eller dubbelt? Ne bis in idem och de administrativa sanktionerna i värdepappersmarknadsrätten (Defensor Legis 5:2006)*) förfäktat åsikter som inte ter sig väsentligt avvika från den linje EMD nu synes ha omfått i *Zolothucin*. I detta anförande diskuterar jag referentens teser fristående från mina tidigare yttranden.

kriterierna, som är inspirerade av US Supreme Courts metodologi, möjliggör ett legislators-prerogativ, vilket skapar nationellt manöverutrymme för de rättsystem som vill utnyttja andra beteendestyrande rättsområden än straffrätten för att beivra regelbrott. Den fundamentala motiveringen för ståndpunkten är att rättskonsekvenserna av att Engelkriterierna anses uppfylla är mera relativa än den absoluta spärrverkan rättskonsekvensen av ne bis in idem är. Därför kan balansen mellan stat och individ justeras inom ramen för rättigheter som Engelkriteriernas tillämplighet medför under artikel 6, medan någon justeringsmån inte existerar vid spärrverkning. Detta anser Professor Rui problematiskt, eftersom ne bis in idem då obefogat och överraskanden kan skära in i nationella rättsinstitut, t.ex. genom att ge skatteförhöjningen (förvaltningsrätt) en spärrverkan i förhållande till skattebedrägeri (straffrätt).

I referentens asymmetriska modell kunde istället nationella rättsordningar i stöd av legislators-prerogativet upprätthålla egna system där administrativa sanktioner kunde hållas utanför mängden av domar som ger spärrverkan i kommande straffrättsliga sammanhang.

Mottes

Jag påstår att den asymmetriska modellen med separata tillämpningskriterier för ne bis in idem och artikel 6 inte bör omfattas.

Ett nationellt legislators-prerogativ leder - om en stat så önskar - till att dess individer kan bli utsatta för en rättighetserosion. Eftersom konventionen reglerar förhållande mellan stat och individ, kan inte staten tillåtas friskriva sig konventionens skydd av individer. Detta skulle vara följden av att tillåta stater att bortdefiniera nationella rättskonsekvenser som inkräktar i individens integritet, trots att de fyller Engelkriterierna. Senast det nya Grande Stevens mot Italien -fallet påvisar att Europadomstolen förhåller sig mycket kritiskt till ett legislators-prerogativ, till och med inom ramen för reservationer.

Även om det gick att skapa en väsensskillnad mellan det skydd individen dels får i form av spärrverkan, dels i form av andra rättigheter under artikel 6, är inte väsensskillnaden tillräckligt tydlig för att motivera olika asymmetriska tillämpningsområden. Väsensheten är i alla fall övervägande och uppenbar, eftersom spärrverkan och rättigheter enligt artikel 6 är

Rättigheter som skyddar individ mot stat;

Rättigheter som skapar legitimitet för rättegångar genom att erbjuda förfarandegarantier; och

Rättigheter vars utveckling varit evolutiv till individens fördel i takt med att samhällen moderniserats.

Den symmetri mellan Engelkriterierna och dubbelbestraffningskriterierna jag förfäktar, är även motiverade med tanke på koherensen i rättssystemet. Systemkoherens är bra för att den ökar förutsägbarheten i rättssystemet; minskar nationella tolkningsmarginaler och integrerar nationella rättsystem; skapar processekonomiska fördelar.

#### **Ad kommunikativ resistens – Tes 2**

Professor Rui påpekar för det andra att nordiska domstolar har omfattat olika förhållningssätt till EMD:s ne bis in idem -linje (och övrig prejudikatur). Han efterlyser ett mera såvligt förhållningssätt än den norska receptions-kulturen, för att möjliggöra nordiska länder att mera kritiskt förhålla sig till den case law EMD producerar. Den andra ytterligheten som den svenska klart stöd -doktrinen kan anses representera påpekar Professor Rui vara för oresponsiv vid inkorporeringen av det dynamiska rättighetsvärn EMD kontinuerligt producerar. Bäst vore därför att hitta en tredje väg i form av en proaktiv dialog mellan nationella rättsystem

och konventionspraxis som sedan utnyttjas för att skapa en kommunikativ resistens mot den stundvis väl lyckfulla evolution EMD står för, utan att för den skull skapa tillåta att ett rättighetsunderskott uppstår i de nordiska länderna.

Jag delar långt Professor Ruis tankegångar och tar mig därför friheten att försöka vidareutveckla analysen, kanske genom att bidra till att just identifiera den tredje väg av inkorporeringskultur som man även ibland kan se i Norden.

Finska HD avgjorde i början av juli 2013 (FiHD 2013:59) frågan om ne bis in idem ska tillmätas en lis pendens -effekt i tillägg till den res judicata -effekt den redan bekräftats ha. Frågan gällde således huruvida det var befogat att driva konsekvensen av ne bis in idem längre än vad EMD hittills gjort genom att utsträcka verkan inte bara till konsekutiva processer utan även till parallella processer i samma sak. Bakgrunden till frågeställningen var naturligtvis den tidigare expanderingen som gjorts i ne bis in idem -frågan till följd av EMD:s avgöranden i Zolotuchin mot Ryssland och Ruotsalainen mot Finland.

Motiveringarna i domen som gav ne bis in idem en lis pendens -effekt hanterade den konstitutionella frågan om mandatfördelning mellan den lagstiftande och dömande makten som Professor Rui för fram som en orsak till de olika inkorporeringskulturerna i Norden. Finska HD hanterade den konstitutionella frågan genom att relatera det anhängiga ärendet till den parlamentariska behandlingen av ett lagförslag, där även grundlagsutskottet gett sitt utlåtande om ne bis in idem. Då samstämmighet ansågs övervägande mellan dels den anhängiga juridiska frågan, dels den dynamik EMD med sin linje skapat samt ytterligare gällande lagstiftningsinitiativ, resulterade den nationella dialogen i att positionera Finland rättighetsvänligare än det minimum EMD förfäktat.

Om dessutom en ytterligare nordisk dialog förekommit kan inte en utomstående betraktare avgöra, men man kan notera att SvHD i juni 2013 ändrat ståndpunkt genom att även för Sveriges del komma att omfatta tanken om att ne bis in idem bör förbjuda parallella processer i samma sak, precis som principen redan konstaterats förbjuda konsekutiva processer i samma sak.

I mitt tycke kan även detta ses som en dialog i förhållande till EMD. När efter en rätt otydlig rättsutveckling EMD väl satt ner foten i ne bis in idem, tar nordiska domstolar till sig positionen, och omfattar den symmetriska modellen som ovan diskuterats. Så långt är metoden i dialogen att lyssna – men att lyssna kritiskt, så att inte nationella institutioner kullkastas utan en övertygande övernationell argumentation. Att därefter våga driva frågan vidare, så att skyddet expanderas från res judicata till lis pendens i stöd av motiveringar som är välnyanserade och övertygande är också ett uttryck för en kommunikativ resistens. Dock så att resistensen inte vidmakthålls till vilket pris som helst, utan så att när tillräckligt övertygande argumentation presenterats i form av linjeval låta den nationella domstolen återta initiativet för rättsutvecklingen. Vill man tro på kommunikativ resistens som en tredje väg, lyder således den kvarvarande frågan om även EMD har förmågan att låta sig övertygas av stark argumentation.

### **Ad idem – Tes 3**

Är man inte övertygad om den rättsutveckling som förstärkt ne bis in idem -principens position till fördel för individen mot staten, och vill man argumentera för ett sätt att balansera principens nyvunna genomslagskraft, kan man ytterligare i tredje led diskutera tolkningen av idem. Detta gör även så vitt jag kan bedöma professor Rui, så att han presenterar teser angående behovet av en mera finförgrenad dogmatik runt idem än blott den idem factum -position EMD nu verkar tagit i Zolotucin, vilken reducerar den tidigare för omfattande, om än sviktande linjen,



där dels idem crimen -modellen (Gradinger), dels idealkonkurrensmodellen (Oliveira), dels constitutive elements -modellen (Ponsetti) frångåtts. När avgränsningar görs för att försöka besvara om en gärning är samma gärning har EMD alltså valt en modell som endast betraktar det historiska skeendet ur gärningsmannasynvinkel.

En europarättslig förlängning av tes 3 är delvis tes 6, där frågan lyder om EU-domstolen kommer att tolka idem enligt EUCH 50 lika brett som den stundvis gjort då den tolkat schengenavtalets 54 artikel.

Ad idem – mottes

Jag anser att det är på just denna tredje nivå vi ska operera om det är nödvändigt att finjustera omfattningen av ne bis in idem. Problemet är således närmast att det inte är alldeles enkla rättsdogmatiska frågor vi har att göra med, då vi försöker ställa upp bedömningsregler för hur vi ska avgöra vad som är samma gärning, samt vad som å andra sidan är två olika gärningar.

Mitt första påstående för att bidra till att utveckla dogmatiken på denna punkt är att det processuella perspektivet i ne bis in idem -principen bör betonas, och det bör betonas att det processuella perspektivet är ett självständigt perspektiv. Självständigheten tillåter oss att exklusivt för just processrätten definiera vad som skall avses vara samma gärning - eller för att betona perspektivskillnaden i förhållande till den materiella straffrätten - vad som processuellt ska avses vara samma sak, samt omvänt när det är frågan om två olika saker.

Mitt andra påstående för att bidra till att utveckla dogmatiken på denna punkt är att trots att dogmatiken för att bestämma vad som är samma sak sker i ett självständigt processuellt perspektiv finns det alls inga hinder att i denna bedömning beakta andra perspektiv där intellektuellt sett motsvarande frågeställningar aktualiseras. Jag tänker här självklart på att processrätten gärna kan låta sig inspireras av den materiella straffrättens regler om brottskonkurrens.<sup>2</sup> När nu det nya ne bis in idem paradigmet omfattats så att nationella domstolar rent av kört om EMD i rättsutvecklingen, är det just frågan om idem som måste få den riktigt stora uppmärksamheten när den symmetriska modellen valts och dialogen med EMD fortgår.

Konkret innebär detta att den inledande positioneringen om att samma sak är samma sak för att staten som rättsfaktum åberopat ett händelseförlopp med tillräcklig koppling i tid och rum, endast är en början på analysen. Där Zolotuchin hade en dålig dag med diverse incidenter som alla kan inordnas som beteenden beskrivet i ett förbud, är det uppenbart att den temporala och spatiala dimensionen lätt avgör rättsfallets förhållandevis enkla fråga om omfattningen av saken i ljuset av i talan framförda rättsfaktum. Men det är uppenbart att det går att skapa till och med väldigt komplicerade fall, där inte den temporala och spatiala dimensionen erbjuder tillräckligt finförgrenade verktyg för att gestalta de kriterier enligt vilka processrätten bör definiera en och samma sak.

Mitt tredje och avslutande påstående är således att processrättsdogmatiken bör bryta ut tilläggsdimensioner till stöd för bedömningen av om två saker är lika eller olika. Åtminstone följande tilläggsdimensioner synes intellektuellt sätt kunna utnyttjas som stöd för analysen, om man först låst den temporala och spatiala dimensionen.

Subjekt. Hur bör processrätten se på identitet gällande gärningssubjektet, speciellt inom ekonomisk brottslighet, där den materiella straffrätten går mot en dogmatik där straff-

<sup>2</sup> Se Magnus Ulväng som ytterst förtjänstfullt analyserar brottslighetskonkurrens i straffrätten (*Magnus Ulväng Brottslighetskonkurrens. 2013*). Kapitel 8 i boken innehåller många väldigt goda uppslag för här diskuterade straffprocessuella frågor.

rätten kan penetrera vattentåta skott mellom subjekt genom att låta ansvaret skära genom arrangemang som påstås vara konstgjorda?

Om en fysisk person utnyttjar insiderinformation vid kjøp av aktier å en juridisk persons vägnar och den juridiska personen får nytta av handelen, ska då den fysiske personen få skydd av *ne bis in idem* om åtal för insiderhandel riktas mot honom eller henne, efter att en administrativ sanktion utdöms mot den juridiske personen?

Objekt. Hur bör processrätten se på identitet gällande tillegg i hendelseforløpp om tilleggget leder till att det påtalade hendelseforløppet egentligen riktas mot ett annet objekt än vad som påstods i den første processen?

Ska gærningsmannen som döms för att ha avfyret ett hagelgeværsskott så att några hagel tråffat en person, få skydd av *ne bis in idem* mot ett senere åtal då det visar sig att resten av hagelsværmen med dødlig verkan tråffat en fridlyst fågel?

Handling eller underlåtenhet. Hur bör processrätten se på identitet gällande tillegg i hendelseforløpp som tilleggget leder till att ett brott av underlåtenhet blir handlingsbrott?

Ska den aktieågere som underlåtit å offentliggøre for viktig børsrättslig informasjon om pågående avtalsforhandlinger, få skydd av *ne bis in idem* mot ett senere åtal för å åven genom aktiv handling ha desinformert markanden, genom å vilseledende påstå å man aldrig gjennomfør forhandlinger som de facto gjennomferts.<sup>3</sup>

Rekvisit for personlig ansvar. Hur bör processrätten se på identitet gällande tillegg i hendelseforløpp om tilleggget leder till å ett oaktsamt brott blir å uppsåtlig brott?

Ska styrelseordfærnden for børsbolaget som döms for å av oaktsamhet ha kjøpt aktier under den tre vecker långa karenstid som råder fere bolaget ger sitt årsresultat, få skydd av *ne bis in idem* mot ett senere åtal då det viser sig å han dessutom vid samma aktiekjøp varit medveten om positiv insiderinformation gällande sitt bolag?

Min konklusjon å å åven om det sjålvstændige perspektivet som processrätten bør hålla i *ne bis in idem* -frågan presumtivt driver *idem* -frågens løsnung mot en *idem factum* -position dår av staten åberopade empiriske bevisfakta intar en central roll, å det inte såkert å det processuelle perspektivet lyckas skapa en balansert og finfårgrenad dogmatik om bedømmningen å helt frikopplad från normativa bedømmninger av empirisk fakta. Spesielt den materielle straffrættsens dogmatik i konkurrensfråger kan hår ge tolkningsstød då det gåller å avgøre vad som å samme sak, og det stødet kan komma å inbegripa juridiske bedømmninger av historiske fakta.

En dialog mellom den nasjonelle materielle straffrætten og den processrættsmåggjør å de straffrættslige frågorna avgøres således ombårlig for å nyansera den *ne bis in idem* -dogmatik, som behøvs for å såkerstålla en balansert tillåmpning av princippet.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved redaksjonen:

Det ble i diskusjonen vist til behovet for dialog og samspill mellom domstolene og lovgiver, og for dialog mellom nasjonale domstoler og Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD). Dette gjelder særlig for spørsmålet om selve straffebegrepet i reglene om forbudet mot dobbel strafforfølging.

<sup>3</sup> Grande Stevens mot Italien.

Mineralutvinning – kan rettsreglene ivareta hensyn til både næringsutvikling, miljøvern og urfolk?

## **Mineralutvinning – kan rettsreglene ivareta hensyn til både næringsutvikling, miljøvern og urfolk?**

Referent: Advokat *Casper Herler*, Finland

Koreferent: Direktør ved Kompetansesenter for urfolks rettigheter *Laila Susanne Vars*, Norge

Debattleder: Professor *Karin Åhman*, Sverige

Referentens referat, se bind I s. 137–56

Redaksjonens oppsummering av koreferentens innlegg:

Gruverett som en egen rettsdisiplin er ukjent fra et norsk ståsted. Noen reell betydning har dette ikke. Gruveretten møter under enhver omstendighet regler med høyere rang – urfolksretten. Urfolksrett springer ut av den menneskerettslige diskusjonen og har tatt store deler av prinsippene fra menneskerettighetsdiskusjonen opp i seg, herunder selvbestemmelsesretten. Urfolk kan påberope selvbestemmelsesretten.

I selvbestemmelsesretten ligger retten til å bestemme over folkets egen utvikling, og det ligger her en brytning overfor majoritetsfolkets selvbestemmelsesrett. Urfolksrett i Norden har i tillegg grunnlovsværn. Det betyr at spørsmålene også må vurderes opp mot grunnlovsregler. Lovgivning og praksis må derfor prøves mot disse skrankene. Mineralvirksomhet i urfolksområder må skje i tråd med urfolkenes selvbestemmelsesrett, jf. blant annet FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fellesartikkel 1, ILO-konvensjon nr. 169, praksis fra FNs menneskerettskomité, EMRIPs ekspertuttalelser, FNs urfolkserklering og FNs spesialrapportørs anbefalinger til statene og til private selskap.

Er det statene eller mineralselskapene som har forpliktelser? Det er omdiskutert i juridisk teori. Referenten forutsetter at det er gitt en tillatelse og foreligger utvinningsrett. Urfolksrettighetene vil imidlertid gjelde allerede på planstadiet, det vil si et tidligere tidspunkt enn det som er omtalt i referentens innlegg. Så snart det skal lages utvinningspolicy for et område, vil rettighetene gjelde.

Hvordan skal man ivareta urfolksrettigheter i nasjonal minerallovgivning? Det er allerede utviklet "allmenne lærer" i urfolksretten og som bygger opp om dette som praktiske rettigheter, slik som selvbestemmelsesretten, eiendomsretten mv.

Kan man ha rettsregler som beskytter lokalbefolkningens miljøinteresser som motstykke til rettsregler som beskytter urfolksrettigheter? Dette vil være problematisk. Lokalbefolkningens interesser vil aldri være sammenfallende med urfolks rettigheter, og lokalbefolkningen består ikke bare av urfolk. Det må avklares hvem som representerer urfolksinteresser og om det er en urfolksinteresse som representeres.

Det er ikke bare et statlig ansvar å ivareta menneskerettigheter. Private aktører har også et ansvar for å ivareta menneskerettigheter. International Finance Corporation har i kommet med uttalelse om aktiviteter i urfolksområder. Denne sier at aktøren skal innhente samtykke fra det berørte urfolket før det settes i verk aktiviteter i slike områder.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, professor *Karin Åhman*, Sverige:

Hovedfrågan for debatten rörde den konflikt som finns mellan olika rättsreglers funktion, i finsk rätt hur olika allmänna läror kan fungera jämsides, eller med Casper Herlers ord sammanjämkas. *Laila Vars* menade inledningsvis att oavsett om det finns tydliga skillnader i rättskulturer mellan olika rättsområden och att de tar tillvara olika hänsyn, är rätten för ursprungsfolk till självbestämmande ett mycket dynamiskt rättsområde som inte kan bortses från i en sådan diskussion.

En fråga som betonades var den om skydd för äganderätten som en grundlagsskyddad rättighet, som både markägare och ursprungsfolk kan göra anspråk på och hur denna ska lösas konkret. I många fall är ägandet föremål för tvist/konflikt. En annan fråga som uppkom rörde den om hur ursprungsfolks rätt till deltagande (konsultationsplikten) enligt ILO 169 konkret ska komma till uttryck i den inhemska lagstiftningen; ska den utgöra en vetorätt eller en rätt till yttrande i frågor rörande bl.a. användningen av mineral. Är rätten till deltagande en effektiv rätt? Hur ser den ut i den olika nordiska länderna? Vidare hur ska en konflikt lösas om fråga uppkommer om att öppna en ny gruva? Hur ska samtliga intressen som bör tillvaratas balanseras. Vilken betydelse ska t.ex. rättsekonomiska intressen ha? Hur bör försiktighetsprincipen inom miljörätten komma till uttryck inom gruvrätten; bör den ges en egen innebörd med hänsyn till ekonomiska risktaganden? En fråga som diskuterades var slutligen ansvarsfrågan och betydelsen av CRS, det vill säga bolagens sociala samhällsansvar. Hur långt bör detta sträcka sig inom detta område?

Innlegg fra justitieråd *Göran Lambertz*, Sverige:

1. De här frågorna är ovanligt intressanta framför allt för att de rör så vitt skilda intressen. Interesseavvägningen är framför allt en politisk fråga, men i juridifieringens tidevarv lär den i stor utsträckning hamna hos oss jurister.

2. Hur ska man värdera olika intressen mot varandra? Det är alltid en fråga i lagstiftning, och ofta i rättstillämpning. Från intressevärderingssynpunkt är de frågor som kan ställas på mineralutvinningsområdet ovanligt tydliga och utslagsgivande. De är intressanta också därför att vissa effekter kan mätas tydligt i pengar medan andra inte kan det.

3. Jag tror att man måste integrera effekterna i en samlad bedömning för att kunna göra en rättvisande värdering. All lagstiftning handlar om att värdera intressen och effekter mot varandra, och här är denna värdering ovanligt viktig. I den svenska Högsta domstolen har frågan om värdering av intressen vid mineralutvinning varit aktuell i två mål det senaste året, dels ett mål om en kalktäkt i Bunge på Gotland, dels ett mål om en zinkgruva norr om Vättern.

4. Jag tror att man borde vara öppnare med värderingen av effekterna än man är i dag. Man borde inte räddas att försöka sätta uttryckliga värden på miljöeffekter och effekter för ursprungsbefolkningen, kanske rentav siffror. Därmed kanske man ska låta rättsekonomi spela en större roll än den har i dag i mål om mineralutvinning.

5. Kanske kan man t.ex. tänka sig att man i ett fall, som gäller frågan om en gruva ska tillåtas, sätter ett siffervärde på alla intressen som ska räknas med. Om det samlade värdet av all malm från gruvan då är 10 miljarder kronor brutto, 5 miljarder kronor netto, och de positiva effekterna i övrigt är värda 500 miljoner kronor under hela brytningstiden, då skulle det i

Mineralutvinning – kan rettsreglene ivareta hensyn til både næringsutvikling, miljøvern og urfolk?

principp fordras for at gruvan ska få öppnas att värdet på förlusterna för miljön och urfolken i varje fall inte överstiger 5,5 miljarder kronor samlat under alla de år då effekterna finns.

6. Vid en sådan beräkning kan man konstatera att det spelar stor roll vart intäkterna går. Det är från det perspektivet inte givet att inmutningssystemet är bäst. Vid en kalkyl är det uppenbart att de positiva effekterna är större om pengarna går till det gemensamma. En gruva som inte ska köras igång om den är privat kanske ska öppnas och drivas om den är statlig. Det finns andra aspekter på detta, men vid en ren effektkalkyl blir det ett större positivt utfall av en gruva ju mer som går till stat och kommun.

Sakkyndiges rolle i sivilprosessen

## Sakkyndiges rolle i sivilprocessen

Referent: Byretsdommer *Skúli Magnússon*, Island  
Koreferent: Videnpartner *Lars Lindencrone Petersen*, Danmark  
Debattleder: Professor *Johanna Niemi*, Finland

Referentens referat, se bind I s. 291–306

Koreferenten, advokat *Lars Lindencrone Petersen*, Danmark:

I referentens indlæg behandles spørgsmålet i tre hovedafsnit:

Specialistviden til sagens oplysning

Specialistviden på dommersædet

Samspillet mellem sagkyndige sagsoplysere og sagkyndige dommere

Jeg vil strukturere mine bemærkninger på samme måde.

### 1. Specialistviden til sagens oplysning

Det tema, der slås an i afsnittet om sagkyndiges bistand ved oplysning af en civil sag, er, om denne bistand bør tage form af, at sagkundskaben tilføres i form af domstolsudmeldte skønsmænd (denne term har i dansk ret med virkning fra 1. juli 2014 afløst det mindre mundrette syns- og skønsmand), i form af ekspertvidne, som parterne selv har udpeget, eller muligt en kombination af de to.

Dansk ret har traditionelt bekendt sig til skønsmodellen med domstolsudpegede sagkyndige, og diskussionen af, om partsudpegede vidner bør tillades, er forholdsvis ny. Ved overvejelsen af årsagen til, at diskussionen i det hele taget er dukket op, må man tage udgangspunkt i, at dommere traditionelt lægger overordentlig stor vægt på de svar, som skønsmanden afgiver. Det siges ofte – og ikke helt i spøg – at det reelt er skønsmanden, som afgør sagen. Det er for så vidt naturligt, at dommeren ved sin afgørelse læner sig også kraftigt op ad skønsmandens erklæring – det må kræve særlige omstændigheder, hvis dommeren skulle sætte skønsmandens sagkundskab til side til fordel sin egen opfattelse. Reglerne om syn og skøn, som jo er de samme, uanset indholdet af den sag, hvor et skøn kommer på tale, har meget gamle rødder, og der er efter reglernes tilblivelse dukket en række nye retsområder op, som er præget af, at sagerne dels kan være særdeles komplicerede, dels kan angå overordentlig store værdier. Man kan tænke på forskellige immaterialretlige sager og sager inden for konkurrencerettens område. Navnlig sidstnævnte er endvidere karakteriserede ved, at økonomisk teori og valg mellem forskellige beregningsmodeller og forudsætningerne for et sådant valg jævnligt er et tema.

Man kan derfor efter min opfattelse ikke affærdige det, hvis parter i civile sager udtrykker utryghed ved systemet. Det er klart, at en parts ønske om at bruge et ekspertvidne, som vedkommende selv har udpeget, kan opfattes som et forsøg på at købe sig til en besvarelse, som er komfortabel for den pågældende part. Jeg mener, at man snarere skal anskue det som et udslag af den opfattelse, at syn og skøn – i hvert fald på visse sagsområder – kan forekomme for uforudsigeligt, fordi man kan risikere, at en skønsmand, som udpeges, repræsenterer en



bestemt "skole" inden for sit fag og – naturligt – vil lade sin besvarelse af de stillede spørgsmål farve heraf. Med dette udgangspunkt kan man anskue ønsket om partsudpegede ekspertvidner som et ønske om at højne oplysningsniveauet hos dommeren – eller tillige hos skønsmanden, hvis man har en model med både skøn og ekspertvidner – derved at de erklæringer og forklaringer, som ekspertvidnerne afgiver, også klarlæger vidneres forudsætninger for deres redegørelser. Dansk retspraksis rummer i hvert fald ét eksempel, hvor denne betragtning kommer tydeligt frem. Det drejer sig om en afgørelse truffet af Voldgiftsnævnet for bygge og anlæg, som er gengivet i Tidsskrift for Bygge- og Boligret (TBB) 2012, side 125. Som baggrund kan jeg oplyse, at dansk retspraksis siden Højesterets afgørelse gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 2007 side 2040 har indtaget det standpunkt, at en part under en retssag som udgangspunkt kan fremlægge en erklæring, som han har indhentet inden sagens anlæg. Efter at retssagen er anlagt, må relevant sagkundskab tilføres sagen i form af syn og skøn. Der vil altså i sagen kunne indgå erklæringer, som den ene, men ikke den anden part har indhentet. Det ligger i sagens natur, at en sagsøger derved principielt så at sige kan bringe sig foran på point. I sagen fra Voldgiftsnævnet var forholdet det, at klageren inden sagsanlægget havde indhentet en erklæring fra et ekspertvidne og – i overensstemmelse med den beskrevne retspraksis – havde fremlagt denne i forbindelse med sit klageskrift. Indklagede ønskede nu at fremlægge en erklæring, som han havde indhentet, efter at sagen var anlagt. Indklagede var helt på det rene med, at erklæringen på baggrund af retspraksis ikke ville kunne indgå i sagen som bevis, og anførte derfor, at han ønskede at fremlægge erklæringen med henblik på at komplettere det grundlag, som en skønsmand ville have for sin besvarelse af skønstemmet. Heri gav voldgiftsretten ham medhold, og indklagede fik således lov til at fremlægge erklæringen til brug for skønsmanden. Voldgiftsrettens præmisser antyder ikke, at afgørelsen skulle være begrundet i sagens konkrete omstændigheder, men udtaler tværtimod, at fremlæggelsen med det anførte formål indebærer, at "begge parter ... – uanset hvem af dem der først har underbygget sit standpunkt ved en ensidigt indhentet teknisk udtalelse – [får] samme adgang til over for skønsmanden at redegøre for deres syn på de omtvistede spørgsmål. Altså en generel udtalelse om betydningen af, at kontradiktionsprincippet overholdes.

Et spørgsmål, som man med rimelighed kan rejse, hvis man overvejer at indføre adgang til ekspertvidner, er, hvilken rolle retten skal have i den forbindelse. Adgang til ekspertvidner åbner mulighed for, hvad der med et lidt gammeldags udtryk kunne kaldes en vidtløftiggørelse af sagen. Dette vil kunne være belastende for den mindst ressourcestærke part i sagen, som vil føle et behov for at imødegå den erklæring, som modparten har fremlagt, men måske ikke være i stand hertil på en tilfredsstillende måde. Det vil også kunne lægge et pres på domstolens ressourcer, så der er næppe tvivl om, at der er behov for, at retten kan indtage en aktiv rolle, eller sagt på en anden måde: Der kan være behov for en vis begrænsning af partsautonomien.

Det fremføres ofte som et argument imod en ordning med partsudpegede ekspertvidner, at disse vil kunne være tilbøjelige til i deres erklæring at være venlige over for den part, der har udpeget (man kunne måske sige: antaget) dem. Man kan jo ikke komme uden om, at en sådan risiko består, men det er efter min opfattelse ikke noget vægtigt argument imod ekspertvidner. Det er jo en daglig opgave for dommere at foretage en afvejning af beviser, hvis bonitet kan variere, så denne problemstilling er på ingen måde særlig for det område, som vi beskæftiger os med.

Reglerne i den danske retsplejelov om syn og skøn undergik en omskrivning ved lov nr. 737 af 25. juni 2014, der trådte i kraft den 1. juli 2014. Det er rimeligt at karakterisere

ændringerne på den måde, at lovgiver har plukket de lavthængende frugter. Retsplejerådet har da også tilkendegivet, at man vil overveje området yderligere.

## 2. Sagkundskab på dommersædet

Vender vi os herefter til spørgsmålet om sagkundskab på dommersædet, er det jo velkendt, at vi i Danmark har bibeholdt Sø- og Handelsretten som en domstol, hvor der medvirker sagkyndige dommere. Derimod hører det i høj grad til sjældenhederne, at der medvirker sagkyndige dommere ved andre domstole. Jeg bortser her fra sagstyper, hvor sagkyndig dommermedvirken er foreskrevet ved lov, fx boligretssager. I de seneste årtier har Sø- og Handelsretten været i søgelyset – ikke på grund af anvendelsen af sagkyndige dommere, men fordi retsplejelovens ordning var den, at alle domme, som Sø- og Handelsretten afsagde, kunne ankes direkte til Højesteret. I takt med at belastningen af Højesteret steg med øget sagsbehandlingstid til følge, steg presset på Sø- og Handelsretten. Med virkning fra 1. februar 2014 blev ankereglerne herefter ændret således, at kun domme i sager af principiel karakter og som har betydning for den fremtidige retsudvikling, kan ankes til Højesteret, mens andre domme ankebehandles af landsretten. Med denne ændring er det en rimelig prognose, at der vil være ro om Sø- og Handelsretten og anvendelsen af sagkyndige dommere.

Det kan for så vidt undre, at danske domstole ikke anvender sagkyndige dommere. Denne undren kan tage afsæt i, at det er et udtalt ønske fra lovgiver, at der medvirker sagkyndige dommere. Pr. 1. januar 2007 blev der i Danmark gennemført en omfattende omorganisering af domstolene, og i forarbejderne til den lov, hvormed ændringerne blev gennemført – lov nr. 538 af 8. juni 2006 – hedder det udtrykkeligt, at det er ”forudsat, at der fremover beskikkes væsentligt flere sagkyndige dommere også i handelssager end i dag” (lovforslag 168, Folketingssamlingen 2005-06, de almindelige bemærkninger pkt. 4.2.2.2). Mig bekendt er der ikke nogen, der har interesseret sig særligt for dette spørgsmål, og vi har ikke fået nogle bud på årsagen til, at der ikke kan påvises nogen ændring i omfanget af sagkyndig dommermedvirken. For egen regning kan jeg da bemærke, at det jo for det første kan tænkes, at en betydelig del af de sager, hvor medvirken af sagkyndige dommere kommer på tale, behandles ved Sø- og Handelsretten, således at det antal sager ved byretterne, hvor spørgsmålet er aktuelt, i virkeligheden er temmelig begrænset. Det er efter min opfattelse også nærliggende at antage, at dommerne ikke rejser spørgsmålet af egen drift, men forventer, at advokaterne bringer det på bane, hvis de finder behov herfor. Denne forventning er velbegrunderet. Som led i forberedelsen af en civil retssag afholdes, når stævning og svarskrift er modtaget, et møde med parternes advokater. I retsplejelovens § 353 findes en oplistning af en lang række punkter, som skal eller kan drøftes på et sådant møde. Spørgsmålet om medvirken af sagkyndige dommere er oplistet blandt de punkter, som kan, men ikke skal drøftes. Disse punkter er for stort set samtlige vedkommende nogle, som først kommer i spil på en parts begæring.

Som anført kan der ikke påvises nogen udvikling i retning af en øget deltagelse af sagkyndige dommere i dansk ret, og efter referentens beskrivelse af islandsk ret er det også min sikre opfattelse, at dansk ret er væsentligt mere tilbageholdende med at foreskrive sagkyndig dommermedvirken, end man er i Island. Noget bud på årsagen hertil har jeg ikke.

De betænkeligheder, som ud fra mere principielle betragtninger kan rejses mod en ordning med sagkyndig medvirken på dommersædet, er velkendte og anføres også i referentens indlæg. De er også adresseret i de lovforslagsbemærkninger, som jeg henviste til ovenfor

(de specielle bemærkninger til retsplejelovens § 20, hvor særligt hensynet til iagttagelse af kontradiktionsprincippet betones, idet det hedder, at retten skal "være særligt opmærksom på at sikre, at parterne får lejlighed til selv at udtale sig om alle forhold, som indgår i grundlaget for afgørelsen"). Ud fra et principielt standpunkt kan de jo ikke affærdiges, men i det praktiske retsliv spiller de ingen rolle. Man kan forhåbentlig tage dette som udtryk for, at parterne har tillid til, at domstolene i det praktiske retsliv netop håndterer de principielle betænkeligheder på en ordentlig måde. Brug af Sø- og Handelsretten er kun pligtmæssig i sagstyper, der genererer et meget begrænset antal sager, men parter benytter Sø- og Handelsretten, også hvor de – hvilket er udgangspunktet i dansk procesret – kunne have anlagt sagen ved en byret.

### 3. Samspillet mellem sagkyndige sagsoplysere og sagkyndige dommere

Vender vi os afslutningsvis til spørgsmålet om samspillet mellem sagkyndige i sagsoplysningen – skønsmand og/eller ekspertvidner – og sagkyndige dommere, er det jo væsentligt at holde sig det for øje, at den sagkyndige medvirker ved sagsoplysningen har til formål, at resultatet af de sagkyndiges arbejde skal indgå som bevis i sagen. De funktioner, som henholdsvis skønsmand/ekspertvidner og sagkyndige dommere udfører, er således væsensforskellige og kan ikke erstatte hinanden. Dette er også dansk rets udgangspunkt. Det forhold, at der skal medvirke sagkyndige dommere ved hovedforhandlingen, udelukker således ikke, at der medvirker sagkyndige ved oplysningen af sagen som led i forberedelsen. Således indgår der syn og skøn i en række sager, der føres ved Sø- og Handelsretten.

Udgangspunktet opretholdes også den anden vej rundt. Det forhold, at der er foretaget syn og skøn, gør ikke, at der ikke kan medvirke sagkyndige dommere ved afgørelsen af sagen.

Retfærdigvis skal det dog tilføjes, at retspraksis fremviser eksempler, hvor udgangspunktet fraviges, således fx UfR 2010 side 2034, hvor Vestre Landsret som begrundelse for at afslå medvirken af sagkyndige dommere anførte, at der var foretaget syn og skøn, og at sagen (med et lidt andet ordvalg) derudover alene angik juridiske spørgsmål.

### 4. Afslutning

Referenten stiller i sit indlæg spørgsmålet, «om vi står over for et slag der på forhånd er tabt og det derfor er bedre at skabe en klar ramme omkring ekspertvidner».

Mit svar på dette spørgsmål er: Ja.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, professor *Johanna Niemi*, Finland:

Mest ögonfallande i den livliga debatten var att både regleringen och praxis om sakkunniga i processen är så olika i de olika nordiska länderna. Dessutom kom det fram att praxis är mycket annorlunda än själva lagreglerna i flera länder.

Den isländska praktiken att domaren får välja sakkunniga bi-domare i enskilda fall väckte mycket uppmärksamhet och förvåning bland de nordiska kollegerna. Det var en praxis

som inte finns i de andra länderna. Inledaren fick frågor om hur han som domare kan försäkra deras habilitet.

Antalet falltyper där man har sakkunniga som sitter som medlemmar i domstolen har minskat i några nordiska länderna. I den danska sjö- och handelsrätten sitter dock sakkunniga med. Den svenska specialiteten att hovrätterna kan kalla in akademiker som medlemmar i domstolen syns vara ett sätt att uppmuntra växelverkan mellan domstolarna och akademien.

Ser man sakkunniga som vittnen eller experter? Enligt den svenska och finska rättegångsbalken utnämner domstolen sakkunniga. Dock i praktiken är det oftast parterna som utser var sin sakkunnig och de hörs i domstolen i princip på samma stil som vittnen.

Koreferenten tog upp i sitt inlägg rollfördelningen mellan den sakkunniga och domaren, och risken för att domaren blir i alltför hög grad avhängig av den sakkunniges bedömning.

Härigenom skapas drivkrefter inte bara för medborgarna utan också för myndigheterna att utveckla digitala gränssnitt anpassade till alla i samhället.<sup>9</sup>

### 3. Digitala avgöranden

Ett återkommande inslag i analyser av den digitala förvaltningen är som sagt alltjämt frågan om informations- och kommunikationstekniken egentligen ger upphov till nya juridiska frågeställningar eller om det inte snarare rör sig om traditionell tolkning och tillämpning av rättsregler i delvis oprövade digitala miljöer som t.ex. sociala medier, vid användning av molntjänster (eng. cloud computing) och appar av diverse slag. Principiellt sett kan det mycket väl förhålla sig på det viset, dvs. att det bara är att betrakta som ett verktyg vilket som helst, men då förutsatt att man tillåter sig en förenklad syn på de förändrade rättsliga infrastrukturer som inte minst digitala informationsflöden över nationsgränser ger upphov till.<sup>10</sup>

Det problemkomplex som Fenger adresserar i termer av verksamhet inriktad på digitala avgöranden tydliggör hur fundamentalt annorlunda premisserna för beslutsfattande blir i en jämförelse med manuella förfaranden. Helt eller delvis automatiserat beslutsfattande förutsätter nämligen formalisering av styrmekanismer på ett sätt som vanligen inte ger utrymme för skönmässiga bedömningar utan istället bygger på en fixering av rättsläget vid tidpunkten för systemdesign.<sup>11</sup> Det kan vidare noteras att precis som Fenger anför reser förvaltningsrätten i sig inte något formellt hinder mot digitaliserade avgöranden även om bl.a. artikel 15 i dataskyddsdirektivet (95/46/EG) sätter en yttersta gräns för tillåtet automatiserat beslutsfattande av särskilt integritetskänsligt slag.<sup>12</sup>

Fenger fortsätter sitt referat med att skifta fokus till digitaliseringens inflytande på lagstiftningen. Hans följande andra tes är att önskan om att digitalisera beslutsfattande påverkar utformningen av den offentligrättsliga lagstiftningen bort från skönspräglade grundläggande bestämmelser till mer precisa och mindre flexibla rättsregler. Det föranleder noteringen att frågor rörande automationsanpassad lagstiftning har funnits med som ett studieobjekt sedan länge i rättsvetenskapliga undersökningar.<sup>13</sup> Någon mer genomgripande

9 I detta sammanhang gör sig behovet av ett proaktivt förhållningssätt gällande. Detta kan illustreras med ett avgörande av Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2012 ref. 21) avseende personuppgiftsansvarets fördelning vid elektroniska självbetjäningstjänster. Målet gällde Försäkringskassans sms-tjänst för vårdnadshavares anmälan av tillfällig föräldrapenning och en s.k. infratjänst för arbetsgivares anmälan av anställdas sjukfall. HFD konstaterade att personuppgiftsansvaret enligt personuppgiftslagen (1998:204) inträdde redan när tjänsterna fanns tillgängliga för användning trots att Försäkringskassan inte hade någon reell åtkomst till personuppgifterna i fråga. Förklaringen låg i Försäkringskassans kontroll över tjänstens utformning och användning oaktat den reella åtkomsten till personuppgifterna.

10 Se t.ex. Magnusson Sjöberg, Cecilia. Digitaliseringens inverkan på den nationella rättens ställning. JFT 4/2012 s. 315–334.

11 Bing, Jon, Om tolkning av enkeltord – särskilt i lovtext. Samfunn – rett – rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoff 70-årsdag s. 131–143. Red. Anders Bratholm, Torke Opsahl, Magnus Arbrake. Oslo: Tano, 1986 och Rønsholdt, Søren. Teknologi i den offentlige ret. Köpenhamn: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag 1991 s. 135. Se även Lessig, Lawrence. Code version 2.0. New York: Basic Books, 2006 och E-delegationens rapport om direktåtkomst och utlämnande på medium för automatiserad behandling, 2012.

12 Denna typ av automatiserat beslutsfattande kan exempelvis bli aktuell vid handläggning av körkortsärenden som förutsätter en lämplighetsprövning.

13 Berg, Malte von. Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Köln: Grote, 1968 s. 101–102. Bing, Jon. Automatiseringsvennlig lovgivning. Tidskrift for Rettsvitenskap (TIR) 1977 s. 195–229. Garstka, Hansjürgen. Formaliserungsprobleme in der Gesetzplanung (Berlin 1972) s. 91–93. Göttlinger, Franz. EDV-Planung in der Öffentlichen Verwaltung. EDV und Recht. Band 2. Berlin J. Schweitzer Verlag, Berlin (1972) s. 22–28 och Sergot, Marek et. al. The British Nationality Act as a Logic Program. London: Department of Computing, Imperial College, 1985. Se även Schartum, Dag Wiese, Jon Bing: En hyllest. Gyldendal, 2014 s. 230–247.

förändring av lagstiftningstekniken går dock knappast att spåra. Däremot förkommer spridd it-anpassning av regelverk när det gäller elektroniskt uppfyllande av formkrav, att vissa typer av förvaltningsbeslut kan fattas genom automatiserad behandling (av uppgifter), strävan efter teknikneutral lagstiftning etc.

Min andra antites blir mot bakgrund av ovanstående att lagstiftaren visserligen söker befrämja digitaliserad ärendehandläggning och automatiserat beslutsfattande men att detta sker genom utveckling av tekniska, organisatoriska och juridiska infrastrukturer som tar sin avstamp i myndighetspraxis snarare än i automationsanpassad lagstiftning. Normkällan är då att finna betydligt lägre ned i regelhierarkin än föreskrifter på lagnivå. I praktiken byggs e-tjänster i betydande utsträckning med utgångspunkt i rättsliga resonemang hänförliga till myndigheters vägledning, rapporter och informationskrifter. Dessa styrdokument kan knappast kvalificera som automationsanpassad reglering i den bemärkelse som Fenger med flera (se ovan) förutspått. Det rör sig istället om en slags teknikdriven rättsutveckling anpassad till de krav som framför allt en kostnadseffektiv förvaltning för med sig.

#### 4. Digitalisering och förvaltningsprocess

En sammanhållen nätverksförvaltning baserad på en digital förvaltningsprocess med automatiserat beslutsfattande som ett centralt inlag framstår som en eftersträvansvärd målbild. Detta låter sig dock inte åstadkommas utan antagandet av en mängd förvaltningspolitiska, ekonomiska och inte minst juridiska utmaningar. Med utvecklingen följer alltså att den digitaliserade förvaltningen tillåts göra ett allt större avtryck också i en juridisk kontext. Digitala avgöranden är som framkommit ovan ett fenomen som fortfarande fordrar särskild uppmärksamhet. Detsamma kan sägas gälla digitalisering av själva förvaltningsprocessen även om de rättsliga konsekvenserna inte är lika påtagliga.

En synpunkt som Fenger för fram är att alla tänkbara förvaltningsförfaranden faktiskt inte med fördel låter sig digitaliseras. Ibland framstår det rent ut sagt som olyckligt att utesluta den mänskliga interaktionen med tanke på exempelvis partsinsyn, myndigheters utredningsskyldighet och risken för att inte alla relevanta fakta blir beaktade i förutbestämda och normaliserade digitaliserade ärenderutiner. Bland annat med hänsyn till detta är Fengers tredje tes att digitala självbetjäningssystem i flera avseenden förbättrar kvaliteten på det offentliga service gentemot medborgarna, men att de samtidigt ger upphov till rättssäkerhetsmässiga spörsmål i förhållande till bl.a. atypiska situationer och myndigheters skyldighet att vägleda enskilda.

Min tredje antites är att det finns ett påtagligt behov av juridisk analys av primärt den storskaliga användningen av självbetjäningstjänster när det gäller hjälp till enskilda i form av upplysningar, vägledning och råd i digitala miljöer.<sup>14</sup> Antitesen tar således sikte på angivandet av atypiska situationer som ett särskilt observandum vad gäller risken för urholkning av myndigheters vägledningsskyldighet. Det är snarare generella och redan idag frekvent förekommande stödfunktioner som bör få högsta prioritet i arbetet med en allt mer långtgående digital förvaltning. När myndigheter använder sig av funktioner för att ge svar på vanliga frågor på sina webbplatser, ger automatiserat stöd med förklarande texter vid ifyllande av elektroniska blanketter, ger support vid maskin-maskinlösningar, inrättar en s.k. helpdesk

<sup>14</sup> Se regleringen av myndigheters serviceskyldighet i 4 § förvaltningslagen (1986:223).

där tjänstemän antingen per telefon eller som "chat" samtalar med enskilda, ibland med möjlighet att också dela skärmbild uppstår en hel mängd frågor rörande offentlighet, sekretess, persondataskydd<sup>15</sup> informations säkerhet och ansvar.

Reflektionerna närmast ovan innebär förstås inte att det skulle vara onödigt att söka komma tillrätta med rättsosäker hantering i atypiska situationer, tvärtom. Men behovet av att etablera juridiskt hållbara lösningar för de helt eller delvis automatiserade hjälptjänster som redan idag används storskaligt utan särskilt ingående juridiska överväganden framstår dock som minst lika stort.<sup>16</sup>

## 5. Datasambearbetning och kontroll

Fengers fjärde tes är att digitaliseringens möjligheter till samkörning av data både kan öka servicen till medborgarna och försvaga deras rättssäkerhet. På plussidan står återanvändning av data som minskar belastningen vad gäller uppgiftslämnande för såväl enskilda privatpersoner som företag.<sup>17</sup> Ett bärande argument mot en alltför spridd utväxling av uppgifter över myndighetsgränser är samtidigt risken för kränkning av enskildas personliga integritet och spridning av affärshemligheter.

Min fjärde antites är att samkörning i sig inte är en kritisk faktor vad gäller service och rättssäkerhet utan att svårigheten snarare består i att finna bästa källan för datainsamling och databearbetning inom ramen för tekniska och verksamhetsmässiga arkitekturer som även beaktar juridiska aspekter.<sup>18</sup> Vad som är bästa källan måste avgöras från fall till fall med beaktande av dels omgivande regelverk, dels om det är fråga om grundläggande uppgifter (t.ex. namn, adress), myndighetsspecifika uppgifter (t.ex. vad gäller bidrag, tillstånd) eller branschspecifika uppgifter, (t.ex. rörande jordbruk, handel).<sup>19</sup>

## 6. Tillsyns- och besvärsorgan

Den digitaliserade förvaltningen sätter fokus på rättssäkerhetsgarantier i form av bl.a. själv rättelse, omprövning och överklagande av myndighetsbeslut. När det reella beslutsfattandet är beroende av bakomliggande datorprogram som givet vissa indata återkommande genererar samma positiva eller negativa beslut för den enskilda suddas distinktionen mellan regelutformning och regeltillämpning i viss mån ut. Att s.a.s. köra om samma ärende i en e-tjänst för automatiserat beslutsfattande tjänar inget till utan beaktande av den bakomliggande programkoden. Det är därför viktigt att beslutsfattande förvaltningsmyndighet liksom dömande instans har rutiner för återkoppling och tekniska tillrättlägganden.

15 Se härom Lex. Blume, Peter. Forventning om privathed, Jon Bing: En hyllest, Gyldendal, 2014 s. 59–78 och Boe, Erik Magnus. Personvernbiomatene, Jon Bing: En hyllest, Gyldendal, 2014 s. 16–38.

16 En reaktion på denna utveckling i form av förslag på sekretess och tystnadsplikt i hjälptjänster återfinns i E-delegationens betänkande Så enkelt som möjligt för så många som möjligt: Bättre juridiska förutsättningar för samverkan och service. SOU 2014:39 s. 93 ff.

17 I Sverige liksom övriga Norden pågår arbete med att få en fungerande "dörr in" till förvaltningen anpassat till enskilda privatpersoner och företag. Se Lex. SOU 2013:80. Ett minskat och förenklat uppgiftslämnande för företagen. Betänkande av Uppgiftslämnarutredningen (tilläggsdirektiv 2013:111).

18 Se vidare Prop. 2007/08:160. Utökat elektroniskt informationsutbyte.

19 Se vidare SOU 2013:80 Ett minskat och förenklat uppgiftslämnande för företagen. Betänkande av Uppgiftslämnarutredningen.

Detta leder fram till Fengers femte tes att övergången till en digital förvaltning ger upphov till nya utmaningar för prövningsorganen. I detta sammanhang visar det sig återigen att prevention kan vara att föredra framför botemedel. En metod som Fenger synes förespråka är systemrevision omfattande bl.a. en granskning av huruvida aktuell programkod är ändamålsenligt utformad givet aktuella ärendeprocesser.

Min femte antites är att rättsordningens befintliga funktioner och funktionalitet väl mäktar med övergången till en digital förvaltning. Hade så inte varit fallet torde förändringsmekanismer fått genomslag vid det här laget. Eventuellt är dock tiden mogen för att de lege ferenda återigen överväga behovet av en rätt för enskilda att överklaga inte bara individuella förvaltningsbeslut utan även utformningen av både en myndighets övergripande systemstrukturer och mer specifika programrutiner.<sup>20</sup>

## **7. Allmänna krav på ärendehantering som har gett upphov till särskilda utmaningar när ärendehantering sker digitalt**

Fengers sjätte tes är att införandet av it ibland försvagar myndigheternas efterlevnad av vissa fundamentala bestämmelser om ärendehandläggning. Denna del av referatet är inriktad på journalföring med anknytande ärendehanteringsrutiner och risken för att handläggare inte i tillräcklig utsträckning inser att e-post och sms m.m. utgör rättsligt relevant information av betydelse vid bl.a. partsinsyn, offentlighet och möjligheter att återskapa beslutsunderlag.

Min sjätte antites är att myndigheter tenderar att i onödan tyngas av regelverk som de facto ger utrymme för tämligen flexibel elektronisk informationshantering.<sup>21</sup> En närmast övernitisk registrering av handlingar i meddelandesystem, dokument- och ärendehanteringssystem, digitala samverkansplattformar, myndigheters Facebooksidor etc. närmast hämmar transparens och överblick. Det kan faktiskt vara lika välbehövligt att med lagstöd radera information som att spara densamma.

Det finns med andra ord anledning att lyfta fram de möjligheter som lagstiftningen ger att under vissa förutsättningar hålla offentliga handlingar ordnade så att allmänhetens insyns rätt inte försvåras utan krav på registrering av varje enskild datamängd.<sup>22</sup> Genom löpande och aktiv informationshantering med tydliga arbetsinstruktioner för tjänstemännen när handlingar beroende på dess status får eller ska raderas/gallras respektive arkiveras/bevaras skapas förutsättningar för god informationshantering. Detta förutsätter i förlängningen ett strategiskt förhållningssätt vad gäller vilka kommunikationskanaler en viss myndighet har för avsikt att vara närvarande i och med vilket ändamål. I detta hänseende får juridiken kring e-post, sms och hemsidor anses ha klarnat. Myndigheters användning av bl.a. sociala medier och molntjänster föranleder dock fortfarande rättsliga överväganden.

<sup>20</sup> Se t.ex. Magnusson Sjöberg, Cecilia, Rättsautomation: Särskilt om statsförvaltningens datorisering. Stockholm: Norstedts Juridik, 1992 s. 347 f.

<sup>21</sup> Det ska inte stickas under stol att det praktiska rättslivet också rymmer individer som tar till vara sina rättigheter vad gäller handlingsutlämnande i en sådan omfattning att en myndighets löpande verksamhet närmast lamslås. Se som exempel härpå JO:s kritik mot Kommunstyrelsen i Kalmar kommun för beslut om att inte handlägga framställningar om handlingsutlämnande från en viss person m.m. (beslut 2014-07-10, dnr 180-2014).

<sup>22</sup> Se t.ex. regleringen av en s.k. god offentlighetsstruktur och registreringskyldigheten i 4 kap. 1 § samt 5 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).



## 8. Avslutande reflektioner

Inledningsvis reste jag spørsmålet om Fengers referat angående medborgarna och den digitaliserade förvaltningen introducerar några principiellt sett nya frågeställningar eller företrädesvis adresserar kända rättsfrågor om än i dagsaktuella digitala miljöer. Den slutsats som genomlysningen mynnar ut i är att det huvudsakligen rör sig om en förtjänstfull genomgång av ett antal centrala teman som i varierande utsträckning redan varit föremål för rättsvetenskapliga studier, statligt utredningsarbete, debattartiklar etc. under de senaste decennierna.

Detta förtar ingalunda värdet av referatet som sådant utan kan sägas fungera som en bekräftelse på områdets juridiska relevans. Det hade varit betydligt mer bekymmersamt inte minst ur rättssäkerhetssynpunkt om rättsutvecklingen inom den digitala förvaltningen sett sig mer dramatisk. Detta ska dock inte tas till intäkt för minskad uppmärksamhet kring myndigheters användning av modern informations- och kommunikationsteknik.

Tvärtom föranleder den offentliga förvaltningens alltmer komplexa tekniska och organisatoriska infrastrukturer juridiskt bistånd såväl materiellt som metodmässigt. För att bara ge ett par exempel ger direktåtkomst och annat elektroniskt utlämnande myndigheter emellan upphov till komplicerade sekretessbedömningar med implikationer för skyddet av den personliga integriteten i materiellt hänseende.<sup>23</sup> Vad gäller användning av juridisk metod för att bevaka den offentliga förvaltningens värdegrunder också i digitala sammanhang utkristalliserar sig området för informationssäkerhet eller snarare cybersäkerhet som en kritisk framgångsfaktor. Arbete med s.k. inbyggd integritet (eng. Privacy by Design) är särskilt intressant i sammanhanget genom att fungera som en brygga mellan integritetsskyddande juridik och säkerhetsbefrämjande teknik.

## 9. Källor

- A Proactive Approach, *Scandinavian Studies in Law*, Volume 49, 2006  
Berg, Malte von, *Automationsgerechte Rechts- und Verwaltungsvorschriften*. Köln: Grote, 1968 s. 101–102  
Bing, Jon, *Automatiseringsvennlig lovgivning*. *Tidskrift for Rettsvitenskap (TfR)* 1977 s. 195–229  
Bing, Jon, *Om tolkning av enkeltord – særlig i lovtekst*. *Samfunn – rett – rettferdighet*, Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag s. 131–143. Red. Anders Bratholm, Torkel Opsahl, Magnus Aarbakke. Oslo: Tano, 1986  
Blume, Peter, *Forventning om privathed*, Jon Bing: En hyllest, Gyldendal, 2014 s. 59–78  
Boe, Erik Magnus, *Personvernbiomatene*, Jon Bing: En hyllest, Gyldendal, 2014 s. 16–38  
Crandall, Angela, Mutuku, Leonida. *M-Governance: Exploratory Survey on Kenyan Service Delivery and Government Interaction*. Red. Cunningham, P och Cunningham, M, *IST-Africa 2012 Conference Proceedings*, s. 1–9  
Ds 1975:3. *ADB och juridik. En problemöversikt*  
E-delegationen, *Rapport om direktåtkomst och utlämnande på medium för automatiserad behandling*, 2012  
E-delegationen, *Juridisk vägledning för verksamhetsutveckling inom e-förvaltning*, 2013  
Garstka, Hansjürgen, *Formalisierungsprobleme in der Gesetzplanung* (Berlin 1972) s. 91–93  
Göttlinger, Franz, *EDV-Planung in der Öffentlichen Verwaltung. EDV und Recht. Band 2*. Berlin J. Schweitzer Verlag, Berlin (1972) s. 22–28  
Lessig, Lawrence, *Code version 2.0*. New York: Basic Books, 2006  
Magnusson Sjöberg, Cecilia, *Rättsautomation: Särskilt om statsförvaltningens datorisering*. Stockholm: Norstedts Juridik, 1992

<sup>23</sup> Se t.ex. SOU 2012:90 Överskottsinformation vid direktåtkomst. Betänkande av Informationshanteringsutredningen. Utredningens ursprungliga direktiv (dir. 2011:86) har kompletterats med tilläggsdirektiv (dir. 2014:31).

