



40. NORDISKE
JURISTMØTE

— Oslo 21. - 22. august 2014 —

BIND I



Forhandlingene ved

Det 40. nordiske Juristmøte

i Oslo
21.–22. august 2014

BIND I

Utgitt av det norske styret

De Nordiske Juristmøter © 2014
www.nordiskjurist.org

Trykk: HG Media as
Opplag: 600
Sats: Times New Roman 8 / 10pt

Forord

Dette bind inneholder de referatene som er utarbeidet som grunnlag for seksjonsmøtene og avslutningsmøtet ved det 40. nordiske juristmøte i Oslo 21.–22. august 2014. Referatene er også tilgjengelige på De nordiske juristmøters hjemmeside.

Det faglige programmet omfatter i alt to plenumsmøter, 23 seksjonsmøter og tre foredrag. Foredraget på åpningsmøtet og de øvrige tre foredrag vil bli trykt i forhandlingenes bind II.

Redaksjonen for dette bind består av professor Inge Lorange Backer og nestleder i Arbeidsretten Tron Løkken Sundet. Flere medlemmer av det norske styret for De nordiske juristmøter – professorene Trude Haugli, Hans Fredrik Marthinussen og Ragna Aarli og advokat Are Stenvik – har bistått i arbeidet. Redaksjonen benytter anledningen til å takke referentene for det arbeid de har nedlagt i utarbeidingen av referatene.

Det norske styret for De nordiske juristmøter ønsker de nordiske jurister hjertelig velkommen til det 40. nordiske juristmøte.

Oslo, i juni 2014.

På vegne av det norske styret for De nordiske juristmøter

Inge Lorange Backer

INNHOLD

Interessekonflikter i advokatvirksomhet	9
Professor <i>Mads Bryde Andersen</i> , Danmark	
Åpenhet og trygghet i de nordiske samfunn etter erfaring med terrorhandlinger.....	31
Sjef for Politiets sikkerhetstjeneste <i>Benedicte Bjørnland</i> , Norge	
Barnets beste utenfor familieretten – hvor langt kan det være avgjørende?	47
Landsdommer <i>Anne Louise Bormann</i> , Danmark	
Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige?	61
Justitieråd <i>Thomas Bull</i> , Sverige	
Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?	71
Chef för Centrum för rättvisa <i>Clarence Crafoord</i> , Sverige	
Borgeren og digitalisert forvaltning – hvor går vi?.....	89
Professor <i>Niels Fenger</i> , Danmark	
Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn.....	105
Advokat <i>Jan Fougner</i> , Norge	
Samboeres rettsstilling i Norden.....	117
Førsteamanuensis <i>Hrefna Friðriksdóttir</i> , Island	
Mineralutvinning – kan rettsreglene ivareta hensyn til både næringsutvikling, miljøvern og urfolk?	137
Advokat <i>Casper Herler</i> , Finland	
Injurieturisme	157
Konsulent <i>Ketilbjørn Hertz</i> , Danmark	
Kulturminnevern – forholdet til eiendomsrett og utbygging.....	175
Riksantikvar <i>Jørn Holme</i> , Norge	
Erstatning for rene økonomiske skader.....	191
Professor <i>Torsten Iversen</i> , Danmark	

Konsekvensene av at offentlig informasjon blir spredt med informasjonsteknologi.....	209
Justitieråd <i>Henrik Jermsten</i> , Sverige	
Håndtering av komplekse straffesaker i domstolene	225
Høyesterettsdommer <i>Knut H. Kallerud</i> , Norge	
Det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet	243
Stipendiat <i>Marte Eidsand Kjørven</i> , Norge	
Erstatning i konkurranseretten	259
Advokat <i>Katriina Kuusniemi</i> , Finland	
I hvilken grad kan eller bør forvaltningsrettslige prinsipper gjelde når det offentlige opptrer som privat aktør?.....	275
Professor <i>Olli Mäenpää</i> , Finland	
Sakkyndiges rolle i sivilprosessen	291
Herredsdommer og dosent <i>Skúli Magnússon</i> , Island	
Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler.....	307
Förvaltningsråd <i>Matti Pellonpää</i> , Finland	
Håndheving av normer og avtaler om næringslivets samfunnsansvar («corporate social responsibility»).....	327
Professor <i>Christina Ramberg</i> , Sverige	
I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?	339
Chefstrådman <i>Stefan Reimer</i> , Sverige	
Forbudet mot dobbel strafforfølgning (ne bis in idem)	353
Professor <i>Jon Petter Rui</i> , Norge	
Når bør man varetektsfengsle?.....	371
Statsadvokat <i>Jens Røn</i> , Danmark	
Selskapsstyring og antikorrupsjon. Hvordan skal selskaper styres for å unngå korrupsjon?.....	387
ØKOKRIM-sjef <i>Trond Eirik Schea</i> , Norge	

Interessekonflikter i advokatvirksomhet

Professor *Mads Bryde Andersen*, Danmark

Interessekonflikter i advokatvirksomhed

Professor Mads Bryde Andersen, Danmark

Gennem 8 teser viser referenten, at debatten om advokaters interessekonflikter har overfokuseret på visse hensyn, der taler for at antage en interessekonflikt, men ignoreret andre nok så vigtige hensyn i modsat retning. Dette har ført til regler, der på nogle punkter er uhensigtsmæssige, herunder ved identifikation. Referenten finder, at advokater i højere grad bør kunne afværge interessekonflikter ved klientens samtykke. Han foreslår, at reglerne baseres på fire forskellige konflikttyper ("rødt", "gult", "blåt" og "grønt" lys), alt efter om konflikten i yderpunkterne er uafhjælpelig eller uproblematisk, og om den i mellemområderne er egnet til håndtering gennem samtykke fra klienten eller mere indgående orientering fra advokaten.

Indledning

En debat om advokatens interessekonflikter kan berøre en mangfoldighed af problemstillinger, der hver for sig rejser utallige delspørgsmål. Pladsen og øjemedet tillader ikke en sådan detaildrøftelse. Derfor koncentrerer dette referat sig om nogle få men kontroversielle spørgsmål, hvor den nordiske retsopfattelse måske er i bevægelse, eller burde være det.

For det første drøfter jeg, hvilke hensyn, der på det helt grundlæggende plan kan tale for at antage en interessekonflikt. Som nærmere redegjort for i tese 1-4 finder jeg, at man navnlig i dansk advokatret har haft en tendens til at overfokusere på *nogle* hensyn, der taler for at antage, at en interessekonflikt foreligger, medens man til en vis grad har ignoreret *andre* nok så vigtige hensyn, der kunne tale for det modsatte. Som jeg skal vise, har denne skævhed i argumentationen ført til regler, der på nogle punkter må anses for uhensigtsmæssige. Jeg peger i den forbindelse navnlig på en mere indgående drøftelse af, hvornår en advokat bringes i en interessekonflikt ved *identifikation* som følge af sin relation til nærtstående, kontorfæller eller partnere (tese 5).

I tese 6 drøfter jeg dernæst det omdiskuterede spørgsmål, om advokaten bør kunne afværge en interessekonflikt ved klientens *samtykke*. Går man den vej, opstår spørgsmålet, hvad der skal til for at tillægge et sådant samtykke betydning, og om det i den forbindelse giver mening at aftale, at advokatens virksomhed skal etablere såkaldte *chinese walls* for at undgå, at bestemte advokater i virksomheden ikke opnår kendskab til oplysninger fra et opdrag. Herom i tese 7.

Og i tese 8 fremlægger jeg herefter nogle generelle tanker om, hvordan man på det overordnede plan kan indrette reglerne om advokatens interessekonflikter for herigennem at opnå en pragmatisk og gennemsigtig regulering, der på den ene side afgrænser de kritiske interessekonflikter fra de mindre kritiske, og som på den anden side tilgodeser klientens interesser i den konkrete sag. Jeg foreslår her, at man generelt arbejder med fire forskellige konflikttyper ("rødt", "gult", "blåt" og "grønt" lys), alt efter om konflikten i yderpunkterne er *uafhjælpelig* eller *uproblematisk*, og om den i mellemområderne er egnet til håndtering gennem *samtykke* eller *orientering*.

Referatet inddrager de etiske regler, der er fastsat for advokater under udvalgte advokatjurisdiktioner. Jeg har i et vist omfang også inddraget de regler, der gælder for andre

typer af rådgivere samt voldgiftsdommere og dommere mv. For at skabe overblik over dette omfattende materiale har jeg samlet nogle hovedpunkter heraf i et *skema*, der er tilføjet dette referat som bilag.

Tese 1: Advokatens interessekonflikter opstår først og fremmest ved risiko for magtmisbrug. Denne risiko er dog kun kritisk i visse opdrag, og man lever med den i andre sammenhænge

Klientrådgivning indebærer en særlig form for *magtudøvelse*, fordi den påvirker klientens dispositioner. Derfor kan relationen mellem advokat og klient sammenlignes med andre retlige relationer, hvor nogen udøver en kvalificeret magt over andre, f.eks. dommeres og forvaltningspersoners afgørelseskompetence. Med de forskelle, der skyldes de forskellige funktioner (herunder at advokaten rådgiver f.eks. i et fortroligt rum, hvor dommeren og myndighedspersonen ofte afgør sagen offentligt), vil vurderingerne ofte falde sammen. Dette sammenfald belyses bl.a. ved de under *tese 3* nævnte afgørelser i *U 2005.1403 VLK* og *U 1999.1837 HK*.

Både den offentlige ret og procesretten kender til talrige *andre regler*, der tilsigter at modvirke en usaglig anvendelse af magt, f.eks. om offentlighed og begrundelse. Tilsvarende findes der *andre retlige virkemidler* mod advokatens interessekonflikter end selve forbuddet mod at påtage sig sådanne opdrag. Ønsker man at modvirke advokatens usaglige interessevaretagelse, er det derfor nyttigt at pointere, at dette hensyn kan varetages på mange måder. Jo mere tydeligt, et magtmisbrug kan konstateres, og jo mindre hyppigt det forekommer, desto mindre er behovet derfor for regler, der virker meget tidligt i forløbet, således som interessekonfliktreglerne netop gør.

Omvendt bør man også erindre, at væsentlige risici for ”usaglig interessevaretagelse” *de facto* tolereres i advokatopdrag. Tænk f.eks. på den modstridende interesse i advokatens honorar: Klienten ønsker at betale mindst muligt – advokatens interesse er modsat. Når advokaten honoreres efter medgået tid kan denne konflikt også spille ind på advokatens strategiske rådgivning: Advokaten vil være interesseret i en rådgivning, der medfører et større tidsforbrug – klientens interesse går i modsat retning. Den slags interessekonflikter lever man med.

Risikoen for advokatens magtmisbrug er ikke lige stor i alle opdrag. Skal interessekonfliktregler modvirke denne risiko, kan man ikke begrænse sig til at se på *relationen* mellem klient og advokat (eller rettere mellem klienten og den part, som advokaten måske identificeres med, jf. herom i tese 5). Man må også se på selve *advokatopdraget*:

I den ene ende af skalaen står opdrag, der alene kan løses på én måde, f.eks. rådgivning om indholdet af en ukompliceret retsregel, rettighedsregistrering samt møde under forberedende retsmøder efter fælles aftale. Fordi der kun er (eller bør være) én måde at løse opdraget på, er der reelt begrænsede, eller ingen, muligheder for at varetage usaglige interesser. *Skulle* en sådan usaglig interessevaretagelse finde sted, vil den være enkel at konstatere og retsforfølge. Her bør barren for interessekonfliktreguleringen derfor sættes højt.

I den anden ende af skalaen står opdrag, der har fokus på et *bredt defineret beslutningsrum*: Skal man f.eks. ophæve en værdifuld aftale pga. modpartens misligholdelse? Skal man afgive et bud på en virksomhed, og med hvilke beløb? Hvilken strategi skal følges under en tvist? Der er her mange veje til at varetage klientens interesser og derfor et vanskeligt overskueligt udfaldsrum og en større misbrugsrisiko. Og pga. de mange skønspregede

beslutningskomponenter vil det typisk være vanskeligt senere at godtgøre, at advokaten har rådgivet usagligt.

Tese 2: Hensynet til fortrolighed og loyalitet rummer den anden hovedbegrundelse for at antage en interessekonflikt. Men også disse hensyn vejer forskelligt i forskellige opdrag

Det præger advokatens rådgivning, at den udøves i en fortrolig relation med klienten. Som fremhævet i min bog *Advokatretten* (2005), s. 420 f., handler dette hensyn strengt taget ikke om usaglig interessevaretagelse. Da man normalt rubricerer disse tilfælde som interessekonflikter, har jeg foreslået, at man betegner dem som ”uegentlige”. Regler om fortrolighed har dog nær forbindelse med de egentlige interessekonfliktregler, fordi de understøtter den særlige *loyalitet*, som advokaten forventes at have overfor klienten.

Det er vigtigt at understrege, at både loyalitet og fortrolighed vejer forskelligt i forskellige opdrag. I *visse* opdrag – f.eks. bistand til registrering af rettigheder i offentlige registre om fast ejendom eller immaterialrettigheder – er interessen i fortrolighed minimal (omend tilstede), fordi selve handlingen er offentlig. Er rådgivningen tilmed standardiseret (og udfaldet forudsigeligt), indtager loyalitetshensynet en mere beskedne rolle. Dette taler for at give advokaten adgang til at afværge sådanne konflikter ved aftale. I *andre* opdrag (f.eks. om straffesager eller i komplekse erhvervsmæssige transaktioner) kan både ønsket om fortrolighed og loyalitetspligten være betydeligt. Her kan det være vanskeligt at lade aftaleinstrumentet styre afgrænsningen af interessekonfliktbegrebet.

Fortrolighedshensynets betydning beror på, om risikoen for, at de fortrolige oplysninger *rent faktisk* eksponeres, kan reduceres. Overvejer man f.eks. at fravige synspunktet om *identifikation* mellem advokatkolleger i et kontorfællesskab, må det spille en rolle, hvilken risiko, der består for, at informationer fra advokatopdraget vil passere fra advokaten til kollegaen. Denne problemstilling berører det principielle spørgsmål om *chinese walls*, der drøftes i tese 7, og dermed også på muligheden for at afværge interessekonflikter ved et velinformeret *samtykke*, jf. herom tese 6. Fordi klienten normalt vil kunne overskue de risici, der knytter sig til tab af fortrolighed, må det her være relevant at tillade aftaleregulering.

Tese 3: Appearance-hensynet spiller en stor rolle i den professionsetiske diskussion men dækker ofte over at praktiske vanskeligheder med at godtgøre tab af fortrolighed og loyalitet

Det såkaldte *appearance*-hensyn fører til, at en *tilsyneladende* risiko for usaglig hensyntagen tillægges betydning, selv om der konkret ingen risiko er for misbrug. Hvis en udenforstående, der hverken *kender* eller *kan* kende til de konkrete relationer og risici, med rimelighed *må antage*, at der består en risiko for usaglig hensyntagen, *består der* alene i kraft af denne risiko en interessekonflikt.

Som anført i *Advokatretten*, s. 403, har synspunktet haft stor betydning i dansk advokatret, bl.a. fordi det synes at have vundet støtte i retspraksis. Den mest toneangivende er Højesterets dom i *U 1998.1105 H*, der antog, at to advokater i et kontorfællesskab ikke kunne repræsentere henholdsvis den *tiltalte* i en straffesag og den *forurettede*, der indtalte et erstatningskrav i anledning af forbrydelsen. I sin begrundelse henviste et flertal i Højesteret til, at der “kan opstå frygt for, at oplysninger, der i en tidligere sag er erhvervet om vedkommendes forhold af en advokat i fællesskabet, benyttes af en anden advokat i en sag, som har forbindelse

med den tidligere sag.” Denne begrundelse er for nylig bekræftet ved Højesterets kendelse af 4. februar 2014, der til støtte for sin antagelse af, at flere forsvarere i et kontorfællesskab ikke kunne repræsentere tiltalte med modstridende interesser i samme strafferetlige sagskompleks, henviser til 1998-dommen.

Se også U 2005.1403 VLK, der fandt en kurator inhabil, da modparten i retssag, boet valgte ikke at indtræde i, var repræsenteret af advokat i samme advokatfællesskab. Afgørelsen er i det væsentlige begrundet med, at advokatfællesskabet fremtrådte under fælles brevpapir: ”Advokatfirmaerne Dahl, Koch & Boll i Herning og Kolding fremtrådte ... i 2003 i forhold til tredjemand som et fællesskab eller en advokatvirksomhed. Der har som følge heraf kunnet herske tvivl om advokat A's upartiskhed, da han som kurator i S' konkursbo bestemte, at boet ikke skulle indtræde i en verserende retssag, hvor en modpart var repræsenteret af en advokat fra Advokatfirmaet Dahl, Koch & Boll i Kolding.” Afgørelsen er truffet i medfør af konkurslovens habilitetsregler for kuratorer, men de grundlæggende hensyn må antages at være identiske.

Selv om det dermed ligger klart, at *appearance*-synspunktet kan spille ind i vurderingen af, om advokaten befinder sig i en interessekonflikt, er der ikke tale om nogen ubrydelig maksime. Anden nyere dansk retspraksis uden for straffeprocessen viser, at synspunktet primært begrundes en *formodningsregel*, der kan afkræftes i lyset af forholdene i advokatvirksomheden.

Denne udvikling illustreres ved Højesterets kendelse i U 2011.3374 H, der ikke anså en dommer for inhabil som følge af dennes ægteskab med en advokat, der var partner med en af de procederende advokater hos Advokatfirmaet Poul Schmith. Højesteret bemærkede, at ægtefællen var tilknyttet advokatfirmaets faggruppe vedrørende skatter og afgifter, og at den foreliggende sag vedrørte ekspropriation og henhørte under en anden faggruppe og tilføjede: ”Det må lægges til grund, at [ægtefællen] på intet tidspunkt har haft med sagen at gøre, og at han heller ikke har deltaget i drøftelser om den eller har haft et overordnet ansvar for sagen og dens behandling. ... Staten er Advokatfirmaet Poul Schmiths største klient, men der er ikke tale om en sag, som er af særlig betydning for hverken staten eller advokatfirmaet.”

At heller ikke *kontorfællesskab* giver grundlag for identifikation i alle tilfælde, fremgår også af U 1999.1837 HK: Advokat A virkede som statsadvokatmedhjælper i en *straffesag* og drev virksomhed i *kontorfællesskab* med advokat B. B havde indgivet *konkursbegæring* imod et selskab i den koncern, der indgik i det strafferetlige sagskompleks. Højesteret slår fast, at B ikke kunne virke som anklager i sagen. Dette forhold afskar dog ikke A fra at gøre det. Afgørelsen er truffet i medfør af forvaltningslovens § 3, eftersom advokaten under udførelsen af det konkrete anklageropdrag virkede som myndighedsperson. Højesteret bemærker dog, at en advokat, der virker som anklager i en straffesag, *både* må opfylde forvaltningslovens habilitetsregler, jf. retsplejelovens § 97, og må udvise en adfærd, der stemmer med god advokatskik, jf. retsplejelovens § 126.

Derfor går pkt. 12.4 i de danske advokatetiske regler (AER) for langt, når de helt generelt og undtagelsesfrit fastslår, at reglerne om interessekonflikter både gælder, når advokater udøver advokatvirksomhed i et fællesskab, i et advokatselskab, jf. retsplejelovens § 124, eller i kontorfællesskab, og når advokaten indgår i ”andre samarbejder, samvirker og fællesskaber mellem advokater eller advokatvirksomheder, såfremt de i forhold til tredjemand fremtræder som et fællesskab eller en advokatvirksomhed.” Reglerne reflekterer ikke hele den relevante retspraksis. Ved udelukkende at lade *appearance*-synspunktet være grundlag for identifikation, udstrækkes forbudszone til et videre felt, end retspraksis giver belæg for.

En så vidtgående regulering kendes da heller ikke i andre landes advokatorordninger. Som nærmere udviklet i *tese 5* er det usikkert, hvornår synspunkter om identifikation kan begrunde, at der foreligger en interessekonflikt. Her indgår appearance-hensynet i samspil med andre hensyn, herunder først og fremmest de under *tese 1–2* drøftede.

Tese 4: Flere hensyn til klienten taler for at tillade opdrag trods risici for magtmisbrug, fortrolighedstab og appearance

I debatten om interessekonflikter har hensynet til den proces, advokaten indgår i, sjældent været tillagt særlig betydning. To centrale proceshensyn bør imidlertid indgå i diskussionen om advokatens interessekonflikter.

a. Access to justice-hensynet: Det første handler om klientens muligheder for at varetage sine interesser under en sag. En delmængde af dette hensyn er hensynet til klientens *frihed* til at vælge advokat og klientens interesse i at undgå, at et advokatskifte som følge af en interessekonflikt påfører klienten *ekstraomkostninger*. Dette hensyn spiller en væsentlig rolle og er også fremhævet i Advokatrådets bemærkninger af 9. juni 2011 til AER (s. 3).

Samme sted anfører Advokatrådet (s. 4), at man har kendskab til, at "nogle klientvirksomheder "konsekvent" søger at kontakte flere (måske "alle") specialiserede advokatfirmaer med kendskab til den pågældende virksomheds forretningsområder, således at mulighederne for at potentielle "modparter" kan engagere kvalificeret advokatbistand mindskes betydeligt", og at etablering af sådanne "konstruerede interessekonflikter" ikke modsvarer en beskyttelsesværdig interesse.

b. Procesøkonomiske hensyn: Det andet er hensynet til de omkostninger, man pålægger både klienten og advokaten ved først at skulle foretage at udtømmende "konfliktcheck" og derefter – hvis det konkluderer, at der foreligger en konflikt – at skulle skifte advokat. Begge hensyn taler for ikke at strække interessekonfliktreguleringen for vidt. Det er ikke uden omkostninger at undersøge risikoen for interessekonflikter. Jo flere parter, partnere og medarbejdere, man skal udspørge, desto mere besvær og omkostninger medfører denne afklaring. Ethvert advokatskift er forbundet med omkostninger, fordi den nye advokat skal læse sagen op. Hertil kommer de omkostninger, der følger af at skulle udsætte en sagsbehandling for at tillade et advokatskift.

Tese 5: Det er usikkert, hvornår advokatens interesser identificeres med andres (andre klienters eller samarbejdsparters)

Man kan sondre mellem to typer af interessekonflikter: De, der knytter sig til *advokatens personlige interesser* (a.), og de, der består i kraft af *identifikation med andres interesser* (b.-d.).

Den førstnævnte betegnes undertiden som en egeninteressekonflikt eller som en loyalitetskonflikt. Denne sprogbrug benyttes f.eks. i norsk og finsk advokatret. Engelsk terminologi taler her om own interest conflicts modsat netop client conflicts.

a. Egeninteressekonflikten: Advokatens egeninteresse kan ikke afgrænses til den rent økonomiske interesse. En advokat kan f.eks. ikke føre sag mod en part, som han samtidig søger ansættelse hos (medmindre der er tale om en meget stor virksomhed, hvor oplysningerne om den førte sag ikke kan formodes at tilgå ansættelsesmyndigheden). Som "egeninteressekonflikt"

bør man også medtage de tilfælde, hvor advokaten som følge af en for tæt relation til sin klient risikerer usaglig indflydelse, f.eks. fordi klientens omsætning har nået en størrelse, der gør advokaten afhængig af klienten.

Pladsen tillader ikke en mere indgående gennemgang af, hvilke interesser der kan komme i konflikt med advokatens egne. Helt overordnet kan man sige, at de modstridende ”egeninteresser” generelt er lette at overskue – når de først kommer frem i lyset. Optræder advokaten svigagtigt ved f.eks. at skjule en sådan interessekonflikt til skade for klienten, vil hensynet til den krænkede klient normalt være varetaget gennem aftale-, erstatnings- eller strafferetlige regler. Problemer kan derimod opstå, når det ikke er sædvanligt at bringe advokatens egeninteresse frem. Som nævnt under tese 1 er det f.eks. ikke almindeligt at diskutere advokatens interesse i sit honorar som en interessekonflikt, selv om denne interesse så åbenbart kan være egnet til at motivere advokaten til en sagsførelse, der ikke nødvendigvis er i klientens interesser.

-----oo0oo-----

Vanskeligere er det at forholde sig til interessekonflikter, der skyldes advokatens *relationer til andre*, der befinder sig i en interessekonflikt, eller som har relationer til nogen, der befinder sig i en interessekonflikt, f.eks. en anden klient, et familiemedlem, en partner eller en forretningsforbindelse. Når sådanne modstridende interesse opnår en sådan styrke, at de ”smitter af” på advokaten, opstår interessekonflikten ved såkaldt *identifikation*. Identifikation opstår ikke ved den *faktiske* usaglige interessevaretagelse, men når der er *risiko* herfor som følge af relationen. Relationen frembyder efter sin art en sådan formodning for, at advokaten vil lade sig motivere af usaglige hensyn, at han må afstå.

Heri ligger det kontroversielle. Mange relationer skaber nemlig ingen *reel* risiko for usaglig interessevaretagelse. Ofte er advokatens *loyalitätsbånd* til klienten (f.eks. på grund af klientens økonomiske betydning for advokatens omsætning eller på grund af de nære bånd, opdraget har skabt mellem advokat og klient) åbenbart stærkere end advokatens relation til den anden part, som advokaten overvejes identificeret med. Eller der kan være taget hånd om andre af de risici, som interessekonflikten ville aktualisere (f.eks. tab af fortrolighed).

I den nærmere afgrænsning af disse spørgsmål er det relevant at sondre mellem tre tilfældegrupper: For det første *personer*, der følelsesmæssigt eller i kraft af familieskab står tæt på advokaten (*nærtståendeinteressekonflikter*), herom under b. For det andet andre klienter (*klientinteressekonflikter*), herom under c. Og for det tredje partnere eller kontorfæller (i det følgende under ét kaldet *partnerinteressekonflikter*), herom under d.

I vurderingen af, om der er grundlag for at antage identifikation, indgår samme hensyn som i vurderingen af, om der foreligger en interessekonflikt, jf. herom under tese 1–3: Er denne relation så stærk, at advokaten må formodes at kunne under usaglig indflydelse under udførelsen af sit opdrag? Er der risiko for kompromittering af klientfortroligheden? Vil advokatens udtræden være til skade for klientens interesser?

b. Nærtståendeinteressekonflikter: De fleste advokatordninger præciserer ikke, hvor tæt en familiemæssig eller personlig forbindelse en advokat kan have til sin modpart uden at komme i en konflikt. Man benytter normalt et nærhedskriterium og overlader den nærmere afgørelse til et skøn. Se f.eks. AER pkt. 12.2, nr. 4 ”*nær* familiemæssig eller *ikke ubetydelig* økonomisk, erhvervmæssig eller anden forbindelse” og de *finske Vægledende regler om god*

advokatsed, pkt. 6.4 ("personer som står advokaten nära"). De svenske regler slår kun ned, hvor "advokaten själv eller någon denne närstående har ett intresse med anknytning till saken som strider mot klientens". De norske regler har ingen særlige bestemmelser om nærstående men alene om kontorfæller og partnere mv. (pkt. 3.2.6).

Denne løsning er velbegrunderet. Der findes ingen eksakt målestok for økonomiske eller personlige (følelsesmæssige) relationer. Begrebet *venskab* er f.eks. upræcist. Det kan omfatte alt lige til relationer præget af en gensidig men kollegialt betinget sympati og mere langvarige og intime personlige forbindelser. Tilsvarende variationsspredning præger *familieskab*. Selv om det altid lader sig gøre at definere en familie- eller slægtsrelation, er der stor forskel på styrken af den personlige relation, der udfolder sig i den, f.eks. mellem søskende, fætre/kusiner eller nevøer/niecer.

I en afvejning af betydningen af en særlig relation må man se hvor *intens* relationen mellem advokaten og tredjeparten er. Foreligger et venskab, må der foretages en vurdering af dets dybde, herunder om der reelt er tale om et godt "kollegaskab" eller om en nær fortrolig relation. En sådan vurdering må nødvendigvis tage stilling til forhold, der kan fremstå som ret så private, herunder hvor hyppigt parterne mødes, hvilke emner de taler om, og hvilken grad af gensidig sympati, de viser hinanden.

Det kan også være relevant at se på, hvilken *aktualitet* der består mellem tredjepartens interesse. Knytter båndet sig f.eks. til en klientrelation (idet spørgsmålet er, om der består et modsætningsforhold mellem den nye klient og en tidligere), er det nærliggende at se på, hvor sandsynligt det er, at en mulig modsætning aktualiseres. Knytter relationen sig til et venskabsforhold, vil man f.eks., som allerede nævnt, kunne skele til hyppigheden af kontakter.

Fordi sådanne forhold er så vanskelige at præcisere, egner de sig for aftaleregulering. En sådan aftaleregulering bør baseres på et klart oplyst beslutningsgrundlag. Derfor er der i højere grad behov for regler, der giver rammer for denne aftaleindgåelse (herunder ved regler om pligt til at orientere og rådgive) end på materielle forbudsregler. Ofte vil advokaten ikke ønske at dele disse personlige oplysninger med sin kommende klient. En oplysningspligt kan derfor i sig selv få advokaten til at frasige sig opdraget.

c. Partnerinteressekonflikter: Et særligt vanskeligt spørgsmål er, om advokatens relation til partnere og i visse tilfælde også kontorfæller skaber interessekonflikter ved identifikation. Hvor denne grænse skal drages hører til de mest kritiske temaer i læren om interessekonflikter – og ikke kun for advokaterne.

På dette punkt står de nordiske advokatregler på det princip, der også kendes fra andre dele af verden, at både partnerskab og kontorfællesskab medfører interessekonflikt. Pkt. 3.5 i de svenske regler om god advokatsed lyder f.eks. således:

3.5 Kollegas interessekonflikt

Vid tillämpning av 3.2 och 3.4 anses intressekonflikt för annan i den byrå eller i den byrågemenskap där en advokat är verksam normalt utgöra intressekonflikt också för advokaten. Undantag gäller om intressekonflikten uppkommit på grund av en kollegas inträde i byrån och dennes intressekonflikt uppkommit endast på grund av tidigare kollegors uppdrag. Undantag gäller även om kollegans intressekonflikt är av det slag som sägs i 3.2.1 punkten 5 och omständigheterna inte är sådana att punkten 6 är tillämplig.

De danske regler går endnu videre. Ikke alene omfattes partnere og kontorfæller. Også kædesamarbejder mellem uafhængige advokatvirksomheder er omfattet, jf. pkt. 12.4, stk. 2, der taler om ”andre samarbejder, samvirker og fællesskaber mellem advokater eller advokatvirksomheder, såfremt de i forhold til tredjemand fremtræder som et fællesskab eller en advokatvirksomhed”. Som anført under tese 3 er dette forbud begrundet i en tvivlsom anvendelse af *appearance*-hensynet.

Efter min opfattelse bør der alene ske identifikation i *kædesamarbejder*, når kædesamarbejdet udadtil efterlader et indtryk af, at fortrolige informationer kan flyde frit, og denne formodning ikke er afkræftet på adækvat vis. Har kædesamarbejdet eller kontorfællesskabet derimod taget skridt til at signalere, at hver enkelt virksomhed sikrer fortroligheden af egne opdrag, er situationen en anden. Et sådant signal kan f.eks. ledsages af oplysninger om effektive forholdsregler i form af *chinese walls*. For det *andet* bør sådanne interessekonflikter kunne afbødes ved klientsamtykke. Et sådant klientsamtykke anerkendes i nogle advokatordninger man langt fra i alle.

d. Klientinteressekonflikter: De interessekonflikter, der kan bestå mellem klienter, kan enten gøre sig gældende mellem *modparter* og i sagskomplekser (herunder i relaterede sager) med modsat rettede interesser. De forskellige advokatordninger sætter forskellige grænser for, hvornår en sådan relation kan ”smitte”. Disse forskelle skyldes dels forskelle i *vægtningen* af de forskellige hensyn herunder navnlig *appearance*-hensynet overfor hensynet til de klienter, der tvinges bort fra den foretrukne advokatbistand.

En central komponent i vurderingen er her risikoen for tab af fortrolighed. Dette kriterium er derfor indarbejdet i AER pkt. 12.2, nr. 3), der forbyder en advokat på samme tid at bistå klienter i flere sager, *der har forbindelse med hinanden*, ”hvis der er risiko for, at fortrolige oplysninger, som advokaten har modtaget i en af sagerne, kan have betydning i en anden af sagerne.” Som nærmere drøftet under i tese 7 åbner denne regel mulighed for, at der kan træffes foranstaltninger, der minimerer risikoen for, at de fortrolige oplysninger kompromiteres.

Det giver god mening at forbyde samme advokatvirksomhed at virke på flere sider af samme opdrag, når advokatvirksomheden drives integreret og med lige overskudsdeling. I sådanne advokatvirksomheder vil alle partnere og medarbejdere være inciteret til at arbejde hen imod samme mål. Dette fælles mål kan vanskeligt forfølges for flere klienter med modsatte interesser. Men forbuddet er knapt så indlysende, hvor flere advokater driver virksomhed i kontorfællesskab. Der er intet iøjnefaldende incitament til at varetage sin kontorfælles interesser, og hvis kontorfællesskabet i øvrigt drives på en måde, der sikrer fortrolighed på tværs af opdragene (f.eks. med særskilte sagssystemer og en diskret omgangstone) er det eneste modargument mod – efter samtykke – at tillade sådanne opdrag *appearance*-hensynet, der som drøftet i *tese 3* ikke repræsenterer nogen ubrydelig maksime.

At gå den vej synes ikke at stille klienten i en mere problematisk rolle i tilfælde, hvor advokaten efter opdragets afslutning vender rundt og påtager sig et opdrag *mod* den tidligere klient. De danske advokatetiske regler opstiller i pkt. 2.12, nr. 11, alene den begrænsning i advokatens adgang til at påtage sig sådanne opdrag, at sagerne skal have forbindelse med hinanden, og der er risiko for, at fortrolige oplysninger, som advokaten har modtaget i en af sagerne, kan have betydning i en anden af sagerne. Er dette ikke tilfældet, har advokaten fri adgang til f.eks. at *sagsøge* en tidligere klient. Advokatens frihed hertil bygger på den enkle tanke, at afslutningen af et opdrag samtidig markerer afslutningen af den pligt, advokaten har

til at være loyal over for sin klient – bortset netop fra pligten til at udvise fortrolighed, der varer evigt.

Til sammenligning begrænser de norske regler sig til en hensigtserklæring (pkt. 3.2.4), hvorefter advokaten skal "være varsom" med at påtage sig opdrag mod en tidligere klient. En egentlig pligt til at afstå fra sådanne opdrag gælder dog alene i det omfang advokatens kendskab til den tidligere klients forhold vil kunne bruges til uretmæssig fordel for den nye klient eller medføre skade for den tidligere klient.

I Canadisk advokatret betragter kommentar 12 til Rule 1 i CBA's Code of Professional Conduct (s. 29 i bogudgaven) det som "not improper", at advokaten påtager sig et opdrag for den tidligere modpart, "in a fresh and independent matter". De tilfælde, hvor fortrolighedshensynet taler for en anden løsning, er anført i kommenter 13 (s. 30 f.) samme sted.

Til støtte for en mindre kategorisk holdning til at antage identifikation i klientinteressekonflikter taler også, at advokaten i mange tilfælde slet ikke er bekendt med den relation, der begrunder identifikationen. Knytter relationen sig til en koncernforbindelse, kan den måske først konstateres gennem indgående søgninger i databaser mv. Knytter den sig til særlige personlige relationer (venskab eller uvenskab mv.), kan det være nødvendigt med løbende udspørgen mv. I sådanne tilfælde bør "appearance"-argumentet ikke i sig selv kunne begrunde identifikation.

Tese 6: Klientens velinformerede samtykke bør tillægges større betydning for afgørelsen af, om der består en interessekonflikt

I dansk advokatret hersker der en vis uenighed om, hvorvidt en interessekonflikt kan bringes til ophør ved samtykke. Nogle forfattere antager, at klientens samtykke til en interessekonflikt kun spiller en beskeden rolle. Hos *Lavesen & Økjær Jørgensen: Advokatetik – ret og rammer* (2008), antages det ligefrem som en "altovervejende hovedregel" at klientsamtykke ikke kan tillægges betydning, når virkningen af en interessekonflikt skal bedømmes (s. 82). Se heroverfor mine bemærkninger i *Advokatretten*, s. 413 ff.

Efter min opfattelse bør man anlægge en kritisk og individualiserende metode, når man vurderer betydningen af et klientsamtykke. Klientsamtykket bør i langt flere tilfælde end antaget i f.eks. dansk advokatret kunne afbøde interessekonflikter. Om klientsamtykket kan det, må ikke alene bero på, *hvilken interessekonflikt*, der er tale om, men også på *hvilken klient*, der er involveret (herunder om klienten er privat eller professionelt virkende), og *hvordan* samtykket afgives (herunder om klienten på forhånd er informeret om fordele og ulemper ved dets afgivelse).

At man i Danmark har været forbeholden ved at lade en interessekonflikt bortfalde ved klientens *samtykke* hænger utvivlsomt sammen med, at et samtykke kan indhentes på mange måder, herunder mere eller mindre bevidst, og på forskellige typer af beslutningsgrundlag. Skræks scenariet er, at den kommende klient på forhånd underskriver et sæt standardbetingelser, der tillader advokaten at optræde i sammenhænge, der ellers utvivlsomt ville udgøre interessekonflikter. Men også tilfælde, hvor advokaten bringer forholdet frem for klienten med en beroligende affærdigelse om, at varetagelsen af det andet opdrag "naturligvis" ikke påvirker klientens stilling, kan rejse tvivl om samtykkets retsvirkninger i relation til en eksisterende interessekonflikt.

Det ligger klart, at et samtykke, der indhentes uden forudgående refleksion om dets konsekvenser ikke bør kunne tillægges retlig betydning. Samtykket må, med inspiration fra

artikel 2 (h) i EU's direktiv om persondat beskyttelse (95/46/EC), fremtræde som en ”frivillig, specifik og informeret viljestilkendegivelse”.

Spørgsmålet er imidlertid, hvilke krav man må stille til, hvordan klienten er *informeret*. Går det an, at advokaten – der jo som rådgiver om dette spørgsmål selv står i en interessekonflikt – der skal levere denne rådgivning? Eller bør man forlange, at klienten som grundlag for sin beslutning nødvendigvis skal modtage en uafhængig *rådgivning*? Og i så fald på hvis regning?

Man kan overveje, om klienterne inden afgivelsen af deres respektive samtykke skal rekvirere *uafhængig juridisk bistand*. Dette krav stiller i den canadiske Code of Conduct fra FLSC. Ifølge pkt. 3.4-4 (b) er et samtykke til, at flere advokater fra samme advokatvirksomhed påtager sig opdrag vedrørende samme sag bl.a., at ”each client consents after having received independent legal advice, including on the risks of concurrent representation”.

Er der flere klienter inde i billedet, indebærer indhentelsen af samtykket, at begge klienter må opgive deres krav på fortrolighed. Det kan byde på en vanskelig balancegang, hvor de nødvendige gensidige samtykker indhentes i gradvise forløb, hvorved mere og mere fortrolighed opgives. Dette spørgsmål kræver næppe nærmere regulering, når blot det ligger klart, at samtykkets indhentelse ikke i sig selv må krænke klientfortroligheden.

Pkt. 3.3.2 i de *svenske* regler om god advokatsed begrænser sig til at fastslå, det udtrykkelige samtykke skal kunne indhentes uden at krænke advokatens tavshedspligt. Men i den foregående bestemmelse i pkt. 3.3.1 (der omhandler tilfælde, hvor advokaten alene har pligt til at oplyse klienten om forhold, som advokaten ikke selv anser som en interessekonflikt), fastslås det, at advokaten skal frasige sig opdraget, hvis en sådan orientering ikke kan meddeles uden at krænke tavshedspligten.

Pkt. 6.6. i de finske *Vägledande regler om god advokatsed*, foreskriver, at

”... advokaten i detalj [ska] klagöra för klienten vilka omständigheter som medför jäv, så att klienten har tillräckliga förutsättningar att avgöra om han eller hon ska ge sitt samtycke eller inte. En advokat får inte begära samtycke av en klient som kan bedömas sakna förmåga att förstå innebörden av ett samtycke.

Samtycke ska inhämtas utan att advokatens sekretess- och tystnadsplikt eftersätts.”

Pkt. 3.2.5, stk. 3, i den norske advokatforskrift bestemmer, at

”... et samtykke fra klienten ”er bare gyldig dersom det er gitt på grunnlag av en henvendelse fra advokaten som gir klienten fullstendig og oppriktig opplysning om hva interessekonfliktproblemet består i.”

Tese 7: Interessekonflikter ved identifikation bør med klientsamtykke kunne afbødes via ”chinese walls”

Som anført i *Advokatretten*, s. 446, udgør formodningen for, at information passerer på tværs af de forskellige dele af en advokatvirksomhed, en væsentlig begrundelse for, at *appearance-hensynets* store betydning for de danske regler om interessekonflikter. Alene det forhold, at denne risiko fremstår som mulig, fremholdes ofte som et tilstrækkeligt argument for at antage identifikation.

En nærliggende metode til at undgå denne informationsudveksling består i at gennemføre foranstaltninger (såkaldte ”*chinese walls*”), der kan modvirke, at personer, der er underlagt en tavshedspligt, har faktisk og retlig mulighed for at bryde den. Sådanne systemer

kan enten etableres *permanent* eller *ad hoc*. Den *permanente chinese wall* vil ofte blive etableret mellem forskellige afdelinger og vil ofte indebære bygningsmæssige adskillelser, separat kantinedrift samt efter omstændighederne separate stabsfunktioner mv. Systemer etableret *ad hoc* vil bygge på interne forskrifter, der lægger grænser for, hvem der må tale med hvem om hvad.

Muligheden for at afværge en interessekonflikt gennem en *chinese wall* er mest nærliggende, når interessekonflikten alene begrundes med risikoen for tab af *fortrolighed*. Hvis denne risiko kan sikres effektivt, og til klientens tilfredshed, falder dette hensyn. I så fald må de involverede klienter kunne levere et informeret samtykke, der kan bringe interessekonflikten ud af verden, jf. nærmere tese 6.

Derfor bør man i visse tilfælde kunne betinge et samtykke af, at advokatvirksomheden opretter *chinese walls* mellem de advokater eller afdelinger i advokatvirksomheden, der repræsenterer de modstående interesser.

Denne fremgangsmåde legitimeres indirekte ved pkt. 12.2., nr. 3, i de danske AER i sager, hvor ”en advokat på samme tid bistår klienter i flere sager, der har forbindelse med hinanden”. I sådanne tilfælde skal advokaten alene udtræde, ”hvis der er risiko for, at fortrolige oplysninger, som advokaten har modtaget i en af sagerne, kan have betydning i en anden af sagerne.” Er denne risiko afværget ved en *chinese wall*, er det muligt at påtage sig opdraget. Bestemmelsen omfatter dog ikke tilfælde, hvor de forskellige klienter har modstridende interesser (nr. 1) eller ligefrem er *modparter* til hinanden (nr. 2).

I *nogle* tilfælde vil det række blot at instruere forskellige medarbejdere om, at de ikke må tale med hinanden om sagen. Advokater er i forvejen vant til at overholde regler om tavshedspligt. Krænkes en sådan intern tavshedspligt, vil sanktionen være mindst ligeså alvorlig, som hvis krænkelsen fandt sted uden for advokatvirksomhed. I *andre* tilfælde kræves tekniske og organisatoriske foranstaltninger, f.eks. ændrede regler om adgangskontrol til it-systemer og om fysisk adgang til bestemte lokaliteter mv.

Det giver næppe mening at opstille generelle regler for, hvordan man etablere en effektiv *chinese wall*. Dertil er forholdene i de enkelte opdrag og omkring de enkelte advokatvirksomheder for forskellige.

At man har gennemført sådanne regler i britisk advokatret (herunder med sigte på klientinteressekonflikter mellem barristers, der virker i samme chambers) hænger sammen med den tradition, man har for detaljerede regler. Ligeledes spiller det en rolle, at der med dommen i sagen Prince Jefri Bolkiah v. KPMG [1999] 2 WLR 215 foreligger et toneangivende præjudikat om problemstillingen med konkrete anvisninger på, hvordan en *chinese wall* kan etableres.

Tese 8: En moderne interessekonfliktregulering må tage udgangspunkt i konflikttypen (”rød”, ”gul”, ”blå” og ”grøn”) og designes derefter.

Alle de foregående teser hviler på den underliggende tanke, at reglerne om interessekonflikter i langt højere grad end i dag bør formes efter de *konkrete misbrugsrisici* (herunder for usaglig interessevaretagelse og tab af loyalitet), som foreligger i det *enkelte opdrag* og den *enkelte advokatrelation*, og at en adækvat varetagelse af dette hensyn kan baseres på en mere indgående brug af *klientsamtykket* i den enkelte konflikt kombineret med og *konkret stillingtagen* til afgrænsningen af den enkelte konflikt.

Går man den vej, nødsages en anden struktur i interessekonfliktreguleringen. Grundlæggende må man udsøndre fire tilfældegrupper:

I en første gruppe (såkaldt ”rødt lys”) bør man placere de *ufravigelige* interessekonflikter, som advokaten aldrig kan afværge. Denne gruppe omfatter i vistnok alle advokatordninger tilfælde af *dobbelrepræsentation* ved samme advokat (men ikke nødvendigvis ved samme advokatvirksomhed). I visse advokatordninger omfattes også tilfælde, hvor advokatens *uafhængighed* er truet som følge af sine forretningsmæssige eller andre relationer til klienten.

I en anden gruppe (såkaldt ”gult lys”) kan man rubricere de *afhjælpelige* interessekonflikter, der kan afværges ved et samtykke fra klienten (et samtykke, der eventuelt kombineres af særlige foranstaltninger). Denne gruppe omfatter et stort antal tilfælde, der efter den gældende formulering af AER enten anses som ubetingede (og dermed ufravigelige) eller betingede interessekonflikter.

En tredje gruppe (”blåt lys”) kan herefter rumme de *oplysningskrævende* interessekonflikter, der strengt taget ikke ”er” interessekonflikter, men som klienten kan opfatte som sådanne. Her kan advokaten pålægges en orienteringspligt, idet han forudsættes at udtræde, hvis klienten anser forholdet for problematisk.

Og hertil føjer sig en fjerde gruppe (det ”grønne lys”), som falder helt uden for reguleringen, og som der derfor ikke er behov for at give regler om. De tilfælde, der er omfattet af denne gruppe, kan advokaten eventuelt selv vælge at give oplysning om, f.eks. i de retningslinjer for interessekonflikter, som med fordel kan stilles til rådighed for klienten.

Som det fremgår af bilaget til dette referat lader de centrale interessekonfliktregler sig allerede i dag indplacere i disse fire forskellige kategorier. Alle undersøgte advokatordninger udpeger en kategori af interessekonflikter, som altid vil afskære advokaten for at påtage sig en sag. Nogle regler beror på, om der foreligger *samtykke* fra klienten. Nogle ordninger pålægger advokaten at rådgive klienten foran for klientens eventuelle *samtykke*. Andre kender ikke til sådanne pligter.

En tilsvarende struktur kan man finde i andre typer af habilitetsregler. Den er f.eks. indarbejdet og gennemprøvet i de regler om Conflicts of Interest in International Commercial Arbitration, som i dag må anses for normsættende i vurderingen af voldgiftsdommeres interessekonflikter. Som det fremgår af skemaet, genfindes princippet også for revisorer og for visse myndighedspersoner.