Magnusson Sjöberg, Cecilia, Legal Information Supply and the Digital Divide  
Scandinavian Studies in Law, Volume 50, What is Scandinavian Law? Social Private Law, s. 393-408.  
Stockholm: Institute for Scandinavian Law, 2007

Magnusson Sjöberg, Cecilia, Digitaliseringens inverkan på den nationella rättens ställning. JFT 4/2012  
s. 315–334

Magnusson Sjöberg, Cecilia, Nordbeck, Peter, Nordén, Anna och Westman, Daniel, Rättsinformatik:  
Inblickar i e-samhället, e-handel och e-förvaltning. Lund:  
Studentlitteratur, 2011

Rønsholdt, Steen, Teknologi i den offentlige ret. Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1991  
s. 135

Schartum, Dag Wiese, Rettsikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning Oslo: Universitetsforlaget,  
1993

Schartum, Dag Wiese, Jon Bing: En hyllest, Gyldendal, 2014 s. 230–247.

Seipel, Peter, Computing Law. Perspectives on a New Legal Discipline. Stockholm: Liber 1977

Sergot, Marek et. al, The British Nationality Act as a Logic Program. London: Department of Computing,  
Imperial College, 1985

Prop. 2007/08:160, Utökat elektroniskt informationsutbyte

SOU 2010:29 En ny förvaltningslag. Betänkande av Förvaltningslagsutredningen

SOU 2012:90 Överskottsinformation vid direktåtkomst. Betänkande av Informationshanteringsutredningen

SOU 2013:80 Ett minskat och förenklat uppgiftslämnande för företagen. Betänkande av Uppgiftslämnar-  
utredningen

SOU 2014:39 Så enkelt som möjligt för så många som möjligt. Bättre juridiska förutsättningar för  
samverkan och service. Betänkande av E-delegationen.

Ubena John, Why we should watch ICT Vendors: A case of Blackberry Smartphone, available at  
[http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1655149](http://papers.ssm.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1655149)

\*\*\*

#### Oppsummering av seksjonsmøte ved debattlederen, ombudsmand *Jørgen Steen Sørensen*, Danmark:

Sektionsmødet tog udgangspunkt i mundtlige oplæg fra professor Niels Fenger (Danmark) og professor Cecilia Magnusson Sjöberg (Sverige). Oplægsholderne kom bl.a. ind på spørgsmål om:

Såkaldte A- og B-hold i en digitaliseret forvaltning,

I hvilket omfang IT-systemer kan designes til at administrere kompleks lovgivning,

I hvilket omfang det må forudses, at lovgivning fremover vil blive affattet mere "skematisk" med sigte på at kunne administreres på IT-basis,

Klageinstansers relevans i digitaliseret forvaltning,

Udveksling af personoplysninger mellem IT-systemer.

I den efterfølgende debat var der indlæg fra svensk og dansk side, og debatten var koncentreret om de spørgsmål og problemstillinger, som oplægsholderne havde præsenteret.

Særligt spørgsmålet om "skematisk" lovgivning blev drøftet. Det blev bl.a. anført, at det IT-baserede behov for skematisk lovgivning kunne siges at stride mod et retspolitisk ideal om mulighed for vide skøn, f.eks. på det sociale område. Heroverfor blev omvendt bl.a. anført, at det nævnte behov kunne siges at understøtte, at relevante enkeltsituationer i videre omfang end i dag bliver tænkt igennem allerede i den lovforberedende fase.

Det blev også anført, at meget skematisk lovgivning efter omstændighederne kunne give anledning til problemer i forhold til internationale forpligtelser. F.eks. kunne det tænkes, at sådan lovgivning efter omstændighederne er i strid med relevante bestemmelser i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

## Borgeren og digitalisert forvaltning – hvor går vi?

Mere generelt blev det anført, at der ved udvikling af offentlige IT-systemer er behov for, at man fra starten indtænker den relevante lovgivning – herunder forvaltningsprocessen – således at man ikke efterfølgende står med færdigudviklede IT-systemer, som ikke kan håndtere regelsættet. I den forbindelse blev der peget på vigtigheden af, at jurister optræder som konstruktive medspillere i den samlede digitaliseringsudvikling.

Erstatning i konkurranseretten

## Erstatning i konkurranseretten

Referent: Advokat *Katriina Kuusniemi*, Finland  
Koreferent: Førsteamanuensis *Inger Berg Ørstavik*, Norge  
Debattleder: Marknadsrättsdomare *Anne Ekblom-Wörlund*, Finland

Referentens referat, se bind I s. 259–74

Koreferenten, førsteamanuensis *Inger B. Ørstavik*, Norge:

### 1. Innledning

Privatrettslige erstatningskrav i konkurransesaker er et område i rask utvikling. Det er lett å være enig med referenten i at disse sakenes særtrekk gjør det nødvendig med tilpasninger i nasjonal rett. Med EU-kommisjonens direktivforslag I («Direktivet») gjøres det viktige veivalg for tilpasningene i medlemsstatene og det innføres nye rettslige løsninger.

Jeg er likevel skeptisk til en generell tese om at det går mot en egen selvstendig erstatningsrett og prosessrett i konkurranseretten. For det første er det erstatnings- og prosessretten som utgjør normgrunnlaget for også de konkurranserettslige erstatningskravene. Nyskapninger må få sitt innhold og sin rekkevidde bestemt av nasjonal erstatnings- og prosessrett. En «egen» erstatningsrett innebærer en ensidig vektlegging av effektivitetsprinsippet som kan komme i konflikt med andre hensyn i nasjonal rett, ikke minst erstatningsrettens eget grunnhensyn om rettferdighet. Det er derfor verken riktig eller nødvendig å fjerne seg fra normgrunnlaget i prosess- og erstatningsretten.

Jeg vil først ta opp noen materielle spørsmål der nasjonal rett kan være under press og se om det stemmer at det går mot en egen erstatningsrett.

### 2. Materielle rettsendringer som følge av effektivitetsprinsippet?

#### 2.1 Effektivitetsprinsippet

Det fellesskapsrettslige effektivitetsprinsippet innebærer et krav om sanksjonsmuligheter i nasjonal rett for å sikre konkurransereglens gjennomslagskraft. Sanksjonene må kunne håndheves uten uforholdsmessige hindre. EU-domstolen anvender også privatrettslig erstatning som sanksjon. Dette står i motstrid til nasjonal rett som i hovedsak begrunner privatrettslig erstatning i reparasjonshensynet. EU-domstolen har for konkurransesakene ment at effektivitetsprinsippet også krever at skadelidte etter overtredelser må ha rett til å fremme sivilrettslig erstatningskrav mot deltagere i ulovlige karteller. Erstatningsretten er ikke harmonisert og er nasjonal.

<sup>1</sup> COM(2013)0404, tilgjengelig på <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSG-ML+AMD+A7-2014-0089+002-002+DOC+PDF+V0//EN>.

De to grunnleggende dommene om rett til erstatning som også er behandlet i det utmerkede referatet er *Courage*<sup>2</sup> og *Manfredi*.<sup>3</sup> *Courage* gjaldt en leie- og leveringsavtale for øl til puber. Avtalen var ulovlig etter nåværende Art. 101 TFEU. EU-domstolen uttalte at den effektive virkningen av kartellforbudet ville bli truet dersom det ikke var mulig å kreve erstatning for skade som følge av et ulovlig kartell.<sup>4</sup> Problemet i den aktuelle saken var at engelsk rett avskar erstatningskrav fra en som hadde vært part i den ulovlige avtalen.

*Manfredi* gjaldt krav om erstatning for overpris i bilforsikringsavtaler etter ulovlig samarbeid mellom forsikringsselskapene. Mens Domstolen i *Courage* sa at en nasjonal regel som stengte for visse konkurranserettslige erstatningskrav ikke kunne opprettholdes, sier Domstolen i *Manfredi* at det gjelder en positiv rett for enhver til å kreve erstatning for lidt skade som er forårsaket av et ulovlig samarbeid. («*enhver har adgang til å kreve erstatning for den lille skade når det er årsakssammenheng...*»)<sup>5</sup> Domstolen gikk altså ett skritt videre fra *Courage*, hvor den slo fast det negative utgangspunktet – at nasjonal rett ikke kunne opprettholde en regel som avskar erstatningskrav, til positivt å fastslå at nasjonal rett måtte gi adgang for enhver til å fremme erstatningskrav for tap lidt etter overtredelse av konkurransereguleringene.

Spørsmålet er nå ikke bare om effektivitetsprinsippet krever at nasjonal rett gir anledning til å kreve erstatning etter et ulovlig kartell, men om effektivitetsprinsippet også vil kreve materielle tillemper av nasjonal erstatningsrett og hvor vidtrekkende slike tillemper i så fall er. Utenfor konkurranseretts kjerneområde møter imidlertid effektivitetshensynet andre hensyn i nasjonal rett, som etter mitt syn gjør en slik tillempering av erstatningsretten betenkelig.

Erstatningskrav er private krav i saker mellom to private parter. Effektivitetsprinsippet vil da tale til gunst for den ene og ugunst for den andre. Det må derfor nøye avveies hvilken vekt det tillegges. Videre er erstatningsretten et generelt rettsområde, og det å velge en løsning i konkurransesakene som er begrunnet i hensynet til fellesskapsrettens effektivitet, vil ha potensielt negative konsekvenser for andre saker.

To mulige utviklingstrekk peker seg ut for diskusjon:

## 2.2 Effektivitetsprinsippet kan legge press på nasjonale regler om ansvarssubjekt for erstatningskrav

Ansvarssubjektet for bøter etter overtredelse av konkurransereguleringene er utvidet. For det første er foretaksbegrepet i traktatens art. 101 og 102 vide begreper. Videre anvendes i Fellesskapsretten en lære om identifikasjon som også inkluderer visse tilfeller av suksesjon.<sup>6</sup> Referenten har vært inne på teorien om økonomisk suksesjon, altså identifikasjon der det er funksjonell og økonomisk kontinuitet mellom enhetene.

Nasjonal selskaps- og erstatningsrett bygger på subjektivitetsprinsippet – at ansvar følger det selskapsrettslige subjektet. Erstatningsrettslig identifikasjon krever som hovedregel et selvstendig ansvarsgrunnlag. En utvidelse av kretsen ansvarssubjekter vil ha konsekvenser.

2 EU-domstolens avgjørelse i sak C-453/99 *Courage Ltd. mot Bernhard Crehan og Bernhard Crehan mot Courage Ltd.* Sml. 2001 s. I-6297 («*Courage*»).

3 EU-domstolens avgjørelse i forenede saker C-295/04 – C-298/04. *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl.*, Sml. 2006 s. I-6619 («*Manfredi*»).

4 *Courage* premiss (26).

5 *Manfredi* premiss (53).

6 Jf bl.a. EU-domstolens avgjørelser i forenede saker 29-30/83. *Compagnie royale asturienne des mines SA og Rhein zinc GmbH mot Kommisjonen*, Sml. 1984 s. 1679. («*Rhein zinc*») og forenede saker C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P. *Aalborg Portland AS m.fl. mot Kommisjonen*, Sml. 2004 s. I-123 («*Aalborg*»).

Det vil gi skadelidte i konkurransesaker bedre dekningsmuligheter enn andre skadelidte, altså en omvendt forskjellsbehandling der krav bygget på nasjonal rett behandles dårligere enn krav grunnet på Fellesskapsretten. Det medfører også et press på det selskapsrettslige subjektivitetsprinsippet.

Jeg kan heller ikke se at det er grunnlag i Fellesskapsretten for å gi effektivitetsprinsippet slik gjennomslagskraft. Den eneste dom fra EU-domstolen som til nå synes å stille krav til den materielle erstatningsretten er avgjørelsen i *Kone*.<sup>7</sup>

### 2.3 Medfører effektivitetsprinsippet en egen regel om årsakssammenheng?

EU-domstolen har i saken *Kone*<sup>8</sup> fra juni i år uttalt at effektivitetsprinsippet setter krav til kretsen av erstatningsberettigede skadelidte i nasjonal rett. Saken gjaldt erstatning mot en kartelldeltaker etter det såkalte heiskartellet. Kravet gjaldt det som kalles *umbrella pricing*. Med det menes en «overpris» betalt til en aktør som ikke deltok i kartellet, men som har vært mulig fordi kartellet fører til en generell heving av prisnivået i markedet.

EU-domstolen mente at det at karteller har ringvirkninger i markedet som fører til en generell heving av prisnivået, måtte være påregnelig for kartelldeltagere generelt.<sup>9</sup> Dersom den nasjonale domstol ut fra en konkret vurdering kom til at kartellet kunne ha den konsekvens at tredjeparter anvender *umbrella pricing*, måtte slike krav være erstatningsmessige for å sikre konkurransereglens gjennomslagskraft – effektivitetsprinsippet. Hvorvidt det var faktisk årsakssammenheng, om det hadde vært en slik virkning i det aktuelle markedet, var et bevissspørsmål som det var opp til den nasjonale domstol å avgjøre.

Erstatningsretten krever nærhet i årsakssammenheng mellom kartellet og skaden, og ansvaret avgrenses mot fjertliggende og upåregnelige skadefølger. Dommen i *Kone* viser for meg at effektivitetsprinsippet krever at økonomiske teorier som ligger til grunn for konkurransereglene inkorporeres i den erstatningsrettslige årsakslæren. Hva som er påregnelige følger av karteller er et økonomisk spørsmål. Effektivitetshensynet medfører med andre ord ingen nyskapning i forhold til hva som kunne følge av alminnelige adekvansbetraktninger.

Jeg tror altså at vi må erkjenne at det er et press på nasjonal erstatningsrett for å virke som en sanksjon mot kartelldeltagerne. Foreløpig ser jeg imidlertid ikke at det er et fellesskapsrettslig krav til betydelige materielle endringer.

Om vi går over til å se på de prosessuelle tilpasningene som er på vei for erstatningskrav i konkurransesaker, inneholder Kommisjonens Direktivforslag flere nyskapninger som fortjener diskusjon. Referenten har fremsatt tesen om at det går mot en egen prosessrett i konkurransesakene.

<sup>7</sup> EU-domstolens sak C-557/12. *Kone AG m.fl. mot ÖBB Infrastruktur AG*, dom av 3. juni 2014, ikke inntatt i Sml.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Kone* premiss (29) og (30).

### 3. Tilpasninger i prosessuelle regler – en ny prosessrett?

#### 3.1 Kommisjonen går i Direktivet inn for en regel om at bevisbedømmelsen i forvaltningssaken skal være bindende i en senere erstatningssak

Det som skal være bindende avgjort omfatter bevismomentene overtredelsens art, kartellets materielle og geografiske omfang, hvem som har deltatt i kartellet, og kartellets varighet. Det skal ikke være adgang til å føre motbevis. Regelen skal avskjære videre prosess om disse bevisemaene.<sup>10</sup>

Regelen knytter rettskraftvirkninger til bevisvurderinger og er en nyskapning i norsk prosessrett som kan være kontroversiell. Forslaget reiser spørsmål om domstolenes uavhengighet. Selv om hovedregelen er at forvaltningsavgjørelser ikke har rettskraftvirkninger, er norsk rett kjent med begrensninger i domstolenes prøving av forvaltningsavgjørelser. Det reiser også spørsmål om rettsikkerhet, og muligheten for korreksjon av uriktige avgjørelser.

Det er to forhold som taler mot at domstolenes uavhengighet kompromitteres: For det første er det adgang til domstolsprøving av konkurransemyndighetenes avgjørelser fordi de bøtelagte kartelldeltakerne selv kan bringe vedtaket inn for domstolene. For det andre skal det antagelig mye til før en domstol vil fravike konkurransemyndighetenes vurdering av kartellet. I Norge gjelder etter nyere rettspraksis et skjerpet beviskrav for konkurransemyndighetenes vedtak om bøter til kartelldeltagere.<sup>11</sup> Det må bevises ikke bare med alminnelig sivilrettslig sannsynlighetsovervekt at det foreligger et ulovlig kartell, men det må være «klar sannsynlighetsovervekt». I dette ligger også en beskyttelse av kartelldeltakerne.

Regelen vil reise viktige praktiske spørsmål. Jeg mener dog at det her er tale om en avveining av i og for seg kjente prosessuelle hensyn med et nytt resultat. Hensynet til prosessøkonomi har fått gå foran hensynet til domstolenes uavhengighet og hensynet til kontradiksjon.

#### 3.2 Bevispresumsjon for at karteller har skadelige virkninger<sup>12</sup>

Som ledd i årsakssammenhengen må skadelidte i erstatningsretten bevise at kartellet faktisk har ført til høyere priser i markedet. Dette kan anslås hypotetisk ut fra økonomisk teori, men er vanskelig å bevise konkret. En bevispresumsjon er et kjent verktøy i nasjonal prosessrett, og innebærer etter mitt syn ingen overgang til en egen prosessrett.

Det er større grunn til å kritisere utformingen av regelen. Den er formulert så generelt at det er risiko for at presumsjonen ikke får noen realitet. Domstolen vil uansett måtte foreta en konkret vurdering av hvilken skade dette kartellet har medført i det aktuelle markedet – jf også EU-domstolen i *Kone*.<sup>13</sup>

Videre vil en bevispresumsjon først få betydning der det er absolutt tvil om virkningene av kartellet fordi beviskravet i erstatningssaken er det alminnelige sivilrettslige kravet om sannsynlighetsovervekt. Det er i praksis svært sjelden at domstolen er i absolutt tvil.

Presumsjonen vil også bidra til at konkurransemyndighetenes bevisvurdering

<sup>10</sup> Preambel (31).

<sup>11</sup> Rt. 2012 s. 1556 Gran-Ekran.

<sup>12</sup> Artikkel 17 nr. 2 jf preambel (42).

<sup>13</sup> Se *Kone*, ibid. note 7. premiss (34).



blir endelig på enda flere punkter. Virkningen av kartellet er et utmålingsmoment i forvaltningssaken, men det avgjøres med alminnelig sannsynlighetsovervekt. Ved omvendt bevisbyrde i erstatningssaken, vil konkurransemyndighetenes avgjørelse få enda større betydning for avgjørelsen.<sup>14</sup>

### 3.3 Regulering av solidaransvaret – effektivitetsprinsippet må vike for andre Fellesskapsrettslige hensyn

Kartelldeltakere som deltar i amnesti/leniency samarbeid med konkurransemyndighetene vil ofte få sin sak avsluttet tidlig, og er derfor utsatt for erstatningssøksmål. Forslagene om bevisstilgang, bindende virkning og bevispresumsjonen vil bidra til å bane vei for erstatningskrav også mot den som får amnesti i forvaltningssaken. For å sikre incentivene til egenrapportering, har Kommisjonen gått inn for en begrensning i solidaransvaret for amnestideltakere.<sup>15</sup> Foretaket skal kun være ansvarlig overfor sine egne direkte eller indirekte kunder, og kun subsidiært ansvarlig overfor andre skadelidte. Det kreves altså en bestemt årsakssammenheng, en direkte eller indirekte kontraktsmessig forbindelse til kartelldeltageren.

Den foreslåtte ordning er en hybrid ukjent i erstatningsretten, som vil kreve særlig regulering av disse erstatningskravene i konkurranseloven. Det er ikke et *pro rata* ansvar; ansvarsfordelingen er ikke relativ til omfanget av det immune foretakets deltakelse i kartellet. Etter sin art er ansvaret *solidarisk*, kartelldeltakeren vil være fullt ut ansvarlig for skaden, og vil kunne kreve regress hos de øvrige kartelldeltakere i en regressomgang.

En begrensning av kretsen av erstatningsberettigede skadelidte innebærer en særlig regel om årsakssammenheng; krav vil bare være erstatningsmessige dersom skadelidte står i en direkte eller indirekte kontraktsmessig forbindelse med kartelldeltakeren.

## 4. Kort presentasjon av aktuelle saker i Norge

Det er kun to saker i Norge der det er fremsatt sivile erstatningskrav i kjølvannet av vedtak fra konkurransemyndighetene.

### 4.1 Posten

Posten Norge AS ble i 2002 innklaget til ESA for å ha misbrukt sin dominerende stilling ved etablering av et eksklusivt distribusjonsnettverk for pakkepost i butikker. Posten ble endelig bøtelagt i 2012.<sup>16</sup> Et privat erstatningssøksmål anlagt av en utestengt konkurrent i 2009 (Schenker), er stanset i påvente av flere søksmål fra konkurrenten mot ESA om tilgang til dokumenter i konkurransesaken. Den norske tvisteloven gir ikke anledning til bevisstilgang hos tredjeparter i utlandet. Innsyn i dokumenter hos ESA må begjæres overfor ESA og håndheves av EFTA-domstolen. Dette er et svært tungvint system, og har for Schenker vist seg å være en prosessuell ørkenvandring.

Bevisstilgang fra konkurransemyndighetene er begrenset av forvaltningslovens regler,

<sup>14</sup> Se forskrift om utmåling og lemping av overtredelsesgebyr, 11. desember 2013 nr. 1465 § 3.

<sup>15</sup> Direktivets Artikkel 11 nr. 3 jf. nr. 1, jf. preambel (34).

<sup>16</sup> EFTAs Overvåkningsorgan ila Posten en bot på 18,8 MEURO i vedtak av 14. juli 2010 i sak 34250 *Posten Norge - Privapak*. Boten ble opprettholdt av EFTA domstolen i 2012, men redusert til 11,1 MEURO; EFTA domstolens dom av 18. April 2012 i sak E-15/10 *Posten Norge AS - EFTA Surveillance Authority*.

og er i praksis først mulig etter at konkurransesaken er avsluttet.<sup>17</sup> Dermed er det normalordningen at disse sakene verserer i rettssystemet i 10–20 år. Å gi forvaltningsavgjørelsen større vekt, som forslaget om bindende virkning, vil avhjelpe den svekkelse av bevisene som skjer over så lang tid. Jeg skulle imidlertid gjerne sett tiltak som også bidro til å få ned saksbehandlingstiden, for eksempel en utvidet regel om kumulasjon, slik at erstatningskrav kan behandles sammen med forvaltningssaken.

#### 4.2 Color Line

Color Line AS ble i 2011 bøtelagt av ESA for overtredelse av EØS-avtalens art. 53 og 54.<sup>18</sup> Color Line hadde siden 1986 hadde hatt en eksklusiv avtale med Strømstad havn om adgang til fergeanløp i Strømstad.

I desember 2012 fremsatte et konkurrerende fergeselskap (Bastø Fosen AS) krav om erstatning mot Color Line. Tingretten kom til at kravet var foreldet, og at foreldelse måtte ha inntrådt helt i begynnelsen av konkurransemyndighetenes etterforskning. Saken er anket og skal behandles i september 2014.

Etter at saken kom opp, er det innført en tilleggsfrist på ett år fra rettskraftig vedtak i konkurransesaken for erstatningskrav, selv om den alminnelige foreldelsesfristen er utløpt.<sup>19</sup> Saken viser betydningen av en slik forlengelse av foreldelsesfristen er som også Direktivet foreslår.

### 5. Konklusjoner

Det må erkjennes at tilpasninger av prosessuelle regler kan være nødvendig for en hensiktsmessig prøving av erstatningskrav etter ulovlige karteller. Direktivets forslag sett samlet vil gjøre det vesentlig enklere for aktuelle skadelidte å fremsette erstatningskrav. Metoden med detaljerte regler om hvordan spørsmål knyttet til særlige trekk ved konkurransesakene skal løses, skaper fare for en fragmentert prosessrett. Jeg skulle også ønsket meg verktøy som kunne gjøre behandlingen av sakene raskere.

Når det gjelder materielle endringer i erstatningsretten, mener jeg det er grunn til å være skeptisk. Selv om effektivitetsprinsippet kan tilsi at en «egen» erstatningsrett er det som gir konkurransereglene størst gjennomslag, vil effektivitetsprinsippet måtte avveies mot andre hensyn når det anvendes i privatrettslige forhold. Inngrep i enkelte erstatningsrettslige regler skaper risiko for å forstyrre den grunnleggende erstatningsrettslige rettferdighetstanken om hvordan erstatningsretten skal reparere skader og ikke er det primære verktøyet for å styre adferd.

<sup>17</sup> Se lov 5. mars 2004 nr. 12, konkurranseloven («krl.») § 26.

<sup>18</sup> EFTAs Overvåkningsorgans vedtak av 14. desember 2011 i sak nr. 59120 *Color Line*, tilgjengelig på [http://www.efasurv.int/media/decisions/Final\\_non-confidential\\_version\\_of\\_Decision\\_387\\_11\\_COL\\_-\\_NOR.PDF](http://www.efasurv.int/media/decisions/Final_non-confidential_version_of_Decision_387_11_COL_-_NOR.PDF).

<sup>19</sup> Krl. § 34 annet ledd, innført ved endringslov 14. juli 2013 nr. 35.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, marknadsrettsdomare *Anne Ekblom-Wörlund*, Finland:

Debatten utgick från referentens provocerande tes om att vi går mot en särskild form av skadeståndsrätt och -process i mål som gäller konkurransrettslig skadestånd. EU-rätten ställer krav på lagtolkning i medlemsstaternas domstolar och dessa krav leder i viss mån till avvikelser från de nationella skadeståndsrättsliga reglerna och principerna.

Som ett exempel på denna utveckling togs upp kravet på att de nationella konkurrensmyndigheternas och domstolarnas slutliga beslut i överträdelseprocessen ska vara bindande i ett efterföljande skadeståndsmål. Detta kan anses vara principiellt problematisk för domstolarnas oavhengighet särskilt i det fall att konkurrensmyndighetens beslut inte har överklagats till en domstol. Kravet kan å andra sidan tänkas leda till högre beviskrav i överträdelseprocessen. I debatten berördes frågan om till vilka delar överträdelsebeslutet ska vara bindande och om det överhuvudtaget är relevant att tala om rättskraft.

Karteller ska presumeras ha orsakat skada dvs. bevisbördan är omvänd. Presumtionen avlägsnar dock inte den skadelidandes bevisbörda om hur stor skada denne lidit. Till den del domstolen ska ha befogenhet att uppskatta beloppet om ett exakt belopp är praktiskt omöjligt eller överdrivet svårt att beräkna ändras inte rättsläget.

EU-domstolens rättspraxis framhäver effektivitetsprincipen, vilken kan leda till överraskande tolkningar. I debatten gavs uttryck för oro för rättsreglernas klarhet och förutsebarhet. Det är vanskligt att utifrån rättspraxis definiera effektivitetsprincipens "yttre gränser". Som ett exempel på hur effektivitetsprincipen tillämpats i rättspraxis nämndes att den konkurransrettsliga principen om "ekonomisk succession" har utvidgats till att gälla även i skadeståndsmål. I debatten framfördes kritiska synpunkter på att effektivitetsprincipen beaktas utanför konkurransrettens kärna. Effektivitetshänsyn bör alltid avvägas mot nationella rättsprinciper.

Debatten gav uttryck för en oro för de nordiska skadeståndsrättsliga principerna i en EU-påverkad skadeståndsrätt. EU-skadeståndsrätten fjärrar sig från principen att skadestånd ska utgör kompensation. En utveckling mot punitive damages befarades.

I debatten berördes därtill frågor om preskription och edition.

I debatten uttalade sig följande mötesdeltagare: advokat Karen Dyekjær, juris doktor Katri Havu, professor Erling Hjelmeng, professor Palle Bo Madsen, retspræsident Henrik Rothe, hovrättsråd Petrik Schöldström, professor Lena Sisula Tulokas och advokat Are Stenvik.

Håndtering av komplekse straffesaker i domstolene

## Händtering av komplekse straffesaker i domstolene

Referent: Høyesterettsdommer *Knut Kallerud*, Norge  
Koreferent: Advokat *Johan Eriksson*, Sverige  
Øvrige kontaktpersoner: Høyesterettsdommer *Thomas Rørdam*, Danmark  
Tingsdomare *Petra Spring-Reiman*, Finland  
Debattleder: Statsadvokat *Sigríður J. Friðjónsdóttir*, Island

Referentens referat, se bind I s. 225–42

Koreferenten, advokat *Johan Eriksson*, Sverige:

### 1. Inledning

Det är inte ovanligt att brottmål som inledningsvis inte framstår som särskilt komplicerade, även om det rör allvarlig brottslighet, blir väsentligt mer omfattande än vad man kan tro vid en första anblick. Ofta beroende på att det uppstår bevisfrågor som saknar direkt rättslig relevans.

Parterna kan ha lämnat olika förklaringar om ett händelseförlopp där det uppstår ett intresse från respektive part att endera stärka eller sänka respektive parts trovärdighet. Detta kan leda till att bevisföringen blir onödigt omfattande. Detta är säkert svårt att påverka utan att sätta rättssäkerheten ur spel, särskilt ur den misstänktes perspektiv framstår det som angeläget att tillåta bevisning inom relativt vida ramar.

### 2. Förberedelse av brottmål

Under domstolens förberedelser inför rättegången är det dock min uppfattning att det bör ställas stora krav på att åklagaren dels formulerar en tydlig gärningsbeskrivning och noga preciserar vad varje bevis skall styrka med angivande av detaljerade förhållanden och bevisstema. Med en sådan ordning kan det därefter ställas samma krav på försvarets eventuella bevisföring.

Tanken med detta är således att brottmålen skall förberedas så att det i görligaste mån framstår som helt klart redan före förhandlingen vilka bevisfrågor rätten har att ta ställning till. Under sådana förhållanden är det också lättare för respektive part att beräkna vilken tidsåtgång som krävs för parts- och vittnesförhören. Sannolikt medför ett sådant precisionskrav på bevisföringen att parterna kommer att vara mer återhållsamma med att åberopa bevisning och bli mer stringenta vid förhören.

Att öka kraven på parterna på detta sätt innebär också att domstolen under förberedelsen får en ökad möjlighet till processledning. Personligen tycker jag att det i komplicerade brottmål i större utsträckning bör hållas planeringsammans träden där rätten skall sträva efter att parternas inställning redovisas i relevanta delar för att på så sätt klargöra vilka bevis- och rättsfrågor som är aktuella i målet. I många fall tror jag att rätten genom processledning kan

”rensa” målet från onödiga bevisfrågor. Även vissa tänkbara processuella frågor kan kanske hanteras vid ett planeringssammanträde.

Många gånger när frågor uppstår under en huvudförhandling vill den tilltalade absolut inte hålla med någonting som åklagaren påstår med risk att det får negativa följder för denne. När en fråga istället diskuteras mer informellt vid ett planeringssammanträde kan det nog många gånger bli lättare att mer förutsättningslöst överväga vissa processuella positioner. Det är dock angeläget att dessa planeringssammanträden inte äger rum så tidigt att parterna inte är tillräckligt förberedda med följd att planeringssammanträdena mer kommer handla om praktiska spörsmål.

Om domstolen tidigare än idag får klart för sig vilka bevis- och rättsfrågor målet innehåller ger det domaren en bättre möjlighet att komma väl förberedd till förhandlingen och därmed leda förhandlingen på ett sådant sätt att rätten får ett allsidigt underlag för bedömningen av saken.

För att förtydliga min tes om noggrannare förberedelser kommer jag ta några exempel på tänkbara onödiga bevisfrågor ur de aktuella fallen.

### *2.1 Teser*

- 2.1.1. Tydliga gärningsbeskrivningar underlättar processföringen.
- 2.1.2. Högre krav bör ställas på parterna när det gäller precision om varför ett visst bevis skall åberopas.
- 2.1.3. Planeringssammanträden bör utnyttjas i större omfattning och ske. Dock vid ett stadie där parterna är förberedda.
- 2.1.4. Rätten bör vid dessa planeringssammanträden ges större möjlighet än idag att tillsammans med parterna klargöra vilka rätts- och bevisfrågor som är relevanta för saken.
- 2.1.5. En tidigare och mer aktiv processledning torde också ge ett väsentligt bättre underlag för att planera förhandlingen.

## **3. Huvudförhandlingen**

Vid huvudförhandlingen är det enligt min uppfattning angeläget att parterna på ett tydligt sätt anger sina respektive ståndpunkter i sakframställningen. Jag tycker att det är ett rimligt krav efter respektive parts sakframställning framstår tydligt vilka rätts- och bevisfrågor rätten har att ta ställning till.

Under sakframställningen bör det också klargöras inte bara vilken bevisning som åberopas utan även exakt vad bevisningen avser styrka. Med sådana tydliggöranden kan man nog många gånger undvika att särskilt motförhören framstår som ”fiskeexpeditioner” där parterna ömsom försöker vaska ut någon eller några omständigheter som kan tänkas få betydelse.

Med en sådan tydlig processföring ökar också rättens möjlighet till processledning och redan i ett tidigt skede påtala för parterna när dessa närmar sig moment som framstår som irrelevanta för saken. Naturligtvis uppstår det i de flesta mål situationer där vittnen lämnar oförväntade svar som kan leda till nya frågetemata, parterna måste därför ges möjlighet att ställa frågor i anledning av detta, förutsatt att dessa frågor är rättsligt relevanta.

Förutsatt att sådana noggranna bevisuppgifter lämnas som föreslagits ovan har också

rätten ett väsentligt bättre underlag att ifrågasätta relevansen av parternas utfrågninger.

Med den ordning for forberedelser som jag ovan foreslagit ar det också min uppfattning att parterna kommer att kunna forbereda sig for forhandlingen bättre. Om det redan under forberedelsen utkristalliserat sig vilka rättsliga spørsmål som ar av betydelse i saken så har parterna bättre förutsättningar att forbereda en rättsligt relevant argumentation. Sådana forberedelser leder också ofta till att parterna har klart for sig vilka bevisfrågor som framstår som särskilt relevanta for rätten att ta ställning till.

Även torde parterna ha bättre förutsättningar att hålla mer forberedda och koncisa slutanföranden.

### 3.1 Teser

3.1.1. Parternas sakframställningar bör bli mer stringenta och klargöra på ett tydligt sätt respektive parts inställning i målet. Sakframställningarna skall också klargöra vilken bevisning som respektive part åberopar och varfor.

3.1.2 Rätten bör under sådan förutsättningar mera aktivt söka undvika "fiskeexpeditioner".

3.1.3 Med krav på noggranna forberedelser bör rätten få ett bättre underlag att meddela materiellt riktiga domar.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, statsadvokat *Sigríður J. Friðjónsdóttir*, Island:

Hovedsakelig dreide diskusjonen seg om hvilke muligheter man har for å gjøre den rettslige behandlingen av straffesaker målbevisst, og i den sammenheng hvordan dommere, anklagere og forsvarere kan arbeide mot denne målsetningen, hver for seg og i samarbeid. Det kom fram i debatten at ikke minst krever det bedre styringsmuligheter for dommeren, mere informative tiltalebeslutninger fra anklageren og at begge partene angir konkret og begrunnet hva som skal opplyses ved det enkelte bevis. Referent og koreferent var også enige om at planmøter bør avholdes på forhånd i større saker for å gjennomgå bevisførselen og avklare prosessuelle spørsmål.

De problemer som Norge og Sverige ser ut for å måtte takle med særlig lang tidsbruk til hovedforhandling, er ikke like aktuelle i Danmark og Finland. Det viser seg også at det er et helt enkelt svar på spørsmålet om hva straffesaker skal dreie seg om i Danmark, Finland og Island. Det vil si at det dreier seg om skyld eller uskyld og utmåling av straff men ikke noe annet. Det er ikke en «granskning» av noe annet. Men det er ikke helt klart i Norge og Sverige.

Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige?



## Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige?

Referent: Justitieråd *Thomas Bull*, Sverige

Koreferent: Rektor *Bryndis Hlödversdóttir*, Island

Debattleder: F.d. ordförande i Högsta förvaltningsdomstolen *Sten Heckscher*, Sverige

Referentens referat, se bind 1 s. 61–70

Koreferenten, rektor *Bryndis Hlödversdóttir*, Island:

Jeg vil begynne med å takke Thomas Bull for et svært interessant og debattvekkende innlegg som referent. I sitt innlegg kom han inn på flere saker som vekker nærgående spørsmål om grunnlaget for både kontroll og ansvar, i forhold til det å utøve kontroll med regjeringer og holde dem ansvarlig.

En av mine oppgaver som koreferent her i dag er å foreta en kritisk analyse og vurdering av referentens teser og andre synspunkter, men koreferentens ansvar er særlig å fremheve de punkter hvor referenten og koreferenten har forskjellig syn. Dette kan bli litt problematisk for meg av den enkelte grunn at i de aller fleste punktene er jeg helt enig i referentens vurderinger! Dette kommer likevel forhåpentlig ikke til å forhindre meg i å trekke frem interessante aspekter i hans foredrag, samt å tilføye synspunkter som jeg håper vil føre til en fruktbar diskusjon senere i dag.

Jeg har imidlertid ikke tenkt meg å trekke min introduksjon i langdrag, men gå straks i gang med Thomas' teser.

Den første tesen er som følger:

*1. Den tradisjonelle oppdelingen av politisk og juridisk form for kontroll og ansvar er misvisende og tilslører at konstitusjonelle spørsmål ofte innebærer både politiske og juridiske elementer, som det ikke er hensiktsmessig å oppdele. Denne oppdelingen hjelper oss ikke med å svare på det spørsmålet om systemet virker eller ikke.*

Her er jeg helt enig med Thomas. Dessuten har oppdelingen ikke holdt – noe tiltaket «mistillitsvotum» er et bra eksempel på, slik Thomas peker på. Det holder derfor heller ikke vann, at det politiske ansvaret «ikke er avhengig av lov og regler», i motsetning til det juridiske ansvar. Thomas presiserer, at denne oppdelingen kanskje ikke var helt gjennomtenkt til å begynne med, kanskje kan den spores tilbake til grensen mellom statsvitenskap og rettsvitenskap, men har det i bunn og grunn noe for seg å oppdele emnet på grunnlag av slike skillelinjer?

*Hvis formålet er å finne ut om systemet fungerer eller ikke – så hjelper denne skillelinje ikke. Finnes det en målestokk for godt eller ikke godt system – at der er få brudd som kommer hele veien i ansvarssystemet – det vil si, blir til en straffesak? Eller er det tvert i mot? Er det kanskje systemets formål at forhindre at feil eller forsømmelser kommer hele veien til ende i ansvarssystemet, til det juridiske ansvar? Og hvordan hjelper oppdelingen i politisk og juridisk ansvar oss at svare på dette? Kan vi eventuelt finne en annen tilnærming som hjelper?*

### *Kvalitetskontroll*

Jeg vil foreslå følgende tilnærming til emnet kontroll og ansvar; at vi ser på kontroll med en regjering simpelthen som et kvalitetssystem hvor målet først og fremst er det å forhindre at alvorlige forsømmelser / feil blir begått. Vi ser på et slikt kontroll- og ansvarssystem som en helhetlig kjede – hvor hvert ledd for seg spiller en uunnværlig rolle. Fokuset er ikke på å straffe for feil – men heller å forhindre dem.

Det viktigste formålet med kvalitetskontroll er å være forebyggende – målet er å unngå feiltrinn og å forhindre at noen begår straffbare handlinger. Kontroll av denne type kan selvsagt føre til at straffbare handlinger blir avdekket, men det viktigste formålet er likevel det å lære av de feil som blir begått, i den hensikt å øke arbeidets sikkerhet og kvalitet.

Gjennomiktighet er en viktig forutsetning for å kunne innføre kvalitets- og sikkerhetskultur, at man registrerer og drøfter feil i åpenhet for å kunne trekke lærdom fra dem. Dette er noe man kjenner godt fra produksjonsvirksomhet og flydrift, og her kan feilbehandling i helsetjenesten også tas som et eksempel.

Gjennomiktighet er like viktig forutsetning for resultat i dagens debatt – hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlig - som i innføring av sikkerhetskultur i helsetjeneste og flydrift. Bortsett fra «whistleblowers» beskyttelse, lovgivning om opplysningsplikt og andre regler som stimulerer at saker kommer ut i det offentlige, så har vi enda sterkere elementer som oppmuntrer det motstridige. Frykt for straff spiller i denne sammenheng en stor rolle, og i politikernes tilfelle også de politiske konsekvenser og allmenhetens bedømmelse.

Det har vist seg å være svært komplisert for rettssystemet å håndtere ministerielt ansvar, og på samme måte har det vist seg å være veldig få saker globalt sett hvor helsepersonell har blitt straffet for feil eller forsømmelse i helsetjenesten. Er det fordi systemet er så godt, eller fordi feil blir «feiet under teppet», hvis man bruker et kjent slogan fra debatt om dagens emne?

I helsesystemet har vi i de siste 15 år sett en helt ny og skremmende realitet med alvorlige brister i et system vi før trodde virket ganske bra. I 1999 publiserte det amerikanske Institute of Medicine rapporten «To Err is Human» hvor den bitre kjensgjerning ble konstatert at hvert år dør flere titalls tusen personer på grunn av feilbehandling på amerikanske sykehus. Dette hadde man ikke vært klar over tidligere og opplysningene førte til at man begynte å legge stor vekt på å trekke alle slike saker frem i dagslyset for å kunne lære av dem og øke pasientenes sikkerhet. Rapporten førte så til at man avdekket faktisk enda verre tilstander på sykehus, både i USA og globalt. Det naturlige er selvsagt at samfunnet krever at noen tar ansvar, når slike tilfeller blir avdekket, men det viktigste er likevel å trekke slike saker frem i dagslyset for å unngå gjentatt feilbehandling og for å øke pasientenes fremtidige sikkerhet på sykehusene.

Hvis man i denne sammenheng legger størst vekt på straffeansvaret, blir problemet det at hvis man benytter en tradisjonell strafferettslig målestokk med tilhørende straff overfor leger og andre ansvarlige for feilbehandling, er det stor fare for at det ikke blir opplyst om feilene, at de simpelthen blir feiet under teppet. Og det er nesten umulig for et ytre kontrollsystem å få tak i feil eller forsømmelser – hvis kulturen i systemet er den å skjule i stedet for å opplyse om det som går galt.

Det bør prioriteres å oppfordre de ansatte i helsetjenesten til å rapportere sine egne og andres feil, i den hensikt å lære av dem. Det er fare for at denne edle målsetting blir ruinert, hvis de blir saksøkt, som begår slike forseelser av uaktsomhet. Her henviser jeg selvsagt ikke

## Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige?

til ansvar på grunn av feil med overlegg eller grov uaktsomhet, det vanskelige her er å få tak på feil og simpel uaktsomhet.

I denne sammenheng er det vesentlig å etablere balanse mellom to viktige målsetninger – innføring av sikkerhetskultur og det å kreve ansvar. Hvis ansvarskjedens første ledd virker (opplyst diskurs, at man vedkjenner feil og rapporterer dem) – reduserer den sjansen for at «forseelser» blir gjennomført.

### *Swiss Cheese Model*

Sikkerhetsmodellen «Swiss Cheese Model» (Reason 1990) blir benyttet for risikotiltak og risikostyring, blant annet i flydrift og helsetjeneste. Modellen bygger på det at til tross for risikotiltak i virksomheten er det alltid hull i slike tiltak (jevnfør hullene i osten). I den første illustrasjonen ser vi et eksempel på at alle barrierer svikter, feilen går hele veien og forårsaker skader. På den andre illustrasjonen virker barrierene / sikkerhetstiltakene.

Skivene er de forskjellige barrierer eller sikkerhetstiltak, men hullene i den kan forklares med forskjellige menneskelige faktorer som for eksempel at en ansatt enten er aktiv eller passiv, utilfredsstillende styring, unøyaktige eller for lite gjennomførte arbeidsmetoder, ineffektive arbeidsprosesser og så videre.

Det får alvorlige konsekvenser, hvis «feil» når hele veien igjennom alle barrierene, for eksempel i helsetjeneste eller flydrift. Det vi vil oppnå er at forsvarsmekanismene eliminerer faren for alvorlige episoder. Dagens debatt om kontroll med regjeringer inneholder mange ingredienser, politisk tilsyn, kontroll i regi av parlament og kontrollinstanser, allmennhetens og medienes kontroll, faglige embetsmenn, lov og regler om ministerielt ansvar og så videre.

Kanskje vi i debatten om kontroll med regjeringer kan benytte oss av kvalitetskontrollens metoder for å få bragt på det rene om systemet virker eller ikke? Hvis det skal kunne la seg gjøre, er det enklere å ha oversikt over det riktige scenarioet, noe jeg ikke er sikker på at vi gjør i dag.

Jeg fikk i mai 2008 den rolle å lede en arbeidsgruppe som skulle revidere kontrollsystemet med regjeringer i Island og dets juridiske grunnlag. Vi så i vårt arbeid til Norden (først og fremst Danmark og Norge) som et bra eksempel på et ganske vel fungerende kontrollsystem, og når vi hadde gjort en sammenligning av den juridiske grunn for systemet her og i Norden, fikk vi et bilde av en splittet ansvarskjede i det islandske systemet. Bristen var ikke i den siste enden av kjeden, den var i de første instansene – som førte til at det var nesten umulig å stille en minister til ansvar. Det gjaldt både politisk og juridisk ansvar – men som Thomas har konstatert med noen eksempler, henger dette ubrytelig sammen. Hvis de første leddene i kjeden er svake eller ødelagt, så er det svært å opplyse om hva som har skjedd og derfor umulig å bedømme om noen skal stilles til ansvar, politisk eller juridisk.

### *Kontrollsystemet*

Et forenklet bilde av kontrollsystemet i Norge og Danmark – som vi nå i det store og hele også har innført i Island med lovendringer i 2010 og 2011 - viser hvilke overinstanser vi har i vårt kontroll- og ansvarssystem. Man kan se på systemet som bokser eller skiver av ost, men hver og en har en viktig funksjon når den situasjon oppstår, at en minister blir mistenkt for en feil eller forsømmelse i embetet.

Vi kan forestille oss en situasjon hvor mediene har opplyst om slikt – og spørsmålet

er når kontrollsystemet trår til med et «kvalitetskontroll» av ministerens handling eller ikke-handling av en bestemt sak. Den første instansen i kontrollsystemet er faktisk mediene og allmennheten, de saker som ikke forsvinner i denne fasen kommer videre – og selvfølgelig skjer det ikke alltid i den samme rekkefølgen som vi ser her.

For det første så har vi parlamentets ytre kontrollinstanser, ombudsmannen og riksrevisjonen som på et eller annet tidspunkt blir involvert i prosessen. Ofte fører disse instansers granskning til parlamentets nærmere granskning – men det er viktig at parlamentet har en formell og transparent prosess for slike saker. I Danmark har forvaltningsutvalget denne rollen og i Norge er det Kontroll- og konstitusjonskomiteen. Ingen av Alltingets komiteer hadde ansvar for å forsikre at slike saker fikk en formell prosess, men ifølge arbeidsgruppens forslag har vi nå en kontroll- og konstitusjonskomite etter norsk forbilde.

I Island har man, i kjølvannet av arbeidsgruppens kritikk, endret hele utvalgssystemet i Alltinget, med det formål at forsterke Alltingets kontrollfunksjon og blant annet å forsikre at det finnes prosesser i Alltinget for slike saker. Vi har nå fått en ny lovgivning om undersøkelseskomisjoner, og flere viktige lovendringer som skulle forsterke Alltingets funksjon som kontrollinstans.

I dag ligner dette i hovedtrekk de danske og norske systemene, men likevel kan vi ikke påstå at selve systemet fungerer på samme måte som de norske og danske systemene. Systemets funksjon henger sammen med andre samfunnsmessige og politiske forutsetninger som innebærer både politiske og juridiske elementer. Det er sannsynligvis fornuftig å oppdele et stort og komplisert system for å se om det fungerer, men denne oppdelingen skjer ikke på grunnlag av politiske og juridiske aspekter.

Systemet eksisterer i politiske omgivelser, og lov og andre regler må ta hensyn til dette. Og enten vi ser på den politiske eller juridiske siden av kontroll og ansvar, så påvirkes dette alltid av det samfunn det finnes i.

Da er jeg kommet til Thomas' tese nummer to, som lyder noenlunde slik:

*2. Kontrollsystemet virker ganske bra. Det er vanskeligere å få oversikt over ansvaret og om det er tilfredsstillende, særlig hvis vi snakker om ansvar, forstått slik at noen skal bli straffet.*

Jeg henviser til det, jeg allerede har sagt, at det er vanskelig å vurdere om kontrollsystemet virker i samsvar med hensikten. Jeg er tilbøyelig til å være enig med Thomas om dette, men jeg mener likevel at vi må gå mer i dybden for å kunne konstatere om vi ser scenarioet i sin helhet. Før rapporten «To Err is Human» ble offentliggjort, trodde vi at sikkerheten var stor i våre sykehus, og at alvorlige feil sjelden fant sted, ikke minst fordi virksomheten er omfattet av både grundige lov og regulativer, samt kontroll. Det viste seg likevel ved nærmere undersøkelse, at blant annet den store redselen for straff gjorde at de ansatte var tilbøyelige til å dekke over sine egne og andres feil, at de lukket øynene for kjensgjerningene og holdt dem innen for sykehusenes vegger.

Det er komplisert å arbeide med mennesker på grensen mellom liv og død, og svært vanskelig å gjøre det i lang tid uten feiltrinn. Det samme gjelder dem som håndterer offentlig makt. Den er en konstant utfordring for den enkeltes dømmekraft, og det er sannsynligvis en enkelt sak å ta feiltrinn i denne verden, akkurat som i sykehusenes kompliserte omgivelser hvor en feilaktig eller lite gjennomtenkt beslutning kan ha katastrofale følger. Jeg mener vi kan lære av helsesystemet når vi vurderer kontroll med regjeringer, blant annet ved å se på oppgaven som en reformprosess men ikke en søken etter syndebukker.

Denne type kontroll har likevel noe til felles med annen kontroll – de som skal

## Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige?

kontrolleres, klarer ofte å vri seg unna den og finne utveier for å unngå ansvar. Kontrollen må derfor hele tiden revideres og hvis historien kan være en pekepinn, så har de siste ca. hundre år vært preget av stadige forbedringer i retning mot bedre kontroll med regjeringene i Norden. Her kan jeg for eksempel nevne lovbestemmelser om ministerielt ansvar, forbedrede arbeidsvilkår for parlamentene med stadig fornyelse av kontrollredskaper, etablering og utvikling av uavhengige kontrollinstanser, kravet om økt gjennomskiktighet og omfattende informasjonsplikt til publikum og medier, aktive undersøkelseskommissjoner med tilhørende juridiske rammer og så videre og så videre. Denne utviklingen har i sin helhet ført til voksende kontroll med regjeringer, og vil sannsynligvis også fortsette med nye endringer de neste hundre år.

Så er det spørsmålet om ansvar. Vi er enige om at maktøverne også skal stå ansvarlige for eventuell misbruk av sin makt. Dette er grunnlaget for det demokratiske system, og derfor kan man ikke påstå at kontrollen virker som den skal, hvis ikke det også gjelder at med makt følger ansvar. Men hvis vi skal kunne kreve at noen tar ansvar for alvorlige forseelser, må vi også oppfordre til at man gir informasjon om forseelsene, at de ikke blir isolert innenfor regjeringskontorenes vegger. Og da tror jeg at vi kan dra nytte av kvalitetskontrollens metoder.

Jeg presiserer, at jeg ikke foreslår at man ikke straffer for forseelser begått med overlegg eller grov uaktsomhet; mine forutsetninger her er de nordiske realiteter, hvor forseelsene har ifølge Thomas vært fåtallige, formelle og trivielle. Dette kan kanskje skyldes kontrollsystemet, høye etiske prinsipper eller voksende profesjonalisme i politikken og dyktige embetsmenn.

Det er følgelig vanskelig å trekke den konklusjon, at få straffesaker mot nordiske ministre er et bevis på at systemet ikke virker. Man kan faktisk også påstå det motsatte – at dette betyr at systemet faktisk fungerer ganske bra!

Thomas' tredje tese handler om de politiske partiene og embetsmenn, om det faktisk er slik at:

*3. Profesjonalisering av de politiske partiene og faglig dyktige embetsmenn reduserer faren for at noen misbruker sin makt.*

Dette er virkelig en interessant teori, ikke minst det første punktet om profesjonalisering av de politiske partiene. Jeg er ikke i tvil om, at departementenes faglige konstruksjon fører til at færre feil når «hele veien» gjennom alle barrierer i systemet og blir til politiske skandaler. Embetsmenneskets plikt er å ta vare på profesjonalismen og kontrollere politikken, de blir på samme måte som ministeren utsatt for voksende tilsyn og kontroll. Derfor er jeg overbevist om at denne faktoren gir enda en barriere i den sveitsiske ostemodellen. Hvis en minister planlegger å misbruke sin makt, vil vedkommende allerede i begynnelsen møte hindringer i form av departementets fagfolk, noe han eller hun vil ha problemer med å forsere, med mindre ministeren er helt bestemt i sitt forsett.

Men jeg er ikke like overbevist om den positive innflytelsen i forhold til de politiske partiene. Det er i hvert fall ikke påfallende i mitt fedreland, at de politiske partiene legger stor vekt på god moral eller forvaltningsmessige forbedringer overfor sine politiske rekrutter. De legger størst vekt på retorikk, økonomi og politisk informasjon. Det finnes selvsagt unntak fra dette, og de politiske partiene tok noen skritt i denne retningen i forbindelse med den internasjonale finanskrisen. Man etablerte sannhetskommissjoner, gikk i gang med selvkritikk, og de politiske partiene forsøkte å gi svar på hvor de hadde feilet i opptakten til det økonomiske kollapset på Island. Men har man forbedret opplæringen innen de politiske partiene som følge av dette?

## *De politiske partiene*

Tar de politiske partiene selvkritikk?

Det tviler jeg på, i hvert fall når det gjelder Island. Og det er trist, fordi de politiske partiene har et stort ansvar i denne sammenheng.

Det er i politisk debatt ikke noen tegn på en mer oppbyggelig eller faglig debatt som kunne øke tilliten til politikerne og dermed parlamentet. Dette er i hvert fall det jeg ser fra islandsk realitet, det ville være interessant at høre hva kolleger fra andre land synes om dette.

Og da kommer vi til tese nr. 4 som lyder slik:

*4. Vi må motarbeide det problem som forakt mot politikere og forsvinnende tillit til samfunnets institusjoner er – og det er kanskje en del av dette arbeidet å understreke ansvaret.*

Her trekkes frem en interessant men svært komplisert problematikk. Forakt mot politikere, samt manglende tillit til både dem og samfunnets grunnleggende institusjoner er en svært alvorlig situasjon i et demokratisk samfunn. Hvis kundene hadde like lite tillit til et privat selskap som det islandske parlamentet har (10 % av befolkningen hadde tillit til Alltinget i 2012, mens 83 % hadde tillit til politiet), hadde man for lengst byttet styre og ledelse og satt betydelige beløp i både det å analysere årsakene til det dårlige rykte og etablering av et bedre image. Dessverre skjer ingenting i den retning i Alltinget – og det vil ta lang tid å gjenreise allmennhetens tillit. Dette problemet er i tillegg en ond sirkel, for manglende tillit gjør at det blir stadig vanskeligere å få de første klasses parlamentarikere som en slik oppbygging krever. Mange vegrer seg for å bli en del av en yrkesgruppe med mildest sagt svært begrenset respekt. Det er følgelig også fare for at problemet bare vil øke etterhvert.

Men hvorfra kommer dette voksende mistillit? Har det noe med politikerne selv å gjøre eller den diskurs som kjennetegner politikken? Eller nyter Alltinget som institusjon simpelthen ikke stor nok respekt i offentlighetens bevissthet? Dreier dette seg kanskje faktisk om selve demokratiet og om at allmennheten kanskje ikke mener at Alltinget er en god tjener for dette politiske system?

Dette er i alle fall en svært komplisert politisk parameter, som kanskje delvis kan forklares med interaksjonen mellom makt og ansvar, og hvordan offentligheten opplever den. Jeg mener imidlertid, at en mengde andre faktorer er forklaringen på den voksende mistillit overfor de nasjonale parlamenter. En av disse faktorer er økt allmennutdanning, som fører til økte krav om faglig ledelse og metoder ved beslutningstaking. De nasjonale parlamentene må, på lik linje med andre institusjoner og selskaper, gjøre seg flid med slike oppgaver og benytte moderne metoder i sitt arbeid, noe jeg tillater meg å tvile på at alltid er tilfellet.

Det er i tillegg ganske tydelig at det bilde, offentligheten får av arbeidet i de nasjonale parlamentene, kan være nokså forvrengt. Jeg kjenner det personlig fra mine erfaringer som parlamentariker igjennom ti år, at offentligheten vet svært lite om de viktigste oppgavene i Alltinget. Sannsynligvis ser ingen på det som sin oppgave å formidle de gode nyheter fra det parlamentariske arbeidet til mediene og å ta vare på renommeet til de nasjonale parlamenter – noe ikke ett eneste privat selskap forsømmer i det moderne samfunnet. Det parlamentariske image bygger tvert imot på krangel og kverulering i plenum, noe som slett ikke er den riktige måten å gjenreise Alltingets gode renomme.

De teorier, Thomas presenterer i sitt foredrag, legger alle vekt på hvor viktig det er at den teoretiske drøftelse av statsforfatningsretten bygger på samfunnets realiteter til enhver tid. De faktorer vi må ha i tankene ved utviklingen av retten er for eksempel den generelle samfunnmessige utvikling, hvordan de politiske partier arbeider, mediene og ikke minst de

Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige?

muligheter og den utrustning folk flest har for å utforme sine meninger. Vi jurister kunne i den sammenheng kanskje dra fordel av andre disipliners metoder for å få et bedre tak på emnet enn vi hittil har gjort.

Takk for oppmerksomheten – jeg gleder meg til diskusjonen her etterpå.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, f.d. ordførende i Högsta förvaltningsdomstolen *Sten Heckscher*, Sverige:

Mötet var välbesökt och lokalen överfull.

Referenten och koreferenten höll tiderna för sina inledande anmärkningar vilket gjorde det möjligt för många att delta i debatten.

Diskussionen kom främst att handla om referentens kraftfulla ifrågasättande av den gängse distinktionen mellan juridiskt och politiskt ansvar. De flesta delade referentens uppfattning, men några tyckte att han drev sin tes lite väl långt och att distinktionen kunde ha ett visst berättigande. Bl.a. påpekades att politiken har sina former och juridiken sina, och att former är viktiga.

Själva kontrollen av politikerna tycktes fungera väl i de nordiska länderna. Ett viktigt skäl till det är att våra samhällen och deras system är transparanta.

Några inlägg tog upp referentens intressanta tanke att politikernas professionalisering troligen minskar risken för missgrepp och att tjänstemännens inflytande är disciplinerande. På dessa punkter föreföll situationen variera mellan länderna.

Åtskilliga inlägg handlade om konsekvenserna av olämpliga beteenden. Referenten intog här en sträng hållning. Men är det enda sättet för en politiker att ta ansvar för sina felsteg att lämna sin befattning? Några föreslog att det ibland kunde räcka att erkänna sina missgrepp och att sedan gå vidare, att alltså göra en s.k. pudel.

Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn



## **Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn**

Referent: Advokat *Jan Fougner*, Norge  
Paneldeltakere: Professor *Jens Kristiansen*, Danmark  
Förhandlingschef *Henrika Nybondas-Kangas*, Finland  
Advokat *Erik Danhard*, Sverige  
Advokat *Eva Bryndis Helgadóttir*, Island  
Debattleder: Advokat *Ingeborg Moen Borgerud*, Norge

Referentens referat, se bind 1 s. 105–16

Oppsummering av seksjonsmøtet ved advokat *Ingeborg Moen Borgerud*, Norge:

Debattleder ønsker velkommen til seksjonsmøtet. Hun viste til at temaet «avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn» berører svært mange, og at det er et tema som vekker interesse langt ut over juristenes rekke. Kravet til saklig grunn er selve hjørnesteinen i stillingsvernet. Nettopp derfor er det prisverdig å sette spørsmålet under debatt slik referenten gjør.

Etter en presentasjonsrunde og orientering om opplegget for debatten ble referenten gitt ordet.

I den påfølgende debatten deltok referenten, paneldeltakerne, prosedirektør i Danske Erhverv Lars Alexander Borke, Danmark, og ordförande i Arbetsdomstolen, Jonas Malmberg, Sverige.

Paneldeltakernes hovedinnlegg ble understøttet av powerpoint-fremvisninger.

Paneldeltakerne takket referenten for å ha reist et grunnleggende spørsmål om hvorvidt kravet til saklig grunn er en hensiktsmessig mekanisme for tvungen avslutning av arbeidsforhold, og hva som eventuelt kan være alternativene.

I debatten redegjorde paneldeltakerne kort for hovedpunktene i rettstilstanden for tvungen avslutning av arbeidsforhold i de øvrige nordiske land. Selv om rettstilstanden er forskjellig gjelder det gjennomgående, med unntak av Island, et krav om saklig grunn til oppsigelser fra arbeidsgivers side. Praktiseringen av saklighetskravet og intensiteten i domstolens prøving varierer. Rettsvirkningene av en usaklig oppsigelse er også forskjellig fra land til land. I Norge og Sverige har arbeidstaker som hovedregel rett til å fortsette arbeidsforholdet dersom domstolen konkluderer med at oppsigelsen er usaklig, mens i Finland gjelder dette bare for arbeidstakere i offentlig sektor. I tillegg har Norge og Sverige en prosessuell særordning som innebærer at arbeidstaker som hovedregel har rett til å stå i stillingen mens tvisten verserer for domstolene. Erstatningsnivåene ved en usaklig oppsigelse varierer også betydelig fra land til land.

De fleste debattantene mente at saklighetskravet er en hensiktsmessig ramme for tvungen avslutning av arbeidsforholdet fra arbeidsgivers side. Det pågår heller ingen debatt i noen av de nordiske landene om hvorvidt saklighetskravet bør erstattes med andre mekanismer. Paneldeltakerne ga gjennomgående uttrykk for at det er lite trolig at det vil skje en endring på dette området, i alle fall ikke i de nærmeste årene. Professor *Jens*

*Kristiansen* viste til at saklighetskravet er bredt akseptert i samfunnet. Det gjelder ikke bare innen arbeidsrettsområdet, men også i annen lovgivning hvor det slås ned på urimelig eller ureddelig atferd fra den annen parts side. Selv om saklighetsprinsippet er bredt akseptert, er det innlysende at måten det praktiseres og håndheves på kan være omtvistet. Man bør derfor diskutere det nærmere innholdet i saklighetskravet og intensiteten i domstolenes prøving av om vilkåret er oppfylt.

Ordførende i Arbetsdomstolen, *Jonas Malmberg*, fremholdt at det er helt klart at saklighetskravet har endret seg i takt med samfunnsutviklingen. Påstanden om at den enkelte arbeidstakers interesser har fått større vekt enn foretakets interesser stemmer ikke når det gjelder rettsutviklingen i Sverige de siste 15-20 årene. De fleste vil nok si tvert om. *Jonas Malmberg* viste til at det finnes mange undersøkelser og artikler som behandler spørsmålet om sammenhenger og mulige effekter på arbeidsmarkedet av hvorledes oppsigelsesvernet er regulert i de enkelte land. Konklusjonene i undersøkelsene spriker og det er vanskelig å finne belegg for klare sammenhenger i den ene eller annen retning. Økonomene er imidlertid stort sett enige om at reguleringen av oppsigelsesvernet jevner ut arbeidsledigheten over konjunktursykluser. Ut over det er det vanskelig å påvise noen klare effekter eller sammenhenger mellom arbeidsledighet, deltakelse i arbeidslivet m.v. og hvordan oppsigelsesvernet er regulert i det enkelte land.

Det fremkom en rekke synspunkter og motforestillinger til å innføre en ordning med fratredelses-godtgjørelse til erstatning for saklighetskravet. Gjennomgående ble det ansett for å være billig å si opp arbeidstakere når oppsigelsene begrunnes i virksomhetens forhold (arbeidsmangel/arbetsbrist). I Sverige har man de siste årene sett en utvikling hvor domstolene legger større vekt på arbeidsgivers behov enn hva som ble gjort tidligere. Advokat *Erik Danhard* fremholdt at skillet mellom oppsigelser som begrunnes i henholdsvis arbeidstakers og virksomhetens forhold burde vies større oppmerksomhet. Under henvisning til svensk rettspraksis handler skillet et stykke på vei om arbeidsgivers tankeprosess. Dette er i seg selv tankevekkende.

Samtlige nordiske land må forholde seg til diskrimineringslovgivningen, slik den er nedfelt i direktiver, og slik bestemmelsene er tolket av EU-domstolen. Paneldeltakerne ga uttrykk for at forståelsen og håndhevingen av diskrimineringslovgivningen ikke er enklere enn håndteringen av saklighetskravet, hverken for jurister eller ikke-jurister. Noen mente snarere tvert i mot. Flere var av den oppfatning at det hverken er aktuelt eller ønskelig å erstatte saklighetskravet med diskrimineringslovgivning. Kravet om saklig grunn vil trolig leve side om side med diskrimineringsforbudene i flere år fremover.

Referenten, advokat *Jan Fougner*, viste avslutningsvis til at det er en komplisert og krevende øvelse å finne balansepunktet mellom arbeidsgivers og arbeidstakers behov, og at det derfor er nødvendig med debatt. Når Norge skiller seg klart ut fra de øvrige nordiske land, skyldes dette ikke bare tradisjoner, men også Norges sterke økonomiske stilling. *Fougner* ga uttrykk for at han ikke tror at Norge kan fortsette med dette når vi om 10-15 år må oppføre oss som andre europeere. I løpet av noen år vil vi kanskje diskutere felles europeiske oppsigelsesstandarder knyttet til diskrimineringsreglene, og det er mulig at disse bestemmelsene vil ta over og fortrenge lokale varianter av saklig grunn.

Debattlederen takket både referenten og alle deltakerne for gode og engasjerte innspill i debatten.

Kulturminnevern – forholdet til eiendomsrett og utbygging

## **Kulturminnevern – forholdet til eiendomsrett og utbygging**

Referent: Riksantikvar *Jorn Holme*, Norge  
Koreferent: Professor em. *Erkki Hollo*, Finland  
Debattleder: Professor *Kirsti Strøm Bull*, Norge

Referentens referat, Se bind I s 175–89

Koreferenten, professor *Erkki J. Hollo*, Finland:

### **Argument för en interesseavvägning mellan det klassiska egendomsskyddet och allmän kulturvårn – några tilläggsynpunkter**

#### *Allmän bakgrund*

Skydd av kulturella värden med rättsliga medel är ett relativt ungt fenomen. Insikten att historia, kulturell utveckling, konst och uppfinningar kan ha betydelse för ett samhälles eller en nations identitet har sina rötter i humanismen och nationalismen, närmast i den form den utvecklades på 1800-talet. I början gällde det inte speciellt att upptäcka och taga hänsyn till det som redan uppstått utan att bilda nya verk och upplevelser som uppfyllde vissa kulturella krav. Man kunde anta historiska förebilder från klassiska tider men det fanns inget speciellt intresse att skydda dessa mot förstörelse. Tiden ända från antiken till 1800-talets början omfattade ju gigantiska förstörelser i krig och omröjningar; man var van vid att använda gammalt som material för nytt byggande, oaktat dess historiska betydelse. Det som överlevt upp till våra tider har gjort det närmast därför att kyrkor, fästningar och andra byggnadsverk inte så lätt kunde tagas isär. Vissa ställen, i likhet med Venedig och andra gamla städer, har kunnat undvika politiska stormningar och har varit utsatta närmast för naturens krafter. Kungariket, kejsardömen, andra aristokratiska och kyrkliga institutioner har visserligen med flit försökt att upprätthålla det som stod i deras ägo för att bevisa makt och välstånd; alla dessa åtgärder var samtidigt kulturgärningar till de senare generationernas lycka, men de genomdrevs utan rättsligt tvång eller samhällets interventioner.

Kanske förhåller det sig så att när denna spontana och frivilliga skyddstradition har fallit bort eller visat sig vara otillräcklig, men man samtidigt inte vill bryta av traditionen, har behovet att inventera kultur i form av synliga föremål demokratiserats och förvandlats till ett samhälleligt intresse, visserligen buret av sagda nationella och romantiska insiktsbakgrund. Utan en viss nationalistisk eller lokalpatriotisk insikt torde en modern socialstat kanske inte känna speciellt intresse för skyddet av kulturområden, åtminstone inte om det kräver samhällets ekonomiska insatser. Därför uppstår frågan om vem som är skyddspliktig och på vems bekostnad skyddet bör kunna genomdrivas, om detta inte sker genom frivilliga insatser, d.v.s. på rättsinnehavarens eget initiativ.

### *Rättsliga grunden för skyddsbehovet*

Identifiering av värden förutsätter en bred överenskommelse vad beträffar målsättningar och entydiga värderingskriterier. Kulturminnen och andra objekt är rättsligt sett saker med begränsat omfång och samtidigt föremål för äganderätt eller andra rättigheter. I fråga om immobila saker kan dessa då likställas med fast egendom samt beskrivas med samma definitioner som beståndsdelar och pertinenssaker. Om annat inte antas vid skyddsregleringen, kan dessa sakrättsliga begrepp tjäna som utgångspunkt. Expropriationsrätten å sin sida bestämmer vilka delar och rättigheter som kan inlösas i samband med fast egendom. I princip faller då lösa föremål utanför regleringen och deras samhälleliga skydd kräver speciella instrument. Detta gäller t. ex. inredningsföremål om själva byggnaden inte anses vara värdefull som kulturobjekt. Ingrepp i individers och samfunds privata lösa egendom är ett problem för sig som även kan ha människorättsliga dimensioner. I ett fritt samhälle kan t. ex. museer inte mot ägarens vilja ta konstföremål i sin besittning hur stort dess nationella eller kulturhistoriska värde än må vara. Detta vore närmast konfiskation.

### *Den internationella regleringsnivån*

De flesta västerländska nationerna har antagit speciell lagstiftning för skyddet av kulturminnen och andra värdefulla byggnader eller omnejder. Kategoriseringen av skyddsvärden beror dels på internationella målsättningar med för det mesta högsatta skyddskriterier, dels på nationella och lokala värderingar med ett större urval av kriterier för skyddsbedömningen. De internationella källorna kan delas i två huvudgrupper, överenskommelser som gäller individuellt urvalda kulturminnen (UNESCO-listan) och andra som uppställer närmast principer för nationellt agerande (Europarådets konventioner). Givetvis binder båda konventionsnivåerna de stater som godkänt överenskommelserna. Skyddsinstrumenten är för det mesta desamma som tillämpas för nationellt värdesatta kulturminnen.

Europeiska unionens lagstiftning saknar bestämmelser om skydd av byggnader och kulturarv. Detta beror i huvudsak på att unionen inte har direkt lagstiftningskompetens inom detta område. Man försöker att väcka medlemsstaternas intresse närmast genom indirekta medel, framför allt understöd för bevarandet och främjandet av landskapsmiljöer. Unionen är dock delaktig i likhet med medlemsstaterna i de viktigaste internationella skyddskonventionerna.

Inom Förenta Nationerna har UNESCO i uppdrag att ta vara av det globala världsarvet. Alla torde känna till världsarvskonventionen från år 1972. Stater kan anhänga om att för kulturarvet viktiga ställen införs i världsarvslistan. Samtidigt förpliktas staterna att genomföra åtgärder för att hållbart skydda kulturarvsminnet mot förstörelse och oändamålsenlig förändring. Referenten Jørn Holme redogjorde i sin rapport vid detta Nordiska Juristmöte för vissa norska UNESCO-kulturminnen. Enligt min uppräknings har Danmark sex, Finland sju, Island två, Norge sju och Sverige femton kulturminnen på UNESCO-listan. Det finns också en annan förteckning över kulturminnen som hotas att förstöras. Inom Europa rapporteras av dessa endast två miljöer, ett minne i England (Liverpool), ett annat i Kosovo.

Kriterierna för UNESCO-status består av i konventionen inskrivna kulturella och naturspecifika egenskaper. Det är viktigt att observera hur kulturminnebegreppet har utvidgats att omfatta förutom arkitektoniska föremål även landskapsvärden. Sedan 1992 tillämpas vid världsarvsbedömningen begreppet kulturlandskap; detta betonar vikten av att omfatta även naturområden som utgör bevis på samverkan mellan folk och natur, t. ex. stridsorter,

samlingsplatser m.m. Dessa får sakna estetiskt eller annat kulturellt värde. Denna ansats förekommer likaså i nationella lagar.

Ett stort globalt hot då man tänker på kulturminnen som inte ännu står under skydd består dels i väpnade konflikter, dels i ekonomisk utveckling med uppkomsten av nya massiva trafik- och bosättningsområden, speciellt i länder där detta kan ske utan föregående kulturmiljöbedömning. Inom UNESCO antogs 1954 en konvention om skydd för privat egendom under beväpnade konflikter (Haagkonventionen). Konventionen anger allmänna spelregler t. ex. vid ockupation av främmande land. I detta sammanhang beaktas även lös kulturegendom.

För Europas del bör Europarådets ansträngningar beaktas. Vad skyddsstrategin beträffar har Europarådet i likhet med UNESCO två utgångspunkter, en byggnadsorienterad och en landskapsorienterad konvention. Dessa är konventionen till skydd för Europas arkitektur (Granada-konventionen 1985) och landskapskonventionen (Florens-konventionen 2000). Den förstnämnda konventionen anger relevanta kulturella definitioner och förpliktar parterna att vidtaga juridiska och andra skyddsåtgärder. Allmänt mål är att understryka en gemensam europeisk kulturhistorisk identitet. Den därtill anknyttande Valetta-konventionen 1992 har som mål att hindra förstöring av kulturminnen genom byggnads- och andra projekt. Man kan väl förstå att även ur nordisk synvinkel kan preventiva åtgärders effektivitet vara avgörande för hur själva skyddet senare genomförs. Ågaren bör kunna förpliktas att vara återhållsam med sina ändringsprojekt så länge en skyddsåtgärd är eller kan bli anhängig.

Florens-konventionens krav påminner om de målsättningar och strategier som traditionellt förekommer i nationell naturskydds- och planläggningsrätt. Närmast består konventionens betydelse i att de landskapsdefinitioner som förekommer i konventionen bör anpassas till nationell motsvarande lagstiftning och strategisk planering. Konventionen omfattar dessutom bestämmelser om offentligt deltagande och liknande processuella regler.

### *Instrument*

#### *Planering*

Ur nordisk synvinkel förekommer det närmast två instrument: ingreppsregleringen i byggnads- och planläggningsrätt och särregleringen angående skydd av kulturminnen och byggnader. Det finns principiella olikheter i de nordiska länderna vad beträffar konsekvenserna för rättighetsinnehavare av avsett skyddsföremål. I fråga om planering utgår man från en helhetsbedömning som medför vissa inskränkningar i markägarnas rättsliga ställning, speciellt vad gäller förväntad ökning eller fokusering av byggnadsrätten. På allmän nivå kan äganderätten kan inte stå i vägen för genomdrivandet av för planen i fråga viktiga intressen. Dessa kan bestå av trafikförbindelser, nya bostadsområden, infrastrukturer, energianläggningar med mera. Vad som är ändamålsenligt ur markplaneringens synpunkt bestäms vanligen i lag men kommunen som planeringsmyndighet får tämligen fritt ställa upp utvecklingsvisioner som grund för planen. Numera sätter konsekvensbedömningen tämligen stränga krav angående bibehållandet av existerande infrastruktur och byggnadsförråd.

Historiskt sett gäller detaljplaneringen närmast bestämmande av kvantitativ byggnadsrätt och förknippade infrastrukturer. Bestående byggnader kan, utan ställningstagande till deras estetiska eller kulturella värde, *de facto* "skyddas" därigenom att tomten i fråga förblir i planen utan ökad byggnadsrätt. Skulle detta ske på ett olikvärdigt sätt uppstår eventuellt rättslig kritik mot planmyndighetens verkliga intentioner. I princip, ur finsk synpunkt, får en stadsplan

medföra orimliga verkningar för äganderätten endast om de är nödvändiga för planens syftemål och skadan ersätts enligt överenskommelse eller stadgade ersättningsgrunder. Förlusten kan kompenseras även genom att utöka byggnadsrätten annorstädes, om äganderättsförhållandena ger möjlighet därtill.

Modern planeringsrätt har ett bredare urval av ändamål som bör beaktas. Till dessa hör miljöhänsyn och skyddet av landskapsbilden. Kommunen kan då, skulle den ha kulturella ambitioner, använda dessa faktorer som argument för planeringslösningar. Det synes emellertid att dylika planeringssyften inte utan problem kan genomdrivas på markägarnas bekostnad utan även då bör en skälighetsbedömning företagas. Vad som är viktigt att observera är att en markägare i allmänhet inte kan ifrågasätta en plans innehåll eller syfte på den grund att kommunen hade överskridit sin kompetens genom att använda argument hänvisande till miljö eller landskapsvärden. En delfråga består visserligen däri vilken sakkunnig information som krävs för att kommunen får åberopa denna vid antagandet av planebestämmelser. Det torde vara svårt att skilja rent kommunalpolitiska intressen från objektiva värderingar då det gäller begränsningen av markanvändning. Kommunen synes dock ha ett tämligen stort frirum åtminstone då det gäller att utesluta områdesbestämningar som kunde vara skadliga för framtidens hållbara utveckling. Därför bör man i planeringsprocessen inte kräva alltför slutgiltig sakkunnig dokumentation av kulturhistoriska eller estetiska värderingar för en viss ort.

#### *Särregleringens utrymme*

Vid markplanläggningen har landskaps- och kulturminnesskyddet sålunda en underordnad roll gentemot syftet att åstadkomma en sund och ändamålsenlig samhällstruktur. Lagen kräver i allmänhet även en jämlik och skälig reglering av privata intressen ägarna emellan. Kommunerna torde därför vara återhållsamma vid antagandet av strikta skyddsåtgärder i stadsplan för att undgå ersättningsplikt. Jämlikhet betyder antingen att markägarna åläggs inom ett utsträckt område, till exempel gammal stadsdel, att avstå från ökad byggnadsrätt och nöja sig med saneringsorienterade förbättringar eller i fråga om ett inskränkt område erhålla kompensation i form av byggnadsrätt bakom eller under skyddsobjektet. Visserligen kan en markägare själv erbjuda sin fastighet till föremål av en "skyddsplan" men även i sådana fall ligger avgörandet hos planeringsmyndigheten eftersom kommunen kan ha ett motsatt intresse i att effektivt områdesbyggandet exempelvis inom ett centralt beläget affärskvarter.

Ur likvärdighetssynpunkt borde planeringen av landskaps-, kultur- och miljöskydd genomföras så att samma krav eller argument tillämpas på alla jämförbara delområden i planen. Endast då detta inte kan uppnås torde speciell lagstiftning krävas. Lagstiftningsutvecklingen har emellertid varit en annan t. ex. i Finland där byggnadsskydds- och fornminnesskyddslagstiftningen antogs redan innan markplaneringslagen gav effektiva instrument för beaktandet av skyddsbehov. Planeringslagstiftningen hade i viss mån släpat efter. Numera med reformen av sagda lagstiftningen (1999) har tyngdpunkten förskjutits till det "normala": speciallagstiftningen skall tillämpas närmast i sådana fall då stads- och annan detaljplanering inte ger tillräckligt skydd åt kulturhistoriska och liknande värden. Detta kan vara fallet speciellt utanför planerade områden, på statlig mark eller då planen ur praktiska skäl inte har kunnat aktualiseras.

Fördelen med att ge prioritet åt planeringslagstiftningen speciellt i fråga om byggnads- och landskapsskydd är att alla berörda står på samma sträck då det är fråga om ersättning för inskränkningarna. I finsk rätt uppstår ersättningsplikt endast om begränsningarna

förhindrar ett skäligt utnyttjande av egendomen. Å andra sidan innebär själva planeringen den inskränkningen att planebestämmelser inte får vara oskäliga för innehavare av fastighet. I fråga om stadsplan är detta visserligen tillåtet om de allmänna målsättningarna i planen det kräver men då uppstår alltså ersättningsplikt för kommunen, undantagsvis för staten.

Även inom markplaneringsrätten kan likvärdighetssynpunkten leda till att skyddsbestämmelser blir oskäliga. Detta är fallet då ett skyddsvärde förekommer endast inom enstaka byggnadsplatser och belastar dessa. Vid senare planläggning medför detta eventuellt att en tomt med skyddsvärde kan gå miste om ökad byggnadsrätt, som tillkommer andra inom samma planeringsområde. Kommunen är visserligen skyldig att inlösa området eller att betala ersättning om området inte längre kan användas på ett skäligt nyttosamt sätt (MBL 101 §). Utebliven delaktighet i ökning av byggnadsrätten betyder emellertid i och för sig inte att läget blir oskäligt för ägaren om tomten i fråga även fortsättningsvis kan användas på ett nyttosamt sätt. Även om finsk lag inte vid planeringen ger konstitutionellt eller skadeståndsrättsligt skyddad förväntningsrätt att erhålla ökad byggnadsrätt genom stadsplan kan läget uppenbara sig som olikvärdigt om tomter inom samma område behandlas betydligt olika vad fördelningen av byggnadsrätt beträffar. I en tillspetsad situation kunde slutresultatet bli att byggnadsskyddet på grund av oskälighet inte kan genomdrivas i plan utan man måste tillgripa den speciella skyddslagstiftningens instrument.

### Grundlagen

I likhet med andra stater omfattar Finlands konstitution en bestämmelse om egendomsskydd (Grundlagen 15 §):

*«Vars och ens egendom är tryggad. Angående expropriation av egendom för allmänt behov mot full ersättning bestäms genom lag.»*

Om full ersättning inte stadgas krävs lagstiftning i grundlagsordning. Begreppet "full ersättning" är inte alltid entydigt eftersom man bör reflektera en expropriationsliknande åtgärds rättsliga verkningar gentemot den nivå som vore tillåten utan inskränkande lagstiftning. Utgångspunkten är vanligen att det som inte har förbjudits i lag anses vara tillåtet.

Se Finlands Högsta domstols dom HD 2004:26: Ett bolags egendom hade blivit föremål för ett interimistiskt åtgärdsförbud med stöd av 9 § byggnadsskyddslagen. Förbudet hade sedermera upphävts. Bolaget hävdade att förbudet medfört ett avbrott i utnyttjandet av egendomen som inkomstkälla och yrkade på ersättning av staten. Fråga om det grundlagsstadgade egendomsskyddet förutsatte att ersättningsprinciperna i 11 § byggnadsskyddslagen även skulle tillämpas på en skada av nämnt slag.

En annan bestämmelse i Grundlagen gäller miljöansvar (20.1 §):

*«Var och en bär ansvar för naturen och dess mångfald samt för miljön och kulturarvet.»*

Denna bestämmelse är huvudsakligen riktad till lagstiftaren, mindre direkt till företagsledare och medborgare. Lagstiftaren bör sålunda vidtaga åtgärder för åstadkommande av lagar som stadgar om t.ex. skydd av kulturminnen. I de nordiska länderna har detta skett.

Problematiken vid konstitutionell analys gäller i huvudsak frågan huruvida skyddsbehovet fyller kravet på allmänt intresse. Bör det finnas en rättsligt bindande och landet resp. åtminstone en region omfattande förteckning över viktiga skyddsobjekt eller kan man överlämna bedömningen från fall till fall åt en förvaltningsmyndighet? Om denna myndighet samtidigt vore ansvarig för skyddsförvaltningen, exempelvis museiverksamheten, uppstår då inte en intressekonflikt mellan rättssäkerhet och intresseagerande?



I finsk lag (Lag om fornminnen 295/1963) – likaså synes man ha förfarit i andra länder – har man löst problemet för fornminnenas del genom att i lag identifiera vad som kan anses utgöra kännetecknet för ett skyddsobjekt («minnen av ...tidigare bebyggelse och historia»). Fornminnen katalogiseras som per se skyddade enheter.

Fasta fornlämningar äro:

- 1) jord- och stenhögar, rösen, stenringar och andra stenläggningar och stensättningar, som fordom uppförts av människor;
- 2) gravar och gravfält från hednatid, även utan synligt märke ovan jord;
- 3) stenar och klippytor, på vilka från forna tider finnas inskrifter, bilder eller andra ristningar eller målningar, sliprännor eller andra slip- eller bultningsspår eller offergropar;
- 4) offerkällor, offerträd, offerstenar och andra kultplatser samt forntida tingsplatser;
- 5) bostadslämningar samt bo- och arbetsplatser från forna tider ävensom bildningar, vilka uppkommit vid användning av dylika bostäder eller platser;
- 6) forntida övergivna borgar, borgbackar, befästningar, fästen, vallar och vallgravar samt rester av dem, ruiner av kyrkor, kapell, kloster och andra märkliga byggnader samt forntida gravplatser, vilka icke finnas på begravningsplats, som vårdas av församling;
- 7) stenar, kors och vårdar, vilka fordom rests till minne av någon person eller händelse eller i religiöst syfte, samt andra dylika minnesmärken;
- 8) lämningar av forntida anmärkningsvärda färdvägar, vägmärken och broar samt vårdkas- och andra dylika anläggningar; samt
- 9) fasta naturföremål, till vilka anknyta sig åldriga seder, sägner eller betydande historiska minnen.

Gränsen mellan byggnadsverk som fornminnen och byggnader som kulturhistoriska eller estetiska objekt bestäms med hjälp av användbarheten av konstruktionen i sitt ursprungliga ändamål. Fornminnen saknar i regel denna egenskap. Skyddet består i ett allmänt ingreppsförbud. I finsk lag krävs inget myndighetsbeslut men för att ge bestånd åt ett fynd kan områdesskydd ske genom avgränsning och eventuellt inlösen.

Vad skyddet av kyrkliga byggnader beträffar är syftet med skyddet av en kyrklig byggnad är att trygga den kyrkliga byggda kulturmiljön som en del av kulturarvet, värna om byggnadens egenart och särdrag samt främja kulturellt hållbar vård och användning av byggnaden (Finlands kyrkolag 895/2013, 14:5).

En kyrklig byggnad som är uppförd före 1917 är skyddad direkt med stöd av lag enligt den finska kyrkolagen. Kyrkostyrelsen kan besluta att en kyrklig byggnad som tagits i bruk 1917 eller därefter ska förklaras skyddad, om detta är motiverat med avseende på

byggnadshistoria, byggnadskonst, byggnadsteknik eller særskilda miljøvärden. Kyrkostyrelsen beslutar om byggnadsskydd på eget initiativ eller på förslag av en församling, domkapitlet eller Museiverket. Skyddet av en byggnad gäller också byggnadens fasta inredning, målningar och konstverk som hör till byggnaden samt byggnadens gårdsområde.

#### *Landskapsskydd och kulturarvsskydd*

Fornminnen brukar sakna ett speciellt landskaps- eller naturvärde. Därför ägnar sig denna typ av skyddsreglering mindre väl för nutida samhälleligt behov. Landskapsskydd låter sig rättsligt jämföras med byggnads- och naturskyddsåtgärder; dessa genomförs antingen med hjälp av planläggning eller speciella fredningsbestämmelser. Dilemmat med att utvidga speciallagstiftningens instrument angående byggnadsfredning till att omfatta t. ex. för rekreationsändamål attraktiva landskap uppstår i huvudsak i förhållande till grundlagens rättssäkerhetsprincip. Markplaneringen kan, för att åstadkomma en balanserad och sund samhällelig enhet, medföra inrättande eller fredning av parker och liknande områden utan speciella kulturvärden men då antar man att det finns ett acceptabelt intresse. Däremot i fråga om isolerade fredningsåtgärder bör man ställa högre krav på skyddskriterierna och även ersättningsplikt kan uppstå om samhället beviljas rätt att t.ex. exproprieras privat naturmark, med eller utan värdefull byggnad, för att inkorporera detta i ett område under offentlig förvaltning. Dessa kriterier i speciallagstiftningen avviker åtminstone i Finland från de principer som gäller för markplaneringen.

Se Finlands Högsta domstols dom HD 1993:16 Skyddsföreskrifterna i byggnadsskyddslagen hindrade inte att en byggnad, som tidigare hade tjänat som teaterutrymme, användes för samma ändamål som tidigare, men de hindrade en ändring av byggnaden så att den kunde användas på sedvanligt sätt och på ett sådant sätt som medförde skäligen nytta. Staten ålades att ersätta olägenheten och skadan till följd av detta. Ersättning kunde inte ges för att skyddsföreskrifterna för byggnaden hindrade byggande på vissa andra delar av tomten.

#### *Kulturarvsbegreppet*

Ur sagda synpunkt är det intressant att analysera vad det moderna begreppet "kulturarv" ur rättslig synvinkel betyder som en förlängd arm av fornminnesskyddet. Man kan tänka sig att i regioner där man har ett stort bestånd av historiska byggnader och andra konstruktioner kunde antaga speciella kulturarvsplaner för att inventera, samordna och värdesätta de objekt som primärt bör införlivas i kulturarvet. Finlands kulturarvslag har i likhet med Sveriges kulturminneslag antagit en definition för kulturarvets innebörd. Kulturarvet består speciellt i byggnadsarvet som omfattar byggnader, konstruktioner, byggnadsgrupper eller bebyggda områden som är av "betydelse med avseende på byggnadshistoria, byggnadskonst, byggnadsteknik", samt parker, murar, broar m.m. Därutöver omfattar kulturarvet immateriella värden då det är fråga om historiskt betydelsefulla orter, men även konst, musik och dans utgör kulturkomponenter. Skyddet av en byggnad gäller också byggnadens fasta inredning, målningar och konstverk som hör till byggnaden samt byggnadens gårdsområde.

Det är givetvis omöjligt att objektivt – utan helhetsbedömning och en viss grad av nationell "kulturplanering" – definiera vad som är kultur och vilka delar av dess komponenter har värdet av "arv". Därför har jurister tämligen lite att bidra, förutom de processuella reglerna, till innebörden av de kriterier som tillämpas i ett enskilt fall av kulturarvsskydd. Därigenom finns

det emellertid en koppling till landskapsbegreppet då landskap kan tjäna som inspirationskälla för konstnärer. Om den skapade konsten ingår i kulturarvet vill man gärna också freda källan. Det är förstäligt att man svårt kan använda rättsliga tvångsmedel i dylika fall utan det flesta tas hand om av musei- och andra kulturinstitutioner på frivillig basis.

Det rättsliga kulturarvsbegreppet bör definieras och tolkas restriktivt för att rättssäkerhet upprätthålls. Enligt finsk praxis skall den byggda kulturmiljöns och kulturlandskapens värde bestämmas med hjälp av bl.a. historiska, byggnadshistoriska, arkitektoniska, byggnadstekniska, konstnärliga och landskapliga värden. Man strävar att bestämma ett objekts värde på ett entydigt sätt. Vården och skyddet av områden och objekt reflekterar erkända värden på nationell nivå, landskapsnivå och lokal nivå. Man har även ansett kulturarvet vara del av nationalförmögenheten vars underhållskostnader bör ingå i statsbudgeten.

Det som blir kvar är det rättsliga tvånget. I fråga om naturskydd är man numera van vid att privat mark kan införlivas i nationalparker och andra skyddsområden. Även utanför naturskyddsområdena har man infört äganderättsinskränkningar, i vissa fall utan ersättning. För det mesta är det också tillåtet i lag att avslå en byggnads- eller annan ansökan utan ersättning på grund av risk om naturförstörelse.

Det moderna kulturskyddsbehovet som en socialt begrundad inskränkning av egendomsskyddet synes inte ännu ha uppnått samma standard eller stabilitet som naturvården och miljöskyddet. Man kan visserligen fråga sig om detta överhuvudtaget är möjligt eftersom kulturella värderingar varierar med tiden och expertisens argument inte kan vara annat än subjektiva. På grund av detta torde det vara svårt att rättsligt ålägga rättsinnehavare aktiva förpliktelser som kräver hänsyn till kulturella värden förutom då det är fråga om byggnads- och områdesskyddet där en viss tradition sedan gammalt har uppstått genom byggnadsskyddslagstiftningen.

Se Finland Högsta domstols dom HD 2003:85: Verksamheten vid en gruva hade lagts ner och ett gruvtorn samt silobyggnader på gruvområdet hade tagits ur bruk. Gruvtornet och silobyggnaderna förklarades skyddade med stöd av byggnadsskyddslagen. Enligt skyddsföreskrifterna fick ingen sådan åtgärd vidtas som skulle ändra byggnadernas ursprungliga karaktär. Eftersom det inte fanns användning för byggnaderna men skyddsbeslutet föreskrev att dessa skulle bevaras, skulle kostnaderna för nödvändiga reparationsarbeten enligt 11 § 2 mom. byggnadsskyddslagen ersättas av staten.

En annan fråga gäller innebörden av hänsynsplikten angående kulturarvet. Det finns olikheter i nationella konstitutioner vad beträffar äganderättens sociala gränser. I en del stater kan en ägare förpliktas att aktivt skydda sin egendom i allmänt intresse. Om det är så även i verkligheten synes emellertid inte ha redogjorts i litteraturen. I finsk rätt kan man i regel inte ålägga en ägare att förvalta och ta vara om byggnader och områden i offentligt intresse utan överenskommelse och ersättning. Ett förbud att genomföra ändringar av en skyddad byggnad kan i verkligheten betyda att en sanering uteblir. Skulle aktiva skyddsföreskrifter ges i en stadsplan eller ett förvaltningsbeslut, kräver dessa oftast en samverkan med museimyndigheter eller sakkunniga. I utgångsläget bör man erkänna rätt till ersättning för genom skyddet ökade saneringskostnader eftersom finansieringen av statliga och regionala museitressen bör ligga hos det offentliga, eventuellt hos kulturinstitutioner.

### *Sammandrag*

Det moderna kulturmiljöansvaret kunde eventuellt likställas med markägarnas och andra

rättsinnehavares plikt att upprätthålla miljöer. Även reglerna för det offentliga ersättningsplikt kunde anpassas. Biotoper och arters livsmiljöer kan jämföras med byggnader och andra fasta egendomsdelar såtillvida att de förekommer sporadiskt på begränsade områden och åtnjuter sitt värde på grunder som överskrider det traditionella behovet att skydda människans hälsa och egendom. Bakom biotopskyddet ligger emellertid en internationellt antagen allmän princip, behovet att trygga biologisk mångfald. På denna punkt ligger skyddsbehovet av byggnadskultur på en lägre nivå då man i dagens läge, trots internationella överenskommelser, svårigen kan tala om ett samhälleligt behov att trygga kulturarvet på enskildas bekostnad.

Det är rimligt att en ägare inte vore berättigad att aktivt bidra till förlusten av kulturvärden inom sin egendom men i många länder innebär t.ex. ett byggnadslov att existerande byggnader kan rivas. Bara för att en viss byggnad råkar ingå i en förteckning av värdefulla byggnader och om man på grund av en sådan inventering beslutar att förbjuda ekonomiskt nyttjande av byggnaden, vore detta en situation där ersättningsplikt bör utgå, givetvis om rättsordningens förutsättningar annars uppfylls. I ett annat läge kan man anse att byggnadsbehovet kan tillräckligt tillfredsställas exempelvis då den värdefulla byggnaden inkorporeras i ett nytt projekt; därvid synes inget betydligt ersättningsbehov uppstå om som kompensation på en annan del av fastigheten nytt byggande tillåts.

Den framtida rättsutvecklingen synes kunna införliva kulturvarnsplikten i rättssystemet som en mera fokuserad och allmängiltig princip än vad läget är i dag. Om detta skulle medföra aktiva förpliktelser för rättsinnehavarna, bör skyddskriterierna ställas på ett entydigt och strikt sätt. Inom denna ram bör man ändå i första linje använda sig av likvärdiga och rimliga markplaneringsregler samt anknytande överenskommelser. Tvånget bör vara förbehållet undantagsfall, t.ex. då riksintresset inte kan genomföras genom stadsplanering. I sådana fall kräver människo- och grundrättigheter i allmänhet att ersättning utgår i fullt värde av nettoförlusterna. Om man tolkar de nordiska rättsordningarna i sin helhet, torde detta redan nu vara gällande rätt, även om rättstillämpningen inte ännu har entydigt stadfäst.

\*\*\*

#### Oppsummering av seksjonsmøtet ved professor *Kirsti Strøm Bull*, Norge:

Etter koreferentens innlegg som ble kommentert av referenten, tok følgende ordet fra salen:

*Skuli Magnusson*, dommer, Island, *Ditlev Tamm*, professor, Danmark, *Karin Bruzelius*, høyesterettsdommer, Norge, *Ole Knut Løstegaard*, Justisdepartementets lovavdeling, Norge, *Matti Niemivuo*, professor em., Finland.

Kommentarene fra salen hadde gjerne form av spørsmål til referent og koreferent. En kommentar gjaldt domstolskontroll ved fredningsvedtak og et spørsmål gjaldt forvaltning av fredete samiske kulturminner i Norge og Finland. Størst oppmerksomhet fikk spørsmålet om erstatning og om eierens plikter ved fredning. Referenten, riksarkivar Jørn Holme, ønsket at han i høyere grad kunne ha med et løfte om økonomisk tilskudd når han går til fredningssak. Norge har i dag de strengeste reglene i Norden når det gjelder kompensasjon til eiere av fredete eiendommer. Innleggene fra referent og koreferent samt spørsmålene etterpå viste behovet for en nærmere sammenligning av reglene for kulturminnevern i Norden og hvorfor det i dag er så vidt store forskjeller mellom landene. Det ble uttrykt anerkjennelse for at man hadde tatt opp temaet kulturminnevern på det 40. nordiske juristmøtet.

Konsekvensene av at offentlig informasjon blir spredt med informasjonsteknologi

## Konsekvensene av at offentlig informasjon blir spredt med informasjonsteknologi

Referent: Justitieråd *Henrik Jermsten*, Sverige

Koreferent: Direktør *Jens Møller*, Danmark

Debattleder: Chefsjustitieombudsman *Elisabet Fura*, Sverige

Referentens referat, se bind 1 s 209–24

Koreferenten, direktør *Jens Møller*, Danmark

Justitieråd Henrik Jermsten belyser i sit referat på megen instruktiv vis en række centrale datatbeskyttelsesmessige problemer, som knytter sig til den omfattende spredning af offentlig information - typisk gennem internettet.

De regler, der gælder i de nordiske lande, er - som det også fremhæves i referatet - jo især baseret på Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24.10.1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger. Retsstillingen er imidlertid ikke ens i de nordiske lande, idet direktivet åbner visse mulighed for supplerende nationale regler. De tre teser, som referenten opstiller, synes i hvertfald at vise, at retsstillingen i Sverige på nogle centrale punkter er anderledes end i Danmark.

Jeg vil i det følgende forholde mig til de tre teser enkeltvis.

1. «Tes 1. Det almäna har ett ansvar för att vidta adekvata åtgärder för att motverka den ökade risk för oönskad spridning av information inom och mellan myndigheter som den moderna informationstekniken innebär.»

Jeg er enig med referenten i, at det er myndighedernes ansvar at sikre uønsket spredning af information. Som jeg forstår det svenske system, er der - udover direktivets helt overordnede og generelle regler - mange myndigheds- og sektorspecifikke ordninger, men ikke nogen almindelig regulering. Min opfattelse er, at en sådan regulering vil være hensigtsmæssig af flere grunde. I forhold til myndighederne vil den kunne "hjælpe" dem med at opbygge et tilstrækkeligt sikkerhedsniveau, og herved vil borgernes retssikkerhed blive styrket.

I Danmark har vi en meget generel men samtidig detaljeret bekendtgørelse om sikkerhedsforanstaltninger til beskyttelse af personoplysninger, som behandles for den offentlige forvaltning (Bek. nr. 528 af 15.06.2000). Det danske datatilsyn påser overholdelsen af bekendtgørelsen og har med hjemmel i den påtalt bl.a. følgende brud på reglerne, se Datatilsynets oversigt af 25. juni 2014 ([www.datatilsynet.dk](http://www.datatilsynet.dk)):

«Organisatoriske fejl.

- Manglende utilstrækkelige og ikke ajourførte uddybende sikkerhedsregler. f.eks. manglende retningslinjer for behandling af personoplysninger på pc-arbejdspladser uden for den dataansvarliges myndigheds lokaliteter.
- Utilstrækkelig beskrivelse af procedurerne for administration af adgangskontrol- og autorisationsordninger samt kontrollen med autorisationer.

- Utilstrækkelige eller manglende databehandleraftaler og/eller manglende kendskab til underdatabehandlere.
- Manglende kontrol med sikkerhedsforanstaltninger truffet hos databehandlere.
- Meget åben adgang til oplysninger i ESDH-systemer, hvorved medarbejdere har adgang til bl.a. følsomme personoplysninger, som de ikke har brug for i deres arbejde.
- Manglende halvårlig kontrol af medarbejdernes autorisationer.
- Brug af anonyme bruger-id'er (testbrugere eller fællesbrugere), hvorved tilgang og anvendelse af personoplysninger ikke kan spores til én fysisk person.
- Manglende stikprøvekontrol af log (i borgerservice).
- Menneskelige fejl.
- Offentliggørelse af fortrolige og følsomme oplysninger på internettet som følge af fejl eller uvidenhed om, hvad der må offentliggøres, eller som følge af utilstrækkelig anonymisering.
- Fejl eller uvidenhed i forbindelse med udsendelse af e-mails, f.eks. at der sendes til forkert adresse, at fortrolige eller følsomme personoplysninger sendes i ukrypteret e-mail via internettet, eller at flere modtagere af en e-mail angives i modtagerfeltet (i en situation, hvor de ikke bør kende hinandens oplysninger).
- Uvedkommende dokumenter bliver blandet ind i en sag f.eks. i forbindelse med udskrivning og/eller afsendelse (ses ved både elektronisk og manuel post).
- Utilstrækkelige eller fejlbehæftede it-løsninger.
- Manglende kryptering af formularer på hjemmesider til brug for fremsendelse af fortrolige eller følsomme oplysninger.
- Utilstrækkelig adgangsløsning i forbindelse med adgang via internettet til at se eller indtaste bl.a. følsomme oplysninger.
- Adgang for brugeren uvedkommende oplysninger som følge af fejl i it-systemet.
- Manglende kontrol med afviste adgangsforsøg.
- Manglende logning eller problemer med, om de loggede oplysninger kan anvendes til at spore, hvilke oplysninger en medarbejder har tilgået.»

Jeg er som nævnt enig i, at det i sidste ende er myndighedernes ansvar at sikre uønsket spredning af personoplysninger, men en generel og detaljeret regulering er efter min mening mindst lige så vigtig.

2. «Tes 2: Vid avsiktlig spridning af information från det offentlige måste informations-och verksamhetsinteressen vägas mot intresset af skydd för den personlige integriteten.»

Som det fremgår af referatet, betjener myndighederne sig i vældigt stort omfang af internettet til at informere om deres virksomhed. I det omfang, der offentliggøres oplysninger om enkeltpersoner, opstår problemet om vægningen af hensynet til offentlige information over for beskyttelsen af personlige integritet. Dette er til dels reguleret af persondatadirektivet, men også af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (Art 8) og Den Europæiske Unions Charter Om Grundlæggende Rettigheder (Art 7-8).

De sager, som nævnes i referatet, viser, hvor vanskelig vurderingen kan være. Se f.eks. også EU-dom af 9. november 2010 (C-92/09 og C93/09). Domstolen slog i dommen fast, at regler i to forordninger om offentliggørelse af modtagere af EU's landbrugsstøtte stred mod retten til beskyttelse af personoplysninger, som bl.a. er fastsat i Charteret. Dommen slog også

fast, at selv om offentliggørelsen hadde et legitimt formål, hadde EU-lovgiver ikke foretaget den fornødne interesseafvejning. Domstolen udelukkede dog ikke fremtidige regler om offentliggørelse af modtagere af EU-landbrugsstøtte.

Jeg mener, at vurderingen bør ske ved lovgivning, hvor de bagvedliggende hensyn (herunder proportionalitetsprincippet) kan indgå.

I Danmark afgav et udvalg i 2010 "Betænkning om offentlige myndigheders offentliggørelse af kontrolresultater", afgørelser mv.(Bet.1516/2010).

Det er udvalgets opfattelse, at en offentliggørelse af fortrolige personoplysninger på internettet udover at være i overensstemmelse med persondatadirektivet må kræve en særskilt supplerende lovhjemmel (bet.s.64). Hvilke overvejelser, der skal gøres i den forbindelse, fremgår af bet. s.14, hvor det bl.a. siges:

- «1. Er der konkret behov for, at der sker offentliggørelse på en sådan måde, at navne på fysiske eller juridiske personer fremgår eller kan udledes af det offentliggjorte?...
2. Kan der under ordningen forventes offentliggjort oplysninger om den enkelte fysiske eller juridiske person, hvis offentliggørelse i almindelighed må betragtes om værende særligt, og som derfor taler for at etablere ordningen?...
3. Kan der peges på samfundsmæssige hensyn, som taler for at etablere ordningen?...
4. Er de under 3 nævnte samfundsmæssige interesser så tungtvejende, at ordningen - på trods af karakteren af de oplysninger om fysiske og juridiske personer, som kan forventes offentliggjort under ordningen, jf.nr 2 - bør etableres?...
5. Er lovhjemlen til at etablere ordningen klar, og fremgår det i givet fald af bemærkningerne, hvordan der med den påtænkte ordning sker eller vil kunne ske fravigelse af persondataloven og de almindelige regler om tavshedspligt?...
6. Hvilke regler bør der af retssikkerhedsmæssige grunde opstilles administrativt for forvaltningsmyndighedernes behandling af sager, som falder under den påtænkte offentliggørelsesordning?...»

Jeg er enig i referentens tese 2, men jeg finder som nævnt, at afvejningen skal ske ved særskilt lovgivning på de enkelte områder. Jeg mener også, at dette kan udledes af den nævnte EU-dom.

3. «Tes 3:Privat spridning av offentlig information i store mängder eller sammenståld på ett sätt som inte sker hos det allmänne öker risken for kränkningar af enskilda vilket kan lede til mer sekretess och därmed minskad insyn i det allmännas verksamhet.»

De spørsmål, som referenten rejser under tese 3, er meget vanskelige.

Det vanskeligste problem er især, at det svenske offentlighedsprincip gælder på forfatningsniveau, og at det foretrænger personoplyttelsesloven, når oplysningerne gives efter 2 kap. i trykfrihetsförordningen. Det nævnte eksempel med Lexbase er jo meget illustrerende. Det er referentens opfattelse, at dette kan medføre øget sekretess og dermed mindre aktindsigt hos myndighederne.

Jeg er enig med referenten i, at dette kan være uheldigt, men det ser ud til at være en uomgængelig konsekvens af svenske regler. Jeg har ikke forudsætninger for at kunne sige noget om, hvorledes retstilstanden eventuelt kan søges ændret.

I Danmark har vi ikke et tilsvarende problem. Adgangen til offentlighed hos myndighederne er ikke grundlovsbestemt, men følger af almindelig lovgivning. I Danmark kan det således retligt forekomme, at der skal gives aktindsigt i nogle personoplysninger, men hvor det samtidig vil være i strid med persondataloven at offentliggøre dem på internettet, og der har i praksis været en række eksempler herpå.



\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, chefsjustitieombudsman *Elisabet Fura*, Sverige:

Alla vill vi värna det öppna samhället! Så skulle man enkelt kunna sammanfatta debatten. De teser som presenterats av referenten och bekräftats av koreferenten verkade spegla ett allmänt samförstånd. Diskussionen kom istället att röra hur man bevarar öppenheten i samhället och samtidigt skyddar integriteten för individen när allt större datamängder sparas på nätet. Behövs ökad lagstiftning eller kan man överlåta åt myndigheterna själva att göra denna svåra avvägning? Om man väljer lagstiftning återstår att bestämma på vilken nivå. Unionsrätten finns redan men är långt ifrån heltäckande. Vidare måste lagstiftaren ta ställning till om lagen ska vara generell eller om man bör särslagstifta.

Att myndigheter allt oftare samkör sina register togs upp i flera inlägg. Vidare påpekades att myndigheter numera tvingas lägga ner orimligt mycket tid på att besvara frågor om utlämnande av information. Så mycket tid att det riskerar att inkräkta på kärnverksamheten. Tiden har kommit att fråga sig om detta kan vara rimligt.

Vi har sett en utveckling där personuppgifter och annat känsligt material sammanställs i kommersiellt syfte. Media synes ha ingått en ohelig allians med de som bedriver denna osunda affärsverksamhet. Myndigheterna varifrån ursprungsuppgifterna kommer tvingas betala för tjänsten som ger möjlighet att söka i dessa sammanställningar. Är detta en ordning som går att försvara? (*Stefan Strömberg*, lagman vid Stockholms tingsrätt i Sverige.)

Vi har gått för långt med att lägga all offentlig information på nätet. Detta sker på bekostnad av individens integritet då tystnadsplikten för exempelvis läkare och advokater satts ur spel. (*Olav Willadsen*, advokat i Danmark.)

PSI (Public Sector Information) är ett begrepp vi ärvt från USA. Idén är "to turn government data into gold" eller annorlunda uttryckt att använda offentlig information i företagande för att skapa fler jobb och ökat välstånd. Det finns redan lagstiftning här i Norden som bygger på ett EU-direktiv, som är ett belysande exempel på hur EU rättsakter ibland går på tvärs med varandra. Mer samhällsnytta är tanken med PSI men vart tog integriteten och dataskyddet vägen? (*Cecilia Magnusson Sjöberg*, professor vid Stockholms Universitet i Sverige.)

Är det så paradoxalt att ökad öppenhet och ökad tillgänglighet kan leda till ökad slutenhet? Frågan behöver definitivt diskuteras även fortsättningsvis.

Interessekonflikter i advokatvirksomhet

## Interessekonflikter i advokatvirksomhet

Professor *Mads Bryde Andersen*, Danmark  
Koreferent: Advokat *Lena Frånstedt Lofalk*, Sverige  
Debattleder: Høyesterettsadvokat *Else Bugge Fougner*, Norge

Referentens referat, se bind 1 s 9–29

Koreferenten, advokat *Lena Frånstedt Lofalk*, Sverige:

### Inledning

Frågeställningen som ska diskuteras är vilka kriterier som bör beaktas när man bedömer om det föreligger en intressekonflikt i advokatverksamhet och, i förlängningen, om det finns skäl att låta på gällande regler som av vissa kan upplevas som alltför stränga. Reglerna om intressekonflikter är inte desamma i alla nordiska länder men de har stora likheter och referentens förslag skulle i vart fall för svenskt vidkommande innebära en väsentlig liberalisering.

Bör ledstjärnan vara att försöka uppnå en ”pragmatisk og gennemsigtig”<sup>1</sup> reglering på det sätt referenten föreslår och i så fall varför? Har dagens regler negativa effekter som bör undanröjas?