Ved at *tage udgangspunkt* i disse forskellige tilfældegrupper sikrer man efter min opfattelse langt mere effektivt de hensyn, der spiller en rolle for interessekonfliktreguleringen. I stedet for at overveje, hvad der er ”tilladt” og ”forbudt” tvinges man til at forholde sig til, hvordan man løser den konkrete konflikt. En sådan indfaldsvinkel fører til en langt mere gennemsigtig regulering og er i langt bedre harmoni med den kendsgerning, at advokaten som leverandør af en betalbar ydelse jo altid vil være i en eller anden interessekonflikt med klienten.

Samtidig fokuseres advokatens opmærksomhed på to kritiske spørgsmål: For det første: Er interessekonflikten *ufravigelig*, således at opdraget må afvises uden videre? Hvis ikke, for det andet: Hvordan *orienterer* advokaten om interessekonflikten uden at krænke klientfortroligheden? Og – hvis dette er nødvendigt – for det tredje: Hvordan sikres det, at klienten kan afgive det veloplyste samtykke, der måtte være nødvendigt for at bringe interessekonflikten ud af verden (tese 6)? Hvis interessekonflikten berører risikoen for tab af fortrolighed i advokatvirksomheden fører dialogen og rådgivningen om dets afgivelse dernæst til en drøftelse af, hvorvidt advokatvirksomheden bør etablere særlige informationskærmende foranstaltninger i form af ”chinese walls” mv. (tese 7).

Forkortelser

ABA:	American Bar Association
AER:	De advokatetiske regler, som vil blive anvendt af Advokatrådet fra 1. oktober 2011.
ANK:	Advokatnævnets kendelse.
CBA:	Canadian Bar Association.
CCBE:	Commission Consultative des Barreaux Européens, dvs. de europæiske advokatorganisationers rådgivende kommission.
FLSC:	Federation of Law Societies of Canada.
IBA:	International Bar Association.
ICC:	International Chamber of Commerce.
SRA:	The Solicitors Regulation Authority (tilsynsmyndighed knyttet til det engelske Law Society, der fører tilsyn med advokater i England og Wales.

Anvendt litteratur

Mads Bryde Andersen:

Advokatretten (2005).

Jakob S. Arrevad:

God advokatskik – DOMSSAMLING med visse kommentarer. E-bog,
tilgængelig fra www.horten.dk (2010).

CBA Task Force on Conflicts of Interest:

Conflicts of Interest, Final Report, Recommendations and Toolkit (august 2008).

Hans Gammeltoft-Hansen:

Inhabilitet i forvaltningen (2011).

Hollander & Salzedo:

Conflicts of Interest & Chinese Walls, 2 ed., Sweet & Maxwell, London 2004.

Tom Höglund:

Advokater och intressekonflikter - exemplet controlled auctions. Examensarbete ved
Juridiska Fakulteten, Lunds Universitet (udateret, formentlig udgivet 2008 –
tilgængelig ved internetsøgning).

Martin Lavesen & Lars Økjær Jørgensen:

Advoatetik – ret og rammer (2008),

Jon Stokholm & Mikael Rekling:

Interessekonflikter – gældende ret efter ikrafttræden af Advokatrådets
advokatetiske regler 1. maj 2005. Erhvervsjuridisk Tidsskrift 2006, s. 49 ff.

Bilag: Konflikttyper i skematisk form

Konflikttype:	Rødt lys (forbud):	Gult lys (samtykke):	Orange lys (oplyse):
<u>Selv modpart:</u>	<p>AER (forudsat men ej ikke udtrykkeligt reguleret) Retsplejelovens § 60/1, nr. 1: "selv er part i sagen eller er interesseret i dens udfald" Norsk advokatorforskrift pkt. 2.1.1 og 2.1.2 (uafhængighed) IBA non-waivable red list, 1.1: "an identity between a party and the arbitrator ..."</p>		
<p><u>Kompagniskab, kollegaskab mv.:</u> Se også bilag C.</p>	<p>AER pkt. 12.4: Når advokater udøver advokatvirksomhed i et fællesskab, i et advokatselskab, jf. rpl. § 124, eller i kontorfællesskab gælder reglerne i 12.2 og 12.3 for fællesskabet, advokatselskabet og kontorfællesskabet og i det indbyrdes forhold mellem dets deltagere, herunder ansatte advokater. Tilsvarende gælder reglerne i 12.2 og 12.3 for andre samarbejder, samvirker og fællesskaber mellem advokater eller advokatvirksomheder, såfremt de i forhold til tredjemand fremtræder som et fællesskab eller en advokatvirksomhed. Finske Våglede regler om god advokatsed, pkt. 6.5: "Det som anges i punkterne 6.1–6.3 [de almindelige interessekonfliktregler] tillämpas förutom på advokaten också på andra personer som arbetar på samma advokatbyrå eller inom samma byrågemenskap. Det som anges i punkt 6.4 om jäv för advokaten utgör inget hinder för advokater vid samma advokatbyrå eller inom samma byrågemenskap som är inte är jäviga att handha uppdraget i fråga."</p>		
<u>Ledelsesrepræsentant for modpart:</u>	<p>IBA non-waivable red list, 1.2: "the arbitrator is a legal representative of an entity that is a party in the arbitration ..." Revisorlovens § 24: "... må ikke være involveret i virksomhedens beslutningstagning"</p>	<p>IBA waivable red list, 2.3.4: "The arbitrator is a manager, director or member of the supervisory board, or has a similar controlling influence, in an affiliate of one of the parties if the affiliate is directly involved in the matters in dispute in the arbitration"</p>	

Konflikttype:	Rødt lys (forbud):	Gult lys (samtykke):	Orange lys (oplyse):
<u>Medejer af modpart:</u>	AER 12.2., nr. 4: "ikke ubetydelig økonomisk, erhvervmæssig eller anden forbindelse" IBA non-waivable red list, 1.3., hvis <i>significant financial interest</i>	IBA waivable red list, 2.2.1	
<u>Nært familiemedlems ejerskab af modpart:</u>	AER 12.2., nr. 4 ("nær familiemæssig eller ikke ubetydelig økonomisk, erhvervmæssig eller anden forbindelse til en part, som i sagen har <i>modstridende interesser</i> med klienten")	IBA waivable red list, 2.2.2: "A close family member of the arbitrator has a significant financial interest in the outcome of the dispute"	
<u>Flere samtidige klienter (joint retainers):</u>	AER pkt. 2.12, nr. 10, <i>modsaetningsvis</i> : At medvirke for flere parter til stiftelse af eller berigtigelse af et retsforhold, hvorom der er enighed mellem parterne.	AER pkt. 2.12, nr. 10: "en advokat medvirker for flere parter til stiftelse af eller berigtigelse af et retsforhold, hvorom der er enighed mellem parterne." Finske Vægledende regler om god advokatsed pkt. 6.1: "när uppdraget innebär att upprätta ett avtal eller medla och samtliga klienter begär advokatens medverkan."	FLSC art. 3.4-5: Before a lawyer acts in a matter or transaction for more than one client, the lawyer must advise each of the clients that: (a) the lawyer has been asked to act for both or all of them; (b) no information received in connection with the matter from one client can be treated as confidential so far as any of the others are concerned; and (c) if a conflict develops that cannot be resolved, the lawyer cannot continue to act for both or all of them and may have to withdraw completely.
<u>Egen økonomisk interesse:</u>	AER pkt. 12.2, nr. 4 (<i>forudsætningsvis</i>): "en nær familiemæssig eller ikke ubetydelig økonomisk, erhvervmæssig eller anden forbindelse til en part, som i sagen har modstridende interesser med klienten." Finske Vægledende regler om god advokatsed, pkt. 6.4: En advokat får inte anta ett uppdrag om <i>advokaten själv</i> , ... har en sådan økonomisk eller personlig anknytning till uppdraget som kan påverka advokatens förmåga att fullt ut tillvarata klientens intressen (<i>forudsat at anknytningen är betydande</i>). Lov om juridisk rådgivning § 2, stk. 7: "særlig ... økonomisk interesse i sagens udfald" Revisorlovens § 24, stk. 2: "et direkte eller indirekte økonomisk, forretnings- eller ansættelsesmæssigt eller andet forhold, herunder levering af ydelser ..." IBA non-waivable red list, 1.3: "Significant financial interest in one of the parties or the outcome of the case"	IBA non-waivable red list, 2.2.1 "The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, in one of the parties or an affiliate of one of the parties that is privately held." Som undtagelse fra Finske Vægledende regler om god advokatsed, pkt. 6.4: <i>Om anknytningen inte är betydande, ger samtycke från klienten advokaten rätt att anta uppdraget.</i>	Lov om omsætning af fast ejendom § 7: Rådgiveren skal oplyse forbrugeren om enhver økonomisk eller personlig interesse (stk. 1) og hvis rådgiveren oppebærer provision, rabat eller andet vederlag som følge af udførelsen af sit opdrag (stk. 2). IBA Orange list, 3.5.1 The arbitrator holds shares, either directly or indirectly, which by reason of number or denomination constitute a material holding in one of the parties or an affiliate of one of the parties that is publicly listed.

Konflikttype:	Rødt lys (forbud):	Gult lys (samtykke):	Orange lys (oplyse):
<p><u>Dobbeltrepræsentation</u>; Modparter i samme sag.</p>	<p>AER pkt. 12.2, nr. 1: "klienter i samme sag, hvis klienterne har modstridende interesser af ikke uvæsentlig karakter." ABA Rule 1.7 (a): Hovedregel: Forbud, hvis (1) the representation of one client will be directly adverse to another client; or (2) there is a significant risk that the representation of one or more clients will be materially limited by the lawyer's responsibilities to another client, a former client or a third person or by a personal interest of the lawyer. Svenske Vägledande regler, pkt. 3.2.1 (2) annan klient i samma sak och klienterna har motstridiga intressen Norsk advokatforskrift pkt. 3.2.2/3.2.5 när "motstridende interesser mellom dem i saken" Finske Vägledande regler om god advokatsdkt. 6.1: "uppdrag som gäller samma sak från två eller flera klienter, om klienternas intressen eller rättigheter i ärendet står i konflikt med varandra eller det finns en uppenbar risk för intressekonflikt." FLSC (Canada) pkt. 3.4-3: "Despite rule 3.4-2 [samtykkereglen], a lawyer must not represent opposing parties in a dispute."</p>	<p>ABA Rule 1.7 (a): "concurrent conflict of interest"; dvs. "(1) the representation of one client will be <i>directly adverse</i> to another client;" unless (1) the lawyer reasonably believes that the lawyer will be able to provide competent and diligent representation to each affected client; (2) the representation is <i>not prohibited by law</i>; (3) the representation does not involve the assertion of a claim by one client against another client represented by the lawyer in the same litigation or other proceeding before a tribunal; and (4) each affected client gives informed consent, confirmed in writing. England (SRA chapter 3), O(3.7): where there is a <i>client conflict</i> and the clients are competing for the same objective, you only act if: (a) you have explained the relevant issues and risks to the clients and you have a reasonable belief that they understand those issues and risks; (b) the clients have confirmed in writing that they want you to act, in the knowledge that you act, or may act, for one or more other clients who are competing for the same objective; (c) there is no other client conflict in relation to that matter; (d) unless the clients specifically agree, no individual acts for, or is responsible for the supervision of work done for, more than one of the clients in that matter; and (e) you are satisfied that it is reasonable for you to act for all the clients and that the benefits to the clients of you doing so outweigh the risks.</p>	

Konflikttype:	Rødt lys (forbud):	Gult lys (samtykke):	Orange lys (oplyse):
<p><u>Modparter i relateret sag:</u></p>	<p>AER 12.3, nr. 3: "på samme tid bistår klienter i flere sager, der har forbindelse med hinanden, hvis der er risiko for, at fortrolige oplysninger, som advokaten har modtaget i en af sagerne, kan have betydning i en anden af sagerne."</p> <p>Norsk advokatforskrift pkt. 3.2.5, stk. 3: "Selv om klientene gir samtykke, er advokaten likevel avskåret fra å handle dersom hans plikt til lojalitet eller fortrolighet overfor en klient eller advokatens plikt til uavhengighet derved blir brutt."</p> <p>Finske Vägledande regler om god advokatsed pkt. 6.3, stk. 1: En advokat får inte anta ett uppdrag, om advokaten i samband med ett annat uppdrag har fått kännedom om omständigheter som omfattas av sekretess- eller tystnadsplikt och som kan påverka advokatens förmåga att fullt ut tillvarata klientens intressen.</p>	<p>Norsk advokatforskrift pkt. 3.2.5, stk. 1: Dersom en advokat ellers er avskåret fra å foreta handlinger eller aktiviteter for en eller flere klienter [i henhold til reglerne om interessekonflikter modsat konflikter om advokatens uafhængighed] skal dette bare gjelde i den utstrekning klienten eller klientene ikke har samtykket i at handlingen eller aktiviteten kan foretas.</p> <p>Finske Vägledande regler om god advokatsed pkt. 6.3, stk. 2: En advokat kan dock anta ett uppdrag, om den som skyddas av sekretessplikten har gett sitt samtykke till att advokaten använder de uppgifter som omfattas av sekretess- och tystnadsplikten. Advokaten får inte begära samtycke i syfte att använda uppgifterna mot den som ger samtycke</p>	
<p><u>Klientkollisjon:</u> Opdrag mod en af advokatens øvrige klienter <i>uden for</i> den konkrete sag.</p>	<p>IBA non-waivable red list, 1.4: Voldgiftsdommeren eller dennes firma oppebærer en "<i>significant financial income.</i>"</p>	<p>Svenske Vägledande regler, 3.2.2: "biträder eller tidigare har biträtt motparten i annan sak". Kommentartilføjeelse om, at det ikke "nötvendigtvis" udgør en interessekonflikt, at advokaten har et aktuelt opdrag for modparten.</p> <p>IBA waivable red list, 2.3.1 AER 12.2, nr. 8 og 12.5 (hvis fast klientforhold, og ikke samtykke).</p>	<p>Norsk advokatforskrift 3.2.3: Hvis "klart ubetænkeligt" + pligt til at underrette.</p>
<p><u>Sideskift i samme sag:</u></p>	<p>AER 12.2, nr. 2: "bistår en part efter tidligere at have bistået modparten i samme sag."</p> <p>Svenske Vägledande regler, 3.2.1 (1): "biträder eller tidigare har biträtt motparten i saken"</p>	<p>IBA waivable red list, 2.1: "given legal advice or provided an expert opinion on the dispute to a party or an affiliate of one of the parties" eller "previous involvement in the case."</p>	

Konflikttype:	Rødt lys (forbud):	Gult lys (samtykke):	Orange lys (oplyse):
<u>Opdrag mod tidligere klienter:</u>	<p>Finske Vægledande regler om god advokatsed pkt. 6.2: En advokat får inte utan klienternas samtycke anta ett uppdrag mot en nuvarande eller tidigare klient, om advokaten genom att anta uppdraget bryter mot sin lojalitetsplikt gentemot den nya klienten eller den nuvarande eller tidigare klienten som är motpart.</p> <p>Omfattningen av advokatens lojalitetsplikt under uppdragets gång och utsträckningen av lojalitetsplikten efter att uppdraget är slutfört påverkas exempelvis av uppdragets art och omfattning, sakens betydelse för klienten samt klientförhållandets längd och klientens betydelse för advokaten.</p>	<p>Norsk advokatforskrift pkt. 3.2.4, stk. 1. En advokat skal være varsom med å ta oppdrag mot en tidligere klient.</p> <p>Norsk advokatforskrift pkt. 3.2.4, stk. 2. Advokaten skal avstå fra å påta seg oppdrag mot en tidligere klient dersom advokatens kjennskap til den tidligere klients forhold vil kunne brukes til urettmessig fordel for den nye klient eller medføre skade for den tidligere klient. (kan fraviges ved samtykke, jf. pkt. 3.2.5)</p> <p>ABA Rule 1.9: Forbud, "unless the former client gives informed consent, confirmed in writing".</p>	<p>ABA Rule 1.10: Når sideskiftet skyldes relation til advokatens tidligere firma, bortses herfra, når der har været gennemført en screening og "written notice is promptly given to any affected former client to enable the former client to ascertain compliance with the provisions of this Rule, which shall include a description of the screening procedures employed; a statement of the firm's and of the screened lawyer's compliance with these Rules; a statement that review may be available before a tribunal; and an agreement by the firm to respond promptly to any written inquiries or objections by the former client about the screening procedures"</p>
<u>Modparter med familie- eller erhvervsbånd:</u>	<p>AER 12.3, nr. 4: "en nær familiemæssig eller ikke ubetydelig økonomisk, erhvervmæssig eller anden forbindelse til en part, som i sagen har modstridende interesser med klienten."</p> <p>Retsplejelovens § 60/1, nr. 2: forældre, børn, søskende, nevøer, niecer, onkler</p> <p>Svenske Vægledande regler, pkt. 3.2.1, nr. 5: "...advokaten själv eller någon denne närstående har ett intresse med anknytning till saken som strider mot klientens".</p> <p>Finske regler, pkt. 6.4: En advokat får inte anta ett uppdrag om advokaten själv, personer som står advokaten nära eller person som arbetar på samma byrå eller inom samma byrågemenskap har en sådan ekonomisk eller personlig anknytning till uppdraget som kan påverka advokatens förmåga att fullt ut tillvarata klientens intressen.</p>		
<u>Andre parter i relaterede sager:</u>		AER 12.2, nr. 3: Hvis risiko for tab af fortrolighed	
<u>Konkurrenter:</u>		AER 12.2, nr. 9	

Konflikttype:	Rødt lys (forbud):	Gult lys (samtykke):	Orange lys (oplyse):
<p><u>Andre tilfælde:</u></p>			<p>Voldgiftslovens § 12, stk. 1: den, som bliver kontaktest i forbindelse med en mulig udpegning som voldgiftsdommer, at oplyse om forhold, der kan give anledning til den nævnte berettigede tvivl om vedkommendes upartiskhed eller uafhængighed.</p> <p>Svenske Vägledande regler, pkt. 3.3.1: Finner advokaten att hinder inte föreligger, men att det likväl föreligger omständighet som skulle kunna ge klienten anledning till en annan bedömning, är advokaten skyldig att <i>omgående upplysa klienten</i> om detta.</p> <p>Pkt. 2.5. i FRIs regler for god rådgiverskik: "af egen drift at orientere kunden om forhold, der i den konkrete sag kunne rejse tvivl om rådgivningens uvildighed"</p>

Åpenhet og trygghet i de nordiske samfunn etter erfaring med terrorhandlinger

Sjef for Politiets sikkerhetstjeneste *Benedicte Bjørnland*, Norge

Åpenhet og trygghet i de nordiske samfunn etter erfaring med terrorhandlinger

Sjef for Politiets sikkerhetstjeneste *Benedicte Bjørnland*, Norge

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 bygge et vern mot terrorhandlinger uten at det går ut over andre verdier? Er det nødvendig å endre noen verdiprioriteringer, og hvilke konsekvenser kan den nye situasjonen få for rettslivet og samfunnet?

1. Innledning

22. juli 2011 ble Norge for første gang rammet av et stort terrorangrep. De tragiske hendelsene denne dagen avdekket at den potensielle trusselen fra enkeltpersoner som opererer helt alene er høyst reell, og samtidig vanskelig å avdekke. Danmark og Sverige har vært utsatt for forsøk på terrorangrep de siste årene. Det første angrepet som ble etterforsket som et terroristangrep i Norden, utført av en selvmordsbomber, fant sted i Stockholm i desember 2010. Videre har Danmark erfart flere hendelser knyttet til terrorplanlegging de siste årene hvor Jyllandsposten og Kurt Westergaard har vært mål for terrorhandlinger.

PST har – som tilsvarende sikkerhetstjenester i de andre nordiske land – i oppgave å forebygge, bekjempe og etterforske blant annet terror. Vårt mål er å forebygge og avverge innenfor de verdimessige rammer som samfunnet definerer. Det er min oppgave å følge opp, og jobbe for at PST har de forutsetninger vi trenger for å lykkes, og at de nødvendige forebyggende tiltakene iverksettes. Tre år etter terrorangrepet i Norge, arbeider vi fortsatt med de læringspunktene som fremgår av rapporten fra 22. juli-kommisjonen.¹

I det følgende vil jeg søke å danne grunnlag for en debatt om åpenhet og trygghet i de nordiske samfunn etter erfaring med terrorhandlinger med utgangspunkt i noen spissformuleringer – såkalte teser, ut fra min bakgrunn som sjef for Politiets sikkerhetstjeneste (PST). Mine refleksjoner er særlig konsentrert rundt tre hovedpåstander.

For det første er jeg av den oppfatning at samfunnet som helhet må engasjere seg mer i det primærforebyggende arbeidet. Radikaliseringsaktiviteter skjer i dag innenfor Nordens grenser. Bakgrunnen for radikaliseringsaktiviteter og vilje til å benytte vold berører flere samfunnsaktører, og spenner over et bredt spekter av myndighetsområder. Jeg vil understreke viktigheten av tidlig intervensjon, for at vi i fellesskap skal kunne forebygge terrorhandlinger så tidlig som mulig i handlingsforløpet. Taushetspliktbestemmelser må ikke være til hinder for et slikt nødvendig samarbeid.

Videre retter jeg oppmerksomhet mot de virkemidler som sikkerhetstjenesten kan benytte når det foreligger grunn til å undersøke om noen forbereder en terrorhandling.

¹ Rapport fra 22. juli-kommisjonen – NOU 2012:14 – er avgitt av en uavhengig kommisjon, ledet av advokat Alexandra Bech Gjørsv, som ble oppnevnt av regjeringen Stoltenberg for å gjennomgå og trekke lærdom fra angrepet på regjeringskvartalet og massakren på Utøya 22. juli 2011.

PST er gitt muligheten til å benytte flere inngripende metoder for å løse sitt oppdrag. Regelverket må speile trusselbildet og den teknologiske utviklingen. Når trygghet og åpenhet i lys av terrorhendelser skal debatteres, vil debatten derfor også måtte favne hvilke verktøy sikkerhetstjenesten skal ha i sitt arbeid.

Hvilke metoder en sikkerhetstjeneste skal kunne anvende for terrorforebyggende formål, kan ikke vurderes isolert ut fra sikkerhetstjenestens behov. Beslutningene må tas på bakgrunn av en vurdering av hva samfunnet, herunder myndighetene og borgerne, vil oppnå. I diskusjonen om hva som er nødvendig, må sikkerhetstjenesten anskueliggjøre hvilke metoder som kreves for å være best mulig rustet til å kunne nå de mål samfunnet har satt for den. Lovgivers vurdering av om sikkerhetstjenesten skal gis anledning til å benytte nye metoder, gjøres etter en vektning av motstridende hensyn og i lys av gjeldende trusselbilde.

Lovendringer bør være et resultat av gode utredninger, grundige prosesser og utenfor de kriser de er ment å rettes mot, slik at man sikrer balanserte vektninger av hensynene. Når terroren rammer, utfordres dette, og vektningen av de ulike hensyn står i fare for å bli unyansert.

På bakgrunn av et initiativ fra PST ble kriminalisering av terrorforberedelseshandlinger utvidet ved endringer i straffeloven i juni 2013. Jeg er av den oppfatning at kriminalisering av forberedelseshandlinger er helt nødvendig for å bekjempe terror. Dagens trusselbilde viser at det ikke bare er den særskilte forberedelseshandlingen om å inngå forbund knyttet til en terrorhandling som bør være straffbart, men også aktiv deltakelse i terrororganisasjoner må belegges med staff, noe som er reflektert i straffeloven i dag. I den tredje hovedtesen drøfter jeg hvorvidt kriminalisering av forberedelseshandlinger er nødvendig for å bekjempe terror, og peker samtidig på noen bevismessige utfordringer i den forbindelse.

2. Et terrortrusselbilde i utvikling

I dette avsnittet tar jeg for meg utviklingen i trusselbildet. Jeg antar at forholdene er relativt like innenfor Nordens grenser. I Norge har terrortrusselen historisk sett vært vurdert som lav. Inntil for noen år siden hadde det bare forekommet enkelte sporadiske voldelige hendelser knyttet til høyreekstreme grupper. På slutten av 1990-tallet og over på 2000-tallet økte imidlertid antall hendelser relatert til ekstrem islamistisk virksomhet. Disse hendelsene knyttet seg primært til personer som var involvert i ulike former for økonomisk støttevirksomhet til militante grupper i utlandet. Voldspotensialet blant disse personene har generelt sett vært vurdert som begrenset. De har sett seg tjent med å ligge lavt for således å kunne opprettholde sin støtte til terrororganisasjoner i utlandet.

I løpet av de siste årene har terrortrusselbildet endret seg i negativ retning. Sammenlignet med sakene tjenesten arbeidet med noen år tilbake, inngår det i dagens oppgaveportefølje svært alvorlige og komplekse saker. I det følgende vil jeg peke på tre ulike forhold: radikalisering, soloterrorisme og utviklingen av et all-europeisk trusselbilde.

Radikaliseringsutfordringer

Den kanskje viktigste årsaken til den nåværende situasjonen er den betydelige radikaleringen som har vokst frem i norskbaserte ekstreme islamistiske miljøer de siste årene. Så sent som i 2007 skrev PST blant annet følgende i sin åpne trusselvurdering:

«De aller fleste i Norge, som kan knyttes til ekstrem islamistisk virksomhet, ble radikalisert før de kom til landet. Det foreligger i dag ingen indikasjoner på at radikalisering av personer bosatt i Norge representerer en vesentlig faktor for det norske trusselbildet.»

Dette lar seg ikke lenger hevde. I løpet av noen få år har radikaliseringsaktiviteten tiltatt. Dette har ført til at det er aktive miljøer her i landet som består av personer som er oppvokst i Norge, og som synes inspirert av det ideologiske grunnlaget til al-Qaida. Disse miljøene er på mange måter blitt selve navet i utviklingen av terrortrusselen her i landet.

Det er vanskelig å gi en entydig forklaring på hvorfor dette har skjedd. En forklaring kan være at Internett er blitt en hovedarena for formidling av militant islamistisk propaganda og kommunikasjon mellom sympatisører av ekstreme islamistiske grupper. Deler av den islamistiske propagandaen, som i dag utveksles i digitale og sosiale medier, er rettet mot norske sympatisører og appellerer til norskbaserte miljøer.

Uavhengig av hva som er årsakene til islamistisk radikalisering, har den virket negativt inn på trusselbildet de siste årene. For det første innebærer radikalisering at vi i Norge har fått grupper som sympatiserer med og fremmer en voldelig islamistisk ideologi innenfor en norsk referanseramme. Mens sympatisørene tidligere støttet militante islamistiske grupper primært ut fra et motiv om å støtte og bidra til *lokale* konflikter i utlandet, er motivene i dag også å støtte og bidra til en mer *global* militant islamistisk bevegelse. Fremveksten av et norskbasert islamistisk miljø har bidratt til å øke ekstreme islamistiske gruppers sensitivitet overfor Norge, norske interesser og norske symboler. Vi har sett at norske aktører og norske politiske spørsmål i langt større grad enn før er en del av fiendebildet til ekstreme islamistiske grupper. Jeg antar at dette er trekk som vi også kan finne i andre nordiske land.

For det andre ser vi hvordan radikaliseringen bidrar til en operativ dreining i islamistiske miljøer. Personer fra miljøer i Norge reiser i dag i et omfang vi tidligere ikke har sett, til konfliktområder i utlandet for å delta på treningsleire eller utkjemping det de anser som «hellig krig». Flere av dem som har reist ut, får trening og erfaring i bruk av våpen og eksplosiver. Det gjør at kapasiteten blant norske ekstremister til å gjennomføre alvorlige volds- og terrorhandlinger har økt. Videre vet vi at det i disse konfliktområdene etableres kontakter og bånd til andre og likesinnede personer. Det har økt faren for at personene som reiser fra Norge, blir involvert i nye grupper og nettverk, som kan planlegge aksjoner i europeiske land. I de fleste terrrorsakene i Europa de senere årene har en eller flere av de involverte fått terroropplæring i Afghanistan, Pakistan, Somalia eller Jemen. Jeg ser en reell mulighet for at vi i tiden som kommer, vil kunne gjøre samme erfaring med personer som har deltatt i trening og voldshandlinger i Syria. I den åpne trusselvurderingen for 2014 skriver PST at mellom 40 og 50 personer har reist til Syria for å delta i aksjoner.

Samlet sett bidrar den pågående radikaliseringen og reisevirksomheten til å endre deler av det ekstreme islamistiske miljøet i Norge. Miljøet består ikke lenger kun av godt voksne menn som har gjennomgått en radikalisering i sitt hjemland og har en forankring i en lokal konflikt der. Stadig flere ekstreme islamister i Norge fremstår som internasjonalt orienterte og med forbindelser til organisasjoner innenfor den internasjonale jihadistbevegelsen. Disse er ikke knyttet til en lokal militant organisasjon. I stedet ser vi at de nye personene i miljøet er pragmatiske med hensyn til hvilke organisasjoner de støtter. For dem synes det ikke viktig hvor kampen finner sted, så lenge den utkjempes. Det skaper også økt uforutsigbarhet. Det er blant denne grupperingen vi venter å finne personer som kan utgjøre en trussel mot Norge og norske interesser. Jeg antar at det samme kan gjelde for de andre nordiske land.

Den «suksess» som ekstreme islamistiske grupper opplever å ha hatt på Internett, synes å inspirere andre ideologiske retninger. Høyreekstremismen i Europa er i dag i ferd med å endre seg, blant annet som følge av at de tar i bruk nye midler for å nå ut til sympatisører. Høyreekstrem ideologi finnes i dag innenfor et bredt og voksende spekter av politiske partier, aktivistgrupper, blogger og nettsamfunn.

Utfordringer knyttet til soloterrorister og «selv-organiserte» grupper

Terroraksjonene i Norge 22. juli 2011 peker mot et annet vesentlig element ved dagens terrortrusselbilde: trusselen knyttet til såkalte soloterrorister. Dette er ingen ny utfordring, men er noe som har vært kjent lenge.

22. juli 2011 illustrerte for alle hvor stor ødeleggelse en enkelt person kan påføre samfunnet. Behring Breivik lyktes over lang tid å skjule sine planer for omverdenen. Hans manifest står fremdeles som et oppslagsverk for hvordan likesinnede personer kan planlegge og gjennomføre lignende aksjoner. Vi kan derfor ikke se bort fra risikoen for at personer med en høyreekstrem orientering vil ta etter Behring Breivik.

De siste årene har også terrororganisasjoner fra andre ideologiske retninger enn høyreekstremisme fremhevet fordelene med soloterrorisme som strategi. Militante islamister har i sin propaganda overfor vestlige sympatisører i økende grad oppfordret til soloterrorisme. De mest alvorlige terrorhendelsene i Europa og Nord-Amerika de siste årene har vært knyttet til både soloterrorister og såkalte «selv-organiserte smågrupper». Sikkerhetstjenestene i andre europeiske land fremhever for tiden denne trusselen som den mest akutte i Europa.

Et alleuropeisk trusselbilde

Terrorisme er et alleuropeisk og grenseoverskridende fenomen. De fleste av de mest voldelige gruppene har forgreninger i flere land, og enkelte ser også ut til å flytte virksomheten mellom landene. For eksempel har både høyreekstreme og ekstreme islamistiske miljøer i Norge regelmessig kontakt med personer og grupper i andre nordiske land.

Dette er også en del av terrortrusselbildet som påvirker utviklingen her i Norden. Terrorister søker ofte minste motstands vei når de planlegger terrorhandlinger. Det innebærer også at de etablerer baser i land med antatt lavere kapasitet til å avdekke og forebygge terrorrelatert virksomhet. I flere saker relatert til ekstrem islamisme som PST har vært involvert i de senere årene, har personer og grupper organisert og planlagt aksjoner i et land, for deretter å forsøke å gjennomføre dem i et annet. Videre ser vi at utenlandske aktivister fra tid til annen trer inn i pådriverroller i høyreekstreme grupper.

3. Sikkerhetstjenestens samfunnsoppdrag

Det er en oppgave for et lands sikkerhetstjeneste å forebygge og bekjempe terrorhandlinger, herunder også at personer her i landet medvirker til, planlegger eller fasiliterer terrorrelatert aktivitet også utenfor landets grenser. PSTs arbeid drives på oppdrag fra Storting og Regjering. Mål og oppgaver følger av beslutninger fra Stortinget og Regjeringen.

Forventningene til å trygge samfunnsstrukturen og borgerne er blitt tydeligere etter

22. juli 2011. Litt upresist kan det sies at vi innses at terror kan skje, men samtidig krever vi at terrorplaner skal avdekkes og forhindres. Norges statsminister uttalte 25. juli 2011: «Aldri mer 22. juli»² – et utsagn som ikke kun reflekterer øyeblikkets sjokk og sorg, men antakelig også en ambisjon om betydelig styrket innsats for å forhindre fremtidige terrorhandlinger. Forventningene reflekteres også i de metoder som lovgiverne har gitt sikkerhetstjenesten til å forebygge terrorhandlinger, hvor inngangsvilkårene generelt er lavere enn ved etterforskning.

Det er sikkerhetstjenestens rolle å utarbeide presise beslutningsgrunnlag for myndighetene hvor trusselbildet beskrives. Det tilligger Stortinget og Regjeringen å vurdere hvilket mål for trygghet som skal settes og hvilke virkemidler som skal tillates. Dersom sikkerhetstjenesten finner at mål og middel ikke stemmer overens, er det tjenestens ansvar å gjøre oppdragsgiverne oppmerksomme på dette, således hvis ambisjonsnivået etter tjenestens vurdering ikke lar seg oppfylle uten mer inngripende metoder.

Hvilke virkemidler som er nødvendige, endrer seg over tid. En diskusjon om virkemidlene må avspeile både hvilket trusselbilde man står overfor, og hvor integritetskrenkende virkemidlene vil være. Det er et kollektivt ansvar å føre en balansert debatt. For sikkerhetstjenesten innebærer det en nøktern beskrivelse av hva som anses nødvendig, hvilke rettssikkerhetsgarantier som samtidig kan innføres, og i hvilke situasjoner de ulike virkemidlene er nødvendige. Det er viktig å klargjøre formålet. Intet virkemiddel er et mål i seg selv. Målet er å beskytte borgerne mot alvorlige trusler og voldshendelser. Desto alvorligere trusler, desto mer inngripende virkemidler kan være nødvendig. Samtidig forutsettes at mer inngripende virkemidler stiller større krav til presisjon, rettssikkerhet og kontroll.

4. Forebygging av terrorhandlinger – et felles samfunnsansvar

Forebygging av terror blir tradisjonelt sett på som en politioppgave, og i særdeleshet en oppgave for landets sikkerhetstjeneste. Jeg er av den oppfatning at PST ikke kan drive forebyggende arbeid alene. Skal vi lykkes med å forhindre terrorhandlinger, må samfunnet gripe inn på et tidlig tidspunkt. Et tidlig forebyggende arbeid er først og fremst lokale myndigheters ansvar. Det finnes enkelte gode eksempler på lokalt, effektivt arbeid rettet spesielt mot forebygging av radikalisering, men dessverre skjer radikalisering ofte uten nødvendig mobilisering i lokalsamfunnet og førstelinjen. Samfunnet har sviktet når personer ikke blir fanget opp før de er «ferdig radikaliserende» med en potensiell vilje og evne til å bruke vold, uten at det er iverksatt tidlige forebyggende tiltak. Hvis samfunnet som helhet tar et større ansvar for å forebygge radikalisering og voldelig ekstremisme, vil vi sammen kunne hindre uønskede og alvorlige handlinger, og bruken av inngripende tvangsmidler vil kunne reduseres.

Samhandling i terrorbekjempelsens ånd fordrer informasjonsdeling på tvers av myndighetsorganer, offentlige sektorer og private aktører. Taushetspliktreger og praktiseringen av disse bestemmelsene, må ikke hindre nødvendig utveksling av opplysninger. Ingen virksomhet favner alle virkemidler som er nødvendige for en effektiv forebygging alene. Jeg vil understreke at PST har et særlig ansvar for å legge til rette for samhandling. Jeg sikter da til at vi besitter kunnskap om det til enhver tid gjeldende trusselbildet, og innehar fenomenkunnskap. Bevisstgjøringstiltak om radikalisering er et satsningsområde for PST.

² Tale av daværende statsminister Jens Stoltenberg på Rådhusplassen i Oslo 25. juli 2011.

Min første tese er derfor:

Tese 1: Jo bredere samfunnsansvar for å forebygge radikalisering og voldelig ekstremisme – jo mindre bruk av tvangsmidler vil være nødvendig

Det er grunn til å fremheve det ansvar samfunnsaktører utenfor justissektoren har for å forebygge radikalisering som kan lede til terrorhandlinger – fra en uaktet ideologisk plattform. Lykkes samfunnet med et bredt forebyggende arbeid, er det grunn til å tro at færre personer vil være sårbare for radikaliseringspåvirkning, og færre personer vil utvikle intensjon om å gjennomføre voldelige ekstreme handlinger. Målet må være å forhindre eller avbryte en radikaliseringsprosess før personer blir en oppgave for sikkerhetstjenesten.

Ansaret omfatter også evnen til å fange opp signaler fra personer som allerede er radikaliserede, og som kan ha vilje og evne til å gjennomføre en voldelig, ekstrem handling. Jeg skal peke på enkelte områder hvor det etter min mening er gevinster å hente i det forebyggende arbeidet. I Norge er dette berørt i rapporten fra 22. juli-kommisjonen (NOU 2012:14) og i den eksisterende handlingsplanen for å forebygge radikalisering og voldelig ekstremisme, «Felles trygghet – felles ansvar» fra 2010.³ Det synes fortsatt å være et utnyttet potensial.

Først og fremst er det et behov for forskning på årsakene til radikalisering og hva som utgjør sårbarhets- og beskyttelsesfaktorer. Skal man kunne arbeide effektivt og målrettet, må man i tillegg ha kunnskap om hva som virker forebyggende – og hva som ikke virker. Forskingen bør være bredt anlagt, og den må se utover landets grenser, da radikalisering skjer uavhengig av landegrenser. Det er ønskelig med internasjonalt forskningssamarbeid, og jeg etterspør en sammenstilling av forskningsbidrag fra andre nordiske og europeiske land med de samme utfordringene som i Norge.

Et inkluderende arbeidsliv og en robust velferds- og integreringspolitikk må stå sentralt både i arbeidet med å forebygge radikalisering, og i innsatsen med å bringe tilbake til samfunnet potensielt farlige personer som har intensjoner om og kapasitet til å utøve ekstreme handlinger. Det kan gjelde personer hvor psykisk sykdom, rusproblemer, kriminalitet, arbeidsledighet, dårlige skoleferdigheter eller mangelfull integrering – alt sammen «marginaliseringsfaktorer» – gjør seg gjeldende. Det er i ungdomsårene og i overgangen mellom skole og arbeidsliv at radikalisering har en tendens til å skyte fart. Selv om det foreligger lite forskning på området, er det grunn til å anta at et mer inkluderende arbeidsliv kan bidra til å redusere et eventuelt nag til samfunnet.

Den viktigste normdannelsen skjer i unge år. Derfor bør radikalisering settes på dagsordenen i skolen, både i undervisningen av elevene og i lærerutdanningen. Det samme gjelder for utdanningstilbudet innen barnevern og helse. Fenomenforståelse er en grunnleggende forutsetning for å kunne identifisere tegn på radikalisering. I enkelte land gjøres det en innsats rettet mot å lage såkalte «counter narratives», enten ved deltagelse i nettdebatter eller som ledd i undervisning. Gjennomslaget synes å bli størst når for eksempel religiøst kyndige korrigerer feiltolkninger av Koranen. Man kan også tenke seg tilsvarende balanserte bidrag på antiislamistiske, høyre- eller venstreekstreme nettsted.

Europakommisjonen la i januar i år frem et dokument som lister opp ti anbefalinger

3 «Felles trygghet – felles ansvar». Handlingsplan for å forebygge radikalisering og voldelig ekstremisme (Justisdepartementet, 2010). En ny handlingsplan er under forberedelse.

og tiltak for å forebygge radikalisering og voldelig ekstremisme.⁴ En av oppfordringene i rapporten knytter seg nettopp til viktigheten av at ansatte som er i direkte kontakt med personer som står i fare for å bli radikaliserte, som eksempelvis sosialarbeidere, lærere, helsepersonell, politi, fengselsbetjenter med mer, får nødvendig kunnskap om identifisering av radikaliseringsindikatorer og hvordan man reagerer på slike. I dette arbeidet kan også landenes sikkerhetstjenester bidra med å dele fenomenkunnskap, og PST vil følge opp anbefalingene fra Europakommisjonen.

Å forebygge terror er et felles samfunnsansvar. Samfunnet som helhet rår over tiltak av mindre inngripende art, som har mindre konsekvenser for åpenheten og den enkeltes integritet enn det en tradisjonell politi- og sikkerhetstjeneste har gjennom bruk av politimetoder. Kort oppsummert kan en si at jo bredere samfunnsansvar, jo mindre behov vil samfunnet ha for *bruk* av inngripende virkemidler.

Tese 2: Taushetspliktbestemmelser er til hinder for samhandling

Det hjelper lite om de ulike offentlige aktørene arbeider hver for seg med problemstillinger knyttet til terror. Det er behov for informasjonsdeling på tvers av sektorene, typisk ved å utveksle bekymringsmeldinger mellom skole, arbeid, barnevern, helsevesen og politi. Taushetspliktbestemmelser, og praktiseringen av slike, må ikke være til hinder for nødvendig samhandling.

Politiet kan i relativt stor utstrekning, uhindret av taushetsplikten, utlevere informasjon både til offentlige etater og private i medhold av henholdsvis politiregisterloven §§ 30 og 31.⁵ Problemet er imidlertid at taushetspliktsbestemmelser i andre lover ofte stiller høyere krav til mistanke for at etaten på eget initiativ, eller etter oppfordring fra PST, kan utlevere opplysninger for å forebygge radikalisering eller voldelig ekstremisme på et tidlig stadium. Disse problemstillingene ble også tydelig identifiserte av 22. juli-kommisjonen (NOU 2012:14).⁶

I tillegg kommer det faktum at der taushetspliktsregler åpner for en utleveringsrett, så blir ikke nødvendigvis handlingsrommet utnyttet. Erfaringene våre fra praksis i helsesektoren er at taushetspliktreglene praktiseres ulikt, og at det kan være tilfeldig om, og i hvilken utstrekning vi får de opplysninger vi trenger om eksempelvis psykisk syke personer som representerer en trussel mot myndighetspersoner. Olsenuvalget (NOU 2010:3 «Drap i Norge i perioden 2004–2009») anbefalte nettopp en nærmere utredning av om ikke det bør gis en adgang for helsepersonell til å formidle sin informasjon til politiet mer rutinemessig.

Jeg vil nevne at det i Sverige er lagt til rette for en slik regelmessig informasjonsdeling mellom helsemyndighetene og sikkerhetstjenesten – (SÄPO) som følge av Anna Lindh drapet. Jeg kunne imidlertid aller mest ønske meg en kopi av den danske PET-loven § 47, som åpner for at andre forvaltningsmyndigheter skal utlevere opplysninger til Politiets Efterretningstjeneste (PET) etter anmodning fra PET når opplysningene må antas å ha betydning for tjenestens oppgaver.

Det pågående arbeidet med å utrede og effektivere nødvendige endringer i

4 «Preventing Radicalisation to Terrorism and Violent Extremism: Strengthening the EU's Response COM(2013) 941 final.

5 Lov av 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten.

6 NOU 2012: 14 «Rapport fra 22. juli-kommisjonen» side 387 følgende og punkt 27 på side 459.

7 Lov om Politiets Efterretningstjeneste, Lov nr. 604 af 12/06/2013 § 4.

taushetspliktbestemmelser lov for lov og bestemmelse for bestemmelse er etter mitt skjønn ikke den optimale løsningen. Det vises her eksempelvis til den allerede gjennomførte endringen om informasjonsutveksling uhindret av taushetsplikten fra utlendingsforvaltningen til PST, som trådte i kraft 31. juli 2013.⁸ Et annet eksempel er den foreslåtte endringen av taushetsplikten i tolloven. Etter en bokstavtro tolkning av dagens taushetspliktbestemmelse i tolloven, kan ikke tollmyndighetene utlevere informasjon i forebyggende øyemed før en mistanke om et faktisk lovbrudd foreligger.⁹ Det er nå foreslått at tollmyndighetene kan utveksle opplysninger i forebyggende øyemed.

5. For å bygge nødvendig vern mot terror må virkemiddelporteføljen speile utviklingen i samfunnet og trusselbildet

Det er høye ambisjoner om trygghet for borgere og samfunnsstrukturen. Det gjør det naturlig å reise spørsmål om hvilke virkemidler som skal være tilgjengelige, og om det er mulig og "bygge et vern mot terrorhandlinger uten at det går ut over andre verdier".

Spørsmålet reflekterer en generell ambivalens i samfunnet for så vidt gjelder balansen mellom åpenhet og trygghet. Åpenheten skal ikke utfordres, men man skal likevel være trygg. Vi ønsker ikke inngrep overfor den enkelte, men krever samtidig at terrorplaner skal avdekkes og forhindres.

I en slik debatt er det viktig å se motstriden som foreligger, og anerkjenne begge verdier. Åpenhet er grunnleggende for vårt demokrati - for borgerens rett til å delta og ytre seg. For å kunne beskytte disse rettighetene må staten beskyttes mot angrep, og borgerne må ha trygghet for at dette skjer. Uten trygghet foreligger heller ingen reell åpenhet.

Lykkes man ikke i å ta et bredt samfunnsansvar for å forebygge terrorhandlinger, eller oppdages ikke personer i en radikaliseringsprosess i en tidlig fase, vil det kunne oppstå behov for mer inngripende virkemidler - som vil gå ut over andre verdier.

De relevante spørsmål blir da: *Hva er nødvendige virkemidler? Hvorfor er de det? Og når skal de brukes?*

I Norge er PST i dag gitt anledning til å benytte en rekke virkemidler for informasjonsinnhenting, både for forebyggende formål og som ledd i etterforskning. Felles for dem er at de er gitt etter grundige prosesser hvor behov er veid opp mot andre hensyn. Som utgangspunkt kan sies at jo større inngrep i den enkeltes privatsfære, desto strengere krav til forutgående rettslige prosesser og kontrollmekanismer.

Virkemiddelporteføljen bør ikke være statisk. Trusselbildet har endret seg negativt de senere år. Også den generelle samfunnsutviklingen har endret seg betraktelig, spesielt med hensyn til bruk av elektroniske kommunikasjonsplattformer. Dette innebærer at også virkemidlene bør endres.

I det videre skal jeg berøre tre områder som knytter seg til en utvidelse av virkemidlene, og hvor jeg vil påpeke behovet for endring, herunder datalagring, dataavlesning og stordata.

⁸ Utlendingsforskriften 15. oktober 2009 nr. 1286 § 19A-5.

⁹ Tolloven 21. desember 2007 nr. 119 § 12-1 andre ledd bokstav f er foreslått endret i: «Høringsnotat- forslag til endringer i brann- og eksplosjonsvernloven, straffeloven 2005 og tolloven» sendt fra på høring fra Justis- og beredskapsdepartementet 9. desember 2013.

Tese 3: Datalagring er et nødvendig virkemiddel for bekjempelse av terror

Endringer i lovverket om at tilbydere av offentlige kommunikasjonstjenester skal lagre teledata ble gjennomført i norsk lov i 2011 ved endringslov om datalagringsdirektivet.¹⁰ Lovendringene som knytter seg til at opplysninger om hvem som kommuniserer med hvem, når dette skjer, hvor de involverte befinner seg, og hvilket utstyr som er benyttet skal lagres, bygget på datalagringsdirektivet (direktiv 2006/24/EF). Den norske endringsloven var tenkt gjennomført 1. juli 2014. Før bestemmelsene trådte i kraft, kom dommen fra EU-domstolen den 8. april 2014 som erklærte datalagringsdirektivet ugyldig. Det har fått den konsekvens at Norge og de øvrige nordiske land ikke lenger plikter å innføre datalagringsdirektivet. Dommen er i skrivende stund fersk, og det er foreløpig usikkert hva som vil bli konsekvensene for den norske endringsloven om datalagringsdirektivet. Regjeringen må trolig nedsette et arbeid med å gjennomgå loven på nytt, og siste ord er neppe sagt i debatten rundt datalagring.