På det sätt referenten beskriver sitt förslag till uppmjukning verkar det kunna gynna både klienter och advokater. Klienten får utan större hinder av intressekonfliktreglerna utöva det fria advokatvalet och välja den advokat man vill ha, kanske någon man blivit rekommenderad eller någon man använt sig av tidigare och som därför har viss kunskap som gör att ärendet kan hanteras både snabbare och billigare. Och advokatens fördel är att han eller hon inte behöver tacka nej till uppdraget. Advokaten får således in flera uppdrag och kan tjäna mer pengar.

Det låter som en win-win situation. Både advokater och klienter blir nöjda.

Men frågan är om de blir det. Och frågan är vad detta skulle innebära för det förtroende som är förknippat med advokattiteln idag.

Nedan följer några kommentarer till referentens framlagda teser.

### Tes 1

Enligt referentens första tes borde det fästas större vikt vid om uppdraget innebär risk för maktmissbruk från advokatens sida vid bedömningen av om intressekonflikt ska anses föreligga. Man ska därför inte begränsa sig till att bedöma relationen mellan å ena sidan klienten och å andra sidan advokaten och övriga på advokatens kontor, utan att man måste också titta på själva uppdraget. I uppdrag där det inte finns en självklar lösning utan många valmöjligheter är risken att advokaten missbrukar sin makt större och därför ska gränsen sättas lågt för vad som ska bedömas som en intressekonflikt i sådana uppdrag. I enklare uppdrag som bara kan lösas på ett sätt kan man tolerera väsentligt mer.

Som exempel på enklare uppdrag nämns bland annat rättighetsregistrering och rådgivning om innehållet i en okomplicerad rättsregel. Skulle alltså en advokat (eller två

<sup>1</sup> Interessekonflikter i advokatvirksomhet av Mads Bryde Andersen, bind 1 s. 11

olika advokater på samma byrå) kunna rådge varsin motpart förutsatt att den rättsregel som ska tillämpas är okomplicerad eller rådde två konkurrenter som vill registrera liknande varumärken?

Lösryckt ur sitt sammanhang ser jag problem att använda detta kriterium. Och önskvärdheten kan ifrågasättas. För att reglerna om intressekonflikt ska fungera i praktiken krävs att reglerna är utformade så att advokaten vid tidpunkten för själva förfrågan från klienten kan bedöma om det föreligger en intressekonflikt som gör att advokaten ska tacka nej till uppdraget. Inte bara om konflikt kan konstateras utan även om det finns beaktansvärd risk för att konflikt uppkommer i framtiden ska advokaten låta bli att ta uppdraget enligt de svenska reglerna. Jag kan inte påminna mig att jag under 30 års advokatverksamhet haft något uppdrag där jag kommit fram till att det bara finns en enda möjlig lösning. Även om det verkar som att det bara finns en lösning, t.ex. vid en registrering av varumärke, så behöver advokaten information om klientens verksamhet – förtrolig information – för att utforma ansökan rätt, och därmed säkra skydd för det klienten gör och planerar göra, samt förekomma olika motdrag från konkurrenter. Dessutom är det inte möjligt att förutse hur ett uppdrag kommer att utvecklas. Det som kanske börjat som en enklare rådgivning kan blomma ut i en fullskalig tvist. Och normalt är det inte möjligt för advokaten då uppdraget antas att med någon grad av säkerhet bedöma om det är en okomplicerad rättsregel som ska tillämpas. Det brukar krävas inhämtande av en mängd förtrolig information innan advokaten kan göra sin rättsliga bedömning.

Slutsatsen är att det är tveksamt om denna måttstock bör ingå som ett delmoment vid bedömningen av om det ska anses föreligga en intressekonflikt.

## Tes 2

Referentens andra tes är att hänsyn till sekretess och lojalitet väger olika tungt i olika uppdrag och att konflikter som beror på dessa advokatplikter i enklare fall bör kunna avvärjas genom avtal mellan advokaten och klienten.

Min uppfattning är att vi ger oss in på ett sluttande plan om vi tillåter att advokaten börjar förhandla med klienter om att de ska avstå från klientförmåner som följer av de etiska reglerna, alldeles oavsett om det gäller enklare uppdrag eller uppdrag där resultatet (eller en del av det) blir offentligt, exempelvis vid hjälp med registrering i olika offentliga register. Återigen måste man fråga sig vad som motiverar en sådan inskränkning av klientförmånerna? Är det för att det inte anses motiverat att klienten tillförsäkras dessa klientförmåner vid just denna typ av uppdrag? I så fall borde de uppdragen väl snarare undantas generellt istället för att vissa klienter får åtnjuta förmånerna medan de som accepterar – eller känner sig tvingade att acceptera – advokatens krav på friskrivning berövas dem?

Referenten nämner också alldeles kort möjligheten till klientsamtycke och inrättandet av så kallade "chinese walls" som ett medel att i vissa fall undanröja intressekonflikter som beror på sekretesskäl men den närmare diskussionen om detta förs under teserna 6 och 7. Därför vill jag här bara väcka frågan; i vems intresse ligger det att tillåta att de advokatetiska reglerna och särskilt intressekonfliktreglerna blir en förhandlingsfråga?

## Tes 3

Enligt tes 3 spelar "appearance-hensynet" en stor roll vid bedömning av om det föreligger

en intressekonflikt, dvs. hur saken ter sig för en utomstående betraktare som inte alls har kännedom om konkreta risker. Det hävdas att om en sådan utomstående betraktare rimligen kan anta att det finns en risk för att advokaten beaktar ovidkommande intressen så är det redan av det skälet enligt dansk rätt fråga om en intressekonflikt, även om det konkret inte finns risk för missbruk.

Detta är en mycket sträng hållning om det förhåller sig på det sättet enligt dansk advokatetik. Enligt min uppfattning skulle en sådan utomstående betraktares uppfattning inte i sig medföra att det ansågs föreligga en intressekonflikt enligt den svenska advokatetiken.

Jag läser det utdrag ur Højesterets dom som referenten hänvisar till som stöd för sitt påstående på ett lite annorlunda sätt än referenten och tycker att utdraget istället kan stämma rätt väl med de svenska etiska reglerna (VRGA). Enligt punkt 4 i 3.2.1 VRGA är det intressekonflikt om "det finns risk för att information som omfattas av advokatens tystnadsplikt kan ha betydelse i saken". Är det inte just det Højesteret säger när man uttalar att det är en intressekonflikt eftersom det kan uppstå fruktan för att information som en advokat i kontorsgemenskapen fått i ett tidigare ärende används av en annan advokat som ingår i kontorsgemenskapen i ett annat ärende?

Vid tillämpningen av de svenska reglerna är det risken att sekretessbelagd information kan ha betydelse i ett nytt ärende som avgör om det är konflikt. Däremot har det ingen betydelse huruvida det finns en konkret risk för att informationen verkligen används i det nya uppdraget eller ens är tillgänglig för berörd advokat. Den advokat i byrågemenskapen som mot emot den sekretessbelagda informationen kanske har låst in akten i ett skåp som bara han eller hon har nyckeln till och vägrar låta någon annan ta del av den. Det har inte heller någon betydelse om advokaten i det nya uppdraget verkligen tar del av informationen eftersom det enligt definitionen räcker att informationen finns i byrågemenskapen. Skulle det vid intressekonfliktsbedömningen istället ha betydelse vilken konkret risk det finns för att informationen faktiskt utnyttjas eller huruvida informationen verkligen har utnyttjats blir klientförmånen rätt innehållslös. Detta talar mot att tillåta "chinese walls" som ett medel för att undanröja intressekonflikter.

En uppfattning som också framförs under denna tes är att de danska advokatetiska reglerna går för långt när de i punkt 12.4 slår fast att intressekonflikter smittar inte bara mellan advokater som är i byrågemenskap utan även inom andra samarbeten förutsatt att advokaterna i dessa samarbeten i förhållande till tredje man framstår som ett bolag eller en advokatverksamhet. Här hänvisar referenten till befintlig dansk rättspraxis och till andra länders advokatregler som belägg för att reglerna går för långt.

Detta väcker flera frågor.

Är det för strängt att intressekonflikter smittar om advokaterna mot omgivningen ger intryck av att vara en och samma verksamhet trots att de inte är det?

Nej, jag tycker nog att advokaterna i ett sådant fall bör få ta konsekvenserna av hur de presenterar sig för omvärlden och således också smittas av varandras intressekonflikter. Men egentligen är det grundläggande problemet ett annat enligt min uppfattning, nämligen att advokater inte falskeligen får ge intryck av att höra ihop i en verksamhet när så alltså inte är fallet.

Men frågan bör också ställas om man, som referenten gör, med hänvisning till sitt lands rättspraxis kan hävda att advokatsamfundet har för stränga etiska regler?

I Sverige är vi noga med att framhålla att det är advokat kåren genom Sveriges Advokatsamfund som fastställer innehållet i advokatetiken. De etiska reglerna ställer ofta högre krav på

advokaten än vad som följer av lag. Och så länge de etiska reglerna alltså inte är mer tillåtande än andra tillämpliga lagar och regler så är det de krav som följer av de etiska reglerna som gäller.

#### Tes 4

Enligt tes 4 bör diskussionen om intressekonflikter även beakta (i) access to justice-hänsyn, vari innefattas att klienten bör få möjlighet att själv välja vilken advokat han eller hon vill ha och även kunna undvika de extrakostnader som kan bli en följd av att klienten tvingas byta advokat, samt (ii) processekonomiska hänsyn varmed avses både att det är dyrt att göra uttömmande konfliktkontroller och att behöva byta advokat om intressekonflikt konstateras.

Access to justice är en grundläggande rättighet som enligt min uppfattning inte hör hemma i just detta sammanhang. Det är förstås viktigt att enskilda garanteras rätten att representeras av en advokat eller ett juridiskt ombud men inte rätten att i strid med det advokatetiska regelverket välja vilken advokat som helst. I våra nordiska länder finns det tillgång till ett stort antal kompetenta advokater så ingen rättssökande riskerar att stå utan som konsekvens av intressekonfliktreglerna.

När det gäller processekonomiska hänsyn är det just sådana som gör att advokaten måste utföra en noggrann konfliktkontroll *innan* uppdraget antas. Härigenom undviks de ännu större kostnader som uppstår om advokaten tar på sig uppdraget och det *därefter* visar sig att det förelåg en intressekonflikt redan från början. Att det innebär en kostnad att följa det advokatetiska regelverket och att advokaten därför vill slippa undan att göra konfliktkontroll vore inte acceptabelt. För att ta ett exempel från exempelvis skyldigheten att iakttä tystnadsplikt så skulle vi inte godta att advokaten med hänvisningen till kostnaden låter bli att lösenordsskydda byråns nätverk.

#### Tes 5

Under tes 5 diskuteras framför allt i vilken mån intressekonflikt ska anses föreligga på grund av advokatens "identifikation" med andra. Tesen är att många relationer som faller in under intressekonfliktsdefinitionen i verkligheten inte medför någon reell risk för att advokaten sätter någon annans intresse före klientens och att advokatens band till klienten ofta är starkare än banden till den som advokaten identifieras med.

En situation som kan innebära intressekonflikt är då någon närstående till advokaten har ett intresse som strider mot klientens. Här pekar referenten på att det i det flesta advokatetiska regelverk inte preciseras hur nära familjemässig eller personlig förbindelse som krävs för att jäv ska anses föreligga och menar att detta därför lämpar sig väl för att reglera i avtal mellan advokaten och klienten samtidigt som de advokatetiska reglerna bör ge ramarna för vad ett sådant avtal ska innehålla (t.ex. att advokaten är skyldig att upplysa om relationen). Referenten menar att sådana regler faktiskt skulle kunna få till följd att advokaten inte tar på sig uppdraget för att han eller hon inte vill lämna sådana upplysningar.

För egen del ställer jag mig undrande till vad ett sådant avtal egentligen skulle reglera. Det kan rimligen inte innehålla att någon advokaten närstående visserligen har ett intresse som strider mot klientens men klienten accepterar det?

Om syftet med avtalet bara är att dokumentera att advokaten upplyst om ett förhållande som ur klientens synvinkel kan upplevas som känsligt (men som inte innebär konflikt) kanske

ett avtal är användbart. I vart fall skulle det kunna ha betydelse för advokatens rätt att få fullt betalt om klienten trots avtalet senare vill byta advokat på grund av det förhållande som advokaten faktiskt upplyst om.

Men ett annat problem med ett sådant avtal är svårigheten att uttömmande förklara närstående relationen, hur ska närheten i en sådan relation beskrivas så att klienten får ett korrekt beslutsunderlag?

Här vill jag hänvisa till det svenska regelverket som jag tycker har en användbar lösning utan att något avtal behöver ingås i saken. Enligt de svenska etiska reglerna ska advokaten först göra sin egen bedömning av om det är konflikt eller inte. Den bedömningen kan förstås alltid överprövas i efterhand av disciplinnämnden. Upptäcker advokaten vid sin konfliktkontroll t.ex. att en närstående är inblandad på något sätt eller att motparten tidigare varit klient på byrån får dessa omständigheter prövas. Blir resultatet att de föreliggande omständigheterna trots allt inte innebär konflikt har advokaten istället en upplysningsplikt ifall omständigheterna, som det står i punkt 3.3.1 i VRGA, ”skulle kunna ge klienten anledning till en annan bedömning”. På så sätt får klienten möjlighet att välja en annan advokat om klienten inte känner sig bekväm.

Under denna tes 5 framförs också synpunkten att både kedjesamarbeten och samarbeten i kontorsgemenskap bör kunna undgå att drabbas av varandras intressekonflikter genom att de själva säkrar sekretessen (förtroligheten) i de egna uppdragen och kanske också lämnar upplysning till klienterna om hur man inrättat så kallade ”chinese walls”, dvs. åtgärder som syftar till att hindra information från att överföras mellan enheterna. Även samtycke från klienterna framförs som ett sätt att ta hand om intressekonflikter. Jag återkommer till detta under tes 7 där referenten tar upp frågeställningen närmare.

En för mig främmande tanke är att, såsom referenten föreslår, låta frågan om det föreligger en intressekonflikt utfalla olika beroende på vilket vinstdelningssystem man har inom byrån. Ska det ha betydelse om de advokater som ingår i samarbetet delar vinsten lika? Eller delar på något annat sätt? Som en förklaring anför referenten att advokater som delar lika på vinsten inte skulle kunna företräda motstående intressen eftersom de får förutsättas arbeta mot samma mål. Med det synsättet skulle väl byråer som har systemet ”eat what you kill”, alltså ett system där var och en behåller sitt eget överskott, regelmässigt kunna ta sig av klienter med motstridiga intressen om de bara löser sekretessfrågan?

En väl så viktig komponent som inte berörs i det här sammanhanget men som inte får glömmas bort är ansvarsfrågorna. Alldeles oavsett ekonomiskt system borde det kunna förutsättas att advokaterna inom en och samma byrå har det gemensamma målet att byrån inte ska drabbas av skadeståndsansvar för sin rådgivning. Även detta är ett skäl till att en och samma byrå inte kan företräda motstående intressen. Därutöver tillkommer skyldigheten att bevara klientsekretessen.

## Tes 6

Under tes 6 framför referenten synpunkten att ett samtycke från klientens sida bör kunna ges betydelse för att undanröja en intressekonflikt.

Referenten uppställer ett antal förutsättningar och det är i och för sig vällovligt att inte vilket oinformerat samtycke som helst ska kunna ha en sådan verkan, att det inte är alla klienter som ska kunna ge samtycke och att samtycke inte heller ska kunna ges vid alla typer av

intressekonflikter. Omfattningen av de angivna villkoren gör att man förstår att detta involverar komplicerade bedömningar. Så komplicerade att klienten nog ofta behöver hjälp av en särskild advokat som förhandlar utformningen av samtycket med advokaten. Redan detta leder väl till slutsatsen att samtycke inte bör tillåtas?

Men det kan ändå vara befogat att ställa frågan varför en sådan regel skulle införas. Varför och i vems intresse?

Skälet kan inte vara att klienten annars skulle stå utan advokat. Det finns rätt många advokater att välja på i våra nordiska länder.

Skälet kan inte heller vara att klienten annars skulle stå utan en tillräckligt kompetent advokat. Det finns många sådana.

Kan ett skäl vara att klienten ska få välja den advokat klienten vill ha, kanske för att de arbetat tillsammans tidigare. Ja, så kan det vara men är det ett tillräckligt skäl med tanke på de värden som sätts på spel? Jag tänker då på det förtroende som är förknippat med advokattiteln idag och som mödosamt byggts upp genom åren. Ett förtroende som grundas på att advokaten står oberoende från statsmakter och andra intressen, att klienten alltid kan räkna med advokatens lojalitet, att advokaten iakttar sekretess och står fri från intressekonflikter.

Kan det vara ett skäl att advokaten vill ha möjlighet att ta på sig fler uppdrag? Och därmed tjäna mer pengar? Ja, det tror jag. Att det ska införas möjlighet till klientsamtycke för att undanröja intressekonflikter är en fråga som historiskt drivits av de större advokatbyråerna, inte av de mindre byråerna och inte av klienterna. Men så länge man tror att uppdragen stannar inom landet så är ju antalet uppdrag konstant. Blir man tvungen att avstå uppdrag på grund av en intressekonflikt så får man antagligen också uppdrag på grund av andras avstående.

## Tes 7

Som ett komplement till samtycket anförs under tes 7 att i de fall då intressekonflikten bottnar i en sekretessproblematik så bör advokatbyrån kunna undanröja det problemet genom att inrätta så kallade "chinese walls" i verksamheten som hindrar information från att överföras mellan berörda enheter.

Chinese walls bör enligt referenten kunna inrättas permanent eller ad hoc. Som exempel på permanenta sådana nämns separata avdelningar, separata fysiska platser, separata matsalar, separata stabsfunktioner. Min fråga är då; varför inte separata byråer? Vad finns det för skäl att driva sådana interna byråer inom byrån?

Vad gäller ad hoc-varianter på chinese walls tas som exempel att det i vissa fall bör kunna räcka att instruera olika medarbetare att inte tala med varandra om saken. Jag har svårt att tro att det kan räcka i något enda fall. Normalt delar flera medarbetare skrivare och man sparar dokument i ett gemensamt dokumenthanteringssystem. Kollegerna kan i så fall trilla över information då de hämtar sina egna utskrift i skrivaren men även söka efter den i det gemensamma systemet.

## Tes 8

Under tes 8 sammanfattar referenten sitt förslag med att reglerna om intressekonflikter i långt högre grad bör baseras på den konkreta missbruksrisken i varje enskilt fall och att avhjälpande i större utsträckning ska kunna ske med klientsamtycke.



Det foreslås en kategorisering av interessekonflikter på det sättet att de färgläggs. Färgläggningen innehåller röd för ohjälplig konflikt. Vad jag förstår finns det i princip bara en självklar sådan röd konflikt och den innehåller att en och samma advokat inte kan sitta på båda sidor i en konflikt eller en förhandling. Men sedan synes övriga interessekonflikter hamna i den gula gruppen där alla konflikter kan avhjälpas genom samtycke.

Den tredje gruppen, den blå, innehåller situationer som faktiskt inte är interessekonflikter men där advokaten har en upplysningsplikt eftersom klienten kan uppfatta det som att det föreligger en interessekonflikt.

Som referenten framhåller under tes 8 finns det inom reglerna för internationella skiljeförfaranden detaljerade bestämmelser om interessekonflikter och där arbetar man också med olika färger på de skilda, förhållandevis noggrant beskrivna, konfliktsituationerna. Det upplägget passar bra mot bakgrund av hur konfliktreglerna ser ut på det området. Där gäller i princip att en skiljepart som upplysts om ett förhållande men inte invänt inom viss tid anses ha accepterat saken. Ett så omfattande bruk av samtycke (och till och med genom passivitet) föreslås visserligen inte av referenten men samtidigt uppfattar jag det som att de allra flesta konflikter ska hamna i den gula gruppen, alltså där konflikterna kan avhjälpas genom (aktivt) samtycke.

Om man inte är positiv till användningen av samtycke för undanröjande av interessekonflikter finns det enligt min uppfattning inte anledning att understödja en kategorisering enligt färgläggningsmodellen.

\*\*\*

#### Oppsummering av seksjonsmøtet ved redaksjonen:

Det var en rekke innlegg fra salen fra alle de nordiske land om de fremsatte teser. Appereancehensynet ble sett på som et viktig element, men det ble bemerket at det på dette punktet også er utfordringer knyttet til formidling overfor allmennheten og oppklaring av hvilken tilknytning som finnes for å rydde av veien eventuell tvil om advokatens uavhengighet.

Referenten argumenterte for en individualiserende metode, slik at de strenge regler om interessekonflikter ikke anvendes på de enkle oppdrag, så lenge advokaten opplyser klienten om hvilke mulige interessekonflikter som finnes i saken. Det er også en mulig interessekonflikt mellom store og små advokatfirmaer, hvor de store firmaene lettere vil ha interessekonflikter. Det ble uttrykt behov for klare regler og individualiserte regler som ikke bygger på tradisjon. Det kan derfor argumenteres for en regelreform med mer detaljerte regler.

I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?

I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?

## I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?

Referent: Chefsrådmann *Stefan Reimer*, Sverige

Koreferent: Professor *Aslak Syse*, Norge

Debattleder: Professor *Dan Frände*, Finland

Referentens referat, se bind I s 339–51

Koreferenten, professor *Aslak Syse*, Norge:

### 1. Innledning

Dette er en kommentar til Chefsrådmann Stefan Reimers referat med ovenstående tittel.

Temaet reiser utfordrende spørsmål om samfunnets reaksjoner overfor strafferettslige handlinger begått av (u)tilregnelige personer, og om hvordan strafferettssystemet – om mulig – kan avveie de høyst ulike hensyn om behandling og rehabilitering, samfunnsbeskyttelse og rettfærdig gjengjeldelse mot hverandre.

Jeg vil ikke kommentere den rettslige situasjonen som i Sverige er rimelig spesiell ved at utilregnelighet først kommer inn ved vurderingen av straffespørsmålet og ikke under skyldspørsmålet som i andre land. Særlig fordi denne reguleringsmåten snart synes å være historie.

Akkurat som for tiden Sverige er ganske alene i verden om denne tilnærmingen, er Norge tilsvarende alene om et lovfestet *medisinsk prinsipp* ved (u)tilregnelighetsvurderingen, der den mentale status *alene* vil kunne føre til utilregnelighet, helt uavhengig av om sinnslidelsen eller sinnstilstanden har hatt betydning for det aktuelle lovbruddet eller ikke. Denne rettslige situasjonen er vel snart også historie.

Jeg nærmer meg spørsmålene mer prinsipielt og kommer avslutningsvis tilbake til Reimers teser. Der avviker vi bare i begrenset utstrekning.

I Norge ble spørsmålene sterkt aktualisert etter terrorhandlingene som Anders Behring Breivik utførte ved bombeanslaget i regjeringskvartalet etterfulgt av massedrap på ungdom på Utøya, begge handlingene utført den 22. juli 2011.<sup>1</sup>

Det er vel kjent at de to først oppnevnte rettspsykiatriske sakkyndige i straffesaken for Oslo tingrett konkluderte med at Breivik oppfylte kravene til diagnosen paranoid schizofreni og at han var strafferettslig «psykotisk» på gjerningstidspunktet og dermed strafferettslig utilregnelig. Dette ble dratt i tvil av andre fagfolk, herunder to nye sakkyndige som ble oppnevnt av retten. Det ble her benyttet heldøgnetlig observasjon som ledd i vurderingen, og for første

<sup>1</sup> For en faktisk framstilling og grunnleggende kritisk redegjørelse for handlingene og den responsen som samfunnets ulike aktører hadde ved slike terroranslag, se Gjory-kommisjonens rapport, NOU 2012: 14 Rapport fra 22. juli-kommisjonen. Den bredt sammensatte Kommisjonen ble nedsatt av regjeringen, og rapporten er ferdig behandlet av Stortinget. – For en detaljert framstilling av Anders Behring Breiviks personlige og politiske utvikling fram til terrorangrepet, straffesaken og en del om enkelte av Utøya-ofrenes situasjon før, under og etter anslaget, se Asne Seierstad: En av oss. En fortelling om Norge. Kagge forlag 2013, 531 s. – I en mer kortfattet framstilling av Breivik-saka og dens samfunnsmessige implikasjoner finnes hos A. Syse: «Breivik – The Norwegian Terrorist Case», Behavioral Sciences and the Law 32: 389–407 (2014).

gang foregikk en rettspsykiatrisk observasjon inne i et fengsel. Disse sakkyndige konkluderte med at Breivik hadde en narsissistisk personlighetsforstyrrelse, men ingen psykose, og de fant ham derved strafferettslig tilregnelig.

Rettsaken klargjorde at Breivik hadde utført terrorhandlingene på egen hånd, uten medhjelpere, og også øvrig faktum var uomtvistet. Det eneste «spennende» – eller rettere: uavklarte – spørsmålet og som forble uavklart fram til rettens dom, gjaldt Breiviks tilregnelighet. Var Breivik strafferettslig tilregnelig og derved skyldig, eller var han etter norsk rett «ikke skyldig» pga psykose. I siste tilfelle ville han bli dømt til tvungent psykisk helsevern som er en strafferettslig særreaksjon, prinsipielt tidsbestemt, overfor utilregnelige og farlige lovbrøyttere.

Oslo tingrett avsa dom 24. august 2012, etter tre måneders rettsforhandlinger. Breivik ble vurdert tilregnelig og dømt skyldig i massedrap og terrorisme til 21 års forvaring, den strengeste straffen på daværende tidspunkt (se RG 2012 s. 1153).

Et spesielt forhold i denne saka var at forsvareren, etter ønske fra Breivik, gikk inn for at Breivik skulle bedømmes som tilregnelig, mens påtalemyndigheten etter sin plikt til objektivitet, kom til at det var slik tvil knyttet til tilregnelighetsspørsmålet, at Breivik burde vurderes utilregnelig.

Mange strafferettslige eksperter mente at påtalemyndighetens synspunkter hadde mest for seg, og det ble også hevdet at forsvarer av samme grunn burde gått inn for utilregnelighet, blant annet fordi det ikke var sikkert at Breivik skjønnte sitt eget beste.

Før denne saka hadde norske utilregnelighetsregler bare i liten grad påkalt interesse eller vært omtvistet, både blant leg og lærd enten de siste var psykiatere eller jurister.<sup>2</sup> Med Breivik-saka oppsto en plutselig og sterk interesse for det nærmere innholdet i kompliserte regler om strafferettslige skyldvurderinger. Overraskende mange blant lege og lærde fikk sterke oppfatninger både om regelverkets innhold, om dets praktisering og om Breiviks mentale status. Ofrene for terrorhandlingene, representert via bistandsadvokater og støtteforeninger, ønsket sterkt at Breivik skulle straffedømmes for å få en rettfærdig gjengjeldelse, «a just desert».

En slik sterk interesse for generelle strafferettsspørsmål er også i andre land blitt initiert av medieomtalte attentater, ofte mot politiske ledere, med etterfølgende rettsaker. Det kan derfor gi litt perspektiv å gå nesten 170 år tilbake i tid.

## 2. Et drap og et uskyldsgrunnlag

I 1840-årene, under dronning Victorias lange regjeringstid (1837–1901), utviklet en skotsk trearbeider og troende protestant, Daniel M<sup>c</sup>Naghten (1813–65), sterke forfølgelsesideer. Først var forfølgerne politiet, etter hvert oppfattet han å være utsatt for en internasjonal sammensvergelse, herunder både av pavekirken og statsminister Robert Peel (1788–1850).

I noe han selv oppfattet som nødverge rettet han i januar 1843 et målrettet skudd mot en person han trodde var Peel. Han hadde fulgt etter Peel i flere dager og skjot ham bakfra idet han nærmet seg Downing Street. Men mannen han skjot, var privatsekretær Edward Drummond (1792–1843), som døde etter et kort sykeleie.

<sup>2</sup> Reglene er basert på NOU 1990: 5 *Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner*. – For en kritisk kommentar til reglene, se A. Syse: «Dømt til behandling – frikjent til fengsel. Nye strafferettslige ansvarsregler og særreaksjoner». *Nytt i strafferetten* 1997 nr. 1, s. 43 flg. Noen stor debatt utløste verken denne kommentaren, eller kritikken og forslagene i «Strafferettslig (u)tilregnelighet – juridiske, moralske og faglige dilemmaer», *Tidsskrift for Strafferett* 2006 s. 141 flg.

I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?

Drapsforsettet var uomtvistet. Retten fastslo at pistolen var blitt ladd og skuddet avfyrt «feloniously, wilfully, and of his malice aforethought». I retten sa M'Naghten bl.a. at han ble «driven to desperation by persecution». På grunnlag av hans åpenbart paranoide forstyrrelser konkluderte retten: «Not guilty by reason of insanity».

Dronning Victoria (1819–1901) ville ikke avfinne seg med at attentatmannen skulle slippe straff. Det ble derfor oppnevnt til sammen ni sakkyndige, men alle uttalte seg samstemmig.

Dommen førte til sterke reaksjoner blant både leg og lærd. Dommerne i House of Lords oppstilte etter forespørsel fra dronningen i juni 1843 en standard som ble et rettslig slutt punkt i saken, fremdeles kalt the M'Naghten Rules:

*«[T]o establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused as labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong.»*

Dronning Victoria hadde som nevnt en lang regjeringstid og ble i 1870-årene utsatt for nye attentater av utpreget forstyrrede personer. Hun fant det påfallende at personer som antastet dronningen, kunne bli kjent «not guilty». Hun presset derfor frem en lovendring i 1883 slik at domstolens svar dersom kravene i M'Naghten Rules ble funnet oppfylt, skulle være «guilty, but insane».<sup>3</sup>

Det var også den gang en overdrevet frykt for at de gale som angriper samfunnets støtter, skulle slippe (for) raskt ut. M'Naghten ble overlatt til forvaring på ubestemt tid, først i Bedlam asyl. Her tilbrakte han nær 20 år før han som en av de første ble overført til det nyoppførte kriminalasylet Broadmore, der han døde av tuberkulose i 1865.

### 3. Begrunnelser for straff og straffritak og om straffbarhetsvilkår

Det er i utgangspunktet et moralfilosofisk spørsmål om alle mennesker – uavhengig av personlige forutsetninger for å kunne forstå handlingers rettsstridige karakter og/eller uheldige konsekvenser – kan pålegges straffansvar. Spørsmål om ansvar, valg, fri vilje og straff har opptatt menneskene så lenge lovbrudd er blitt møtt med samfunnsmessige sanksjoner.

Strafferettslige reaksjoner bygger på et grunnleggende aksiom om at mennesket har en fri vilje. Denne utvikles i barneårene og anses tilstrekkelig utviklet når personen passerer den kriminelle lavalder som varierer sterkt fra ett land til et annet.<sup>4</sup> Uten fri vilje ville det fremstå som urettmessig å dømme folk til samfunnsbestemte «onder». Mangel på «fri vilje» kan rettferdiggjøre at enkelte fritas for straffansvar. Da reises spørsmål om hensynet til samfunnsvernet må tilsi andre former for «uskadeliggjøring». Noen ganger lar dette seg begrunne med et påvist langvarig behandlingsbehov, andre ganger er dette mer vanskelig begrunnbart utover rene samfunnsvernsinteresser.

Samfunnets «rett» til å straffe er blant annet basert på synspunkter om en rettmessig gjengjeldelse paret med den individualpreventive virkning overfor lovbrøyteren. Det overflødiggjør «privatrettslige» hevnaksjoner som vikingtidens blodhevn og moderne lynsjing og æres-

3 Dette er senere endret tilbake. Se J. R. Arteaga: "The Constitutionality of Abolishing the Insanity Defense: A Comprehensive Examination of the Insanity Defense in a Historical and Contemporary Context". in Robert McGee (ed.): *Commentaries on Law & Public Policy*. 2004/2. 1–52.

4 Syse A.: Strafferettslig (u)tilregnelighet – juridiske, moralske og faglige dilemmaer. *Tidsskrift for strafferett* 2006, nr. 3: 141–75. <http://rettsdata.blogspot.com/2012/01/strafferettslig-utlregnelighet.html>.

drap. I tidligere tider, og også i andre kulturkretser, er denne rettferdige gjengjeldelsen sett som en nødvendig utøvelse av Guds rettferdige vilje. Ut fra slike teorier bør straffen avspeile selve lovbruddets grovhet.<sup>5</sup> Dette fører til en detaljert gjemingsbestemt straffelovgivning, noe som satte sitt preg på den europeiske strafferettstradisjonen helt frem mot midten på 1800-tallet hvor mer «rasjonelle» samfunnsnyttebetraktninger overtok hegemoniet, først i Tyskland ved Marburg-programmet, og deretter i Europa for øvrig.

Da overtok de strafferettslige nytteteoriene («relative» begrunnelser), som vanligvis deles inn i allmennprevensjon og individualprevensjon.

Det er mulig å problematisere rasjonalet bak begrunnelser for å straffe, men det faller utenfor rammene her. De nevnte begrunnelsene vil imidlertid stort sett svikte dersom lovbyteren mangler skyld og ikke vil kunne ansvarliggjøres for lovbruddet.

Breivik-saka viser like fullt at gjengjeldelsen som strafferettslig begrunnelse ikke er forsvunnet. Mange av innleggene om at Breivik burde finnes strafferettslig tilregnelig bar preg av harme og et ønske om at samfunnet kunne tildele ham «straff som fortjent».<sup>6</sup>

#### 4. Straffbarhetsvilkårene

I vestlig strafferett oppstilles fire kumulative straffbarhetsvilkår for at en person kan pålegges straffansvar. Det første er lovkravet, ingen kan straffes uten etter lov. Det er gjort uavkortet gjeldende i hele vår kulturkrets på strafferettens område, sammen med forbudet mot å straffe etter retroaktiv lovgivning.

Det må i tillegg må ikke foreligge straffrihetsgrunner som nødrett, nødverge, samtykke, en begrenset rett til selvtelt mv.

Gjemingspersonen må videre ha utvist en tilstrekkelig grad av (subjektiv) skyld som forsett eller grov uaktsomhet. Som Reimer har påpekt: *Nulla poena sine culpa* (ingen straff uten skyld).

Tvilen i sakene mot M'Naghten, og Breivik, og fra kjente amerikanske rettssaker som mot John Hinckley, Jr. etter hans på attentatforsøk mot president Reagan, gjelder ikke faktum eller subjektiv skyld, men spørsmålet om tilregnelighet. Her har ulike europeiske stater, og også ulike delstater i Canada og USA, høyst varierende regler, og flere er blitt endret i løpet av de 20-30 siste årene.<sup>7</sup>

#### 5. Reimers tre dimensjoner

Det er en spennende tilnærming til de aktuelle spørsmålene å dreie fokus vekk fra normative spørsmål om hvordan en lovbyter strafferettslig bør bedømmes, til en konsekvens-vurdering slik Reimer gjør ved å peke på andre typer av aspekter eller dimensjoner, det han kaller for

<sup>5</sup> Slike aktuarmessig straffutmålingstabeller, blant annet med sterkt økt straffutmåling ved gjentatt kriminalitet, er på vei inn i flere amerikanske delstater.

<sup>6</sup> En av de uttrukne legdommerne måtte fratse andre dag under rettssaken da det ble klart at han på Facebook hadde gitt uttrykk for at folk som Breivik «fortjente dødsstraff».

<sup>7</sup> Dette skjedde i nær tilknytning til rettssaken mot John Hinckley Jr. etter hans forsøk på attentat mot president Reagan. Han ble frikjent for straff og overført til tvangspsykiatrisk behandling (fram til nå har denne «behandlingen» vart i mer enn 30 år). Kongressen og mange delstater fant da grunn til å reformulere «the insanity defense». Delstatene Idaho, Montana, and Utah fjernet helt ut muligheten for slikt forsvar. Se videre Bernt Gran: Hundreår med hodebry. Utilregnelighetens historie. Oslo 2014.

I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?

henholdsvis skylddimensjonen, behandlingsdimensjonen og farlighetsdimensjonen, selv om disse dimensjonene selvfølgelig også må rettsliggjøres.

Det er klart at om det ikke foreligger noen fare for gjentakelse av alvorlige lovbrudd, vil det være lite å hente gjennom å pålegge en utilregnelig person, dvs. en person uten fri vilje eller mulighet til verken å kunne vurdere handlingsalternativer eller kognitivt kunne foreta konsekvenstenkning, et strafferettslig ansvar. Problemene oppstår først dersom vedkommende vurderes å være behandlingstrengende eller til fare for seg selv eller andre, eventuelt svært plagsomt opptreden gjennom repetitive og hyppige innbrudd og tilsvarende lovbrudd.

Reimer er videre innom «konformitetsprinsippet» som særlig skal kunne gjøres få betydning når lover med straffetruassel forberedes. Jeg finner ikke at dette gir noe tilfång til løsningen av hvor den aktuelle listen bør ligge for utilregnelighet dersom konsekvensen er frihet fra skyld og frihet fra straffansvar. Frihet for straffansvar modifiseres sterkt av farlighetsprinsippet som fører til at personer kan dømmes til behandling og i tillegg bli værende i behandlingsinstitusjon selv om ytterligere behandling ikke er indisert. Farlighetsdimensjonen blir da styrende for tvangsoppholdets lengde. M'Naghten døde som nevnt på Broadmore, Hinckley sitter ferdigbehandlet etter 30 år og ønsker seg ut, og Breivik ville neppe fått noe kort opphold i psykisk helsevern.

Etter mitt syn skiller ikke Reimers sluttvurdering om utformingen av et tilregnelighetskrav seg særlig fra standarden i M'Naghten. Etter Reimer skal gjerningspersonen ha manglet evne til å forstå konsekvenser av handlingen og til å skille mellom rett og galt, se Tese 1 og 2. Etter mitt syn synes dette å være kjernen i M'Naghten, og spørsmålet til Reimer blir derfor:

Hvilke reelle forskjeller er det egentlig mellom Reimers forsøksvise utforming av en utilregnelighetsstandard i Tese 1 og Tese 2, og en etablert standard av typen M'Naghten?

Tese 3 om at psykisk forståelse slutter jeg meg helt til. Den lyder: «Övriga psykiska tillstånd bör hanteras inom det normala påföljdssystemet, som dock bör innehålla behandlingsinslag/behandlingspåföljder jämförbara med en sedvanlig påföljd på olika nivåer i straffvärdehänseende» – I tillegg mener jeg nedsatt tilregnelighet bør kunne suppleres med muligheten til et nedsatt straffansvar. Dette er et prinsipp som gjelder i mange lands strafferett. Den har funnet sin utforming i de fleste lands strafferett, og gjenfinnes i norsk straffelov i § 56.

Etter straffnedsettelsesbestemmelsen i strl. (1902) § 56 bokstav c kan retten sette ned straffen til under det lavmål som er bestemt for handlingen, og til en mildere straffart når «lovbryteren på handlingstiden hadde en alvorlig psykisk lidelse med en betydelig svekket evne til realistisk vurdering av sitt forhold til omverdenen, men ikke var psykotisk, jf. § 44, eller var lettere psykisk utviklingshemmet eller handlet under en sterk bevissthetsforstyrrelse som ikke var en følge av selvforskyldt rus». – Denne bestemmelsen er i sitt innhold identisk med en tilsvarende bestemmelse som ble gitt i 1902 og opphevd i 1929. På dette området er «intet nytt under solen», se Syse 1997 op.cit. (se note 2).

## 6. Avsluttende kommentarer

Vi står overfor moralfilosofiske dilemmaer av grunnleggende normativ karakter; hvilke rettsregler kan tåle å bli målt mot rettfærdsmessige og rettssikkerhetsmessige standarder? I tillegg er det faglige og fagetiske dilemmaer knyttet til en usikker vitenskap – den medisinske sakkundigheten og ganske særlig den psykiatrifaglige – både vedrørende diagnostisering av alvorlige tilstander, hvordan disse kan henføres til juridiske kategorier, og grunnlaget for å

kunne forutsi fare for alvorlige handlinger i framtiden.

Verken moralfilosofien eller jussen, og vel heller ikke rettspsykiatrien, står stort sterkere rustet til å gi allmenngyldige og varige svar på slike problemer i dag enn for 150 år siden. I mellomtiden har vi sett framveksten av den moderne naturvitenskapelige medisinen inkludert nevrologien og den biologisk baserte psykiatrien, psykoanalysen, atferdsvitenskapen og andre medisinske og psykologiske teorier til forklaring av menneskelig atferd. Samfunnsvitenskapelige fag som sosiologi, kriminologi og retts sosiologi har parallelt fokusert på sammenhenger mellom lovbrudd, strafferettslige reaksjoner og samfunn.

Vi vet tilsynelatende så mye mer om både kroppen, sinnet og sammenhengen mellom individer og samfunn enn mennesker som levde for bare 100 år siden. Denne kunnskapen synes imidlertid ikke å være anvendbar til å gi mer varige svar på de moralfilosofiske spørsmålene er belyst i denne sesjonen. Det blir derfor spennende å se forslagene til det offentlige utvalget som ble nedsatt etter Breivik-rettssaken for å besvare de spørsmålene som vi nå drøfter.

På denne bakgrunn kan det stilles opp teser med et noe annet innhold enn referentens:

1. Spørsmålene om utilregnelighet og frihet for straffansvar er av mer moralfilosofisk karakter enn av rettslig og/eller rettspsykiatrisk karakter.
2. Moderne vitenskap har i svært begrenset utstrekning kunnet bidra til å nærme seg disse moralfilosofiske utfordringene på en mer «moderne» måte.
3. Når moralfilosofiske spørsmål rettsliggjøres, flyttes ikke maktutøvelsen til juristene alene, men i stor utstrekning til rettspsykiatere som premissleverandører.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, professor *Dan Frände*, Finland:

I debatten deltog følgende personer: Tova Bennet (Sverige), Iver Huitfeldt (Norge), Fredrik Wersäll (Sverige), Anne-Mette Dyrnes (Norge), Ragna Aarli (Norge), Thed Adelswärd (Sverige), Mikko Vuorenpää (Finland).

Eftersom referenten Stefan Reimer foreslog at man i Sverige skulle återinföra tillräkneligheten som en brottsförsättning inleddes debatten kring frågan om hur förslaget skilde sig från de s.k. M’Naghten-reglema. Reimer menade att det nog här finns en klar skillnad. Samtidigt kom det i debatten fram att gällande svenska regler som endast låter otillräkneligheten påverka valet av sanktioner har fungerat tillfredsställande och den praktiska nyttan av en systemändring kan ifrågasättas. Som Tova Bennet i sitt inlägg lyfte fram skapar otillräkneligheten som en skulduteslutande grund automatiskt gränsdragningsproblem i förhållande till uppsåtet. I diskussionen berördes även otillräknelighetens plats i brottsbegreppet och det påpekades att ifall otillräkneligheten är en skulduteslutande grund borde en medicinsk bedömning kunna göras redan under förundersökningen.

Det nuvarande norska systemet med att låta den medicinska diagnosen bestämma om gärningspersonen är tillräknelig eller otillräknelig väckte också viss debatt. Vem kontrollerar egentligen psykiatrins slutsatser? Här framkom något olika uppfattningar. Representanter för den norska domarkåren såg här inga egentliga risker, särskilt som det i praktiken förekommer ett slags växelverkan med medicin och juridik. Koreferenten var här mera skeptisk till det nuvarande norska systemet och ett nytt förslag torde ges under hösten.



Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol  
og nasjonale domstoler

## Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler

Referent: Förvaltningsråd *Matti Pellonpää*, Finland

Koreferent: Professor *Björg Thorarensen*, Island

Debattleder: Høyesterettsdommer *Liv Gjølstad*, Norge

Referentens referat, se bind 1 s 307–26

Koreferenten, professor *Björg Thorarensen*, Island:

### 1. Indledning

Jeg vil begynne med at takke referenten, forvaltningsråd Matti Pellonpää, for hans særlig interessante og tankevækkende analyse på dialogen mellom Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) og medlemsstaternes domstole. Han belyser mange aspekter af dette begreb der bliver mere aktuelt og dukker stadig oftere op i debatten om samspillet mellem nationale domstole og EMD om praksis omkring Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMK). Det er interessant at drøfte dem ud fra nordiske domstoles synsvinkel og undersøge om og hvorledes der foregår en dialog mellem de højeste domstole i Norden og EMD, og om det er ønskeligt at udvide den.

I det følgende vil jeg rette blikket mod nogle forhold som man kunne tage til drøftelse. *For det første* vil jeg gerne undersøge hvad der menes med begrebet dialog, hvad det dybest set dækker. *For det andet* vil jeg gerne drøfte de forklaringer som referenten giver på at dialogen er vokset. *For det tredje* vil jeg diskutere hvorledes dialogen med EMD ser ud over for nordiske domstole. *For det fjerde* er det nyttigt at evaluere betænkeligheder som referenten fremsætter om hvorvidt den nye protokol nr. 16 til EMK om rådgivende udtalelser i verserende national retssager, vil bidrage til at udvide dialogen mellem dem og EMD. Endelig mener jeg det er vigtigt at diskutere referentens hovedkonklusion i **tes. 1** om at en dialog mellem EMD og de nationale domstole er «en förutsättning för en harmonisk utveckling av de mänskliga rättigheterna i Europa».

### 2. Om begrebet dialog mellom domstole og grundene til dens voksende betydning

I almindelig forstand henviser begrebet dialog til en samtale mellom to eller flere parter der indebærer en meningsudveksling om et bestemt emne og kan føre til at der skabes eller videreudvikles en ide eller en fælles konklusion. Begrebet som sådant er ikke juridisk, og det har ingen juridisk betydning. Men som referenten ganske riktig påpeger, er vægten af henvisning til en sådan dialog og indbyrdes dialog som han også kalder *vekselvirkning* mellom EMD og nationale domstole, vokset betydeligt det sidste årti i den juridiske debat om Menneskerettighedsdomstolens stilling.

I bred betydning beskriver begrebet den uformelle dialog der foregår *mellom EMDs*

dommere og medlemsstaternes dommere, fx på konferencer eller de årlige samrådsmøder som EMD har indbudt til de seneste år under overskriften *Dialogue Between Judges*. I mere snæver betydning tales der om en *dialog mellem domstole*, (*judicial dialogue*) og det er netop hvad dette seminar drejer sig om. I den debat ser man nu stærk tendens til at definere dialog som et slags formelt samspil mellem EMD og de nationale domstole, og som et aktivt element i tilsynssystemet omkring konventionen. Teorier om hvad en sådan dialog indebærer og målsætningen med den er imidlertid ikke enslydende, og jeg mener at de på visse måder er misvisende.

I rapporten fra den såkaldte vismandsgruppe (Group of Wise Persons) fra 2006 blev det bl.a. foreslået at oprette et system hvor de højeste domstole i medlemsstaterne i enkeltsager kunne indhente rådgivende udtalelser fra EMD «in order to foster a *dialogue between courts and enhance the Court's 'constitutional' role*».<sup>1</sup> Derfra kom begrebet for første gang ind i teksten og de forberedende dokumenter til tillægsprotokol 16 til konventionen der blev vedtaget den 2. oktober 2013. I præambelen til tillægsprotokollen, stk. 3, fremhæves det at EMDs ret til at afgive rådgivende udtalelser vil «enhance the interaction between the Court and national authorities and thereby reinforce implementation of the Convention, in accordance with the principle of subsidiarity».<sup>2</sup> Jeg kommer nærmere ind på virkningen af tillægsprotokol 16 senere, men det er helt sikkert at en af hovedmålsætningerne med den er at skabe en form for formalisering af dialogen mellem EMD og de nationale domstole.

Matti Pellonpääs forestillinger om målsætninger med en dialog mellem EMD og de nationale domstole er af forskellig karakter. I **tes. 1** peger han på at nytten af dialogen består i at kompensere det forhold at EMD ikke fungerer i et reelt konstitutionelt miljø hvor nogen institution kunne sætte grænser for den og danne modvægt mod domstolens magt.<sup>3</sup> Han foreslår også at grunden til at vægten på denne dialog er vokset så meget de seneste år skal især være det *store arbejdspress* ved domstolen. Det skal have ført til at nationale domstole har taget kritisk stilling til EMDs domme og ikke har været enige i de regler der fremgår af dem, mener at de er uklare og simpelthen beror på misforståelser. Jeg er ganske vist ikke overbevist om den forklaring fra referenten om et større arbejdspress som sådant er årsagen.<sup>4</sup> De nationale domstoles reaktioner kan først og fremmest forklares ved at EMD i stadig højere grad er blevet kritiseret for at strække sig længere i at revidere nationale institutioners beslutninger. Derfor er der opstået en konflikt om dens legitimitet til at erklære en demokratisk proces' resultater eller udførligt underbyggede domme i medlemslandene for at være i modstrid med konventionen. Det gælder ikke mindst når EMD tilsyneladende misforstår nationale domstoles regler eller reviderer nationale domstoles tolkning af landets love, i modstrid med det princip at den ikke er nogen appelret (*fourth instance principle*), og at nationale domstole har bedre mulighed for at bedømme forholdene (the „better placed“ argument).<sup>5</sup>

Ved visse særlige omstændigheder har nationale domstole derfor undtagelsesvis nægtet at følge dens præcedens som det bl.a. ses i Storbritanniens Højesterets reaktion på EMDs kammers konklusion i sagen *Al-Khawaja mod Storbritannien* af den 20. januar 2009

1 Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers §§ 81 og 135. 979bis meeting, CM(2006) 203 15 November 2006. Findes på <https://wed.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779>

2 Explanatory Report to Protocol No. 16, §§ 1 og 25.

3 Matti Pellonpää. „Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler“ i Forhandlingene ved det 40. nordiske Juristmøte i Oslo 21.–22. august 2014, Bind I, s. 310 og 325.

4 Ibid. s. 309.

5 Se nærmere om EMDs stilling over for nationale domstole og subsidiaritetsprincippet: Jonas Christoffersen, Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights, (Leiden 2009), s. 276.

om at den britiske stat hadde krænket konventionen, art. 6 i forbindelse med bevisføring og bevismidler i en straffesag. Det førte siden til en ændret holdning vedrørende den anden af de to klagere i Storkammerets dom af den 15. december 2011. Denne udvikling er beskrevet i referatet, og der henvises bl.a. til bemærkningerne i dommer Bratzas dissens i Storkammerets dom fra 2011 om at sagen er et godt eksempel på *judicial dialogue* mellem nationale domstole og EMD.<sup>6</sup> Vi ser ligeledes et klart eksempel på den østrigske forfatningsdomstols modstand mod EMDs tolkning af tillægsprotokol 7, art. 4. Østrigs forfatningsdomstol har således både rettet EMDs konklusioner om østrigsk national lovgivning og nægtet helt og fuldt at følge den rettesnor som EMDs Storkammer havde fremsat i sagen *Zolotukhin mod Rusland* af den 20. februar 2009 i tilfælde om tvivl om samspillet af forvaltningssanktioner og straffe i sager om spirituskørsel.<sup>7</sup>

Til sidst må nævnes den konflikt som er opstået på politisk niveau i nogle medlemstater om EMDs legitimitet til at erklære en demokratisk proces' resultater for at være i modstrid med Konventionen. Et klart eksempel er tensionen i Storbritannien i forbindelse med EMDs domme i *Hirst-sagen* og senere dommer om valgret af fanger.<sup>8</sup> Den tension havde også stor indryk ved preparationen af *Brighton-erklæringen* i 2012. Det var derfor ikke uforventet at Brighton-erklæringen havde også som speciel mål at styrke nationale domstoles stilling i dialog ved Strasbourg. Som led i det er den nye procedure efter tillægsprotokol nr. 16 om EMDs rådgivende udtalelser i sager der føres for nationale domstole.<sup>9</sup> Det kommer jeg til senere igen.

### 3. Dialogens betydning for nordisk ret og de højeste nordiske domstoles stilling

Når man ser på forholdene i Norden, bør man først huske på at visse forhold kan modvirke mulighederne for at der skabes en dialog mellem de højeste domstole i Norden og EMD, og de adskiller sig på visse måder fra forholdene i de lande som referenten tager om eksempler. Nogle udgangspunkter kan diskuteres.

1) Der findes der ingen forfatningsdomstole i de nordiske lande. Der adskiller de traditionelle forestillinger om de almene domstoles rolle i forfatningen sig på visse måder fra dem der gælder for Østrigs og Tysklands forfatningsdomstole, og ligeledes fra de herskende forestillinger i Storbritannien om at domstole skaber retsregler. I det nordiske system er udgangspunktet hovedsagelig at den lovgivende magt er statsmagtens højeste magt og er den indehaver af statsmagten der sætter lovene.<sup>10</sup> De almene domstoles magt til at revidere loves konstitutionelle gyldighed anerkendes alligevel, men nordiske domstole, især Danmarks højeste domstole og i lang tid Islands har udvist stor forsigtighed når der har været tvivl om hvorvidt en lov er i modstrid med grundlovens bestemmelser om menneskerettigheder.<sup>11</sup> Alligevel er det ubestridt at indflydelse fra Menneskerettighedsdomstolen og EU-domstolen

6 Se stk. 2 i Concurring opinion of Judge Bratza, EMDs dom i sagen *Al-Khawaja og Tahery mod Storbritannien*, 15. december 2011, Nr. 26766/05 og 22228/06.

7 Matti Pellonpää, „Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler“, s. 312.

8 Se *Hirst mod Storbritannien*, Storkammerets dom fra 6. oktober 2005, nr. 74025/01 og *Greens og M.T. mod Storbritannien* fra 23. november 2010, nr. 60041/08 og 60054/08

9 *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration* forhandlet og vedtaget den 19. og 20. april 2012, paragraph 12d. Også den 15. protokol til EMK som henviser til subsidiaritetsprincippet og statens skonsmargin er påvirket af denne idé.

10 Sten Schaumburg-Müller, „Parliamentary Precedence in Denmark – A Jurisprudential Assessment“ i *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, Vol. 27, nr. 2, 2009, s. 182.

11 Med ændringer af bestemmelserne om menneskerettigheder i den islandske grundlov i 1995 der især byggede på bestemmelserne i EMK, har islandske domstoles holdning imidlertid ændret sig betydeligt på dette punkt. Se Björg Thorarensen, *Sjórnskipunarréttur. Mannréttindi* (Codex 2008), s. 106-114.

har ansporet domstolene meget til denne tilsynsopgave over for den lovgivende magt i de seneste årtier.<sup>12</sup>

2) De nordiske landes højeste domstole i almindelighed giver kun tilkendegivelser om tolkningen af love i forbindelse med klare uenigheder i konkrete sager. Det er derfor mindre sandsynligt at overvejelser eller en dialog om forholdet mellem nationale domstole og EMD og om hvilke regler der kan udledes af EMDs retspraksis optræder i nordiske domme. Forestillingen om at domstole deltager i en dialog via deres løsninger, er i virkeligheden fremmed for nordisk ret og egentlig i modstrid med de vedtagne forestillinger om at domstolenes hovedopgave er at løse tvister.