Det er min påstand at datalagring er et nødvendig virkemiddel for å lykkes i kampen mot terror – uavhengig av om endringen pålegges oss via EU/EØS eller ei. Utviklingen i trusselbildet tilsier at lagring av teledata kan ha en avgjørende betydning i arbeidet med å forebygge og etterforske terrorhandlinger. Erfaring viser at planlegging, organisering og utførelse av slike handlinger pågår over lang tid, og at informasjon om kontaktnett, hyppighet, bevegelsesmønster og eventuelle avvik er av avgjørende betydning for forebygging og avdekking.

Teletilbydernes rett til å lagre teledata har vært begrunnet i et forretningsmessig behov for å lagre dataene, og formålet har særlig vært fakturering av teletjenester. Konesjonen som en teletilbyder har etter personvernlovgivningen til å lagre personopplysninger,¹¹ har satt vilkår for lagringen med utgangspunkt i hvor lenge det har vært nødvendig å oppbevare opplysningene av hensyn til kundeadministrasjon, fakturering og gjennomføring av tjenester i forbindelse med abonnentens bruk av telenett.

Hovedforslaget i den norske gjennomføringsloven er å utvide formålet med lagringen til å pålegge teletilbydere å lagre teledata, også ut fra formålet om å bekjempe kriminalitet. Formålsutvidelsen er nødvendig da endringer i abonnementsform ellers vil kunne medføre at tilbydere må slette kommunikasjonsdata langt tidligere enn før, eller ikke vil ha grunnlag for å lagre slike data overhodet.

Analyse av teledata og annen elektronisk kommunikasjonshistorikk er en av de viktigste metodene for å forebygge og etterforske alvorlig kriminalitet. Selv om de kriminelle miljøene tilpasser sitt handlingsmønster til politiets kapasitet og metodebruk, er det erfaringsmessig likevel slik at teledata og annen elektronisk kommunikasjonshistorikk er av avgjørende betydning for å forebygge og etterforske blant annet terrorhandlinger. Uten regler som åpner for datalagring, vil teledata som ikke lenger trengs til fakturering, fortløpende bli slettet, og viktig informasjon for å forebygge og etterforske terrorhandlinger vil gå tapt.

Det kan påpekes at Politiet og sikkerhetstjenesten i dag har tilgang til teledata, men at slik at innhenting fordrer en rettslig kjennelse.¹² Alternativt kan teletilbydere selv velge å

10 Lov 15. april 2011 nr. 11 om endringer i ekomloven og straffeprosessloven mv.

11 Forskrift 15. desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger § 7-1.

12 Lov 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker § 216 a, og politiloven § 17 d for tvangsmiddelbruk i forebyggende øyemed.

utlevere trafikkdata frivillig dersom taushetsplikten oppheves.¹³ Det er med andre ord ikke fritt frem for politiet å innhente data fra teleleverandørene.

Avveiningen av personvern hensyn mot hensynet til samfunnsikkerhet har vært gjenstand for debatt i forbindelse med gjennomføringen av datalagringsdirektivet. I Norge har det vært reist spørsmål om personvernet på nytt blir ofret til fordel for samfunnets behov for økt sikkerhet. I diskusjonen har grupper i samfunnet i flere år stått mot hverandre og fremført til dels svært motstridende syn og interesser. Etter at datalagringsdirektivet ble kjent ugyldig av EU-domstolen, vil det trolig blåses liv i debatten på ny.

Tese 4: En nødvendig forutsetning i bekjempelsen av terrorhandlinger er at vi kan følge den samme teknologit utviklingen som lovbryster. Ved å innføre dataavlesning kan allerede lovhjemlede tvangsmidler sikres den effekt de var ment å ha, og gi samfunnet den nødvendige beskyttelse

Politiet kan i dag avlytte kommunikasjon som er i en transportfase mellom avsender og mottaker, og foreta hemmelig ransaking og beslag av datamaskiner på gitte vilkår. Den teknologiske utviklingen har imidlertid gjort det mulig å sørge for at innhold i kommunikasjonen og lagring av data er kryptert, og således i praksis uleselig for politiet.

Bruk av kryptering øker og vil fortsette å øke i fremtiden. Avanserte og rimelige krypteringsprogrammer er enkle å fremskaffe i dagens samfunn. Den enkelte borger blir stadig mer bevisst på å beskytte sin kommunikasjon og sine data mot kriminalitet og av personvern hensyn på nettet. Den som har mest å skjule vil ha en særlig interesse i å være oppmerksom på forholdet mellom kryptering og politiets metoder. Denne utviklingen har ført til at utbyttet av politiets kommunikasjonsavlytting og hemmelig ransaking fremstår som stadig mindre effektive metoder i dag enn hva de gjorde for noen år siden.

For å møte de utfordringene som jeg her nevner, er det helt avgjørende for PST å få mulighet til å kunne benytte seg av dataavlesning. Dataavlesning er ikke et entydig juridisk eller teknologisk begrep, men har vært forsøkt definert som: «å skaffe seg tilgang til opplysninger i et elektronisk datasystem ved hjelp av dataprogrammer eller på annen måte».¹⁴

Dataavlesning er for det første ytterst nødvendig for å møte den teknologiske utviklingen som alltid vil løpe foran metodene. Der vi før fikk et godt innblikk i kommunikasjon over Internett eller telefonlinjer, får vi i dag vesentlig mindre informasjon, blant annet fordi kommunikasjonen skjer kryptert. Jeg tør påstå at dataavlesning ikke bare er snakk om en ny metode, men vel så mye en gjenoppliving av metoder og muligheter vi hadde da metodene ble innført.

Jeg mener også det er behov for noe mer enn kun å benytte dataavlesning for å muliggjøre kommunikasjonsavlytting og hemmelig ransaking. Gjennom dataavlesning som en ny metode, vil vi kunne fange produksjon av viktige dokumenter som kanskje ikke finnes på det tidspunktet en ransaking finner sted, og som kanskje heller ikke sendes elektronisk slik at det blir fanget opp ved hjelp av kommunikasjonsavlytting. Jeg vil for ordens skyld presisere at PST i dag ikke har anledning til å benytte romavlytting eller hemmelig ransaking i noens private hjem i det forebyggende sporet av hensyn til politiloven § 17 d og de konstitusjonelle skranker som Grunnloven § 102 trolig trekker opp.¹⁵

13 Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 2-9.

14 Slik Metodekontrollutvalget i NOU 2009:15 *Skjult informasjon – åpen kontroll* side 237 (kapittel 23.1.4).

15 Metodekontrollutvalget i NOU 2009:15 *Skjult informasjon – åpen kontroll* kapittel 13.

I Norge er de juridiske problemstillinger knyttet til dataavlesning i skrivende stund til behandling i Justis- og beredskapsdepartementet. I Sverige er jeg kjent med at et forslag om dataavlesning som en ny metode ble foreslått innført i SOU 2005:38 («Tilgang till elektronisk kommunikasjon i brottsutredningar»). Så vidt vites er ikke forslaget vedtatt per i dag. I Danmark har man hatt bestemmelser om dataavlesning som en egen metode i rettlejeloven § 791 b i flere år allerede.¹⁶ Nevnte bestemmelser åpner for at mine danske kollegaer kan benytte seg av såkalte «sniffer-programmer» og få tilsendt kopi av samtlige inntastninger som brukeren av datasystemet foretar, herunder åpning av systemet, opprettelse av nye dokumenter og nye inntastninger i allerede eksisterende dokumenter eller visse nærmere angitte inntastninger.¹⁷ Det kan videre nevnes at finsk politi så vidt meg bekjent nylig skal ha fått tillatelse til å foreta datainnbrudd.

Tese 5: Det er et behov for regelverksutvikling som gjør det mulig for PST å lagre stordata over tid

Internett er i dag den viktigste plattformen for kommunikasjon og spredning av informasjon. Internett har en sentral rolle både hva gjelder rekruttering til radikale miljøer, og som møteplass og arena for formidling av ideologi og propaganda. Sosiale medier bidrar til at mange opplever et fellesskap med andre likesinnede. I den åpne trusselvurderingen til PST for 2014 skriver vi at «Internett utgjør det viktigste verktøyet i radikaliseringsøyemed». At sikkerhetstjenester må kunne benytte Internett som informasjonskilde må alle kunne si seg enig i. Men i hvilken grad kan en sikkerhetstjeneste anvende stordata i sin oppgaveløsning?

Det finnes ingen entydig definisjon av stordata, men jeg vil henvise til definisjonen gitt av EU-kommisjonens rådgivende organ i personvernspørsmål, «Artikkel 29-gruppen» (i norsk oversettelse):¹⁸

« Big Data refererer til gigantiske mengder digitale data som er kontrollert av selskap, myndigheter og andre store organisasjoner, og som gjøres til gjenstand for omfattende analyse ved bruk av algoritmer. Big Data kan bli brukt til å identifisere generelle trender og sammenhenger, men kan også bli benyttet slik at det berører enkeltindivider direkte.»

Etterretningstjenester i USA ligger i front når det gjelder anvendelse av stordata. Jeg er ikke kjent med hvorvidt mine nordiske kollegaer anvender stordatateknologi i dag eller om de utreder muligheter for slik bruk av data. Jeg vil hevde at det for Norges del er et behov for å kunne anvende nye analyseteknologier for å kunne avdekke mønstre og trender, danne utgangspunkt for gode analyser og for å avsløre mistenkelig adferd hos enkeltindivider. Stordatateknologi er etter mitt syn et nødvendig virkemiddel å kunne ta i bruk når ivaretagelse av den nasjonale sikkerheten er formålet.

For å kunne dra nytte av potensialet som stordata utgjør, vil det være nødvendig å samle en større mengde informasjon over tid. Innsamlingsprosessen vil ikke bare være rettet mot enkeltindivider, men grupper, trender og tematikk, uten at den enkelte person i utgangspunktet er interessant for oppgaveløsningen til PST. Dette kan eksempelvis være personer som er nevnt

¹⁶ Lov nr 378 av 6. juni 2002.

¹⁷ Jf. Kommenteret til Retsplejeloven, 7 utg., 2004, bind III side 187.

¹⁸ Opinion 03/2013: On purpose limitation, side 35.

i blogger, nettavisartikler eller via sosiale medier, og som i utgangspunktet ikke hører hjemme i datasystemene til PST. Innhentning av store mengder data vil følgelig inneholde opplysninger om personer, som i utgangspunktet ikke oppfyller de krav til formålsbestemthet, nødvendighet og relevans for behandling av opplysninger som i dag gjelder for sikkerhetstjenesten.

Viktige hensyn må drøftes. På den ene siden kan det hevdes at personopplysninger som finnes på det åpne nettet kjennetegnes ved at den enkelte nettopp har ønsket å ytre seg for at informasjonen skal være allment tilgjengelig. Det foreligger således en viss forventning om at opplysningene kan benyttes til flere formål. På den annen side er det en reell fare for at visshetene om at opplysninger kan behandles hos en politimyndighet kan legge bånd på den frie meningsutvekslingen som er en viktig forutsetning for et velfungerende demokrati.

Radikalisering i Norge foregår i ikke ubetydelig grad på nett og gjennom blant annet sosiale medier. En sikkerhetstjeneste uten tilstrekkelige muligheter til å følge denne utviklingen vil bli hengende etter. Jeg mener at tiden er moden for å meisle ut regler som gir oss hjemler til å benytte stordata på en hensiktsmessig måte.

6. Noen strafferettslige utfordringer

Tese 6: Kriminalisering av forberedelseshandlinger er nødvendig for å bekjempe terror

Hovedregelen i norsk rett er at forberedelse til en forbrytelse ikke er straffbart før det foreligger et forsøk. Dette innebærer at en gjerningsperson først kan straffes når han har foretatt en handling som leder direkte mot utføring av et lovbrudd. Jeg mener med styrke at straff for alvorlige og reelle forberedelser til terrorhandlinger kan begrunnes med det særlig store fare- og skadepotensialet ved slike handlinger. Samtidig bør også kriminalisering av forberedelseshandlinger avgrenses til å gjelde de farlige og straffverdige forberedelsene i lys av gjerningsmannens forsett. Hvis det avdekkes, og deretter kan bevises, at en person har forberedt en terrorhandling, er det utilfredsstillende om ikke vedkommende blir straffet.

Forberedelseshandlinger har typisk til formål å legge til rette for utøvelsen av en straffbar handling. Terroristen som skaffer (ingredienser til) sprengstoff og pyromanen som kjøper fyrstikker er to eksempler. Beslektet med slik fysisk forberedelse er planlegging av lovbrudd, for eksempel ved å inngå forbund - eller avtale - med andre om å begå en lovovertrødelse. En tredje gruppe forberedelseshandlinger er deltakelse i miljøer eller grupperinger som typisk kan knyttes til straffbare handlinger, som en terrororganisasjon - eller en *al-Qaida-assosiert gruppering*.

Vi er enige om at terrorisme må bekjempes og terrorhandlinger forhindres. I norsk rett ble den særskilte forberedelseshandlingen *å inngå forbund om å begå terrorhandling*, gjort straffbar ved en lovendring 28. juni 2002.¹⁹

Terrororganisasjoner vurderes som en stor trussel mot samfunnssikkerheten og demokratiske verdier. Å motarbeide eksistensen av terrororganisasjoner vil derfor kunne være et viktig tiltak for å forhindre terrorhandlinger. Ulike terrororganisasjoner vil ha ulik profil. Mens noen vil være utpreget aksjonsorientert, vil andre høste oppslutning gjennom samtidig å drive samfunnsnyttig arbeid, eller operere som frigjøringsbevegelse. Denne varierende

¹⁹ Straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 147 a fjerde ledd.

profilen kan imidlertid ikke være relevant så lenge organisasjonen har som hovedformål å begå terrorhandlinger, eller at det å begå terrorhandlinger er en vesentlig del av gruppens virksomhet. Ingen fine visjoner eller veldedige tiltak skal kunne legitimere virksomheten til politiske organisasjoner som først og fremst begår terrorhandlinger. Jeg viser i denne sammenheng også til EMK artikkel 11 om organisasjonsfriheten, som verner de fredelige forsamlinger. Terrororganisasjoner nyter ikke dette vernet.

For å kunne karakteriseres som "terrororganisasjon", må organisasjonen ha en viss struktur og varighet - den må ha en substans. Videre må organisasjonen ha demonstrert sin vilje til å realisere sitt mål ved å begå lovbrudd - og da ikke nødvendigvis som ledd i terrorhandling. Kravet til skyld må innebære at den som deltar må utvise forsett med hensyn til alle straffbarhetsbetingelsene - det vil si sin deltakelse i organisasjonen, at organisasjonen er en terrororganisasjon og at den "har tatt skritt for å realisere sitt mål med ulovlige midler". En slik handling er i seg selv straffverdig, og den er ikke vernet av organisasjonsfriheten i EMK art 11. Å skulle tillegge et ytterligere krav om at gjerningsmannen må ha et terrorforsett med sin deltakelse synes overflødig. I tillegg vil et slikt krav kunne skape store og unødvendige bevismessige utfordringer, for eksempel der primærhandlingen er deltakelse i en terrororganisasjon med delt formål (humanitær bistand og terror) i en krigssone.

Jeg mener trusselbildet viser oss at også aktiv deltakelse i terrororganisasjoner må være straffbart. I Norge utvidet vi kriminaliseringen av terrorforberedelseshandlinger med en ny lovgivning i juni 2013. Vi fikk en bestemmelse som rammet kvalifisert terrorforberedelse også der den ble foretatt av en person alene.²⁰ Aktiv deltagelse i terrororganisasjoner ble kriminalisert i en egen ny bestemmelse,²¹ og vi kriminaliserte også mottagelse av terrortrening.²²

Vi ser disse nye bestemmelsene som helt nødvendige for å kunne møte dagens trusselbilde. Når det er sagt, er vi fullt klar over de utfordringer disse bestemmelsene reiser bevismessig sett. Typisk vil saker vedrørende forberedelseshandlinger være omfattende indisiesaker hvor bevisbildet er stort og komplekst.

Det er videre en stor utfordring å bevise ut over enhver rimelig tvil handlinger begått i et land hvor det fremdeles pågår en væpnet konflikt, og hvor man ikke kan etterforske på bakken.

7. Avslutning

Som i andre land som har opplevd terrorhandlinger, er det i Norge i etterkant vist politisk vilje til endringer som skal hindre at liknende handlinger skjer igjen. Men i Norge begynte arbeidet med å utrede bruken av politimetoder i forebyggende øyemed allerede i 2001.²³

At det i 2005 ble åpnet for bruk av politimetoder som tvangsmidler uten at en straffbar handling var begått eller var nært forestående, var banebrytende i Norden. I den offentlige høringen av lovforslaget ble det fra flere hold fremmet innsigelser om at personvernet ble krenket. Forarbeidene til den nye bestemmelsen i politiloven § 17 d behandlet derfor dette

20 Straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 147 a femte ledd.

21 Straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 147 d.

22 Straffeloven 22. mai 1902 nr. 10 § 147 c første ledd bokstav d.

23 Se NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern.

særskilt, og veide de personvernmessige hensyn opp mot samfunnets behov for sikkerhet.

Slik jeg ser det, er innføringen av tvangsmidler/politimetoder før en straffbar handling er begått, et godt eksempel på et nasjonalt lovgivningsarbeid hvor personvernens hensyn er veid opp mot samfunnsikkerhet, i en tidsperiode uten nasjonale hendelser som utløste og «presset frem» lovarbeidet.

De fleste lovendringene i etterkant av hendelsene 22. juli 2011, er gjort på bakgrunn av en liknende prosess som tok til før 2011, som omtalt i avsnittet over.²⁴ Endringene er basert på innspill PST har gjort over lengre tid og som er grunnet i utviklingen i trusselbildet og samfunnet generelt.

Kan vi forene åpenhet og trygghet i de nordiske samfunn etter at vi har opplevd terrorhandlinger? Er det mulig å bygge et vern mot terrorhandlinger uten at det går ut over andre verdier?

Mitt utgangspunkt er et betinget ja. Men det er en oppgave for hele samfunnet, og ikke bare for politiet og sikkerhetstjenesten.

²⁴ Prp 131 L (2012–2013). Endringer i straffeloven 1902 og straffeloven 2005 mv. (forberedelse av terror m.m.). Deler av dette lovforslaget kom i stand etter innspill fra PST, et innspill som PST hadde jobbet med også før 22. juli 2011.

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

Landsdommer *Anne Louise Bormann*, Danmark

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

Landsdommer *Anne Louise Bormann*, Danmark

Det følger af artikel 3 af FN's Børnekonvention, at i alle foranstaltninger vedrørende børn, hvad enten disse udøves af offentlige eller private institutioner for socialt velfærd, domstole, forvaltningsmyndigheder eller lovgivende organer, skal barnets tarv komme i første række. Inden for familieretten antages hensynet til barnets bedste som udgangspunkt for at være absolut, således at intet andet hensyn kan veje tungere end hensynet til barnet. Det antages således, at der ikke i familieretlige afgørelser kan lægges vægt på hensyn til andre, herunder til forældrene. Barnets bedste påberåbes imidlertid også uden for familieretten. Dette gælder både ved afgørelser, der vedrører barnet direkte, og ved afgørelser, der vedrører barnets forældre, men som har betydning for barnet. Hvordan skal barnets bedste afvejes i forhold til andre personers rettigheder, f.eks. hvis en udlejer ønsker at ophæve eller opsiges en børnefamilies lejemål. Og hvordan vægtes hensynet til barnets bedste i forhold til mere abstrakte samfundsinteresser, herunder hensynet til retshåndhævelse og hensynet til at begrænse indvandring?

1. Indledning

Dette emne spænder bredt. Inden for stort set alle retsområder træffes afgørelser, der direkte eller indirekte vedrører børn, eller som påvirker børn, fordi afgørelserne retter sig mod deres forældre. Det er umuligt udtømmende at beskrive alle de retsområder, hvor hensynet til barnets bedste vil kunne indgå. Jeg har derfor udvalgt enkelte områder, der kan illustrere dels tilfælde, hvor hensynet til barnets bedste slet ikke indgår, eller tillægges meget begrænset vægt, og dels tilfælde, hvor hensynet til barnets bedste ofte påberåbes, og hvor rækkevidden i praksis kan give anledning til betydelig tvivl.

Afsnit 2 indeholder en overordnet drøftelse af, hvornår og i hvilket omfang barnets bedste overhovedet skal indgå.

Afsnit 3 beskriver afvejningen af hensynet til barnet i forhold til andre privatpersoner i relation til afgørelser om opsigelse og ophævelse af boliglejemål.

Afsnit 4 om strafudmåling beskriver afvejningen af hensynet til barnet overfor samfundets interesse i retshåndhævelse

Afsnit 5 om udlændingeret beskriver afvejningen af hensynet til barnet over for samfundets interesse i at begrænse indvandring samt afvejningen af hensynet til det konkrete barn over for mere generelle hensyn til at sikre indvandrerbørn en vellykket integration.

En væsentlig forudsætning for, at hensynet til barnets bedste kan inddrages, vil i en række tilfælde være, at barnet bliver hørt. Også på dette område er reglerne på forskellige retsområder langt fra ensartede. Dette i beskrives i afsnit 6.

Som eksemplerne viser, er hensynet til barnets bedste i mange tilfælde ikke det eneste afgørende, men alene et blandt mange hensyn, der kan tillægges større eller mindre vægt. Selv om emnet er barnets bedste uden for familieretten, tillader jeg mig i afsnit 7 at sætte

spørgsmålstegen ved udgangspunktet om, at hensynet til barnets bedste inden for familieretten er altafgørende og tilsidesætter alle andre hensyn. Dette understøtter min tese om, at vægningen af hensynet til barnets bedste i alle tilfælde må afgøres konkret.

2. Hvornår og hvilken vægt kan der lægges på hensynet til barnets bedste?

Tese 1: Barnets bedste er ikke altid afgørende. Barnets bedste skal afvejes over for andre væsentlige offentlige og private interesser, og afvejningen må afgøres konkret på det enkelte område

Artikel 3, stk. 1, i FN's Børnekonvention har i den officielle engelske udgave følgende ordlyd:

"In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary concern."

I den danske oversættelse af konventionen anvendes det lidt gammeldags udtryk "barnets tarv". I moderne lovgivning anvendes i stedet begrebet "barnets bedste", og jeg anvender derfor dette mere nutidige begreb, medmindre der refereres til lovbestemmelser, der anvender udtrykket "barnets tarv".

Børnekonventionen er tiltrådt af samtlige nordiske lande, men har forskellig status i landene. I Norge, Finland og Island er konventionen således inkorporeret ved lov. Dette er ikke sket i Danmark og Sverige, men i begge lande er der iværksat et udredningsarbejde, der skal belyse fordele og ulemper ved at inkorporere blandt andet denne konvention. Denne forskel kan måske have betydning for konventionens gennemslagskraft i de enkelte lande.

Børnekonventionens artikel 3 påberåbes ofte i mange forskellige sammenhænge, og som overordnet princip har den alles sympati. Hvem vil ikke det bedste for vore børn? Som juridisk regel rejser bestemmelsen dog spørgsmål, som er vanskelige at besvare. Hvad er "actions concerning children"? Bestemmelsen har traditionelt haft sit hovedanvendelsesområde inden for familieretten, herunder afgørelser om forældremyndighed, samvær, faderskab og adoption mv., og inden for socialretten, herunder navnlig sociale beskyttelsesforanstaltninger over for børn f.eks. ved anbringelse uden for hjemmet. Bestemmelsen kan imidlertid ikke anses for begrænset til disse retsområder. Børn berøres direkte eller indirekte af foranstaltninger på stort set alle retsområder fra byplanlægning til strafferet, og bestemmelsen må indebære en generel pligt til at tage hensyn til barnet i alle aspekter af samfundslivet, der berører børn.

FN's Børnekomité har i 2013 udgivet en kommentar til artikel 3¹, hvoraf komitéens forståelse af artiklen fremgår. Det anføres heri, at begrebet "concerning" skal forstås "in a very broad sense", og som eksempler på områder, der er omfattet, nævnes blandt andet miljø, bolig og transport.

Det næste spørgsmål er, hvad det vil sige, at "the best interests of the child shall be a primary consideration". At antage, således som det som udgangspunkt antages inden for familieretten, at hensynet til barnet i alle tilfælde skal være afgørende, og at ingen andre hensyn

¹ Committee on the Rights of the Children, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration.

kan veje tungere end hensynet til eventuelle berørte børn, ville føre til absurde resultater. Det ville således f.eks. indebære, at den myndighed, der tager stilling til dommerudnævnelser – i Danmark Dommerudnævnelsesrådet – ved afgørelsen af, hvilken ansøger der indstilles til en stilling ved Højesteret, skulle foretage en vurdering af, hvilke konsekvenser det ville have for ansøgenes eventuelle mindreårige børn at en af deres forældre påtog sig et så krævende embede. Hvis denne vurdering faldt ud til, at en udnævnelse til Højesteretsdommer ville have negative konsekvenser for den bedst kvalificerede ansøgers børn, ville man være tvunget til at vælge en eventuelt mindre kvalificeret ansøger uden mindreårige børn.

Man kan forsøge at fastholde princippet om, at hensynet til barnet altid kommer først, ved at se barnets bedste i et større perspektiv. Måske er det ikke lige nu bedst for barnet i eksemplet ovenfor, at hans far bliver højesteretsdommer, men det er generelt bedst for børn at leve i et samfund, hvor de bedst kvalificerede bliver valgt til landets øverste embeder. Eller med et andet eksempel, det er måske ikke til et barns bedste, at hans far bliver idømt 4 års ubetinget fængsel for underslæb i sit job som bankdirektør, men det er generelt bedst for børn at leve i et samfund, hvor man kan stole på bankvæsenet, og hvor lovovertrædelser straffes konsekvent. Det er ikke forkert at se børns interesser i et bredere samfundsmæssigt perspektiv, men denne fortolkningsmetode har efter min opfattelse en tendens til at udvande begrebet barnets bedste og sløre det forhold, at der reelt er tale om afvejning af modstående hensyn. Det brede perspektiv på barnets bedste kan således minde om den måde, hvorpå vi som forældre altid kan retfærdiggøre det, vi ønsker at gøre. ”Det er godt for vores barn, at vi tager på ferie uden ham, for det er godt for ham, at vi er glade.” Det er ikke nødvendigvis forkert, men det er heller ikke altid den fulde sandhed.

I stedet må barnets bedste anses som et væsentligt hensyn, der skal afvejes over for andre væsentlige hensyn til såvel offentlige som private interesser. Dette er i overensstemmelse med den engelske tekst, hvorefter barnets bedste skal være ”a primary concern”. Heri ligger efter min opfattelse, at barnets bedste ikke nødvendigvis er ”the primary concern”. I børnekonventionens artikel 21 om adoption anvendes et stærkere udtryk for, at barnets bedste skal være afgørende. Her skal barnets bedste være ”the paramount consideration”.

I Børnekommittéens generelle kommentar anføres således også, at der i lyset af bestemmelsens brede anvendelsesområde, må anerkendes en grad af fleksibilitet i anvendelsen. Det anføres endvidere, at barnets interesse kan således være i konflikt med andre interesser, herunder andre børn, forældre eller offentligheden, og at interessekonflikter afgøres konkret efter en nøje afvejning af alle parter interesser.

Hvordan vægtningen af barnets bedste i forhold til andre interesser skal ske, er også efter min opfattelse et spørgsmål, der ikke kan besvares generelt, men må afgøres konkret i det enkelte tilfælde. Der er afgørelser som dommerudnævnelseseksemplet ovenfor, hvor hensynet til barnets bedste slet ikke indgår. Der er afgørelser som opsigelse eller ophævelse af boliglejning, jf. afsnit 3 nedenfor, og om idømmelse af straf til et barns forældre, jf. afsnit 4 nedenfor, hvor hensynet til barnet kan indgå, men i praksis tillægges begrænset vægt. Der er afgørelser f.eks. inden for udlændingeretten, jf. afsnit 5 nedenfor, hvor barnets bedste må tillægges betydelig vægt. Og endelig er der afgørelser inden for familieretten, hvor barnets bedste er (næsten) altafgørende, jf. afsnit 7 nedenfor.

3. Barnets bedste ved afgørelser inden for lejeretten

Tese 2: Ved afgørelser om ophævelse eller opsigelse af boliglejemål tillægges hensynet til børn begrænset eller slet ingen vægt, og hensynet til barnet varetages i stedet ved sociale foranstaltninger

En opsigelse eller ophævelse af et lejemål har indgribende betydning for lejerens eventuelle børn. Trods dette synes hensynet til børnene sjældent at blive påberåbt i disse sager, og endnu sjældnere tillægges de afgørende vægt. Hensynet til børnene skal her afvejes over for udlejers rettigheder og ved overtrædelser af husordenen tillige over for hensynet til de øvrige beboere i bebyggelsen.

Hvis en ophævelse af et lejemål sker på grund af misligholdelse fra lejerens eller dennes husstands side, vil hensynet til lejers børn sjældent blive tillagt afgørende vægt. Jeg har ikke kunnet finde eksempler på, at hensynet til børn tillægges vægt, hvis ophævelse sker på grund af betalingsmisligholdelse. Heller ikke i tilfælde, hvor ophævelsen sker på grund af overtrædelse af husordenen f.eks. i form af larm eller kriminalitet i området, eller vanrøgt af det lejede, vil hensyn til lejers børn normalt blive tillagt afgørende vægt i forhold til hensynet til udlejer og de øvrige beboere.

En udtrykkelig afvejning af de modstående hensyn skete i en Højesteretsdom fra 2013², hvor ophævelsen var begrundet i, at lejers da hjemmeboende voksne søn forsætligt havde sat ild på en børnehave i samme bebyggelse, hvor der skete skade for 7,5 mio. kr.

Højesteret udtalte, at en forsætlig ildspåsættelse af den pågældende karakter var en misligholdelse af en sådan grovhed, at udlejer som udgangspunkt har ret til at ophæve lejemålet. Ved vurderingen af, om der var grundlag for at fravige dette udgangspunkt, skulle der på den ene side lægges vægt på, at den voksne søn, der havde påsat ild, ved ophævelsen var fraflyttet lejemålet, at lejeren havde boet i lejemålet i mange år og ikke tidligere var pålagt retsfølger efter loven, at hun havde to mindreårige hjemmeboende børn på 9 og 13 år, og at ophævelsen først skete halvandet år efter ildspåsættelsen. På den anden side skulle der lægges vægt på, at formålet med ophævelsen var at mindske den voksne søns tilknytning til boligområdet og dermed risikoen for gentagelse af kriminalitet til gene for udlejer og lejere mv. Denne risiko var reel, idet han var fundet skyldig i andre lovovertrædelser, herunder et røveri tæt på bebyggelsen, og idet der ikke forelå nærmere oplysning om, hvor han skulle bo efter endt afsoning.

Afgørelsen illustrerer, at hensynet til barnet er et blandt mange hensyn, og at hensynet til andre i disse sager ofte vil veje tungere. I stedet må hensynet til barnet varetages gennem støtte til familien, herunder økonomisk støtte for at forhindre lejerestancer, og ved at de sociale myndigheder efter ophævelsen er forpligtet til at skaffe familien en anden bolig.

Når en opsigelse ikke sker på grundlag af lejers misligholdelse, kan der i højere grad være plads til at lægge vægt på hensynet til børn. I visse tilfælde er det udtrykkeligt i loven fastsat, at der skal ske en konkret afvejning af parternes interesser. Dette gælder blandt andet ved opsigelse efter lejelovens³ § 83, litra a, fordi udlejer selv vil benytte det lejede. Her er det efter lejelovens § 84, litra b, en betingelse, at opsigelsen er rimelig ud fra en vurdering af begge

² Ugeskrift for Retsvæsen 2013, side 3112 H.

³ Lovbekendtgørelse nr. 963 af 11. august 2010 med senere ændringer.

parters forhold. I disse sager indgår jævnligt hensynet til såvel lejers som udlejers børn⁴. Heller ikke i disse sager vil hensynet til børn nødvendigvis være det mest tungtvejende. Et eksempel herpå er en Østre Landsrets dom fra 2006⁵, hvor hensynet til blandt andet udlejers økonomi vejede tungere end blandt andet hensynet til lejers børn på 5 og 8 år, der havde boet i det lejede hus hele deres liv.

4. Barnets bedste ved udmåling af straf

4.1 Barnets bedste, når forældrene straffes

Tese 3: Barnets bedste påberåbes ofte til støtte for en mildere straf, men hensynet er sjældent afgørende

Det er sjældent til et barns bedste, hvis en af dets forældre idømmes fængselsstraf eller idømmes end anden straf, der kan påvirke barnet. F.eks. vil en frakendelse af førerretten jævnlig føre til, at tiltalte mister sit arbejde, der kan medføre arbejdsløshed med deraf følgende sociale problemer også for tiltaltes børn.

Har tiltalte mindreårige børn, vil hensynet til dem ofte blive fremført ved beskrivelsen af de personlige forhold hos tiltalte, der kan begrunde en mildere straf. Der er heller ingen tvivl om, at hensynet til, at tiltalte har ansvaret for pasningen af mindreårige børn kan være et medvirkende hensyn bag en betinget dom. Dette kommer dog sjældent til udtryk i dommene, der ofte mere generelt henviser til tiltaltes personlige forhold. I mere alvorlige sager og i sager, hvor straffen fastsættes efter faste retningslinjer, som f.eks. færdselslovsovertrædelser, vil hensynet til tiltaltes børn sjældent være afgørende.

Jeg havde selv for nylig en sag om en lastbilchauffør, der havde overtrådt en hastighedsbegrænsning og nu stod til at miste kørekortet. Da forsvareren afhørte ham om hans personlige forhold, brød han grædende sammen, da han skulle forklare, at når han mistede sit job, ville han ikke længere have råd til at betale for sine tre børns privatskole, og hans børn ville nu efter hans opfattelse skulle gennemgå de samme lidelser i folkeskolen, som han – der var ordblind – selv havde gennemgået.

Uanset vores umiddelbare sympati for lastbilchaufføren med den – efter eget udsagn – ”tunge speederfod”, var ingen af os dommere i tvivl om, at de færdselsikkerhedsmæssige og generalpræventive hensyn, der ligger bag færdselslovens regler om frakendelse af førerretten ved grove eller gentagne hastighedsoverskridelser, vejede tungere end hensynet til tiltaltes børn i den foreliggende sag.

I sager, hvor udgangspunktet er ubetinget fængselsstraf (eller ubetinget frakendelse af førerretten) skal der således ganske særlige omstændigheder til, før hensynet til tiltaltes børn kan begrunde en mildere straf. Sådanne særlige omstændigheder kan være alvorligt syge eller handicappede børn. Som et eksempel på, hvor meget der skal til at fravige fast praksis i sager om spirituskørsel, kan nævnes Østre Landsrets dom af 23. marts 1990.⁶ I denne sag

4 Se f.eks. dommen i Grundejernes Domssamling 2009, side 59, hvor hensynet til udlejer og dennes families behov for mere plads gik forud for hensynet til lejer, der var en enlig mand.

5 Ugeskrift for Retsvæsen 2006, side 79 Ø.

6 Fuldmægtigen 1990, side 61/2.

havde tiltalte kørt spirituskørsel med en alkoholpromille, der normalt ville føre til ubetinget frihedsstraf. Han blev idømt en betinget dom under hensyn til, at hans hustru var alvorligt syg og jævnlige måtte indlægges akut, mens deres 2-årige barn havde cystisk fibrose med flere timers daglig medicinsk og fysisk behandling, som tiltalte måtte varetage, når hustruen var indlagt.

4.2 Barnets bedste, når barnet straffes

Tese 4: Barnets bedste er et tungtvejende hensyn ved idømmelse af fængselsstraf over for et barn under 18 år. Hensynet til barnet skal vægtes over for hensyn til retshåndhævelsen, og udviklingen går i retning af at lægge større vægt på retshåndhævelsen.

Det følger af artikel 37, litra d, i FN's Børnekonvention, at anholdelse, tilbageholdelse eller fængsling af et barn kun må bruges som sidste udvej og for det kortest mulige tidsrum. Der er således ingen tvivl om, at hensynet til barnets bedste skal indgå ved udmåling af straf, når tiltalte er under 18 år. Det fremgår således også af den danske straffelovs § 82, nr. 1, at det i almindelighed skal indgå som en formildende omstændighed, at tiltalte er under 18 år.

Hensynet til den unge skal imidlertid afvejes over for hensynet til retshåndhævelsen, og udviklingen har i de senere år gået i retning af, at der lægges stadig større vægt på hensynet til retshåndhævelsen. Dette har i Danmark blandt andet resulteret i, at den kriminelle lavalder i 2010 blev nedsat fra 15 til 14 år. Efter regeringsskiftet i 2011 blev aldersgrænsen dog igen forhøjet til 15 år. Samtidig med nedsættelsen af den kriminelle lavalder skete der en forhøjelse af maksimumsstraffen for unge under 18 år. Denne forhøjelse blev ikke ophævet, da den kriminelle lavalder igen blev hævet. Hvor maksimumsstraffen for unge under 18 år tidligere var fængsel i 8 år, gælder der i dag alene et forbud mod at idømme fængsel på livstid.⁷ Unge under 18 år kan således i dag idømmes fængsel indtil 16 år, og i særlige tilfælde indtil 20 år.

I forarbejderne til det lovforslag⁸, hvorved forhøjelsen af maksimumsstraffen blev gennemført, og i den betænkning⁹, der lå til grund for lovforslaget, opregnes de modstående hensyn, der skal afvejes over for hinanden. Der henvises således til, at langvarige fængselsstraffe i mange tilfælde vil være mere belastende for unge end for voksne på grund af den hastige personlighedsmæssige udvikling, som sker i de unge år, og at langvarige frihedsstraffe i ungdomsårene f.eks. ofte vil gøre det vanskeligere for unge at tage en uddannelse. Der henvises endvidere til, at unge under 18 år har vanskeligere ved at overskue konsekvenserne af deres handlinger end voksne, og at unge generelt er mere påvirkelige end voksne og derfor må antages at være mere sårbare over for de skadelige effekter af frihedsstraf, herunder negativ påvirkning fra mere forhærdede afsonere. På den anden side blev det anført, at retshåndhævelsessensyn ved de allervorste forbrydelser må veje tungere end de hensyn, der ligger bag reglen om et strafmaksimum, og at det i disse tilfælde bør være op til retten at fastsætte straffen i den enkelte sag under inddragelse af blandt andet den generelle regel om, at ung alder i almindelighed skal tale for en lavere straf.

Regeringen valgte som nævnt at lade hensynet til retshåndhævelsen veje tungest.

⁷ Straffelovens § 33, stk. 3.

⁸ Lovforslag nr. 164 i Folketingsåret 2009/2010.

⁹ Betænkning nr. 1508/2009 om indsatsen mod ungdomskriminalitet.

5. Barnets bedste ved afgørelser inden for udlændingeretten

Tese 5: Hensynet til barnets bedste sætter en grænse for, hvad barnet skal tåle. Andre hensyn end barnets bedste indgår også.

Barnets bedste inden for udlændingeretten er et emne præget af stærke følelser og som alle andre udlændingeretlige spørgsmål af væsentlige politiske uenigheder. De retlige spørgsmål fortaber sig nemt heri. I danske aviser kan man jævnligt læse historier om børn, der må forlade Danmark efter nogle gange mange års ophold og må vende tilbage til en mere eller mindre usikker tilværelse i hjemlandet. Et af disse børn, en 7-årig pige, der sammen med sin mor måtte vende tilbage til Thailand, da deres opholdstilladelse blev inddraget efter, at moderens danske mand var død af kræft, resulterede for nylig i en lovændring.¹⁰ Lovændringen blev tillagt tilbageværende kraft, så pigen og hendes mor efter få måneder kunne vende tilbage til Danmark.

Ikke alle børn er så heldige. Den danske udlændingelovgivnings og de danske udlændingemyndigheders varetagelse af hensynet til barnets tarv har for nylig givet anledning til kritik i en rapport fra Europarådets Kommissær for Menneskerettigheder.¹¹

Kritikken vedrørte for det første forholdene for børn på asylcentre, herunder forholdene for uledsagede mindreårige asylansøgere. Endvidere blev det kritiseret, at der var sket tilbagesendelse af afviste mindreårige asylansøgere, der havde behov for medicinsk behandling, som kunne være vanskelig at opnå i hjemlandet. Endelig blev der rejst kritik af, at hensynet til barnet ikke tillægges tilstrækkelig vægt i, hvor børn søger om familiesammenføring med (en af) deres forældre i Danmark.

Jeg vil i det følgende koncentrere mig om reglerne om familiesammenføring for børn, idet disse regler illustrerer de forskelligartede og til tider modsatrettede hensyn, der skal afvejes.

Mange bestemmelser i den danske udlændingelov¹² indeholder henvisning til barnets tarv. Udlændingelovens § 9, stk. 18, fastslår således f.eks., at opholdstilladelse efter stk. 1, nr. 2, om opholdstilladelse for et barn under 15 år på grundlag af familiesammenføring med en af forældrene ikke kan meddeles, såfremt dette åbenbart vil stride mod ansøgerens (barnets) tarv. Bestemmelsen har navnlig til formål at sikre barnet mod, at der er så alvorlige sociale problemer i den herboende familie, at der er nærliggende risiko for, at barnet vil blive anbragt uden for hjemmet allerede ved eller kort efter ankomsten til Danmark, eller at barnet vil blive udsat for fysiske eller seksuelle overgreb fra den herboende forælder eller dennes ægtefælle eller samlever.

Afvejningen efter denne bestemmelse giver ikke de store problemer, idet kun hensynet til barnet tæller. Hvis en afvejning af de hensyn der kan tale for opholdstilladelse, herunder barnets tilknytning til Danmark og forholdene i hjemlandet, og de forhold hos den herboende familie, der taler imod, falder ud til, at ophold hos familien i Danmark vil stride mod barnets tarv, så skal opholdstilladelse nægtes. Der er ikke i denne situation andre hensyn, der skal afvejes over for hensynet til barnet.

10 Lov nr. 85 af 28. januar 2014.

11 Report by Nils Muiznieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Denmark from 19 to 21 November 2013 <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/better-protection-needed-for-migrant-children-in-denmark>.

12 Lovbekendtgørelse nr. 863 af 25. juni 2013, som senest ændret ved lov nr. 85 af 14. januar 2014.

Afvejningen er straks vanskeligere, når det gælder de bestemmelser i udlændingeloven, der går ud på, at opholdstilladelse kun kan meddeles, hvis hensynet til barnets tarv taler for det, eller at en række betingelser om blandt andet bolig og forsørgelsesevne skal være opfyldt, medmindre hensynet til barnets tarv taler imod at stille disse betingelser.¹³

Hvornår taler hensynet til barnet for opholdstilladelse. Det kan ikke være tilstrækkeligt, at det er bedst for et barn, at det sammen med sin familie får ret til at opholde sig i Danmark. Det er desværre tilfældet for mange af verdens børn. Dels skal barnets interesse afvejes over for statens interesse i at begrænse indvandring og dels skal det konkrete barns interesse i opholdstilladelse i Danmark afvejes over for hensynet til, at indvandrerbørn generelt opnår en vellykket integration i Danmark.

Indtil starten af 2000-tallet havde mindreårige børn af en person med opholdstilladelse i Danmark som udgangspunkt retskrav på at blive familiesammenført med den herboende forælder. En række stramninger i lovgivningen indskrænkede herefter denne ret. Hovedparten af stramningerne i forhold til familiesammenføring af børn blev gennemført ved en lovændring i 2004.¹⁴ Ved denne lovændring blev aldersgrænsen for retskrav på familiesammenføring nedsat til 15 år. Endvidere blev der indført en særlige regel¹⁵ for de tilfælde, hvor der ansøges om familiesammenføring for et barn mere end to år efter, at betingelserne herfor er opfyldt. Her er det en betingelse for opholdstilladelse, at barnet har eller har mulighed for at opnå en sådan tilknytning til Danmark, at der er grundlag for en vellykket integration her i landet.¹⁶ Endelig blev der indført en særlig regel for tilfælde, hvor et barn efter at have haft opholdstilladelse i Danmark, havde opholdt sig i udlandet i så lang tid, at opholdstilladelsen var bortfaldet. Disse børn kan nu kun meddeles ny opholdstilladelse, hvis hensynet til barnets tarv taler derfor.

I forarbejderne til lovændringen¹⁷ beskrives de hensyn, der – udover et generelt ønske om at begrænse indvandring – lå bag lovændringen.

Baggrunden for at stille særlige krav til barnets integrationspotentiale i tilfælde, hvor der søges om familiesammenføring mere end to år efter, at der tidligst kunne være søgt herom, var således et ønske om at sikre, at børn der skal bo i Danmark, kommer til Danmark så tidligt som muligt for dermed at sikre den bedst mulige integration. I forarbejderne anføres således, at der er ”eksempler på, at herboende personer bevidst vælger at lade deres barn blive i hjemlandet sammen med den anden af forældrene, indtil barnet er næsten voksent, på trods af, at barnet på et tidligere tidspunkt kunne have fået opholdstilladelse i Danmark. På denne måde opnås det, at barnet fået en opvækst i overensstemmelse med hjemlandets kultur og skikke og ikke i sin barndom præges af danske normer og værdier”.

For at modvirke dette, ønskede regeringen at stille krav om en sådan tilknytning til Danmark, at der var grundlag for en vellykket integration.

Om denne hensynsafvejning anfører Europarådets Kommissær for Menneskerettigheder i sin rapport følgende:

13 Sådanne bestemmelser findes f.eks. i udlændingelovens § 9, stk. 17, om tilfælde, hvor et barn søger opholdstilladelse på ny efter at have opholdt sig uden for Danmark, og i § 9 c, stk. 1, om opholdstilladelse af ganske særlige grunde.

14 Lov nr. 427 af 9. juni 2004.

15 I udlændingelovens § 9, stk. 16.

16 Bestemmelsen er senere modificeret ved lov nr. 566 af 18. juni 2012, blandt andet således, at kravet om grundlag for en vellykket integration kun stilles for børn, der er fyldt 8 år.

17 Lovforslag nr. 171 i folketingsåret 2003/2004 afsnit 3.2.

”In particular, requests for family reunification involving children should be dealt with in a more positive, humane and expeditious manner. Moreover, the best interest of the child should prevail over their integration potential, or the integration potential of their parents.”

Hertil bemærker den danske regering i sine kommentarer til rapporten følgende:

”The Government does not accept the premise that the child’s integration potential and the best interest of the child are opposite to each other. Often it will be in the best interest of the child to stay with the parent in the country where the child has grown up and is already integrated in society.”

Der er således for det første forskellige opfattelser af, hvad der er til barnets bedste. For det andet er spørgsmålet med hvilken vægt et generelt hensyn til at sikre indvandrerbørns integration ved at sikre, at de hurtigst muligt kommer til Danmark, kan indgå i forhold til hensynet til et konkret barn, hvis forældre allerede har ventet ”for længe” med at søge hertil.