3) De nordiske landes dualistiske system om forhold mellem national ret og folkeretslige forpligtelser kan have indflydelse i hvert fald i nogle af de nordiske lande. Her kan man tage Islands Højesteret som eksempel som har i sine domme henvist til art. 2 i lov nr. 62/1994 om EMK's inkorporering hvor det anføres at EMDs domme ikke er direkte bindende efter islandsk national ret men kun folkeretsligt.<sup>13</sup> Videre kan man ikke automatisk gå ud fra at nationale domstole tilslutter sig at en tolkning af Menneskerettighedskonventionen i EMDs dom i en sag som staten ikke er part i, formelt er bindende selv om man normalt følger den.<sup>14</sup>

Det er kendt at der er eksempler på at domstole i de nordiske lande henviser til det såkaldte klarhedskrav. Der opstår naturligvis tvivl om hvorvidt EMDs tolkning af Menneskerettighedskonventionens bestemmelser i en sag mod en medlemsstat er tilstrækkelig klar og uforbeholden, og ikke mindre om forholdene er sammenlignelige hvis den skal gælde i en anden medlemsstat. I norsk ret var man en overgang af den opfattelse at man for at kunne tilsidesætte en lov på grundlag af en regel der var udformet i EMDs retspraksis, måtte have en regel der for tilstrækkelig klar og uforbeholden.<sup>15</sup>

Islands Højesteret har også henvist til klarhedskravene. Ligesom den østrigske forfatningsdomstol og i øvrigt flere domstole i de nordiske lande måtte den afgøre om EMDs fortolkning af tillægsprotokol 7, art. 4 om *ne bis in idem*-princippet skal anvendes over for lovbestemmelser om sanktioner i skattesager. På dette felt er sanktionssystemet i Island beslægtet men dog ikke nøjagtig analogt med det der har været i kraft i Norge, Sverige og Finland. I Islands Højesterets dom af den 22. september 2010, nr. 371/2010 fremkom en bemærkelsesværdig begrundelse for virkningen af reglen som EMDs Storkammer havde udformet i *Zolotukhin*-dommen der på det tidspunkt lige var faldet i Strasbourg og som imidlertid ikke vedrørte sanktioner i skattesager. Islands Højesteret gennemgik EMDs praksis om følgerne af tillægsprotokol 7, art. 4 for skattesager, især afgørelserne i sagerne *Ponsetti og Chesnel mod Frankrig* fra den 14. september 1999 og *Rosenquist mod Sverige* fra den 14. september 2004.

I en usædvanlig udførlig begrundelse drøftede Islands Højesteret hvilke krav der måtte stilles til de regler der kunne udledes af Menneskerettighedsdomstolens domspraksis. Desuden fremsatte den bemærkelsesværdige synspunkter på hvem i det islandske retssystem

12 Björg Thorarensen, „The Nordic Constitutions in a Multilevel Constitutional Order“ i H. Krunke, J.E. Rytter, J. Vestergaard, K.C. Laut og P. Blume (red.) *Retten magt – Magtens ret*, (Djøf 2014) s. 343.

13 Det er blevet kritiseret hvorledes Islands Højesteret har henvist til bestemmelsen for at begrunde at den formelt ikke er bundet af EMDs præcedens. Se nærmere Davið Thor Björgvinsson, „Staða dóma Mannréttindadómstóls Evrópu í íslenskum landsrétti“, *Tímarit Lögréttu* 10. árg. 2014, s. 40.

14 Jf. Islands Højesterets dom Hrd. den 22. september 2010, nr. 371/2010 der gennemgås senere.

15 Se Jens Edvin A. Skoghøy, „De nordiske domstolene og Den europæiske menneskerettighedskonvention“ i SvJT 2013, s. 397 og Mads Andenas og Eirik Bjørge, „Norske domstoler og udviklingen av menneskerettene“ i *Jussens Venner*, vol 46, s. 254. I denne forbindelse har man især henvist til Norges Højesterets domme i *Rt. 1994, s. 610 (Bølgepappkjennelsen)* og *Rt. 2000, s. 996 (Bohlerdommen)*.

der er nærmest til at reagere på en regel som EMD formulerer. Således fremhæves det at domstole ganske vist tager EMDs domme i betragtning som forklaring på konventionen når dens bestemmelser skal til prøvelse som en del af islandsk national ret. Men det er bl.a. en følge af den ordning der har grundlag i den dualistiske karakter af national ret og folkeret, at der er *den lovgivende magts opgave at foretage de nødvendige ændringer* af den nationale ret så den respekterer den islandske stats forpligtelser ifølge EMK. Vedrørende hvilken betydning *Zolotukhin*-reglen havde i forhold til islandsk ret, påpegede domstolen at der herskede usikkerhed angående en tolkning både af gyldighedsområdet og indholdet af tillægsprotokol 7, art. 4, stk. 1. Der forelå på dette tidspunkt ingen præcedens fra EMD om at det var i modstrid med tillægsprotokol 7, art. 4, at myndighederne anvendte tillæg til skatteansættelser på grund af overtrædelser af regler om at opgive indtægter til skat, og at den samme person i en anden sag blev pålagt strafsanktioner for retten for samme forhold. Selv om EMDs dom i *Zolotukhin*-sagen markerede en ændring i holdningen vedrørende udlægning af tillægsprotokol 7, art. 4, angik den sag anderledes forhold. Desuden lignede forvaltningssystemet for skattesager i Island på dette punkt hvad man kunne finde i en lang række andre medlemsstater. For at det kunne komme på tale at fastslå at behandlingen af skattesager ikke kunne opretholdes på grund af bestemmelser i konventionen, måtte det i det mindste *fremgå klart at islandsk lov var i modstrid* med den, efter omstændighederne ud fra domme fra Menneskerettighedsdomstolen.

Her kan se et eksempel på den konflikt der er opstået omkring EMDs praksis ud fra tvister om *ne bis in idem*-princippet i forbindelse med skattesager i en lang række medlemsstater.<sup>16</sup> Selv om det var domstolens Storkammers erklærede formål med *Zolotukhin*-sagen at fremsætte et klart præcedens og en harmoniseret tolkning af gyldigheden af tillægsprotokol 7, art. 4, når det gælder sanktioner i to adskilte sager som dog har deres udspring i de samme sagsforhold, skabte den rent faktisk endnu større retslig usikkerhed. Synspunktet bag sanktionerne i skattesager ligner således ikke de sanktioner der var til behandling i *Zolotukhin*-sagen, og her slås det også fast at det ligger i hænderne på den islandske lovgivende myndighed og ikke Islands Højesteret at omvælte det system der har været i kraft i årtier omkring sanktioner i skattesager. Her bliver der så at sige sendt besked for at minde om det princip i de nordiske forfatningssystemer at det er den lovgivende myndighed og ikke domstolene der sætter lovene.<sup>17</sup> Derfor burde den lovgivende myndighed i grunden reagere på de præcedenser som EMD giver, med ændringer eller tillem্পning efter omstændighederne.

I EMDs domme i fire finske sager der blev afsagt den 20. maj 2014, har EMD udlagt tillægsprotokol 7, art. 4, i forbindelse med det finske skattesystem. Den mente at der forelå en overtrædelse af tillægsprotokol 7, art. 4, i to af sagerne, men ikke i de to andre idet sagsforholdene ikke var analoge.<sup>18</sup> Det er ikke muligt at gennemgå de konklusioner her, men det er muligt at det er lykkedes bedre at skabe præcedens for andre nordiske lande om forholdet. Man bør dog huske på at de nordiske landes lovgivning ikke er fuldstændig analog og forskellige nuancer i sagsforholdene kan føre til forskelligt udfald. Men det finske system om skattesanktioner og andre nordiske systemer om skattesanktioner, uden den islandske, har nu allerede været forandret in linje med disse konklusioner fra EMD.

16 Her bør også gøres opmærksom på at fire betydende medlemslande, Tyskland, Holland, Storbritannien og Tyrkiet, ikke har ratificeret protokol nr. 7 til konventionen.

17 De anklagede i sagen blev senere kendt skyldige i strafbar overtrædelse af skatteloven i Islands Højesterets dom af den 7. februar 2013, nr. 74/2012. De har anket deres sag til EMD og klaget over overtrædelse af protokol 7, art. 4, og anken er nu til behandling hos EMD.

18 Domme fra EMD 20. maj 2014 i sagerne *Nykanen*, nr. 11828/11 og *Glantz*, nr. 37394/11 (krænkelser), *Hakka*, nr. 758/11 og *Pirttimäki* 35232/11 (ikke krænkelser).

En anden variant af dialog der er analyseret i referatet, er hvorledes EMD og nationale domstole i fællesskab har udformet kriterier der kan lægges til grund når hensyn til privatlivets ukrænkelighed og ytringsfriheden skal afvejes. Et af de bedste eksempler på det ses i EMDs domme i prinsesse Caroline af Monacos sager *Von Hannover mod Tyskland* (No. 1, 2 og 3).<sup>19</sup> Deraf ses udmærket hvordan EMD har bragt sig selv nærmere til den tyske forfatningsdomstols argumenter, og samtidig er kriterierne der lægges til grund for denne afvejning af interesser, udført mere udførligt. I EMDs dom af den 16. januar i år i sagen *Lillo-Stenberg og Sæther mod Norge* genspejles udmærket følgerne af den dialog. Eftersom Norges Højesteret omhyggeligt havde afvejet de modstridende interesser i sagen og klart havde taget stilling til de kriterier der var udformet i praksis i Strasbourg, mente EMD at den måtte have meget stærke grunde til at «substitute its view for that of its domestic courts», og at man måtte tage hensyn til den skønsmargin som nationale domstole havde.<sup>20</sup>

#### 4. Åbner rådgivende udtalelser ifølge tillægsprotokol 16 for større dialog?

Som tidligere nævnt var målet med den nye protokol 16 om rådgivende udtalelser fra EMD i sager der føres for nationale domstole, især dobbelt. Dels skal den bidrage til en dialog mellem EMD og nationale domstole, og dels skal den udvide EMDs forfatningsmæssige rolle (*constitutional role*). Domstolens præsident, Dean Spielman, har beskrevet protokolens målsætning på den måde at den åbner en «formal and direct channel for dialogue between the national and the European judge» og sandsynligvis vil forbedre praksis efter konventionen i medlemslandene.<sup>21</sup> Denne nye konsulentopgave for domstolen har ingen parallel. Den er i virkeligheden en blanding af systemet med præjudicielle afgørelser fra EU-Domstolen og rådgivende udtalelser fra EFTA-Domstolen, men fundamentalt forskellig fra både.<sup>22</sup> Det karakteristiske for den er især 1) at protokollen er valgfri, 2) medlemslandenes højeste domstole selv fuldtud bestemmer om de søger efter en rådgivende udtalelse fra Strasbourg, 3) EMD kun vil udtale sig om visse principper angående tolkning af EMK ved afgørelse af en konkret sag og ikke mindst 4) at udtalelserne ikke er bindende for den nationale domstol.

Det er ikke muligt her nærmere at beskrive denne nye rolle for domstolen. Jeg anser det ikke for særlig sandsynligt at 16. protokol vil opnå sit mål, og flere har udtrykt tvivl om det.<sup>23</sup> Jeg er enig med referenten i tes. 4 at det er svært at se hvordan en hjemmel til de højeste domstole i medlemslandene til at indhente en rådgivende udtalelse fra EMD kan skabe en formel kanal eller en infrastruktur for en dialog mellem domstolene. Selv om der hele tiden henvises til en større dialog i forbindelse med den 16. protokol, peger dens andet hovedmål i virkeligheden i en anden retning, og her ser man på forbilleder om hvilken rolle

19 Domme fra EMD 1) 24. juni 2004, nr. 59320/00. 2) 7. februar 2012, nr. 40660/08 og 60641/08 og 3) 19. september 2013 nr. 8772/10.

20 Dom fra EMD 16. januar 2014, nr. 13258/09, stk. 44 og 45.

21 Dean Spielman, "Judgments of the European Court of Human Rights Effects and Implementation" Keynote Speech at *Conference at the Paulinerkirche Göttingen Georg-August-University, Göttingen 20 September 2013*, s. 4. kan findes på [http://www.echr.coe.int/Documents/Speech\\_20130920\\_Spielmann\\_Gottingen\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20130920_Spielmann_Gottingen_ENG.pdf).

22 Om en sammenligning med EU-domstolens præjudicielle afgørelser kan henvises til Paul Gragl, '(Judicial) Love is Not a One-Way Street: The EU Preliminary Reference Procedure as a Model for ECtHR Advisory Opinions Under Draft Protocol No. 16', *European Law Review* (2013), No. 2.

23 Se fx Kanstantsin Dzehtsiarou and Noreen O'Meara, "Advisory jurisdiction and the European Court of Human Rights: a magic bullet for dialogue and docket-control?" *Legal Studies* (2014) doi: 10.1111/lest.12025. 11. og Iain Cameron, "The Court and the member states: procedural aspects" i Andreas Fallesdal, Birgit Peters and Geir Ulfstein (eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Cambridge University Press 2013), s. 48-50.

forfatningsdomstole har i visse medlemslande. Således kan det nedbringe klager til EMD i fremtiden hvis domstolen på forhånd kan afgøre tolkning af EMK hvor der opstår tvivl om det i en medlemsstat, især hvis der foreligger et systemberoende problem og det samtidig har betydning for løsningen af identisk eller beslægtede problemer. Således kunne en udtalelse til dels spille samme rolle som den *pilot-judgment procedure* som EMD har indledt i gentagne kæremål angående et systemberoende problem i en medlemsstat.

## 5 Afslutning

Henvisninger til en dialog mellem EMD og nationale domstole er vokset meget de seneste år, både i juridisk og politisk debat. Debatten er dog ikke særlig målrettet og undertiden hul, for der henvises til en dialog i mange og forskellige sammenhænge. Her skal gøres et forsøg på at foreslå hvordan man kan klargøre indholdet af en dialog mellem EMD og nationale domstole.

1) Den vigtigste betydning af en dialog er som referenten beskriver det i **tes. 1 og 2**, at der sættes visse grænser for EMD af medlemslandenes domstole. Nationale domstole kan ifølge dette beslutte ikke at følge EMDs præcedens hvis de mener at dens tolkning beror på en misforståelse af den nationale ret, eller er så uklar at man ikke kan lægge den til grund for en løsning af en sag.

2) Reaktionen fra nationale domstole kan føre enten til at EMD ændrer sin hidtidige tolkning af konventionens bestemmelser, eller indfører den nationale domstols synspunkter i kriterier som den støtter sig til ved tolkning af bestemmelser i sin praksis. Således kan dialogens virkninger nå langt uden for EMDs dialog med en domstol i et enkelt land og få virkninger i alle medlemslandene.

3) Den dialog som det er hensigten med protokol nr. 16 at formalisere med rådgivende udtalelser fra EMD, er uklar og meget lidt forklaret. Det ses ikke at der er behov for at tvinge en dialog ind i en bestemt infrastruktur eller proceduremæssig kanal, og her gives medhold i referentens holdning i **tes. 4**.

Hvis domstole i de nordiske lande vil deltage aktivt i en dialog med EMD, må det kræve en mere udførlig argumentation i deres løsninger hvor det afgøres om nationale love eller praksis er i modstrid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, især hvis de er uenige med EMD om tolkningen af visse forhold. Det kræver muligvis en revision af de vedtagne forestillinger i de nordiske lande om domstoles opgaver.

Endelig er det værd at overveje om en dialog mellem domstole som referenten påpeger i **tes. 1**, er en *forudsætning for en harmonisk udvikling* i menneskerettigheder i Europa. Jeg er ikke overbevist om at det er tilfældet. Dialogen er en følge af hvorledes EMD har udviklet sin magt til at revidere, og er først og fremmest opstået på grund af reaktioner fra medlemslandenes domstole med at sætte visse grænser for den magt. Det er så en anden sag om det bebuder en fælles praksis inden for medlemslandene hvis betydningsfulde domstole i store medlemslande som fx Tysklands forfatningsdomstol eller Storbritanniens højesteret deltager aktivt i en sådan dialog med deres kritik og således ændrer EMDs holdning i senere sager mens andre landes domstole er tavse. Det er i hvert fald sikkert at nationale domstoles muligheder for at have en sådan indflydelse veksler meget fra land til land.



\*\*\*

Oppsummering av debatten ved debattlederen, høyesterettsdommer *Liv Gjølstad*, Norge:

Deltakere i debatten:

*Børge Dahl*, fhv. høyesteretspresident, Danmark

*Clarence Crafoord*, sjef, Centrum for rättvisa, Sverige

*Arne Fliflet*, advokat, Norge

*Jonas Christoffersen*, direktør, Danmark

*Robert Spano*, dommer EMD, Island

*Matti Pellonpää*, forvaltningsråd, Finland, referent

*Bjorg Thorarensen*, professor, Island, koreferent

I debatten var flere inne på hva som er årsaken til at temaet har kommet så sterkt i fokus de senere år. Det ble pekt på at det har vært flere faser i forholdet mellom EMD og de nasjonale domstoler. Utviklingen har dreiet fra en oppfatning av EMD som et "fyrtårn" som nasjonale domstoler måtte navigere etter, til en mer realistisk holdning til EMD, og hvor EMD på den annen side etter hvert har blitt noe mer lydhør for nasjonale løsninger. Etter manges oppfatning henger dette sammen med at EMD har gått for langt i sin anvendelse av konvensjonen og til dels misforstått nasjonal lov og praksis. Det har dessuten vært kritisert at det ikke har vært lett å finne frem til hva som er gjeldende rett innenfor EMK. Forholdet mellom minimumsrettighetene og sterkere beskyttelse ble det også reist spørsmål ved, jf. at Högsta domstolen i Sverige har slått fast at hver domstol må gjøre en egen bedømming av hva konvensjonen krever i egenskap av svensk rett. Dette ble av kommentert med at dersom det anses nødvendig å gå utover minimumsrettighetene, må det være en nasjonal sak.

Referentens tese om at en vekselvirkning – en dialog – er en forutsetning for en harmonisk utvikling av menneskerettighetene i Europa ble diskutert. Fra et nordisk perspektiv stilte flere av debattdeltakerne seg nølende til tesen og fremhevet at de sakene som det er vist til for å underbygge den, gjelder spesielle saker fra maktunge domstoler på kontinentet. Vi i Norden kan ikke forvente en tilsvarende mulighet for dialog, iallfall ikke de enkelte lands domstoler alene. Til dels vil en slik dialog også være fremmed for nordiske domstoler ved avgjørelsen av konkrete saker.

Hensynet til en balansert utvikling i EMD ble imidlertid påpekt og i tilknytning til dette betydningen av at våre lover og dommer blir lettere tilgjengelig for EMD. Godt oversettelsesarbeid og informasjon om de nasjonale løsninger blir derfor viktig. Dialog er også viktig for å styrke de nasjonale domstolene, jf. subsidiaritetsprinsippet.

Et sentralt punkt i debatten var påpekning av at dialogen må starte i den politiske prosess. Når det nasjonalt kommer forslag som reiser spørsmål om forholdet til konvensjonen, er det viktig at man går inn i innholdet i rettighetene og nærmere vurderer avveiningen av dem, eller grunnlaget for begrensninger i rettighetene. Dette bør de nasjonale menneskerettsmiljøene bidra til at skjer. Behandlingen og avveiningene i den demokratiske prosessen må komme frem i de nasjonale dommer. Som en illustrasjon ble vist til avsnitt 79 i Menneskerettsdomstolens dom 6. oktober 2005 i saken *Hirst mot Storbritannia (No.2)* om stemmerett for innsatte som soner fengselsstraff. Her ble det vist til at de britiske reglene ikke hadde vært gjenstand for en god demokratisk prosess med den nødvendige avveining av de motstående interesser. Starter

man derimot nasjonalt med en slik demokratisk prosess, vil mulighetene for å få aksept for sine synspunkter, og for å påvirke Strasbourg, være langt sterkere.

Enkelte talere var inne på spørsmålet om formalisering av dialogen, særskilt om Protokoll 16 med opplegget til rådgivende uttalelser vil være noe egnet forum for dialog. Det ble uttrykt en viss skepsis og antatt at betydningen av rådgivende uttalelser for domstolene i Norden er svært usikker.

Fhv. høyesteretspresident *Børge Dahl*, Danmark:

Vi skylder både referent og korreferent en stor tak. De har på glimrende vis belyst en overordentlig viktig problemstilling, som giver anledning til at reflektere over spørsmål som: hvor går grænsen mellom ret og politik, hvad er domstolenes opgave?

I Danmark har vi arbejdet med en formulering av domstolenes værdier og mål. Vi har nedfældet, at domstolene på lovens grund arbejder for ret og retfærdighed ved at træffe rigtige afgørelser i rette tid – afgørelser, som er velbegrandede og til at forstå. Og vi har føjet til, at domstolene derved opnår befolkningens tillid og respekt.

Det med befolkningens tillid er helt avgørende for domstolenes legitimitet i et demokrati og en retsstat. Og det er heldigvis et punkt, hvor det ikke står så ringe til i de nordiske lande. Der bliver hvert år foretaget en global evaluering af, hvordan det faktisk står til med retssikkerheden i de enkelte lande – Danmark kommer ind på en førsteplads. I EU foretages der hvert år en bedømmelse af befolkningens tillid til domstolene og retssystemet i de enkelte medlemslande, og Danmark er det land i Europa, hvor tilliden er størst. Når et nordisk land topper sådanne lister, ligger de øvrige nordiske lande lige efter.

Domstolene i de nordiske lande har holdt seg fra en domstolsaktivisme, som overskrider grænserne til det politiske. Rettens forudsigelighed inngår som noget væsentligt i nordisk retssikkerhedsforståelse. Nordiske dommere finner ret, opfinder den ikke – kreativ domstolsaktivisme viger vi tilbake for af hensyn til retssikkerheden og domstolenes legitimitet.

I lærebøger kan Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil undertiden ses karakteriseret med ordene: formålsbestemt, kreativ, aktivistisk. En sådan metodisk tilgang er en udfordring for nordiske domstole og retsstatsprincippet. Der kommer indimellem afgørelser fra Strasbourg, som er så dynamiske, at det ikke er til at se retsstatsprincippet respekteret, og som på sigt kan få negativ betydning for befolkningens tillid til domstolene.

Forholdet mellom jura og politik er ikke et rent nationalt anliggende. På områder, hvor vi har meldt oss ind i en international retsorden, påvirkes vi af, hvor balansepunktet findes i andre lande og internationalt. Heri ligger ikke minst en udfordring, hvis utviklingen internationalt går i retning af at gøre velfærdsidealene til retsstandarder, der nyder menneskeretsbeskyttelse.

Som forholdene er i de nordiske lande, kan vi trygt have en nordisk tilgang til den opgave, som internationaliseringen har ført med seg. For os er også menneskerettigheder menneskeværk. Hvert land har sitt svar på, hvor balansepunktet melleom jura og politik ligger. Vores balansepunkt er demokratisk fundert, og det er viktig, at utviklingen internationalt ikke bliver så dynamisk, at man ikke kan følge med nationalt. Vi skal derfor, når der er mulighed for det, give udtryk for, hvad vi mener og hvorfor, og at vi skal forholde os til, hvad der kommer fra Strasbourg, med sund kritisk sans.

De muligheder, der er for dialog – både formelle og uformelle – skal vi da gøre brug af. Det med på forhånd at spørge Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og få en rådgivende udtalelse, ser jeg imidlertid ikke nogen pointe i. Jeg synes, at det er naturligt, at vi i de nordiske

lande forholder os selvstændigt til forståelsen og anvendelsen af menneskerettskonventionen – vi kan helt sikkert godt være vores demokratiforståelse og retsudøvelse bekendt. Er der noget at være i tvil om, er vi ofte rigtig godt hjulpet ved at se på overvejelser og bedømmelser i de andre nordiske lande.

Erstatning for rene økonomiske skader

## Erstatning for rene økonomiske skader

Referent: Professor *Torsten Iversen*, Danmark  
Koreferent: Professor *Lena Sisula-Tulokas*, Finland  
Debattleder: Justitieråd *Johnny Herre*, Sverige

Referentens referat, se bind I s 191–208

Referenten, professor *Torsten Iversen*, Danmark:

Det er med ydmyghed, jeg står her som referent i dag. Det er der en række grunde til: For det første, at området – ren økonomisk skade – er vanskeligt og amorft. For det andet – og vigtigst – at koreferenten, professor *Lena Sisula-Tulokas*, i dén grad er en kapacitet på området, med en række artikler og senest en monografi – «Ren økonomisk skada» fra 2012 – bag sig. Også fra Sverige – med Jan Kleinemans monumentale «Ren förmögenhetsskada» fra 1987 – og fra Norge – med Bjarte Thorsons tankevækkende «Erstatningsrettslig vern for rene formuestap» fra 2011 – foreligger der betydelige værker på området. Når en finne, en svensker og en nordmand på denne måde udvælger sig et område som deres kampplads, kan man sig som dansker føle sig temmelig lille. Endelig skal diskussionen i dag ledes af justitieråd, professor Johnny Herre, der i sin tid virkede som opponenter ved min disputats...

I mit skriftlige referat har jeg forsøgt at gøre lidt nærmere rede for begrebet «ren økonomisk skade». I det oplæg, der lå til grund for mit referat, var der, som jeg forstod det, bl.a. rejst det spørgsmål, om det er fornuftigt at have en lovregel (en såkaldt «spærregel»), der mere eller mindre afskærer erstatningskrav for ren økonomisk skade. En sådan regel har man i Sverige og Finland, men den findes ikke i Island, Norge eller Danmark. Dette spørgsmål har jeg kaldt det legislative hovedspørgsmål.

Det er klart, at dette spørgsmål i sig selv er interessant. Det egentlige hovedspørgsmål er dog nok, hvornår – dvs. under hvilke betingelser – man kan og bør pålægge ansvar for ren økonomisk skade. Dette spørgsmål kræver omfattende undersøgelser, der næppe kan rummes i et referat.

I et referat kan der gives et rids over problemet: Den rene økonomiske skade kan defineres og placeres i en større sammenhæng, den kan undersøges i et historisk og komparativt perspektiv osv. I det følgende skal jeg – blot som indledning til diskussionen – søge at opsummere hovedresultaterne af disse undersøgelser.

Den rene økonomiske skade er «ren», fordi den ikke opstår som en følgeskade af en person- eller tingsskade. Det, der mere præcist menes, er, at den rene økonomiske skade er den eneste skade, den pågældende skadelidte rammes af. Denne skade kan godt være en indirekte følge af en person- eller tingsskade, der har ramt en anden skadelidte. Med et eksempel: I den danske højesteretsdom UfR 1953.1028/2 H led en ansat taxichauffør et tab, fordi skadevolderen havde beskudiget en taxi tilhørende chaufførens arbejdsgiver. Dette var selvfølgelig en fysisk skade, men chaufførens skade var rent økonomisk, da han gik glip af indtægt, mens taxien skulle repareres. Taxichaufføren var indirekte skadelidte, han blev påført en tredjemandsskade. Ud over tilfælde som disse omfatter de rene økonomiske skader også tilfælde, der drøftes under overskriften «obligatoriske kravsværn» eller kendes som «direkte krav» (eller «springende regres»).

Den rene økonomiske skade er et problem, når det gælder erstatning uden for kontraktsforhold. Problemet er, at erstatningsansvaret truer med at blive helt grænseløst, hvis også rene økonomiske skader kan kræves erstattet.

Erstatning for rene økonomiske skader er ikke på samme måde et problem *i kontraktsforhold*. Den rene økonomiske skade er ligefrem det typiske tab i kontraktsforhold. Det forholder sig også så heldigt, at grænsedragningsproblemet er meget mindre: Sædvanligvis kan kun den, der er part i kontrakten kræve erstatning for almindelig formueskade, og han kan normalt kun kræve denne erstatning af sin modpart. Yderligere begrænsninger (ansvarsfraskrivelser og -begrænsninger) kan aftales imellem parterne, der også har konkret anledning til at overveje forskellige forsikringsløsninger.

Uden for kontraktsforhold er det som nævnt nødvendigt, at der drages grænser for erstatningsansvaret. Reglen om, at der almindeligvis kræves culpa fra skadevolderens side, samt grundsætningerne om årsagsforbindelse, adækvans, *Schutzzweck* osv. er med til at begrænse ansvaret. Når det gælder ren økonomisk skade, er disse begrænsninger dog ikke tilstrækkelige.

Af denne grund er man flere steder kommet på den tanke at begrænse ansvaret for ren økonomisk skade ad lovgivningsvejen. I Sverige og Finland gælder der, hævdes det ofte, en såkaldt «spærregel», hvorefter ren økonomisk skade kun kan kræves erstattet, hvis skadevolderen har handlet strafbart, eller der foreligger andre særlige grunde. Nu skal jeg jo være varsom med at gøre mig klog på finske og svenske regler, men det forekommer mig, at udtrykket «spærregel» måske ikke er det mest retvisende, man kan komme på. (Det er imidlertid så godt som slagord, at jeg også anvender det i det følgende). Den finske regel rummer en række undtagelser og udgør i hvert fald ikke efter sin ordlyd et absolut «spærr». Den svenske regel fastslår i princippet blot, at den, der har handlet strafbart, *også* er ansvarlig for ren økonomisk skade – ikke at alle andre slipper for et sådant ansvar. En regel med dette indhold har vi også haft i Danmark – den stod blot i (1866-)straffeloven, ikke i en erstatningslov.

Uanset om udtrykket "spærregel" er mere eller mindre retvisende, er det klart, at der er forskel på at give lovregler med det formål at begrænse ansvar for ren økonomisk skade og at undlade at give sådanne regler. I Island, Danmark og Norge har lovgiver holdt sig på afstand af problemet og overladt afgørelsen til teori og praksis. Hvad er bedst?

Inden vi går videre, er der grund til at fremhæve, at der ligger et særligt problem i, at retsordenen på visse punkter anerkender, at (selv forsætlig) tilføjelse af ren økonomisk skade ikke er erstatningspådragende (f.eks. lovlig udkonkurrering, lovlig fortrængning af andres rettigheder ved retsforfølgning). Det kan altså ikke hævdes, at ren økonomisk skade *altid* skal erstattes, hvis skadevolder har handlet forsætligt; end ikke skadeshensigt pådrager *per se* ansvar.

Sondringen mellem person- og tingsskade på den ene side og ren økonomisk skade på den anden har dybe historiske rødder. Romerne havde i *lex Aquilia* fra omkring år 300 f.Kr. kun en almindelig erstatningsregel (culpereglen) for tingsskader, men udviklede efter år 100 f.Kr. regler om erstatning for visse formueskader, når disse var forvoldt ved dolus. De romerretlige regler fik et dybt nedslag i den tyske BGB, der indeholder et ganske sindrigt system, der bl.a. går ud på at drage snævre grænser for erstatningsansvaret for ren økonomisk skade.

I England og USA har man anerkendt erstatningsansvar for ren økonomisk skade ved de såkaldte *intentional torts* (*deceit, willful misrepresentation, conspiracy, inducing breach of contract, tortious interference with contract, etc.*). Derimod har man været tilbageholdende ved simpel uagtsomhed (negligence). Tendensen går i retning af, at der pålægges ansvar for

ren økonomisk skade i større omfang end tidligere, men der er advarende røster. *Benjamin Cardozos* berømte dictum fra *Ultramares-afgørelsen* – »liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class« – maner stadig til forsigtighed, og tankegangen bag er i dag kendt som the floodgate argument. Der kræves som regel en eller anden form for *special relationship* for at pålægge ansvar for ren økonomisk skade.

I Sverige og Finland gælder der i et eller andet omfang en «spærregel», og i Norge og Danmark er der uden en sådan regel alligevel en eller anden tilbageholdenhed at spore, når det gælder erstatning for ren økonomisk skade.

Efter min vurdering tjener en «spærregel» ikke noget fornuftigt formål. Problemet om den rene økonomiske skade kan ikke løses ved en trylleformular i loven. En sondring kun efter skadens art og efter strafbarhed (og evt. et par andre kriterier) er for skabelonagtig. En «spærregel» kan føre til skævvridning af normale begreber, f.eks. til end alt for ekstensiv udlægning af aftaler for at give værn for rene økonomiske skader. Kort sagt: En "spærregel" gør ikke nogen gavn, og den kan ligefrem gøre skade.

Så langt var det faktisk let nok... Nu bliver det svært!

Det egentlige hovedspørgsmål er naturligvis, om der kan siges noget mere sikkert om, hvornår – dvs. under hvilke betingelser der kan og bør ydes erstatning for ren økonomisk skade. Her kan både retshistorien og retsstillingen i andre lande være af interesse (jf. ovenfor), men man må også se på de praktisk forekommende tilfælde.

I referatet har jeg søgt at give en oversigt over dansk retspraksis, opdelt på følgende tilfældegrupper:

- Fejl i konstaterende erklæringer, oplysninger, rapporter, kort mv.
- Blokade, boykot og lign.
- Afbrydelse af samfærdselsforbindelser, forsyningslinjer og lign.
- Krænkelser af personlighedsværn, erhvervsmæssigt renommé mv.
- Tredjemandsskader (indirekte skadelidte)
- Bonustab eller præmiestigning ved forsikring
- Direkte krav (springende regres)
- Miljøskader
- Ansvar for fejl i forbindelse med testamentsoprettelse
- Andre tilfælde («diverse»).

Andre tilfældegrupper kan opstilles; andre opdelinger kan foretages. Det er ikke så vigtigt. Det vigtige er, at tilfældene er uhyre forskelligartede. Det har derfor på forhånd formodningen imod sig, at der kan opstilles klare og enkle regler, der kan løse dem alle.

Lad mig blot tage ét eksempel fra oversigten frem: Den danske landsretsdøm (UfR 1976.219/2 Ø), der pålægger Statens Biltilsyn ansvar for at have synet en bil, der absolut ikke burde have været synet (godkendt). Denne dom viser, at man kan diskutere grænserne for ansvar ud fra forskellige synspunkter, bl.a. om *normskydd* og tillid. Den viser måske også, at vurderingen kan påvirkes af andre synspunkter – f.eks. om *private enforcement*, efter at bilsynet blev privatiseret.

Trods min skepsis over for en "spærregel" er det min opfattelse, at en sondring efter skadens art spiller en stor rolle i praksis – og derfor også bør gøre det i teorien. Groft sagt kan og bør ansvar i højere grad pålægges for personskade end for tingsskade, og for tingsskade frem for formueskade osv.

Afslutningsvis vil jeg blot opridsede de 5 teser, jeg har opstillet:

Tese 1: Ingen almindelig formel kan løse problemet – nej til en "spærregel"

- Tese 2: Det er lettere at opnå erstatning for personskade end for tingsskade, lettere at opnå erstatning for tingsskade end for formueskade osv.
- Tese 3: Det er diskutabelt, om udgangspunktet ved ren økonomisk skade er culpereglen eller en regel om skærpet ansvar
- Tese 4: Antages der at gælde en culparegel for ren økonomisk skade, må der oftest kræves "noget mere" i andre henseender – og undertiden *må* der kræves mere end blot culpa (simpel uagtsomhed)
- Tese 5: Generelle udsagn om, hvad globaliseringen, informationssamfundet eller EU-retten kræver, må mødes med en vis skepsis.

Koreferenten, professor *Lena Sisula-Tulokas*, Finland:

Enligt de direktiv som jag fått av arrangören är min uppgift att framhäva sådana punkter i referentens anförande där jag företräder en annan uppfattning. Direktiven säger att koreferentens anförande ska uppmuntra till debatt, med fördel presentera antiteser till referentens teser. Nåja, det är lika bra att säga det genast, för mig har det inte varit en enkel uppgift att försvara åsikter som skulle avvika från Torsten Iversens utmärkta framställning. Iversens utgångspunkt är att söka svar på frågan *huruvida det är rekommendabelt att behålla/införa en lagregel som enligt huvudregeln utesluter krav på ersättning för ren ekonomiska skada (allmän förmögenhetsskada) i utomkontaktuella förhållanden*. Trots att dansk och finsk lagstiftning i dag ser ut att representera diametralt olika ståndpunkter till ersättningsgillheten av rena ekonomiska skador delar jag i det mesta referentens uppfattningar, såväl hans teser och som hans argumentationssätt. Men såsom alla vet, direktiv är bindande. Det gäller alltså att sätta i gång.

1. Enligt Iversens *första tes* kan skadeståndets gränser knappast bestämmas genom allmänna regler, formler eller uttalanden, som är ägnade att slås fast i lag. Den legislativa huvudfrågan besvarar han därför nekande. Och här kommer mitt halvhjärtade försök till en teknisk antites, eller egentligen en bara en halv teknisk antites. Visst är det möjligt att skriva in i en skadeståndslag (SkL) en allmän huvudregel som säger att skadeståndet inte ska omfatta rena ekonomiska skador<sup>1</sup> men om en sådan regel är välfungerande och rekommendabel är sen en helt annan sak. I den finska skadeståndslagen har vi en allmän regel om att ren ekonomisk skada inte skall ersättas i utomkontraktuella förhållanden utom i tre undantagsfall (om skadan skett genom en straffbar handling, vid myndighetutövning eller om det föreligger synnerligen vägande skäl). I svensk rätt finns en nästan motsvarande regel. Min tekniska antiteshalva är alltså att visst är det möjligt att ha en allmän regel i en skadeståndslag, vi har haft en sådan i över 40 år.<sup>2</sup> Och regelns goda syften har antagligen varit att sätta gränser för skadeståndsansvaret så att det inte växer sig alltför stort, att befrämja klarhet, förutsebarhet, enkla regelsystem, snabbhet osv. Men – här kommer den relevanta andra teshalvan – i skadeståndsrätten är den här typen av stela regler inte att rekommendera. Mot bakgrunden av erfarenheterna i finsk praxis leder en sådan regel trots sina goda syften inte till klarhet, förutsebarhet, snabbhet, ett enkelt och överskådligt system, ett «rättvist» system osv. En stel regel av den här typen leder till att ekonomiska intressen skyddas på bjärt olika sätt i skadeståndsrätten beroende på om de

1 Kärt barn har många namn. Jag använder begreppet ren ekonomisk skada ("pure economic loss") för sådan ekonomisk skada som inte står i samband med person- eller sakskada. Ofta används uttrycket ren förmögenhetsskada. Danskans "almindelig formueskadar" motsvarar ekonomisk skada. Danskans "integritetskrænkelser" avser som känt fysisk skada på person eller sak och inte det vi på svenska kallar för integritetskränkning.

2 Finska SkL 5:1, se även svenska SkL 1:2, 2:2, 3:3.



har eller inte har samband med en fysisk sakskada, om de har uppkommit i en situation som man kan kategorisera som ett «avtalsliknande förhållande», om det stiftats speciallagstiftning som avviker från SkL osv. Jag är helt enig med referenten, den *legislativa huvudfrågan* ska nog besvaras *nekande*.

2. Den *andra tesen* slår fast att det är lättare att få ersättning för personskada än för sakskada, lättare att få ersättning för sakskada än för ren ekonomisk skada osv. Igen håller jag helt med referenten. Det skadeståndsrättsliga – eller kanske egentligen det ersättningsrättsliga – skyddet för personskador är och bör vara effektivare för personskador än för sakskador osv. Man kan anknyta till diskussionen om skyddsvärda intressen och skyddsbehov. I nordiskt rätt har vi inte i lagen skrivit ut ett schema över den skadeståndsrättsliga *skyddshierarkin*. Hierarkin kommer fram mer *indirekt*. Däremot har t.ex. i harmoniseringsförslaget Principles of European Tort Law Art. 2:102 införts en rätt stram kategorisering.<sup>3</sup> Själv är jag benägen att tro att nordiska domstolar har kommit långt med en pragmatisk förståelse av SkL:s strukturella uppbyggnad, culpa- och adekvansregler, bevisregler, osv.

3. Enligt referentens *tredje tes* är det diskutabelt om utgångspunkten vid utomkontraktuellt skadestånd ska vara eller inte ska vara att den allmänna culparegeln också gäller för ren ekonomisk skada. Mitt svar är att utgångspunkten ska vara ett culpaansvar. Men frågan blir delvis hur man hanterar det diffusa och elastiska culpabegreppet. Ska man för ersättningsskyldighet kräva någon form av kvalificerad culpa, kanske grov culpa, kanske rentav uppsåt? Ska kanske lindrig culpa automatiskt leda till att skadevållaren inte behöver ersätta rena ekonomiska skador? Mitt svar, som nog inte är en antites, är att culpabedömningen ska vara en komponent, låt vara en viktig komponent, i den allmänna helhetsbedömningen. Men enbart en *culpabedömning* är *inte ett tillräckligt* instrument för att styra utgången och sätta gränser för ett alltför vidlyftigt skadeståndsansvar.

4. Kärnfrågan kommer fram i referentens *fjärde tes*. Om man uppställer som utgångspunkt ett culpaansvar för ren ekonomisk skada bör det under alla omständigheter dras gränser. *Det bör krävas någonting mer*: Ibland kan det krävas grov culpa men det kravet löser i sig inte alla problem. Igen är jag 100 % enig med referenten. Sådär långt är allting enkelt. Det svåra kommer när man försöker ringa in vad som kunde vara detta «någonting mer». Och det otillfredsställande är att bilden av vad som kunde vara «någonting mer» ingalunda är enkel och entydig.

I min bok Ren ekonomisk skada<sup>4</sup> försökte jag, inspirerad av framför allt nordisk rättspraxis, nordisk doktrin såsom Jan Kleinemans<sup>5</sup> och Bjarte Thorsons<sup>6</sup> undersökningar och

3 PETL Art. 2:102. Protected interests

(1) The scope of protection of an interest depends on its nature; the higher its value, the precision of its definition and its obviousness, the more extensive is its protection. (2) Life, bodily or mental integrity, human dignity and liberty enjoy the most extensive protection. (3) Extensive protection is granted to property rights, including those in intangible property.

(4) Protection of pure economic interests or contractual relationships may be more limited in scope. In such cases, due regard must be had especially to the proximity between the actor and the endangered person, or to the fact that the actor is aware of the fact that he will cause damage even though his interests are necessarily valued lower than those of the victim.

(5) The scope of protection may also be affected by the nature of liability, so that an interest may receive more extensive protection against intentional harm than in other cases.

(6) In determining the scope of protection, the interests of the actor, especially in liberty of action and in exercising his rights, as well as public interests also have to be taken into consideration.

4 Lena Sisula-Tulokas, Ren ekonomisk skada, Helsingfors 2012.

5 Framför allt Jan Kleinemans omfattande undersökning Ren förmögenhetsskada särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Stockholm 1987.

6 Bjarte Thorson, Erstatningsrettlig vern for rene formuestap, Oslo 2010.

de två stora europeiska skadeståndsrättsliga harmoniseringsprojekten med sina omfattande komparativa framställningar<sup>7</sup>, skissera upp vissa grova argumenteringslinjer som kunde ge ramar åt prövningen. Många begränsningskriterier känner man igen från de culpa- och adekvansresonemang som ofta används i skadeståndets gränsland. I bedömningen ska hänsyn tas exempelvis till:

*Skadans natur och omfattning*  
Den sannolika *risk*en för skada och *skadans storlek*  
*Skadevållarens insikt* om skaderisken  
*Skadevållarens eventuella skadeavsikt*  
*Skadans förutsebarhet och beräknelighet*  
*Skadans tillräckliga närhet*  
Att skaderisken är *konkret och närliggande*  
*Skadevållarens/lidandes möjligheter att undvika skadan*  
*Skadelidandes försäkringsmöjligheter*  
Är skadevållaren *professionell eller lekman*  
*Skyddsbehovet av befogade förväntningar och befogad tillit.*

Javisst, det är nog inte fråga om enkla och kristallklara begränsningskriterier. Det är fråga om mångskiftande skadeståndsrättsliga argumenteringsmönster, olika testfrågor om man så vill. Kriterierna överlappar delvis varandra och de kan ha olika tyngd i helhetsbedömningen. I den slutliga avvägningen kommer resonemangen särskilt att präglas av:

*Likabehandlingshänsyn*  
*Rena rimlighetsöverbäganden.*

Torsten Iversen redogjorde i sitt anförande för en omfattande dansk praxis med mångsidiga bedömningar. Det att dansk rätt saknar den finsk-svenska spärregeln har ingalunda betytt att rena ekonomiska skador automatiskt skulle ersättas. Om vår rigida spärregel skulle slopas litar jag helt på våra domstolar kan göra ett lika gott arbete som de danska, norska och isländska domstolarna. Nordisk rätt har länge med framgång använt nyanserade situationsfokuserande bedömningar för att nå rimliga resultat i skadeståndsrätten.

5. Iversens *femte tes* säger att generella uttalanden om vad globaliseringen, informationssamfundet eller EU-rätten kräver ska mötas med viss skepsis. Visst är jag igen enig. Men jag tror att det nog alltid är klokt att bemöta generella uttalanden med skepsis. Det gäller såväl jurister som alla andra. Avgörande ska vara en analys av substansen i de generella kravuttalanden, inte vem eller vad som kan tänkas ställa olika krav.

Ta som ett exempel argumentet om det *informationssamhällets krav*. Som sådant är det ett tomt argument. Men det kan återspegla tanken att vi i dag står inför nya skadetyper som var okända i tiden när våra SkL skrevs och som ännu inte har tydligt behandlats i rättspraxis. De nya skadetyperna kan representera skyddsvärda intressen. Med andra ord är det inte fråga om informationssamhällets krav utan om att vissa ekonomiska intressen i dag kan kräva ett samhälleligt skydd. Det bör sätta sina spår i skadeståndsrätten.

Vidare är det självfallet både nödvändigt och nyttigt att försöka sätta sig in i vad som pågår på det globala och det europeiska planet. Det gäller att fördomsfritt och öppet analysera exempelvis de europeiska harmoniseringsförslagen och att i samband med eventuella kommande nordiska lagstiftningsprojekt granska den egna rätten mot bakgrunden av de breda europeiska linjedragningarna. Är det möjligt – givetvis helt teoretiskt – att det ute i världen

<sup>7</sup> Här avser jag Principles of European Tort Law 2005 och Non-contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another, del I VI i Draft Common Frame of Reference, 2008.

finns lika bra, kanske rentav bättre skadeståndsrättsliga lösningar än hos oss? Och det kan inte vara så det i exempelvis rättsvetenskapen är fint att låta sig inspireras av romarrätten och gamla tyska läror men att blunda för den pågående *globala/europeiska diskussionen*.

Och sen till EU-rätten. Vill vi eller inte är den *ibland bindande* för medlemsländerna. Det gäller inte bara för förordningar och direktiv. Svårhanterligare är kanske praxis från *unionsdomstolen och europadomstolen*. Inflytande från domstolspraxis kan smyga sig in i vår nationella skadeståndsrätt på oväntade sätt. Det kan gälla nya ersättningsgilla skadetyper, såsom i tiden "förlust av rekreation". Men det kan också gälla nya ersättningspåföljder, såsom vissa schablonersättningar som ibland kan ge rätt höga ersättningssummor och som kan utgå på närmast objektiva grunder och som inte avser att ersätta en "skada" utan att kompensera en "olägenhet". Exempelvis finns i EU:s passagerarförordningar bestämmelser som unionsdomstolen tolkat mycket progressivt.<sup>8</sup>

6. Ibland, låt vara motvilligt, har jag försökt opponera mig mot Torsten Iversens fem teser. Det legislativa huvudspörsmålet om det är rekommendabelt att behålla/införa lagregler som utesluter krav på ren ekonomisk skada har Iversen tydligt besvarat nekande. Jag varken kan eller vill opponera mig mot Iversens slutsats.

\*\*\*

Oppsummering av seksjonsmøtet ved debattlederen, justitieråd *Johnny Herre*, Sverige:

Talare:  
Advokat Gunnar Nerdrum, Norge  
Advokat René Offersen, Danmark  
Professor Torgny Håstad, Sverige  
Advokat Are Stenvik, Norge  
Professor Palle Bo Madsen

*Debattsummering:*

Ämnet ren förmögenhetsskada är så brett att många olika infallsvinklar och synpunkter kan beredas plats. Den efterföljande diskussionen bekräftar detta. I de debattinlägg som gjordes diskuterades så spridda ämnen som försäkringsgivarens eventuella ansvar för att inte ha meddelat försäkring när eventuell kontraheringsplikt föreligger (advokat *Gunnar Nerdrum*), ansvaret för rena förmögenhetsskador inom det upphandlingsrättsliga området (advokat *René Offersen*), lämpligast regleringsform (professor *Torgny Håstad*), de viktigaste faktorerna vid bestämning av om ersättning skall utgå eller inte (advokat *Are Stenvik*) och om främst EU-rättsliga effektivitetshänsyn kan tänkas ha betydelse för rätten till ersättning för ren förmögenhetsskada i vissa fall (professor *Palle Bo Madsen*).

Referenten, professor *Torsten Iversen*, och korreferenten, professor *Lena Sisula-Tulokas* koncentrerade sig i sina inledningar på de fem teser som referenten hade ställt upp. Referenten och koreferenten var eniga om att ansvarsgränsen vid rena förmögenhetsskador knappast låter sig bestämmas genom en formel som kan tillämpas för alla de skilda situationer i vilka rätten till ersättning för sådana skador aktualiseras. Därför ansåg de båda att den svenska och

<sup>8</sup> Se närmare t.ex. Sisula-Tulokas, Juridiska föreningens tidskrift 2013 396–423.

finländska lösningen med en reglering som anger att den som orsakar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan är alltför trubbig och inte gör någon egentlig nytta. Samtidigt ansåg referenten att begreppet spärregel för den svenska och finländska regeln möjligen är missvisande, eftersom det klart uttrycks i förarbetena att regeln inte avses utgöra ett hinder mot en rättsutveckling på området. Professor *Torgny Håstad* invände mot uppfattningen att den svensk/finländska regeln borde slopas. Enligt honom träffar den regeln mer rätt och gör därför mindre skada än culparegeln som uttrycks i lagtext och där avvikelser i skärpande riktning görs i många fall när ansvarsgränsen skall dras upp för rena förmögenhetsskador. Skälet härtill är enligt Håstad att antalet fall där ersättning skall utgå utan att den skadevållande parten har gjort sig skyldig till brott är förhållandevis få (se för svensk rätt exempelvis NJA 1987 s. 692 och NJA 2005 s. 608). Referenten anförde i en replik att det var uppfriskande för diskussionen att det gavs uttryck för skilda åsikter om problemställningen. Enligt referenten löser emellertid en sammankoppling mellan straff- och ersättningsansvar inte alla problem. Ett exempel som anføres i litteraturen är att en person köper in smuggelgods, säljer de inköpta varorna billigt på marknaden och därigenom utkonkurrerar andra aktörer på marknaden. Dessa skadelidande aktörer kan då inte kräva ersättning med hänvisning till den brottsliga handlingen eftersom den straffrättsliga regleringen har ett helt annat syfte.

Betydelsen av skillnaden mellan skyddat intresse ("protected interest"), ansvarsgrund och adekvans för rätten till ersättning för rena förmögenhetsskador diskuterades också efter ett inlägg av advokaten *Are Stenvik*. Enligt honom är det särskilt beträffande det skyddade intresset och adekvansbedömningen som de rena förmögenhetsskadorna står i en särställning. Däremot synes det inte föreligga någon mer betydelsefull skillnad mellan sådana skador och andra skador när det gäller grunden för ansvaret. Man kan här skilja mellan tre fall enligt Stenvik. Den första kategorien är fall där lagen drar gränsen mellan rätt och orätt, såsom i marknadsrätten, konkurrensrätten och immaterialrätten. Den andra kategorien är fall där det tillhandahålls handlingsnormer som inte omedelbart är knutna till skadeståndsansvar, exempelvis god revisionssed för revisorer, god advokatsed för advokater och god fastighetsmäklarsed för fastighetsmäklare. Den tredje kategorien är fall där man saknar normer och domstolen måste skapa en egen handlingsnorm. Vid personskador och saksador utgår man ifrån att envar har en plikt att motverka skadan. För rena förmögenhetsskador gäller tvärtom ofta att man får agera för att skada andra, exempelvis genom att utkonkurrera en annan marknadsaktör med accepterade konkurrensmetoder. I dessa fall gäller att ta hänsyn till om det bör anses föreligga en plikt som kräver att hänsyn tas till andras intressen och som därför kan medföra en ersättningsskyldighet vid brott. Referenten tackade *Are Stenvik* för den översiktliga uppdelningen av fallen i huvudgrupper och tillade att denna uppdelning stämmer väldigt väl överens med uppdelningen i tysk rätt (§ 823 första stycket BGB om skyddade intressen och andra stycket om s.k. "Schutzgesetze").

Advokaten *René Offersten* tog upp rätten till ersättning för rena förmögenhetsskador inom det upphandlingsrättsliga området. Enligt honom visade detta område att särskilt dansk skadeståndsrätt går långt beträffande skyddet för en förbigående anbudsgivare trots att ett sådant skydd inte har tungt vägande skadeståndsrättsliga grunder som talar för ett ansvar. Det kunde nämligen enligt honom ifrågasättas varför skattebetalarna i situationer där myndigheten har gjort fel och valt den näst bästa anbudsgivaren i tillägg till den avtalade kontraktssumman till den som har fått avtalet skall betala ersättning för den förbigångne anbudsgivarens uteblivna vinst, trots att risken för sådan ersättningsskyldighet inte synes ha ett väsentligt inflytande över myndigheters agerande. Enligt advokat Offersten lämpar sig här möjligen straffliknande

sanktioner bättre än ett ansvar för ren förmögenhetsskada.

Advokat *René Offersen* och referenten diskuterade också beviskravets betydelse för bestämningen av ersättningens omfattning. De var här eniga i att det framgår av rättspraxis att bl.a. allvaret i den skadegörande handlingen kan ha betydelse för hur ersättningen bestäms.

Professor *Palle Bo Madsen* tog upp frågan om det EU-rättsliga regelverket kräver att man tar hänsyn till att reglerna får en effektiv verkan. Vid brott mot de konkurrensrättsliga reglerna ställs det möjligen upp ett krav på offentligrättsliga effektivitetshänsyn. Om sådana hänsyn skall tas vid brott mot de konkurrensrättsliga reglerna är frågan om sådan hänsyn också gäller mer allmänt för att säkra effektiviteten i offentligrättsliga regler. Ett exempel där det kunde finnas anledning att ställa den frågan rör ansvaret för sådana offentliga tjänster som besiktning av bilar (jfr U 1976.219 Ø, behandlat i referatet). Enligt exemplet kunde privatiseringen av uppgiften att besikta bilar möjligen tala för att den besiktande får ett ansvar för skador som drabbar köpare av en bil som inte borde ha godkänts i en besiktning. Möjligen kunde man enligt professor Madsen fråga sig om sådana effektivitetshänsyn kunde komplettera de traditionella faktorer som man tar hänsyn till vid bestämning av om ersättning för ren förmögenhetsskada skall utgå eller inte.

Korreferenten efterlyste i de avslutande kommentarerna mer resonerande domskäl från de högsta domstolarna i de nordiska länderna eftersom det är där den viktigaste utvecklingen torde kunna ske inom detta område.

## Injurieturisme

Referent: Konsulent *Ketilbjørn Hertz*, Danmark  
Koreferent: Justitierådet *Göran Lambertz*, Sverige  
Debattleder: Jurist *Margrét Magnúsdóttir*, Island

Referentens referat, se bind 1 s 157–74

Referenten, konsulent *Ketilbjørn Hertz*. Danmark:

### Injurieturisme

Som andre sammensatte navneord med andetledet «turisme» er ordet ikke venligt ment.

Jeg behøver bare at nævne ord som «abortturisme», «studiestøtteturisme», for ikke at tale om «jihadturisme».

Men der er stor forskel på hvor slemme de forskellige «-turismer» er.

Hvis man ikke er totalmodstander af abort, vil man vel naturligt se abortturisme som et nødvendigt onde der skyldes at mulighederne for abort er forskellige i forskellige lande. Altså som noget man ikke kan eller bør gøre noget ved gennem regler.

Studiestøtteturisme vil nogle formentlig se som et potentielt misbrug der bør dæmmes op for gennem passende værnsregler.

Endelig nærmer vi os med jihadturisme det kriminelle område.

Men hvor på denne meget forenkede skala skal vi så placere injurieturisme?

Er der tale om noget vi må lære at leve med, noget vi skal forsøge at værne os mod, eller er injurieturisme ligefrem kriminelt?

Jeg har ikke det endelige svar på dette spørgsmål, men jeg håber at vi efter vores debat i dag vil være kommet lidt nærmere et svar.

Jeg vil i de kommende ca. 10 minutter kort præsentere mit referat om injurieturisme, hvor fokus særligt er på de internationalprivatretlige aspekter, dvs. lovvalg, værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme.