Den anden regelstramning, der gjorde det vanskeligere for børn, hvis opholdstilladelse i Danmark var bortfaldet på grund af ophold i udlandet, har til formål at modvirke såkaldte ”genopdragelsesrejser”. I forarbejderne til bestemmelsen¹⁸ anførtes, at der er eksempler på, ”at herboende forældre sender deres børn tilbage til forældrenes hjemland eller et naboland hertil på såkaldte genopdragelsesrejser, for at de kan blive opdraget der og præget af dette lands værdier og normer. Dette forekommer særligt i situationer, hvor barnet har sociale problemer her i landet.” Ved at fjerne den automatiske ret til at få ny opholdstilladelse efter en sådan genopdragelsesrejse, ønskede regeringen at sende et ”klart signal til de forældre, der overvejer at sende et barn på genopdragelsesrejse, om, at en sådan praksis ikke accepteres af hensyn til barnet og barnets integration her i landet.”

Igen er spørgsmålet, med hvilken vægt det generelle hensyn til at undgå, at børn sendes på genopdragelsesrejser til skade for deres fremtid i Danmark, kan indgå i forhold til hensynet til det konkrete barn, der har været på genopdragelsesrejse og ønsker at vende tilbage.

Et sådant tilfælde har været prøvet ved den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sagen Osman mod Danmark.¹⁹ I den pågældende sag var en somalisk pige kommet til Danmark som 7-årig med sine forældre og søskende. Da hun var 15 år gammel besluttede hendes far, der var utilfreds med visse aspekter af hendes opførelse, at hun skulle tage ophold i Kenya for at passe sin farmor, der boede i en flytningelejr. Her opholdt hun sig i 2 år, indtil hun søgte om på ny at få opholdstilladelse i Danmark, men fik afslag. Menneskerettighedsdomstolen bemærkede, at den danske lovgivnings formål om at afskrække fra ”genopdragelsesrejser” var et legitimt formål. Spørgsmålet var herefter, om nægtelsen af at gengive den somaliske piges opholdstilladelse var proportionalt med dette formål.²⁰ Domstolen fandt ikke, at de danske myndigheder havde taget tilstrækkeligt hensyn til pigens interesser, eller at der var en fair balance mellem hendes interesser på den ene side og statens interesse i at kontrollere indvandring på den anden. Hendes ret til familieliv efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMK) artikel 8 var derfor krænket.²¹

18 Lovforslag nr. 171 i folketingsåret 1003/2004 pkt. 3.3.

19 Case of Osman v. Denmark, application no. 38058/09.

20 Dommens præmis 67.

21 Dommen medførte en lovændring lov nr. 567 af 18. juni 2012, hvorved det blandt andet blev præciseret, hvilke hensyn der skal indgå i vurderingen af barnets tarv.

Menneskerettighedsdomstolens afgørelse er truffet efter Menneskerettighedskonventionens artikel 8, der tillader indgreb i familielivet, der er nødvendige i et demokratisk samfund, og som indrømmer staterne en vis skønsmargin ved vurderingen af, hvad der er nødvendigt.

Som beskrevet mener jeg ikke, at Børnekonventionens artikel 3 skal forstås som et absolut forbud mod at inddrage andre hensyn end barnets bedste, og Menneskerettighedsdomstolens praksis efter EMK artikel 8 kan bruges som vejledning i vurderingen af, hvilken vægt hensynet til barnet skal tillægges. Hensynet til barnets bedste fungerer således som en ”stopklods”, der sætter en grænse for, hvad et barn skal tåle. Denne grænse var overskredet i Osman mod Danmark.²²

6. Barnets selv- og medbestemmelse uden for familieretten

Tese 6: Barnets ret til med- og selvbestemmelse er større inden for familieretten end udenfor

Et barns rettigheder varetages som udgangspunkt af den eller de, der har forældremyndigheden over barnet. Et barns interesser er dog ikke altid sammenfaldende med forældrenes, og barnet er derfor tillagt en ret til selv at give udtryk for sine synspunkter, og myndighederne har ifølge Børnekonventionens artikel 12 pligt til at tillægge disse synspunkter passende vægt i overensstemmelse med barnets alder og modenhed.

Inden for familieretten og socialretten er dette princip gennemført ved en udstrakt ret for også relativt små børn til at blive hørt²³, og større børn tillægges en høj grad af medindflydelse, herunder ved at visse afgørelser som udgangspunkt kun kan træffes med barnets samtykke, hvis barnet er fyldt 12 år. Dette gælder f.eks. adoption, jf. adoptionslovens § 6²⁴, og ændring af barnets navn, jf. navnelovens § 22.²⁵

Uden for familieretten er der derimod betydelig variation med hensyn til omfanget af barnets ret til at blive hørt og til med- og selvbestemmelse. På sundhedsområdet er udgangspunktet en 15-årsgrænse, jf. sundhedslovens § 17²⁶, således at børn over 15 år som udgangspunkt selv kan give samtykke til behandling. Samme aldersgrænse genfindes ved valg af religion, hvor det følger af § 3 i lov om medlemskab af Folkekirken, kirkelig betjening og sognebåndsløsning²⁷, at indmeldelse eller udmeldelse af kirke kræver samtykke fra personer, der er fyldt 15 år. Tilsvarende kræver det efter folkeskolelovens²⁸ § 6, stk. 3, samtykke fra et barn over 15 år, for at barnet efter forældrenes anmodning kan blive fritaget for undervisning i kristendomskundskab – men den unge kan ikke selv bede sig fritaget.

Der er utvivlsomt gode grunde til, at der på forskellige lovområder er fastsat forskellige aldersgrænser for barnets medindflydelse. På et område – undervisningsområdet – forekommer barnets manglende ret til at blive hørt dog påfaldende.

22 Og i flere andre sager, der måtte genoptages efter Menneskerettighedsdomstolens afgørelse.

23 I sager om forældremyndighed og samvær følger barnets ret til at blive hørt af forældrensvarslovens § 5 og § 34.

24 Lovbekendtgørelse nr. 392 af 22. april 2013.

25 Lovbekendtgørelse nr. 392 af 1. maj 2012.

26 Lovbekendtgørelse nr. 913 af 13. juli 2010.

27 Lovbekendtgørelse nr. 622 af 19. juni 2012.

28 Lovbekendtgørelse nr. 521 af 27. maj 2013.

Efter gennemførelsen i Danmark af forældreansvarsloven i 2007, hvorefter forældre som udgangspunkt har fælles forældremyndighed også i tilfælde af uenighed, har skolevalg i tilfælde, hvor forældrene er uenige herom, givet anledning til en række tvister.²⁹ Uanset at et skoleskift af de fleste børn må opfattes som en særdeles indgribende beslutning, har barnet uanset alder efter lovgivningen ingen ret til med- eller selvbestemmelse. Et skoleskift kan selvfølgelig være nødvendiggjort af, at den forælder, der har barnet boende, flytter med barnet, og i sådanne tilfælde, ville en høring af barnet næppe have mening. I tilfælde af skift mellem naboskoler, valg mellem folkeskole og privatskole eller ved afgørelsen af, om barnet overhovedet skal gå i skole eller i stedet undervises af forældrene i hjemmet, forekommer det dog påfaldende, at barnet ikke har ret til at blive hørt. Problemet ved uenighed mellem forældre og større børn løses formentlig i praksis ved dialog og i yderste konsekvens ved civil uldighed fra barnets side.

7. Er barnets bedste eneste hensyn inden for familieretten?

Tese 7: Også ved familieretlige afgørelser kan hensyn til andre end barnet indgå

Ved afgørelser inden for familieretten antages det, at afgørelsen udelukkende skal træffes ud fra, hvad der er bedst for barnet. Hvad der er bedst for eller mest retfærdigt imellem forældrene, indgår ikke i vurderingen, og tidligere tiders hensyntagen til, hvem af forældrene der er den ”skyldige part” er med rette for længst forladt.

Barnets bedste som eneste hensyn udfordres af og til i sager om børnebortførelser, samværssabotage eller en forældres ønske om at flytte langt væk, hvor den løsning, der er bedst for barnet, kan forekomme stærkt urimelig for en af forældrene. Vi har i Østre Landsret for nylig haft et par sager om tilbageholdelse af børn fra lande, der ikke har tiltrådt Haagerbørnebortførelseskonventionen, der har stillet problemstillingen på spidsen og måske kan antyde, at virkeligheden er mere nuanceret end det teoretiske udgangspunkt.

En af disse sager³⁰ omhandlede en dansk mand (F), der bosatte sig i Asien, giftede sig med en asiatisk kvinde (M) og fik en søn (S). Da S var to år, vendte faderen hjem til Danmark. Moderen ønskede ikke at flytte med og bad om skilsmisse, men efter nogle måneder rejste hun til Danmark på besøg med sønnen. Da hun kort efter ville rejse tilbage til Asien med S, tilbageholdt F ham. Da M's hjemland ikke har tilsluttet sig Haagerbørnebortførelseskonventionen, måtte spørgsmålet om S's bopæl afgøres, før M kunne få ham udleveret, og på grund af navnlig tvivl om international kompetence gik der næsten 2 år fra S's indrejse i Danmark til den endelige dom i landsretten. På det tidspunkt var nu 4-årige S faldet til hos F og i sin danske bopælsbane. M havde i mellemtiden skaffet sig bolig og (rengørings)arbejde i Danmark, og en deleordning med hensyn til samvær fungerede. Landsretten var stillet over for valget mellem at tillægge F bopælen, at tillægge M bopælen i Danmark, og at tillægge M bopælen og tillade hende at vende tilbage til Asien med ham. F gjorde – formentlig med rette – gældende, at han ikke ville få lov at se S, hvis M tog tilbage til Asien. Landsretten bestemte, at S skulle have bopæl hos M, og at hun kunne flytte tilbage til Asien med ham. Præmisserne er interessante. Landsretten

29 Se herom Marianne Holdgaard og Line Bune Juhl, *Retspolitiske betragtninger om fælles forældremyndighed og skolevalg*. Tidsskrift for Familie- og Arveret 2012 - side 3.

30 Østre Landsrets dom i sagen er trykt i Tidsskrift for Familie- og Arveret 2013, side 352/3.

udtaler først, at det må anses for bedst for S, at han får bopæl hos M, der tidligere var hans primære omsorgsperson, og som han må anses for tæt knyttet til. Derefter anføres det: "Uanset de konsekvenser en flytning [til Asien] forventligt vil have for S's kontakt med F, finder landsretten, at S kan have bopæl hos M, også selv om hun – som hun ønsker – rejser tilbage til [Asien], hvor han er født og har boet de første år af sit liv." Landsretten skriver ikke, at det vil være bedst for S at vende tilbage til Asien. Dette kunne tyde på, at landsretten har lagt vægt på hensynet til M, der aldrig havde ønsket at forlade sit hjemland, og som i Asien ville have bedre muligheder for at få et efter hendes udsagn "ordentligt arbejde". At S "kan" have bopæl hos hende i Asien, kunne således læses sådan, at de ulemper en flytning vil medføre for S, opvejes af tungtvejende hensyn til M.

8. Konklusion

Sammenfattende kan det konkluderes, at barnets bedste er et hensyn, der kan og skal inddrages på mange forskellige retsområder også udenfor familie- og socialretten, men at hensynet til andre såvel private og offentlige interesser kan og i en del tilfælde også vil veje tungere en hensynet til barnet. Afvejningen må i alle tilfælde afgøres konkret.

Hvordan kontrollerer man regjeringer og holder dem ansvarlige?

Justitieråd *Thomas Bull*, Sverige

Hvordan kontrollerer man regeringer og holder dem ansvarlige?

Justitieråd *Thomas Bull*, Sverige

Frågan om ansvarsutkrävande är den moderna demokratins mest efterhånga problematik. Makt sägs förutsätta ansvar, men i den moderna demokratin lyser ansvarsutkrävande i sina klassiska former nästan helt med sin frånvaro. Å andra sidan innefattar samma styrelseskick en stor mängd institut med kontrollfunktioner. Allt från rösträtten till pressfriheten, och allt möjligt däremellan, innebär att maktutövningen utsätts för en omfattande kontroll som ytterst kan medföra att maktavarna ställs till svars för eventuella brister och felaktigheter. Desto större är gåtan att denna omfattande kontroll – i vart fall i de nordiska länderna – så sällan leder till någon form av ansvarsutkrävande. I anförandet framförs att traditionellt givna kategoriseringar såsom i "politiskt" respektive "juridiskt" ansvar och kontroll är mindre väl lämpade för en fruktbar diskussion och i värsta fall direkt missledande. Vidare anför bl.a. att de nordiska ländernas starka partiorganisationer tillsammans med en stark ställning för statsjäntemän i regeringen varit en bidragande orsak till att grova fel och brister i utövandet av regeringsmakten så sällan tycks förekomma i våra länder. Till sist frågas om den svaga roll som ansvarsutkrävandet fått i de nordiska styrelseskickerna är ett långsiktigt hållbart förhållningssätt för bevarandet av maktutövningens politiska legitimitet.

1. Inledning

Rubriken för detta anförande tar som utgångspunkt att kontroll och ansvarsutkrävande av regeringar behövs; frågan är *hur* detta ska åstadkommas, inte *varför* – eller *ens om*. Men för att svara på den frågan måste man börja med frågan om *varför*, för syftet med kontrollen och ansvarsutkrävandet är bestämmande för hur detta kan eller bör utformas. Och för att svara på den frågan måste vi också diskutera vad vi avser med begreppen "kontroll" och "ansvar". Efter en sådan inventering kommer jag att ge några konkreta exempel på när kontroll och ansvarsutkrävande aktualiserats i våra nordiska länder för att sedan avsluta detta bidrag med några observationer och teser om möjligheterna att kontrollera och hålla en regering ansvarig. På så sätt kan förhoppningsvis hur, *varför* och om belysas.

2. Vad är kontroll och ansvarsutkrävande och varför behöver vi det?

Låt oss börja med frågan om *varför* kontroll och ansvarsutkrävande visavi regeringsmakten är en nödvändig del i ett politiskt system och kanske särskilt i ett demokratiskt styrelseskick. Den grundläggande anledningen till att makten bör kontrolleras är att den kan missbrukas – den historiska insikten att "power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutly".

Utan kontroll av maktutövningen och därmed förknippade sanktioner för dem som missbrukat sin makt kan enskilda råka illa ut och gemensamma resurser förlösas för att gynna maktavarnas privata intressen. Detta gäller så klart varje typ av styrelseskick, men i

auktoritära system omfattas aldrig den högsta politiska makten av någon reell form av kontroll eller ansvarsutkrävande.

Ett demokratiskt system vilar i motsats till sådana regimer på att medborgarna (väljarna) har förtroende för att deras röst kan påverka utövandet av regeringsmakten. Regeringsmaktens legitimitet har därtill att göra med just att den vilar på ett demokratiskt val under rättvisa förhållanden. Själva valhandlingen kan ses som den yttersta kontrollen och ansvarsutkrävandet i en välfungerande demokrati. Så är det i alla fall i teorin. Det finns skäl att återkomma något till detta med förtroende och legitimitet nedan, men för stunden är det tillräckligt att konstatera att i ett demokratiskt styrelseskick så fyller kontroll och ansvarsutkrävande alldeles särskilda viktiga funktioner genom att (re)producera systemets legitimitet i förhållande till dem som lyder under den offentliga maktutövningen.

3. Kontroll och ansvar – några begreppsbestämningar

Med ”kontroll” kan åtminstone två olika saker avses. Det kan dels avse någon form av övervakning eller annan åtgärd i syfte att säkerställa att något skett på rätt sätt, är korrekt utfört eller fungerande. En faktauppgift, en bil och en rättslig process kan kontrolleras i denna mening. Dels kan kontroll avse att den som kontrollerar någon eller något samtidigt utövar ett bestämmande inflytande över detta, såsom när piloten mister kontrollen över sitt flygplan eller när det ena fotbollslaget kontrollerar matchen. I det här sammanhanget används kontroll i den förra bemärkelsen, det handlar alltså om att övervaka, ha insyn i eller på annat sätt kunna följa vad regeringen gör för att, om så krävs, kunna gå vidare och aktivera de instrument för ansvarsutkrävande som det konstitutionella systemet innefattar.

Rent institutionellt är denna kontroll ordnad på likartat sätt i de nordiska länderna, även om nationella variationer förekommer. En vidsträckt transparens i det offentliga göranden och låtanden kan sägas utgöra grunden för medborgarnas kontroll av all maktutövning. Media är den aktör som främst utnyttjar denna öppenhet för att – i varje fall ibland – kritiskt granska samhällsföreteelser som förtjänar det. Till det kommer en rad av samhällsinstitutioner som ombudsmän, offentlig revision i olika former, tillsynsmyndigheter av olika slag med uppdrag att granska det de ”vanliga” myndigheterna gör samt domstolskontroll av myndighetsbeslut och regeringsbeslut. Även om det flesta av dessa former av kontroll endast indirekt har att göra med regeringens maktutövning samverkar de så att ett relativt finmaskigt nät av kontroll lagts ut över den offentliga maktutövningen i de nordiska länderna.¹

Detta leder över till vad som avses med ”ansvar”. En möjlighet här är att med ansvar endast avse någon form av konkret rättslig sanktion till följd av en mer eller mindre specifik händelse eller åtgärd. Straff eller avskedande kan vara exempel på åtgärder som täcker in en sådan förståelse av ansvarsutkrävande. Med en bredare förståelse kan ansvarsutkrävande också innefatta sådant som att ett förtroende inte förnyas, att ett pinsamt eller smärtsamt offentliggörande sker eller en frivilligt vald avgång. Massmedias rapportering, valförluster och diverse avhopp i situationer där en person blivit mer av en belastning än en tillgång för sin omgivning kan då uppfattas som ett slags ansvarsutkrävande. Trots att det kanske inte befördrar akademisk precision väljer jag att här ändå anknyta till den senare, breda förståelsen av ansvar.

¹ En numera ofta ställd fråga är om inte ambitionerna att kontrollera den offentliga verksamheten t.o.m. gått för långt, men det är ett tema för en annan uppsats än denna.

I dette sammenheng bør også oppmärksammas att även att ta ”ansvar” kan forstås på fler sätt. Att ta ett straff och/eller måsta sluta med det man sysslat med är ett sätt att ta ansvar. Ett annat sätt att ta ansvar är att rätta till det fel som man ansvarat för. Som pojke fick jag ägna ett flertal timmar åt att återställa en kastrull i fungerande skick efter att bränt fast popcorn i dess botten och det var nog – i vart fall på kort sikt – ett mer kännbart sätt att utkräva ansvar än att utestänga mig från köket för viss tid. Ett ansvarsutkrävande kan alltså också innebära ett krav på att reda ut den situation som man varit ansvarig för att skapa. Men det är inte den formen av ansvarstagande som vi kommer att diskutera här.

4. Politik och juridik – en dikotomi som skymmer sikten?

En mycket vanlig ingång till den frågeställning som behandlas här är att börja med att skilja mellan politisk och juridisk kontroll respektive ansvar. Redan av det skälet att denna uppdelning är så vanlig och allmänt accepterad kan finnas skäl att närmare diskutera om det verkligen är en bra utgångspunkt för vår diskussion. För jurister är det sedvanligt att efter att ha konstaterat att man kan tala om politisk eller juridisk kontroll/ansvar raskt gå vidare till det som vi jurister kan anses särskilt kompetenta att diskutera, dvs. de juridiska aspekterna på kontroll och ansvar. Den avgörande skillnaden mellan de olika kategorierna är vanligen helt formell; kontroll och ansvarsutkrävande som är rättsligt reglerat är en juridisk form, medan andra former av kontroll och ansvar är politiska. Den ovan nämnda valhandlingen kan t.ex. ses som en juridisk form av kontroll men är en politisk form av ansvarsutkrävande. Detta motiveras så klart av att kriterierna för varför ansvar utkrävs på valdagen inte återfinns i någon rättsregel, medan försättningar för och genomförande av valhandlingen är utförligt reglerat. På samma sätt kan ett parlamentariskt kontrollinstrument som misstroendeförklaring anses vara en form av politisk kontroll där ansvarsutkrävandet är juridiskt, vinner misstroendet tillräcklig anslutning har regeringen en rättslig skyldighet att avgå (även om detta inte alltid är uttryckligt reglat i de nordiska ländernas författningar så följer det om inte annat av konstitutionell sedvanerätt). Men, å andra sidan kan man peka på att misstroendeförklaringen är det som (i svensk rätt) är strikt juridiskt reglerat, medan frågan om hur och när en regering som förlorar en sådan omröstning avgår är mer öppen och därmed ”politisk”. Frågan om vad som är ”juridiskt” respektive ”politiskt” verkar i hög grad bero på den grad av skönsmässig bedömning som de tillämpliga reglerna medger och det är i sin tur en fråga om vad juridiken tillåter.

Uppdelningen mellan politiskt och juridiskt är således inte så klar som det först kan verka och dessutom inte så analytiskt hjälpsam som man kan tro. Den blandning av politiska och juridiska moment som konstitutionella frågor av nödvändighet innefattar – och som illustrerats av exemplen ovan (och de kommande exemplen nedan) – gör den förföriskt enkla kategoriseringen av ”det politiska” och ”det juridiska” till något som snarare hindrar än hjälper forståelsen av det som studeras eller diskuteras. En första tes för detta bidrag är alltså att man bör överge den traditionella – och nästan slentrianmässiga – uppdelningen i antingen politiska eller juridiska aspekter på kontroll och ansvar. Vår diskussion handlar om instrument som innehåller båda momenten och försök att dela upp dessa riskerar att skymma sikten för det vi egentligen är intresserade av: hur fungerar det?

Å andra sidan måste det erkännas att just den frågan är den som är svårast att besvara. De olika formerna av kontroll och ansvarsutkrävande verkar fungera mycket olika och det verkar i sin tur bero på många olika faktorer. Innan vi ens försöker ha några hypoteser om hur

det förhåller sig kan det därför vara klokt att se närmare på hur kontroll och – framförallt – ansvarsutkrävande av en regering fungerat i de nordiska länderna. Av naturliga skäl kan det bara bli fråga om några axplock.

5. Kontroll och ansvarsutkrävande i praktiken – nordiska nedslag

För att ha lite bättre underlag för en mer konkret diskussion om förutsättningarna att kontrollera och utkräva ansvar av regeringsmakten kan det vara värdefullt att se närmare på några faktiska fall då sådan kontroll utövats. Exemplet nedan är inte resultatet av någon fullständig genomgång av sådana företeelser i Norden, utan mer av ett axplock av relativt kända ”skandaler” och deras politiska och juridiska konsekvenser.²

Furre-saken 1996

Den s.k. Lund-kommissionen arbetade på uppdrag av Stortinget under åren 1994 till 1996 på en rapport om det förekom olaglig övervakning av norska medborgare eller inte. En av medlemmarna av kommissionen var professorn och f.d. politikern Berge Furre. Denne misstänktes sedan en tid tillbaka att ha varit involverad med den östtyska säkerhetstjänsten Stasi och under tiden som kommissionen arbetade på att kartlägga förekomsten av hemlig övervakning inledde den norska säkerhetspolisen (dåvarande POT, numera PST) pikant nog just en sådan operation mot Furre. När detta sedermera avslöjades kom chefen för POT och Grete Faremo, som var justitieminister under den tid övervakningen skedde, att tvingas avgå. Det var inte fråga om något direkt missbruk av regeringens egna befogenheter eller makt, utan snarare om delaktighet (genom kännedom eller att man borde ha haft kännedom om det som pågick) och om ett yttersta ansvar för det som polismyndigheten företar sig – ett ministeransvar.

Tamilsaken

Under 1987 kom den danske justitieministern Erik Ninn Hansen att, efter att ha diskuterat med, men inte fått en majoritet i regeringen med sig, besluta om att hanteringen av frågan om familjeåterförening för flyktingar från Sri Lanka. Beslutet innebar i korthet att ansökningarna borde nedprioriteras med förhoppningen om att situationen på Sri Lanka snart skulle förbättras och att det därmed inte längre skulle föreligga rättslig grund för flyktingarna att få återförenas med sina familjer i Danmark. Under 1989 kom saken att uppmärksammas såsom ett eventuellt lagbrott av Ninn Hansen och bland annat statsminister Paul Schlüter kom att i Folketinget bedyra att inget olagligt skett och att inget ”sopats under mattan”. När det sedermera, bland annat genom den omfattande s.k. Hornslet-rapporten 1993 kom att stå klart att det förhöll sig tvärtom så avgick Schlüters regering. Ninn Hansen ställdes inför riksrett, fälldes 1995 och dömdes till bl.a. fängelse.

Tsunamin

I slutet av december 2004 inträffade en jordbävning i Indiska oceanen som i sin tur orsakade att en flodvåg (Tsunami) drabbade ett flertal stater med kust mot detta hav. Thailand var ett

² Tack till Markku Suksi, Janne Salminen, Björg Thorarensen och Sten Heckscher för tips om lämpliga exempel.

av dessa och eftersom ett stort antal svenska turister var på plats för att fira juledigheten så drabbade Sverige också av den katastrof som flodvågen innebär i och med att över 500 svenskar miste livet. Tusentals svenska medborgare drabbades precis som andra offer för katastrofen av umbärande i samband med skador, förlust av boende etc. Frågan om regeringens ansvar för brister i beredskapen när det gäller att hantera katastrofer med ett stort antal medborgare inblandade kom att diskuteras hett i det politiska livet och en statlig kommission tillsattes för att granska regeringens agerande. I sin rapport (SOU 2005:104) kom kommissionen med skarp kritik mot regeringen för brister i planering och beredskap och särskilt framhölls statsministerns ansvar för att leda regeringen och regeringskansliets arbete med dessa frågor.³ Statsminister Persson och övriga statsråd kom att sitta kvar fram till valet 2006 och i vilken mån utgången i det valet hade något att göra med kritiken mot regeringen för hanteringen av Tsunamikatastrofen 2004 är så klart inte lätt att säga. Sannolikt var andra faktorer viktigare.

Vanhanen-ärendet

Den finske statsministern Vanhanen kom 2010 att bli föremål för en prövning i den finska riksdagen om huruvida åtal skulle väckas mot denne eller inte. Bakgrunden var i korthet den att Vanhanen som statsminister deltagit i att fatta beslut om bidrag till en förening som han tidigare varit ordförande i. Samma förening kom att på olika sätt stödja det parti som Vanhanen tillhörde genom att ge kampanjbidrag i samband med allmänna val. Fråga uppkom om Vanhanen varit jävig och om det i så fall utgjorde ett sådant felaktigt beteende som var straffbart enligt den finska grundlagens 116 §. Denna bestämmelse kräver bl.a. uppsåt eller grov oaktsamhet för att ett statsråd ska kunna åtalas inför riksätten. Den finska riksdagens grundlagsutskott fann att Vanhanen visserligen varit jävig vid de aktuella besluten och att denna gärning i och för sig föll inom det straffbara området för vissa bestämmelser om s.k. tjänstebrott. Däremot kunde urskottet inte finna att statsministern begått detta fel uppsåtligen eller av grov oaktsamhet, varför inget åtal väcktes.⁴ Vanhanen kom att avgå som statsråd 2010, bl.a. med hänvisning till en kommande operation.

Islands bankkris

Islands regering var tvungen att avgå vintern 2009 efter att landets drabbats av en kris i bankväsendet i och med att landets tre banker alla gick i konkurs hösten 2008. Den politiska kris som följde i finanskrisens spår gällde regeringens ansvar för avregleringen av banksektorn och den situation som uppstått inom finanssektorn. Statsministern Geir Haarde kom att ställas inför riksrett, den första gång som den 1905 tillkomna riksätten trätt i funktion. Åtalet gällde i korthet om statsministern brutit mot en skyldighet att agera i en krissituation, om planeringen för att kunna hantera plötsligt uppkomna finansiella kriser brutit, om regeringen sammanträtt i tillräckligt hög grad och om regeringen gjort vad den kunnat för att begränsa statens ansvar för bankernas skuldsättning.⁵ Haarde fälldes endast för att inte samlat regeringen tillräckligt ofta och riksätten fann inte skäl att utdöma något straff för den förseelsen.

³ Se SOU 2005:104 s. 265 ff.

⁴ Se Grundlagsutskottets betänkande 10/2010 rd.

⁵ En tämligen utförlig beskrivning av regeringens hantering av krisen finns i ett utdrag på engelska av en rapport till Alltinget från den 12 april 2010, se Special Investigation Commission Chapter 21 s. 89 ff.

Mönster?

Vilken slutsats kan då dras av dessa korta exempel på utkrävande av ansvar?

En första iakttagelse gäller en detalj. I de få fall där det verkligen kommit att handla om ett formellt ansvarutkrävande – ovan exemplifierat av fallen från Finland och Island – så finner de aktuella institutionerna att det finns förmildrande omständigheter som gör att de fel som begåtts är få, formella och försumbara. Även om det handlar om för få fall för att kunna generalisera så blir intrycket att det ska nästan till häpnadsväckande felbedömningar eller misstag för att ett juridiskt ansvar ska träda in. Man kan fråga sig om det är den tröskel som det politiska systemet långsiktigt mår bra av, en fråga som vi har anledning att återkomma till avslutningsvis.

Vidare kan sägas att de få exemplen i sig visar något eftersom de också är nästan de enda exemplen på att statsministrar och/eller regeringar utsatts för någon form av sanktionsliknande ansvarutkrävande. Jag har inte ens kunnat hitta klara exempel från samtliga nordiska länder på att just regeringen som helhet utsätts för någon mer formaliserat ansvarutkrävande. Att enskilda ministrar – särskilt ofta justitieministrar – kritiseras för olagligt eller olämpligt agerande inom ramen för utövat av sitt politiska uppdrag förekommer relativt ofta och inte sällan avgår statsråd som utsätts för sådan kritik. Detta har samtliga nordiska länder erfarenhet av. Däremot är det mycket ovanligt att just statsministern och regeringen som helhet utsätts för denna typ av kritik och endast några av de nordiska länderna har haft att hantera sådana situationer.

Några ytterligare reflektioner kan göras mot denna bakgrund. Antingen gör inte regeringar i Norden sådana fel som förtjänar ett formellt ansvarutkrävande eller så klarar de formella institutioner som de nordiska konstitutionerna innehåller inte av att leverera ett sådant ansvarutkrävande. Eller kanske det är fel sätt att se saken? Redan en ytlig betraktelse av frågor om ansvarutkrävande i länder utanför Norden ger vid handen att situationen inte är märkvärdigt annorlunda i närliggande länder i Europa eller mer avlägsna demokratiska stater i t.ex. Nord- eller Sydamerika. Och i icke-demokratiska stater, av vilka det finns många världen över, är frågan om regeringars ansvar inte riktigt aktuell. Kanske är det alltså inte regeringarnas förtjänst eller institutionernas fel att det formella ansvarutkrävandet är så sällan förekommande. Istället kan det vara våra förväntningar av vad ansvarutkrävande kan eller borde innebära när detta begrepp används i samband med regeringsmakten som leder tanken fel.

Även om det inte direkt framgår i redovisningen ovan så visar den bakomliggande genomgången av olika politiska ”skandaler” i de nordiska länderna att det inte sällan är så att de fel och brister som t.ex. leder till en ministers avgång har kommit till offentligheten genom en eller flera av de kontrollmekanismer som de konstitutionella systemen innehåller. Massmedia är därvidlag en aktör av utomordentlig vikt, men dess roll förstärks och underlättas av institutionella arrangemang som tillgång till allmänna handlingar, möjligheten till ”whistleblowing” och andra former av kontroll. Ett bestående intryck är att de olika kontrollformerna – som syftar till att få fram information och kunskap om vad som skett – fungerar förhållandevis väl. Även förhållanden som man försökt hålla hemliga kommer ofta fram. Man kan kanske t.o.m. tala om att kontrollen fungerar rätt väl, medan ansvarutkrävandet kan tyckas väl lamt. Ett antal faktorer tycks samverka för detta: en straffrättslig tillnärmning till ansvarsfrågan, att det rör sakförhållanden som de flesta har tämligen liten insyn i och att det är något extraordinärt som inga inblandade kan sägas ha stor erfarenhet av.

6. Några slutsatser

Vilka slutsatser kan då dras från denna korta studie av kontroll och ansvar utav regeringsmakten?

Vi har redan kunnat konstatera att kontrollen tycks fungera tämligen bra. Svaret på rubrikens fråga kan vara att man bör göra som i de nordiska länderna om man vill ha en väl fungerande kontroll av regeringen. Den höga grad av öppenhet som karakteriserar de nordiska ländernas samhällssystem bidrar sannolikt till att kontrollen fungerar bra. Men, även om rättsligt påtvingad öppenhet och allmänt hög moral bland de folkvalda kan tänkas förklara den relativa frånvaron av allvarligt missbruk av politisk makt i jämförelse med vad som gäller redan i länder som ligger rätt nära vår del av världen så är de sannolikt inte tillräckliga som förklaringsfaktorer.

Jag skulle vilja föra fram två möjliga förklaringar till att den ganska uppenbara diskrepansen mellan former av kontroll och former av ansvar när det gäller (det i och för sig omstridda begreppet) effektivitet. Den första har med att göra med det förhållandet att politiker i dag går igenom en professionaliseringsprocess där de tränas, drillas och utbildas inom de politiska partierna innan de är redo att inta en ledande position i offentligheten. Denna bakgrund och s.k. insocialisering av ”partiets” offentliga värderingar utgör troligen till sist en form av intern kontroll av den politiska maktutövningen som leder till att de flesta folkvalda är genuint övertygade om att de inte bör missbruka sin position. Att alltfler politiker är ”proffs” är vanligen föremål för kritik, men kan utifrån det här anlagda perspektivet snarare vara en styrka än en svaghet för det politiska systemet.

Till detta kommer att de nordiska ländernas departement i hög grad bemannas med vad som måste betecknas som professionella tjänstemän. Det är högt kvalificerade personer som inte har någon tydlig koppling till något politiskt parti och som inte heller riskerar att förlora sin position i händelse av regeringsskifte. Förutsättningarna för att dessa personer ska kunna fylla den klassiska ämbetsmannafunktionen att våga ”speak truth to power” är därmed goda. Säkerligen kan frånvaron av allvarliga övertramp från makthavare i de nordiska länderna när det gäller maktutövande i viss mån tillskrivas att de fått råd från denna grupp av ämbetsmän som styrt dem bort från tveksamma beslut.

Det kan kanske till och med vara fråga om att en balans mellan kontroll och ansvar behövs för att sådana system alls ska kunna tillskapas. Samma personer som beslutar om sådana system är de som ska granskas och utsätts för ansvarsutkrävande och det är sannolikt svårt att få dessa personer att anta normer som är drakoniskt stränga i alla avseenden. Om kontrollen, såsom i de nordiska länderna, fungerar bra så är det kanske inte förvånande att det personliga ansvarsutkrävandet är svagare.

Även om ett sådant synsätt har en del pragmatiska skäl för sig kan det tyckas att de överväganden som ligger bakom ett sådant uppdelande av kontroll och ansvar är otillfredsställande. Ett stärkande av ansvarsutkrävandet är kanske i strikt mening inte nödvändigt för att rätta till några specifika fel som våra regeringar begår eller kan tänkas begå i framtiden eftersom sådana fel normalt sett inte förekommer. Redan de många och olika formerna av kontroll medför att riskerna för maktmissbruk är så små att man inte har behov av ingripande former av ansvarsutkrävande.

Å andra sidan kan det hävdas att ett formellt ansvarsutkrävande av individuella enskilda makthavare fyller en viktig symbolisk funktion i våra samhällen. Skillnaderna mellan medborgarnas bakgrunder och framtidsdrömmar tycks öka, tilltron till och intresset

för traditionella institutioner som partier, skola, kyrka m.m. tycks minska. Den politiska ledningens legitimitet kan i ett sådant mer fragmenterat samhälle inte längre främst vila på att den har stöd av väljarna i val som hålls med några års intervall, där alternativen dessutom inte alltid upplevs som särskilt olika varandra. Ett tydligare utkrävande av ansvar i formell mening kan då ingå i en strategi för att säkra att de centrala politiska institutionerna behåller så mycket som möjligt av sin legitimitet. Med stor makt följer – eller bör följa – stort ansvar. Den juridiska reflexen att i diskussioner om ansvarsutkrävande anknyta till straffrättens tankegodsd är mot denna bakgrund möjlig att ifrågasätta eftersom den leder till att ansvarsutkrävande så sällan sker. Ett givet motargument är att det med en strängare ordning kommer att bli än svårare att rekrytera lämpliga personer till politiska uppdrag. Om dessa personer inte bara måste klara alla de vanliga krav som ställs på den som innehar en ledande position i samhället, utan också ska måsta stå ut med ett ansvarsutkrävande som gör deras uppdrag osäkra kommer alltför få att välja en sådan bana för att demokratins behov av dugliga politiska ledare tillfredställs. Jag är för egen del skeptisk till detta arguments bärkraft, men det förtjänar onekligen att diskuteras.

Avslutningsvis kan påpekas att acceptansen av den offentliga maktutövningen är ett underliggande problem för alla politiska system. Sådan acceptans kan uppnås på olika sätt. Två är generellt giltiga för alla former av maktutövning, nämligen genom tvång (våld, hot, övervakning) eller genom uppmuntran (belöningar, löften). Politiska system – och då särskilt demokratier – baseras dock på en annan, tredje, form av acceptans som inte bygger på individuella bedömningar av vad efterlevnad av maktutövningen kostar eller ger, utan på de politiska institutionernas legitimitet. Den legitimitet som medborgarna i ett samhälle tillskriver institutioner och personer som befolkar dessa är således en grundbult för en fungerande demokrati. I det perspektivet kan inte frågor om hur system för kontroll och ansvarsutkrävande fungerar inte enbart ses som symboliska, utan handlar om systemets överlevnad på lång sikt.

- Tes 1:** Den traditionella uppdelningen mellan politiska och juridiska former av kontroll och ansvarsutkrävande är missvisande och skymmer sikten för att konstitutionella frågor oftast innefattar såväl politiska som juridiska inslag som det inte är meningsfullt eller ens tillrädligt att försöka skarpt skilja åt.
- Tes 2:** Kontrollen fungerar i praktiken tämligen väl. Ansvarsutkrävandet är det betydligt svårare med om man med det menar ansvar i form av att utsätta någon för sanktioner av något slag.
- Tes 3:** Partierna och tjänstemännen inom nationella regeringar och parlament är en i hög grad bidragande faktor till att grova fel (bedömningar) inte begås så ofta i de nordiska ländernas regeringar.
- Tes 4:** Ett stärkande av ansvarsutkrävandet är kanske inte nödvändigt för att rätta till några fel som våra regeringar begår eller kan tänkas begå i framtiden, men politikerförakt och fallande tilltro till gemensamma institutioner måste motverkas och det är frågan om inte också ganska symboliska åtgärder som att skärpa ansvarsutkrävandet bör tillgripas.

Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?

Chef för Centrum för rättvisa *Clarence Crafoord*, Sverige

Kan unnlatt myndighetsutøving medføre erstatningsansvar?

Jur. kand. *Clarence Crafoord*, chef för Centrum för rättvisa, Sverige

Europakonventionens rättighetsregler och de positiva förpliktelser för medlemsstaterna som Europadomstolen utvecklat i sin praxis utgör ett gemensamt rättesnøre for de nordiska ländernas myndigheter. Det rättesnøre som konventionen innebär inverkar på den standard som kan krävas med avseende på myndighetsutøvingen och det ger riktlinjer och vägledning vid frågor om skadestånd på grund av underlåten myndighetsutøving. En förutsättning for skadeståndsrättsligt underlåtenhetsansvar är att en överträdelse har gjorts av en rättsligt bindande norm – den norm som står i fokus for denna framställning är Europakonventionen. De teser som utvecklas i denna framställning ska ses i ljuset av följande utgångspunkt: När en inskränkning av en konventionsrättighet medför en rätt till skadestånd som kompensatoriskt rättsmedel så utgör inskränkningen ansvarsgrunden medan skadeståndsbestämningen så långt det är möjligt ska göras i enlighet med tillämpliga skadeståndsrättsliga principer. Bestämningen av skadeståndet som kompensatoriskt rättsmedel ska således ske i harmoni med den inhemska skadeståndsrätten.

1. Inledning

Skadeståndsansvar för underlåtenhet har under senare år blivit en allt viktigare fråga i den skadeståndsrättsliga diskussionen.¹ Underlåtenhetsansvaret har ibland betraktats som en utmaning för traditionella skadeståndsrättsliga utgångspunkter – och framförallt för kausalitetsbegreppet.² Denna frågeställning av primärt rättsteoretisk karaktär kan också formuleras som en semantisk utmaning: Är det begripligt att tala om en underlåtenhet som en orsak?

En utgångspunkt för denna framställning är att ”underlåtenhet” är såväl en normativ som en pejorativ term. Den svenske professorn Mårten Schultz har formulerat detta på följande sätt: ”Att underlåta att göra något är att inte göra något, men inte alla fall av icke-görande klassificeras som underlåtenhet. Att säga att någon underlåtit att göra något implicerar nämligen även att personen ifråga borde ha gjort det som inte gjordes. Vad som borde ha gjorts följer av normer, som rättsliga eller moraliska normer, men centralt i underlåtenhetsbegreppet är att det innefattar en överträdelse av en norm av något slag.”³

Som bland annat Högsta domstolen i Sverige har konstaterat kan skadeståndsansvar uppstå på grund av underlåten myndighetsutøving. Då förutsätts att myndigheten har haft skyldighet att handla på visst sätt och att underlåtenheten att handla kan bedömas som

1 Se Schultz, M, Kausalitet, Jure förlag 2007, s. 513, Wilhelmsson, T, Senmodern ansvarsrätt, Iustus förlag 2001, s. 283 ff., jämför också Andersson, H, Gränsproblem i skadeståndsrätten, Iustus förlag 2013, s. 41 ff.

2 Epstein, R, A Theory of Strict Liability, 2 Journal of Legal Studies 1973, s. 151 ff.

3 Schultz, Kausalitet, s. 520.

oaktam.^{4,5}

När det gäller begreppet myndighetsutövning har Högsta domstolen i Sverige definierat det som beslut eller åtgärder som är uttryck för det allmänna rätt att utöva makt över medborgarna. Karaktäristiskt anses vara att den enskilde står i ett beroendeförhållande till myndigheten som bestämmer över den enskildes rättigheter och skyldigheter på ett sätt som inte förekommer i privaträttsliga sammanhang.⁶ Det finns liknande uppfattningar i andra nordiska länder – men det är svårt att ge en heltäckande gemensam nordisk definition av begreppet myndighetsutövning eller begreppets betydelse i ett skadeståndsrättsligt perspektiv.⁷ Givet dessa skillnader finns det anledning att inte låta den svenska traditionella tolkningen av begreppet myndighetsutövning begränsa räckvidden för denna framställning och tillämpningen av dess grundläggande teser. Härvidlag kan allmänt sägas att fokus ligger på den maktutövning som det allmänna, mer specifikt dess myndigheter, har en plikt att utföra.

Dessa förpliktelser för myndigheterna att agera regleras huvudsakligen genom lagbestämmelser. Därmed kommer dessa förpliktelser att variera över tid och med skiftande politiska uppfattningar. Men vissa av dessa förpliktelser följer av bestämmelser som är mer beständiga än andra, som till exempel de nordiska ländernas grundlagar. Ett gemensamt och i grunden beständigt rättesnöre för de nordiska ländernas myndigheter utgörs av Europakonventionen. Den närmare innebörden av detta rättesnöre är emellertid också föränderlig, då dess närmare innebörd ges genom den praxis som Europadomstolen utarbetar.

Mot bakgrund av Europakonventionen som norm för nordiska myndigheters verksamhet utvecklas tre grundläggande teser i denna framställning:

1. En stats underlåtenhet att uppfylla positiva förpliktelser enligt Europakonventionen är en självständig ansvarsgrund – att det saknas en nationell lagbestämmelse om skadestånd till enskilda som drabbats av intrång i sina konventionsrättigheter hindrar inte att skadestånd ändå ska kunna utgå.

4 NJA 2013 s. 1210, p. 16. Se även NJA 2013 s. 842, p. 32–39 samt tillägget av samtliga ledamöter och där gjorda hänvisningar.

5 Särskilt normativ blir den här bedömningen när man talar om ”fel eller försummelse” vid myndighetsutövning, se NJA 2013 s. 1210, p. 17: ”Prövningen får därför en mer normativ prägel än vad som gäller för många andra oaktamhetsbedömningar.” Av Högsta domstolen uttrycks detta som att oaktamhetsbedömningen i dessa situationer handlar främst om vad den skadelidande är berättigad att begära avseende myndighetsutövningen (NJA 2013 s. 842, p. 32 och NJA 2013 s. 1210, p. 17). I sammanhanget kan också nämnas att Högsta domstolen fastslagit att Europakonventionens rättighetsregler inverkar på den standard som kan krävas med avseende på myndighetsutövningen (NJA 2013 s. 842, p. 19).

6 NJA 2013 s. 1210, p. 23. Se vidare t.ex. prop. 1972:5 s. 498 f. och NJA 2001 s. 755. Se en liknande definition av myndighetsutövning i norsk rätt där en generell definition av offentlig myndighetsutövning finns i 2 § lov om behandlingssmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) LOV-1967-02-10: ”[...] vedtak, en avgjørelse som treffes under utøvelse av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer (enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter)[...]”.

7 I Sverige har klassificeringen av huruvida en handling utgör myndighetsutövning eller ej en självständig skadeståndsrättslig relevans bland annat då det allmänna ansvarar inte bara för sak- och personskada utan även för ren förmögenhetsskada vid myndighetsutövning. Se not 5 ovan. Den finländska skadeståndslagen uppvisar stora likheter med den svenska i det här avseendet – jämför exempelvis kap. 3 § 2 i den svenska skadeståndslagen (1972:207) med kap. 3 § 2 i den finska skadeståndslagen (31.5.1974/412). Se även Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt, s. 278. I norsk och dansk rätt är distinktionen myndighetsutövning/inte myndighetsutövning däremot inte lika framträdande. I exempelvis dansk rätt görs istället skillnad på fall där det allmänna utför uppgifter och aktiviteter som också utförs av privata aktörer – och på det omvända fallet, det vill säga fall där det allmänna utför uppgifter och aktiviteter som saknar motsvarighet hos privata aktörer. Se vidare Ulfbek, V. Offentlige myndigheters erstatningsansvar – Sondringen mellem det privatrettelige og det offentligtretlige ansvar, Tidsskrift for Rettsvitenskap nr 04-05 2013, s. 599 f. Beträffande isländsk rätt, se Björgvinsson, D T, tryckt i Forhandlingene ved det 35 nordiske juristmøtet i Oslo 18–20 august 1999, Del 2, s. 1000. För likheter mellan de nordiska ländernas regler om skadeståndsansvar för det allmänna, Skarhed, A. Statens skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler, tryckt i Forhandlingene ved det 35 nordiske juristmøtet i Oslo 18-20 august 1999, Del 2, s. 989 f.

2. Om staten inte uppfyller sina positiva förpliktelser att, i sista hand genom sitt rättsväsende, skydda skadelidandes rättigheter mot andras intrång, kan staten bli skadeståndsansvarig för underlåten myndighetsutövning.
3. Rättigheterna i Europakonventionen saknar som huvudregel horisontell verkan – men i situationer där staten delegerat offentlig maktutövning till privata subjekt kan ett skadeståndsansvar följa med denna delegering. Konventionsrättsligt skadeståndsansvar för enskilda kan härutöver även uppstå vid äganderättsintrång.