I referatet afgrænser jeg først emnet ud fra de senere års debat om fænomenet «injurieturisme» og giver dernæst en generel oversigt over de vigtigste regelområder af betydning for emnet. Jeg tager udgangspunkt i at «injurieturisme» sprogligt indikerer en rejse, og at fænomenet derfor bør afgrænses til tilfælde hvor en person anlægger retssag om ærekrænkelse uden for sit hjemland.

Desuden præsenterer jeg i referatet de gældende regler om lovvalg, værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme som baggrund for diskussionen.

Herefter tager jeg udgangspunkt i fire spørgsmål hvis besvarelse leder frem til fire teser.

Det første spørgsmål er: Er injurieturisme et problem?

Er det et problem at en person anlægger retssag om ærekrænkelse uden for sit hjemland?

Efter min opfattelse er det i hvert fald ikke et problem hvis sagen anlægges i sagsøgtes

hjemland. Det er nemlig et grundlæggende princip at retssager som udgangspunkt skal anlægges i sagsøgtets hjemland.

I princippet burde det heller ikke være et problem hvis en person anlægger retssag om ærekrænkelser i et land hvor den pågældendes ære er blevet krænket.

Spørgsmålet er dog hvordan det skal afgøres hvor en persons ære er blevet krænket. Problemet er at ærekrænkelser i udgangspunktet er en immateriel krænkelser der kan være meget vanskelig at lokalisere.

Hvis den person der mener sig krænket, har lidt et økonomisk tab som følge af ærekrænkelser, vil tabets placering kunne give den nødvendige lokalisering.

Den immaterielle ærekrænkelser som sådan for hvilken der kræves økonomisk godtgørelse uden sammenhæng med et økonomisk tab, kan desuden uden større vanskelighed henføres til den krænkedes bopælsland. Derimod er det meget vanskeligt entydigt at henføre en sådan immateriel skade til et andet land.

Summa summarum kan det derfor siges at være problematisk hvis en person anlægger sag i et land hvor hverken sagsøgeren eller sagsøgte har hjemme, om godtgørelse for ikke-økonomisk skade i anledning af en ærekrænkelser.

Spørgsmålet er herefter om dette forekommer i praksis i Europa i dag? Ser man på hvilke eksempler juridiske forfattere der har ytret sig kritisk om injurieturisme, har henvist til, må svaret blive et forsigtigt ja.

Jeg har i referatet gennemgået en række eksempler på sager som kritikere af injurieturisme har henvist til.

Der er efter min opfattelse kun dokumenteret få reelle tilfælde af injurieturisme.

Det bekræftes af en undersøgelse af de injuriersager der blev anlagt i England i 2009. Ud af mere end 200 sager var der kun 3 sager hvor hverken sagsøgeren eller sagsøgte havde adresse i England.

Min samlede konklusion er på den baggrund at injurieturisme er et problem i Europa i dag, men ikke et stort problem.

Det var det første spørgsmål. Det andet spørgsmål er: Er der behov for fælles europæiske lovvalgsregler om ærekrænkelser?

Som jeg nærmere har redegjort for i referatet, er der i dag ingen fælles regler i Europa om lovvalg i sager om ærekrænkelser.

End mindre er der fælles materielle regler om ærekrænkelser i Europa, men det er dog værd at bemærke at Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10 fungerer som en fælles europæisk begrænsning i hvornår og hvordan der kan gribes ind over for ærekrænkelser.

Som jeg nærmere gennemgår i referatet, fremhæves England ofte som et land hvis lovgivning stiller den der hævder at være udsat for en ærekrænkelser, særligt gunstigt. Som det også fremgår af referatet, er det imidlertid min opfattelse at den angiveligt "gunstige" retstilstand for den der mener sig krænket, ikke alene eksisterer i England, men også i Danmark og – vil jeg tro – ganske mange andre europæiske lande, herunder formentlig de øvrige nordiske lande.

Derimod er der store og væsentlige forskelle mellem eksempelvis England og Danmark når det gælder udmålingen af godtgørelse for ikke-økonomisk skade i anledning af ærekrænkelser. Endvidere er der store og væsentlige forskelle når det gælder størrelsen af sagsomkostninger. I begge henseender ligger England langt over det danske niveau.

Min samlede konklusion er på den baggrund at det ikke mindst hvad angår størrelsen

af en godtgørelse for ikke-økonomisk skade kan have stor betydning for resultatet efter hvilket lands lovgivning sagen afgøres.

Da injurieturisme forekommer i et vist omfang – og må forventes fortsat at forekomme i et vist omfang – vil det derfor også være hensigtsmæssigt at harmonisere lovvalgsreglerne om ærekrænkelser i EU.

Det var det andet spørgsmål. Det tredje spørgsmål er: Fungerer de fælleseuropæiske værnetingsregler tilfredsstillende i sager om ærekrænkelser?

Rationalet bag de gældende regler er at når en skadetilføjelse er foregået i et givet land, bør retssag om erstatning uden for kontrakt kunne anlægges i dette land.

I alle tilfælde hvor den der har ytrret sig, har rettet sin udtalelse mod et bestemt land eller mod en bestemt gruppe af lande, er det efter min opfattelse kun rimeligt at den pågældende kan holdes ansvarlig for indholdet af udtalelsen ved domstolene i det eller de pågældende lande. Dette er også gældende ret.

Det virkelig vanskelige spørgsmål angår kommunikation via internettet der ikke er rettet til en eller flere bestemte personer, og hvor modtageren af kommunikationen på et af denne valgt sted og tidspunkt selv henter oplysninger som afsenderen forinden har lagt ud på internettet.

Det er let at angive de to grundlæggende hensyn som begge er meget stærke. Hensynet til ytringsfriheden tilsiger at man bør kunne ytre sig på internettet uden at skulle risikere at stå til ansvar efter lovgivningen i samtlige lande på jorden alene fordi ens ytring rent teknisk er tilgængelig i alle lande. Samtidig tilsiger hensynet til et effektivt personværn at man ikke bør kunne slippe for ansvar for personkrænkelser ved at benytte sig af internettets muligheder for at gøre oplysninger tilgængelige hurtigt og billigt på servere i lande hvor det kan være svært eller umuligt for en person der mener sig krænket, at opnå retfærdighed.

Det vanskelige er at finde frem til den rette afvejning mellem disse to diametrale modsatte hensyn.

Som nævnt giver de gældende regler mulighed for at anlægge retssag om en ærekrænkelser ved retten på det sted hvor skadetilføjelsen er foregået.

I sager om ærekrænkelser på internettet betyder det ifølge EU-domstolens dom i eDate- og Martinez-sagerne at retssag kan anlægges enten i den stat hvor den der er ophavsmand til den angiveligt krænkende ytring, er etableret, eller i den stat hvor den der mener sig krænket, har centret for sine interesser. Lidt forenklet er der således mulighed for at anlægge retssag i enten sagsøgerens eller sagsøgtens land, hvilket efter min opfattelse er uproblematisk.

Hertil kommer dog ifølge EU-domstolens dom i eDate- og Martinez-sagerne en yderligere mulighed, nemlig at anlægge retssag i enhver stat hvor den ærekrænkende ytring er eller har været tilgængelig på internettet, for så vidt angår den skade der er indtrådt i den pågældende stat. Som tidligere nævnt er det imidlertid meget vanskeligt entydigt at henføre en immateriel skade til et andet land end det land hvor den der mener sig krænket, har centret for sine interesser.

Sammenfattende mener jeg at de gældende fælleseuropæiske værnetingsregler som fortolket af EU-domstolen fører til rimelige resultater i sager om ærekrænkelser som sker på anden måde end gennem internettet, og som udgangspunkt også fører til rimelige resultater i sager om ærekrænkelser på internettet. Dog burde der ikke i sager om ærekrænkelser på internettet være mulighed for at anlægge retssag i et land hvor hverken sagsøgeren eller sagsøgte har hjemme.

Det var det tredje spørgsmål, og jeg er hermed nået til det fjerde og sidste spørgsmål:



Bør sager om ærekrænkelse undtages fra de fælleseuropæiske regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske retsafgørelser?

Jeg vil her tillade mig at gøre det kort og i øvrigt henvise til referatet.

Afhensyn til tiden vil jeg springe direkte til konklusionen, som er at der intet grundlag er for at undtage domme i sager om ærekrænkelse fra de fælleseuropæiske regler om gensidig anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme.

Jeg er hermed nået til afslutningen af min indledning. Jeg takker for opmærksomheden og ser frem til en levende debat.

\*\*\*

Koreferenten, justitierådet *Göran Lambertz*, Sverige:

## 1. Inledning

I den ursprungliga presentationen av detta ämne – «injurieturisme» eller på svenska «förtalsturism» – ställde arrangörerna fem frågor. Frågorna utgick från att det kan vara ett problem att våra medier kanske inte är tillräckligt skyddade mot att bli angripna i andra länders domstolar.

De frågor som ställdes var dessa:

1. Bör den som känner sig kränkt av yttranden som framställs i ett land kunna resa till ett annat land och där väcka en talan på grund av förtal med anledning av yttrandena?
2. Bör det för givna fall uppställas mera precisa kriterier för när ett yttrande kan sägas ha medfört eller kunna medföra skada i ett annat land än det land där yttrandet har framförts?
3. Finns det behov av att undanta förtalsmål från reglerna om domstolarnas kompetens över landgränserna?
4. Bör domar i förtalsmål även fortsättningsvis omfattas av reglerna om ömsesidigt erkännande och verkställighet?
5. Bör problemställningen lösas via ändrade regler om lagval i skadeståndsmål snarare än via reglerna om domsrätt och ömsesidigt erkännande?

De angrepp man kan tänka sig är dels *straffrättsliga* (alltså att det väcks åtal), dels *skadeståndsrättsliga* (alltså att den som har publicerat yttrandena stäms på skadestånd), dels också *förbudsrättsliga* (alltså att den som anser sig förtalad begär att yttrandena ska förbjudas eller avlägsnas). Eftersom skadeståndsrätten är i praktiken klart intressantast och viktigast är frågorna inriktade på den. Referenten, Ketilbjørn Hertz, har också hållit sig i allt väsentligt till skadeståndsrätten. Så gör även jag.

Referenten har också valt ett i allt väsentligt *internationellt privaträttsligt* angreppssätt. Frågorna har också främst den inriktningen, och det är fullt befogat. Men ser vi närmare på de frågor som har ställts ser vi att fråga 1 också är i hög grad *rättspolitisk*: Bör man kunna väcka talan i ett annat land än det land där yttrandet fälldes eller det land där man själv bor? Vi ser också att frågorna 2 och 5 är delvis *skadeståndsrättsliga*. Hela problemkomplexet är dessutom *yttrandefrihetsrättsligt*, liksom det är *integritetsrättsligt*. Och det handlar i hög grad om konflikten mellan dessa båda intressen: yttrandefriheten och den personliga integriteten.

Huvudfrågan för mig är: *Hur bör den ip-rättsliga regleringen se ut? Bör den*

*motverka förtalsturism eller inte?* Och det är framför allt reglerna om domsrätt och lagval som är av betydelse.

En grundfråga när det gäller den internationella privaträtten är, här som ofta annars: Ska den vara värdeneutral eller inte? Ska den förhålla sig neutral i konflikten mellan yttrandefrihet och integritetsskydd? Eller ska de ip-rättsliga reglerna på något sätt *ta ställning*, antingen för publicisterna (yttrandefriheten) eller för de personer som påstår sig bli förtalade (integritetsskyddet)? Ska den internationella privaträtten förskjuta balansen i intresseavvägningen, eller ska de ställningstaganden som de olika länderna gör genom sina materiella regler om yttrandefrihet, integritetsskydd och skadestånd slå igenom fullt?

## 2. Ett exempel att utgå från i diskussionen

Referenten nämner några exempel där frågan om förtalsturism har aktualiserats. Men som han själv säger är det inte något fall som är riktigt rent och bra. Jag känner till tre olika svenska fall förutom det med sällfångsinspektören Odd Lindberg som nämns i referatet. Det är för det första ett ganska gammalt fall om den svenska s.k. Boforsaffären och anklagelser i Dagens Nyheter som de anklagade (som var från Indien) ville ta upp inför engelsk domstol. Det är ett annat fall där Expressen år 2012 hotades med stämning inför engelsk domstol. Och det är ett fall där piloter från Ryanair berättade om förhållandena i företaget för en svensk liten tidning, Södermanlands Nyheter, och där den irländske vd:n hotade med stämning i Irland. Inte i något av dessa fall blev det någon domstolstvist. Man bör därför kunna säga – och instämma med referenten i det avseendet från svensk sida – att förtalsturism inte är något stort problem. Det har dock uppmärksammats av medierna och av svenska TU, tidningsutgivarna.

Jag, referenten och debattledaren har kommit fram till att det kan vara bra om vi i vår diskussion har ett någorlunda praktiskt exempel att utgå från ibland. Jag vill därför formulera ett sådant tänkt exempel och även upprepa våra huvudfrågor så att de knyter an till exemplet. Därefter går jag in lite grand på de olika frågorna och säger vad jag tycker om referentens teser. Och jag avslutar med att föra fram mina egna teser.

Här kommer exemplet. Jag har valt att koppla det till det medium som i dag får anses erbjuda de praktiskt sett största problemen när det gäller förtal och privatlivskränkningar. Det handlar om en person som bloggar på internet och vars verksamhet är helt eller delvis journalistisk.

Antag att Arne är verksam i något av de nordiska länderna och bedriver bl.a. journalistisk verksamhet på sin blogg med relativt många läsare. I ett inlägg på bloggen skriver han en kritisk text om Belinda, en kvinna som är född och uppväxt i samma nordiska land som Arne men som numera bor i England och har en ganska omfattande affärsverksamhet i Frankrike med viss försäljning i alla EES-stater. Arne berättar bland annat att Belinda dömdes för bedrägeri för tio år sedan (vilket är sant), att hon har två spruckna äktenskap bakom sig (också sant) och att hon enligt anställda i det företag som hon driver gör sig skyldig till omfattande fusk med skatten genom anlitande av svart arbetskraft. Texten är skriven på språket i Arnes nordiska hemland men med korta sammanfattningar på engelska och franska. Ett fotografi på Belinda finns vid blogginlägget.

När Belinda får kännedom om inlägget vänder hon sig till en advokat för att åstadkomma en så kraftfull reaktion som möjligt mot Arne. Hon vill få honom dömd för förtal (uppgiften om det gamla bedrägeriet och påståendet om skattefusk) och privatlivskränkning

(uppgiften om de två spruckna äktenskapen och fotografiet). Och hon vill få ett så stort skadestånd som möjligt. Belinda menar att hon har skadats ideellt och ekonomiskt i alla de länder där företagets produkter säljs genom att människor där har kunnat läsa inlägget. Hon vill också stoppa fortsatt publicering och ställa till så mycket besvär som möjligt för Arne.

För att hålla det straffrättsliga borta från diskussionen antar vi att Arne åtalas i sitt nordiska verksamhetsland för förtal/ärekränkning för att ha spritt uppgiften om det tio år gamla bedrägeriet och påståendet om skattefusk. Något åtal för kränkning av privatlivet blir det inte. Åtal i något annat land är inte aktuellt.

Med de utgångspunkter vi har finns det två huvudfrågor. Dessutom finns det två "extrafrågor" som vi bara berör kort:

1. Bör Belinda kunna väcka skadeståndstalan i England och dessutom i alla andra EES-länder? Vad är gällande rätt? Behövs det särskilda regler om domsrätt för förtalsmål?
2. Vilket lands lag bör gälla när Belinda väcker skadeståndstalan? Bör det tillskapas en särskild lagvalsregel för förtalsmål?
3. Bör en dom till Belindas förmån behandlas enligt särskilda regler om erkännande och verkställighet eller enligt de allmänna reglerna?]
4. Kan Belinda få domstolsutslag i ett annat land på att inlägget ska tas bort från Arnes blogg? Måste han i så fall ta bort det?]

En särskild fråga är vad vi egentligen ska avse med begreppet injurieturisme (förtalsturism). Ketilbjørn Hertz definierar injurieturisme som «sådana fall där en person väcker talan om ärekränkning utanför sitt hemland». Det är ju en ganska vidsträckt definition. Ordet «turism» får oss kanske snarare att tänka oss att käranden reser runt i olika länder och öppnar processer eller åtminstone försöker föra sin process i något land där det är särskilt gynnsamt att föra den.

### 3. Är domsrätten alltför vidsträckt?

I dag gäller för Danmark, Sverige och Finland Bryssel I-förordningen om svaranden har hemvist i ett EU-land och Luganokonventionen om svaranden har hemvist i Norge, Island eller Schweiz. I Norge och Island gäller Luganokonventionen. Det innebär för mål om skadestånd på grund av t.ex. förtal att talan kan väckas vid domstolen i den ort där skadan *inträffade eller kan inträffa* (se artikel 5.3 i Bryssel I-förordningen).

Frågan hur bestämmelsen i Bryssel I-förordningen ska tolkas vid talan om skadestånd på grund av förtal eller privatlivskränkning har behandlats i målen *eDate och Martinez*, EU-domstolens dom den 25 oktober 2011 i förenade målen C509/09 och C161/10. Som Ketilbjørn Hertz skriver i avsnitt 3 i sitt referat kan man lite förenklat säga att domstolarna i följande länder har domsrätt:

1. Den skadelidandes land.
2. Svarandens land.
3. Varje land där yttrandet har varit tillgängligt på internet såvitt gäller den skada som påstås ha uppstått i landet i fråga.

Det här betyder att talan i vårt exempel kan väckas i det nordiska landet (1), England (2) och alla andra EES-länder där skada påstås ha uppstått genom publiceringen (3).

Och därmed är vi inne på den viktigaste rättspolitiska frågan: Bör det vara så som nu har sagts, eller innebär rättsläget en alltför stor möjlighet att väcka talan långt bort från

bloggaren? Utgör denna möjlighet till «förtalsturism» ett problem?

Frågan är vad som är rimligt. Det kan för det första knappast ses som ett problem om Belinda väcker talan i det nordiska landet. Från Arnes synpunkt är det inget annat än naturligt att få svara i sitt eget land. Så det är okontroversiellt. Frågan är sedan om Belinda ska få föra talan i sitt eget land, England. Inte heller det kan rimligen betecknas som turism eller vara oacceptabelt från någon annan synpunkt. Så säger också referenten.

Hur är det då med de andra EES-länderna? Är det rimligt att Belinda får dra Arne inför domstolarna där för att kunna få skadestånd för den skada hon kan ha lidit i de länderna? Att hon ibland kan tjäna på det – om det inte bara handlar om att trakassera motparten – kan bero på att reglerna där är mer gynnsamma för den skadelidande. Det kan handla om skadeståndsrätten, processrätten eller reglerna om skyldighet att avlägsna kränkande yttranden.

Ketilbjørn Hertz säger att förtalsturism är ett problem i den mån det förs talan om skadestånd för icke-ekonomisk skada med anledning av ärekränkning i ett land där varken käranden eller svaranden har hemvist. Jag håller med om detta. Från yttrandefrihetsrättslig synpunkt kan det dock diskuteras om det är rimligt att en tidning eller en bloggare ska behöva svara i många andra länders domstolar ens när det gäller ekonomisk skada. Vårt exempel visar att en sådan talan är en fullt realistisk möjlighet. En sådan domsrätt gör att det finns ett behov av kunskap om i princip alla de länders lagar som kan bli berörda. Och kostnaderna för processer i många länder kan bli mycket höga. Mot den bakgrunden kan man undra om det verkligen ska räcka som anknytningsfaktum, ens när det gäller ekonomisk skada, att människor i landet har möjlighet att ta fram yttrandena på internet och att det därigenom kan uppstå en skada på grund av att de möjliga läsarna känner missaktning för Belinda.

Jag menar att domsrätten i dag är alldeles för vidsträckt, att den ger Belinda alltför stora möjligheter att trakassera Arne med mål på många olika håll. Särskilt för den publicistiska friheten på internet är detta en klart hämmande faktor.

Referenten har – åtminstone i huvudsak – samma uppfattning som jag på den här punkten när det gäller publicering på internet. Han föreslår att man gör åtskillnad mellan olika publiceringsformer (referatet s. 168) och menar beträffande publicering på internet att enbart domstolarna i den skadelidandes land och i svarandens land bör ha domsrätt (s. 172). När han i sin tes 3 säger att de gemensamma europeiska jurisdiktionsreglerna fungerar i stort sett tillfredsställande i ärekränkningssaker gäller denna tes alltså inte för internetpubliceringar. Där är han kritisk.

Till saken hör att den som arbetar med publicistisk verksamhet har ett stort behov av klarhet och förutsebarhet. Det påpekar också referenten. Att inte veta om man kan bli stämd i många länder för vad man skriver på internet är nästan lika illa, som hämmande faktor, som att faktiskt bli det. Behovet av klarhet och förutsebarhet kan knappast uppfyllas när det gäller den materiella skadeståndsrätten i de många olika länderna. Därför är det särskilt viktigt att den internationella privaträtten är så klar och förutsebar som möjligt.

Hur bör det då vara? Enligt min mening bör jurisdiktionsreglerna ändras så att talan kan väckas i endast ett land. Och det bör vara, efter kärandens val, den skadelidandes land, svarandens land eller det land där skadeverkningarna påstås ha varit störst. Jag menar att den tredje möjligheten bör finnas med. Vårt exempel visar att skadeverkningarna mycket väl kan vara störst i ett tredje land och att det kan vara mycket lämpligt att en process kan föras där. Det skulle också stämma med det som enligt min mening vore en lämplig lagvalsregel.

#### **4. Behövs det särskilda regler om lagval (rettsvalg) för mål om förtal?**

Antag att Belinda väcker talan i England och att skadestandsreglerna i engelsk rätt är förmånliga för henne. Frågan är då för det första om enligt gällande internationell privaträtt engelsk lag ska tillämpas vid bestämmande av skadestånd. Och för det andra är frågan hur det bör vara; finns det kanske anledning att införa särskilda lagvalsregler för mål om förtal?

På den här punkten är Ketilbjørn Hertz uppfattning att det behövs lagvalsregler. Som han säger gäller inte de regler som finns i Rom II-förordningen. Det görs nämligen ett särskilt undantag i artikel 1.2 g för: «utomobligatoriska förpliktelser som har sin grund i kränkning av privatlivet eller personlighetskyddet, inberäknat ärekränkning». Det är ett undantag som tillkom efter hårt arbete från framför allt mediernas sida, inte minst svenska medier.

Och vad gäller då? Det är något osäkert. En allmän princip för skadeståndsanspråk är att lex loci delicti (lagen på platsen för skadan) ska tillämpas, men principen har omfattande undantag och lagvalsfrågan torde ofta få bedömas som osäker. Dessutom vet vi inte i vad mån de olika länder som kan få frågan under prövning gör samma bedömning. Fullt möjligt är nog att många av länderna kommer att tillämpa sin egen lag som «skadans lag» och att därmed många olika länders materiella skadeståndsrätt blir aktuell. Det framstår som en mindre lämplig lösning.

Den nu aktuella frågan har getts en ingående behandling i Lars Anders Heimdals doktorsavhandling *Rettsvalg ved erstatning for krenkende ytringer*. Heimdals föreslår en fast lagvalsregel (s. 327 f.) som utgår från principen om starkaste anknytning och vad parterna generellt har anledning att förvänta sig. Huvudregeln enligt hans förslag är att man ska tillämpa lagen i den stat där skadeverkningarna inträder. Om skadeverkningar inträder i flera stater, ska man tillämpa lagen i den stat där skadeverkningarna är störst eller kan väntas bli störst. Detta ska presumeras vara lagen i den stat där den person som påstår sig ha blivit kränkt har sitt hemvist. I vissa undantagsfall ska man tillämpa lagen i den stat där den skadegörande handlingen har utförts eller en annan stat som kränkningen har en uppenbart starkare anknytning till.

Jag tycker att Lars Anders Heimdals förslag är bra med den reservationen att regeln möjligen lämnar alltför stort utrymme för tvistande i lagvalsfrågan. Jag tror det är bäst att förenkla bestämmelsen så att i varje fall det andra undantaget tas bort. Det skulle innebära att regeln innehåller en presumtion för lagen i det land där skadeverkningarna är störst men med möjlighet för den som har publicerat yttrandena att i vissa fall få dem bedömda enligt den egna lagen.

#### **5. Behövs det särskilda regler om erkännande och verkställighet av domar?**

Enligt referenten finns det inte anledning att införa särskilda regler om erkännande och verkställighet av domar om skadestånd på grund av förtal. Jag håller med om detta och ser inte tillräcklig anledning att här utveckla skälen.

#### **6. Beslut om publiceringsförbud eller avlägsnande**

Kan Belinda få ett domstolsutslag på att inlägget ska tas bort från Arnes blogg? Borde hon kunna få det, eller inte? Här nämner jag dessa frågor med endast ett par mycket korta kommentarer.

Jag känner inte till i vad mån berörda länder har bestämmelser som gör det möjligt att få ett domstolsutslag om att yttranden som innehåller förtal ska avlägsnas. I Sverige har vi det beträffande tidningar och andra grundlagsskyddade medier. Men när det gäller inlägg på internet i allmänhet finns inte någon sådan bestämmelse. Jag gissar att det förhåller sig likadant i de andra nordiska länderna.

Man kan kanske fråga sig om e-handelsdirektivets artikel 3.2 sätter stopp för att andra länder än ursprungslandet förordnar om avlägsnande. Bestämmelsen lyder:

«Medlemsstaterna får inte av skäl som omfattas av det samordnade området begränsa den fria rörligheten för de av informationssamhällets tjänster som har ursprung i en annan medlemsstat.»

Detta ser ut att innebära att exempelvis Tysklands domstolar inte får förordna om avlägsnande från internet av ett yttrande som har sitt ursprung i t.ex. Danmark. Men då glömmer man en sak, nämligen att e-handelsdirektivet gäller bara för tjänster som normalt utförs mot betalning (artikel 2 a). När det gäller yttranden som är en del av en tjänst som det inte tas betalt för – som normalt är fallet med exempelvis en blogg – lägger direktivet inte något hinder i vägen för ett förordnande om avlägsnande eller ett förbud mot publicering i framtiden. Det innebär att frågan om erkännande och verkställighet av ett sådant förordnande eller förbud meddelat i en domstol i ett annat land är högst aktuell.

## 7. Avslutning med teser

Normalt bör den internationella privaträtten vara värdeneutral i konflikter mellan olika intressen. Men när det gäller konflikten mellan yttrandefrihet och integritetsskydd i mål om förtal är det inte lämpligt att försöka upprätthålla en sådan värdeneutralitet. Det beror på att yttrandefriheten behöver den internationella privaträttens stöd mer än integritetsskyddet gör det. Och det beror i sin tur på att effekterna för den vars yttranden kan spridas till många länder blir mycket besvärliga om inte den internationella privaträtten i någon mån sätter stopp för förtalsturism.

De internationellt privaträttsliga reglerna bör därför vara så utformade att de skyddar publicistisk verksamhet mot alltför långtgående jurisdiktion för länder där skadeverkningar har uppstått. Det gäller även om det skulle innebära att enskilda ibland inte får allt det skadestånd som de skulle vara berättigade till enligt lagarna på skadeorterna.

Avslutningsvis ska jag ange mina egna teser. Jag gör det i anslutning till referentens fyra:

1. Referenten: Förtalsturism är ett problem i den mån det förs talan om skadestånd för icke-ekonomisk skada med anledning av ärekränkning i ett land där varken käranden eller svaranden har hemvist.  
Min tes: Förtalsturism kan potentiellt vara ett betydande problem i Europa.
2. Referenten: Det finns behov av europeiska lagvalsregler om ärekränkning.  
Min tes: Instämmer. Det bör vara en presumtion för lagen i det land där skadeverkningarna är störst.
3. Referenten: De gemensamma europeiska jurisdiktionsreglerna fungerar i stort sett tillfredsställande i ärekränkningsaker.  
Min tes: Jurisdiktionsreglerna bör ändras så att talan kan väckas i endast ett land, efter kärandens val. Det bör vara den skadelidandes land, svarandens land eller det land där skadeverkningarna påstås ha varit störst.

4. Referenten: Det finns inte anledning att undanta domar om ärekränkning från de gemensamma europeiska reglerna om ömsesidigt erkännande och verkställighet.  
Min tes: Samma som referenten. Ett frågetecken gäller dock för förordnanden om att yttranden ska avlägsnas eller förbud mot framtida publicering.

\*\*\*

#### Oppsummering av debatten ved redaksjonen:

Etter referentens og koreferentens innlegg kom det en rekke innlegg fra salen med merknader og eksempler til tesene og antitesene. Det ble under diskusjonen pekt på betydningen av lovvalgsspørsmålet, og ikke så mye på spørsmålet om ulikheter i de materielle regler, da den europeiske menneskerettskonvensjonen var en generell ramme i Europa. Det ble også vist til betydningen av regelutviklingen innenfor EU med sikte på grenseoverskridende rettergang i sivile saker og straffesaker.

Åpenhet og trygghet i Norden etter erfaring med terror-  
handlinger



## Åpenhet og trygghet i Norden etter erfaring med terrorhandlinger

Referent: Sjef for Politiets sikkerhetstjeneste *Benedicte Bjørnland*, Norge  
Paneldeltakere: Tidligere justitsminister *Ragna Árnadóttir*, Island  
Generaldirektør för Migrationsverket *Anders Danielsson*, Sverige  
Høyesteretspræsident *Børge Dahl*, Danmark  
Vicehäradsövding *Kimmo Sasi*, Finland  
Debattleder: Tidligere høyesterettsdommer *Georg Fredrik Rieber-Mohn*, Norge

Referentens referat, se bind 1 s 31–46

Referenten, sjef for Politiets sikkerhetstjeneste *Benedicte Bjørnland*, Norge:

Jeg er blitt utfordret til å skape diskusjon rundt spørsmålet om vi kan bygge et vern mot terrorhandlinger uten at det går utover andre verdier, og vil i det følgende presentere et par hovedteser, som kan danne utgangspunkt for debatt.

Innledningsvis finner jeg det imidlertid naturlig å knytte noen få kommentarer til et spørsmål som ble grundig belyst av 22. juli kommisjonen – nemlig om PST kunne avverget terrorhandlingen som rammet Norge 22. juli 2011?

De tragiske hendelsene denne dagen avdekket at den potensielle trusselen fra enkeltpersoner som opererer helt alene er høyst reell, og samtidig vanskelig å avdekke.

PSTs hovedoppgave er å forebygge terrorhandlinger i Norge, og vi jobber hver eneste dag for å forhindre at det skal skje. Terrorangrepet 22. juli 2011 kom likevel overraskende på PST.

Gjerningsmannen hadde over lang tid bygget kapasitet i form av våpen, utstyr og eksplosiver, uten at sporene han etterlot ble satt i sammenheng med forberedelser til en terrorhandling. PST hadde mottatt opplysninger om gjerningsmannen ved ett tilfelle – navnet fremgikk av en liste over mulige mistenkelige valutatransaksjoner. 22. juli kommisjonen konkluderte med at en grundigere saksbehandling av tipset mest sannsynlig ikke ville avdekket ytterligere opplysninger som hadde satt oss på sporet av terrorplanlegging. Skulle PST ha avdekket terrorplanleggingen, og forhindre terroraksjonen 22. juli, måtte PST ha fått ett eller flere vesentlige tips som kunne sette oss på sporet av gjerningsmannens forberedelseshandlinger. Imidlertid påpekte 22. juli-kommisjonen en rekke forbedringsområder i PST knyttet til kompetanse, ledelse og organisasjonskultur – men altså uten at man fant grunn til å kritisere PST for ikke å ha oppdaget Breivik i forberedelsesfasen.

Dette bringer meg videre til en av mine hovedpåstander i denne debatten, nemlig: forebygging av terrorhandlinger er et felles samfunnsansvar.

I løpet av de siste årene har terrortrusselbildet utviklet seg i negativ retning. Radikaliseringsarenaene er blitt flere, og et all-europeisk og grenseoverskridende trusselbilde har vokst frem. De nordiske landene står i dag overfor nye og store utfordringer blant annet

grunnet en økning av antall personer som har deltatt i kamphandlinger i utlandet, såkalte fremmedkrigere.

En sikkerhetstjeneste har til ansvar å definere terrortrusler, oppdage terrortrusler, forebygge terrorhandlinger og avbryte planlagte terrorangrep. PST sitt ansvar er å hindre at en person som har vilje til å bruke vold for å oppnå et politisk mål utfører en terrorhandling. På det tidspunkt hvor vi starter vårt forebyggende arbeid er en person ofte i slutten av en radikaliseringsprosess. Samfunnet gjør ikke god nok jobb når personer ikke blir fanget opp før de er "ferdig radikaliserede", med en potensiell vilje og evne til å benytte vold. Skal vi lykkes med å forhindre terrorhandlinger må samfunnet gripe inn på et tidlig tidspunkt. Prosessen som fører til radikalisering og vilje til å benytte vold berører flere samfunnsaktører, og spenner over et bredt spekter av myndighetsområder. Tidlig innsats fra flere aktører med mål om å motvirke at en person velger vold for å nå sine mål, er helt nødvendig. Å forebygge terror betyr at man må motarbeide radikalisering av individer helt i starten av et radikaliseringsløp. Jeg sikter her til viktigheten av å motvirke eksempelvis mobbing, diskriminering og arbeidsløshet. Viktige aktører er lokale kommuner med skole, barnevern, helsevesen, NAV og lokalt politi. Det er min påstand at samfunnet som helhet må engasjere seg mer i det primærforebyggende arbeidet – mao før det tilligger PST å involvere seg. PST verken kan eller skal være en førstelinjetjeneste.

Samhandling i terrorbekjempelsens ånd fordrer imidlertid informasjonsdeling på tvers av myndighetsorganer, offentlige sektorer og private aktører. Det er liten tvil om at samhandling slik jeg her sikter til vil utfordre personvernet. Det er likevel min mening at det er nødvendig.

For å bygge et vern mot terror må virkemiddelporteføljen speile utviklingen i samfunnet og trusselbildet. Det er min påstand at datalagring er et nødvendig virkemiddel for å lykkes i kampen mot terror.

Teletilbydere vil i fremtiden trolig lagre data i en kortere periode enn hva de gjør i dag, ettersom lagringsplikten kun knyttes til forretningsmessige behov. Det vil ha den uheldige konsekvens at vi vil kunne miste et av de mest nyttige verktøyene som PST har. Jeg er av den oppfatning at det haster med å innføre bestemmelser om lagringsplikt for teledata.

Ingen av de nordiske landene plikter å gjennomføre datalagringsdirektivet etter at det ble kjent ugyldig av EU-domstolen. Endringer i det norske lovverket om at tilbydere av teletjenester skal lagre teledata, som var tenkt implementert neste sommer, er satt på vent.

Planlegging, organisering og utførelse av terrorhandlinger pågår ofte i lang tid, og informasjon om kontaktnett og bevegelsesmønstre kan være avgjørende for å avdekke slik virksomhet. Terrorhandlinger planlegges og gjennomføres på tvers av landegrenser, og tilgang til teledata har en vesentlig verdi for det internasjonale samarbeidet, både i og utenfor Nordens grenser.

Jeg vil belyse dette med et generelt eksempel. Dersom PST blir varslet om at et norsk telefonnummer har vært i kontakt med et telefonnummer i utlandet som knyttes til terrorrelatert virksomhet, er det nødvendig å kunne avdekke hvilken tilknytning vedkommende kan tenkes å ha til den personen som disponerer det utenlandske telefonnummeret. Er det grunn til å undersøke om en fremtidig straffbar handling er under forberedelse, og vilkår for innhenting av teledata er oppfylt, vil analyse av teledata sammen med andre tilgjengelige opplysninger være helt nødvendig for at PST skal kunne ta stilling til om noe straffbart er under forberedelse, for så å vurdere iverksettelse av tiltak. Uten lagringspliktig teledata, vil relevante opplysninger i dette tilfellet ikke være tilgjengelig, og PSTs mulighet til å forebygge den straffbare handlingen blir redusert.

Jeg vil hevde at datalagring er et helt nødvendig virkemiddel for å lykkes i kampen

mot terror, og at det foreligger tungtveiende argumenter for at inngrep i den enkeltes personvern er formålstjenlig og i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet. De personvernutfordringer som følger av datalagring er avhjulpet gjennom datalagringsforskriftens bestemmelser, slik den var tenkt implementert. Forskriften setter begrensninger når det gjelder hvilke data som er lagringspliktige, stiller krav om sporbarhet, autorisasjon og pålegger taushetsplikt. Også i konsesjonen fra Datatilsynet er teletilbyderne pålagt strenge sikkerhetsmessige krav, som hindrer misbruk av data og således ivaretar borgernes personvern. I tillegg er tilgangen til teledata begrenset til de mest alvorlige formene for kriminalitet og underlagt domstolskontroll.

Jeg har kjennskap til at det nylig er utarbeidet en analyse på bestilling fra justisministeren i Sverige, som konkluderer med at det svenske regelverket om lagring og utlevering av teledata i utgangspunktet ikke strider mot EU-rettens krav. Jeg håper og tror at konklusjonen knyttet til en vurdering av datalagringsforskriften i lys av den nevnte EU-dommen vil bli den samme, og at datalagringsforskriften blir implementert i norsk rett.

Strafferettslige virkemidler som kan forhindre terror:

Det er en forutsetning for et vellykket terrorarbeid at en person som har forberedt en terrorhandling kan straffes. I Norge utvidet vi kriminaliseringen av terrorforberedelse-handlinger med en ny lovgivning i juni 2013. Vi fikk en bestemmelse som rammet kvalifisert terrorforberedelse - også der den ble foretatt av en person alene. Aktiv deltagelse i terrororganisasjoner ble kriminalisert i en egen ny bestemmelse, og vi kriminaliserte også mottakelse av terrortrening. Jeg ser disse bestemmelsene som helt nødvendige for å kunne møte dagens trusselbilde.

Andelen vestlige fremmedkrigere i den pågående konflikten i Syria er svært høy. Fremmedkrigere kan få økt intensjon om og kapasitet til å gjennomføre terroraksjoner. For en uke side vedtok FNs sikkerhetsråd en resolusjon hvor medlemslandene oppfordres til å gjøre grep for å forhindre at fremmedkrigere reiser til Syria. I Norge ble det nylig lagt frem et lovforslag om å kriminalisere rekruttering til deltakelse i væpnet konflikt, egen deltagelse i væpnet konflikt som del av ikke-regulære styrker, og forbud om dette.

Så vidt meg bekjent har ingen andre europeiske land så langt innført et generelt forbud mot ulike former for deltakelse i væpnet konflikt. Forslaget er nyskapende også i en internasjonal kontekst. Fremmedkrigere som begår krigshandlinger rammes i stor grad av straffelovens bestemmelser. En generell kriminalisering vil imidlertid tydeliggjøre at slik deltagelse er straffbar, og kan bidra til å motvirke at enkelte personer reiser til væpnede konflikter. Samtidig kan man ikke utelukke at et nytt straffebud kan skape større avstand mellom storsamfunnet og personer som allerede er radikalisert og det kan bidra til tettere samhold innad i enkelte miljøer. Lovforslaget illustrerer i så måte dilemmaene man står overfor i spørsmålet om det lar seg gjøre å bygge et vern mot terrorhandlinger uten at det går ut over andre verdier.

\*\*\*

Oppsummering av plenarmøtet ved tidligere høyesterettsdommer *Georg Fredrik Rieber-Mohn*, Norge:

Fhv. høyesteretspresident *Borge Dahl*, Danmark, erklærte seg enig med *Benedicte Bjørnland* i at det er en viktig samfunnsoppgave å forebygge radikalisering og voldelig ekstremisme. Viljen til å begå terrorhandlinger må bekjempes med en rekke virkemidler som står i et rimelig forhold til de trusler man til enhver tid står overfor.

Han var også enig med Bjørnland i at lærere, sosialarbeidere, helsepersonell, politi og andre som er i kontakt med personer som står i fare for å bli radikalisert, bør kunne utveksle «bekymringsmeldinger» uten hinder av taushetsplikt, når det skjer i betryggende former.

Dahl kunne også forstå at sikkerhetstjenesten peker på nødvendigheten av datalagring, dataavlesning og stordatabehandling, men også dem som reiser spørsmålet om vi ikke allerede har gått for langt i å gi innsyn i privatpersoners kommunikasjon. Det trengs her en grundig debatt.

Det er viktig at vi jurister holder vakt om de fundamentale verdier de nordiske samfunn bygger på i en tid hvor kampen mot terror lett medfører politiske initiativ i form av lovpakker som gis en hurtig behandling. Det er også klart at sikkerhetstjenestens arbeidsmetoder og behov for hemmelighold reiser en rekke spørsmål som berører demokratiske frihetsrettigheter og rettsstatsprinsipper. Højesteret har i Danmark trukket opp noen grenser på dette området. Hvis f.eks. sikkerhetstjenesten finner at en utlending må fengsles, kan den ikke - for å beskytte egne arbeidsmetoder og kilder - holde grunnlaget for sin bedømmelse hemmelig for siktede. Også når vi har med terrorisme å gjøre, må vi holde oss på jorden og til velkjente frihets- og rettssikkerhetsstandarder.

Når det gjelder spørsmålet om kriminalisering av unge som reiser ut i verden for å delta i væpnet kamp, oppstår straks spørsmålet om hva som er legitim idealisme og hva som er terrorisme. Det er nok å tenke på dem som deltok i den spanske borgerkrig eller dro til Finland under borgerkrigen.

Mange vanskelige spørsmål oppstår på dette området. Det viktigste er at vi ikke velger løsninger som prisgir våre vanlige frihets- og rettssikkerhetsstandarder.

Tidligere justitsminister *Ragna Árnadóttir*, Island, pekte på at staten ikke kan gi oss borgere garanti for at vi er helt trygge, og staten kan ikke anvende alle virkemidler som kan finnes for å forebygge og bekjempe terrorhandlinger. Den må hele tiden foreta en balansert avveining. Når ytterligere beføyelser og redskaper for politiet overveies, kreves en viss åpenhet om trusselbildet. Men samtidig må man ikke skape unødig frykt i befolkningen. Det må skje en grundig vurdering her, fordi det kan ha alvorlige konsekvenser både å tie og å offentliggjøre trusler mot borgernes sikkerhet. Benedicte Bjørnlands ønske om datalagring, dataavlesning og stordatabehandling er ikke ukontroversielle tiltak. Internett kjenner få grenser og gir mulighet for utrolig mange ytringer. Ønsket om økt adgang til stordata må konkretiseres ytterligere, og vi må diskutere hvor grensen går mellom trygghet i samfunnet og retten til ytringsfrihet og privatliv på nettet. Og kommunikasjon på nettet kan krypteres – mørkenettet, som det kalles. Det behøver ikke være en kriminell hensikt bak en slik kryptering.

Men problemet er ikke først og fremst teknologien og dens utfordringer. Det knytter seg i første rekke til menneskene og det samfunnet disse tilhører. Det er forståelig at politiet ikke alene vil og kan ha ansvaret for terrorbekjempelsen. Samfunnet er større enn myndighetene. Referenten har rett i at forskningsinitiativ og en velfungerende integrasjonspolitikk er viktige elementer i forebyggelsen av voldelig ekstremisme. Det kan i siste instans være den mest effektive måte å bekjempe terror på.

Generaldirektør og sjef for Migrationsverket *Anders Danielsson* holdt innlegg med utgangspunkt i følgende redegjørelse:

*Några inledande ord om terrorism och överväganden kring bekämpning av terrorism*

Hotet från terrorism är verkligt och det finns en risk för attentat eller terrorhandlingar i Sverige och i våra nordiska grannländer. Hotet från terrorism har förändrats över åren från tidigare välplanerade storskaliga operationer med ledningsfunktioner, logistik m.m. till attentat som utförs av personer som agerar i huvudsak ensamma.

Al-Qaida stod ett tag ensam som symbol för terrorismen efter den 11 september 2001. Men även andra grupperingar och nätverk har utfört attentat i Europa sedan 2001. Dessa grupperingar har emellertid verkat mer lokalt och fokuserat på att påverka förhållanden i enskilda länder. Syftet med attentaten har oftast haft en bakgrund av separatistiska eller nationalistiska övertygelser.

Bilden av de ensamagerande personerna är komplex och mångtydig. Bland dessa finns dels personer med kopplingar till etablerade terrororganisationer men som av olika skäl väljer att uppträda enskilt, dels personer som helt saknar sådan koppling. Ett exempel på sistnämnda är Anders Behring Breivik som helt ensam utförde det fasansfulla terrorangreppet i Oslo och på Utöya 2011.

Såväl utförda terrorattentat som hot om terrorattentat utgör mycket allvarliga kränkningar av våra grundläggande fri- och rättigheter. Det handlar om vår grundläggande säkerhet och våra grundläggande värden. Ett utfört attentat får stora konsekvenser både för samhället och enskilda individer. Det är just det som också är syftet med terrorism; att injaga fruktan, tvinga myndigheter eller stater att vidta åtgärder eller underlåta sådana för att skada eller störa grundläggande politiska, konstitutionella, ekonomiska eller sociala strukturer. Men såvitt känt har ingen terrorist eller terrororganisation haft förmågan att störta en regering eller omvälva ett samhälle, men tveklöst lyckats påverka våra samhällen (t.ex. vad gäller vårt resande).

Eftersom syftet med terrorism är just att påverka den politiska ordningen är det angeläget att inte motmedlen eller terrorbekämpningen i sig leder till sådana inskränningar eller begränsningar i våra grundläggande fri- och rättigheter att reaktionerna på terrorism i sig leder till att den politiska ordningen och stabiliteten störs. När medlen för bekämpningen av terrorism eller övervakningen av människor för att identifiera, bedöma och reducera hot blir oproportionerliga och oförsvarliga stärks inte de mänskliga rättigheterna. Istället skapas större misstro mot de rättsvårdande myndigheterna och staten som egentligen ska vara den personliga integritetens väktare. Om å andra sidan staten genom dess myndigheter saknar tillräcklig styrka att skydda medborgarna och står maktlös inför brottsliga angrepp blir effekten densamma.

Sålunda handlar det om att finna den exakta balanspunkten mellan intresset av en effektiv brotts-(terror-) bekämpning och intresset av att skydda den personliga integriteten. Den avvägningen är inte alldeles enkel och förändras dessutom över tiden och i den allmänna opinionen beroende på vad som händer, har hänt eller tros komma att hända. Inte sällan leder debatter om hotbilder till såväl underdrifter som överdrifter. Inte heller sällan leder debatter om hotbilder till enbart den ena sidan av frågan; integritetsaspekten eller förmågeaspekten, och inte som sig bör båda sidorna av frågan.

Debatten om terrorbekämpning kan också kompliceras av uppfattningen om ett visst agerande är att räknas som terrorism eller som en legitim motståndskamp. Det som i vissa

ögon ses som en motståndskamp, ses i andra ögon som terrorism. Även här framförs politiska intressen och motiv i den allmänna debatten.

Det synes som om att det råder en allmän uppfattning bland stater med stabila demokratiska värden, såsom rättssäkerhet och respekt för mänskliga fri- och rättigheter att bekämpningen av terrorism är en uppgift för de rättsvårdande myndigheterna med tydliga regler kring ändamål, behov och proportionalitet i användningen av medel för att förebygga, förhindra och utreda terrorbrott. Användandet av militära medel – the war on terrorism – har kommit att ses med skepticism och misstänksamhet och inte starkt statens förmåga att skydda medborgarna och ge dem trygghet.

Denna skillnad i synsätt – brottsbekämpning eller krig – bör hållas i minnet. Krav som från en utgångspunkt framstår som självklara, t.ex. rätten att få del av de anklagelser om riktas mot mig, rätten till försvar och rätten till en "fair trial", kan från en annan utgångspunkt ifrågasättas. I de nordiska länderna känner vi oss trygga i vårt synsätt och i vårt angreppssätt, men i den globala retoriken och i medierapporteringen länge var den andra ståndpunkten som dominerade.

Vad är det då som utmärker ett terroristbrott och vad är straffbart?

För att det ska anses om ett terroristbrott ska det vara fråga om dels en konkret straffbar gärning, (det rör sig om ett tjugotal, allt från mord, mordbrand, sabotage till olaga hot), dels ska avsikten med gärningen ha varit att injaga allvarlig fruktan hos en befolkning eller befolkningsgrupp, att otillbörligen tvinga offentliga organ eller en mellanstatlig organisation att vidta eller att avstå från att vidta en åtgärd eller att allvarligt destabilisera eller förstöra grundläggande politiska, konstitutionella, ekonomiska eller sociala strukturer i en stat eller i en mellanstatlig organisation och dels måste gärningen allvarligt ha kunnat skada en stat eller en mellanstatlig organisation. Faran måste dock inte ha realiserats utan det är tillräckligt att den typiskt sett kan skada en stat eller mellanstatlig organisation. Avsikten måste inte heller ha uppnåtts utan det är tillräckligt att den varit direkt åsyftad av gärningsmannen.

I Sverige är terroristbrott en självständig gärning som är straffbar även som förberedelse, försök och stämpling. Offentlig uppmaning, rekrytering, utbildning och finansiering av terroristbrott är under vissa förutsättningar också straffbara gärningar.

Det är således kriminellt att anordna terrorutbildning och att finansiera en sådan, men inte att delta i utbildning. Det finns förslag om att kriminalisera deltagande i utbildning och liknande lagstiftning finns i andra länder. Nyttan av en sådan kriminalisering bör noga analyseras och övervägas. Bevisvärigheterna är uppenbara, men en kriminalisering öppnar möjligheterna för tvångsmedel. Andra möjligheter är att kriminalisera tillhörigheten till en terrororganisation, men svåra avgränsningsproblem uppstår. Vad är ett medlemskap, vad är en terrororganisation? Dessutom kolliderar en sådan kriminalisering med föreningsfriheten. Att hindra svenska medborgare från att resa utan att det utgör ett brott känns tveksamt.

Den straffbara gärningen utgör utgångspunkt för säkerhetstjänsternas och de brottsbekämpande myndigheternas uppdrag. Gärningarna ska bedömas utifrån gällande lagstiftning.

### *Strategin mot terrorism*

Eftersom konsekvenserna av ett utfört terrorbrott är så omfattande finns det ett stort intresse av att bekämpa terrorbrott såväl hos den breda allmänheten som i den politiska maktsfären.

## Åpenhet og trygghet i Norden etter erfaring med terrorhandlinger (avslutningsdebatt)

Interesset er framførlt som tyngst og størst når det gæller se till att ett terrorbrott överhuvudtaget inte inträffar. Det förebyggande och förhindrande arbetet är därför det viktigaste. Den allmänt gällande strategin i Sverige för att möta hotet från terrorism vilar sålunda på två principer; den förebyggande och den förhindrande.

Det förebyggande arbetet syftar till att minska enskilda personers och gruppers vilja att begå eller stödja terroristbrottslighet. Här är det viktigt att göra åtskillnad mellan de brottsbekämpande myndigheternas ansvar i det förebyggande arbetet och andra aktörers i samhället ansvar. Säkerhetstjänsternas och polisens arbete ska fokusera på den säkerhetshotande verksamhet som personerna utför och inte på de argument, idéer eller drivkrafter med vilka sådan verksamhet motiveras eller rättfärdigas. Här är det alltså fråga om arbete som syftar till att motverka utanförskap, diskriminering, segregation, arbetslöshet (eller sysslolöshet) men också ett arbete mot mytbildning och vanföreställningar.

Det förhindrande arbetet syftar till att tidigt upptäcka och reducera hot eller sårbarheter samt faktiskt avbryta planerade eller pågående attentat. Om det brottsförebyggande arbetet syftar till att motverka personers vilja att utföra terroristbrott syftar det förhindrade till att motverka eller begränsa personers förmåga och möjligheter att utföra brott. I arbetet ingår också att utreda terroristbrottslighet och ställa ansvariga personer till svars.

Ansaret för det förhindrade arbetet vilar i huvudsak på de brottsbekämpande myndigheterna där säkerhetstjänsterna har ett särskilt uttalat ansvar. De åtgärder som används är de resurser och de tvångsmedel och andra verktyg som statsmakten ställt till förfogande. Men det är också en fråga om ett nationellt samarbete över myndighetsgränserna, exempelvis Samverkansrådet mot terrorism, och internationellt samarbete över nationsgränserna, exempelvis inom ramen för CTG (Counter Terrorism Group) eller annat bilateralt samarbete som skedde t.ex. i samband med förhindradet av terrorattacken mot Jyllands-Posten i Danmark 2010.

Att förhindra ett terrorattentat innebär dock inte nödvändigtvis att någon kommer att dömas för ett brott. De flesta fall där ett terrorattentat förhindras resulterar inte i någon fällande dom. Detta beror antingen på att någon straffbar gärning inte hunnit begås, eller att någon sådan gärning i vart fall inte kan bevisas. Båda fallen har sin grund i att ett ingripande från säkerhetstjänsternas sida görs i ett så tidigt skede som möjligt, givetvis i syfte att rädda liv och skydda egendom. Att låta ett händelseförlopp fortgå i syfte att säkra bevis är självfallet inte aktuellt när konsekvenserna av ett fullbordat brott riskerar att bli katastrofala. Konsekvenserna av ett tidigt ingripande är dock att eventuella brottsliga gärningar, t.ex. förberedelse eller stämpling till brott, är svåra att bevisa. Antalet lagförda terrorister är således inte något mått på en effektiv terrorbekämpning. I stället måste effekten av åtgärderna bedömas, dvs. om hoten reducerats eller inte, och därmed också stärkt tryggheten i samhället.

### *Öppenhet och trygghet i Sverige efter erfarenhet av terrorbrott*

Bekämpningen av terrorism i Sverige ska präglas av tydlighet och där utgångspunkterna för bekämpningen är bl.a. att skapa trygghet och användandet av metoder och medel ska uppfattas som godtagbara i ett öppet och demokratiskt samhälle.

Sverige har historiskt varit förskonade mot terrorism som lett till omfattande skador på samhället eller bland enskilda människor. Flera attentatsplaner har avslöjats och hoten har därmed kunnat reduceras. Om vi bortser från kapning av ett flygplan på Bulltofta 1972

och okupationen av den västtyska ambassaden 1975 och är det endast självmordsbombaren Taimur Abdulwahab i december 2010 som lyckats utföra en terrorhandling – om än en misslyckad sådan. I december 2010 lyckades SÄPO tillsammans med dansk polis avvärja ett planerat terrorattentat mot den danska dagstidningen Jyllands-Posten.

Reaktionerna i Sverige efter självmordsbombaren och attentatsplanerna mot Jyllands-Posten var noterbart nyktra och präglades inte på rop efter "hårdare tag" och ökade befogenheter. Tvärtom så utmärkte sig höga företrädare för rättsväsendet att det var viktigt med balans och eftertanke mellan intresset av en effektiv bekämpning och skyddet av den personliga integriteten. Samtidigt är det just där dilemmat ligger i begreppet "trygghet". Är trygghet förvisningen om att en oerhört effektiv brottsbekämpning (såväl förebyggande som förhindrande) leder till att inga terrorbrott kommer att utföras, eller är trygghet förvisningen om att just respekten för de mänskliga rättigheterna och våra grundlagsfästa fri- och rättigheter kommer att respekteras trots inträffade terrorbrott eller förändringar i hotbilder?

Med oändliga resurser och befogenheter går nästan allt att stoppa i tid – men till vilket pris och med vilka konsekvenser.

I den allmänna debatten ställs inte sällan frågan om man är för eller emot att säkerhetstjänsten eller andra brottsbekämpande aktörer ska ha befogenhet att vidta en viss integritetskränkande åtgärd. Frågan är såklart omöjlig att besvara om man inte ställer den i relation till en hotbild. Vem är för en integritetskränkande åtgärd på se? Frågan kunde i så fall omformuleras till om man är för eller emot en terrorattack.

Det måste vara en självklar utgångspunkt att det verktyg och befogenheter som ställs till förfogande har en acceptans hos allmänheten. Balansen är svår. Om å ena sidan oskyldiga, hederliga medborgare känner sig omotiverat övervakade eller omotiverat begränsade i sin rörelsefrihet kommer förtroendet för en säkerhetstjänst och för staten att minska eller gå helt förlorad. Om å andra sidan staten saknar tillräcklig styrka att skydda medborgarna och står maktlös inför terrorhot eller terrorattacker blir effekten densamma.

Ju allvarligare konsekvenser ett brottsligt angrepp kan få, desto större acceptans torde finnas för integritetskränkande åtgärder. Samtidigt ställs med användningen av kraftfulla verktyg fullt rimliga krav på precision. Åtgärder med lite påverkan på den personliga integriteten, exempelvis slumpvisa tester av nykterheten i trafiken, har en acceptans även bland de oskyldigt utsatta. Kränkningen är måttlig och vinsten i form av ökad trygghet stor. Annorlunda förhåller det sig självfallet med åtgärder som medför allvarliga ingrepp i den personliga integriteten. Ingen accepterar att bli utsatt för en sådan åtgärd utan ett gediget underlag och en noggrann bedömning.

Så hur hitta rätt nivå? Svaret ska ligga i resultatet av en öppen och fri debatt där frågan om resurser och befogenheter ställs i relation till konsekvenserna av ett realiserat hot.

Den öppna och fria debatten har emellertid begränsningar i så måtto att en säkerhetstjänst ofta är förhindrad att beskriva hoten och de åtgärder som vidtas med anledning av hoten. Tystnaden föranleder kritik och lämnar fältet fritt för spekulation och tyckanden. Här finns ett svårlöst dilemma men det går med all säkerhet att förbättra och utveckla öppenheten här. Som exempel på nyvunnen öppenhet kommuniceras i dag hotbilder och hotbilsbedömningar på ett annat sätt än för 5-10 år sedan. Just genom att förklara hotbilder och de bedömningar som ligger bakom ökar också allmänhetens förståelse för den uppgift som staten (läs säkerhetstjänsterna) har att lösa.

En säkerhetstjänst har ingen egen åsikt eller vilja, ingen egen agenda. De kan beskriva förmåga och konsekvenser, inte mer än så. Grundläggande är att säkerhetstjänsternas uppdrag



## Åpenhet og trygghet i Norden etter erfaring med terrorhandlinger (avslutningsdebatt)

är att skydda demokratin och dess värden. De åtgärder som vidtas för att lösa uppdraget kan därmed rimligen aldrig gå utöver vad som accepteras inom ramen för de principer som varje demokratisk rättsstat vilar på. Att skydda demokratin får inte innebära att medlen för att skydda istället urholkar demokratin.

### *Avslutning*

I Sverige har sedan 11 september 2001 flera nya lagar införts som syftar till att förstärka samhällets förmåga att bekämpa terrorbrott. Reaktionerna på utvecklingen blev stundtals stark och en debatt uppstod kring eftertanke och analys av konsekvenserna.

Självfallet har lagstiftningsprocesserna inneburit svåra avvägningar mellan olika intressen och målsättningar men det har i sedvanlig god svensk ordning utretts, remitterats, öppet debatterats, bedömts och slutligen röstats om i riksdagen. I de processerna har rättssäkerhetsaspekter, rättstrygghet, proportionalitet, effektivitet m.fl. varit styrande. Flera olika rättssäkerhetsgarantier har också införts som är viktigare ju mer integritetskränkande en åtgärd är.

Givetvis har det i den politiska arenan rått meningsskiljaktigheter men en fullt öppen demokratisk berednings- och beslutsprocess har följts.

Riksdagsledamot jur. kand. *Kimmo Sasi*, Finland holdt følgende innlegg:

Läget i Finland:

Vi har haft inga terroristattacker. Antalet invandrare är litet jämfört med andra nordiska länder. Drygt 40 muslimer har flyttat sig till Syrien eller Isis-truppen för att föra krig. Vi har haft två skolnedskjutningar med ett stort antal offer. Som följd av skolnedskjutningarna har man grundat nätpolitjänster som söker hotsidor i nätet. Man har skärpt vapenlicenskontrollen.

Lagstiftningen mot terrorism:

Man har utvidgat och skärpt brottslagstiftningen sedan 2001. Man har infört i straffslagen ett nytt kapitel 34a om terroristbrott (2003). Terrorismbrott är olika brott som är gjorda i terroristiskt syfte. Ett försök är straffbart. Det är förbjudet att förbereda ett brott i terroristiskt syfte, att leda en terroristgrupp, att främja en terroristgrupps verksamhet, att finansiera terrorism (vissa nämnda brott), att skola terrorister och att värva terrorister.

Vad är tillåtet?

Grundlagen garanterar «Alla har rätt till liv». «Det allmänna skall se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna tillgodoses». Grundlagen garanterar också den straffrättsliga legalitetsprincipen, den personliga integriteten, privatlivet och föreningsfriheten. Dessa grundrättigheter måste balanseras mellan varandra. Trygghetskravet har ökat när terrorismen har ökat. I sista hand bedömer riksdagens grundlagsutskott den rätta balansen mellan dessa rättigheter.

*Grundlagsutskottets (GrU) tolkningspraxis:*

*1. Rätten att skjuta ner ett terroristbemannat passagerarflygplan*

Regeringens proposition: försvarsmakten kan ge handräckning till polisen. Försvarsmakten

kan använda våld mot terrorister för att skydda civilbefolkning. Flygvapnet kan skjuta ner ett terroristbemannat passagerarplan, om terrorister använder planet som ett vapen och hotar en stor folkmängd. GrU:

*«Terrorism är brottslighet som ytterst allvarligt hotar samhällets grundläggande funktioner, rättsordningen och människors liv, hälsa och säkerhet. Med tanke på de grundläggande rättigheterna finns det synnerligen tungt vägande skäl att förhindra och avbryta sådan brottslighet. Brottslighetens exceptionellt allvarliga karaktär bör också vägas in i bedömningen av om motmedlen står i rätt proportion till den. Terroristiska handlingar är av sådan art att exceptionella maktmedel i extrema situationer kan försvaras.»*

GrU tolkar europeiska människorättskonventionen (art 2.1) och grundlagen så att «ingen ska avsiktligt berövas livet. Å andra sidan ska ingen utifrån art 2.2.a) anses ha berövats livet i strid med artikeln när det är en följd av våld som var absolut nödvändigt för att försvara någon mot en olaglig våldsgärning.» Man ska göra en samlad bedömning av de rådande omständigheterna i varje enskild situation.

GrU ställde följande krav:

- operationen ska planeras och övervakas omsorgsfullt
- bestämmelserna hur man använder maktmedel ska vara exakta och noga avgränsade
- proportionalitetsprincipen måste alltid tillämpas
- militära medel kan användas endast i de allvarligaste brott eller det måste gälla liv och hälsa
- hotet ska vara konkret och omedelbart och rikta sig mot ett stort antal människor
- utomstående personers rättigheter och säkerhet ska beaktas alldeles särskilt
- för att inte militarisera samhället är det polisen som i sista hand fattar beslut om användning av maktmedel i konkreta situationer
- beslutet om att militären ska ge handräckning ska fattas i statsrådet om det är tidsmässigt möjligt.

Tysklands Bundesverfassungsgericht kom till vissa delar till ett annat resultat i ett motsvarande fall.

## 2. Användning av uppgifter i allmänna kommunikationsnät

Kommissionens förslag (2004): rådets rambeslut om bevarande av uppgifter som har lagrats i samband med tillhandahållande av allmänt tillgängliga elektroniska kommunikationstjänster för förebyggande av brott inklusive terrorism.

GrU konstaterade att ju större antalet uppgifter och uppgiftstyper som ska bevaras och ju bredare kretsen av bevaringsskyldiga är, desto mera problematiska kan också längre bevaringstider för uppgifter bli ur proportionalitetssynvinkel.

Då bevaringstiden i förslaget var 12-36 månader, konstaterade GrU att då en medlemsstat inte är skyldig att införa längre bevaringstider än ett år och dessutom medlemsstaten har möjlighet att i vissa delar göra undantag i bevaringstiderna, kunde Finland godkänna förslaget. Minimitiden kunde dock inte vara längre.

EU-domstolen konstaterade att skyldigheten att bevara uppgifter om en människas privatliv är ett seriöst ingrepp i grundrättigheter som EU garanterar (art 7, 8). Det ger en känsla att en människas privatliv observeras kontinuerligt. Ett problem var det breda tillämpningsområdet som täcker personer som inte ens indirekt kan tänkas vara förknippade med allvarlig brottslighet. Man måste ha objektiva kriterier till användning av materialet. Bevaringstiden måste vara i relation till nyttan av informationen.

## Åpenhet og trygghet i Norden etter erfaring med terrorhandlinger (avslutningsdebatt)

Direktivet skulle införas i finländsk lagstiftning med en ändring av polislagen och en ny kunskaps samhällsbalken. GrU konstaterade att identifikationsuppgifter är utanför dataskyddets kärna dock med det förbehållet att om man kan kombinera dem så kan det betyda ett betydande intrång i grundrätten. GrU konstaterade att man borde begränsa bevaringsskyldigheten enligt personkretsen och informationens innehåll. Man medgav dock att detta är tekniskt ytterst svårt. Utskottet konstaterade att de uppgifter som ska bevaras, måste identifieras i lagen. Uppgifterna måste vara nödvändiga för undersökningen av allvarliga brott. Uppgifterna får ges endast till myndigheter som verkligen behöver dem. Ytterligare behöver man ett tillstånd av domstolen. Bevaringstiden får vara högst 12 månader och om möjligt kortare för mindre viktiga uppgifter.

### 3. Utvidningen av terroristlagstiftningen

Regeringens proposition: Deltagande i utbildning för ett terroristbrott och finansieringen av alla terroristbrott blir straffbart. Hemliga metoder för inhämtande av information kan användas mera omfattande.

När man förbereder ett brott är det svårt att säga, när tanken är tillräckligt konkret. Motiveringen att skydda liv är en viktig och acceptabel grund. Ur legalitetsprincipen är det viktigt att gärningen är straffbar endast om den görs uppsåtligt. Det är viktigt att det inte finns andra effektiva medel att stoppa terrorismen. Det är viktigt att terrorismaktiviteten har framskridit till förberedelse av brott. Bara en tanke knappast är tillräckligt. I praktiken kommer man att ha problem att bevisa brott. Domstolarnas roll blir viktig.

### 4. Läkarens anmälningsrätt

Regeringens proposition: läkaren får av grundad anledning rätt, trots sekretessbestämmelser, att polisanmäla en person som kan anses vara olämplig att inneha skjutvapen.

GrU konstaterade att det finns tungt vägande samhälleliga skäl och godtagbara grunder med tanke på de grundläggande fri- och rättigheterna för anmälningsrätten. Kravet på exakthet var viktigt och utskottet förutsatte att det måste finnas grundad anledning att anse att personen inte är lämplig att ha skjutvapen.

### Nordisk gemenskap

Den stora frågan i bedömningen av ny terroristlagstiftning är hur långt vi måste och kan gå. Det är viktigt att vi följer rättsfall och motiveringarna i andra länder. Speciellt viktigt vore att de nordiska länderna skulle ha en gemensam tolkningslinje.

## **Veiledning for referenter, koreferenter og debattledere ved det 40. nordiske juristmøte i Oslo 21.–22. august 2014**

### **Innledning**

Hovedansvaret for å planlegge og forberede diskusjonen om de forskjellige emnene ligger hos debattlederen, referenten og koreferenten for det aktuelle emnet. Til forhandlingene på det 40. nordiske juristmøte i Oslo 21. og 22. august 2014 gir denne veiledningen retningslinjer og opplysninger for dette arbeidet.

Veiledningen tar først og fremst sikte på seksjonsmøtene. Hvordan et seksjonsmøte best skal forberedes og gjennomføres, kan avhenge av hva slags emne som skal behandles. Innenfor de rammer som veiledningen trekker opp, står de ansvarlige for seksjonsmøtet fritt til å tilpasse opplegget for seksjonsmøtet til det emnet som skal behandles.

Debattlederen har ansvar for at forberedelsene skjer i samarbeid mellom debattlederen, referenten og koreferenten og etter behov i samråd med redaksjonssekretæren for de trykte forhandlingene.

Professor Inge Lorange Backer er redaktør for de trykte forhandlingene fra det 40. nordiske juristmøte. Nestleder i Arbeidsretten Tron Løkken Sundet er redaksjonssekretær. Kontaktopplysninger fremgår til slutt i veiledningen.

### **Planlegging og forberedelse av diskusjonen**

Referenten: Referentens skriftlige innlegg (referatet) danner grunnlaget for debatten. Det bør være forholdsvis kortfattet og ikke overstige 50 000 tegn inkl. mellomrom, men det kan godt være kortere. Manuskriptet skrives i Word-format. Henvisninger mv. bør fortrinnsvis utformes i tråd med de retningslinjer som Tidsskrift for rettsvitenskap legger til grunn.

Referatet bør vanligvis gi en kort oversikt over emnet. Tyngdepunktet skal etter behov ligge på å klargjøre de rettslige spørsmålsstillinger som temaet reiser, og for øvrig på de teser som referenten oppstiller. De kan gi uttrykk for referentens personlige forslag, kritikk av gjeldende rett eller eksisterende forhold ellers, forslag til reformer osv. Iblant kan det være grunn til å gi en kort redegjørelse for gjeldende rett og fremherskende oppfatninger i ett eller flere nordiske land, for eksempel referentens hjemland. Emnet kan også kreve et bredere internasjonalt perspektiv. Redegjørelser som nevnt må imidlertid ikke dominere referatet, og referatet bør ikke i hovedsak bestå i en sammenligning av gjeldende rett i de forskjellige nordiske land. Referenten bør unngå problemstillinger som i hovedsak belyses med eller springer ut av rettstilstanden i bare ett land.

Referatet skal innledningsvis ha et kort sammendrag (15-20 linjer) av fremstillingen. Det bør avsluttes med en samlet oppstilling av referentens teser, hvis ikke de er særskilt markert i teksten.

Når referatet foreligger i manuskript, skal det sendes til debattlederen, koreferenten og den norske redaksjonssekretæren. Det norske sekretariatet sørger for trykning, utlegging på

møtets hjemmeside og distribusjon til møtedeltakerne.

Referenten skal forberede en muntlig presentasjon av emnet og sine teser som innledning til diskusjonen på møtet. Presentasjonen bør skje med bruk av Power Point. Den muntlige presentasjonen bør gi en kort oppsummering av og begrunnelse for (de viktigste av) referentens teser. Den bør ikke vare lenger enn 10 minutter uten at det trengs for å supplere referatet, særlig i lys av senere inntrådte forhold. Presentasjonen skal ikke brukes til å foregripe koreferentens syn ut over det som ligger i det skriftlige referatet. Vi ber om at referenten utarbeider et skriftlig manuskript for presentasjonen som kan inntas i de trykte forhandlingene.

Referatet skal være debattlederen, koreferenten og redaksjonssekretæren i hende per epost senest 1. februar 2014.

Hvis noen av disse har kommentarer til utformingen av referatet, vil referenten få dette til vurdering før trykning.

Koreferenten: Koreferenten har til oppgave å foreta en kritisk analyse og vurdering av referentens teser og andre synspunkter. Koreferentens innlegg skal ikke trykkes eller legges ut på møtets hjemmeside på forhånd, men fremføres muntlig på møtet etter referentens innledning og skal oppmuntre til videre diskusjon. Innlegget bør fremføres med støtte av Power Point. Innlegget skal ikke overstige 15 eller høyst 20 minutter, men koreferenten kan ta forbehold om å komme tilbake til enkelte spørsmål senere i debatten.

Koreferenten bør særlig fremheve de punkter der referenten og koreferenten har forskjellig syn og andre spørsmål som koreferenten ønsker å få satt under debatt. Koreferenten kan med fordel stille opp antiteser til referentens teser. Koreferenten bør holde sitt innlegg innenfor den saklige rammen som referenten har trukket opp. (Dersom koreferenten ser behov for å utvide rammen, bør koreferenten ta dette opp med referenten og debattlederen umiddelbart etter å ha mottatt manuskriptet til referat senest 1. februar 2014.) Koreferenten bør ikke redegjøre for rettstilstanden i sitt hjemland uten at det er helt nødvendig for forståelsen av koreferentens innlegg, eller for å foreslå løsninger på spørsmål som referenten har tatt opp.

Koreferentens innlegg skal etter møtet inntas i de trykte forhandlingene fra juristmøtet, som også blir tilgjengelige på internett.

For paneldeltakere gjelder det samme som for koreferenter, hvis ikke annet er avtalt med lederen av paneldebatten.

Manuskript til koreferentens innlegg skal være debattlederen, referenten og redaksjonssekretæren i hende i Word-format per epost senest 10. august 2014. Dette manuskriptet vil bli trykt i referatet fra forhandlingene, med mindre koreferenten sender et revidert manuskript til redaksjonssekretæren per epost innen 1. september 2014.

Debattlederen: Debattlederen leder debatten på møtet og har en viktig oppgave i å forberede den. Debattlederen kan bidra til et godt møte ved å drøfte eller påpeke overfor referenten og koreferenten problemstillinger som kan gi grunnlag for en fruktbar diskusjon. Debattlederen bør derfor aktivt gi tilbakemelding til referent og koreferent før og etter at referenten har sendt inn sitt referat. Debattlederen kan med fordel på forhånd oppfordre deltakere i juristmøtet til å holde innlegg i diskusjonen om emnet. Med tanke på dette vil debattlederne få tilsendt fra sekretariatet en foreløpig deltakerliste primo august 2014.

Debattlederen skal gi en skriftlig oppsummering av debatten som tas inn i de trykte forhandlingene fra møtet, se til slutt i avsnittet Gjennomføring av diskusjonen.

Eventuelt tilleggsmateriale: I noen tilfelle kan det være formålstjenlig at deltakerne rett før debatten tar til, får en kort oversikt for eksempel over de viktigste spørsmålene som det er ønskelig å få satt under debatt, over rettstilstanden i de nordiske land, eller over opplegget

for diskusjonen. Debattlederen, referenten og koreferenten bør i så fall samrå seg om dette og underrette sekretariatet så snart som mulig for å sikre kopiering og fordeling under møtet.

### **Gjennomføring av diskusjonen**

Styret for de nordiske juristmøtene legger stor vekt på en aktiv debattledelse som innbyr til diskusjon.

Debattlederen skal særlig

- Åpne seksjonsmøtet med en helt kort orientering om opplegget for diskusjonen, taletid og presentasjon av talerne
- Se til at taletiden blir respektert
- Etter behov klargjøre og peke på spørsmålsstillinger til debatt og bidra til at emnet får en allsidig belysning
- Avslutte seksjonsmøtet innen den oppsatte tidsrammen og med en sammenfatning av diskusjonen så langt debattlederen selv finner det passende
- Utarbeide et kort sammendrag av diskusjonen til bruk for den trykte beretningen fra møtet.

Talere må oppfordres til å tale tydelig og tilstrekkelig langsomt. Hver taler skal presenteres ved navn, tittel/arbeidssted og land.

I programmet er det avsatt en bestemt tid for hvert seksjonsmøte. Debattlederen må påse at denne tidsrammen blir holdt.

Ved seksjonsmøtet får referenten først ordet til sin innledende presentasjon av referatet. Det er ikke grunn til å gjenta innholdet i referatet, men referenten bør fremheve hovedpunkter og teser på en måte som kan inspirere til diskusjon. Presentasjonen bør begrenses til 10 minutter hvis ikke inntrådte forhold gjør det nødvendig å supplere referatet med nye opplysninger eller synspunkter.

Etter referentens innledning får koreferenten ordet. Koreferentens innlegg skal kritisk belyse referentens teser og synspunkter, gjerne med utgangspunkt i antiteser. Koreferentens innlegg bør være omkring 15 eller høyst 20 minutter.

Både referenten og koreferenten bør bruke visuelle hjelpemidler (Power Point e.l.) som støtte til den muntlige fremstillingen. Det vil gi tilhørerne bedre oversikt over problemstillingene og gjøre det lettere å forstå en taler med et annet morsmål enn ens eget. De visuelle oversiktene bør være enkle og lettse (f.eks. punktvis oppstillinger og grafiske oversikter). Lengre tekster bør unngås. Visuelle hjelpemidler som ikke er i bruk under innlegget, bør slås av.

Debattlederen bør fremme en livlig diskusjon med mange og korte innlegg som kan aktivisere deltakerne.

Diskusjonen skal være mest mulig fri og muntlig. Opplesning av et ferdigskrevet innlegg på forånd bør derfor unngås, og særlig hvis det ikke passer inn i rammene for diskusjonen.

Diskusjonen har til formål å stille forskjellige synspunkter opp mot hverandre. Rent informative innlegg bør derfor unngås. En redegjørelse for rettstilstanden i talerens hjemland er derfor bare på sin plass hvis det kan bidra til å løse tverrnordiske problemstillinger som er reist i debatten.

Debattlederen bør ikke nåle med å gripe inn i diskusjonen dersom hun eller han finner

at den går ut over rammen for emnet eller om en debattant på annen måte går ut over rammene for diskusjonen. Debattlederen kan gjerne bidra til diskusjonen ved å peke på uklare punkter eller stille oppklarende spørsmål, men må ikke delta i diskusjonen til fortrengsel for andre som har bedt om ordet.

Erfaring viser at det som oftest ikke er hensiktsmessig å inndele diskusjonen i klart atskilte temaer, men dette kan bero på emnet. Foretar debattlederen en oppdeling, må det også overveies hvordan overgripende problemstillinger skal belyses, og om en taler skal ha rett til å få ordet til alle deler av diskusjonen og i tilfelle med hvilken taletid.

Debattlederen bestemmer talerrekkefølgen. Når noen får ordet, kan debattlederen gjerne opplyse hvem som er neste taler.

Talerrekkefølgen bør fortrinnsvis være slik at det veksler med talere fra de forskjellige nordiske land. Siden juristmøtet er en enhet og ikke et debattforum mellom ulike land, er det ikke nødvendig å få frem debattanter fra alle de nordiske land i hvert seksjonsmøte. Det er all grunn til å unngå rent informative innlegg om forholdene i de enkelte landene.

Taletiden er begrenset. Innlegg bør vanligvis ikke vare mer enn fem minutter. Debattlederen kan fravike den fastsatte taletiden ved tidsnød, om det viser seg å være rikelig med tid, eller av andre særskilte grunner når det kan fremme en god debatt. Bortsett fra korte replikker kan en taler til vanlig bare få ordet en gang.

Debattlederen kan når som helst gi referenten eller koreferenten ordet for korte kommentarer. Ved avslutningen av diskusjonen får koreferenten og referenten ordet til sluttreplikk, normalt i denne rekkefølge. Debattlederen kan avslutte seksjonsmøtet med en sammenfatning av diskusjonens hovedlinjer og resultat.

Debattlederen har under seksjonsmøtet bistand fra en sekretær. Sekretæren skal særlig sikre at diskusjonsdeltakerne blir registrert med navn, tittel/arbeidssted og land.

Debattlederen, referenten, koreferenten og sekretæren bør treffes før seksjonsmøtet for å avtale praktiske detaljer om avviklingen av møtet.

I den trykte beretningen fra møtet vil referentens og koreferentens innledende innlegg bli tatt inn, sammen med en liste over dem som har hatt ordet i diskusjonen. Dessuten tas inn en oppsummering av debatten som debattlederen utarbeider skriftlig. Oppsummeringen skal som utgangspunkt utgjøre minst 10 linjer og høyst to sider i de trykte forhandlingene. De punktene som tas med i oppsummeringen, behøver ikke knyttes til bestemte talere, og de enkelte debattinnleggene vil ikke bli gjengitt i beretningen uten at debattlederen samtykker i det og mottar talerens skriftlige manuskript. Debattlederen står fritt til å utarbeide oppsummeringen selv eller få seg en medhjelper til å bistå med den.

Debattlederen sender oppsummeringen i Word-format (sammen med liste over talerne i debatten og eventuelle manuskripter) til redaksjonssekretæren per epost senest 1. september 2014.

## Supplerende veiledning for debattledere

Denne veiledningen oppsummerer og utdyper debattledernes oppgaver i samband med det 40. nordiske juristmøte i Oslo 21.–22. august 2014. For referenter og koreferenter viser vi til «Veiledning for referenter, koreferenter og debattledere ved det 40. nordiske juristmøte i Oslo 21.–22. august 2014» av mars 2013, som også behandler debattledernes oppgaver.

Referentenes innledninger er nå (juni 2014) under trykning og vil foreligge før sommeren. Det har variert mellom de forskjellige emnene i hvilken grad debattlederen (og koreferenter og paneldeltakere) er blitt trukket inn under referentens arbeid med referatet og redaksjonens gjennomgåelse av det. Nedenfor minner vi om debattledernes oppgaver i tiden omkring juristmøtet.

1. Det referat som referenten har utarbeidet, danner hovedgrunnlaget for debatten på juristmøtet. I noen tilfeller kan det forekomme at referenten har latt være å ta opp problemstillinger som naturlig hører inn under emnet slik det er beskrevet i programmet. Debattlederen kan da gjerne påpeke dette overfor koreferenten før denne sender sitt innlegg i manuskript. Uansett bør debattlederen i slike tilfeller være åpen for at deltakerne i debatten utvider behandlingen av emnet med spørsmål som referatet ikke tar opp.
2. Koreferentens innlegg skal være oversendt debattlederen (og referenten og redaksjonssekretæren, Tron Løkken Sundet) i manuskript i Word-format per epost senest 10. august 2014. Oversendingen er ikke til hinder for at koreferenten foretar endringer forut for eller under den muntlige fremføringen under juristmøtet. Hvis debattlederen ikke har mottatt koreferentens innlegg innen 10. august, må debattlederen ta det opp med koreferenten snarest.
3. Aktivdeltakere (referenter, koreferenter eller debattledere) som vil gjøre bruk av lysark eller Power Point bes bruke den standardfil for juristmøtet som sekretariatet vil sende ut i løpet av sommeren. Vedkommende bes sende denne presentasjonen til de øvrige aktivdeltakere i seksjonsmøtet og til sekretariatet (herman.bruserud@jus.uio.no) senest tirsdag 19. august.
4. Debattlederen bør ta kontakt før juristmøtet med deltakere som kan bidra aktivt til debatten i seksjonsmøtet. For dette formålet vil debattlederne få oversendt elektronisk deltakerlisten slik den ser ut primo august 2014.
5. Hvis debattlederen – i samråd med referenten og koreferenten – ser behov for at det foreligger tilleggsmateriale eller er ønskelig med noen særskilt tilrettelegging forut for seksjonsmøtet, må debattlederen snarest ta kontakt med juristmøtets sekretariat.
6. Vi oppfordrer debattlederen til under juristmøtet å holde et kort formøte med referenten, koreferenten og eventuelle paneldeltakere for å forberede diskusjonen på seksjonsmøtet.
7. Under seksjonsmøtet vil debattlederen få bistand av en møteassistent til å registrere talere som melder seg. Debattlederen åpner seksjonsmøtet og orienterer om taletid og betydningen av å tale tydelig og langsomt. Debattlederen bør se til at referentens forskjellige teser blir satt under diskusjon, og vurdere behovet for å klargjøre og supplere problemstillinger for debatten og for en oppsummering av den. Om avviklingen av debatten viser vi for øvrig til veiledningen av mars 2013 (s. 3-4). Debattlederen påser at seksjonsmøtet avsluttes innen den tid som programmet



fastsetter.

8. Det legges opp til lydopptak av forhandlingene i seksjonsmøtene til støtte for debattlederen under arbeidet med sammenfatningen. Møteassistenten er ansvarlig for opptaket og sørger etter seksjonsmøtet for at opptaket blir stilt til rådighet for debattlederen.
9. Etter seksjonsmøtet skal debattlederen sammenfatte debatten til bruk for de trykte forhandlingene. Sammenfatningen skal angi hvem som hadde ordet i debatten og for øvrig som utgangspunkt utgjøre minst 10 linjer og høyst to sider i de trykte forhandlingene. De enkelte punkter i sammenfatningen behøver ikke knyttes til bestemte talere. Debattlederen avgjør om manuskriptet til et innlegg skal tas inn helt eller delvis etter ønske fra taleren.

Debattlederen kan gjerne bli enig med en deltaker i møtet om å forberede sammenfatningen.

Debattlederen sender oppsummeringen i Word-format per epost til redaksjonssekretæren innen 1. september 2014.

## **Veiledning for foredragsholdere ved det 40. nordiske juristmøte**

Ved de nordiske juristmøtene ligger hovedvekten i det faglige programmet på diskusjoner i seksjonsmøter. Seksjonsmøtene bygger på et opplegg forberedt av referenten, koreferenten og debattlederen, der et skriftlig referat fra referenten foreligger på forhånd, og etterfølgende innlegg fra salen. Noen emner behandles i stedet i form av foredrag, fordi det antas å passe best.

Foredraget bør utformes slik at velorienterte jurister uten spesialkunnskaper i emnet kan ha utbytte av foredraget, uansett hvilket av de fem nordiske landene man kommer fra. Foredraget bør derfor ikke være en redegjørelse for rettsstillingen i et eller flere av de nordiske landene, men gi tilhørerne et overblikk som kan vekke til både ettertanke og nyskapende diskusjoner.

Foredragsholderens innlegg sendes ikke ut til deltakerne på forhånd og legges heller ikke ut skriftlig under møtet. Foredragsholderen oppfordres derfor til å bruke visuelle hjelpemidler (Power Point e.l.) som støtte for den muntlige fremstillingen. Det gjør det enklere for tilhørerne å få oversikt over problemstillingene og – viktigst – lettere å forstå en taler med et annet morsmål enn ens eget. De visuelle oversiktene bør være enkle og letteste (f.eks. punktvis oppstillinger og grafiske oversikter). Lengre tekster bør unngås. Visuelle hjelpemidler som ikke er i bruk under innlegget, bør slås av.

Hvis foredragsholderen ønsker å levere ut en skriftlig disposisjon over foredraget til hjelp for tilhørerne, kan sekretariatet besørge kopiering. I så fall bes disposisjonen sendt sekretariatet per epost senest 15. august 2014.

Til foredragsemner blir det avsatt ca. 1 time. Selve foredraget bør vare i 30-45 minutter. Deretter er det tid til spørsmål og kommentarer fra tilhørerne og eventuell debatt. Foredragsholderen oppsummerer spørsmålsrunden så langt hun eller han finner det ønskelig.

Foredragsholderen blir bistått av en ordstyrer/sekretær som fordeler taletiden.

Foredraget bli inntatt i de trykte forhandlingene. Foredragsholderen bes sende foredraget per epost til assisterende redaktør senest 1. september 2014. Den trykte versjonen skal svare til den som blir fremført på juristmøtet, men foredragsholderen kan gjøre eventuelle supplerende merknader i lys av spørsmål og debatt etter foredraget. Spørsmåls- og debattrunden blir ikke referert i de trykte forhandlingene.

## **Veiledning for deltakere i debattene på det 40. nordiske juristmøte i Oslo 21.–22. august 2014**

Det faglige programmet for et nordisk juristmøte legger hovedvekten på diskusjon i seksjonsmøtene på grunnlag av en skriftlig innledning (referat). Referenten redegjør muntlig for sitt referat om emnet, og koreferenten knytter kommentarer til referentens teser og synspunkter. Deretter kan andre deltakere i seksjonsmøtet få ordet til innlegg. Debatten ledes av en oppnevnt debattleder. Noen seksjonsmøter består av foredrag med mulighet for etterfølgende spørsmål og kommentarer fra salen.

For seksjonsmøtene – medregnet det avsluttende plenarmøtet – gjelder følgende retningslinjer for innlegg og rammene for debatten:

- Grunnlaget for diskusjonen er referentens skriftlige innledning, som foreligger trykt og er lagt ut på juristmøtets hjemmeside ([www.nordiskjurist.org](http://www.nordiskjurist.org)). Det forutsettes at deltakerne har gjort seg kjent med referatet innen seksjonsmøtet.
- Debattlederen kan gi supplerende retningslinjer for debatten og kan gripe inn mot innlegg som går ut over emnets ramme.
- Debatten har til hovedformål å konfrontere synspunkter med hverandre. Rent informative innlegg (f.eks. om rettsstillingen i talerens hjemland) eller gjentakelse av synspunkter som er fremholdt tidligere i debatten, bør unngås.
- Debattformen er fri og muntlig, men debattantene kan gjøre bruk av skriftlige notater og visuelle hjelpemidler.
- Den som ønsker ordet, melder seg til debattlederen eller møteassistenten. Den som melder seg, kan samtidig angi at man ønsker å ta ordet for eller mot et bestemt synspunkt.
- Debattlederen fastsetter talerrekkefølgen.
- Den som får ordet, må begynne med å oppgi navn, stilling (tittel) og land. Husk å tale langsomt og tydelig!
- Taletiden er begrenset til fem minutter om ikke debattlederen fastsetter noe annet. Bortsett fra korte replikker kan en taler ikke vente å få ordet mer enn én gang.
- I de trykte forhandlinger fra møtet vil det bli gitt en kort oppsummering av debatten. Som utgangspunkt vil de enkelte innlegg ikke bli gjengitt i sin helhet. En debattant kan likevel sende inn sitt innlegg til debattlederen innen 25. august (eventuelt via redaksjonssekretæren Tron Løkken Sundet. Det blir gjort lydopptak av alle innlegg, men dette tjener som hjelpemiddel for debattlederen ved utformingen av den skriftlige oppsummering.

## Vedtekter for De nordiske juristmøter

### § 1

De nordiske juristmøtene hava till ändamål att genom anordnade förhandlingar mellan danska, finska, isländska, norska och svenska jurister verka till utbildande av ett på sakkunskap grundat och såvitt möjligt sammanstående omdöme angående rätts- och lagstiftnings-frågor, som äro av vikt för de nordiska rikena.

### § 2

Vid varje juristmöte bestämmes tid och plats för nästa sammankomst.

### § 3

Vid varje juristmöte väljes för varje rike av deltagarna från det riket en lokalstyrelse, som fungerar till slutet av nästa möte. Den utgöres av högst tio ledamöter. Lokalstyrelserna bilda tillhopa en gemensam styrelse.

### § 4

Det tillkommer lokalstyrelsen i det land, varest möte skall hållas, att vidtaga nödiga åtgärder för dettas förberedande och anordnande. Alla förslag till överläggningsämnen, betänkanden, utlåtanden o.dyl., som önskas förelagda mötet, avgivas till detsamma.

### § 5

Såvitt möjligt är, skola de muntliga förhandlingarna på juristmøtene förberedas därigenom, att förslagen till överläggningsämnen, försedda med en kortfattad motivering eller utveckling, utdelas till deltagarna lämplig tid före mötet. Om så finnes ändamålsenligt, kunna över de inkomna förslagen inhämtas skriftliga betänkanden eller utlåtanden, vilka, likaledes tryckta, före mötet utdelas.

### § 6

När en fråga icke anses vara tillräckligt debatterad på ett juristmöte, kan densamma vidare behandling uppskjutas till ett följande, och kan då åt en eller flera deltagare i mötet lämnas uppdrag att i ämnet avgiva skriftliga betänkanden eller utlåtanden, vilka skola tryckas och utdelas lämplig tid före nästa möte.

Förhandlingarna om en på ett möte förekommande fråga kunna, när ordföranden finner det lämpligt, avslutas med omröstning över föreslagna resolutioner.

### § 7

Förhandlingarna på juristmøtene ledas av en för varje möte utsedd ordförande, vilken tillika bestämmer, i vilken ordning ämnena skola företagas till behandling.

Ordföranden väljes vid förhandlingarnas början av och bland deltagarna i mötet.

På samma sätt väljas fyra vice ordförande och fem sekreterare, en för varje rike.

### § 8

Förhandlingarna äga rum på de fem nordiska språken. Göres under mötets offentliga muntliga förhandlingar diskussionsinlägg på finska eller isländska, bör inlägget omedelbart genom den

finska resp. den isländska lokalstyrelsens försorg översättas till danska, norska eller svenska och även på detta språk upptagas i den tryckta berättelsen över förhandlingarna.

§ 9

Över förhandlingarna på varje juristmöte utgives en tryckt berättelse.

§ 10

Var och en deltagare i de nordiska juristmötena erlägger en avgift som för varje möte fastställs av den gemensamma styrelsen. Den som en gång har antecknat sig anses som deltagare till dess han anmäler sitt utträde. Deltagarna äga rätt att erhålla de tryckta meddelanden, som utdelas före mötet, och den tryckta berättelsen om förhandlingarna, vilken sedermera utgives.

§ 11

Lokalstyrelsen i det land, där mötet skall hållas, har att föra räkenskaper över samtliga inkomster och utgifter rörande mötet. Avgiften för mötet uppbäres i varje land av lokalstyrelsen därstädes, vilken senast en månad efter det mötet ägt rum, till lokalstyrelsen i det land, där mötet hållits, inbetalar vad sålunda uppburits med avdrag av vad enligt åtföljande räkning utgivits för mötets förberedande. Avgifter, som därefter erläggas i annat land, än det där mötet hållits, skola efter hand som de inflyta översändas utan avdrag.

## **Reglemente för Gunnar Swensons Fond för de nordiska juristmötena**

Fastställt av den gemensamma styrelsen för de nordiska juristmötena den 2 november 1920, ändrat av den gemensamma styrelsen den 25 augusti 1948 och den 17 augusti 2011

Sedan e.o. hovrättsnotarien Gunnar Swenson i Malmö lämnat den svenska lokalstyrelsen för det elfte nordiska juristmötet ekonomisk garanti för mötesutgifterna intill ett belopp av 100.000 kronor samt vid mötet förklarat sig vilja, efter det beloppet till erforderlig del tagits anspråk för sagda ändamål, överlämna återstoden till styrelsen för de nordiska juristmötena att användas såsom en fond för framtida möten, har styrelsen jämlikt bemyndigande av nämnda juristmöte för den sålunda bildade och sedermera till styrelsen överlämnade fonden, vars grundkapital den 1 januari 1920 utgjorde 82.303 kronor 50 öre, fastställt följande reglemente:

### § 1.

Fondens avkastning användes i den ordning nedan sägs till bestridande av organisations- och tryckningskostnader samt andra utgifter för de nordiska juristmötena.

### § 2.

Fondens förvaltas av den svenska lokalstyrelsen.

Lokalstyrelsen är beslutför när minst fem av dess ledamöter äro tillstädes.

### § 3.

Fondens medel ska, i den mån de inte bör hållas tillgängliga för bestridande av utgifter för det med fonden avsedda ändamålet och löpande förvaltningskostnader, placeras i enlighet med det placeringsreglemente som den gemensamma styrelsen har beslutat för varje tid.

### § 4.

För ändamål, som i § 1 säges, må styrelsen i det land där juristmöte skall hållas uppbära den behållna avkastningen för de tre år som närmast föregå juristmötets år. Hälften av beloppet får lyftas tidigast den 1 mars, återstoden tidigast den 1 juli. Dock får högst 20 % av den årliga avkastningen fonderas i syfte att användas för ändamålet i samband med ett senare möte.

### § 5.

Behållen avkastning, som icke tages i anspråk för bestridande av utgifter för juristmötena, skall läggas i fonden.

### § 6.

Fondens räkenskaper avslutas för kalenderår.

### § 7.

Vid varje juristmöte utser styrelsen två revisorer jämte lika många suppleanter. Revisionsberättelsen avgives å nästföljande möte till styrelsen. Berättelsen inflyter i mötets tryckta förhandlingar.

I val av revisorer och beslut om ansvarsfrihet deltaga ej den svenska lokalstyrelsens ledamöter

§ 8.

Ändring av detta reglemente må beslutas av styrelsen. För beslutets giltighet erfordras, att det biträts av minst hälften av de röstande inom varje lokalstyrelse och att de, som sålunda förenat sig om beslutet, tillika utgöra minst två tredjedelar av samtliga röstande.” .

# Verksamhetsberättelse för Stiftelsen Gunnar Swensons fond 2011–2013

Stiftelsen Gunnar Swensons fond  
Org.nr 802426-0146

sid 1(5)

## Sammanställning 2011-01-01-2013-12-31

---

Förvaltaren för Stiftelsen Gunnar Swensons fond får härmed avge sammanställning för år 2011-2013.

### **Verksamhetsberättelse för Stiftelsen Gunnar Swensons fond 2011-2013**

Fondens avkastning används för bestridande av organisations- och tryckningskostnader samt andra utgifter för de nordiska juristmötena. Sådana möten hålls vart tredje år i någon av de nordiska ländernas huvudstäder. Nästa juristmöte hålls i Oslo den 21 och 22 augusti 2014.

Stiftelsen har anknuten förvaltning. Förvallare är den svenska avdelningen för de nordiska juristmötena. Förvallarens styrelse bestod under perioden av lagmannen Stefan Strömberg, chefsrådmannen Erik Brattgård, f.d. ordförande i Högsta förvaltningsdomstolen Sten Heckscher, advokaten Kaj Hobér, justitierådet Henrik Jermsten, kanslichefen Camilla Olsson, generalsekreteraren Anne Ramberg, professor Christina Ramberg, professor Ulrik von Essen och chefsjuristen Hans Wibom.

Stiftelsens revisorer är advokaten Rolf Johansson och godkända revisorn Lena Gustavsson.

Stiftelsens resultat och ställning framgår av efterföljande resultat- och balansräkningar med tilläggsupplysningar.



**Sammanställning 2011-01-01-2013-12-31**

---

<b>RESULTATRÄKNING</b>		<b>2013-01-01</b>	<b>2012-01-01</b>	<b>2011-01-01</b>
	<b>Not</b>	<b>2013-12-31</b>	<b>2012-12-31</b>	<b>2011-12-31</b>
<b>RÖRELSEINTÄKTER</b>				
Stiftelsens intäkter		0	0	0
<i>Summa intäkter</i>		<i>0</i>	<i>0</i>	<i>0</i>
<b>RÖRELSEKOSTNADER</b>				
Externa kostnader	1	-77 754	-188 407	-2 120 441
<i>Summa kostnader</i>		<i>-77 754</i>	<i>188 407</i>	<i>2 120 441</i>
<i>Resultat före finansiella kostnader</i>		<i>-77 754</i>	<i>-188 407</i>	<i>-2 120 441</i>
<b>FINANSIELLA POSTER</b>				
Resultat från finansiella anläggningstillgångar	2	3 237 784	1 365 401	2 632 885
Ränteintäkter		2 304	2 346	11 254
<b>Periodens resultat</b>		<b>3 162 334</b>	<b>1 179 340</b>	<b>523 698</b>

**Sammanställning 2011-01-01-2013-12-31**

**BALANSRÄKNING**

	Not	2013-12-31	2012-12-31	2011-12-31
<b>TILLGÅNGAR</b>				
<u>Anläggningsstillgångar</u>				
Finansiella anläggningstillgångar				
Långfristiga värdepappersinnehav	3	23 732 090	20 699 240	19 158 602
<b>Summa anläggningsstillgångar</b>		<b>23 732 090</b>	<b>20 699 240</b>	<b>19 158 602</b>
<u>Omsättningsstillgångar</u>				
Fordran leverantör		0	0	277 541
Upplupna inläkter o förutbetalda kostnader		0	12 751	0
Kassa och bank		184 579	63 757	138 852
<b>Summa omsättningsstillgångar</b>		<b>184 579</b>	<b>76 508</b>	<b>416 393</b>
<b>Summa tillgångar</b>		<b>23 916 669</b>	<b>20 775 748</b>	<b>19 574 995</b>
<b>EGET KAPITAL OCH SKULDER</b>				
<u>Eget kapital</u>				
Kapital		17 884 257	17 410 837	17 757 638
Ändamålsbestämda medel	4	2 840 078	2 134 158	1 263 659
Periodens resultat		3 162 334	1 179 340	523 698
<b>Summa eget kapital</b>		<b>23 886 669</b>	<b>20 724 335</b>	<b>19 544 995</b>
<u>Skulder</u>				
Kortfristiga skulder				
Upplupna kostnader o förutbetalad inläkter		30 000	51 413	30 000
<b>Summa skulder</b>		<b>30 000</b>	<b>51 413</b>	<b>30 000</b>
<b>Summa eget kapital och skulder</b>		<b>23 916 669</b>	<b>20 775 748</b>	<b>19 574 995</b>
<b>STÄLLDA SÄKERHETER OCH ANSVARSFÖRBINDELSER</b>				
Ställda säkerheter		Inga	Inga	Inga
Ansvarsförbindelser		Inga	Inga	Inga

**Sammanställning 2011-01-01-2013-12-31**

**TILLÄGGSUPPLYSNINGAR**

Denna sammanställning utgör en sammanställning av årsredovisningarna för åren 2011-2013. Årsredovisningarna har upprättats enligt årsredovisningslagen och med tillämpande av allmänna råd, rekommendationer samt uttalanden från Bokföringsnämnden. Redovisningsprinciperna är oförändrade jämfört med föregående period. Anläggningstillgångarna redovisas till anskaffningsvärdet.

	2013-01-01	2012-01-01	2011-01-01
	2013-12-31	2012-12-31	2011-12-31
<b>Not 1. Externa kostnader</b>			
Omkosnader jurismöte	0	0	2 055 624
Styresekostnader	0	39 920	0
Revisionsarvode	15 125	38 231	11 625
Redovisningsarvode	12 418	16 625	8 169
Konsultarvoden	0	46 750	0
Bank och depåavgifter	50 211	46 881	45 023
<i>Totalt</i>	<i>77 754</i>	<i>188 407</i>	<i>2 120 441</i>
<b>Not 2. Resultat finansiella anläggningstillgångar</b>			
Realisationsvinst försäljning värdepapper	2 454 109	306 495	1 281 611
Ränta och utdelning värdepapper	783 674	1 058 906	1 328 476
Revercering nedskrivning värdepapper	0	0	22 798
<i>Totalt</i>	<i>3 237 783</i>	<i>1 365 401</i>	<i>2 632 885</i>
<b>Not 3. Finansiella anläggningstillgångar 2013-12-31</b>	<b>Bokfört värde</b>	<b>Marknads värde</b>	
Svenska aktier	13 039 582	16 187 567	
Utländska aktier	737 334	1 282 800	
Svenska räntebärande instrument	8 655 174	8 516 783	
Utländska räntebärande instrument	1 300 000	1 326 532	
<i>Totalt</i>	<i>23 732 090</i>	<i>27 313 682</i>	
<b>Not 4. Ändamålsbestämda medel</b>	<b>2013-12-31</b>	<b>2012-12-31</b>	<b>2011-12-31</b>
Utdelning och räntetäckter på värdepapper	783 674	1 058 906	1 328 476
Förvaltningskostnader	-77 754	-188 407	-64 817
<i>Totalt</i>	<i>705 920</i>	<i>870 499</i>	<i>1 263 659</i>

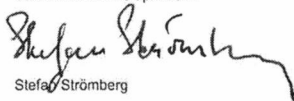
Stiftelsen Gunnar Swensons fond  
Org.nr 802426-0146

sid 5(5)

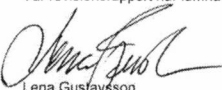
**Sammanställning 2011-01-01-2013-12-31**

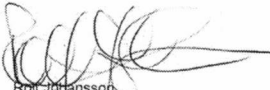
---

Stockholm den 28 april 2014

  
Stefan Strömberg

Vår revisionsrapport har lämnats den 28 april 2014

  
Lena Gustavsson  
Godkänd revisor

  
Rolf Juhansson  
Advokat

## REVISIONSRAPPORT

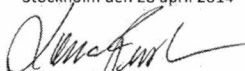
Undertecknade revisorer, utsedda vid det trettionionde nordiska juristmötet av styrelsen för de nordiska juristmötena att granska förvaltningen från och med den 1 januari 2011 till och med den 31 december 2013 av Stiftelsen Gunnar Swensons fond ("Stiftelsen"), får härmed avge följande sammanfattande revisionsrapport för den angivna tiden.

Stiftelsens förvaltare, den svenska lokalstyrelsen för de nordiska juristmötena, avger årsredovisning för Stiftelsen för varje kalenderår. Revisorerna granskar årligen den svenska lokalstyrelsens förvaltning av Stiftelsen och avger årligen revisionsberättelse till förvaltaren. Denna revisionsrapport är en kort sammanfattning av de tre revisionsberättelserna för åren 2011 – 2013.

Vi har granskat den svenska lokalstyrelsens förvaltning under den angivna tiden. Fondens medel har förvaltats och nyttjats i enlighet med Stiftelsens reglemente och Stiftelsens placeringsreglemente. Våra revisionsberättelser innehåller inga avvikelser från standardutformningen av revisionsberättelser. Granskningarna har inte givit anledning till anmärkning.

Vi föreslår att styrelsen för de nordiska juristmötena beviljar den svenska lokalstyrelsen ansvarsfrihet för dess förvaltning av Stiftelsen under den tid som anges ovan.