2. Europakonventionen som norm för nordiska myndigheters verksamhet

2.1 Europakonventionen medför positiva förpliktelser

Är det då praktiskt relevant att tänka på det allmänna skadeståndsansvar vid underlåten myndighetsutövning ur ett konventionsrättsligt perspektiv om positiva förpliktelser?⁸ I en diskussion om skadeståndsansvar på grund av underlåten myndighetsutövning ur ett konventionsrättsligt perspektiv är följande en intressant utgångspunkt: Europakonventionen medför inte bara negativa skyldigheter för staterna, att *inte* handla på ett visst sätt, utan medför också positiva förpliktelser, det vill säga krav att handlingar ska utföras – handlingar som i många fall i praktiken utgör myndighetsutövning. Europakonventionens rättighetsregler inverkar således på den standard som kan krävas med avseende på myndighetsutövningen.⁹ Om staterna inte uppfyller sina positiva förpliktelser kan ett skadeståndsansvar uppstå. Ytterst kan denna skadeståndsskyldighet åläggas staterna genom fällande domar i Europadomstolen, eller genom domar i de nationella rättssystemen – jag återkommer till detta nedan.

Att Europakonventionen och de positiva förpliktelserna utgör en relevant norm för nordiska myndigheters verksamhet och vid bedömningar av det allmänna skadeståndsansvar på grund av underlåten myndighetsutövning framgår av konventionstexten, Europadomstolens praxis och av nationella domstolars praxis.

Vid Europakonventionens tillkomst var de enda då gällande positiva förpliktelserna inskrivna i själva konventionstexten.¹⁰ Men Europadomstolen har med tiden utvecklat synen på fri- och rättigheterna i konventionsartiklarna och därigenom dess konkreta innebörd. Genom sin praxis har Europadomstolen slagit fast att för att rättigheterna ska vara effektiva på det sätt som avsetts krävs att staterna inte bara avhåller sig från att kränka, utan också aktivt arbetar för att upprätthålla rättigheterna. Denna genomgripande förändring av konventionsrättigheternas genomslag initierades i slutet av 1960-talet genom det så kallade belgiska språkmålet – ett av Europadomstolens verkliga *landmark cases*.¹¹ Idag har utvecklingen av praxis lett till att i princip samtliga fri- och rättigheter i konventionen kan kopplas till en plikt till positivt

8 Det kan nämnas att den finländske professorn Thomas Wilhelmsson redan 2001 (Senmodern ansvarsrätt, Iustus förlag 2001) diskuterade möjligheterna att med hjälp av ansvarsrätten framtvinga och bibehålla åtgärder – tjänster, övervakning och reglering – från det offentliga. Just vid behandlingen av det offentliga ansvar är det enligt honom nära till hands att ställa sig frågan i vilken mån man bör anknyta ansvar också till åtgärder som inte vidtagits, fastän man förväntat sig dem (s. 274). Han diskuterar med andra ord om underlåtenhetsansvar för försummelse av det allmänna (positiva) förpliktelser. Wilhelmsson pekar vidare på grundrättigheternas växande betydelse för skadeståndsrätten och det allmänna verksamhet, och nämner då särskilt rättigheterna i Europakonventionen (s. 282 f.).

9 NJA 2013 s. 842, p. 19.

10 Som exempel kan nämnas artikel 2.1 i Europakonventionen som stadgar att envars rätt till liv skall skyddas genom lag.

11 Europadomstolens dom den 23 juli 1968 i mål *Belgian linguistic* (no. 1474/62). Se också Europadomstolens dom den 26 mars 1985 i mål X och Y mot Nederländerna (no. 8978/80), särskilt para. 23.

handlande.^{12,13}

Delvis parallellt med denna utveckling – och i takt med att Europadomstolens arbetsbörda har ökat explosionsartat – har Europadomstolens huvudbudskap till medlemsstaterna under de två senaste decennierna varit följande: Kränkningar av rättigheterna i Europakonventionen måste rättas till på det nationella planet. Det vill säga, domstolarna runt om i Europa, inklusive de nordiska, har i praktiken fått i uppgift att pröva frågor om Europakonventionen på i grund och botten samma sätt som om Europadomstolen hade utfört prövningen.¹⁴ Även om Europadomstolen har det yttersta ansvaret för att fastställa ansvaret för konventionskränkningar är utgångspunkten således att överträdelse i första hand ska hanteras inom ramen för den nationella rättsordningen. I sammanhanget brukar man tala om den konventionsrättsliga subsidiaritetsprincipen.¹⁵

2.2 Gensvaret på nationell nivå

Även om det funnits skeptiker till denna utveckling så har de nordiska domarna knappast missat budskapet, utan tvärtom lyssnat noga.¹⁶ Högsta domstolen i Sverige har med en dynamisk tolkning av Europakonventionen och svensk lagstiftning meddelat ett stort antal domar som etablerat Europakonventionen i svensk rätt på allvar och som samtidigt sett till att enskilda människor kunnat få upprättelse för olika kränkningar. I flera avgöranden har Högsta domstolen konstaterat att reglerna om statens ansvar i skadeståndslagen innebär att Sverige inte fullt ut uppfyllt sina åtaganden enligt Europakonventionen.¹⁷ Genom avgörandena har rätten till skadestånd utvidgats i fall där skadeståndsgrundande fel eller försømmelse från det allmännas (det vill säga stat och kommun) sida har konstaterats innefatta även en överträdelse av Europakonventionen.¹⁸

De svenska domstolarna är dock inte ensamma om att ha hörsammat Europadomstolens budskap. Norska Høyesterett behandlade i en dom från april 2013 ett fall om en kvinna som yrkat att staten skulle hållas ansvarig för brott mot bland annat artikel 3 och 8, samt utge

12 Se t. ex. Akandji-Kombe, J-F, Positive obligations under the European Conventions of Human Rights, Human rights handbooks No. 7, Europarådet 2007, s. 5 f., som beskriver rättsutvecklingen på följande sätt: "From the time of that remarkable decision [Belgian linguistic case], the European Court has constantly broadened this category with the addition of new elements, to the point where virtually all the standard-setting provisions of the Convention now have a dual aspect in terms of their requirements, one negative and the other positive."

13 För en ingående redogörelse, se Mowbray, A, The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing 2004.

14 Se t.ex. Europadomstolens dom den 26 oktober 2000 i målet Kudla mot Polen (no. 30210/96) och dom den 10 maj 2001 i mål T.P. och K.M. mot Förenade konungariket (no. 28945/95) där Europadomstolen fastslog att det måste finnas en möjlighet till gottgörelse för ekonomisk och ideell skada till följd av kränkningar på nationell nivå, när det är lämpligt ("in appropriate cases").

15 Denna princip kommer till uttryck inte bara i artikel 13, utan även i artikel 1. Enligt artikel 1 ska konventionsstaterna garantera var och en som befinner sig under deras jurisdiktion de fri- och rättigheter som anges i konventionen. Europadomstolens subsidiaritet i förhållande till nationella domstolar och myndigheter uttrycks även i artikel 35, som medför att klagomål får anhängiggöras hos domstolen först när alla nationella rättsmedel har utömts.

16 Se för reflektioner kring detta Bratt, P, och Södergren, J, Europakonventionens tillämpning i det inhemska systemet, ERT 2000, s. 407 ff., Crafoord, C, Inhemsk gottgörelse för kränkning av Europakonventionen, ERT 2001, s. 519 ff., Kleineman, J, Europakonventionen och den svenska skadeståndsrättens utveckling, JT 2008-09, s. 546 ff., Mielnicki, P, Europakonventionen och skadeståndsrätten – till vägs ände?, JT 2008-09, s. 357 ff., Schultz, M, Skadeståndsrätten i de mänskliga rättigheternas tjänst, JT 2007-08, s. 140 ff., Warling-Nerep, W, Skadeståndstalan mot staten – en allt vanligare företeelse?, JT 2004-05, s. 170 ff., Åhman, K, Skadestånd på grund av konventionsbrott – eller har HD blivit naturrättare?, JT 2005-06, s. 424 ff., samt Skadestånd och Europakonventionen, SOU 2010:87. Jämför Andersson, H, Ansvarsproblem i skadeståndsrätten, Justus förlag 2013, s. 544 ff.

17 Se bl. a. NJA 2005 s. 462.

18 SOU 2010:87, s. 15 och Crafoord, C, Långsam handläggning och skadestånd – klart slut när Högsta domstolen frigör sig från Europadomstolen, ERT 2012, s. 491 ff.

ekonomisk og ideell skadestånd til henne for kränkningarna.¹⁹ Målet delades upp i två delar. Först skulle frågan om statens ansvar redas ut, och därefter skulle skadeståndsanspråket bedömas. Vad gäller ansvarsfrågan konstaterade domstolen att norska staten brutit i sina förpliktelser att bereda kvinnan skydd (från en annan individ), vilket resulterade i att domstolen fann att staten kränkt kvinnans rättigheter enligt bland annat artikel 3 och 8 i Europakonventionen. Men den andra delen av målet, den om själva skadeståndsfrågan, kom inte att formellt avgöras av Høyesterett. Efter att domstolen konstaterat statens ansvar i målet inleddes nämligen förlikningsförhandlingar om skadestånd mellan staten och kvinnan. Det faktum att staten därigenom i praktiken erkänt skadeståndsansvar kan kanske sägas vara en indikation på i vilken riktning utvecklingen lutar.²⁰

Vad gäller Finland finns en god beskrivning av rättsläget i en dom från Högsta domstolen i oktober 2012, som refererats av finländska justitieombudsmannen på följande sätt:

”Under berättelseåret meddelade högsta domstolen ett avgörande (HD 2012:81), i vilket den preciserade ett offentlighetsligt samfunds ersättningsansvar i en situation, där en myndighet har kränkt de rättigheter som tryggas i grundlagen och Europeiska människorättskonventionen (EMK). HD hänvisade till sina tidigare avgöranden, enligt vilka det är möjligt att ersätta lidande med en positiv tolkning av de grundläggande fri- och rättigheterna och mänskliga rättigheterna också utan uttryckligt stöd av en bestämmelse, bara skadeersättningsansvaret har en tillräcklig juridisk grund.”²¹

När det gäller Europakonventionen som handlingsnorm, positiva förpliktelser och skadestånd vid utebliven myndighetsutövning finns stora likheter mellan de nordiska länderna vad gäller rättsutvecklingen angående rätten till rättegång inom skälig tid enligt artikel 6.²²

Mål om långsam handläggning är en mycket vanligt förekommande måltyp i Europadomstolen, och problemet med för lång handläggningstid är gemensamt för flera nordiska länder.²³ Något man kanske sällan reflekterar över är att rätten till rättegång inom skälig tid är just en positiv förpliktelse, och en underlåtenhet att utöva den myndighetsutövning som ett domslut innebär kan innebära ett skadeståndsansvar för staten. Lagstiftning för att

19 Norges Høyesterett, dom den 25 april 2013, Rt. 2013 s. 588.

20 Kanske får Høyesterett snart också en ny chans att ta sig an frågan om skadestånd för kränkningar av rättigheter i Europakonventionen som skadeståndgrund. I skrivande stund pågår ett annat mål där norska försvaret påstås ha övervakat journalister i strid med Europakonventionen: <http://www.tv2.no/nyheter/innenriks/har-anmeldt-forsvaret-for-ulovlig-journalistovervaaking-4015533.html#.Uxg-9Zz95PK9> (hämtat 2014-03-06).

21 Se finländska Högsta domstolen dom den 2 oktober 2012, HD 2012:81. Domen finns endast tillgänglig på finska men ett något längre referat finns i finländska justitieombudsmans årsberättelse för 2012, B 4/2013 rd, s. 74.

22 För en beskrivning av artikel 6 som positiv förpliktelse, se Akandji-Kombe, Positive obligations under the European Conventions of Human Rights, s. 61 ff. Jämför även Harris, O’Boyle & Warbrick, Law of the European Convention of Human Rights, andra upplagan, Oxford University Press 2009, s. 278 ff.

23 Europarådets officiella statistik visar att mål angående långsam handläggning är en vanligt förekommande måltyp vad gäller de nordiska länderna http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2013_ENG.pdf och http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2010_ENG.pdf (hämtat 2014-05-04). Jämför också SOU 2010:87, Skadestånd och Europakonventionen, s. 172 och s. 239 ff.

tillförsäkra effektiv handläggning av iska länder.²⁴

Sammanfattningsvis kan sägas att Europakonventionen och de positiva förpliktelser för medlemsstaterna som den innebär, har fått gehör och ökad praktisk betydelse på nationell nivå.

2.3 Intrång i enskildas konventionsrättigheter – en självständig ansvarsgrund

Detta får oss till en reflektion över den första av referatets tre teser: En stats underlåtenhet att uppfylla positiva förpliktelser enligt Europakonventionen är en självständig ansvarsgrund. De nordiska länderna är bundna av Europakonventionens positiva förpliktelser på samma sätt som de är bundna av de negativa.

Betydelsen av de konventionsrättsliga positiva förpliktelserna för staterna har ökat då Europadomstolens huvudbudskap till medlemsstaterna under de senaste decennierna har varit att kränkningar av rättigheterna i Europakonventionen måste rättsas till på det nationella planet. Utgångspunkten är att överträdelsen i första hand ska hanteras inom ramen för den nationella rättsordningen – i enlighet med den konventionsrättsliga subsidiaritetsprincipen. Denna utveckling och detta budskap har rättstillämparna i Norden tagit till sig.

Om staterna inte uppfyller sina positiva förpliktelser genom lagstiftning och om den som därför har drabbats av en rättighetskränkning inte heller har gottgjorts för kränkningen på nationell nivå kan staten ytterst genom en fällande dom i Europadomstolen ådra sig en skyldighet att utge gottgörelse för såväl ekonomisk som ideell skada.

På samma sätt kan en skyldighet uppstå för staterna att ersätta den som drabbats av en rättighetskränkning genom skadestånd på nationell nivå. Om detta har Europadomstolen bland annat uttalat sig på följande sätt, i fallet T.P. och K.M. mot Förenade konungariket (2001):

”The Court considers that, where an arguable breach of one or more of the rights under the Convention is in issue, there should be available to the victim a mechanism for establishing any liability of State officials or bodies for that breach. Furthermore, in appropriate cases, compensation for the pecuniary and non-pecuniary damage flowing from the breach should in principle be available as part of the range of redress.”²⁵

24 Internationella utblickar och nordiska jämförelser har tidigare gjorts, bland annat i SOU 2010:87, Skadestånd och Europakonventionen samt SOU 2010:29, En ny förvaltningslag. I detta sammanhang kan följande framhållas hämtat från dessa utredningar: För svensk del finns i den svenska rättegångsbalken och annan lagstiftning ett antal bestämmelser avsedda att tillförsäkra en effektiv handläggning av mål och ärenden (exempelvis 42 kap. 6 § rättegångsbalken). I rättspraxis finns exempel på när skadestånd har utdömts för kränkning av rätten till rättegång inom skälig tid direkt på grundval av Europakonventionen, se exempelvis NJA 2005 s. 462. I Danmark infördes den 1 januari 2007 en ny bestämmelse om preventivt rättsmedel i retsplejeloven (rättegångslagen) med hänvisning till artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen. Rättsmedlet syftar till att förhindra eller avbryta pågående kränkningar av rätten till rättegång inom skälig tid. Därigenom tillgodoses även kravet på att den enskilde ska ha tillgång till ett effektivt rättsmedel. I rättspraxis återfinns flera exempel på att domstolarna har utgett ersättning vid kränkning av rätten till rättegång inom skälig tid med hänvisning till artikel 6 i Europakonventionen. Ersättningen har omfattat ideell skada i form av lidande och andra typer av besvär och olägenheter, se SOU 2010:87 s. 242 f. Vad gäller Norge ska förvaltningsmyndigheterna enligt § 11 a i norska förvaltningslagen bereda och avgöra ärenden utan onödigt dröjsmål. Någon möjlighet att hos domstol i särskild ordning framföra klagomål mot långsam handläggning finns dock inte. Oskäligt dröjsmål kan åberopas i samband med att ett beslut överklagas i sak men har i sig inga konsekvenser för beslutets giltighet. Skadestånd kan utgå, om dröjsmålet har föranlett skada för enskild, se SOU 2010:29 s. 263. För finländsk del hör rätten att få ett ärende behandlat utan dröjsmål till de garantier för god förvaltning som föreskrivs i Finlands grundlag. Enligt första stycket i grundlagens 21 § har var och en rätt att på behörigt sätt och utan ogrundat dröjsmål få sin sak behandlad av en domstol eller någon annan myndighet som är behörig enligt lag. Enligt 23 § förvaltningslagen ska ett ärende behandlas utan ogrundat dröjsmål, se SOU 2010:29 s. 264. Island är det enda nordiska land som i sin förvaltningslag öppnar möjlighet för överklagande av en myndighets passivitet som sådan – se artikel 9 i förvaltningslagen, se SOU 2010:29 s. 267.

25 T.P. och K.M. mot Förenade konungariket, para. 107.

Frågan är då vad det är – mer specifikt – som staterna är skyldiga att oppfylle enligt sina positiva förpliktelse?

3. De positive forpliktelsenas konkrete innebörd

3.1 De positive forpliktelsenas huvuddrag

Vad innebär da dessa positive forpliktelse mer konkret? Primært kan det sages handla om en skyldighet for staten att tilskapa lagregler som ger ett grunnlaggende skydd. Men det kan ogsaa handla om att inrätta offentlige organ²⁶ og om nasjonelle myndigheters og domstolers skyldighet att i visse fall ingripe mot forekommende overgrep.²⁷ Nedan behandlas dessa tre aspekter av begreppet positive forpliktelse i nämnd ordning.

3.2 Den positive forpliktelsen att stifte lag

I fråga om positive forpliktelse og skyldigheten for staten att tilskapa lagregler har Europadomstolen bland annat uttalt følgende:

”[I]n addition to the primarily negative undertaking of a State to abstain from interference in Convention guarantees, “there may be positive obligations inherent” in such guarantees. The responsibility of a State may then be engaged as a result of not observing its obligation to enact domestic legislation.”²⁸

Fallet Söderman mot Sverige, som avgjordes av Europadomstolens Grand Chamber, tjener som illustration på positive forpliktelse som inte respekterats på grunn av underlåtenhet att inføre lagstiftning. En fjortonårig flicka blev smygfilmet av sin styvfar, når hon klædde av sig for att duscha. Styvfadern åtalades for seksuell ofredning, men friades slutligen av hovrätten, eftersom han ikke hadde oppsatt att låta flickan få reda på resultatet av filmningen. Med anledning av utgangen i brottmålet utdømtes ikke heller skadestånd. Till slut fikk flickan opp sitt mål i Europadomstolens Grand Chamber, som i sin dom uttalade att eftersom det vare sig hadde funnits några tilgjengelige straffrettslige sanksjoner eller någon mulighet for flickan att få skadestånd hadde den svenske staten ikke oppfylt sine positive forpliktelse att skydde flickans rett till privatliv enligt artikkel 8 i Europakonventionen. Statens dømte att som ersättning for den ideelle skaden ersatte flickan med 10 000 euro.²⁹

26 Danelius, H, Månsklige rettigheter i europeisk praksis, fjerde opplagan, Norstedts Juridisk 2012, s. 54.

27 Europadomstolens dom den 3 april 2012 (Grand Chamber) i mål Kotov mot Ryssland (no. 54522/00), para. 109-115.

28 Europadomstolens dom den 28 juni 2001 i mål VGT Verein gegen Tierfabriken mot Schweiz (no. 24699/94), para. 45. Jæmfør dom den 13 juni 1979 i mål Marckx mot Belgien, para. 31 og dom den 13 augusti 1981 i mål Young, James og Webster mot Forenede kongerikeriket (nos. 7601/76 og 7806/77), para. 49.

29 Långe, og når målet avgjordes av Europadomstolen, fanns det i svensk rett ikke noget generell forbud mot att utan samtykke filma en enskild person eller att for andre visa en film dår en enskild person forekommer åven om filmningen og visningen i det enskilda fallet var djupt integritetskrånkande. I de fall da filmningen eller visningen ikke utgjorde brott kunde noget skadestånd ikke heller utdåmas. I ett tidligere avgjornde hadde Høgste domstolen uttalt følgende om detta: ”Det kan sterkt ifrågasettes om det er forenligt med Europakonventionen att forfaranden av det aktuelle slaget lænnes helt osanktionerede.”

3.3 Den positiva förpliktelsen att inrätta offentliga organ

Men att det finns lagar som ger ett skydd för fri- och rättigheterna är inte i sig tillräckligt. Det måste också finnas ett rättsligt maskineri som kan effektuera konventionsinnehållet. När det gäller positiva förpliktelser och de offentliga organ som måste inrättas på nationell nivå framgår det till exempel redan av konventionstexten att ett grundläggande krav är att vid prövningen av civila rättigheter och skyldigheter eller av brottsanklagelser är var och en berättigad till en rättvis och offentlig rättegång – inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol som upprättats enligt lag. Andra grundläggande krav på det rättsliga maskineri som ska finnas tillgängligt på nationell nivå är att var och en som blivit anklagad för brott och som saknar tillräckliga medel för att betala ett rättegångsbiträde ska erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fördrar, och att utan kostnad bistås av tolk, om den tilltalade inte förstår eller talar det språk som används i domstolen. Men låt oss lämna denna typ av grundläggande krav på den rättsliga infrastrukturen som måste finnas åt sidan – de positiva förpliktelserna som följer av Europakonventionen är nämligen betydligt mer intrikata än så och ställer direkta krav på myndigheterna och på rättstillämparen, även i fråga om rätten till skadestånd vid underlåten myndighetsutövning.

3.4 Den positiva förpliktelsen att vidta praktiska åtgärder

De positiva förpliktelser som åligger staterna och dess myndigheter kan slutligen också utgöras av krav på praktiska åtgärder. Europadomstolen har till exempel framhållit att demonstrationer måste kunna genomföras utan att demonstranterna riskerar att utsättas för våld från motdemonstranter. I målet Plattform ”Ärzte für das Leben” mot Österrike uttryckte Europadomstolen bland annat följande härvidlag:

”Genuine, effective freedom of peaceful assembly cannot, therefore, be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere: a purely negative conception would not be compatible with the object and purpose of Article 11 (art. 11). Like Article 8 (art. 8), Article 11 (art. 11) sometimes requires positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals, if need be.”³⁰

Även om det inte kan krävas av staterna att de tillhandahåller fullständiga garantier för att demonstrationer ska kunna genomföras har staten alltså en positiv förpliktelse att vidta åtgärder – till exempel kan det krävas att polisen ingriper handgripligen³¹ – för att säkerställa att demonstrationer kan genomföras.

I fallet Hokkanen mot Finland³² hade Hokkanen tillerkänts rätt till umgänge med sin dotter, som bodde hos sina morföräldrar. På grund av morföräldrarnas negativa attityd hade Hokkanen emellertid i praktiken hindrats från att träffa dottern. För att säkerställa Hokkanens rättigheter hade myndigheterna planerat tre möten mellan Hokkanen och dottern år 1991, vidtagit vissa åtgärder för att medla mellan Hokkanen och morföräldrarna under

30 Europadomstolens dom den 21 juni 1988 i mål Plattform ”Ärzte für das Leben” mot Österrike (no. 10126/82), para. 32. Jämför X och Y mot Nederländerna, para. 23.

31 Se exempelvis Akandji-Kombe, Positive obligations under the European Conventions of Human Rights, s. 51 f. med hänvisning Plattform ”Ärzte für das Leben” mot Österrike, och dom den 20 oktober 2005 i mål Ouranio Toxo m.fl. mot Grekland (no. 74989/01).

32 Europadomstolens dom den 23 september 1994 i mål Hokkanen mot Finland (no. 19823/92).

1992 og planerat ytterligere ett møte under 1993. Inget av detta hade dock förverkligats. Europadomstolen fann att de finska myndigheterna inte hade vidtagit tillräckliga åtgärder för att främja kontakterna mellan honom och dottern. Därigenom hade Hokkanens rätt enligt artikel 8 kränkts. Den finska staten ålades genom Europadomstolens dom att utge 100 000 finska mark (motsvarande ca 17 000 euro) till Hokkanen som ersättning för den ideella skadan.

Ett tredje exempel gäller statens positiva förpliktelser avseende häktade eller på annat sätt frihetsberövade personer att vidta ändamålsenliga åtgärder för att skydda liv samt att denna skyldighet, i enlighet med artikel 13 i konventionen, måste förenas med en rätt till ett effektivt rättsmedel.³³ Med detta avses i praktiken att det bör finnas en möjlighet till ersättning för skada.³⁴ Vid sin prövning av statens ansvar i sådana situationer har Europadomstolen först bedömt om myndigheterna hade eller borde ha haft kännedom om att personen i fråga befann sig i verklig och omedelbar fara, och därefter tagit ställning till frågan om myndigheterna vidtagit alla nödvändiga åtgärder som rimligen kunde begäras för att förhindra att denna fara realiserades.

I NJA 2007 s. 891 bedömdes frågan om positiva förpliktelser och skadeståndsansvar på grund av utebliven myndighetsutövning på nationell nivå. Frågan i målet var om staten, på grund av underlåtenhet att vid avvisitering ta hand om en häktad persons livrem, skulle utge skadestånd till dennes söner. I fallet medgav staten försummelse vid myndighetsutövning genom att kriminalvården inte uppmärksammade och förhindrade att mannen tog med sig sin livrem in i sin häktescell. Det stod klart att det förelåg erforderligt orsakssamband mellan denna försummelse och dödsfallet. Högsta domstolen byggde de centrala delarna av sitt resonemang kring ansvarsbedömningen på de principer som upprättats av Europadomstolen i utvecklingen av praxis kring statens positiva förpliktelser.³⁵ Vid behandlingen av frågan om skadestånd för underlåtenheten att frånta mannen livremmen ansåg Högsta domstolen att ”interna svenska lagregler” inte var tillräckliga för att skadeståndsskyldighet skall uppkomma. Högsta domstolen utgick sedan från att Europadomstolen i liknande fall först bedömt om myndigheterna hade eller borde ha haft kännedom om att personen i fråga befann sig i verklig och omedelbar fara, och därefter tagit ställning till frågan om myndigheterna vidtagit alla nödvändiga åtgärder som rimligen kunde begäras för att förhindra att denna fara realiserades. Detta test besvarade Högsta domstolen nekande och därför utdömdes inget skadestånd.

Ett exempel på när myndigheter inte vidtagit tillräckliga praktiska åtgärder ges i det ovan nämnda målet från norska Høyesterett.³⁶ Målet gällde norska statens ansvar för bristande skydd av en kvinna och hennes rättigheter enligt bland annat artikel 8 och 3 i Europakonventionen. Kvinnan hävdade att staten skulle hållas ansvarig för att myndigheterna inte hade berett henne och hennes barn ett tillräckligt skydd mot en man hon tidigare haft ett kort förhållande med. Mannen hade under en lång tid förföljt och hotat kvinnan.

Høyesterett fann att staten var att hållas ansvarig för att inte ha uppfyllt sina förpliktelser enligt Europakonventionen. Det betonades att polis och åklagare hade gjort mycket för att skydda kvinnan, men att myndigheterna med tanke på vad man visste om

33 Se Europadomstolens dom den 3 april 2001 i mål Keenan mot Förenade konungariket (no. 27229/95).

34 Se Keenan mot Förenade konungariket, särskilt para. 130.

35 Keenan mot Förenade konungariket och dom den 30 november 2005 i mål Trubnikov mot Ryssland (no. 49790/99).

36 Rt. 2013 s. 588.

mannen och hans handlingsmönster samt om den långvariga påfrestningen och risken för kvinnan och hennes barn, borde polis och åklagare exempelvis ha följt upp information om pågående överträdelse av besöksförbud betydligt bättre. I synnerhet borde möjligheten till gripande och kvarhållande nog ha övervägts, och överträdelse borde kontinuerligt ha blivit lagförda som självständiga brott. Sammanfattningsvis ansåg domstolen att kvinnan inte hade beretts tillräckligt skydd mot fortsatt förföljelse och nya, potentiellt mycket allvarliga, integritetskränkningar.³⁷

3.5 Statens brist att skydda enskildas rättigheter mot andras intrång kan medföra skadeståndsansvar för underlåten myndighetsutövning

Sammanfattningsvis kan sägas att ansvar för brott mot positiva förpliktelser inträder när staten har misslyckats med att agera, i situationer där den enligt en konventionsrättslig norm borde ha agerat.³⁸ I Europadomstolens avgörande *De Wilde, Ooms och Versyp mot Belgien* från 1972 anför Europadomstolen följande om skyldigheten för staterna att respektera konventionsrättigheterna, ur ett underlåtenhetsperspektiv:

”In questions of liability arising from the failure to observe the Convention there is in any event no room to distinguish between acts and omissions.”³⁹

Detta belägger den andra av tre teser i referatet: Om staten inte uppfyller sina positiva förpliktelser att, i sista hand genom sitt rättsväsende, skydda skadelidandes rättigheter mot andras intrång, kan staten bli skadeståndsansvarig för underlåten myndighetsutövning.

4. De positiva förpliktelserna som norm för enskilda

4.1 Europakonventionen har inte automatiskt horisontell verkan

I den svenska statliga utredningen *Skadestånd och Europakonventionen* framhålls att även om Europakonventionen ”har betydelse för förhållanden mellan enskilda, kan den inte automatiskt

³⁷ Ett annat exempel på när stater inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att skydda sina medborgares rättigheter är Europadomstolens dom den 5 december 2013 i mål *Vilnes m.fl. mot Norge* (nos. 52806/09 och 22703/10). I målet fälldes den norska staten av Europadomstolen för att den inte hade uppfyllt sina positiva förpliktelser enligt artikel 8 i Europakonventionen. Sökandena hade arbetat som dykare för norska oljeföretag under en längre tid. De drabbades då av skador i form av funktionsnedsättningar. Skadorna hade troligtvis uppstått på grund av att oljebolagen tillämpat för snabba dekompressionstabeller. Myndigheterna ställde inga krav på att oljebolagen skulle presentera eller visa sina dekompressionstabeller innan de beviljades tillstånd för att utföra dykningsoperationer. Vid en undersökning visade det sig att oljebolagens dekompressionstabeller skiljde sig åt ”oroväckande” mycket i dekompressionstid. Bolagen hade alltså tillåtit att hålla sina dekompressionstabeller hemliga, och dessa tabeller kom att användas som konkurrensfördelar. Dykarna hade i den nationella processen redan erhållit skadestånd för sina skador, men den norska statens brott mot artikel 8 bestod i att den underlåtit att på förhand bereda dykarna tillgång till väsentlig information angående snabba dekompressionstider och om vilka effekter dessa kunde ha för dykarnas hälsa och säkerhet – information som var helt nödvändig för att de enskilda skulle kunna bedöma riskerna för sin hälsa och för att kunna ge ett informerat samtycke till riskerna med yrkesdykningen. Att ge individer tillgång till sådan nödvändig information ansågs vara en positiv förpliktelse enligt artikel 8, se t.ex. para. 235.

³⁸ Europadomstolens dom den 9 oktober 1979 i mål *Airey mot Irland* (no. 6289/73), para. 32.

³⁹ Europadomstolens dom den 10 mars 1972 i mål *De Wilde, Ooms and Versyp mot Belgien* (nos. 2832/66, 2835/66, 2899/66), para. 22.

ha omedelbara horisontella verkningar mellom enskilda^{40,41}. Samma utredning påpekar at Europadomstolen i målet VgT Verein gegen Tierfabriken mot Schweiz⁴² har forklart at den inte anser det vara ønskvært eller nødvendig at utveckla en allmæn teori om hur længt konventionens garantier bør utstrækkes når det gæller forholdet mellom enskilda.

Utredningens slutsatser är riktiga. Men som næmns innebær inte detta at Europakonventionen saknar betydelse i relationen mellom enskilda. I själva verket forholdes det sig tværtom.^{43,44,45}

Europadomstolens avgjørande Khurshid Mustafa och Tarzibachi mot Sverige⁴⁶ är ett eksempel som illustrerer dette væl. Avgjørandet handler i sak om hyresgæster i Stockholmsfjororten Rinkeby som avhysts av en privat hyresværd på grund av at hyresgæsterna vægrat at avlægsna en parabolantenn, som hyresgæsterna hade for at kunna ta emot nyhetssændinger från sitt hemland Irak. Svea hovrætt hade som slutlig nasjonell instans godkænt avhysningen. Hyresgæsterna riktade dærefter ett klagomål till Europadomstolen, som i sin tur fastslog at hovrættene inte hade gjort en riktig avvægning mellom hyresværdens och hyresgæsternas interessen. Europadomstolen fann at avhysningen hade varit en uproportionerlig åtgærd och framholdt at hovrættene inte hade beaktet hyresgæsternas rætt till informationsfrihet på ett sâtt som levde opp till kravene enligt artikkel 10 i Europakonventionen. I domene uttaler Europadomstolen bland annet fjljende i fråge om Europakonventionens betydelse i fall mellom enskilda:

40 SOU 2010:87, s. 151. I dette sammenhang kan næmnes at statens positive skyldigheter i fråge om enskildas konventionskydd gjenemot andra enskilda inte bør forvæxles med vad som fræmst i tysk doktrin utvecklets under termen Drittwirkung. Med Drittwirkung menas i korthet enskildas mjligheter at rikta krav mot andra enskilda med åberopande av rættigheter grundede på inhemsk lag. Positive forpliktelser i konventionsrættligt hænseende handler, som behandlats oven, om statens skyldighet at tillskapa lagregler, at innrætte offentlige organ – og om nasjonelle myndigheters og domstolers skyldighet at i vissa fall ingripa mot forekommende overgrep, åven i relationen mellom enskilda.

41 Jæmfjor också Danelius, Mænsklike rættigheter i europeisk praksis, s. 53 f., Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention of Human Rights, s. 20, Ovey, C, White, R, Jacobs & White The European Convention of Human Rights, fjerde opplagan, Oxford University Press 2006, s. 51 f. och Andersson, Ansvarsproblem i skadestændsretten, s. 636 ff.

42 VGT Verein gegen Tierfabriken mot Schweiz, para. 46.

43 Europadomstolen har i en dom den 12 november 2013 i mål Söderman mot Sverige (no. 5786/08), para. 78 hænvisning till Airey mot Irland, para. 32, uttryckt fjljende: "[...]there are positive obligations inherent in an effective respect for private or family life. These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves." Lænkande skrivingar finns i flera domar angående de nordiske lænderna, se eksempelvis dom den 6 juli 2010 i mål Backlund mot Finland (no. 36498/05), para. 39, dom den 14 september 2011 i mål Osman mot Danmark (no. 38058/09), para. 53, dom den 24 september 2007 i mål Huohvanainen mot Finland (no. 57389/00), para. 95, dom den 25 april 1996 i mål Gustafsson mot Sverige (15573/89), para. 45. Åven svenske domstolar har tolket sambandet på lækende sâtt vad gæller arbeidsmarknaden. Redan 1998 slog eksempelvis Arbetsdomstolen (AD 1998 nr 17) fast at sâdana artiklar i Europakonventionen som kan vara av betydelse i forholdet mellom enskilda ska kunna tillæmpas i tvister mellom dem. Denna praksis har dærefter bekræftats i en læng rad rættssfall från Arbetsdomstolen, se t.ex. AD 2001 nr 20.

44 Jæmfjor ett eksempel från norsk rætt: Høyesterett har i Rt. 2013 s. 588 beskrevet saken som at Europakonventionen innebær en skyldighet for staten at aktivt arbeita for at forhindre at privata subjekt stjor varandras rættigheter. Konventionen har i den bemærkelsen, enligt domstolen, horisontell effekt – p. 41 i domene lyder: "EMK artikkel 1 pålægger konvensjonstatene å sikre konvensjonens rettigheter for alle innenfor statens jurisdiksjon. Dette innebærer blant annet at staten har en plikt til, etter forholdene, å ta aktive skritt for å hindre at private krefter hverandre – konvensjonen har i denne forstand også horisontal virkning. Jeg viser til H. L. R mot Frankrike (storkammerdom 29. april 1997) avsnitt 40 og Osman mot Storbritannia (storkammerdom 28. oktober 1998) avsnitt 115."

45 Se också van Dijk, P, van Hoof, F, van Rijn, A och Zwaak, L, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, fjerde opplagan, Intersentia 2006, s. 30 och 32.

46 Europadomstolens dom den 16 december 2008 i mål Khurshid Mustafa och Tarzibachi mot Sverige (no. 23883/06).

”Admittedly, the Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary, discriminatory or, more broadly, inconsistent with the principles underlying the Convention.”⁴⁷

Även om Europadomstolen således resonerar kring hur den själv måste agera⁴⁸ visar uttalandet också hur Europadomstolen skickar budskap även till de nationella domstolarna. Den indirekta, men tydliga, innebörden av detta budskap är att nationella domstolars rättstillämpning inte får leda till ett resultat som är oskäligt, godtyckligt, diskriminerande eller allmänt oförenligt med de principer som ligger till grund för Europakonventionen – och att detta även gäller i domstolsprövningar enskilda emellan.

4.2 Europadomstolens praxis ger signaler till enskilda

Genom Europadomstolens dom i Khurshid Mustafa och Tarzibachi mot Sverige klargjordes en specifik aspekt av rättsläget beträffande förhållandet mellan hyresvärdar och hyresgäster. Nästa gång en nationell domare ska ta ställning till en motsvarande situation måste den domaren beakta Europadomstolens dom och döma så att inte staten på nytt ådrar sig ansvar och riskerar att fällas i Europadomstolen. Att detta blir en realitet för den nationella rättstillämparen i hyresrättsliga mål är naturligtvis också av intresse för aktörerna på hyresmarknaden. Hyresvärdar och hyresgäster vore närmast naiva om de inte beaktade det rättsläge som den nationella rättstillämparen måste utgå ifrån. En hyresvärd kan exempelvis knappast räkna med att staten, som svar på en begäran om verkställande av avhysning, kommer att medverka till ett resultat som kommer i konflikt med Europakonventionen. Den andra sidan av samma mynt är att det vore fel av hyresvärderna att försöka driva igenom en sådan avhysning. Europadomstolens budskap kan därför sägas få normerande, eller i vart fall och logiskt sett handlingsdirigerande, verkan även för till exempel privata hyresvärdar.

Ett annat exempel är det uppmärksammade målet Caroline von Hannover mot Tyskland där Europadomstolen uttalade att även offentliga personer måste ha ett skydd mot fotografering i privata situationer, om spridning av bilderna inte kan bidra till en debatt om allmänna frågor. Fotografier som tagits av privat verksamma fotografer publicerades i privatägda tidningar – men det var Tyskland som fälldes av Europadomstolen. Detta efter att landets domstolar inte hade gett von Hannover rätt i den nationella rättsprocessen mot de ansvariga förlagen. Europadomstolen formulerade sig bland annat på följande sätt:

”[I]n the Court’s opinion the criteria established by the domestic courts were not sufficient to ensure the effective protection of the applicant’s private life and she should, in the circumstances of the case, have had a “legitimate expectation” of protection of her private life.”⁴⁹

Den explicita signalen i fallet riktas således till den nationella lagstiftaren och till de nationella domstolarna – Europadomstolen fastslog att de hade dömt på ett sätt som inte levde upp

47 Khurshid Mustafa och Tarzibachi mot Sverige, para. 33.

48 Det skulle kunna beskrivas som ett slags positiva förpliktelser riktade både från och till Europadomstolen.

49 Europadomstolens dom den 24 juni 2004 i mål von Hannover mot Tyskland (no. 59320/00), para. 78.

till Europakonventionens krav. Men på samma sätt som budskapet i Khurshid Mustafa och Tarzibachi mot Sverige får ett signalvärde till aktörer på hyresmarknaden skickar von Hannover-domen också signaler till privata tidningsutgivare: Det finns en gräns vad gäller spridning av bilder som tagits på personer som befunnit sig i privata miljöer men som inte kan bidra till en debatt om allmänna frågor.⁵⁰

4.3 Situationer där konventionsrättsligt skadeståndsansvar uppstår för enskilda

Som nämnts kan Europakonventionen inte automatiskt ha omedelbara horisontella verkningar mellan enskilda. Men det finns situationer där frågan om ett konventionsrättsligt grundat skadeståndsansvar för enskilda kan uppstå i förhållande till andra enskilda. Detta synsätt – som inte kan utsträckas till en allmän princip – handlar primärt om fall där staten delegerat makt och befogenheter till enskilda, men det handlar också om vissa typer av fall där enskilda begär intrång i andra enskilda subjekts äganderätt.⁵¹ Om detta rättsmedel inte skulle finnas tillgängligt på nationell nivå i sådana situationer riskerar staten att bryta mot sina positiva förpliktelser och ett skadeståndsansvar skulle därmed kunna uppstå för underlåten myndighetsutövning.

Statens positiva förpliktelser att skydda enskildas konventionsrättigheter försvinner inte bara för att staten i vissa situationer väljer att delegera sina uppgifter till privata subjekt. Detta betonades till exempel i fallet Costello-Roberts mot Förenade konungariket, som handlade om en fristående skola, ("the State cannot absolve itself from responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals").⁵² Även för sådan delegerad verksamhet måste staten således uppfylla sina positiva förpliktelser – genom att tillskapa lagregler och offentliga organ eller i sista hand genom att nationella myndigheter och domstolar ingriper mot förekommande övergrepp.

Detta är av stor relevans för förhållandena på arbetsmarknaden i de nordiska länderna. Kollektivavtalen ersätter ofta arbetsrättslig lagstiftning och har en normerande verkan även för andra arbetstagare än dem som är medlemmar i den avtalslutande löntagarorganisationen. Kollektivavtalens funktion kan därför på flera sätt jämföras med lag eller annan författning och ingåendet av kollektivavtal kan därmed också jämföras med lagstiftning.

I fallet Evaldsson mot Sverige, som gällde så kallade granskningsavgifter som oorganiserade byggnadsarbetare tvingades betala till Svenska Byggnadsarbetareförbundet, konstaterade Europadomstolen att det har överlämnats till parterna på arbetsmarknaden att reglera löner och diverse andra arbetsvillkor genom kollektivavtal. Europadomstolen noterade också att det inte finns någon statlig myndighet som övervakar att dessa överenskommelser efterföljs:

"[I]t has been left to the parties on the labour market to regulate wages and various other work conditions through collective agreements and [...] there is no State authority overseeing

50 Fallet Hannover har fått stora implikationer för den svenska pressen. Se Cameron, I, *An Introduction to the European Convention on Human Rights*, sjätte upplagan, Uppsala 2011, s. 177 f.

51 Jämför t.ex. Schultz, M, *Skadestånd som medel för ersättning vid kränkningar av mänskliga rättigheter*, tryckt i Förhandlingarna vid det 39:e nordiska juristmötet i Stockholm 18-19 augusti 2011, Del 1, s. 235.

52 Europadomstolens dom den 25 mars 1993 i mål Costello-Roberts mot Förenade konungariket (no. 13134/87), para. 34. På motsvarande sätt fann Europadomstolen den 16 juni 2005 i mål Storck mot Tyskland (no. 61603/00) att staten har en skyldighet att utöva tillsyn och kontroll ("a duty to exercise supervision and control") över privata psykiatriska institutioner där patienter kan hållas mot sin vilja. Se också Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, s. 21.

compliance with these agreements [...]”⁵³

Givet en situation där staten inte har uppfyllt sina positiva förpliktelser att skydda enskilda mot andra enskilda subjekts ingrepp i konventionsskyddet genom att tillskapa lagregler eller genom andra offentliga organs maktutövning – kan privata subjekt då ådra sig något ansvar för handlingar som står i strid med konventionsskyddet? Och kan domstolar ytterst tvingas ingripa mot dessa ingrepp genom att fastställa skadeståndsansvar för de enskilda subjekt som står för ingreppen?

Svaret på dessa frågor är att ansvar ibland måste kunna utkrävas av enskilda – och att det finns explicit stöd i Europadomstolens praxis för att detta ansvar i vissa situationer ska kunna fastställas i form av skadestånd.

I fallet Ewaldsson mot Sverige uttalade Europadomstolen att ett system som i realiteten delegerar makten att lagstifta eller att reglera viktiga arbetsrelaterade frågor, till arbetsmarknadsorganisationer, kräver att dessa organisationer hålls ansvariga för sitt agerande.

”[A] system which, as in the present case, in reality delegates the power to legislate, or regulate, important labour issues to independent organisations acting on that market requires that these organisations are held accountable for their activities.”⁵⁴

Det är inte givet hur detta besked från Europadomstolen, att arbetsmarknadens organisationer måste kunna hållas ansvariga för sitt agerande, ska tolkas. Det står dock klart att de tänkta mottagarna av budskapet finns på nationell nivå – det handlar om att ansvar måste kunna utkrävas av arbetsmarknadsorganisationer, och sådana blir ju aldrig svarande inför Europadomstolen. Det ansvar som måste kunna utkrävas blir således en fråga för den nationella lagstiftaren, för den nationella rättstillämparen – och, i enlighet med vad som anförts ovan, för de aktuella arbetsmarknadsorganisationerna.

Låt oss utgå från en situation där staten delegerat makt, till och med ett de facto-lagstiftaransvar, till privata subjekt – så som det ser ut på den nordiska arbetsmarknaden. Låt oss sedan utgå från att ett sådant privat subjekt begått ett ingrepp i någon annans konventionsrättighet och från att det således inte är möjligt att i efterhand förebygga eller undanröja själva överträdelsen. Låt oss också utgå från att det inte finns någon straffrättslig eller annan specifik ansvarsreglering som är tillämplig i en sådan situation. Staten har då inte uppfyllt sina positiva förpliktelser vare sig genom lagstiftning eller genom att inrätta särskilda offentliga organ med uppgift att övervaka Europakonventionens efterlevnad. Den möjlighet som återstår för en domstol att uppfylla de positiva förpliktelserna genom att hålla det privata subjekt som utfört överträdelsen ansvarigt torde då i praktiken bestå av ett åläggande för detsamma att utge ekonomisk kompensation i form av skadestånd till den vars rättigheter överträtts, för den ideella och ekonomiska skada som uppstått genom överträdelsen.

Stöd för en sådan slutsats finns bland annat i fallen Blumberga mot Lettland⁵⁵ från 2008 och Kotov mot Ryssland⁵⁶ (Grand Chamber) från 2012.

53 Europadomstolens dom den 13 februari 2007 i mål Ewaldsson m.fl. mot Sverige (no. 75252/01), para. 54.

54 Ewaldsson m.fl. mot Sverige, para. 63.

55 Europadomstolens dom den 14 oktober 2008 i mål Blumberga mot Lettland (no. 70930/01).

56 Europadomstolens dom den 3 april 2012 (Grand Chamber) i mål Kotov mot Ryssland (no. 54522/00). Digniteten i klargörandena i fråga om statens positiva förpliktelser i Kotov mot Ryssland kan jämföras med klargörandena i exempelvis fallet Zolotukhin mot Ryssland (Grand Chamber), dom den 10 februari 2009 (no. 14939/03), i vilket Europadomstolen uttalade sig generellt om förbud mot dubbla förfaranden avseende samma brott.

För det första framhåller Europadomstolen i Kotov mot Ryssland att staten kan ha positiva förpliktelser att agera även i fall som avser helt horisontella relationer, det vill säga fall mellan enskilda.

För det andra fastslår Europadomstolen att när ett intrång i äganderätten begås av en enskild uppkommer en positiv förpliktelse för staten att i den nationella rättsordningen säkerställa att lämpliga rättsmedel finns tillgängliga, genom vilka den som drabbats av äganderättsintrånget ska kunna hävda sina rättigheter.

För det tredje fastslår Europadomstolen, med hänvisning till fallet Blumberga mot Lettland, att den som utsatts för ett intrång i sin äganderätt av ett annat privat subjekt ska ha en principiell rätt att – när så är lämpligt – utkräva skadestånd för varje tillkommen skada. Det tydliggörs således explicit att de positiva förpliktelsernas innebörd kan vara både förebyggande och, som i fallet med skadestånd, gottgörande.

”The Court considers that in the context of Article 1 of Protocol No. 1, when an interference with the right to peaceful enjoyment of possessions is perpetrated by a private individual, a positive obligation arises for the State to ensure in its domestic legal system that property rights are sufficiently protected by law and that adequate remedies are provided whereby the victim of an interference can seek to vindicate his rights, including, where appropriate, by claiming damages in respect of any loss sustained. It follows that the measures which the State can be required to take in such a context can be preventive or remedial.”⁵⁷

Vad innebär då Europadomstolens skrivning att skadestånd ska utgå ”när det är lämpligt” (”where appropriate” som det uttrycks i Blumberga- och Kotovavgörandena, ”in appropriate cases” som det formuleras i T.P. och K.M. mot Förenade konungariket)? Det blir primärt en fråga för den nationella rättstillämparen (och för den delen även den fortsatta rättsvetenskapliga diskussionen). Hur detta budskap från Europadomstolen kommer att tas emot på nationell nivå i ett skadeståndsrättsligt perspektiv beror bland annat på hur respektive rättssystem är uppbyggt och tänkt att fungera. Budskapet kan till exempel få större betydelse för rättstillämparen i common law-baserade skadeståndssystem – och omvänt, det vill säga mindre betydelse, i länder där skadeståndsrättens utveckling styrs helt genom lagstiftning. Och så finns det naturligtvis mellanting – där den svenska skadestandsregleringen kan nämnas som exempel. Den svenska lagstiftaren har ju uttryckligen lämnat till rättstillämpningen att utveckla skadeståndsrätten.⁵⁸

En särskild fråga i detta sammanhang gäller förutsebarhet, som har ett centralt rättsstatligt värde. Enskilda ska kunna förutse de rättsliga följderna av sitt handlande. Samtidigt utvecklas skadeståndsrätten till stor del genom praxis, och det säger sig självt att förutsebarheten inte kan vara absolut i den meningen att det före varje nytt avgörande måste finnas ett tidigare avgörande från högsta instans. I NJA 2007 s. 747 bedömde Högsta domstolen frågan om en enskild kan åläggas att betala skadestånd till en annan enskild med direkt tillämpning av artiklarna 8 och 13 i Europakonventionen. Högsta domstolen landade, vid en samlad bedömning, och med hänvisning till att förutsebarhet har ett centralt rättsstatligt värde, i slutsatsen att övervägande skäl ansågs tala mot att en enskild ska kunna åläggas att betala skadestånd på grund av en handling eller underlåtenhet som innebär överträdelse av artikel 8 i Europakonventionen i fall där skadeståndsskyldighet på grund av handlingen eller underlåtenheten inte följer av gällande svensk skadeståndsrätt ens inom ramen för en

57 Kotov mot Ryssland, para. 113 med hänvisning till Blumberga mot Lettland, para. 67.

58 Se prop. 1972:5 s. 100 och s. 568.

fördragskonform tillämpning.

Räckvidden av uttalandena i NJA 2007 s. 747 får anses förhållandevis begränsade. De tar sikte på en ”direkt tillämpning av artikel 8 och 13” och det sker en friskrivning i förhållande till vad som gäller enligt en fördragskonform tolkning av svensk skadeståndsrätt. Samtidigt – och bland annat just av den anledningen – var Högsta domstolens resonemang i NJA 2007 s. 747 fullt rimligt. Det fanns inget stöd i Europadomstolens praxis för att en direkt tillämpning av Europakonventionen skulle kunna leda till skadeståndsskyldighet i rena privaträttsliga relationer, såsom den mellan en försäkringstagare och ett försäkringsbolag. Skulle det däremot handla om en arbetsmarknadsorganisation eller för den delen om ett äganderättsintrång som i exempelvis Blumberga eller Kotov torde det, som behandlats ovan, förhålla sig annorlunda.

4.4 Konventionsrättsligt ansvar för enskilda – en fråga för den nationella rättstillämparen

Detta för oss till den sista av referatets tre teser: Rättigheterna i Europakonventionen saknar som huvudregel horisontell verkan – men i situationer där staten delegerat offentlig maktutövning till privata subjekt kan ett skadeståndsansvar följa med denna delegering. Konventionsrättsligt skadeståndsansvar för enskilda kan härutöver även uppstå vid äganderättsintrång.

I Europadomstolens Grand Chamber-avgörande i Kotov mot Ryssland bekräftas att staten kan ha positiva förpliktelser att agera även i fall som avser helt horisontella relationer, det vill säga fall mellan enskilda. I samma avgörande fastslås, med hänvisning till fallet Blumberga mot Lettland, att den som utsatts för ett intrång i sin äganderätt av ett annat privat subjekt ska ha en principiell rätt att – när så är lämpligt – utkräva skadestånd för varje tillkommen skada (“a positive obligation arises for the State to ensure in its domestic legal system [...] whereby the victim of an interference can seek to vindicate his rights, including, where appropriate, by claiming damages in respect of any loss sustained”).

På samma sätt som när det gäller skadestånd som den nationella rättstillämparen kan ålägga staten när det är lämpligt (“in appropriate cases”, jämför T.P. och K.M. mot Förenade konungariket) kan således de positiva förpliktelser som följer av Europakonventionen också innebära att den nationella rättstillämparen bör kunna fastställa ett skadeståndsansvar även för enskilda i vissa situationer – när så är lämpligt (“where appropriate, by claiming damages” jämför Kotov mot Ryssland). Hur detta budskap från Europadomstolen kommer att tas emot på nationell nivå i ett skadeståndsrättsligt perspektiv beror bland annat på hur respektive rättssystem är uppbyggt och tänkt att fungera.

Som alltid med rättigheterna i Europakonventionen har staterna emellertid en viss egen bedömningsmarginal, en så kallad *margin of appreciation*. Och rättsutvecklingen på detta område är på nationell nivå ännu inte särskilt långt gånget. Det kan konstateras att Högsta domstolens avgörande i NJA 2007 s. 747 långtifrån ger svar på alla aktuella frågor. För framtiden lär det med andra ord finnas många intressanta prövningar för de nationella domstolarna att ta tag i vad gäller skadeståndsskyldighet till följd av Europakonventionens positiva förpliktelser.

Borgeren og digitalisert forvaltning – hvor går vi?

Professor *Niels Fenger*, Danmark

Borgeren og digitaliseret forvaltning – hvor går vi?

Professor Niels Fenger, Danmark

Indlægget gennemgår en række forvaltningsretlige og persondataretlige problemstillinger ved indførelsen af digital forvaltning. Det søges påvist, at adgang til digital kommunikation, herunder gennem selvbetjeningssystemer, kan være til store glæde for ressourcestærke borgere, men at der er retssikkerhedsmæssige betænkeligheder ved tvungen overgang til digital kommunikation. Der argumenteres for, at ønsket om øget automatiseret afgørelsesvirksomhed må forventes at påvirke på den måde, hvorpå vi udformer offentligretlig lovgivning, ligesom der peges på den ændrede rolle for prøvelsesinstanser, som automatiserede afgørelser medfører. Der advares imod en alt for håndfast udnyttelse af informationsteknologiens muligheder for at etablere fælles informationssystemer for forskellige myndigheder med genbrug af data, der er blevet indsamlet i andre sammenhænge. Endelig søges det påvist, at overgang til digital sagsbehandling undertiden indebærer, at forvaltningspersonellet overser selv grundlæggende forvaltningsretlige krav til sagsbehandlingen.

1. Indledning

Offentlige myndigheders virksomhed bliver i disse år stadig mere digitaliseret og automatiseret. Denne udvikling aktualiserer en lang række grundlæggende forvaltningsretlige og persondataretlige spørgsmål. I dette indlæg vil jeg fremlægge seks teser for, hvordan digital forvaltning påvirker borgernes retssikkerhed samt den service, de får af den offentlige forvaltning. De seks teser leder alle hen til én overordnet påstand, nemlig at det er essentielt, at juriststanden ikke overlader udviklingen til dataloger og økonomer, men aktivt medvirker til at styre udviklingen af den digitale forvaltning i en retning, der sikrer den fortsatte respekt for grundlæggende retssikkerhedsgarantier. Afgørende for den juridiske kvalitet af digital forvaltning er nemlig som oftest ikke de grænser, som nødvendigvis sættes af, at en afgørelse helt eller delvist træffes maskinelt, men derimod udformningen af den enkelte digitale løsning. Det er i den forbindelse essentielt for den digitale forvaltnings succes ud fra et borgerperspektiv, at systemerne først introduceres, når de lever op til de krav og forventninger, som vi har til kvaliteten af den offentlige forvaltning.

Retsområdet digital forvaltning er både i rivende udvikling og særdeles praktisk relevant. Det er der da heller ingen tvivl om, at digital forvaltning kan give borgerne en lang række fordele i form af bl.a. mere service og forenklet adgang til eksisterende tilbud. Eksempelvis kan digital kommunikation med borgerne forbedre servicetilbud i relation til områder som telemedicin og undervisning af fjerntboende studerende ved brug af Skype og lignende systemer. Endvidere giver digital forvaltning mulighed for at give borgerne hurtigere afgørelse af deres sager, ligesom de lettere vil kunne få aktindsigtsadgang.

Forvaltningens bestræbelser på at digitalisere er dog ikke udelukkende drevet af et ønske om at forbedre deres service over for borgerne, men præges – i hvert fald i

Danmark – lige så meget af et ønske om at effektivisere den offentlige forvaltning og reducere omkostningerne ved denne. Således er det i Danmark målet, at digitalisering årligt skal kunne frigøre ca. 3 milliarder Dkr. Dette mål skal ses i sammenhæng med, at det offentlige i Danmark bruger ca. 18 milliarder Dkr. om året på IT-projekter.¹ Som det vil fremgå, er dette dobbelte formål med digitaliseringen nok en del af forklaringen på nogle af de retssikkerhedsmæssige problemstillinger, som digitaliseringen af forvaltningen fremkalder.

Fremstillingen er opdelt i otte dele og starter, under pkt. 2, med at behandle de retssikkerhedsmæssige implikationer af overgangen fra papirbaseret kommunikation til digital kommunikation. Dernæst følger en diskussion af digitale selvbetjeningssystemer og de fordele og ulemper, som er forbundet hermed, jf. pkt. 3. I forlængelse heraf behandler jeg under pkt. 4 spørgsmålet om, i hvilket omfang det kan overlades til en computer at træffe forvaltningsafgørelser over for borgerne, og hvilken betydning digital afgørelsesvirksomhed må forventes at få for den måde, hvorpå vi udformer offentligtretlig lovgivning. Pkt. 5 diskuterer muligheden for at lade en parts sagsbehandlingsrettigheder blive afgjort og behandlet digitalt, mens pkt. 6 gennemgår de visioner og retssikkerhedsmæssige risici, der er forbundet med en udnyttelse af informationsteknologiens særlige adgang til at genbruge allerede indsamlet data i andre sammenhænge og til at etablere tværgående dataadgang mellem myndighederne. Pkt. 7 behandler spørgsmål vedrørende tilsyns- og ankeorganers virksomhed. Endelig fremsætter jeg i pkt. 8 den tese, at overgang til digital sagsbehandling ofte indebærer, at forvaltningspersonellet overser selv grundlæggende forvaltningsretlige krav til sagsbehandlingen.

2. Digital kommunikation

Det synes at være et fællesnordisk princip, at borgerne i mangel af modstående lovgivning har ret til at kommunikere digitalt med forvaltningen.² Omvendt kræver det lovhjælp til pålægge borgerne at kommunikere digitalt med offentlige myndigheder.³

Myndighederne bruger store udgifter på porto. Eksempelvis er de årlige danske omkostninger herved ca. 800 mio. Dkr. Staterne har derfor en naturlig interesse i at tilskynde borgerne til at kommunikere digitalt med forvaltningen, og det er da også en del af de fleste regeringers digitaliseringsstrategier, at digital kommunikation skal være den praktiske hovedregel. Dette sker bl.a. ved at opbygge systemer, hvor borger og virksomheder

- 1 Effektiviseringsgevinster ved indførelsen af digital forvaltning vil ofte forudsætte, at myndighederne samtidig ændrer de bagvedliggende arbejdsprocesser. Udviklingen af digital forvaltning er derfor ikke kun en IT-opgave, men lige så meget en strategisk og organisationsmæssig opgave. I hvert fald i en overgangsperiode kan effektiviseringsgevinster blive opslugt af behov for ekstra forvaltningspersonel til at vejlede borgere, der ikke kan betjene sig selv digitalt. Endvidere viser erfaringerne fra en række offentlige digitale systemer, at mulighederne for effektivisering er store, men at der også er betydelige faldgruber. I Danmark fik den digitale tinglysning fik en hård start, men må i dag anses for en succes med stor effektivitet og borgervenlighed. Sidste år led den danske regerings lovforslag om e-valg skibbrud i Folketinget på grund af manglende tillid til systemets sikkerhed, ligesom det danske politis planlagte edb-system Polsag blev opgivet, efter at man havde brugt over en halv milliard Dkr på at søge det udviklet.
- 2 Der kan dog være situationer, hvor der kræves en særlig sikkerhed for, at afsenderen af en meddelelse er den person, som vedkommende udgiver sig for. I sådanne tilfælde må forvaltningen i fornodent omfang sikre sig afsenderens rette identitet f.eks. ved at anmode om, at henvendelsen underskrives, det være sig manuelt eller via betryggende digital signatur. Endvidere indeholder særlovgivningen et stort antal bestemmelser om, at henvendelser til eller fra forvaltningen skal opfylde bestemte formkrav. Der kan eksempelvis være tale om krav om anvendelse af særlige blanketter eller ansøgningskemaer eller krav om skriftlighed, underskrift mv. Med henblik på at fjerne de hindringer for digital kommunikation, som sådanne bestemmelser utilsigtet kan have, har bl.a. Norge og Danmark indsat bestemmelser i deres respektive forvaltningslove, jf. den norske forvaltningslovs § 15 a og den danske forvaltningslovs §§ 32 a og 32 b.
- 3 Se fsva dansk ret FOB 2009-20-2.

får en digital postkasse, og hvor kommunikation med det offentlige samles. I Norge er det vurderingen, at den samfundsøkonomiske gevinst ved etablering og brug af sådanne digitale postkasser over 10 år vil være på mindst 2,5 milliarder Nkr.⁴

I forhold til mange navnlig yngre borgere er der for så vidt ikke behov for noget offentligt pres. I Danmark var i 2011 over en million borgere tilmeldt en frivillig fællesoffentlig digital postløsning, og af disse havde ca. 750.000 sagt ja til at modtage post digitalt fra offentlige myndigheder. Samtidig havde små tre millioner borgere aktiveret NemID – der er en digital signatur, der fungerer som et fælles log-in til både den offentlige og den private sektor – til anvendelse på offentlige tjenester. Nogenlunde forholdsmæssigt tilsvarende tal genfindes i de øvrige nordiske lande.

For personer, der ikke er vant til at anvende computere, kan tanken om digital kommunikation imidlertid være ganske skræmmende. Eksempelvis viser tal fra Danmarks Statistik, at hver anden dansker over 75 år aldrig har været på internettet.

På den baggrund har man i de fleste nordiske lande hidtil vejet tilbage fra mere generelt at tvinge private borgere til digital kommunikation. Den nyligt indsatte § 15 a i den norske forvaltningslov er i den forbindelse illustrativ. Bestemmelsen tilsigter at styrke forvaltningens adgang til at kommunikere elektronisk gennem en ophævelse af dagens krav om først at indhente et samtykke hertil fra den berørte. Det fastsættes imidlertid samtidig, at privatpersoner fortsat frit kan afvise elektronisk kommunikation og i stedet kræve at modtage traditionel post fra forvaltningen.

Det samme frivillighedsprincip prægede indtil for få år siden dansk ret. Eksempelvis blev det i en betænkning om e-signatur og formkrav i lovgivningen fra 2000 anført, at en lovmæssig pligt til at pålægge borgere at modtage meddelelser digitalt ville give anledning betydelige retssikkerhedsmæssige betænkeligheder.⁵ Udviklingen er imidlertid gået hurtigt i Danmark, og i den nuværende Thorning-regerings regeringsgrundlag – ”Et Danmark, der står sammen” – sætter regeringen sig det mål, at al kommunikation mellem borgere, virksomheder og det offentlige skal foregå digitalt inden udgangen af 2015. I forlængelse heraf anføres det i den danske fællesoffentlige digitaliseringsstrategi 2011–15, at borgerne ikke skal

”spilde deres tid på at udfylde papirblanketter på det lokale kommunkontor. Og skattekroneerne skal ikke bruges på porto og papirflytteri, når vi har digitale løsninger, der kan løse opgaverne mere effektivt. Ansøgninger, indberetninger, breve og al anden skriftlig kommunikation med det offentlige skal derfor som udgangspunkt alene foregå digitalt for både borgere og virksomheder. ... Som hovedregel skal det være obligatorisk at bruge nettet til at ordne sine ærinder med det offentlige. ... Papirblanketter og formularer skal udfases sådan, at alle borgerne betjener sig selv på nettet, og alle borgere skal have en digital postkasse, hvor de fra 2014 kan modtage alle breve fra de offentlige myndigheder. ... Frem mod 2015 forventes det, at op mod 80 pct. af alle breve til borgerne, der kan afsendes digitalt fra de offentlige myndigheder, også bliver det. Tilsvarende forventes det, at de offentlige myndigheder i 2015 modtager op mod 80 pct. af alle ansøgninger og anmeldelser fra borgerne digitalt. Det vil frem mod 2015 betyde en milliardbesparelse på administration i hele den offentlige sektor.”⁶

Hermed er grunden lagt til en radikal omvæltning i den måde, hvorpå det offentlige møder

4 Prop 116 L (2012-13) om ændringer i forvaltningsloven, s. 10.

5 Betænkning 1400/2000, s. 154.

6 Den fællesoffentlige digitaliseringsstrategi 2011-15, s. 3, 5 og 14.

danskerne. Til gennemførelse af målsætningen vedtog lovgivningsmagten sidste år lov om Offentlig Digital Post. Efter denne lov skal ikke blot juridiske enheder, men også fysiske personer, der er 15 år eller derover, tilsluttes Offentlig Digital Post. Tilslutningen til Offentlig Digital Post indebærer, at offentlige myndigheder kan anvende Offentlig Digital Post til kommunikation med borgere og virksomheder. Ved kommunikation forstås i denne sammenhæng afsendelse af alle dokumenter og meddelelser m.v., herunder afgørelser. Denne adgang for det offentlige til at holde sig til den digitale postløsning gælder, uanset om den offentlige myndighed reagerer på en henvendelse modtaget som papirpost, og uanset om borgeren udtrykkeligt har anmodet om, at svaret sendes som papirpost.

Den danske lovgivningsmagt hævder at have taget tilstrækkelig hensyn til borgere, der ikke er edb-kyndige. Der er nemlig muligt at blive undtaget fra ordningen om digital post, hvis der foreligger ”særlige omstændigheder” for almindelige borgere og ”ganske særlige omstændigheder” for så vidt angår erhvervsmæssige aktiviteter. Efter lovforarbejderne sigtes der til tilfælde, hvor borgeren ikke har adgang til en computer, har kognitiv funktionsnedsættelse, har fysisk funktionsnedsættelse eller har sproglige barrierer. Det fremhæves samtidig, at myndighedernes almindelige vejledningspligt tillige gælder i forhold til digital kommunikation. Hvor den relevante lovgivning indfører en obligatorisk digital selvbetjeningsløsning, omfatter vejledningspligten således også information om anvendelsen af den pågældende selvbetjeningsløsning.

Ikke desto mindre mener jeg nok, at man kan fremlægge den **første tese**: *at tvungen overgang til digital kommunikation risikerer at inddele borgerne i a- og b-hold*. Jeg minder i den forbindelse om, at det synes almindeligt anerkendt, at anvendelsen af digitale løsninger hænger nært sammen med sociale faktorer. Vigtigst er formentlig alder, men også uddannelse og brug af nettet hænger sammen, ligesom det samme gælder i forhold til årsindkomst og integration på arbejdsmarkedet.⁷

3. Selvbetjeningsystemer

Sideløbende med mere eller mindre håndfaste incitamenter til anvendelse af digital kommunikation etablerer forvaltningsmyndighederne i stigende grad selvbetjeningsystemer, hvor borgeren i forbindelse med ansøgninger eller indberetninger på en hjemmeside indtaster store dele af sagsoplysningsmaterialet og herefter får besked om resultatet af den konkrete sag via det digitale system. I vidt omfang konstrueres selvbetjeningsløsningerne således, at borgerne og virksomhederne kun skal forholde sig til et enkelt kontaktpunkt, uanset hvilken myndighed der er kompetent i den pågældende sag.⁸ Bag denne flade vil myndighederne skulle samarbejde.

Sådanne digitale selvbetjeningsløsninger kan – afhængigt af omkostningerne ved at etablere det digitale system – bevirke betydelige besparelser. Eksempelvis viser danske beregninger, at en anmeldelse af flytning er op til 30 gange dyrere, når borgeren møder op personligt ved forvaltningen, end når vedkommende betjener sig selv på nettet.

7 Se f.eks. den norske stortingsmelding Meld. St. 23 (2012-13), Digital agenda for Norge, s. 16 ff. Det er selvsagt et yderligere problem, hvis myndighederne ikke selv har faste rutiner med at benytte digital post, og borgerne derfor ikke kan regne med, at kommunikationsvejen nu kun er den digitale postkasse. En undersøgelse fra 2013 viste, at næsten tre år efter indførelsen af den digitale postkasse svarede godt 80 % af 122 danske statslige institutioner ikke på digital post, jf. Jesper Bull Berger og Kim Normann Andersen, Working Paper: Digital kommunikation med den offentlige sektor.

8 I Danmark er kontaktpunktet for privatpersoner ”Min Side” under ”Borger.dk” og for virksomheder ”Virk.dk”.

Digitale selvbetjeningsløsninger kan også give borgerne væsentlige fordele, f.eks. ved at gøre sagsbehandlingen mere transparent gennem en mulighed for at følge sagen og få nem digital adgang til en sags dokumenter. Samtidig muliggøres den såkaldte 24-timers forvaltning, hvor borgerne over nettet kan ordne deres mellemværender med det offentlige på det tidspunkt, hvor det passer dem, og således ikke kun indenfor almindelig kontortid. De digitale selvbetjeningsløsninger kan dermed være en stor hjælp for såkaldt ressourcestærke borgere, der er vant til at betjene computere og nok skal klare sig, når blot de får tilstrækkelig med information. Og de kan understøtte ønsker om, at borgerne skal være aktive og selvhjulpne deltagere i behandlingen af sager vedrørende dem selv. Men som allerede nævnt kan de også – i hvert fald i en generation eller to endnu – virke afskrækkende, nedværdigende og fremmedgørende for andre dele af befolkningen. Det er i den forbindelse sigende, at danske tal peger på, at lidt over halvdelen af alle de ansøgninger, som borgerne har søgt at indgive digitalt, ikke blev gennemført.⁹

Igen opstår der således et grundlæggende spørgsmål om afvejning mellem systemhensyn og hensynet til den enkelte borgers valgfrihed og retssikkerhed i bredere forstand, såfremt sådanne systemer ikke blot tilbydes som en valgmulighed, men bliver den eneste mulige adgang til forvaltningen og de pågældende ydelser. Det gælder i særdeleshed, hvis den digitale selvbetjeningsløsning ikke i tilstrækkelig grad har en borgervenlig brugerflade.

Hvor de øvrige nordiske lande i højere grad på dette punkt synes at prioritere borgernes frie valg højt, er det i Danmark hensigten, at det for ”alle borgere, der kan”, trinvist skal gøres obligatorisk at anvende de offentlige digitale selvbetjeningsløsninger.¹⁰ Således indfører et stort antal lovbestemmelser fra 2012 og 2013 – og en række annoncerede yderligere fremtidige lovændringer i 2014 og 2015 – obligatorisk digital selvbetjening for borgerne i relation til så forskellige sagstyper som f.eks. indskrivning i folkeskole, våbentilladelser, ansøgning om sociale ydelser, ansøgning om begravelseshjælp, ansøgning om hjælpemidler, anmeldelse af forekomst af rotter og anmeldelse af cykeltyveri. Mange af ydelserne angår ydelser, der er målrettet til ældre såsom alderspension. Det præciseres i forarbejderne til de relevante love, at de berørte myndigheder vil kunne afvise ansøgninger m.v., hvis de ikke indgives digitalt. Igen er det min tese, *at denne tvungne overgang til digital kommunikation risikerer at inddele borgerne i a- og b-hold.*

4. Digital afgørelsesvirksomhed

4.1 I hvilket omfang kan det overlades til en computer at træffe forvaltningsafgørelser over for borgerne?

Jeg vil nu vende mig mod forvaltningens anvendelse af automatiserede sagsbehandlingssystemer, hvor computere helt eller delvist træffer forvaltningsafgørelser. Sådanne systemer kan dels gøre sagsbehandlingen billigere og hurtigere, dels åbne op for, at de ovennævnte selvbetjeningsystemer gøres fuldautomatiske og ikke blot udgør en kommunikationsform mellem borgeren og en fysisk sagsbehandler. Endelig kan digitalisering af visse former for afgørelsestyper øge sandsynligheden for korrekte og ensartede afgørelser.

⁹ Berlingske Tidende den 15. januar 2014 med henvisning til tal fra ”Borger.dk”.

¹⁰ Den fællesoffentlige digitaliseringsstrategi 2011-15, s. 15.

Allerede i dag er systemerne udbredte. Det måske vigtigste eksempel er skatteligningen. I hvert fald de danske ambitioner er betydelige, og det fremhæves udtrykkeligt i den danske fællesoffentlige digitaliseringsstrategi, at store dele af forvaltningens afgørelsesvirksomhed skal automatiseres.¹¹

Efter art. 15 i direktiv 95/46 om behandling af personoplysninger kan en part i visse tilfælde blokere for, at en afgørelse, der angår den pågældendes personlige forhold, udelukkende træffes på grundlag af elektronisk databehandling. Men bortset herfra er forvaltningsretten teknologineutral. Der eksisterer således ikke et selvstændigt hjemmelskrav for, at en beslutning kan træffes alene af en maskine.

Det er imidlertid en grundlæggende teknisk forudsætning for, at en maskine kan træffe en afgørelse, at de relevante fakta og retsregler kan sættes på en matematisk formel. Derimod vil maskiner ikke selv kunne træffe afgørelser i det omfang, retsreglen forudsætter et individuelt skøn. Her vil computere kun kunne forestå sagsbehandlingen, hvis man på forhånd kan udfinde alle relevante kriterier og tildele dem en fast vægt i den i princippet konkrete afvejning. Hvor der ikke allerede er udviklet en fast praksis for skønsudøvelsen, vil dette ofte ikke være muligt. I andre tilfælde kan en grundig kortlægning af allerede eksisterende administrativ praksis måske vise, at denne har (lovligt) har udkrystalliseret sig i en række afskærings- og prioriteringsregler, som et computerprogram kan forvalte enten fuldstændigt eller dog i form af en arbejdsbesparende understøttende funktion i forhold til dele af afgørelsens retsfaktum eller retsfølge.

Det er imidlertid ikke nemt at forudse enhver retssituation, som en given regel kan give anledning til, og foruddiskontere den korrekte afgørelse heraf, før de enkelte sager kommer på myndighedens bord. Computerprogrammer vil derfor have svært ved at iagttage forvaltningsretlige krav om, at også usædvanlige omstændigheder, som en borger påberåber sig, vil kunne have karakter af et pligtmæssigt hensyn, ligesom de generelt vil være mindre velegnede til at træffe afgørelser på områder, der fordrer svære bevisvurderinger.¹² På tilsvarende måde må digitale afgørelsessystemer give op, i det omfang en bestemmelse fordrer en individualiseret proportionalitetsafvejning.

De tekniske begrænsninger går videre end til det forvaltningsretlige skøn. Også retlige standarder og vage begreber som f.eks. ”bygning” og gradbøjninger som ”væsentlig” kan give anledning til vanskeligheder. Ofte vil en vis vaghed være tilsigtet i regeludformningen. Med edb-baserede afgørelser må vagheden imidlertid fjernes, og edb-koden får dermed karakter af en slags cirkulære om, hvordan loven skal fortolkes. Undertiden vil dette vanskeligt kunne forenes med traditionel juridisk metode. En person kan tage stilling til, om en container, der anvendes til beboelse, udgør bebyggelse i planlovgivningens forstand. Og hun kan nå frem til, at dette ud fra formålsbetragtninger og analogislutninger vil kunne være tilfældet, jf. UfR 1993.547 V. Hvordan klarer en computer en sådan opgave? Undertiden vil programmet kunne opbygges således, at computeren i denne type tilfælde overgiver sagen til en fysisk sagsbehandler til videre behandling. Andre gange vil der formentlig blive udstedt en forkert afgørelse.

11 Den fællesoffentlige digitaliseringsstrategi 2011–15, s. 28.

12 Se herom også nedenfor under pkt. 5 i forhold til officialmaksimen.

4.2 Indflydelse på lovgivningens nærmere udformning

For at kunne automatisere afgørelsesvirksomhed må retsreglen skæres til og gøres entydig og firkantet, således at den sproglige og den matematisk binære logik flugter. Lokalisering af elementer i en retsregel, som kan udgøre en barriere for digitale afgørelsessystemer, må derfor ske tidligt i processen. Allerede i forbindelse med udformningen af forvaltningsretlige regler er der behov for at tage stilling til, om lovgivningen på et givent retsområde kan udformes således, at den egner sig til fuldt digitale afgørelser, eller om man vil lade sig nøje med enten manuel sagsbehandling eller en digitalt understøttet sagsbehandling, hvor maskinen alene foretager praktiske funktioner i sagsbehandlingen, og hvor en fysisk sagsbehandler fortsat er den reelle beslutningstager, herunder på baggrund af input fra computerprogrammet.

Spørgsmålet er derfor, om de effektiviseringsgevinster i økonomisk forstand, der kan være forbundet med at gøre afgørelsesvirksomheden automatiseret, vil påvirke den nærmere udformning af de kommende års lovgivning. Det er i den forbindelse et grundlæggende retspolitisk valg, om det er ønskeligt på det enkelte sagsområde at forenkle regelgrundlaget så meget, at det er egnet til automatisering, eller om ønsket om individualisering i retsanvendelsen vejes tungere.

I den danske fællesoffentlige digitaliseringsstrategi 2011–15 peges udtrykkeligt på digitaliseringens indflydelse på lovteknikken. Det udtales således, at det er ”vigtigt at føre lovgivningen ajour på relevante områder, så myndighederne ikke forhindres i at udnytte it som et helt naturligt arbejdsredskab i hverdagen”. Dette indebærer bl.a., at der skal gøres en indsats for at tilpasse lovgivningen, at således ”reguleringen af et område er egnet til automatiseret sagsbehandling”.¹³ Det er på den baggrund min **anden tese**: *at ønsket om at digitalisere afgørelsesvirksomhed vil påvirke udformningen af den offentligretlige lovgivning væk fra skønsprægede hjemmelsbestemmelser i retning af mere præcise og mindre fleksible retsregler.*

Som eksempel på denne udvikling kan nævnes de danske regler om patienters ret til at se deres egen sygejournal. Tidligere – da aktindsigtsadgangen blev givet på papir efter en manuel sagsgennemgang ved en fysisk sagsbehandler – kunne retten til aktindsigt begrænses, i det omfang patientens interesse i at blive gjort bekendt med oplysningerne fandtes at burde vige for afgørende hensyn til bl.a. den pågældende selv. Denne begrænsning havde i sagens natur undtagelsens karakter. Men den blev brugt regelmæssigt bl.a. i tilfælde, hvor en patient var skizofren, og det blev skønnet, at patientens psykiske tilstand ville blive forværret, og behandlingsforløbet skadet, hvis vedkommende fik kendskab til alle oplysninger i patientjournalen. I forbindelse med, at Danmark overgik til et system, hvor borgerne får digital adgang over nettet til deres egne patientoplysninger, blev den nævnte begrænsning imidlertid ophævet, idet det ikke var praktisk muligt at indføre et system med elektronisk indsigts samtidig med, at man opretholdt skønsmæssige begrænsninger heri. Et system med digital adgang til ens egne patientoplysninger er af flere grunde en stor gevinst for langt de fleste borgere. Men det synes uhensigtsmæssigt og illustrativt for digitaliseringens indflydelse på lovgivningen, at velbegrundede særordninger, der forudsætter individuelle løsninger efter et konkret skøn, må afskaffes for at gøre det muligt at indføre automatiserede løsninger.

For at tilfredsstille politikernes effektiviseringsønsker må fremtidens lovteknikere lære at formulere retsregler, der kan udtrykkes i matematiske formler. Samtidig må vi jurister vænne os til at udforme lovgivning i samarbejde med it-eksperter. Enhver, der har set disse

13 A.st., s. 40.

to faggrupper arbejde sammen, ved, at der ligger store udfordringer heri. Dels er det nemt at forestille sig, hvordan deregulering vil blive lanceret som afbureaukratisering. Dels ses jurister ofte af andre professionsgrupper som bagstræberiske og kæmpende for ubegrundede barrierer for fremskridt og realisering af de ønskede it-løsninger.

Hidtil har det kun i begrænset omfang været jurister, der har drevet udviklingen af e-forvaltningen. I stedet har dataloger fået en fremtrædende plads i designet af de programkoder, der én gang for alle vil afgøre en lang række sager. Overgangen til automatiserede afgørelser vil således kunne indebære en reduktion af juristernes indflydelse i de besluttende myndigheder, herunder i forhold til indholdet af konkrete forvaltningsakter.

5. Digitalisering og forvaltningsproces

Automatiseret sagsbehandling giver kun de fulde effektiviseringsmuligheder, hvis ikke blot selve den materielle afgørelse, men også sagsbehandlingskravene kan udføres elektronisk. En række sagsbehandlingskrav er imidlertid ikke helt så nemme at udføre uden menneskelig involvering. Og hvor dette er tilfældet, kan man vanskeligt indfri de gevinster, der forudses ved en overgang til fuldstændigt automatiseret afgørelsesvirksomhed.¹⁴

Det er næppe det store problem, at reglerne om partsaktindsigt – og det i disse regler indeholdte krav om konkrete skadesvurderinger – vanskeligt kan overlades helt til en maskine. Afgørelser herom er jo selvstændige sager og kan for så vidt nemt udskilles. Der er større problemer forbundet med partshøringsreglerne. Afhængigt af retsområdet vil det være muligt at lave et program, der kan identificere oplysninger, der er til ugunst for parten, og høre denne over oplysningerne. Til gengæld er det straks sværere for en maskine at forholde sig til partens høringssvar. Her må sagen nok ofte overlades til manuel behandling. Det samme gælder i forhold til partsudtalelser på partens eget initiativ.

For så vidt angår begrundelsesreglerne tillader i hvert fald dansk ret i betydelig grad standardbegrundelser. Og da den materielle afgørelse som nævnt alene kan træffes automatisk, i det omfang sagen ikke kræver et individuelt skøn, vil behovet for at redegøre for de anvendte kriterier næppe volde problemer. Derimod kan et krav om, at forvaltningen skal forholde sig til partsanbringender, der ikke kan vinde frem, men dog ikke er ganske irrelevante, indebære, at visse afgørelses begrundelser må overlades til sagsbehandlere af kød og blod.

Også forvaltningsmyndighedernes vejledningspligt kan undertiden have svære kår i den digitale verden. På den ene side kan digitale selvbetjeningsystemer i betydelig grad bistå borgeren. På den anden side forudsætter de fleste digitale selvbetjeningsystemer nok, at borgeren selv kender diagnosen på vedkommendes eget problem og f.eks. ved, hvilken offentlig ydelse som vedkommende har mulighed for at ansøge om. Endvidere er der i praksis eksempler på, at vejledningspligten er blevet overtrådt i tilfælde, hvor en borger ikke har udfyldt et elektronisk ansøgningsskema korrekt, og det digitale program på den baggrund har afslået borgerens ansøgning uden forinden at rykke for den mangelfulde eller fejlagtigt udfyldte information og advare om virkningen af, at de manglende oplysninger ikke indsendes.

For et par år siden fik nogle studerende, der havde ansøgt om optagelse på et dansk universitet via et elektronisk optagelsessystem, på trods af tilstrækkelige kvalifikationer afslag,

14 Derimod er de nedenfor omtalte forhold kun sjældent til hinder for digitale sagsbehandlingssystemer, der alene understøtter den fysiske sagsbehandlers virksomhed.

fordi deres eksamensbeviser ved en fejl ikke var vedhæftet deres ansøgninger. Havde der været tale om manuel sagsbehandling, ville det have været et helt naturligt skridt at kontakte studenterne, bede dem om at indsende det manglende materiale og først, når dette ikke var sket, knytte processuel skadevirkning til den ufuldstændige information. På den danske ombudsmands foranledning er det pågældende optagelsessystem nu blevet ændret, således at ansøgeren adskillige gange advares om konsekvenserne af ikke at indsende den ønskede information.¹⁵

Herudover rejser selvbetjeningsystemer spørgsmål i forhold til myndighedernes forpligtelser over for parter, der ikke forstår det sprog, som selvbetjeningsfladen er udformet på.

De største udfordringer ligger imidlertid – afhængigt af retsområdet og den konkrete retsregel, der skal administreres efter – i forhold til officialmaksimen. Det skyldes bl.a., at automatiserede afgørelsessystemer som nævnt forudsætter, at myndighederne på forhånd kan afgrænse abstrakt, hvilket faktum der måtte være relevant i alle fremtidige sager. Når sagen behandles ved automatiseret forvaltning, bliver den faktiske del af beslutningsgrundlaget ikke grundlag for forvaltningsorganets konkrete vurdering. I stedet forskydes sagsoplysningen til en generel model for det typisk forekommende, der da danner grundlag for de felter, som borgeren skal udfylde, og myndigheden selv supplere gennem samkøring med databaser. Anvendelsen af automatiserede systemer indebærer derfor en risiko for, at myndighederne ikke fanger tilfælde med atypiske fakta, hvor retsgrundlaget forpligter dem til at tage hensyn til forhold, der enten normalt ikke opstår eller normalt ikke er relevante.¹⁶ Den automatiserede forvaltning rejser også spørgsmål om alternativ bevisførelse. Hvor systemet ikke giver mulighed herfor, må det tillade og vejlede om muligheden for at tilvejebringe bevis på anden måde, herunder ved almindelig kommunikation med myndigheden. Fuldautomatiske afgørelsessystemer er derfor bedst egnede i tilfælde, hvor sagstyperne er standardiserede og ensartede, og hvor parten typisk ikke er uenig med myndigheden om sagsfaktum.

Digital forvaltning rejser særlige spørgsmål i forhold til betydningen af, at myndighederne træffer beslutninger på grundlag af korrekte og ajourførte oplysninger. Kravene til bevissikkerhed er for så vidt de samme som i forhold til manuel sagsbehandling. De nemmere søgemuligheder ved digitale midler ændrer imidlertid den praktiske virkelighed i forhold til disse krav. Både den øgede cirkulation af data og den nedenfor under pkt. 6 omtalte ambition om, at myndighederne genbruger data i stedet for at indhente den (på ny) direkte fra de omhandlede borgere og virksomheder, indebærer, at der kan opstå risiko for lav datakvalitet ved anvendelse af forældede oplysninger og oplysninger, der ville have været udformet anderledes, såfremt afgiveren af oplysninger havde været opmærksom på den kontekst, som oplysningerne nu tænkes anvendt i.

I alle de nævnte tilfælde opstår der spørgsmål om, hvor perfekt man vil insistere på, at programmet er til at opfange atypiske situationer. Målet må naturligvis være det optimale, men heller ikke alle fysiske sagsbehandlere er oplært til at kunne forholde sig til enhver tænkelig situation. Man kan derfor stille det spørgsmål, om det vil være rimeligt at afvise automatiseret sagsbehandling, fordi systemet ikke kan opbygges således, at det kan fange situationer, som heller ikke den typiske sagsbehandler selv ville være opmærksom på.

Faktisk kan sandsynligheden for, at en afgørelse er truffet i overensstemmelse med alle relevante forvaltningsprocessuelle regler være væsentligt større i den digitale

15 I FOB 2013-7 fandtes en myndigheds skriftlige standardvejledninger i et elektronisk konceptsystem, der gjorde det vanskeligt og bekosteligt at tilpasse vejledningsteksterne til den enkelte sag. Den danske ombudsmand afviste, at dette forhold slækkede på kravene til en korrekt og relevant vejledning tilpasset den enkelte sags konkrete omstændigheder.

16 Se herom også pkt. 4 ovenfor.

forvaltning, idet computeren – en gang korrekt programmeret – ikke i samme omfang som fysiske sagsbehandlere kan overse forvaltningsretlige krav. Navnlig kan digitalt understøttede systemer, der bistår sagsbehandleren med mere praktiske opgaver, holder styr på sagsgangen og minder denne om forvaltningsprocessuelle krav formentlig i betydelig grad forbedre borgernes reelle procesretssikkerhed i forhold til rent manuel sagsbehandling. Sådanne systemer kan også – på baggrund af de oplysninger systemet besidder fra parten og eventuel samkøring med andre databaser – præsentere sagsbehandleren for et udkast til afgørelse og begrundelse samt guide sagsbehandleren til at foretage egne overvejelser i forhold til bestemte steder i udkastet.

Jeg fremsætter på den baggrund den **tredje tese**: *at digitale selvbetjeningsløsninger i en række henseender forbedrer kvaliteten af det offentliges service til borgerne, men at de samtidig kan rejse retssikkerhedsmæssige spørgsmål i forhold til bl.a. atypiske situationer og myndighedernes vejledningspligt.*

6. Datasamarbejde og kontrol

Informationsteknologien giver en hidtil uset adgang til genbrug af data, og der opstår som følge heraf et naturligt ønske om at udnytte denne mulighed gennem fælles informationssystemer og tværgående dataadgang mellem myndighederne. Et centralt fokuspunkt for digitaliseringen er den såkaldte silonedbrydning og de deraf følgende organisatoriske og forvaltningsprocessuelle ændringer. De bagvedliggende hensyn er bestemt rosværdige, nemlig håbet om, at genbrug af offentlige data kan give mulighed for effektivitetsbesparelser, formindske risikoen for, at der træffes forkerte oplysninger, styrke bekæmpelsen af misbrug af offentlige ydelser, forbedre muligheden for myndighedssamarbejde, udvikle informationsprodukter med offentlige data som kilde, lette borgernes hverdag og gøre de nationale administrationer mere gennemsigtige.

Bla. ud fra disse hensyn argumenteres der ofte i de nordiske regeringers digitaliseringsstrategier for, at informationsudvekslingen mellem forvaltningsmyndighederne bør forøges markant i forbindelse med overgangen til digital forvaltning. Eksempelvis anføres det i den ovennævnte danske digitaliseringsstrategi, at det

”... offentlige skal skærpe fokus på at høste digitaliseringens økonomiske gevinster – blandt andet ved langt mere systematisk at genbruge data og digitale løsninger på tværs af myndigheder. ... På en række områder, hvor borgerne modtager ydelser fra det offentlige, skal det være helt slut med ansøgningskemaer, tro og love-erklæringer samt kopier af lønsedler og årsopgørelser mv. I stedet skal de offentlige myndigheder bruge de informationer om fx borgernes indkomst, som allerede er registreret i centrale databaser. .. Når oplysninger om bopæl, arbejdsgiverforhold og lønindkomst sættes sammen på helt nye måder, får det offentlige også bedre mulighed for at sikre, at der kun udbetales offentlige ydelser til borgere, som har krav på det. De muligheder skal udnyttes meget mere systematisk, så både fejl og socialt snyd opdages hurtigt. Her kan moderne it-værktøjer gøre sagsbehandleren opmærksom på usædvanlige forhold, der bør undersøges nærmere.”¹⁷

Beslægtede overvejelser findes i det norske digitaliseringsprogram af 2012¹⁸ og i lignende svenske papirer.¹⁹

17 Den fællesoffentlige digitaliseringsstrategi 2011-15, s. 2, 4 og 28.

18 ”På nett med innbyggerne”, s. 11, 16, 19, 29 og 36, samt Meld. St. 23 (2012-13), s. 84.

19 SOU 2007:45, Utökat elektroniskt informationsutbyte, samt Statskontorets publikationer 2004:27, Den offentliga förvaltningen i e-samhället - Diskussionsunderlag om en arkitektur för en modern nätverksförvaltning, og Statskontoret

De nævnte hensyn er bestemt saglige. Men der kan omvendt anføres væsentlige persondatarelige hensyn imod en sådan ophobning og spredning af information, herunder i forhold til principperne om formålsbestemthed og proportionalitet. Endvidere vil ønsket om øget informationsudveksling i en række tilfælde alene kunne realiseres, hvis man fraviger de hidtil gældende regler om grænserne for myndighedernes adgang til at udveksle følsomme oplysninger uden den berørte borgers forudgående samtykke. Man fornemmer, at visionerne mere tager udgangspunkt i de tekniske muligheder end i traditionelle retspolitiske overvejelser.²⁰

Det bliver en løbende opgave for juriststanden at minde om, at den teknologiske udvikling kan indebære en øget risiko for retten til privatliv og databeskyttelse. Der er bestemt en fare for, at vi hermed endnu en gang kommer til at fremstå bagstræberiske i andre professioners øjne. Men der forbliver juristens lod at minde om de risici, der er forbundet med de potentialer, som politikerne, samfundsøkonomerne og edb-folket allerede har fået øje på. Som det danske Datatilsyn har anført, er det nok en retspolitisk diskussion værd, om ikke det større flow af data, som synes at være en uundgåelig følge af digitaliseringen, gør det naturligt at overveje nye mekanismer til beskyttelse af borgernes ret til privatliv.²¹

Jeg fremsætter på den baggrund følgende **fjerde tese**: *Digitaliseringens muligheder for samkøring af oplysninger kan på en gang øge servicen til borgerne og svække deres retssikkerhed.*

7. Tilsyns- og ankeorganer

Som allerede antydnet forudsætter automatiserede afgørelsessystemer, at det er muligt at gå fra den klassiske model, hvor retskilderne fortolkes i den konkrete sag, til systemer, hvor retskilderne fortolkes en gang for alle og derpå nedfældes i en programkode uden kendskab til de fremtidige sagers individuelle omstændigheder.

Denne forskydning fra den konkrete sagsbehandling til systemudviklingen får tillige betydning for afgørelsens prøvelse ved en højere instans. Hvis også ankeinstansen benytter sig af automatiseret behandling, bliver rekursen illusorisk, såfremt systemet er det samme som det, der anvendes ved underinstansen. Benytter ankeinstansen sig af et andet program, må underinstansens program én gang for alle korrigeres til at stemme overens med ankeinstansens. Rekurs af konkrete sager giver derfor dybest set kun mening, såfremt ankeinstansen ikke benytter sig af et fuldt automatiseret afgørelsessystem.

Hvor den reelle beslutning tages ved udformningen af programkoden, og resten derefter følger automatisk, øges behovet for at forskyde tilsynet til systemniveauet. Eller udtrykt mere generelt: For at bevare de klassiske retssikkerhedsmæssige garantier i en automatiseret forvaltning, må deres konkrete udformning omformes, således at de modsvarer de ændrede udfordringer, som den automatiserede afgørelsesmodel frembringer.

Som jeg vil komme ind på under pkt. 8 nedenfor, har bl.a. den danske ombudsmand fundet adskillige tilfælde, hvor digital forvaltning konkret har indebåret overtrædelser af

2004:30, Potential for inre effektivisering av offentlig forvaltning genom automatiserad elektronisk ärendehantering.

20 Se hertil også det norske Datatilsyns "Strategi for godt personvern i digitaliseringen av offentlig sektor", s. 3, 4, 10 f og 16, hvor det bl.a. anføres, at "fra et personvernståsted er det viktig at lovbestemt taushetsplikt ikke settes til side eller begrenses på grunn av teknologiske muligheter. Teknologien bør i stedet benyttes til å støtte opp under taushetsplikten."