Stockholm den 28 april 2014

  
Lena Gustavsson  
Godkänd revisor

  
Rolf Johansson  
Advokat

## Deltakerliste

Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEJDSSTED
Adserballe	Lisbeth	Kontorchef	Folketingets Ombudsmand
Agersnap	Henrik	Retspræsident	Retten i Odense
Ahlenius Palleesen	Helle	Vicedirektør	Danske Advokater
Al-zyadi	Hanin	Fuldmægtig	Institut for Menneske- rettigheder
Amadid	Yassmina	Fullmægtig	Justitsministeriets departement
Andersen	Andreas Højmark	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Andersen	Jon	Kommitteret	Folketingets Ombudsmand
Andersen	Mads Bryde	Professor, dr.jur.	Københavns Universitet
Axelsen	Søren	Retspræsident	Københavns Byret
Axelsson	Anne Kristine	Departementschef	Justitsministeriet
Bager	Sanne	Dommer	Københavns Byret
Bagger	Tuk	Landsdommer	Østre Landsret
Baron	Sasha Maria		Justitsministeriet
Baunsgaard	Karin	Chefkonsulent	Justitsministeriet
Berg	Hanne Vig	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Bertelsen	Barbara	Vicedirektør	Moderniseringsstyrelsen, Finansministeriet
Bjørn Rühne	Anne Mette	Retsassessor	Retten i Lyngby
Blak	Matilde		Justitsministeriet
Borke	Lars Alexander	Procesdirektør	Dansk Erhverv
Bormann	Anne Louise	Landsdommer	Østre Landsret
Bülow	Christine	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Bülow	Jens-Christian	Afdelingschef	Justitsministeriet
Bøgh	Astrid	Landsdommer	Vestre Landsret
Bønsing	Sten	Lektor	Aalborg Universitet
Carlsen	Bent	Landsretspræsident	Østre Landsret
Caspersen	Eva	Specialkonsulent	Finansministeriet
Christensen	Jens Peter	Højesteretsdommer	Højesteret
Christensen	Mette Lene	Vicepræsident	Sø- og Handelsretten
Christoffersen	Jonas	Direktør, dr. jur.	Institut for Menneske- rettigheder
Dahl	Børge	Højesteretspræsident	Højesteret
Dahl	Tove	Advokat	Advokat Tove H. Dahl
Dyckjær	Karen	Advokat	Lett Advokatpartnerselskab

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEJDSSTED
Edlund	Hans Henrik	Professor	Aarhus Universitet
Egsgaard	Viktoria	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Ekstrand	Hanne Annelise	Dommer	Retten i Lyngby
Engholm	Merete Kyhl	Dommer	Københavns Byret
Erichsen	Karsten	Sekretariatschef	Danmarks Domstole
Ersbøll	Eva	Seniorforsker ph.d.	Institutt for Menneske- rettigheder
Fenger	Johannes Martin	Kontorchef	Folketingets Ombudsmand
Fenger	Niels	Professor, dr.jur.	Københavns Universitet
Fog-Petersen	Hanne	Dommer	Københavns Byret
Fonseca	Maria	Ph.d.-stipendiat	Aalborg Universitet
Forum Petersen	Claus	Dommer	Sø- og Handelsretten
Franzmann Berthelsen	Lau	Dommerfuldmægtig	Højesteret
Frøsig	Simon Kristian	Advokatfuldmægtig	Mazanti-Andersen Korsø Jensen & Partnere
Fugleholm	Sune	Advokat	Kammeradvokaten
Fuglsang	Christian		Justitsministeriets departement
Futtrup	Martin	Fuldmægtig	Institut for Menneske- rettigheder
Gaub	Kresten	Fuldmægtig	Folketingets Ombudsmand
Gjessing	Iben	Cand.jur.	Lassen Ricard
Grubbe	Birgitte	Advokat	Grubbe Advokater
Grubbe	Niels	Højesteretsdommer	Højesteret
Hansen	Christian Lund	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Hansen	Jesper Lau	Professor	Københavns Universitet
Hansen	Lone	Lektor/vicestudieleder	Syddansk universitet
Hansen	Poul Grøtum	Landsdommer	Vestre Landsret
Hansen	Svend Bjerg	Landsdommer	Vestre Landsret
Heisel	Lasse Buur	Cand.jur.	
Hertz	Ketilbjørn	Konsulent	Justitsministeriet
Hjort Elmquist	Henrik	Kontorchef	Justitsministeriet
Hjortnæs	Lars	Højesteretsdommer	Højesteret
Holdgaard	Marianne	Professor	Aalborg Universitet
Hübertz Krogsøe	Helle	Vicedirektør	Danske Advokater



Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEJDSSTED
Iversen	Torsten	Professor, dr. jur.	Aarhus Universitet
Jakobsen	Morten Niels	Kontorchef	Justitsministeriet
Jensen	Dorte	Landsdommer	Vestre Landsret
Jensen	Jørgen Albæk	Professor	Aarhus Universitet
Jensen	Kim Sommer	Professor	Aarhus Universitet
Jensen	Ulrik	Landsdommer	Vestre Landsret
Juhl	Niels	Chefkonsulent	Domstolsstyrelsen
Juul-Sandberg	Jakob	Lektor	Syddansk Universitet
Jørgensen	Lucienne Josephine Lokjær	Fuldmægtig	Institut for Menneske- rettigheder
Jørgensen	Inger Grethe	Dommer	Københavns Byret
Kjørboe	Emil	Fuldmægtig	Institut for Menneske- rettigheder
Klein	Steen	Advokat	KLEIN advokatfirma
Klingsten	Mette	Partner	Bech-Bruun
Knobel	David		Justitsministeriet
Knudsen	Karsten Bo	Landsdommer	Østre Landsret
Krejsager	Birgitte	Studielektor/ Ph.D stipendial	Aalborg Universitet
Kristensen	Lene Pagter	Højesteretsdommer	Højesteret
Kristiansen	Jens	Professor, dr. jur.	Københavns Universitet
Kaasa	Marte Volckmar		Justitsministeriet
Ladefoged	Christina	Specialkonsulent	Folketingets Ombudsmand
Langholz	Ulla	Landsdommer	Østre Landsret
Langtved	Mads Møller	Ministersekretær	Justitsministeriet
Larsen	Elisabeth	Dommer	Københavns Byret
Larsen	Elsebeth Frigast	Dommer	Irak & Afghanistan Kommissionen
Larsen	Peter Lind	Dommer	Københavns Byret
Lauersen	Liv Helth	Advokat	Sirius Adokater
Lauridsen	Lise	Advokat	Bruun & Hjejle
Laursen	Helga Lund	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Legarth	Josephine Fie	Advokatfuldmægtig	Kammeradvokaten
Lehrer	Susanne	Dommerfuldmægtig	Højesteret
Lentz	Jakob	Advokat	Bruun & Hjejle
Leth	Louise Lee	Uddannelseschef	Domstolsstyrelsen

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEJDSSTED
Lotterup	Anders	Fuldmægtig	Justitsministeriets departement
Lund-Andersen	Ingrid	Professor, dr. jur.	Københavns Universitet
Lundblad	Charlotte	Nordic & Baltic HR director	CSC
Lundblad	Christian	Byretspræsident	Retten i Aalborg
Løfquist	Mette Winther	Post.Doc	Syddansk Universitet
Madsen	Christian Lundgaard	Fuldmægtig	Justitsministeriets departement
Madsen	Palle Bo	Professor	Aarhus Universitet
Meincke	Charlotte	Dommer	Københavns Byret
Michelsen	Maiken	Principal Legal Adviser	Nordisk Ministerråds Sekretariat
Mikkelsen	Jens Kruse	Højesteretsdommer	Højesteret
Miller	Marie	Fuldmægtig	Justitsministeriets departement
Mittlung-Christoffersen	Astrid	Ph.d.-stipendiat	Juridisk Institut, Aarhus Universitet
Mogensen	Tina Chris	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Mortensen	Mette	Ph.d.-stipendiat	Aalborg Universitet
Mundt	Bente	Kontorchef	Folketingets Ombudsmand
Møller	Jens	Direkteur	Folketingets Ombudsmand
Nielsen	Dorrit Sylvest	Afdelingschef	Ankestyrelsen
Nielsen	Kenneth Melancton	Videnskabelig assistent	Syddansk Universitet
Nielsen	Kristian Korfits	Afdelingschef	Justitsministeriet
Nielsen	Poul Erik	Byretsdommer	Retten i Aalborg
Nielsen	Stanley Stener	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Nissen	Margrete	Dommer	Retten i Hillerød
Offersen	René	Advokat	LETT Advokatpartnerselskab
Olesen	Ole Græsbøll	Landsdommer	Østre Landsret
Olsen	Jens Jørgen Bøje	Kontorchef	Folketingets Ombudsmand
Paludan	Rasmus		Sumzar
Pedersen	Hans Viggo Godsk	Professor	Syddansk Universitet
Pedersen	Marianne Højgaard	Højesteretsdommer	Højesteret
Peschcke-Kædt	Marianne	Dommer	Retten i Hillerød
Petersen	Bo Kobber	Kontorchef	Bygningsstyrelsen
Petersen	Clement Salung	Lektor	Københavns Universitet

Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEJDSSTED
Petersen	Lars Lindencrone	Advokat, videnpartner	Bech-Bruun
Puggaard	Lise	Specialkonsulent	Folketingets Ombudsmand
Rasmussen	Dennis Bæckmann	Cand.jur.	Bech-Bruun
Refsgaard	Ditte	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Rekling	Michael	Højesteretsdommer	Højesteret
Rhod	Henrik Engell	Retspræsident	Retten på Bornholm
Rising	Lisa	Administrationschef	Højesteret
Rothe	Henrik	Retspræsident	Sø- og Handelsretten
Rydahl	Karen	Kontorchef	Statsforvaltningen
Rømer	Nicholas Rahui Webster	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Røn	Jens	Statsadvokat	Rigsadvokaturen
Rønne	Vibeke	Højesteretsdommer	Højesteret
Rørdam	Thomas	Højesteretsdommer	Højesteret
Scharling	Jytte	Højesteretsdommer	Højesteret
Schjøtt-Kristensen	Mie		Justitsministeriets departement
Schmidt	Hanne	Højesteretsdommer	Højesteret
Sjøberg	Mikael	Landsdommer	Østre Landsret
Skadhede Svane	Jakob		Horten
Skovgaard-Petersen	Henrik		Aarhus Universitet
Sonne	Jette-Marie	Dommer	Retten på Frederiksberg
Steen Jensen	Jens	Advokat, Partner	Kromann Reumerl
Steensgaard	Kasper	Lektor	Aarhus Universitet
Stenfalk	Nikolaj	Chefjurist	Finansministeriet
Stokholm	Jon	Højesteretsdommer	Højesteret
Svendsen	Sabine	Fullmægtig	Justitsministeriet
Søgaard	Poul	Højesteretsdommer	Højesteret
Sørensen	Jørgen Steen	Folketingets Ombudsmand	Folketingets Ombudsmand
Sørensen	Kari	Dommer	Retten på Frederiksberg
Sørensen	Marie Jull	Adjunkt	Aalborg Universitet
Sørensen	Ole Sellmer	Fuldmægtig	Finansministeriet
Talevski	Kirsten	Områdechef	Folketingets Ombudsmand
Talevski	Oliver	Højesteretsdommer	Højesteret
Tamm	Ditlev	Professor	Københavns universitet

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEJDSSTED
Tingleff	Olaf	Landsdommer	Østre Landsret
Toftemann	Bodil	Byretsdommer	Københavns Byret
Tufte-Kristensen	Johan	Cand.jur.	Hafnia Advokatfirma
Unna	Johan	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Veiga	Susanne	Kontorchef	Folketingets Ombudsmand
Waage	Frederik	Videnskabelig Assistent	Syddansk Universitet
Wetterling	Lotte	Vicepræsident	Sø- og Handelsretten
Wied	Susanne Skotte	Dommer	Retten i Hillerød
Wiingaard	Bodil		
Wiingaard	Kjeld	Landsdommer	Østre Landsret
Wisbye	Michael	Advokat	Nielsen Nørgaard Advokatfirma
Wisbye	Dorthe	Landsdommer	Østre Landsret
Willadsen	Olav	Advokat	Adv. (H) Olav Willadsen
Wind	Anne Bøgholm	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Winther	Thomas Kyhl	Fuldmægtig	Justitsministeriet
Wirslad	Anne	Advokat	Advokat Tove Dahl
Wróblewski	Maryla Rytter	Advokat	Nyborg & Rørdam Advokatfirma
Ørgaard	Anders	Professor	Aalborg Universitet
Østergaard	Jenny Lyngsø	Fuldmægtig	Justitsministeriet
FÆRØYENE			
Lamhauge	Majbritt	Jurist	Torshavns kommune
Møller	Henrik	Sorenskriver	Retten på Færøerne
GRØNLAND			
Blokbo	Kim	Retschef	Naalakkersuisut
Hansen	Søren Søndergård	Landsdommer	Grønlands Landsret
Jørgensen	Anders	Retschef	Landstingets Ombudsmand

## Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Antila	Tuomo	Hovrättsråd	Helsingfors hovrätt
Arajärvi	Pentti	Professor	Helsingfors universitet
Aspelin	Caritha	Äldre justitiesekreterare	Högsta domstolen
Attila	Eeva	Lagstiftningssekreterare	Justitieministeriet
Autio	Anna-Liisa	Hovrättsfiskal	Åbo hovrätt
Bade	Benjamin		Castrén & Snellman Attorneys Ltd
Bargum	Alexander	VD, VH	Algot Ab
Björkqvall	Kristina	Referendarieråd	Högsta förvaltningsdomstolen
Bygglin	Anders	Advokat	Hannes Snellman Advokatbyrå Ab
Bygglin	Elisabeth	Hovrättsråd	Helsingfors hovrätt
Bygglin	Gustav	Justitieråd	Högsta domstolen
Bärlund	Johan	Professor (pro tem.)	Helsingfors universitet
Ekblom-Wörlund	Anne	Marknadsrättsdomare	Marknadsdomstolen
Enegren-Åberg	Jannika	Vicehäradshövding	Juridisk byrå Jannika Enegren
Frände	Dan	Professor	Helsingfors universitet
Groop-Bondestam	Janina	Konsultativ tjänsteman	Justitieministeriet
Haga	Pia Terese	Föredragande	Åbo hovrätt
Halila	Heikki	Professor	Helsingfors universitet
Halila	Leena	Tf. professor	Helsingfors universitet
Hallavainio	Anne	Regeringsråd	Justitieministeriet
Havu	Katri		Helsingfors universitet
Helenius	Dan	Forskare	Helsingfors universitet
Herler	Casper		Attorneys at law Borenius Ltd
Hirn	Christian	Tingsdomare, avd. chef	Västra Nylands tingsrätt
Hokkanen	Minna		University of Helsinki
Hollo	Erkki	Professor	Helsingfors universitet
Huldén	Alexis		Helsingfors universitet
Hästö	Jonas		Castrén & Snellman Attorneys Ltd
Janson	Mårten		Fondia Oy
Judström	Aili	Jurist	Advokatbyrå Mikael Damstén Ab
Kanninen	Heikki	EU-tribunalens vice ordförande	Europeiska unionens tribunal

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Kesarev	Kiril	Föredragande	Besvärnämnden för social trygghet
Knuts	Gisela	Partner	Roschier Attorneys Ltd
Knuts	Mårten	Professor	Krogerus Attorneys Ltd
Koivisto	Ida	Dr.	Helsingfors universitet
Koskelo	Pauliine	President	Högsta domstolen
Kourilehto	Vuokko Anneli		Uleåborgs tingsrätt
Krogerus	Mikael	Hovrättspresident (på pension)	Östra Finlands hovrätt
Kumpula	Anne	Professor	Turku universitet
Kuusniemi	Katriina	Senior Associate	Roschier Attorneys Ltd
Kärki	Eero	Fiskal	Helsingfors hovrätt
Laine	Anne		Castrén & Snellman Attorneys Ltd
Laitinen	Tom	Referendarieråd	Högsta domstolen
Langenskiöld	Rickard		Castrén & Snellman Attorneys Ltd
Leikas	Minna	Tingsdomare	Uleåborgs tingsrätt
Letto-Vanamo	Pia	Professor	Helsingfors universitet
Liljeroos	Heikki	Biträdande avdelningschef/ Regeringsråd	Justitieministeriet
Lohse	Mikael		Helsingfors
Malmberg	Heidi		Castrén & Snellman Attorneys Ltd
Maunuksela	Merja	Fiskal	Åbo hovrätt
Mickwitz	Anna-Karin	Advokat	Advokatbyrå Castrén & Snellman
Muilu	Merja	Chef, Rättshjälp- och utsokningsenheten	Justitieministeriet
Mutikainen	Riitta	Förvaltningsråd	Högsta förvaltningsdomstolen
Muttilainen	Olli	Förvaltningsdirektör	Justitieministeriet
Mäenpää	Kalle	Doktorand	Helsingfors universitet
Mäenpää	Olli	Professor	Helsingfors universitet
Niemi	Johanna	Professor	Turku universitet
Niemivuo	Matti	Professor, emeritus	Lapplands universitet
Norrman	Wilhelm	Assessor	Helsingfors hovrätt
Nybondas-Kangas	Henrika	Förhandlingschef, VH	KT Kommunarbetsgivarna

Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Nygård	Annika	Tingsdomare	Egentliga Finlands tingsrätt
Nygård	Kenneth	Lagman	Egentliga Finlands tingsrätt
Olsson	Olof	Förvaltningsråd	Pensionär
Palmgren	Sten	Lagstiftningsråd	Pensionär
Pellonpää	Matti	Förvaltningsråd	Högsta förvaltningsdomstolen
Petrell	Kalarina	Regeringsråd, byråchef	Statsrådets kansli
Pitkänen	Jerker		Castrén & Snellman Attorneys Ltd
Rantasaari	Tomi	Marknadsrättsdomare	Marknadsrätt
Rubanin	Maaria	Regeringsråd	Justitieministeriet
Salonen	Marianne	Hovrättsråd	Åbo hovrätt
Sandström	Camilla		Högsta förvaltningsdomstolen
Sasi	Kimmo	Riksdagsledamot	Riksdagen
Schröder	Vilhelm	Vicehäradshövding	Helsingfors
Schultén	Gerhard af	Jur.lic.	Pensionär
Sepponen	Matti	Referendarieråd	Högsta domstolen
Sevón	Leif	President	Pensionär
Siitari	Eija	Förvaltningsråd	Högsta förvaltnings- domstolen
Sisula-Tulokas	Lena	Professor	Pensionär
Spring-Reiman	Petra	Tingsdomare	Östra-Nylands tingsrätt
Suominen	Maria	Jurist	Finansinspektionen
Taina	Tuire	Justitiesekreterare	Högsta domstolen
Takkunen	Eero	Lagman	Helsingfors tingsrätt
Tala	Jyrki	Professor emeritus	Rättspolitiska forskningsinstitutet
Tallroth	Paulina	Regeringsråd	Justitieministeriet
Tams	Eva	Ministerial adviser	Justitieministeriet
Tolonen	Hannele	Assistent	Helsingfors universitet
Vanhala	Liisa	Lagstiftningsråd	Justitieministeriet
Vanne	Kimmo	Tingsdomare	Vanda tingsrätt
Vasara	Soile Alise	Förvaltningschef	Turku universitet
Vuorenpää	Mikko	Professor	Lapin yliopisto
Väyrynen	Juha		Castrén & Snellman Attorneys Ltd
Westermarck	Ulla	Regeringssekreterare	Justitieministeriet

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Arnadóttir	Ragna	Vicedirektör	Landsvirkjun
Arnardóttir	Guðrún Sesselja	Advokat	Mandat Law firm
Arnason	Ragnar Tomas	Advokat	LOGOS
Asgeirsson	Floki	Jurist	Umboðsmaður Alþingis
Benediktssdóttir	Kolbrún	Statsadvokat	Rigsadvokaten
Bogason	Benedikt	Höjesterettsdommer	Hæstiréttur Íslands
Einarsdóttir	Ingveldur	Höjesterettsdommer	Hæstiréttur Íslands
Einarsson	Ingimundur	Præsident	Byretten i Reykjavik
Friðjónsdóttir	Sigríður J.	Rigsadvokat	Rigsadvokaten
Friðriksdóttir	Hrefna	Professor	Universitet Island
Gunnarsson	Helgi Magnús	Viceriksadvokat	Ríkissaksóknari
Gunnlaugsdóttir	Margrét	Advokat	Acta lögmansstofa
Gunnlaugsdóttir	Þorbjörg Sigríður	Assistent statsadvokat	Rigsadvokaten
Helgadóttir	Eva Bryndís	Advokat	Mandat Law firm
Helgadóttir	Ragnhildur	Professor	Háskólinn i Reykjavik
Hlöðversdóttir	Bryndís	Personellsjef	Landsspítali
Jóhannesdóttir	Sigrún	Direktör	Statsministeriet
Jonasdóttir	Gudlaug		Íslands Höjesteret
Jónsson	Thorsteinn A	Administrativ leder	Höjesteret
Kristinsdóttir	Sigríður	Advokat	Acta Law Firm
Kristjánsson	Halsteinn Dan	Særlig juridisk assistent	Umboðsmaður Alþingis
Magnusdóttir	Margret	Direktør	RUV
Magnússon	Sigurður Tómas	Professor	Reykjavik Universitet
Magnússon	Skuli	Tingsrettsdommer og dosent	Reykjavik tingsrett
Ólafsdóttir	Marín	Assistant prosecutor	Ríkissaskóknari
Ólason	Óli Ingi	Assistant Statsadvokat	Rigsadvokaten
Pálsson	Ottar	Partner	LOGOS slf.
Pétursdóttir	Hildur	Advokat	Kvasir lögmenn
Petursson	Reimar	Partner	Logmenn Laekjargotu
Runarsdóttir	Maria	Advokat	Kvasir Law Firm
Rögnvaldsdóttir	Margrét Unnur	Assistent statsadvokat	Rigsadvokaten
Snorrason	Jón H.B.	Assisterendepoliti-direktör/Statsadvokat	Hovedsteds Politiet
Sólnes	Valgerður		Hæstiréttur Íslands



Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Spano	Robert	Dommer	Den europeiske Menneske- retighedsdomstolen
Stefansdóttir	Hulda Maria	Stadtsadvokat	Rigsadvokaten
Steingrimsdóttir	Thyri	Advokat	Acta Law Firm
Svavarsdóttir	Berglind	Advokat	Acta Law Firm
Sævarsdóttir	Kolbrún	Byrettsdommer	Héraðsdómur Reykjavíkur
Thorarensen	Björg	Professor	Íslands Universitet
Þorvaldsdóttir	Hervör Lilja	Héraðsdómari/ byrettsdommer	Héraðsdómur Reykjavíkur
Tynes	Dora Sif	Head of EEA Legal Services	EFTA Secretariat
Vilhjalmsson	Vilhjalmur		VHV Lögmannsþjónusta slf.
Örlygsson	Þorgeir	Højesterettsdommer	Íslands Højesterett

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Akerlie	Eirik	Lagmann	Borgarting lagmannsrett
Almaas	Knut	Sørenskriver	Sør-Trøndelag tingrett
Amble	Malin	Rådgiver	Statsministerens kontor
Arnesen	Per Christian	Tingrettsdommer	Stavanger tingrett
Arnzen	Wenche Elizabeth	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Askheim	Lars Olav	Advokat	Wikborg, Rein & Co. Advokatfirma DA
Asland	John	Professor	Universitetet i Oslo
Asplin	Nina	Seniorrådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Bachmann	Anders Flock	Sørenskriver	Hammerfest tingrett
Backer	Inge Lorange	Professor	Universitetet i Oslo
Bakke-Nielsen	Joakim	Advokat	Advokatfirmaet HBN Henriksen Bakke-Nielsen ANS
Barnholdt	Eva Grotnæss	Utredet	Høyesterett
Baumann	Stine	Utredet	Høyesterett
Bekkelund	Håvard	Ekspedisjonssjef	Justis- og beredskaps- departementet
Bekkhuis	Bente Therese	Advokatfullmektig	Aurlien Vordahl & Co Advokatfirma
Bentzen	Heidi Beate		Universitetet i Oslo
Berg	Marianne	Tingrettsdommer	Sør-Trøndelag tingrett
Berg-Hansen	Camilla	Utredet	Høyesterett
Bergby	Gunnar	Direktør	Høyesterett
Berger	Kirsten	Advokat	Regjeringsadvokaten
Bergh	Espen	Lagmann	Borgarting lagmannsrett
Bergsjø	Per Erik	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Birkelund	Pernille	Dommerfullmektig	Lofoten tingrett
Bjerke	Line Ramm	Førstekonsulent	Justisdepartementet
Bjørnland	Benedicte	Sjef	Politiets sikkerhetstjeneste
Bjørnsnøs	Kari Leira	Seniorrådgiver	Domstoladministrasjonen
Bleskestad	Kirsten	Tingrettsdommer	Asker og Bærum tingrett
Bloch-Hoell	Hans Egede	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Blystad	Agnes Marie	Advokatfullmektig	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Bolstad	Torunn	Avdelingsdirektør	Justis- og beredskaps- departementet

Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Borchsenius	Fredrik Charlo	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Borgerud	Ingeborg Moen	Partner	Arnitzen de Besche Advokatfirma AS
Bornø	Thomas Laurendz	Fung.assisterende direktør	Statens sivilrettsforvaltning
Brandi	Thomas	Advokat	Advokatfirmaet Selmer DA
Brofoss	Knut	Trygderettens leder	Trygderetten
Brosveet	Anders	Advokat	Advokatfirmaet Elden DA
Bruserud	Herman	Førsteamanuensis	Universitetet i Oslo
Bruzelius	Karin M.	Høyesterettsdommer	Det juridiske fakultet, UiO
Bull	Henrik	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Bull	Kirsti Strøm	Professor	Universitetet i Oslo
Bull	Steingrim	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Buset	Birthe Aspehaug	Utredet	Høyesterett
Celius	Kristine	Dommerfullmektig	Sogn tingrett
Cordero-Moss	Giuditta	Professor	Universitetet i Oslo
Dahl	Ola	Førstelagmann	Borgarting lagmannsrett
Danbolt	Diderik Heiberg	Tingrettsdommer	Asker og Bærum tingrett
Dolva	Trond	Pensjonist	Trond Dolva
Dragstmo	Espen	Universitetsstipendiat	Universitetet i Bergen
Dyrnes	Anne-Melte	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Dørstad	Inger Kjersti	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Eeg	Thomas	Professor	Universitetet i Bergen
Efjestad	Jon Sverdrup	Dommerfullmektig	Oslo tingrett
Eidsand Kjørven	Marte	Stipendiat	Universitetet i Oslo
Einersen	Trude	Seniorrådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Einstabland	Nils Kristian	Partner, advokat	Advokatfirmaet Selmer DA
Elgesem	Frode	Advokat	Advokatfirmaet Thommessen
Ellingsen	Eirik Basmo	Advokatfullmektig	Advokatfirmaet BA-HR DA
Emberland	Marius	Advokat	Regjeringsadvokaten
Endestad	Merete		Det juridiske fakultet, UiB
Eriksen	Gunnar	Professor	Universitetet i Tromsø
Eriksen	Johannes	Fungerende lovrådgiver	Justis- og beredskaps departementet
Eriksen	Marte Strand	Utredet	Høyesterett

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Ertzeid	Aina Mee	Kst. statsadvokat	Oslo statsadvokatembeter
Evju	Stein	Professor	Institutt for privatrett
Fagernæs	Sven Ole	Regjeringsadvokat	Regjeringsadvokaten
Falkanger	Aage Thor	Sivilombudsmann	Sivilombudsmannen
Falkenberg	Helle Aase	Rådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Fause	Lars	Førstestatsadvokat	Troms og Finnmark statsadvokatembeter
Fliflet	Arne	Høyesterettsadvokat	
Fløistad	Karin		European University Institute
Fodchenko	Irina		Det juridiske fakultet, UiO
Fosmark	Per Racin	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Fossen	Cathrine	Tingrettsdommer	Gjøvik tingrett
Fougner	Amund	Advokat	Advokatfirmaet Hjort DA
Fougner	Else Bugge	Høyesterettsadvokat	Advokatfirmaet Hjort DA
Fougner	Jan	Advokat	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Fredriksen	Halvard Haukeland	Professor	Universitetet i Bergen
Frogner	Marit B	Dommer	Arbeidsretten
Frøberg	Thomas	Statsadvokat	Riksadvokatembetet
Giertsen	Johan	Professor	Universitetet i Bergen
Gjems-Onstad	Linn Elise	Vitenskapelig assistent	Universitetet i Oslo
Gjølstad	Liv	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Grandal	Morten	Advokat	Forbrukerombudet
Gravensteen	Runa	Førstekonsulent	Justisdepartementet
Gravermoen	Anne Britt Kihle	Førstekonsulent	Slatens vegvesen Vegdirektoratet
Grimsrud	Inger Julie	Doktorgradsstipendiat	Handelshøyskolen BI
Grimstad	Kyrre	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Groth	Vibecke	Ekstraordinær lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Grønvik	Dagfinn	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Gundersen	Anders Blix	Statsadvokat	Riksadvokaten
Gundersen	Aase	Senior legal advisor	International Law and Policy Institute
Hagland	Birgitte	Føstemanuensis	Det juridiske fakultet, UiO
Hamre	Emil	Forlagsredaktør	Universitetsforlaget AS
Hardeland	Torunn M	Dommerfullmektig	Oslo tingrett

## Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Harlem	Hanne	Kommuneadvokat	Kommuneadvokaten i Oslo
Haugland	Geir Sunde	Utredet	Høyesterett
Haugli	Trude	Professor	Universitetet i Tromsø
Heide	Ola Rambjør	Tingrettsdommer	Gjøvik tingrett
Helgesen	Malin	Legal Counsel	Statoil ASA
Hellstrøm Christensen	Kim	Advokat	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Hem	Tor Asbjørn Tingulstad		Forbrukerombudet
Hennum Johanson	Mats		
Heyerdahl	Kristel	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Hjermann	Harald	Sorenskriver	Sogn tingrett
Hjort	Kristin Slørdahl		Høyesterett
Hjort	Maria Astrup	Stipendiat	Universitetet i Oslo
Hoff	Grete Hillestad	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Holand	Marit	Sorenskriver	Fosen tingrett
Holdø	Håvard	Advokat	Regjeringsadvokaten
Holm	Håvard	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Holme	Jørn	Riksantikvar	Riksantikvaren
Hopsnes	Roald	Stipendiat	Universitetet i Bergen
Houck Egseth	Liv Christina	Seniorrådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Huitfeldt	Iver	Lagdommer, pensjonert	Pensjonert
Hurlen	Chirsti Erichsen	Utredet	Høyesterett
Husebø	Torbjørn	Tingrettsdommer	Stavanger tingrett
Hæreid	Runa Nordahl	Advokat	Humlen & Rieber-Mohn advokater
Høivik	Waller	Tingrettsdommer	Fjordane tingrett
Høstmælingen	Bodil Kristine	Advokat	Kommuneadvokaten i Oslo
Indreberg	Hilde	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Jakobsen	Ingvild Ulrikke	Førsteamanuensis	Universitetet i Tromsø
Jensen	Anne Pauline	Direktør	Statens sivilrettsforvaltning
Jenssen	Mette	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Jerkø	Markus	Stipendiat	Det juridiske fakultet, UiO
Johansen	Stian Øby		Universitetet i Oslo
Johnson	Erling Espolin	Dommerfullmektig	Oslo tingrett

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Jordal	Per J.	Lagdomer	Gulating lagmannsrett
Jordbakke	Hege	Advokatfullmektig	Advokatfirmaet Hjort DA
Julsrud	Åsne	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Kaiser	Hans Egil	Rådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Kallerud	Knut H.	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Keiserud	Erik	Advokat	Advokatfirmaet Hjort DA
Klevan	Camilla	Forlagsredaktør	Universitetsforlaget AS
Kløve	Unn	Redaksjonssjef	Cappelen Damm AS
Kobbe	Anne Sophie		Oslo tingrett
Kraby	Ida Hjort	Advokat	Regjeringsadvokaten
Kristiansen	Janne	Spesialrådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Krogsveen	Linn	Seniørrådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Krohg	Bernt	Lagdommer	Eidsivating lagmannsrett
Kverneland	Wenche	Avdelingsdirektør	Justisdepartementet
Kvestad	Lars		Universitetet i Bergen
Kyhring	Ida		Gyldendal Norsk Forlag
Lande	Ola Berg	Fagdirektør	Statsministerens kontor
Larsen	Ruben Skifjell	Advokatfullmektig	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Larssen	Wiggo Storhaug	Lagdommer	Gulating lagmannsrett
Lenth	Guri	Førstestatsadvokat	Riksadvokatembetet
Lereim	Eirik	Tingrettsdommer	Fosen tingrett
Lie	Markus Hoel	Førsteamanuensis	Universitetet i Tromsø
Lindqvist	Susanna	Rådgiver	Røyken kommune
Linn Kvade	Rannekleiv	Advokat	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Lo	Randi	Tingrettsdommer	Gjøvik tingrett
Lund	Maria Vea	Stipendiat	Universitetet i Bergen
Lynne	Kari	Lagmann	Frostating lagmannsrett
Løge	Gunvor	Seniørrådgiver	Domstoladministrasjonen
Løstegaard	Ole Knut	Fungerande lovrådgjevar	Justis- og beredskaps- departementet
Løvdal	Vibeke	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Magnus	Marianne Nergaard	Advokat	Kommuneadvokaten i Oslo
Magnussen	Lola	Utredner	Høyesterett

## Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Mahieu	Katinka	Dommer	Oslo tingrett
Mahler	Tobias	Førsteamanuensis	Universitetet i Oslo
Marthinussen	Hans Fredrik	Professor	Universitetet i Bergen
Martnes	Mona		Juridisk fakultet, UiT
Matheson	Wilhelm	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Malningsdal	Magnus	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Mellin-Olsen	Brita	Underdirektør	Justis- og beredskaps- departementet
Mestad	Ingvild	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Midtbø	Lone Veel	Rådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Moen	Ketil Bøe	Advokat	Regjeringsadvokaten
Moltu	Petter Thomren	Advokat	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Morken	Mari Sund	Dommerfullmektig	Hammerfest tingrett
Mulder	Bernard Johann	Jur.dr	Universitetet i Oslo
Munch Thore	Susanne	Advokat, Managing Partner	Wikborg, Rein & Co. Advokatfirma DA
Musæus	Anette Bleikelia	Seniorrådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Myrvold	Siv		Høyesterett
Mæhle	Kirsten Vikesland	Student	Universitetet i Oslo
Nerdrum	Gunnar	Høyesterettsadvokat	Egen praksis
Nesheim	Torkjel	Avdelingsleder/ tingrettsdommer	Oslo tingrett
Nisja	Ola Ø.	Partner	Wikborg, Rein & Co. Advokatfirma DA
Njerne	Kristin	Fagssjef	Statens helsetilsyn
Noer	Ragnhild	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Nordby	Thomas E.	Advokat	Arntzen de Besche Advokatfirma AS
Normann	Kristin	Høyesterettsdommer dr. juris	Høyesterett
Nygaard	Kjersti Buun	Assisterende direktør	Høyesterett
Nyhus	Harald G.	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Nymoen	Hanne Signe	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Næss	Karin		Høyesterett
Olsen	Camilla Haukeland		Det juridiske fakultet, UiB

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Olsson	Marianne	Advokat	Advokatfirmaet Mageli
Osnes Fause	Anett Beatrix	Førsteamanuensis	Universitetet i Tromsø
Oulie-Hauge	Toini	Dommerfullmektig	Oslo tingrett
Pedersen	Karianne	Seniorrådgiver	Domstoladministrasjonen
Ramani	Mohsin	Advokat	Norsk Hydro ASA
Ramm	Nils Ihlen	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Reehorst	Maiken	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Reinholdtsen	Jørgen	Utredner	EFTA court
Rieber-Mohn	Georg Fredrik	Tidl. høyesterettsdommer	Pensjonert
Rigland	Ole Kristian		Regjeringsadvokaten
Riisnæs	Rolf	Advokat dr. juris	Wikborg, Rein & Co. Advokatfirma DA
Ringnes	Arne	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Robberstad	Kristin	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Rogan	Silje Aga	Senioradvokat	Advokatfirmaet Lund & Co Da
Rolstad	Helle	Tingrettsdommer	Gjøvik tingrett
Rui	Jon Petter	Professor	Universitetet i Bergen
Ruud	Morten	Spesialrådgiver	Justisdepartementet
Ryssdal	Anders	Advokat dr. juris	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Røhnebæk	Ørnulf	Lagdommer	Eidsivating lagmannsrett
Rønning	Olaf Halvorsen	Dommerfullmektig	Larvik tingrett
Rønning	Thore	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Røyneberg	Øyvind	Student	Universitetet i Bergen
Saglie	Tor	Departementsråd	Justis- og beredskaps- departementet
Salicath	Walter	Senior Manager	Statoil Fuel & Retail AS
Samuelson	Anne M.	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Sand	Rasmus		Oslo tingrett
Sandberg	Kirsten	Professor	Universitetet i Oslo
Sandvig	Jenny	Advokat	Regjeringsadvokaten
Sandvig	Marius	Tingrettsdommer	Hammerfest tingrett
Schea	Trond Eirik	ØKOKRIM-sjef	ØKOKRIM
Schei	Tore	Høyesterettsjustitiarius	Høyesterett
Schjatvet	Jan	Advokat	Advokatfirma Jan Schjatvet
Sejersted	Fredrik	Professor	Universitetet i Oslo



## Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Shetelig	Kaare Andreas	Partner	Wikborg, Rein & Co. Advokatfirma DA
Sigurdson	Halvor E.	Advokat	NHO
Skeimo	Inger	Dommerfullmektig	Vesteråten tingrett
Skjæggestad	Wenche	Ekstraordinær lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Skogvang	Susann Funderud	Førsteamanuensis	Universitetet i Tromsø
Sletmoen	Gunhild	Rådgiver	Justisdepartementet
Smith	Carsten	Høyesterettsjustitiarius em.	
Smith	Merete	Generalsekretær	Den Norske Advokatforening
Smith Ihenacho	Carine	Advokat	Statoil ASA
Sølbakken	Bjørn	Førstelagmann	Gulating lagmannsrett
Sølberg	Anders Ervin		Humlen & Rieber-Mohn advokater
Sølberg	Jostein Haug	Avdelingsdirektør	Justis- og beredskaps- departementet
Søllund	Marius	Advokat	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Somby	Ande		Universitetet i Tromsø
Spilde	Ingvild	Selskapsjurist	Avinor- Oslo Lufthavn AS
Stabel	Ingse	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Stadshaug	Kaja Midtbø	Advokat	Regjeringsadvokaten
Steinsvik	Kine	Advokat	Regjeringsadvokaten
Stenmark	Mats I.	Stipendiat/advokat	Universitetet i Oslo
Stensrud	Mals	Lagdommer	Frostating lagmannsrett
Stenvik	Are	Advokat	Advokatfirmaet BA-HR DA
Storberget	Torgeir	Advokatfullmektig	Advokatfirmaet Selmer DA
Stridbeck	Ulf	Professor	Universitetet i Oslo
Stub	Marius	Advokat	Regjeringsadvokaten
Sulland	Frode	Advokat	Advokatfirmaet Hestenes og Dramer & Co
Sunde	Torje	Advokat	Regjeringsadvokaten
Sundet	Johannes	Advokat	Advokatfirmaet Buttingsrud & Co
Sundet	Norunn Løkken	Utredet	Høyesterett
Sundet	Tron Løkken	Nestleder	Arbeidsretten
Svensden	Kristoffer	Stipendiat	Det juridiske fakultet, UiT
Sverdrup	Tone	Professor	Universitetet i Oslo

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Swensen Ellingsæter	Sjur	Advokatfullmektig	Advokatfirmaet BA-HR DA
Syse	Aslak	Professor	Universitetet i Oslo
Syse	Audgunn	Advokat	Kommuneadvokaten
Sælen	Bjørn Gunnar	Tingrettsdommer	Fjordane tingrett
Sæther	Knut Erik	Assisterende riksadvokat	Riksadvokaten
Sørensen	Christopher Haugli	Utredet	Høyesterett
Sørli	Gunnar	Advokat	Advokatfirmaet BA-HR DA
Søvde	Gustav	Tingrettsdommer	Nedre Telemark tingrett
Tennøe	Janne Elisabeth	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Thommessen	Ebba	Seniorrådgiver	Statens helsetilsyn
Thue	Yngvild	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Thune	Ingjerd	Sorenskriver	Gjøvik tingrett
Tjomsland	Steinar	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Torgersen	Ole-Andreas	Partner, advokat	Advokatfirmaet Selmer DA
Torgersen	Runar	Førstestatsadvokat	Riksadvokatembetet
Trovik	Mette Dorthea	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Tuseth	Bård Sverre	Universitetsbibliotekar	Universitetet i Oslo
Tvedt	Morten Walløe	Seniorforsker	Fridtjof Nansens Institutt
Tvedt	Hans Andreas		Gyldendal Norsk Forlag
Tverberg	Arnulf	Avdelingsdirektør	Justis- og beredskaps- departementet
Tveter	Line	Rådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Tønder	Bård	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Tørum	Amund B.	Advokat	Schjødt
Tøssebro	Henriette		Universitetet i Oslo
Ulseth	Terese	Advokat dr. juris	Advokatfirmaet Schjødt
Utgård	Karl Arne	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Utgård	Merete Anita	Utredet	Høyesterett
Vars	Laila Susanne	Direktør/ PhD	GÅLDU
Vatne	Cecilie	Dommerfullmektig	Oslo tingrett
Ve	Henning		Lovdata
Vik	Inga Merethe	Sorenskriver	Oslo byfogdembete
Vikki	Vera	Advokatfullmektig	Humlen & Rieber-Mohn advokater

## Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Villars-Dahl	Leif	Dommer	Oslo byfogdembete
Vo	Mai	Dommerfullmektig	Oslo tingrett
Voll	Rune	Lagdommer	Gulating lagmannsrett
Vollan	Marianne	Direktør	Kriminalomsorgsdirektoratet
Wahl	Jakob	Leder Arbeidsretten	Arbeidsretten
Walaas	Lene Smith	Seniorrådgiver	Justis- og beredskaps- departementet
Walnum	Cecilie	Tingrettsdommer	Asker og Bærum tingrett
Wang	Per Sigvald	Advokat	Regjeringsadvokaten
Webster	Bergljot	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Wegner	Jens-Sveinung	Tingrettsdommer/avde- lingsleder	Asker og Bærum tingrett
Welo	Kaja Moen	Utvalgsekretær	Justis- og beredskaps- departementet
Weltzien	Kurt	Stipendiat	Universitetet i Oslo
Wiig	Inger	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Willumsen	Heidi	Advokat	Advokatfirmaet Wiersholm AS
Wittemann	Elisabeth	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Woxholth	Helle Einstabland	Advokat	Finansklagenemnda
Wærsten Engstrøm	Tine	Leder KM/Marked	Advokatfirmaet Selmer DA
Waalder	Thorleif	Tingrettsdommer	Oslo tingrett
Yggeseth	Morten	Førstestatsadvokat	Oslo statsadvokatembeter
Zimmer	Frederik	Professor	Universitetet i Oslo
Ødelien	Anette		Justis- og beredskaps- departementet
Øie	Toril M.	Høyesterettsdommer	Høyesterett
Ørjasæter	Jo	Førstekonsulent	Justis- og beredskaps- departementet
Ørstavik	Inger	Ph.D.	Advokatfirmaet Schjødt AS
Østgård	Brynjar	Advokat	Advokatfirmaet Østgård DA
Aaby	Nanna	Dommerfullmektig	Heggen og Frøland Tingrett
Aamodt	Øistein	Nestleder i juridisk utredningsenhet	Høyesterett
Aarli	Ragna	Professor	Universitetet i Bergen
Aasgaard	Tone	Lagdommer	Borgarting lagmannsrett
Aaslebøl	Knut	Utredet	Høyesterett

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Adelswård	Theo	Chefsrådman	Lunds tingsrätt
Ahlstrand Oxhamre	Karin	Hovrättsassessor	Justitiekanslern
Almkvist	Gustaf	Hovrättsfiskal	Svea hovrätt
Alvinsson	Mårten	Kammaråklagare	Aklagarmyndigheten
Anderkvist	Maria	Kansliråd	Regeringskansliet
Andersson	Johanna	Jurist	Bolagsverket
Andersson	Karin		Skellefteå
Andersson	Kristina	Chefsrådman	Malmö tingsrätt
Antemar	Guðrun	Lagman	Förvaltningsrätten i Stockholm
Bengtsson	Jan	Rådman/enhetschef	Attunda tingsrätt
Bengtsson	Ulf	Universitetsadjunkt	Högskolan i Gävle
Benson	Karin	Rådman	Förvaltningsrätten i Stockholm
Bergström	Helene	Justitiesekreterare	Högsta domstolen
Bergström	Margareta	Hovrättspresident	Hovrätten för Övre Norrland
Berntorp	Anna		Advokatfirma DLA Nordic KB
Billquist	Bengt	Utskottsråd	Sveriges riksdag
Björsten	Peder	Justitiesekreterare	Högsta domstolen
Björnsson	Ingrid	Justitiesekreterare	Högsta förvaltningsdomstolen
Blixt	Lena	Hovrättsråd	Svea hovrätt
Blomberg	Jesper	Justitiesekreterare	Högsta förvaltningsdomstolen
Bogdan	Michael	Professor	Lunds universitet
Bortlid	Ann-Charlotte	Rådman	Förvaltningsrätten i Göteborg
Brandin	Jenny	Rådman	Linköpings tingsrätt
Brattgård	Erik	Chefsrådman	Uppsala tingsrätt
Brattgård	Hanna Pontén	Advokat	Ahlford Advokatbyrå
Brattström	Margareta	Professor	Juridiska fakulteten i Uppsala
Brorström	Emelie		Kammarrätten i Göteborg
Bräutigam	Björn Olof	Jur.kand.	Stockholms tingsrätt
Bull	Thomas	Justitieråd	Högsta förvaltningsdomstolen
Buskas	Thérèse	Tingsnotarie	Stockholms tingsrätt
Bylander	Eric	Docent, jur. dr	Uppsala universitet
Bynander	Kerstin	Ämnessakkunnig	Justitiedepartementet
Böös	Maria	Rådman	Södertörns tingsrätt
Calissendorff	Axel	Advokat	Calissendorff & Co

Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Calissendorff	Kerstin	Justitieråd	Högsta domstolen
Cansu	Elias	Tingsfiskal	Nyköpings tingsrätt
Cappelen-Smith	Anna	Juslitiesekreterare	Högsta domstolen
Cedhagen	Anders	Kammarrättsråd	Kammarrätten i Göteborg
Cohen	Dag	Chefsrådman	Malmö tingsrätt
Crafoord	Clarence	Jur.kand och Chef	Centrum för rättvisa
Dahlberg	Mattias	Professor, dr juris	Uppsala universitet
Dahlin	Karin	Rådman	Förvaltningsrätten i Stockholm
Danelius	Johan	Departementsråd	Justitiedepartementet
Danhard	Erik	Advokat	Stockholm
Danielsson	Anders	Generaldirektör	Migrationsverket
Démery	Christoffer	Enhetschef, rådman	Nyköpings tingsrätt
Dereborg	Anders	Chefsrådman	Stockholms tingsrätt
Ebbersten	Jörgen	Advokat	Advokatfirman Wigert & Placht AB
Eberhardt	Agneta	Utvecklingschef	Förvaltningsrätten i Stockholm
Edholm	Anna	Kammarrättsassessor	Riksdagens ombudsmän
Edstedt	Lars	Tingsnotarie	Stockholms tingsrätt
Edvardsson	Charlotte		Högsta domstolen
Egelin	Lena	Chefsrådman	Stockholms tingsrätt
Eka	Anders	Justitieråd	Högsta domstolen
Ekdahl	Nils Petter	Chefsrådman	Lunds tingsrätt
Eleblad	Anna	Juslitiesekreterare	Högsta domstolen
Elmerot	Åsa	Doktorand	Uppsala universitet
Elofsson	Niklas	Associate, LL.M.	Advokatfirman Vinge
Elsérth	Kerstin	Hovrättsråd	Svea hovrätt
Enérus Saldén	Anita	Justitieråd	Högsta förvaltningsdomstolen
Ericson	Susanne	Kammarrättsråd	Kammarrätten i Stockholm
Eriksson	Johan	Advokat	Försvarsadvokaterna
Erlman	Anders	Hovrättslagman	Hovrätten för Nedre Norrland
Everitt	Jimmy	Jurist	Bolagsverket
Fabian	Katarina	Departementssekreterare	Utrikesdepartementet
Falkmer	Malin		Göta hovrätt
Fernandez Palma	Gaston	Jurist	Socialstyrelsen

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Finn	Erika	Verksamhetsutvecklare	Domstolsverket
Forsberg	Philip	Tingsnotarie	Stockholms tingsrätt
Forsgren	Mikael	Ämnesråd	Justitiedepartementet
Forsman	Marlene	Tf. hovrättsassessor	Sundsvall
Franke	Petter	Rådman	Halmstads tingsrätt
Frånstedt Lofalk	Lena	Advokat	Nord & Co Advokatbyrå
Fura	Elisabet	Chefsjustitieombudsman	Riksdagens ombudsmän
Gernandt	Johan	Advokat	Stockholm
Gillström	Alexandra	Jurist	Centrum för rättvisa
Grén	Katarina	Administrativ direktör och rådman	Södertörns tingsrätt
Green	Bengt	Kammarrättsråd, vice ordförande	Kammarrätten i Jönköping
Grylin	Hanna	Doktorand	Högskolan i Gävle
Halme	Sari	Rådman	Förvaltningsrätten i Stockholm
Hansson	Björn	Lagman	Kristianstads tingsrätt
Hansson	Karin	Justitiesekreterare	Högsta förvaltningsdomstolen
Hartman	Cecilia	Justitiesekreterare	Högsta domstolen
Heckscher	Sten	F.d. ordförande	Högsta förvaltningsdomstolen
Hedberg	Henrik	Rådman	Förvaltningsrätten i Malmö
Hedborg	Irina	Jurist	Bolagsverket
Hedenmo	Jakob	Rådman	Stockholms tingsrätt
Hellberg	Maria	Rådman	Stockholms tingsrätt
Hellsten	Erik	Tingsfiskal	Stockholms tingsrätt
Herre	Johnny	Justitieråd	Högsta domstolen
Hirschfeldt	Johan	F.d. hovrättspresident	
Hjelmtorp	Lena	Rådman/enhetschef	Attunda tingsrätt
Hjukström	Jenny	Justitiesekreterare	Högsta domstolen
Hobér	Kaj	Professor	Mannheimer Swartling Advokatbyrå
Hoffmann	Oskar	Tingsnotarie	Stockholms tingsrätt
Holgersson	Stefan	Kammarrättspresident	Kammarrätten i Jönköping
Holm	Lisa		Justitiekanslern
Holmdahl	Cecilia	Justitiesekreterare	Högsta Förvaltningsdomstolen
Holst	Ulf	Advokat	Umeå

Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Hägg Bergvall	Magdalena	Chefsrådmän	Nacka tingsrätt
Högberg Jacobsson	Joakim	Tingsnotarie	Stockholms tingsrätt
Håstad	Torgny	F.d. justitieråd	Uppsala universitet
Ingvarsson	Torbjörn	Jur. dr, universitetslektor	Uppsala universitet
Isaksson	Lena	Konsul	Umeå
Isaksson	Rebecka	Kammarrättsfiskal	Kammarrätten i Göteborg
Ivarsson	Bengt	Advokat och ordförande i Sveriges advokatsamfund	Kihlstedts Advokatbyrå HJB
Jarnevall	Kristina	Rådman	Förvaltningsrätten i Göteborg
Jermsten	Henrik	Justitieråd	Högsta förvaltningsdomstolen
Johansson	Rolf	Advokat	Advokat Rolf Johansson AB
Johansson	Lennart		Domstolsverket
Johansson	Ulf	Hovrättsråd	Göta hovrätt
Johansson	Ylva	Lagman	Förvaltningsrätten i Härnösand
Johansson Welin	Katarina	Överåklagare	Åklagarmyndigheten
Jonsson	Anders	Kammarrättsråd	Kammarrätten i Stockholm
Jonsson	Anna	Tingsnotarie	Nyköpings tingsrätt
Jungstedt	Sofia	Rådman	Solna tingsrätt
Järvstrand	Anna-Lena	Rådman	Stockholms tingsrätt
Jönsson	Madeleine		Nyköping
Karlsson	Jim	Rådman	Linköpings tingsrätt
Kjellsson	Annica Borgerud	T.f.rådman	Örebro tingsrätt
Kjellsson	Per	Lagman	Västmanlands tingsrätt
Klerbro	Cecilia	Chefsrådmän	Stockholm
Klintefall	Lena	Rådman	Solna tingsrätt
Krüll	Margareta	Kammarrättsråd	Kammarrätten i Stockholm
Käck	Carolina	Tingsnotarie	Stockholms tingsrätt
Kästel	Sara		Justitiekanslern
König	Lily	Utreddare	Stockholm
Lambertz	Göran	Justitieråd	Högsta domstolen
Lambertz	Karin	Tingsnotarie	Södertörns tingsrätt
Lang	Karin	Advokat	Baumgarten Byström Rooth & Tallavaara Advokater AB
Larsson	Hanna	Advokat	Advokatfirman Sture Larsson AB
Larsson	Per-Olov	Rådman	Förvaltningsrätten i Härnösand

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Larsson	Ralf	Lagman	Göteborgs tingsrätt
Leidhammar	Börje	Adj. professor, advokat	Högskolan i Gävle
Lewin	Elisabeth	Rådman	Förvaltningsrätten i Växjö
Lilja	Agneta	Rådman	Jönköpings tingsrätt
Liljenfeldt	Riikka	Justitiesekreterare	Högsta domstolen
Lindblom	Malou	Chefsrådman	Stockholms tingsrätt
Lindencrona	Gustaf	Professor em.	Stockholms universitet
Lindgren	Jon	Jur kand	Mannheimer Swartling Advokatbyrå
Lindström	Peter	Rättssakkunnig	Justitiedepartementet
Lintunen	Minna	Kammaråklagare	Åklagarmyndigheten
Lundahl	Göran	Lagman	Lunds tingsrätt
Lundgren	Agneta	Kanslichef	Riksdagens ombudsmän
Lundgren	Lars	Chefsrådman	Stockholms tingsrätt
Lundh	Petra	Lagman	Södertörns tingsrätt
Lundius	Marianne	Justitieråd, ordförande	Högsta domstolen i Stockholm
Lundmark	Johan	Ämnesråd	Regeringskansliet
Löfgren	Håkan	Kammarrättsråd, vice ordförande	Kammarrätten i Jönköping
Löfstrand	Martina	Rättssakkunnig	Justitiedepartementet
Madell	Tom	Hovrättsråd	Hovrätten för Övre Norrland
Magnusson	Lars I.	Rådman, ämnesansvarig	Domstolsakademin
Magnusson Sjöberg	Cecilia	Professor	Stockholms universitet
Malmberg	Jonas	Ordförande	Arbetsdomstolen
Malmberg	Ellinor	Justitiesekreterare	Högsta förvaltningsdomstolen
Malmqvist	Christian	Justitiesekreterare	Högsta domstolen
Marcusson	Vanja	Jurist	Bolagsverket
Markstedt	Sara	Rättssakkunnig	Justitiedepartementet
Melin	Mats	Ordförande i Högsta förvaltningsdomstolen	Högsta förvaltningsdomstolen
Mentes	Feryal	Rådman	Södertörns tingsrätt
Moore Peterson	Jennifer	Rådman	Förvaltningsrätten i Göteborg
Moradi	Ronak	Kammaråklagare/Public Prosecutor	Åklagarmyndigheten
Munck	Johan	F.d justitieråd och ord- förande	Högsta domstolen



Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Munukka	Jori	Professor	Stockholms universitet
Myhrberg	Ylva	Rådman	Domstolsakademin
Nilsson	Alexander	Tf. hovrättsassessor	Svea hovrätt
Nilsson	Alicia		Svea hovrätt
Nilsson	Göran	Ämnesråd	Justitiedepartementet
Nilsson	Göran	Lagman	Norrtälje tingsrätt
Nilsson	Johan		Göta hovrätt
Niltby	Gustav	Hovrättsfiskal	Hovrätten över Skåne och Blekinge
Nordlander	Kenneth	Hovrättsråd	Svea hovrätt
Nordlander	Åsa	Rådman	Halmstads tingsrätt
Nordlund	Karin Ström	Föredragande	Förvaltningsrätten i Falun
Nordström	Johan	Tf. Kammarrättsassessor	Kammarrätten i Jönköping
Norling	Thomas	Chefsjurist	Pensionsmyndigheten
Norling Jönsson	Ylva	Lagman	Helsingborgs tingsrätt
Olsson	Camilla	Kanslichef	Svea hovrätt
Olsson	Catarina		Regeringskansliet
Ordenius	Sanna	Tingsnotarie	Stockholms tingsrätt
Owens	Anna	Stabsjurist	Rikspolisstyrelsen
Palmkvist	Ragnar	Chefsrådman	Solna tingsrätt
Patrikson	Vilhelm	Kompetensutvecklare	Domstolsakademin
Pauli	Mikael	Rättssakkunnig	Regeringskansliet
Persson	Bertil	Chefsjurist	Svenska kraftnät
Peterson	Axel	Rådman	Stockholms tingsrätt
Pistol	Mushka	Hovrättsfiskal	Hovrätten över Skåne och Blekinge
Rahm	Anna	Verksjurist	Ekobrottsmyndigheten
Ramberg	Anne	Generalsekreterare	Sveriges advokatsamfund
Ramberg	Christina	Professor	Stockholms universitet
Reimer	Stefan	Chefsrådman	Helsingborgs tingsrätt
Reimers	Elisabet	Utredningssekreterare	Regeringskansliet
Renfors	Cecilia	Justitieombudsman	Riksdagens ombudsmän
Riddselius	Cecilia	Kansliråd	Stockholm
Riese	Biörn	Partner	Mannheimer Swartling Advokatbyrå

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Rogeman	Katarina	Advokat	Gotthards Advokatbyrå
Rojas Wiberg	Annika	Rådman	Domstolsverket
Rosenmüller	Carl		Justitiedepartementet
Rune	Elisabet	Justitiesekreterare	Stockholm
Rygart Kjellander	Annika	Justitiesekreterare	Högsta domstolen
Rynning	Elisabeth	Justitieråd	Högsta förvaltningsdomstolen
Räftegård	Björn	Kansliråd	Justitiedepartementet
Rönnelid	Love	Doktorand	Juridiska fakulteten i Uppsala
Sandahl	Karin	Rådman	Solna tingsrätt
Sandberg	Carin	Kammarrättsfiskal	Kammarrätten i Sundsvall
Sandgren	Claes	Professor	Juridiska fakulteten
Sangborn	Johan	Stf. Chefsjurist	Sveriges advokatsamfund
Schüssler	Harry		Högskolan i Gävle
Schöldström	Gunilla	Hovrättsråd	Svea hovrätt
Schöldström	Patrik	Hovrättsråd	Svea hovrätt
Sederström	Linn	Tingsnotarie	Nyköpings tingsrätt
Sertcanti	Maria		Justitiedepartementet
Shev	Hanna	Förvaltningsrättsfiskal	Linköping
Siesing	Johanna	Tingsfiskal	Gävle tingsrätt
Singer	Anna	Professor	Uppsala universitet
Sjöblom	Susanne	Föredragande	Sveriges riksdag
Sjökvist	Martin	Tingsfiskal	Gävle tingsrätt
Sjöstrand	Jessica	Kansliråd	Utrikesdepartementet
Skarhed	Anna	Justitiekansler	Justitiekanslern
Skånsberg	Björn	Rådman	Södertörns tingsrätt
Sollerborn	Anna	Justitiesekreterare	Högsta domstolen
Stenlund	Karolina	Jur kand	Uppsala universitet
Sterner	Erik	Tf. hovrättsassessor	Hovrätten för Västra Sverige
Stridsberg	Christine		Advokatfirman Hammarskiöld & Co
Strinäs	Lennart	Chefsrådman	Malmö tingsrätt
Strömberg	Stefan	Lagman	Stockholms tingsrätt
Strömholm	Stig	F.d. rektor	Uppsala universitet
Ståhl	Kristina	Justitieråd	Högsta förvaltningsdomstolen
Sundberg	Hans	Hovrättsråd	Hovrätten för Övre Norrland

## Deltagerliste

ETTERNAVN	FORNAVN	TITTEL	ARBEIDSSTED
Sundin	Lisa	Tf. hovrättsassessor	Svea hovrätt
Svennerstad	Sanna		Rikspolisstyrelsen
Svensson	Anneli	Områdesansvarig föredragande	Riksdagens ombudsmän
Svensson	Erik		Uppsala universitet
Sylten	Vibeke	Hovrättsråd	Svea hovrätt
Söderblom Mohammar	Omi	Hovrättsråd	Svea hovrätt
Söderholm	Inger	Lagman	Attunda tingsrätt
Södersten	Susanne	Ämnesråd	Justitiedepartementet
Söderström	Rebecca	Doktorand	Uppsala
Taabu	Gun-Marie	Rådman	Solna tingsrätt
Thunegard	Eva	Chefsåklagare	Åklagarmyndigheten
Tunudd	Madelaine	Kammarrättsråd/ Ämnesansvarig	Kammarrätten i Stockholm/ Domstolsakademin
Uddenfeldt	Maria	T.f. assessor	Kammarrätten i Jönköping
Utas Stokic	Cassandra		Rikspolisstyrelsen
von Essen	Ulrik	Professor i offentlig rätt	Stockholms universitet
Wagermark	Maria	Beredningschef	Högsta domstolen
Wahlin	Eva-Lena		Borås
Walleng	Kajsa	Doktorand	Uppsala Universitet
Wass Löfstedt	Elisabet	Rådman	Nacka tingsrätt
Wegerstad	Linnéa	Jur. kand., Doktorand	Lunds universitet
Wennberg	Karin		Vänersborgs tingsrätt
Wennhall	Jenny	Rådman	Malmö tingsrätt
Wersäll	Fredrik	Hovrättspresident	Svea hovrätt
Westerlund	Carin	Rådman	Uppsala tingsrätt
Weyler	Martin	Rådman	Solna tingsrätt
Wibom	Hans	Direktör	Institutet för Rätts- vetenskaplig Forskning
Widgren	Ewa	Jur. kand.	Finansdepartementet
Wieslander	Magnus		Justitiekanslern
Wiklund	Lilian	Justitieombudsman	Riksdagens ombudsmän
Yng	Sara	Tingsnotarie	Nyköpings tingsrätt
Zabielski	Amanda	Förvaltningsrättsnotarie	Stockholm
Zettergren	Lina	Tingsfiskal	Luleå
Örnsved	Patrik	Ämnesråd	Justitiedepartementet
Åhman	Karin	Professor	Uppsala