21 Datatilsynets uttalelse af 29. marts 2007 vedrørende høring over udkast til strategi for digitalisering af den offentlige sektor 2007–2010, s. 4.

forvaltningsretten. Han har endvidere i mindst et tilfælde undladt at nøjes med at vurdere de slutprodukter, som den nye teknologi kommer med i de enkelte sager, men også bistået myndighederne ved at undergive it-systemerne som sådanne en nærmere analyse i forhold til forvaltningsprocessuelle spørgsmål. Denne praksis bør efter min opfattelse udbygges. På samme måde som tilsynsorganer kan screene et udkast til et cirkulære eller en bekendtgørelse, kan de gå ind i en bedømmelse af selve programkodens evne til at procedure korrekte afgørelser. Det vil ikke være nogen nem opgave, men ordninger med systemrevision kendes på andre retsområder, herunder inden for revisionsretten, og som franskmændene siger ”mieux vaut prévenir que guérir”.

Automatiserede afgørelsessystemer giver også anledning til udfordringer med hensyn til opfølgningen på overordnede instansers afgørelser. Normalt opbygges praksis kontinuerligt i lyset af indkomne erfaringer og kontrolinstansernes praksis. Retskildesystemet forudsætter derfor som noget naturligt, at retsanvenderen løbende følger med i retsudviklingen ved disse instanser med henblik på at vurdere, om praksis må justeres. I forhold til automatiseret sagsbehandling må det samme krav rettes til systemudvikleren som et krav om redesign af det elektroniske beslutningssystem. Men mon ikke der her kan være en vis afstand mellem de normative krav og virkelighedens uperfekte verden? Automatiserede afgørelser vil alt andet lige begrænse et retsområdes dynamik og medføre en mere statisk retstilstand. Omvendt vil sådanne systemer i tilfælde af en korrekt gennemført korrektion som følge af overordnede organers afgørelser nok bedre end manuelle systemer sikre en konsekvent praksisændring.

I lyset af ovenstående fremlægger jeg følgende **femte tese**: *Overgangen til digital forvaltning stiller nye udfordringer til prøvelsesorganerne.*

8. Almindelige sagsbehandlingskrav, der har givet anledning til særlige udfordringer, når sagsbehandlingen sker digitalt

De forvaltningsretlige krav til myndighedernes sagsbehandling skal naturligvis også overholdes i forbindelse med indførelse af ny teknologi. Brugen af digitale arbejdsværktøjer har imidlertid i en række tilfælde medført, at selv almindelige sagsbehandlingsrutiner ikke altid overholdes. Som jeg vil vise i det følgende, har myndighederne her en væsentlig opgave i at råde bod på det misforhold, der undertiden opstår mellem de retlige krav og virkeligheden i den daglige forvaltning.

8.1 Journalisering og sagsbehandlingsrutiner

E-mails og sms'er kan udgøre dokumenter, og som sådanne skal de naturligvis journaliseres. Det er imidlertid en almindelig erkendelse, at dette næppe sker i samme omfang, som det sker i forhold til papirbaserede dokumenter. Noget er simpelt sjusk, men det forholder sig nok også således, at mange sagsbehandlere simpelt hen ikke opfatter mails og sms'er som sagsdokumenter i samme omfang som forudsat i de nationale lovgivninger.²² Virkningen er, at både partsaktindsigten, offentlighedens aktindsigt og muligheden for at rekonstruere beslutningsgrundlaget under en eventuel efterfølgende prøvelse eller genoptagelse undergraves, selv om reglerne for så vidt er gode nok.

Den danske ombudsmand har fundet eksempler på, at brugen af digital sagsbehandling

22 I den norske civilombudsmands sag 2008/259 udtales kritik af en manglende journalisering af en SMS.

har ført til, at myndighederne glemmer at lave autentiske kopier af udgående breve og at opbevare disse på sagen.²³ Der har også været tilfælde, hvor afsendelse af afgørelsesbreve er sket ved word-filer og ikke ved pdf-filer. Virkningen var, at afgørelsesbrevene ændrede dato, hver gang filerne blev åbnet. Man kunne dermed ikke datofæstne, hvornår afgørelserne var blevet meddelt, ligesom der var mulighed for, at brevene efterfølgende kunne ændres.²⁴

På tilsvarende måde har myndighedernes IT-systemer ikke altid været indrettet således, at relevante sager kan findes ud fra indholdsmæssige kriterier og ikke blot ved søgning på journalnumre e. lign. Som følge heraf bliver det sværere for myndighederne at danne sig et overblik over deres egen praksis, finde relevante fortilfælde og sikre lighedsgrundsættningens overholdelse i deres administration.²⁵

Myndighedens valg af et elektronisk i stedet for et papirbaseret medium berettiger ikke, at man kasserer et dokument på et tidligere tidspunkt, end hvis det havde foreligget i papirform. Ikke alle IT-systemer har i praksis levet op til dette krav.²⁶

8.2 Personoplysninger på hjemmesider

Den digitale teknologi har bevirket, at myndighederne i betydeligt omfang lægger information ud på deres hjemmesider så som postlister, principielle sager eller dagsordener med relevante bilag for en kommunalbestyrelse og dennes udvalg. De bagvedliggende hensyn er prisværdige og bevirker, at borgerne i øget grad kan få større indsigt i forvaltningen og følge og deltage i den demokratiske beslutningsproces. Som bl.a. det danske datatilsyns praksis viser, har den øgede offentlighed imidlertid hyppigt haft den utilsigtede konsekvens, at myndighederne er kommet til uberettiget at offentliggøre følsomme personoplysninger. Det er derfor vigtigt, at myndighederne i forhold til en sådan offentlighed udviser påpasselighed og sikrer sig, at der ikke videregives oplysninger i strid med reglerne om tavshedspligt og persondatabeskyttelse. Man bør i den forbindelse ikke glemme, at oplysninger på internettet erfaringsmæssigt er særdeles vanskelige at berigtige og slette effektivt på grund af søgemaskiner mv. Selv om de retlige problemstillinger er de samme, er de faktiske konsekvenser af elektronisk offentlighed hyppigt anderledes drakoniske, end før internettet blev udbredt.

Særlige problemer kan melde sig i forhold til hjemmesider, der nok oprindeligt var informative og korrekte, men som ikke vedligeholdes tilstrækkeligt. Hvor borgerne nok kan regne ud, at en gulnet pamflet muligvis ikke er up-to-date, forventes det med rette, at dette er tilfældet for hjemmesider. Sandheden er imidlertid også her den mere mistrøstige, at myndighederne hyppigt bruger store kræfter på at etablere en hjemmeside, men kun få kræfter på at ajourføre den. Den danske ombudsmand har derfor flere gange måttet indskærpe myndighedernes pligt til at opdatere oplysninger i lyset af ny lovgivning og praksis.²⁷

23 FOB 1997.198, FOB 2001.290 og FOB 2003.686.

24 FOB 2009 4-7.

25 FOB 2004.569 og FOB 2006.390. I den norske civilombudsmandssag 2010/1458 havde en kommune alene registreret et sammenlæg af en ansøgning og returneret selve ansøgningen til parten, idet kommunens elektroniske sagsbehandlingssystem havde en maksimal kapacitet på 100 tegn. Næppe overraskende blev det statueret, at dette forhold ikke kunne begrunde, at kommunen ikke opbevarede en fuldstændig kopi af ansøgningen.

26 FOB 1997.198 og FOB 2003.686.

27 FOB 2006.379 og FOB 2007.289. I Ufr 2007.1603 SH blev den danske sikkerhedsstyrelse erstatningsansvarlig for manglende opdateringer af styrelsens hjemmeside. En særlig problemstilling, der ikke tages op her, er reglerne for forvaltningens kommunikation med borgerne over sociale medier så som via åbne Facebook sider. Som dataansvarlig må en forvaltningsmyndighed selvsagt respektere de persondataretlige krav til offentlige myndigheder, når den selv lægger oplysninger på den pågældende facebookside. Men kan den i videre omfang tillade, at borgere lægger informationer på forvaltningens side, som den ikke selv kan offentliggøre?

På den baggrund fremlægger jeg følgende **sjette tese**: *Indførelsen af IT svækker undertiden myndighedernes faktiske overholdelse af selv fundamentale sagsbehandlingsregler.* Det er derfor essentielt, at IT-systemerne udformes på en sådan måde, at forvaltningsretlige regler er tænkt ind i selve systemerne.

Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn

Advokat *Jan Fougner*, Norge

Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn

Advokat *Jan Fougner*, Norge

Vilkåret om saklig grunn for oppsigelse er et virkemiddel for å sikre trygghet i ansettelsesforholdet. Saklighetskravet gir mulighet for konkret rimelighet og overprøving av arbeidsgiverskjønnet i den individuelle sak. I lys av rettspraksis og erfaringer i arbeidslivet kan det stilles spørsmål ved om saklighetskravet er en tilstrekkelig vellykket kontrollmekanisme ved tvungen avslutning av arbeidsforhold. Er saklig grunn en hensiktsmessig norm for arbeidsgivere og arbeidstakere å treffe beslutninger ut fra? Gir det en effektiv beskyttelse mot ugrunnede oppsigelser? Det er grunn til å diskutere om alternativ regulering bedre kan ivareta partenes behov ved avslutning av arbeidsforhold. Formålet med referatet er å gi et rettspolitisk bidrag som grunnlag for debatt om saklighetskravets utvikling og hensiktsmessighet.

1. Innledning til temaet

Krav til saklig grunn for oppsigelse vokste frem innen den kollektive arbeidsrett etter århundreskiftet. I dag er saklighetskravet et fellesnordisk grunnkrav ved oppsigelse, innført dels i lovgivning og dels i tariffavtaler i samtlige nordiske land. Prinsippet om fast ansettelse og kravet til saklig grunn for oppsigelse utgjør kjernen i arbeidstakernes oppsigelsesvern. Formålet er å gi arbeidstakerne trygghet i ansettelsesforholdet. Arbeidet er et gode for arbeidstakeren. I Norge er Grunnloven av 17. mai 1814 § 110 et symbolsk uttrykk for beskyttelse av arbeidet: Det påligger statens myndigheter å legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan skaffe seg et utkomme ved sitt arbeid. I tillegg er det fastslått at det ved lov skal gis nærmere regler om ansattes medbestemmesrett. Særlig det siste er et uttrykk for at arbeidet er et gode som arbeidstakerne skal ha innflytelse over. Norges Høyesterett har i Rt. 1980 s. 52 angitt at retten til arbeid vil være av den største betydning for den enkelte og at rettssaker om oppsigelser og avskjed vil, for de mennesker sakene angår, være av større betydning enn svært mange tvister om formuesgoder.

Oppsigelsesvern regnes i dag som en grunnleggende rettighet for den ansatte. I en europeisk sammenheng har dette fått uttrykk i den europeiske unions charter av 7. desember 2000 om grunnleggende rettigheter artikkel 30. Gjennom fremveksten av reglene om stillingsvern har arbeidsforholdet fjernet seg fra å være et kontraktsforhold basert på prinsippet om gjensidig kontraktsfrihet, med fri oppsigelsesadgang for begge parter og en forutsetning om ytelse mot ytelse. Det kontraktsrettslige utgangspunkt er i dag vesentlig modifisert og står nå i skyggen av arbeidervernlovgivningen og de kollektive avtalenes vernebestemmelser.

Som andre rettslige standarder lar saklighetskravet seg ikke beskrive ved en enkel formel. Kravet til saklig grunn, hva enten dette er regulert i lov eller kollektiv avtale,

henviser til en skjønsmessig målestokk eller norm hvis innhold utvikles gjennom praksis. I dette ligger saklighetskravets dynamiske karakter. Saklighetskravets kjerne er i norsk rett en begrensning i arbeidsgivers oppsigelsesrett til tilfeller basert på virksomhetens saklige behov. Dette utgangspunkt suppleres imidlertid av subjektive rimelighets- og interesseavveininger og en plikt for arbeidsgiver til å vurdere om det finnes annet passende arbeid i virksomheten som alternativ til oppsigelse. Konsekvensene av oppsigelse for den oppsagte balanseres mot virksomhetens behov. Saklighetskravet rommer i tillegg strenge krav til en forsvarlig prosess. Vilkåret om saklig grunn for oppsigelser omfatter følgelig noe langt mer enn at arbeidsgiver unnlater å ta usaklige hensyn ved sin vurdering.

Saklighetskrav som begrensning i oppsigelsesretten er kun relevant hvor arbeidsmarkedet er basert på faste og tidsbegrensede stillinger. I arbeidsmarkeder basert på midlertidige og tidsbegrensede arbeidsforhold vil krav om saklig grunnlag for oppsigelse ha mindre betydning som endringsmekanisme. I nordisk arbeidsrett står både hovedregelen om faste tidsbegrensede ansettelsesforhold og stillingsvern sterkt, og fungerer i et samspill.

Selv om saklighetskravet er et nordisk felleseie, er det klare forskjeller mellom stillingsvernet i de nordiske land. Sverige, Norge og Finland har innført almen arbeidervernlovgivning med lovfestet saklighetskrav for oppsigelse fra arbeidsgiver. Dansk og islandsk arbeidsrett har tradisjonelt hatt et mer liberalistisk tyngdepunkt. For så vidt angår Danmark er reguleringen preget av kollektive overenskomster, og ikke almen arbeidervernlovgivning med lovfesting av oppsigelsesvern. Derimot er saklighetskravet utbredt i tariffavtaler og finnes i tillegg i den danske funksjonærlov. Det er klare forskjeller mellom de nordiske land også når det gjelder virkningene av usaklig oppsigelse og arbeidstakers rettigheter i så henseende. I Norge og Sverige er det lovfestede regler om at usaklige oppsigelser er uten virkning og kan kjennes ugyldige, med korresponderende rett til å fortsette arbeidet. Denne rettsfølge suppleres av lovfestet rett til å stå i stilling under oppsigelsestvist. Virkningene av en usaklig oppsigelse i Danmark, Finland og Island vil derimot i all hovedsak være godtgjørelse til arbeidstaker, oppad begrenset til 3–24 måneders lønn, avhengig av land og rettsgrunnlaget, hvilket betyr at også en usaklig oppsigelse vil kunne gjennomføres, slik at den oppsagte uansett mister sitt arbeide.

2. Hovedteser

Referatet er bygget opp rundt to hovedteser, for det første saklighetskravets utvikling mot økt individfokus på bekostning av virksomheten, og for det andre saklighetskravets utilstrekkelighet som hensiktsmessig mekanisme ved avslutning av arbeidsforhold:

Tese 1: Praktisering av saklighetskravet er nært knyttet til samfunnsutviklingen. I løpet av de siste tiår er individuelle hensyn vektlagt i økende grad på bekostning av virksomhetens behov, parallelt med økt individualisering i samfunnet og økt rettslig individfokus

Sammenligning av norske eldre og nyere rettsavgjørelser illustrerer en gradvis endring fra et objektivt fokus på svikten og/eller virksomhetens behov til fokus på konsekvensene for den oppsagte. Effekten er et skjerpet saklighetskrav og høyere terskel for oppsigelse. Dette leder videre til:

Tese 2: Saklighetskravet er ikke godt nok egnet til å løse virksomhetens og arbeidstakernes behov ved omstillinger og tvungen avslutning av arbeidsforhold

På samme måte som andre rettslige standarder åpner saklighetskravet for konkret rimelighet og riktige avgjørelser i den enkelte sak. «Ulempen» er liten forutsigbarhet. Dette leder blant annet til usikkert beslutningsgrunnlag og ofte ressurskrevende tvisteprosesser med usikkert utkomme for både virksomheten og den ansatte.

Jeg vil derfor ta til orde for at kravet til saklig grunn erstattes av diskrimineringsregelen og et standardisert system for avgangsvederlag.

3. Utviklingstrekk – saklighetskravet

3.1 Ulik prøvingsintensitet avhengig av oppsigelsesgrunn

Vilkåret om saklig grunn som element i stillingsvernet suppleres av, og kan ikke vurderes løst fra, domstolsprøvelsen i oppsigelsessaker. Parallelt med saklighetskravets fremvekst og utvikling, er domstolsprøvelsen i oppsigelsessaker intensivert, fra prøvelse av korrekt faktum og fravær av utenforliggende hensyn, til prøvelse av selve arbeidsgiverskjønnet. Norske domstoler prøver i dag alle sider av en oppsigelse, og vurderer om oppsigelse er den beste løsning ut fra en avveining av partenes interesser, såkalt full eller positiv prøvelse. Full prøvelse er utgangspunktet også i de øvrige nordiske land. Et fellesnordisk trekk synes imidlertid å være at prøvelsen er mindre intens ved oppsigelser grunnet virksomhetens økonomiske forhold (innskrenkning og rasjonalisering) enn ved oppsigelser grunnet i arbeidstakers forhold. Det medfører at arbeidsmangel som følge av redusert omfangsbehov eller arbeidsbrist normalt anses som saklig grunn. I den svenske utredningen SOU 2012:62 s. 46 er det lagt til grunn at det ved oppsigelse på grunn av «arbeitsbrist» som hovedregel ikke gjøres noen overprøving av de foretaksøkonomiske vurderinger som ligger til grunn for arbeidsgiverens beslutninger. Det uttrykkes slik at «arbeitsbrist är saklig grund». Kjernen i oppsigelsesvernet ved «arbeitsbrist» ligger isteden i at arbeidsgiveren i disse situasjonene ikke helt fritt får velge hvilken arbeidstaker som skal sies opp. Dette er beskrivende for rettsstilstanden i Norge, hvor sakligheten av rasjonaliseringsbehov erfaringsmessig sjelden underkjennes, men av utvelgelsen de enkelte arbeidstakere prøves av domstolene.

Konsekvensen av lempeligere prøving av oppsigelser som skyldes «arbeitsbrist» er at oppsigelsesvernet er sterkere ved svikt og klanderverdige forhold på arbeidstakersiden enn ved endret omfangs- eller kompetansebehov hos arbeidsgiver. Dette betyr også at oppsigelse grunnet i virksomhetens forhold reelt sett er vesentlig lettere enn oppsigelse grunnet arbeidstakers forhold.

3.2 Økt vekt på individuelle hensyn

Drøftelsen nedenfor tar utgangspunkt i hovedtese 1: Praktisering av saklighetskravet er nært knyttet til samfunnsutviklingen. I løpet av de siste tiår er individuelle hensyn vektlagt i økende grad på bekostning av virksomhetens behov, parallelt med økt individualisering i samfunnet og økt rettslig individfokus.

Det har i norsk rettspraksis vært en klar utvikling når det gjelder vektlegging av individuelle hensyn i oppsigelses- så vel som avskjedssaker. Rimelighetshensyn har lenge vært et ledd i vurderingen, men har gradvis fått større plass. I arbeidsmiljøloven av 1977 ble krav om avveining av oppsigelsens konsekvenser for den oppsagte ved oppsigelse grunnet virksomhetens forhold tatt inn i lovteksten, som en presisering av vilkåret om saklig grunn. I norsk rettspraksis er imidlertid rimelighetshensyn, herunder sosiale hensyn og brede interesseavveininger, blitt vanlige ingredienser i saklighetsvurderingen enten oppsigelsen skyldtes virksomhetens eller arbeidstakers forhold.

Denne utvikling mot økt vektlegging av rimelighetshensyn kan illustreres ved to norske høyesterettsdommer, avsagt med 17 års mellomrom. I Rt. 1992 s. 1023, som gjaldt avskjedigelse av en flykaptein grunnet tollstridig innføring av seks flasker brennevin under tjeneste, karakteriserte Høyesterett subjektive rimelighetsmomenter som arbeidstakers alder, vanskeligheter med å få ny jobb samt familieforhold som sekundært og av mindre vekt i saklighetsvurderingen:

«Dette er subjektive rimelighetsmomenter som loven etter sin ordlyd i § 60 nr. 1, ikke gir anvisning på å ta hensyn til, i motsetning til nr. 2 i samme paragraf når oppsigelsen skyldes driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak. Ut fra praksis og teori antar jeg likevel at det kan legges noe vekt på slike forhold (..), men i mindre utstrekning (...).»

Dommen i Rt. 2009 s 685 er så langt et ytterpunkt i angivelse av den subjektive interesseavveiningen som et hovedelement i saklighetsvurderingen. Saken gjaldt gyldigheten av oppsigelse begrunnet med arbeidstakers forhold utenfor tjenesten. Høyesterett beskriver saklighetsvurderingen slik:

“Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønsmessig avveining av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.”

Sitatet går nå igjen i rettsavgjørelser i stillingsvernssaker. Slik Høyesterett uttrykker det, er det avgjørende ikke om virksomheten har et saklig behov, men kjernen i saklighetsvurderingen synes å være om *«det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør»*. Dersom kravet til saklig grunn gis et slikt innhold, vil et saklig og vesentlig behov for oppsigelse fra virksomhetens side ikke uten videre være nok. Saklighet erstattes med et krav om rimelighet. Når saklighetskravet gis et slikt innhold, vil terskelen for oppsigelse kunne slå ulikt ut selv om de objektive forhold som har foranlediget oppsigelsen er like. Vektlegging av lang tjenestetid, forsørgelsesbyrde, at oppsigelser vil ramme hardt, at vedkommende vil ha vanskelig for å finne ny jobb, samt hvorvidt saksbehandlingen har vært forsvarlig, er selvsagt relevant i en rimelighetsvurdering, men er uegnet til å kaste lys over arbeidstakerens fremtidige bidrag til virksomheten. Motsatt vil vurdering av den utløsende handlingen i seg selv, tidligere forhold av lik karakter, respons på advarsler og evne til å nyttiggjøre seg opplæring og oppfølging, si langt mer om hvordan arbeidstaker vil utføre sitt arbeide i fremtiden.

Rettslig sett er en slik utvikling ikke overraskende. Økt individfokus i oppsigelsessaker føyer seg inn i en bredere rettslig og samfunnmessig kontekst med økt individfokus i lovgivningen for øvrig og økt individualisering i samfunnet generelt. Utvikling

gjennom rettspraksis er et kjennetegn ved rettslige standarder. Lovgiver har i slike tilfeller overlatt til domstolene å fastlegge, utvikle og forandre bestemmelsers innhold over tid som en del av samfunnsutviklingen. Dette er nettopp saklighetskravets dynamiske karakter. Arbeidervernlovgivningen er i seg selv individbeskyttende lovgivning og har økt i omfang og innhold. I tillegg er det grunn til å peke på EU-rettsens betydning, som generelt er mer rettet mot beskyttelse av enkeltindividene enn nordisk arbeidsrett historisk har vært. Menneskerettighetenes fremvekst og økende betydning hører også med i dette bildet. Domstolenes praktisering av saklighetskravet med økt vektlegging av individuelle hensyn og konsekvensene for den oppsagte er derfor i tråd med samfunnsutviklingen.

Økt fokus på rimelighetshensyn og individuelle forhold knyttet til den oppsagte ved anvendelse av saklighetskravet gjør at arbeidsforhold fjerner seg ytterligere fra det kontraktsrettslige utgangspunkt, og bidrar til økt overføring av risiko for arbeidstaker fra arbeidstaker til arbeidsgiver. I norsk rett gjør dette seg gjeldende også i avskjedstilfellene – saker hvor det foreligger grove brudd på arbeidsforholdet. I arbeidsmiljøloven av 17. juni 2005 nr. 62 § 15-14 er vilkåret for avskjed at det foreligger «grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen». Det er ikke som i oppsigelsesbestemmelsen lovfestet et vilkår om saklig grunn. Avskjed ligger i norsk rett dermed tettere opp til det kontraktsrettslige utgangspunkt om heving ved vesentlig mislighold. Utviklingen i kravet til saklig grunn i oppsigelsessaker har imidlertid slått igjennom også i avskjedssaker. I avskjedssaker var det tidligere ikke rom for slike avveininger og rimelighetshensyn. Ett eksempel er Rt. 1971 s. 310, hvor en kommunearbeider ved et tilfelle nektet å sette lemmer på lastebil på kommunens verksted, og krevde å få gjøre dette på sitt faste oppmøtested. Han ble avskjediget uten hensyn til alder, sykdom mv. Rimelighetshensyn i avskjedssaker ble først introdusert i Rt. 1988 s. 1188. Vurderingen i en avskjedssak nærmer seg nå saklighetsvurdering og avveiningsmåten ved oppsigelse, der man setter virksomhetens og den ansattes behov opp mot hverandre. Et sitat fra Rt. 2005 s. 518 illustrerer helhetsvurderingen som i dag må foretas:

«Etter rettspraksis beror ikke vurderingen kun på det aktuelle misligholdets art og alvor. Avskjed må – etter en bredere helhetsvurdering hvor det tas hensyn til de ansattes og bedriftens forhold – ikke fremstå som en urimelig eller uforholdsmessig reaksjon, jf. for eksempel Rt. 1988 side 1188»

Sitatet går nå igjen i dommer i avskjedssaker. Domstolene har her langt på vei innført et krav til saklig grunn i betydningen rimelighetskrav, og har fjernet seg vesentlig fra lovens ordlyd, som angir en ren misligholdsbetraktning i avskjedssakene.

4. Saklighetskravets svakheter

4.1 Innledende merknader

Saklighetskravet gir mulighet for full «rettferdighet» i den enkelte sak. Det er ikke det samme som at saklighetskravet er en god regel eller mekanisme for løsning av oppsigelsessaker og tvister. Drøftelsen i det videre tar derfor utgangspunkt i hovedtese 2: Saklighetskravet er ikke godt nok egnet til å løse virksomhetens og arbeidstakernes behov ved omstillinger og tvungen avslutning av arbeidsforhold.

Først redegjøres for viktige hensyn og behov hos arbeidsgivere og arbeidstakere, som er relevante når hensiktsmessigheten av saklighetskravet skal drøftes. Deretter drøftes svakheten.

4.2 Hovedhensyn – avslutning av arbeidsforhold

Saklighetskravet har vokst fram basert på en bred aksept for at trygge ansettelsesforhold har en viktig samfunnsmessig verdi. Det tilsier et fortsatt solid oppsigelsesvern. Det er likevel grunn til å gå bak de hensyn som til vanlig begrunner oppsigelsesvernet og kravet til saklig grunn. Visse hensyn på arbeidstakersiden er enkle å peke på: Hensynet til arbeidstakers økonomiske trygghet, hensynet til karriere og sysselsetting, hensynet til forutberegnelighet og likebehandling. Tradisjonelt har arbeidstakeren vært regnet som den svake part i arbeidsforholdet og må også i dag regnes som det. Den ufravikelige arbeidervernlovgivningen bygger på det utgangspunktet. Samtidig har arbeidslivet i etterkrigstiden gjennomgått en betydelig utvikling, fra å være styrt av industri og produksjon, til i stor grad å bli kunnskapsbasert. Flertallet av arbeidstakerne i dag utfører arbeid knyttet til tjenesteyting, service og omsorg. Arbeidstakeren er derfor gjennomgående mer ressurssterk enn tidligere og den kunnskap den ansatte har vil ofte være et ettertraktet gode. I tillegg kommer at diskrimineringslovgivningen er blitt bygget vesentlig ut det siste tiåret.

Fra et arbeidsgiverperspektiv kan det pekes på at behovet for markedstilpasning i vid forstand, har tiltatt sterkt de siste 20 årene. Behovet for å kunne beslutte og effektivere endringer til riktig tid og lavest mulig kostnad, produktivitetshensyn, hensynet til forsvarlig ressursbruk, god virksomhetsstyring, hensynet til god personalpolitikk, hensynet til godt arbeidsmiljø, og økonomisk forutberegnelighet, er bare blitt sterkere. Virksomhetens adgang til å avslutte arbeidsforhold - både når virksomhetens omfangsbehov endrer seg, men også når kompetansebehovet endres eller det er svikt i arbeidsytelsen eller tilliten til arbeidstaker - har betydning for virksomhetens evne til å realisere sitt formål, nå omsetningsmål, levere riktig og tilstrekkelig kvalitet ut til sine brukere, og dermed bidra med trygge arbeidsplasser i et konkurranseutsatt marked. For offentlige virksomheter har oppsigelsesadgangen også en side til riktig bruk av offentlige midler.

Et for sterkt stillingsvern kan virke hemmende på virksomhetenes muligheter til å tilpasse seg markedet. På sikt kan dette også virke inn på verdiskapningen i samfunnet, ved at etterspørselen ikke møtes og arbeidskraften ikke er optimalt sammensatt. Både oppsigelser grunnet redusert omfangsbehov, endret kompetansebehov eller tilfeller hvor den ansatte ikke fungerer kvalitativt, kvantitativt eller relasjonelt, reduserer virksomhetens mulighet til å levere og produsere optimalt.

Både virksomhetene, arbeidstakerne og samfunnet er tjent med at oppsigessaker løses raskt og på en måte som gjør at arbeidstaker fortsetter i yrkeslivet med minst mulig avbrudd. Saklighetskravet slik det i dag praktiseres, ivaretar etter mitt syn ikke disse behov. Det er grunn til å diskutere alternativ regulering som bedre ivaretar hensiktsmessig mobilitet og forutberegnelighet, samtidig som det gir inntektssikring og utgjør en tilstrekkelig kostnad til at arbeidsgivere avstår fra de ugrunnede og vilkårlige oppsigelser.

4.3 Saklig grunn – uegnet som beslutningsgrunnlag for ikke-jurister

Brede skjønnsmessige vurderinger er populært blant advokater og dommere. Saklighetskravet skal imidlertid først og fremst praktiseres av et stort spenn av arbeidsgivere, virksomheter og ledere, og vurderes av arbeidstakere og tillitsvalgte. For disse gir et krav om saklig grunn lite veiledning for hva som skal til for å si opp. Resultatet er høy prosesserisiko og prosesskostnad og lav forutsigbarhet for partene.

Det er ikke så uvanlig at arbeidsgivere sier opp ansatte uten tilstrekkelig saklig grunnlag – sett fra advokatens eller domstolens ståsted. Det er imidlertid uvanlig at arbeidsgiver selv er av den oppfatning at oppsigelsen er usaklig. Dette illustrerer saklighetskravets problem når det skal anvendes i det daglige: Det er en subjektiv norm. I alle tilfeller hvor arbeidsgiver undervurderer oppsigelsesterskelen, vil kravet til saklig grunn ikke gi arbeidstaker beskyttelse mot ugrunnet oppsigelse. I underkant av 1000 saker bringes derfor inn for norske domstoler hvert år. De mange eksemplene på ulikt resultat ved behandling av oppsigelsessaker gjennom flere rettsinstanser illustrerer for øvrig uforutsigbarheten og vilkårligheten i dagens system. Å forutsi om en oppsigelse ligger over eller under oppsigelsesterskelen, kravet til saklig grunn alle forhold tatt i betraktning, er en vanskelig øvelse selv for advokater og domstoler.

Det sier seg selv at rimelighet ikke er en gitt størrelse. Saklighetskravet gir advokater og dommer god boltre plass, men gir liten veiledning til ledere og ansatte som skal anvende vilkåret i praksis. Det som for advokatene er gode inntekter, er for partene og domstolene kostnader.

4.4 Manglende forutberegnelighet og lav omstillingstrygghet

Saklighetskravet møter heller ikke arbeidsgivernes og arbeidstakernes behov for forutberegnelighet og økonomisk trygghet ved omstilling. Forutsatt enighet om oppsigelsesgrunn, kan arbeidsgivere i Norge avslutte arbeidsforhold mot betaling ned mot en måneds lønn i oppsigelsestid. For mange arbeidstakere vil en måneds tid til omstilling og nytt arbeid være for kort. I andre tilfeller er oppsigelsestiden tre måneder, og i enkelte tilfeller seks. Selv i gode tider kan tre måneder være lite i jakten på nytt arbeid.

Ved manglende enighet om sakligheten kan arbeidstaker velge rettslig prøvning av oppsigelsen. I Norge er tids- og kostnadssiden i slike tilfeller uforutsigbar. Den ansatte vil kunne bli i stillingen, utføre arbeid og motta lønn under pågående retts sak, som kan ta flere år før endelig dom. Det kan virke fristende fordi det ikke gir umiddelbart bortfall av lønn, men kan motvirke nødvendige endringer. Også arbeidstakere vil tape på det. Alternativt kan den ansatte fratruke, men kreve erstattet lønn for hele perioden, samt fremtidig inntektstap. Kostnadene kan i begge tilfeller bli betydelige og forutsigbarheten er lav. Arbeidsgivers mulighet til å få avsluttet et arbeidsforhold innenfor avtalt oppsigelsestid er tilsvarende begrenset.

Dagens system muliggjør individuelle vurderinger og konkret rimelighet, men det åpner også for vilkårlighet og forskjellsbehandling av ansatte. En ansatt som ikke ønsker å kjempe mot arbeidsgivers beslutning kan miste arbeid og inntekt med en måneds varsel/lønn. En ansatt som velger å kjempe, kan ende opp med flere års lønn med samme utgangspunkt. Saklighetskravet, sammen med retten til å stå i stilling under tvist, gir arbeidstakere et incentiv til å ta ut søksmål og velge å stå i stilling uavhengig av om arbeidstaker har et reelt ønske om å fortsette i arbeidet. Arbeidsgiver vil på sin side ha minimal mulighet til å få effektivert en oppsigelse innenfor den tidsmessige og økonomiske ramme av avtalt oppsigelse.

Å ha systemer som inviterer til denne type prosesser representerer en samfunnsøkonomisk kostnad i flere henseende. Dette er fremhevet i utredningen SOU 2012:145, som resulterte i at det i Sverige ble foreslått en regelendring for å redusere retten til å stå i stilling til ett år og retten til å få ugyldiggjort en oppsigelse.

4.5 Belastningen for arbeidstaker

Når terskelen er så høy som i dag for å få rettens medhold i en oppsigelse grunnet arbeidstakerens forhold, vil arbeidsgiver ved tvister måtte bringe til torgs det som måtte være av kritikk og negative forhold knyttet til vedkommende som er oppsagt. En arbeidsrettssak vil ofte resultere i et massivt kritikkilde mot arbeidstaker, inklusive vitnemål fra kollegaer. Ikke minst gjør dette seg gjeldende i saker om oppsigelse grunnet personlige forhold som udugelighet, samarbeidsvansker eller misligheter. Selv ved saker om oppsigelse grunnet virksomhetens forhold, vil det ved tvist om utvelgelsen ofte bli fokus på vedkommendes manglende personlig egnethet og arbeidsutførelse. Dette har relevans for vurderingen av om saklighetskravet er en egnet mekanisme for avslutning av arbeidsforhold. Saklighetskravet fremtvinger et fokus på arbeidstakers svakheter og feil. Dette reduserer arbeidstakers mulighet til å lykkes og fungere godt både på eksisterende og eventuell ny arbeidsplass.

Å «vinne» en oppsigelsessak vil ofte være seier med betydelig bismak for arbeidstaker. Kanskje gjør dette seg enda sterkere gjeldende når det er interesseavveining og rimelighetshensyn som medfører at oppsigelsen kjennes usaklig eller ugyldig. I saken og dommen vil det ofte ligge sterk objektiv kritikk av arbeidstaker, selv om resultatet går i vedkommendes favør. En slik dom kan være helt ødeleggende for videre karriere selv om arbeidstaker vinner. I produksjonssammenheng med større avstand mellom ledelse og arbeidere var effekten kanskje svakere. I dagens mer kunnskapsbaserte arbeidsliv, med større nærhet mellom ledelse og ansatte, og hvor relasjonelle forhold styrer arbeidsytelsen i større grad, er skadevirkningene trolig langt større. Arbeid har i dag betydning langt utover å tjene til levebrødet og boliglånet. Selvrealisering, nyttiggjøring av egen kompetanse og sosiale relasjoner står helt sentralt i verdien av arbeid. Helseeffekten av å være i arbeid er stadig oftere omtalt. Det er følgelig av samfunnsmessig og personlig stor verdi at den enkelte er sysselsatt på et sted hvor vedkommende fungerer godt. Tidsmessig, økonomisk og personlig blir slike saker uansett en massiv belastning for arbeidstaker som i seg selv kan virke sykdomsfremmende og yrkeshemmende. Bruk av sykmelding i tilknytning til oppsigelsessaker er hyppig. I så måte vil saklighetskravet kunne bidra til å redusere vedkommendes evne til arbeid og inntekt, stikk i strid med de vernehensyn saklighetskravet skal ivareta.

5. Alternativ til saklighetskravet?

Det fremgår overfor at jeg er kritisk til saklighetskravet som mekanisme og vilkår for avslutning av arbeidsforhold. De negative effekter jeg har beskrevet gjør seg naturlig nok sterkere gjeldende i Norge, Sverige og Finland, enn i Danmark og Island, hvor oppsigelsesretten tradisjonelt har stått sterkere, og lovreguleringen både på vilkår- og virkningssiden er svakere. Spørsmålet er om det finnes alternativer som kan gi begge parter fordeler sammenlignet med dagens regulering?

Det viktigste for å føle seg trygg i jobben er sikkerhet for likebehandling, forutsigbarhet og fortsatt lønn ved endrede behov. Diskrimineringslovgivningen vil ikke sikre arbeidstakeren likebehandling i alle situasjoner, men vil langt på vei gjøre det. Diskrimineringslovgivningen setter forbud mot forskjellsbehandling basert på kjønn, alder, etnisitet, seksuell legning, politisk syn og medlemskap i arbeidstakerforening. Det følger dessuten av den norske arbeidsmiljølovens § 13-1 nr. 2 at trakassering regnes som diskriminering i lovens forstand. Etter forarbeidene skal trakasseringbegrepet tolkes i samsvar med trakasseringbegrepet

etter arbeidsmiljølovens § 4-3 tredje ledd. Denne bestemmelsen oppstiller et generelt kvalitetskrav til det psykososiale arbeidsmiljø og omfatter dermed også trakassering knyttet til andre forhold enn de som følger av diskrimineringsbestemmelsen i § 13-1. Etter norsk rett regnes trakassering som uønsket adferd som har til hensikt eller virkning å krenke en annens verdighet. Vilkårighet i forbindelse med avslutning av et arbeidsforhold vil derfor lett kunne regnes som diskriminerende. I tillegg er det forbudt å straffe eller yte gjengjeldelse overfor en arbeidstaker som har varslet om kritikkverdige forhold ved virksomheten. Samtidig har arbeidsgiver ansvar for å sørge for at arbeidsmiljøet til enhver tid er fullt forsvarlig. Samlet sett er derfor arbeidstakeren etter den alminnelige lovgivningen godt vernet mot vilkårighet og usaklighet i tradisjonell forstand. Det er derfor grunnlag for å si at trygghetsbehovet knyttet til likebehandling langt på vei allerede er ivarettatt i loven slik den er i dag. Saklighetskravet er ikke nødvendig for å oppfylle dette behovet. Etter dansk rett er godtgjørelsen for oppsigelse som er i strid med reglene i likebehandlings- og forskjellsbehandlingsloven høyere enn etter godtgjørelsen for usaklig avskjedigelse etter funksjonærloven. En typisk godtgjørelse etter funksjonærloven vil ligge på 1 ½–2 måneders lønn, mens godtgjørelse etter likebehandlings- og forskjellsbehandlingsloven vil ligge på 6–12 måneders lønn. Dansk rett illustrerer følgende at beskyttelse etter arbeidervernlovgivningen ikke nødvendigvis behøver å være den «beste».

Når det gjelder behovet for forutsigbarhet og økonomisk trygghet ved endrede behov, ivaretas det godt ved regler slik vi finner i «trygghets- eller omstillingsavtal» etter svensk modell. Også i Norge er slike avtaler ikke uvanlige. På det svenske arbeidsmarkedet har det siden 1970-tallet vært slike avtaler. Disse er kollektive avtaler som kompletterer beskyttelsen for arbeidstakeren ved oppsigelse på grunn av arbeidsbrist. I dag finnes slike omstillingsavtaler så vel innenfor privat som offentlig sektor. Omstillingsavtalene gir dels økonomisk støtte med et visst antall måneders lønn (6–18 måneder avhengig av arbeidstakerens alder) og skal kompensere for differansen mellom tidligere lønn og bidrag fra arbeidsledighetskassen. I tillegg får den ansatte omstillingsstøtte som har til hensikt å hjelpe arbeidstakeren med å finne nytt arbeid. Slike avtaler kjennetegnes ved at omstillingsstøtten påbegynnes ofte under oppsigelsestiden, er personlig utformet og kan for eksempel omfatte personlige samtaler, formidling av kontakter og trening i personlig markedsføring. Selv om omstillings- og trygghetsavtalene tar sikte på oppsigelser grunnet arbeidsbrist, er det ikke noe i veien for at avtalene får generell anvendelse. Det er ikke noe skarpt skille mellom oppsigelse som skyldes arbeidstakerens og arbeidsgiverens forhold. I bunnen ligger i begge tilfeller en vurdering av arbeidsgiverens behov opp mot arbeidstakerens evne til å dekke dette.

I SOU 2012:62 vurderes om slike avtaler skal etableres som obligatoriske forsikringsordninger eller som lovbestemte tiltak. Det er mange måter å utvikle et forutsigbart kompensasjonssystem på. Kompensasjonen må være tilstrekkelig høy slik at den avskrekker virksomheten fra ubegrunnede oppsigelser, og høy nok til å gi arbeidstakerne tilstrekkelig trygghet for inntekt i en omstillingsperiode. Om slike ordninger skal innføres ved lov eller avtale kan ikke besvares entydig. For Norges del er det naturlig å diskutere om det i lov bør åpnes for at tariffbundne virksomheter kan inngå avtale med de tillitsvalgte med nødvendig representativitet, om unntak for stillingsvernet mot fastsatt kompensasjon til den oppsagte, eksempelvis 3, 6 eller 9 måneder etter fratredelse, avhengig av ansettelsesforholdets lengde, virksomhetens karakter og størrelse.

I Norge inneholder arbeidsmiljøloven allerede to lignende tariffdispositive unntak fra stillingsvernet:

- (i) I virksomheter som er tariffbundet kan arbeidsgiver og tillitsvalgte som representerer et flertall av en arbeidstakerkategori avtale at bedriften kan leie inn arbeidstakere uavhengig av de ellers gjeldende begrensningene i bruk av innleide fremfor fast ansatte (arbeidsmiljøloven (lov 17. juni 2005 nr. 62) § 14-12 annet ledd). Selv om også innleide har et stillingsvern, representerer avtaleadgang klart et mindre intensivt vern og må regnes som et "unntak".
- (ii) Unntak fra stillingsvern mot etterlønn kan avtales mellom arbeidsgiver og virksomhetens øverste leder, uavhengig av organisering (arbeidsmiljøloven § 15-16).

Dersom det i den arbeidsrettslige lovgivning åpnes for at tariffbundne virksomheter kan inngå unntak fra kravet om saklig grunn, vil virksomheten og de ansatte oppnå en rekke fordeler sammenlignet med dagens situasjon:

- Arbeidstakere som i dag kan bli avspist med én til tre måneders lønn, vil få en betydelig lengre omstillingsperiode med full økonomisk sikkerhet, uten å måtte gå til kamp mot tidligere arbeidsgiver.
- Ordningen sikrer økonomisk forutsigbarhet for den oppsagte og hindrer vilkårlighet mellom ansatte i en ellers lik situasjon.
- Muligheten for en god overgang til nytt arbeid økes fordi langvarig usikkerhet og prosess unngås.
- Arbeidsgiver må betale en på forhånd kalkulerbar pris for å endre arbeidsstokkens størrelse og sammensetning. Dette muliggjør endringer ved behov, men representerer også en fullt synlig kostnad som vil kunne hindre ugrunnede oppsigelser.
- Ordningen vil gi prosessøkonomiske gevinster. Domstolene, samfunnet, arbeidsgivere og arbeidstakere spares for tvister knyttet til anvendelsen av det skjønsmessige saklighetskravet.

Et slikt system kan gjøre oppsigelser i nedbemanningstilfeller dyrere enn i dag, og særlig for mindre virksomheter. Virksomheter som ikke ser seg tjent med en slik kompensasjonsordning, bør derfor kunne stå utenfor ordningen og beholde dagens system. Ordningen bør bygge på avtale i alle fall inntil erfaringer høstes.

Både virksomhetene, arbeidstakerne og samfunnet er tjent med at oppsigelsessaker løses raskt og på en måte som gjør at arbeidstaker fortsetter i yrkeslivet der vedkommende kan fungere optimalt. Et system som beskrevet kan gi en rask og forutsigbar løsning for begge parter. Systemet ivaretar hensiktsmessig mobilitet, samtidig som det gir inntektssikring for den ansatte. Beslutninger om oppsigelse vil treffes ut fra en mer realistisk kost/nytte-vurdering enn i dag, og vil samtidig øke sannsynligheten for at arbeidsgivere avstår fra de ugrunnede og vilkårlige oppsigelser.

Samboeres rettsstilling i Norden

Førsteamanuensis *Hrefna Friðriksdóttir*, Island

Samboeres rettsstilling i Norden

Førsteamanuensis *Hrefna Friðriksdóttir*, Island

Samboerskap har i stigende grad blitt en akseptert samlivsform i Norden. De nordiske landene har i stadig økende grad ønsket å sikre at de som lever i samboerskap har en viss økonomisk trygghet under samlivet og ved samlivets opphør. Rettsutviklingen har vært preget av ønsker om å finne en balanse mellom valgfrihet og behov for beskyttelse. Resultatene i hvert enkelte land er forskjellige, dagens oppgjørssystem i de fleste landene er i basert på skjønn og rettsstillingen er vanskelig å forutse. En nordisk faggruppe, sammensatt av åtte professorer, har i de siste årene jobbet sammen med det formål å få oversikt over nordisk samboerrett. I boken Nordisk Samboerrett finner vi faggruppens rettspolitiske overvejelser og felles holdninger i form av veiledende prinsipper om samboers rettsstilling i fremtiden. Disse prinsipper er tenkt som inspirasjon for lovgivere til fremtidige lovreformer. De fremsettes her som teser til diskusjon, se særlig avsnitt 5.3 med overordnede synspunkter i avsnitt 5.2.

1. Innledning

Samboerskap er ikke et nytt fenomen i historisk sammenheng. Det har dog vært en kraftig økning i samboerskap gjennom de siste 40-50 årene og de nordiske landene er blant landene i verden hvor den moderne formen for samboerskap har lengst historie. Samboerskap har i stigende grad blitt en akseptert samlivsform i alle nordiske landene og videre utover og de fleste av oss har i vores levetid egen erfaring fra noen form av samboerskap.

Oppmerksomhet omkring samboerskap er først og fremst knyttet til spørsmålet om likestilling mellom samboere og ektefeller. Samboerskap har en stor variasjonsbredde og det reiser atskillige problemstillinger med hensyn til rettigheter, ytelser og forpliktelser. Forskjellige rettssystemer gir ulike svar på om og på hvilken måte samboere skal beskyttes. Det er klart at de nordiske landene har i stadig økende grad ønsket å sikre at de som lever i samboerskap har en viss økonomisk trygghet under samlivet og ved samlivets opphør. Men selvom samboerskap er allment utbredt og akseptert i samfunnet har de nordiske landene ikke hatt samsvarende syn på hvor langt samfunnet bør gå i å likestille samboerskap med ekteskap. Dette gjelder både med hensyn til de privatrettslige forhold samboerne imellom og de offentligrettslige forhold mellom samboere og samfunnet.

Mange ord om historien bakom nordisk lovsamarbeid er overflødig. De nordiske landene har en lang og velkjent tradisjon omkring samarbeidet innenfor familieretten der førte blandt annet til felles lovprosjekter om ekteskap i de forrige århundre. Nordisk samarbeide har hatt til formål å skape rettslikhet og det nordiske juristmøtet har alltid vært en påvirkende faktor i dette samarbeidet. Et av diskusjonseminene på juristmøtet i 1975 var «den papirløse familie»¹, i 1981 var det et sektionsmøte om ektefellers og fast samboeres formueforhold² og i 2002 et om «Förändrat familjemönster – finns det behov av nya regler om egendomsordning och arv?»³

1 Referent var Inger Margarethe Pedersen fra Danmark og korreferent var Kirsti Bull fra Norge.

2 Referent var Guðrún Erlendsdóttir fra Island og korreferent var Anja Tulenheimo-Takki fra Finland.

3 Referent var Lára V. Júlíusdóttir fra Island og korreferent var Jørgen Norgaard fra Danmark.

Opp gjennom årene har vi hatt flere utredninger og atskillige lovendringer på dette lovområde i alle de fleste nordiske landene. Vi har også fått mangfoldige rettsavgjørelser om oppgjør ved samlivsbrudd. I dag er situasjonen i de nordiske landene preget av ulike rettshensyn og løsninger som atskiller seg avgjørende fra hinanden. Dagens oppgjørssystem i de fleste landene er i mesteparten basert på skjønn og resultater er vanskelig å forutse.

Det er derfor av stor interesse og meget relevant å ta opp emnet om samboeres rettsstilling i Norden her på dette sted. En særskilt gode grunn til å ta opp diskusjonen nu er det faglige projekt om *Nordisk samboerrett* som nylig har kommet frem til omfattende og inspirerende resultater.

Hovedformålet med denne artikkelen er å gjøre rede for noen av de mest vesentlige resultatene av dette nordiske forskningsprosjektet. Jeg vil begynne med en kort oversikt over samboerskap og rettsutvikling. Deretter retter jeg søkelyset mot rettsstillingen i de enkelte nordiske lande. Her vil jeg legge avgjørende vekt på oppgjør ved samlivsbrudd på den ene side og gjenlevende samboers rettsstilling på den andre side. Til sist er det på tide å oppsumere de prinsippene om samboers rettsstilling den nordiske faggruppen har utarbeidet og som oppstilles her som teser til diskusjon.

2. Om samboere og samboerskap

2.1 Hvad er samboerskap?

Det finnes ingen entydig definisjon av samboerskap i det nordiske landene. Samboere forstås generelt som to personer som lever i stabile ekteskapslignende forhold.⁴ Samboerskap er uavhengig av kjønn og kjennetegnes ofte ved at de to personer bor sammen. Felles folkeregisteradresse er dog ikke avgjørende for samboerens rettsstilling og definisjonen omfatter mange variasjoner av nærhet, samliv og fellesskap.

Til forskjell fra ekteskapsinngåelse, separasjon og skilsmisse finnes det ikke noen formelle regler eller kriterier å følge om man vil konstatere når samboerskap blir etablert og når det blir oppløst. Derfor er det svært å finne statistikk som kan gi fullstendige opplysninger om andel samboere i de enkelte landene.

2.2. Ulike typer samboere

Årsakene til at noen blir samboere er mangfoldige og samboerskap omfatter derfor et vidt spekter av følelsesmessig og økonomisk tilknytning mellom partene. Noen par ligner mest på to enslige som uforpliktende bor sammen mens andre kan sidestilles ektepar med felles livsmønstre, økonomi og forventninger. I dag bor nesten alle unge mennesker sammen i en periode før de gifter seg, men grensen mellom samboerskap som prøveordning og mer varige samboerforhold er flytende.⁵

Ingrid Lund-Andersen inndeler samboere i fem hovedtyper av familieforhold.⁶

⁴ For eksempel NOU 1999:25 *Samboerne og samfunnet*.

⁵ NOU 2014:1 *Ny arvelov*, p 43. Også Göran Lind, «Utvecklingen av samboförhållanden och samboerätten i Norden», *Nordisk samboerrett*. Oslo 2014 (manuskript – kap 1).

⁶ Ingrid Lund-Andersen, *Familieøkonomien*. Samlevendes retsforhold, ægtefællers retsforhold, retspolitik, København 2011, s. 51-57. Samme inndeling finnes i NOU 2014:1, s. 43-45.

- Unge par under 25 år.

Fleste som bor sammen under 25 år er samboere. Karakteristisk for unge samboere er at bruddfrekvensen er høy, partene har begrensede økonomiske midler og at parterne selv ofte ikke anser forholdet som ekteskapslignende.⁷

- Unge samboere med felles barn.

Barn født i samboerforhold er vanlige til brede lag av befolkningen i de nordiske landene. En stor gruppe samboere forblir ugifte selvom de har fått felles barn. I noen tilfeller tar forholdet raskt slutt etter barnets fødsel. Karakteristisk for unge samboere med felles barn som holder ut er at forholdet endrer seg og får en mer ekteskapslignende karakter med tettere fellesskap, flere felles økonomiske forpliktelser og mer arbeidsfordeling.⁸

- Middeldrende samboere med eller uten felles barn.

De fleste av samboerne er yngre personer og samboerandelen synker med årsklassene. I noen tilfeller begrunnes samboerskap blant middeldrende på et bevisst fravalg av ekteskap og noen har innrettet seg med samboeravtaler og arvepakter. Karakteristisk for langvarige samboerskap mellom middeldrende er dessuten at parterne har ofte felles barn, større økonomiske midler og forpliktelser og sammenvevd økonomi.⁹

- Samboere i sammensatte familier

Skilsmisse og samlivsbrudd er vanlige i de nordiske landene og mange etablerer seg i ny samliv på hver sin kant, de er ofte med hver sitt barn og får et eller flere felles barn i samlivet. Sammensatte familier øker sannsynligvis i takt med stigendelevealder, velferd og livskvalitet. I denne gruppen kan man også forvente et visst fravalg av ekteskap og også mer kunnskap om rettsregler og betydningen av eierforhold, avtaler og deling. Karakteristisk er dog at det vil i slik samboerskap gradvis utvikle seg gjensidige forpliktelser og en sammenblandet økonomi.¹⁰

- Eldre samboere

Samboerskap har gradvis blitt mer vanlig i eldre deler av befolkningen. Selvom det fortsatt er svært få samboere i de høyeste aldersgruppene er antal eldre samboere klart stigende i de nordiske landene.¹¹ De som er eldre og etablere sig i nye samliv har typisk voksne særkullsbarn og ingen felles barn. De har ofte atskilt økonomi og er mer bevisste enn de yngre på hvem som eier hvad. Nogle samboere i denne kategorien sitter i uskifte og vil ønske å begunstige egne barn fremfor samboeren. På den måten kan juridiske betraktninger ligge bak fravalg av ekteskap.¹²

7 NOU 2014:1, s. 43–44.

8 NOU 2014:1, s. 44.

9 NOU 2014:1, s. 44.

10 NOU 2014:1, s. 44–45.

11 For eksempel Hrefna Friðriksdóttir, «Arverettslige utviklingstrekk i Island», i Thomas Eeg (red.) *Samfunnsutvikling og arverettslige utfordringer*, Oslo 2013.

12 NOU 2014:1, s. 45.

3. Generelt om rettsutviklingen i Norden

3.1 Generelle utviklingstrekk

I dag har samboerskap ekstra sterk stilling i de nordiske landene og er mer vanlig i Norden enn ellers i Europa.¹³ Fram til og etter midten av det forrige århundret var rettsstillingen for samboere dog stort sett den samme som for to enslige, både på det offentligrettslige og det privatrettslige området. Gradvis fik alle de nordiske landene enkelte spredte justeringer og endringer i lovgivningen.¹⁴

Lovreglenes fremvekst og utvikling har først og fremst vært på det offentligrettslige området. Dette henger sammen med ideologien omkring den nordiska velferdsmodellen hvor samfunnet tar økt ansvar for individenes og familiens omsorg og velferd. Grunnhensyn er at samfunnets økonomiske støtte bør være den samme for alle som lever i sammenlikkbare situasjoner. Utvikling av lovregler på det offentligrettslige området motiveres av hensyn til at den som har en samboer til å dele hushold og boutgifter med, ikke har samme behov for stønad som en reelt enslig. Samfunnets oppgave blir i rettslig henseende å legge til rette slik at tjenestetilbud og stønadsordning blir i større grad tilpasset folks faktiske samlivsmønster og i mindre grad folks formell samlivsstatus. Dette betyr at bestemte grupper samboere behandles på samme måte som ektepar, blant annet i hensyn til økonomisk stønad for foreldre og i noen grad trygderettigheter.¹⁵

Det har vært en betydelig tilbakeholdenhet med å anvende de samme regler for samboere og for ektefeller på det privatrettslige området, først og fremst innenfor den tradisjonelle familie- og arveretten.¹⁶ Enkelte er klart i mot en slik lovregulering fordi de mener at det vil undergrave ekteskapet. Motstand går også ut på valg av ulike samlivsformer, nærmere at ugifte samboere har nettopp valgt denne samlivsformen for å unngå ekteskapets rettsvirkninger.¹⁷ Utvikling har vært preget av å finne en balanse mellom hensyn til individets frihed på den ene siden og hensyn til fellesskap og beskyttelse på den annen.¹⁸ Problematikken behandles nærmere i avsnitt 5.2.

Når vi får et overblikk over rettsutviklingen i de nordiske landene ser vi åpenbart at det er store forskjeller mellom landene på det privatrettslige området. Dette gjelder særlig de rettslige løsninger for deling av formue med samlivets ophør og for den gjenlevende samboers arverettslige situasjon. Regulering har funnet sted delvis ved lovgivning og delvis ved atskillige rettsavgjørelser om oppgjør ved samlivsbrudd. I saker om samboeres økonomiske forhold har domstolene anvendt alminnelige formuerettslige begreper, for eksempel om eierforhold og sameie og i noen grad forutsetninger og berikelse. Begreperne har dog vært fortolket i en familierettslig kontekst og vi ser en utvikling av en slags familieformuerett i

13 Island er det første landet hvor samboerskap ble allment utbredt, blandt de andre var Sverige og Danmark de førende landene. I dag er situasjonen i de nordiske landene i den henseende mer preget av likhet, NOU 1999:25, s. 73.

14 I Sverige for eksempel har samboere som lever i ekteskapslignende forhold vært likestilt med ektefeller på det trygderettslige området helt siden 1946, Se nærmere Göran Lind, «Utvecklingen av samboförhållanden och samborätten i Norden», kap 1.3.

15 Se nærmere Göran Lind, «Utvecklingen av samboförhållanden och samborätten i Norden», kap. 1.3 og Anna Singer, «Samboendets föräldrarättsliga relevans», *Nordisk samboerrett*, Oslo 2014 (manuskript – kap. 5.4).

16 Her kan det nevnes at samboere og ektefeller er i stor grad likestilt i forsikringsretten.

17 Kristi Stom Bull: *Ugift samliv*, Oslo 1990, s. 23.

18 For eksempel Ingrid Lund-Andersen: *Familieøkonomien*, s. 69–75.

ugifte samlivsforhold. Problemet er at domstolenes bruk og fortolkninger av formueretlige begreper er mye forskjellig i de nordiske landene.¹⁹

3.2 Utvikling i de enkelte lande

I dette avsnitt er det gjengitt en del av de nordiske landenes utredninger fra de siste årrække og de viktigste lovendringer i hvert enkelt land.²⁰

I 1969 ble det oppnevnt et utvalg i *Sverige* til å utrede behov for lov om samboerskap. Allerede i 1973 var Sverige den første av de nordiske landene som fikk egen lov om ugifte samboeres felles bolig (lag 1973:651 om ogifta samboendes gemensamma bostad). Denne loven ble erstattet av den første egentlige «sambolagen» i 1987 (sambolagen 1987:232 om sambors gemensamma hem). Loven inneholdte regler om deling ved oppløsning av samboerskap og om samboers rett til i visse tilfeller å overta en bolig som ikke inngikk i bodelingen. I tillegg hadde loven regler om innskrenkninger i rådighetsrett over det felles hjemmet.²¹ Sverige fikk en ny utredning i 1999 og en ny sambolag i 2003 (sambolag 2003:376).²² Sverige står i en særstilling som det eneste landet som har lovregler om fordeling av visse aktiver mellom samboere. Sambolagen inneholder også en bestemt arverettslig beskyttelsesregel av gjenslevede samboere.²³

Norge fikk en delutredning fra ekteskapsutvalget i 1980 om samliv uten vigsel.²⁴ Flertallet fant et klart behov for visse lovendringer for samboere og foreslo å innføre en lov om ugifte samboendes rett til felles bolig ved samlivsbrudd. I 1988 ble det foreslått lovregler om rett til bolig og innbo når husstandsfellesskap opphører og den utredning dannet grunnlag for lov 4. juli 1991 nr. 45 (husstandsfellesskapsloven).²⁵ Loven regulerer enkelte spørsmål ved opphør av husstandsfellesskap og gjelder ikke bare for samboere, men for alle voksne personer som har bodd sammen uten å være gift. I 1996 ble det oppnevnt et samboerutvalg i Norge til å utrede problemstillinger omkring samboerskap. NOU 1999:25 *Samboerne og samfunnet* gir en omfattende drøftelse av samboernes stilling på en rekke rettsområder. Utvalget foreslo flere reformer innen familie- og arveretten, men gikk ikke inn for regler om bodeling eller arverett for samboere.²⁶ Utredningen ble fulgt opp av regjeringen med St.meld. nr. 29 (2002–2003) *Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap*. Meldingen drøftet en rekke sider ved rettsstillingen for samboere. Regjeringens gikk ikke inn for en likestilling av ekteskap og samboerskap på generelt grunnlag, men det ble foreslått å videreføre lovregulering på bestemte rettsområder. På bakgrunn av en bred politisk støtte for styrking av samboeres arverettigheter, satte regjeringen i gang videre arbeid. Den norske arveloven 3. mars 1972 nr. 5 ble endret ved lov 19. desember 2008 nr. 112 og Norge står i en særstilling med bestemt lovfestet arverett

19 Ingrid Lund-Andersen, «Rettspolitiske overvejelser – prinsipper for regulering af ugifte samlevendes forhold» *Nordisk samboerrett*, Oslo 2014 (manuskript – kap. 7).

20 Avsnittet bygger i stor grad på Göran Lind, «Utvecklingen av samboförhållanden och samborätten i Norden», kap 1.

21 SOU 1981:85. *Äktenskapsbalk*. I 1987 ble det vedtatt egen lov 1987:813 om homofile samboere. Det var presisert i loven at samboloven skulle gjelde for homofile samboere, sammen med enkelte bestemmelser i andre lover.

22 SOU 1999:104. *Nya samboregler*.

23 Den «lilla basebelopsregeln», se nærmere i avsnitt 4.2.3.

24 NOU 1980:50 *Om enkelte lovregler i tilknytning til samliv uten vigsel («papirløst ekteskap»)*.

25 NOU 1988:12 *Husstandsfellesskap*.

26 Se også NOU 2014:1, s. 45.

og rett til uskifte for samboere.²⁷ Arvelovutvalg ble oppnevnt i Norge i 2011 og kom med sin utredning og forslag til ny arvelov i 2014. Utvalget foreslår at samboere likestilles arverettslig med ektefeller.²⁸

Danmark fikk en delutredning fra den danske ekteskapsutvalget i 1974 om samboerskap og ekteskap.²⁹ I utredningen kartlegges samboernes stilling på en rekke rettsområder. I en senere utredning fra 1980 finnes der en klar holdning til ikke å likestille ekteskap og samboerskap på generelt grunnlag.³⁰ Det danske arvelovsutvalget foreslår prinsipielt i sin utredning fra 2006 at i lys av samfunnsutviklingen og samboendes behov burde der innføres bestemt legalarverett for samboere.³¹ Dette ble ikke fulgt up i den danske forslag til ny arvelov.³² Det var derimot åpnet for at samboere ved testament kan gi hverandre samme arverettslige stilling som ektefeller med fullstendig særreie.³³

I Finland finnes det et forslag om rett til bidrag ved samlivsbrudd fra 1983, men dette ble ikke fulgt opp i form av lovendringer.³⁴ Behovet for en arverettslig beskyttelse for gjenlevende samboer drøftedes i en utredning fra 2004.³⁵ I 2008 ble det oppnevnt et utvalg i Finland til å utrede problemstillinger omkring deling ved samlivsbrudd samt samboers arverettslige stilling. Utvalget foreslo å innføre lov om oppløsning av felles hushold.³⁶ Finland fikk en ny lov i 2011 (lag 2011:26 om oppløsning av sambors *gemensamma hushåll*). Målet er ikke å likestille samboere og ektefeller. Loven inneholder ikke en fordelingsregel som den svenske sambolagen og ingen arvsrett. Ifølge loven er der en presumpsjon om sameje av løsøre i samboerskap og en mulighet til bedømmelse av kompensasjon ved samlivsbrudd.³⁷ I den finske arveloven innføres det videre noen regler som gir en gjenlevende samboer bestemt økonomisk trygghet.

Island fikk en utredning i 2001 som innebærer en kartlegging av samboernes stilling på en rekke rettsområder.³⁸ Island hadde formulert en egen registreringsordning for samboere og i 2006 innførtes lovfestede regler om registreringsordningen.³⁹ Målet var å innføre tydelige regler om når samboerskap blir etablert og når det blir oppløst. Registrering likestiller ikke samboere og ektefeller og er ikke avgjørende for samboerens rettsstilling generelt sett. Registrering er dog en betingelse for samboeres rettigheter og rettsstilling på enkelte områder.⁴⁰ Island har ingen lovfestede regler om økonomisk oppgjør ved samlivsbrudd eller om arverett for samboere.⁴¹

27 Ot. prp. nr. 73 (2007–2008) *Om lov om endringer i areveloven mv. (arv og uskifte for samboere)*.

28 NOU 2014:1 *Ny arvelov*.

29 Betænkning nr. 720/1974 *Samliv og ægteskab*.

30 Betænkning nr. 915/1980 *Samliv uden ægteskab I*. Samme resultater finnes i Betænkning nr. 989/1983 *Samliv uden ægteskab II*.

31 Betænkning nr. 1473/2006 *Om revision af arvelovgivningene mv.*

32 *Forslag til arvelov*, L 100, 2006-07.

33 Arveloven nr. 515 fra 2007, se nærmere i avsnit 4.2.3. Også Marianne Holdgaard, «Arveloven – hvad var den reelle begrundelse for ændringen?» *U.2009B*, s. 318.

34 Göran Lind, «Utvecklingen av samboförhållanden och samborätten i Norden», kap 1.3.4.

35 Betänkande nr. 2004:6. *Behovet av en ärvdabalksreform*.

36 Betänkande nr. 2008:10. *Upplösning av gemensamt hushåll när ett samboförhållande upphör*.

37 RP 37/2010 rd. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om upplösning av sambors gemensamma hushåll och om ändring av vissa lagar som har samband med den.

38 *Skýrsla um réttarstöðu sambúðarfólks*, Alþt. 2000-2001, A-deild, s. 3950.

39 Lov nr. 65/2006 om endringer i atskillige lover.

40 Se for eksempel om den islanske barneloven i Anna Singer, «Samboendets föraldrarrettsliga relevans», kapitel 5.2.2.

41 Hrefna Friðriksdóttir, «Munur á hjúskap og óvígðri sambúð», *Úlfjótur* 2012, s. 149–189.

4. Rettsstillingen i Norden

4.1 Rettslig definisjon av samboere

Samboerskap er ikke et universelt rettslig begrep i nordisk lovgivning. Vurdering av likebehandling av samboere med ektepar og lovregler om samboeres rettigheter og forplikelser avgrenser seg generelt sett til stabile, ekteskapslignende samboerforhold. Personer som er så nært beslekta at de ikke kan inngå ekteskap med hverandre anses derfor generelt ikke som samboere.

Kriteriet «ekteskapslignende» er vag og omfatter subjektive elementer.⁴² Rettstekniske hensyn tilsier at avgrensningskriterier for samboerskaps rettsvirkninger bør være så objektive og lett konstaterbare som mulig. Nærmere kriterier for hvem som omfattes varierer fra regel til regel i de enkelte lovområder i hvert av de nordiske landene. Lovregler legger ofte til grunn ytterligere krav om at samboerskap har vart en viss tid, og/eller at samboere har eller venter et felles barn.

Varighet kan være svært å dokumentere med hensyn til at vi ikke har noe klart starttidspunkt og sluttidspunkt for samboerskapet. Krav om felles barn er et retts teknisk enkelt tilknytningskriterium. Kriteriet er også valgt fordi samboere med felles barn ses som en mer ensartet gruppe enn samboere uten felles barn.

En mulig løsning ville være å innføre en spesiell registreringsordning eller kreve felles folkeregisteradresse som avgjørende for samboerens rettsstilling. Problemet er at registreringsordninger er i strid med de grunnleggende idealer om likestilling av par i sammenlignbare situasjoner, som samboeres rettsstilling innenom de offentlige område bygger på. En registreringsordning kan dog heller ikke forventes å fange opp alle samboere som har behov for beskyttelse i familie- og arverettslige spørsmål.⁴³ Felles folkeregisteradresse kan dog være et viktig bevismiddel for samboerskapets eksistens og for når det ble etablert.

4.2 Det økonomiske forholdet mellom samboere

4.2.1 Under samboerforholdet

Mange rettsspørsmål er aktuelle mens samboerskap varer, for eksempel om hvem eier hvad og er ansvarlig for gjeld, om rådighet over enkelte gjenstander og om avtalefriheten. Disse problemstillingene vil ikke drøftes her i sin helhet.⁴⁴ Grunnleggende er at formuesforholdet mellom samboere er i stor grad regulert av alminnelige formuerettslige prinsipper og de særlige regler som gjelder for ektefeller anvendes ikke.⁴⁵

På noen områder finnes særskilte regler i lov og andre prinsipper har vokst frem i rettspraksis. Helt inntil nylig hadde ingen av de nordiske landene innført rettslig underholdsplikt mellom samboere under samboerskapet eller bidragsplikt etter at samboerskapet har opphørt. Det er derfor interessant å nevne at fra 1. januar 2014 trådte i kraft i Danmark lovregler om

42 Se NJA 1994 s. 256 for hva som kan anses å være et samliv.

43 SOU 1999:104 s. 184; NOU 1999:25, s. 11 og NOU 2014:1, s. 52.

44 Se nærmere Margareta Brattström, «Egendomsförhållanden under bestående samboende», *Nordisk samboerrett*, Oslo 2014 (manuskript – kap. 2).

45 Se nærmere Peter Lødrup og Tone Sverdrup, *Familieretten* 7. utgave, Oslo 2011, s. 337-345; Anders Agell & Margareta Brattström, *Aktenskap Samboende Partnerskap*, Uppsala 2011 s. 254-269 og Ingrid Lund-Andersen, *Familieøkonomien*, 2011.

kontanthjelp som bygger på at samboere har en gjensidig plikt til å forsørge hverandre.⁴⁶ I henhold til lovgivning må det også nevnes at ifølge den svenske samboloven 23 § har samboere ikke en fri disposisjonsrett over de eiendeler som er til gjenstand for deling eller overtakelse ved samlivsbrudd. Denne bestemmelsen samsvarer i stor grad de som gjelder for ektefeller i de andre nordiske landene. Her kan også nevnes reglen i den finske samboloven 6 § om presumptio om samboeres sameie av løsøre.

Fra rettspraksis er det viktig å nevne særskilte prinsipper om stiftelse av sameie som også har anvendelse ved samlivsbrudd. Den alminnelige utgangspunkt er at den, eller de samboere, som er avtalepart blir eiere. Registrering av eierforholdene kan dog give et skjevt bilde av hvordan samboere har bidratt til anskaffelsen. Med hensyn til dette har det utviklet gjennom rettspraksis i noen grad et eget familierettslig ervervsgrunnlag for sameie for ektefeller og samboere.⁴⁷

I *Sverige, Norge og Island* finnes der relativt vidtgående prinsipper om fastlegging av sameiendomsrett til samboernes eiendeler. I *Sverige* kan sameie ha sitt grunnlag i prinsippet om *dold sameie* (*dold samäganderätt*). Reglen har sin utforming i svensk rettspraksis fra 1980-tallet, primært som et familierettslig prinsipp. Betingelsen for anerkjennelse av dold sameie er en presumsjon om en felles partsvilje i at eiendommen skulle være i sameie. Dette forutsetter at eiendom erverves til felles bruk og at den som ikke er formell eier yter direkte bidrag på kjøpstidspunktet.⁴⁸ I *Norge og Island* kan sameie ha grunnlag i partenes direkte og indirekte bidrag til ervervet. Hvorvidt sameie er stiftet, beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering av bidragenes størrelse og graden av fellesprosjekt.⁴⁹ I *Danmark* fastlegges eierforholdet først og fremst med grunnlag i avtalekonstruksjonen.⁵⁰ I *Finland* er stillingen lidt uklår.⁵¹

4.2.2 Ved samboerforholdets opphør

Samboeres rettsstilling ved brudd i samboerskap står i skarp kontrast til det lovregulerte økonomiske oppgjøret ved separasjon og skilsmisse. Ved samlivsbrudd bestemmes oppgjøret generelt av alminnelige formuerettslige regler og utgangspunktet er at hver av samboerne beholder sine eiendeler og sin gjeld. I det fleste tilfeller aftaler samboere selv hvorledes en deling skal foretas og partene står fritt til å avtale det oppgjøret de ønsker.

Hvis der oppstår uenigheter mellom samboere, er der i Norden en avgjørende skillelinje mellom hvorvidt den økonomiske oppgjøret ved samboerforholdets opphør reguleres av lovgivning eller er overlatt til domstolenes vurderinger.⁵²

46 Lov om ændring af lov om aktiv socialpolitik m.m. nr. 894 af. 4 juli 2013. Loven gjelder for samboere som er fylt 25 år og lever i ekteskapslignende forhold, således at en samboer ikke kan få kontanthjelp fra det offentlige hvis den andre samboeren har midler til å forsørge vedkommende.

47 Se nærmere om sameie i Tone Sverdrup, *Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv*. Oslo 1997.

48 Margareta Brattström, «Egendomsförhållanden under bestående samboende», kap. 2.2.3.

49 Tone Sverdrup, «Samboerforholdets rettslige egenart og behovet for lovgivning», *Nordisk samboerrett*, Oslo 2014 (manuskript – kap. 6.2.2) og Margareta Brattström, «Egendomsförhållanden under bestående samboende», kap. 2.2.4.

50 I UfR 1980.480 H avviste Høyesterett tidligere bruk av prinsipper om vidtgående sameie for samboere, se Ingrid Lund-Andersen, *Familieøkonomien*, s. 255.

51 I finsk rettspraksis finnes hittil eksempler på samsvarande utvikling som i Sverige, men også andre som holder seg til avtalemодellen på lik måte og i Danmark, se Margareta Brattström, «Egendomsförhållanden under bestående samboende», kap. 2.2.2 og 2.2.3.

52 Dette avsnitt bygger i stor grad på Ingrid Lund-Andersen, «Det økonomiske oppgør ved samlivets opphør», *Nordisk samboerrett*, Oslo 2014 (manuskript – kap. 3).

Sverige var i mange år det eneste nordiske land, der hadde en særskilt lov om samboers økonomiske oppgjør ved samlivsbrudd og *Sverige* er det eneste landet i Norden hvor det skjer en likedeling av bestemte verdier ved samlivsbrudd. Målet med den svenske sambolagen er å gi en minimumsbeskyttelse for samboerne ved samboerforholdets opphør.⁵³ Loven gjelder for samboere som «stadigvarende bor tilsammans i ett parförhållande och har gemensamt hushåll», 1 §. Her vurderes, om parterne har haft et visst økonomisk fellesskap, om de har et felles barn, og om de har samme folkeregisteradresse. Samboerskapets varighet er også viktig, normalt skal det have varet ikke kortere tid en omkring 6 måneder.⁵⁴ Ifølge sambolagens 8 § er det nettoverdien av «samboegendom» som deles. Samboegendom består av «sambors gemensamma bostad och bohag» og det sentrale vilkåret er at eiendelene er anskaffet med sikte på felles bruk, 4–7 §§.⁵⁵ Utenfor er eiendeler som samboere kommer med inn i samboerskapet og eiendeler som samboere får i arv og gave med viss vilkår.⁵⁶ Nettoverdien av samboegendom deles etter de samme prinsipper som gjelder for deling af ektefelles felleseje. Det grunnleggende utgangspunkt er likedeling, men samboere kan også kreve skjevdeling dersom likedeling vil føre til et urimelig resultat. Samboere kan avtale ordninger som fraviker sambolagens regler.

Den *finske* loven fra 2011 om oppløsning af samboernes felles husholdning gjelder for samboere som har bodd sammen i mer enn fem år eller har/har hatt et felles barn. Som allerede nevnt inneholder loven en presumptionsregel om sameie av løsøre. Samtidig bygger loven ikke på noen form av likedeling, men legger i stedet til grunn en mulighet til å bli tilkjent godtgjørelse – med henvisning til prinsipper om ugrunnet berikelse.⁵⁷

De andre nordiske landene har hverken lovregler om deling eller om godtgjørelse. Her er samboers rettsstilling i det vesentlige utviklet av rettspraksis. Det viktigste er å fastslå hvem av samboerne som eier de enkelte eiendeler og om de er i eneeie eller i sameie. Her anvender domstolene i de respektive landene de allerede nevnte formuerettslige eller familierettslige prinsippene om ervervsgrunnlag for sameie for samboere.

Samtidig har særskilte krav om vederlag eller kompensasjon blitt utviklet gjennom rettspraksis. I *Danmark* er der en mulighet til å bli tilkjent kompensasjon med hensyn til berikelses- og forutsetningssynspunkter.⁵⁸ Regelen har en begrenset rekkevidde, først og fremst fordi det krever økonomisk bidrag og det ser ut til at bidrag i form av hus- og omsorgsarbeid bare kompenseres hvis det er av ekstraordinær karakter.⁵⁹ I *Norge* og *Island* kan direkte og indirekte ervervsbidrag i større grad stifte medeiendomsrett. Det er dog ikke alltid mulig å få dom om sameie selv for en samboer som har ytet betydelige bidrag. I *Norge* kan der tilkjennes

53 SOU 1999:104; Anders Agell og Margareta Brattström, *Äktenskap Samboende Partnerskap*, Uppsala 2011, s. 262–263; Göran Lind, *Sambolagen m.m.*, Stockholm 2013 s. 36–39.

54 Ingrid Lund-Andersen, «Det økonomiske oppgjør ved samlivets ophør», kap.3.3.1.

55 I sambolagen finnes der også regler om rett til å overta bestemte eiendeler. Ifølge den *norske* husstandsfellesskapsloven har en samboer også i spesielle tilfeller rett til å overta felles bolig og innbo som helt eller delvis tilhørte den andre. Loven gjelder bare rett til å overta eiendeler og regulerer ikke overføring av økonomiske verdier. Den som får rett til overta en eiendel, må som utgangspunkt betale markedsverdi for den, NOU 1999:25 s. 48 (punkt 5.4.2)

56 Prinsippene om dold sameie kan anvendes om eiendeler som ikke faller inn under sambolagen, se nærmere Göran Lind, *Sambolagen m.m.*, s. 288–318.

57 Se Helsingfors hovrätt 293.9.2013 Nro 2512 Drno S 12/3203 og Ingrid Lund-Andersen, «Det økonomiske oppgjør ved samlivets ophør», kap. 3.3.2.

58 Høyesterett oppstilte nærmere betingelser i U 1985.607 H.

59 Se Ingrid Lund-Andersen, «Det økonomiske oppgjør ved samlivets ophør», kap. 3.3.3 og Ingrid Lund-Andersen, *Familieøkonomien*, s. 380-381 og s. 424-425.

vederlag basert på alminnelig berikelses-, restitusjons- og rimelighetsbetraktninger, men det følger av rettspraksis at vederlag bare tilkjennes unntaksvis og beløpene er lave.⁶⁰ I *islandsk* rettspraksis finnes der rettsavgjørelser om vederlag, men rettsutviklingen mangler prinsipielt grunnlag.⁶¹

Alle de domstolsskapte reguleringene om ervervsgrunnlag for sameie, godtgjørelse, kompensasjon og vederlag er nok i stor utstrekning vage og skjønsmessige. Det er klart at de nordiske lovregler og andre reguleringer kan lede til svært ulike resultater i de ulike landene.⁶²

4.2.3 Gjenlevende samboers rettsstilling

Rettsmekanismer der gjelder for samlivsbrudd, dvs lovfestede og domstolsskapte regler om deling, sameie, godtgjørelse, kompensasjon og vederlag, kommer gjenlevende samboer til gode i et skifteoppgjør etter en samboers død. Livsforsikringer og pensjonsordninger er også viktige virkemidler for samboere til å sikre hverandre ved dødsfall.⁶³ I dette avsnitt vil søkelyset bli rettet mot arveretten, testasjonsrett og rett til uskifte.⁶⁴

I lang tid var det felles for de nordiske landene at samboere ikke hadde lovfestet rett til arv etter hverandre og ikke rett til å sitte i uskiftet bo. Samboerne hadde kun den mulighet å sikre hverandre arverett ved testament. Ingen av de nordiske landene har likestilt ektefeller og samboere arverettslig.⁶⁵ I de siste årene har det imidlertid vært lovforslag om å styrke gjenlevende samboers rettsstilling og vedtatt lovendringer i flere av de nordiske landene.⁶⁶ I dag er beskyttelsen som gis i de nordiske landene svært forskjellig både i art og i omfang.

Norge har kommet lengst når det gjelder arverettslig beskyttelse. Med endringer i arveloven det trådte i kraft 1. juli 2009 fikk samboere som har, har hatt eller venter felles barn, en begrenset legalarverett som går foran pliktandel (4G)⁶⁷ og rett til uskifte med bestemte aktiva, § 28c.⁶⁸ Arveretten og rett til uskifte kan dog begrenses ved testament. Samboere som ikke har felles barn, men som har bodd sammen i minst fem år, fikk samtidig utvidet

60 Se Ingrid Lund-Andersen, «Det økonomiske oppgør ved samlivets ophør», kap. 3.3.5. To nylige dommer er illustrerende, Rt. 2011 s. 1168 og Rt. 2011 s. 1176, se Tone Sverdrup, «Vederlagskrav og lemping i samboerforhold – to nye høyesterettsdommer», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, 2011, s. 323.

61 Her kan nevnes Hrd. 2004:1981, se nærmere Ingrid Lund-Andersen, «Det økonomiske oppgør ved samlivets ophør», kap. 3.3.7.

62 Se en sammenliknende analyse i Ingrid Lund-Andersen, «Det økonomiske oppgør ved samlivets ophør», kap. 3.3.9, hvor det konstateres at en kvinnes rettstilling i en konkret dansk sak, TFA 2010.221 V, ville med stor sannsynlighet bli bedre i de andre nordiske landene.

63 De moderne forsikringsavtalelovene har gått bort fra den arverettslige modellen og over til en særskilt forsikringsrettslig eller avtalerettslig model, se nærmere John Asland, «Gjenlevende samboers rettsstilling», *Nordisk samboerrett*, Oslo 2014 (manuskript – kap. 4.8.). Regler om arveavgift har også betydning for gjenlevende. *Norge* og *Sverige* har helt avskaffet arveavgiften. I *Danmark* finnes der en arveavgiftsnedsettelse og i *Finland* og *Island* en arveavgiftsunntak for samboere.

64 Dette avsnitt bygger i stor grad på John Asland, «Gjenlevende samboers rettsstilling», kap. 4.

65 NOU 2014:1 *foreslår nu slik likestilling*.

66 Se nærmere John Asland, *Uskifte*, Oslo 2008 s. 471–520; Thomas Eeg, «Samboernes arve- og uskifterettslige stilling», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål* 2010 s. 25–60; Ingrid Lund-Andersen, *Familieøkonomien*, 2011; Peter Lødrup & John Asland, *Arverett*, Oslo 2012, s. 60–63; Anders Agell & Margareta Brattström; Äktenskap Samboende Partnerskap, Uppsala 2011 s. 286–289; Margareta Brattström & Anna Singer, *Rätt arv*, Uppsala 2011 s. 84–88 og Hrefna Friðriksdóttir, «Arverettslige utviklingstrekk i Island», s. 50–52

67 4G = 4 ganger folketrygdens grunnbeløp. Grunnbeløpet for 2014 er NOK 88 370.

68 Uskifteretten omfatter i utgangspunktet felles bolig og innbo samt bil og fritidsbolig som tjente til felles bruk for samboerne, men den kan utvides ved testament, § 28 c. Gjenlevende blir personlig ansvarlig for avdødes forpliktelser, § 28 d.

testasjonskompetanse (inntil 4G) på bekostning av sine særkullsbarn.⁶⁹

Danmark har heller ikke legalarverett for samboere, til tross for at dette ble foreslått i 2006.⁷⁰ I den nye danske arveloven fra 2007 fikk samboere⁷¹ utvidet testasjonskompetanse på bekostning av livsarvingenes tvangsarv, § 87.⁷² Det er imidlertid ikke adgang til å bestemme at den gjenlevende skal kunne sitte i uskiftet bo.

I *Sverige* er det ingen legalarverett for samboere, men gjenlevende samboer har et visst vern gjennom sambolagen. For det første tilkommer retten til å kreve skifte eller til å overta bolig og innbo bare gjenlevende samboer, 18 §. Likedelingsreglene av «samboegendom» begunstiger den økonomisk svakere part mens den formelle eier av samboegendom kan la være å kreve skifte. For det andre er en av bodelingsreglene i sambolagen den såkalte «lilla basbeloppsregeln», 18 § 2 st. Gjenlevende samboer har ved delingen av samboegendom rett til å få på sin andel, så store verdier at det tilsvarende ganger basbeloppet i «sosialförsäkringslagen».⁷³

I *Finland* har heller ikke samboere legalarverett. Ifølge nylige endringer av finske arveloven kan gjenlevende samboer få et behovsprøvd bidrag fra dødsboet for at forsørgelsen skal kunne trygges.⁷⁴

Island har ingen arvelovgivning til beskyttelse av gjenlevende samboer.

5. Nye nordiske prinsipper om samboeres rettsstilling

5.1 Samarbeide om nordisk samboerrett

Generelt etterstreber de nordiske landene enhetlige regler i Norden på privatrettens område. I henhold til samboerforhold står vi overfor likelydende problemer og det er klart at like regler vil kunne ha stor nytte. Homogen regelsæt vil gjøre flytning fra et land til annet enklere og sammenbragt lærdom vil kunne påvirke fremtidig utvikling.

En nordisk faggruppe, sammensatt av åtte professorer, har i de siste årene jobbet sammen med det formål å få oversikt over nordisk samboerrett.⁷⁵ I boken *Nordisk Samboerrett* finner vi også faggruppens rettspolitiske overvejelser og felles holdninger i form av veiledende prinsipper om samboers rettsstilling i fremtiden.⁷⁶ Disse prinsipper er tenkt som inspirasjon for lovgivere til fremtidig lovreformer. De fremsettes her som teser til diskusjon.⁷⁷

69 Arveloven § 28 a definerer som samboerskap at «to personer over 18 år, som korrige er gift, registrert partner eller sambuar med andre, lever saman i eit ekteskapsliknande forhold».

70 Det danske arvelovsutvalget foreslo en legalarverett på ¼ av dødsboet, men maksimalt DKK 500 000, og en diskresjonær kompetanse for skifteretten til å tilkjønne samboeren arverett i unntakstilfeller, Betænkning Nr. 1473/2006 s. 147–170.

71 Samboerne må oppfylle betingelsene for å inngå ekteskap og må entan ha, ha hatt eller vente felles barn eller ha levd sammen i ekteskapsliknende forhold på felles bopel i de siste to årene, § 88.

72 Samboere kan bestemme at de skal arve hverandre som om de var ektefeller med fullstendig særæie.

73 To baselopp utgjør i 2014 SEK 88 800. John Asland, «Gjenlevende samboers rettsstilling», kap. 4.1 og 4.5.1.

74 Se nærmere John Asland, «Gjenlevende samboers rettsstilling», kap. 4.5.2.

75 Anna Singer, Göran Lind og Margareta Brattström fra Sverige, John Asland og Tone Sverdrup fra Norge, Ingrid Lund-Andersen fra Danmark, Urpo Kangas fra Finland og Hrefna Friðriksdóttir fra Island.

76 Som bilag er faggruppens lovskitse med fem kapitler med i alt 10 prinsipper.

77 Ingrid Lund-Andersen, «Rettspolitiske overvejelser – prinsipper for regulering af ugifte samlevendes forhold», *Nordisk samboerrett*, Oslo 2014 (manuskript – kap. 7). Kapitlet er utarbeidet i samarbeide med bokens øvrige forfattere og uttrykker en fellesnordisk holdning.

5.2 Overordnede hensyn - behov for endringer

Rettspolitiske vurderinger bygger på et overordnet hensyn om behovet for å gå inn på videre likestilling av samboere og gifte. Her har vi etter hvert hatt motstridende syn i det nordiske landene.

5.2.1 Ekteskapets institusjonelle stilling

Motstanderne mot lov om de privatrettslige forhold mellom samboere har fryktet for at lov om samboerskap ville få en uheldig symbolvirkning og undergrave ekteskapets institusjonelle stilling. Nordiske utredninger har inntil nylig fremhevet ekteskapet som den beste samlivsformen på grunn av formalisering av gjensidige forpliktelser og stabilitet.⁷⁸

Derimot legges vekt på at lovgivningen bør så langt som mulig stille seg nøytralt i forhold til ulike samlivsformer.⁷⁹ Lovgiveren har på stadig flere felt likestilt ektefeller og samboere og denne utbredte sosiale aksepten av samboerforhold har ført til at det ikke er grunnlag for å velge rettsregler som styres inn mot at folk skal velge ekteskap fremfor samboerskap. Samtidig er den internasjonale trenden i retning av at reglene for ektefeller og samboere nærmer seg hverandre.⁸⁰

5.2.2 Samboers valgfrihet

De største innvendingar mot endringer av samboeres rettsstilling bygger på ideologien om valg - at ekteskapsordningen er tilgjengelig og samboerparet selv har valgt ikke å gifte seg og samtidig at de som ikke er tilfreds med sin rettsstilling som samboere, kan regulere sine økonomiske forhold gjennom private avtaler. Det hevdes at den friheten samboerparet har til å unngå rettsfølgene av ekteskap, ikke bør tas fra dem.⁸¹

Mange synes at slikt resonnement bygger på en feilslutning.⁸² De fleste samboere kjenner ikke regelverket om ektefellers og samboeres rettsstilling. Samboerskap er ikke en rettslig institusjon, det er først og fremst et livsfellesskap. Når partene ikke har noen større innsikt i rettsvirkningene, kan samboerskapet ikke være et bevisst fravalg av ekteskapets rettsvirkninger for samboere.⁸³ Flest peker på at utbredelsen av samboeravtaler og sambotestamenter i Norden er liten.⁸⁴ Det er også forståelig at mange samboere er lite lystne på å gjøre bruddsituasjonen til et tema tidlig i forholdet. Det har vært fremhevet at årsakene til at det ikke inngås flere samboerkontrakter i Norden ligger så vidt dypt at situasjonen neppe vil forandre seg om man satte inn flere informasjons- og påvirkningstiltak.⁸⁵

78 St.meld. nr. 29 (2002–2003) *Om familien – forpliktende samliv og foreldreskap; Forslag til arvelov*, L 100, 2006-07; Betänkande nr. 2008:10. *Upplösning av gemensamt hushåll när ett samboförhållande upphör*. Også nærmere diskusjon i Göran Lind, *Sambolagen m.m.*, s. 33 og Guðrún Erlendsdóttir, *Óvígð sambúð*, Reykjavík 1988, s. 16

79 NOU 2014:1, s. 50 og Anders Agell og Margareta Brattström: *Åktenskap Samboende Partnerskap*, s. 249–253.

80 John Asland, «Gjenlevende samboers rettsstilling», kap. 4.1 og Ingrid Lund-Andersen, *Familieøkonomien*, 2011 s. 155–156.

81 For eksempel *Forslag til arvelov*, L 100 og RP 37/2010 rd. Også Ármann Snævarr, *Hjúskapar- og sambúðarréttur*, Reykjavík 2008, s. 907 og Marianne Holdgaard, «Arveloven – hvad var den reelle begrundelse for ændringen?», U 2009 B s. 318.

82 Ingrid Lund-Andersen, *Familieøkonomien*, s. 559-560; Tone Sverdrup, «Samboere uten lovvern», *Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål* 2011, s. 253; Tone Sverdrup, «Samboerforholdets rettslige egenart og behovet for lovgivning», kap. 6.1 og NOU 2014:1, s. 50.

83 Hrefna Friðriksdóttir, «Munur á hjúskap og óvígðri sambúð», s. 149–189.

84 For eksempel NOU 1999: 25, s. 71; Betänkande nr. 2008:10 og NOU 2014:1, s. 50.

85 Tone Sverdrup, «Samboerforholdets rettslige egenart og behovet for lovgivning», kap. 6.4. Også Ingrid

Det bør understrekes at spørsmålet er ikke om *samboerparet* har en valgfrihet, men om *den enkelte samboer* har denne friheten. Ekteskap og avtaler forutsetter enighet. Derfor er det ikke samboerparets frihet man beskytter ved ikke å likestille samboere og ektefeller i større grad - det er friheten til den ene samboeren som ikke ønsker lovregulering. I dag er det fullt akseptabelt for samboere å forsinke ekteskap og for en samboer å motsette seg ekteskap. Grensen mellom samboerskap som prøveforhold og mer varige samboerforhold, er flytende. Hvis samboere ikke er enige om ekteskap eller avtaler i etterkant, er det en illusjon å tenke sig at det er enkelt for den som ikke er tilfreds å slutte livsfellesskapet. Resultatet blir slik at den økonomisk sterkeste parten kan i dagens situasjon ensidig spekulere i å slippe økonomiske forpliktelser.⁸⁶

Det er ikke nødvendig å avskaffe valgfrihet helt. I stedet for en *obligatorisk beskyttelse* hvor samboerne selv tar initiativ for å bli omfattet, for eksempel gjennom avtale eller testament (opt-in), kan beskyttelsen også være *deklaratorisk*, slik at initiativet ligger på de samboerne som ikke ønsker å være omfattet (opt-out). Man kan tenke seg et system hvor grunnleggende rettigheter i familierettens område er de samme for ektepar og samboere, hvor forskjellen ligger i at ekteparet har en absolutt minimumbeskyttelse i noen grad mens samboerne har en «opt out» mulighet.⁸⁷

5.2.3 Livsfellesskap og beskyttelsehensyn

I det nordiske velferdssystemet forventer borgerne at staten beskytter dem mot å komme i et økonomisk uføre så lenge de lever sosialt akseptable liv.⁸⁸ Familien i vid forstand er en grunnleggende samfunnsinstitusjon og det er en målsetting å skape stabile og trygge familieforhold. For ektepar finnes en juridisk pakkedøsning som skaper en trygg og forutsigbar ramme rundt samlivet og kan redusere konflikter ved oppløsning. Samboere har ikke i dag den samme beskyttelse i lovverket.⁸⁹

I livsfellesskap dominerer de faktiske forpliktelsene over de rettslige. Livsfellesskap utgjør en enhet med hensyn til arbeid, forbruk og investeringer hvort en enes økonomi blir påvirket av den andres økonomiske disposisjoner. Mange samboere har i fellesskap bygget opp verdier under samlivet gjennom direkte og indirekte bidrag som ikke klart kan føres tilbake. Samboere har derfor i dagens situasjon et behov for et bedre økonomiske sikkerhetsnet.⁹⁰

5.3 Enkelte prinsipper – teser⁹¹

5.3.1 Lov om samboerforhold

Dagens lovregulering og domstolenes forskjellige formuleringer gir samboere ikke tilstrekkelige minimumsbeskyttelse ved oppgjør etter samlivsbrudd eller ved død. Prinsippene

Lund-Andersen, «Retspolitiske overvejelser – prinsipper for regulering af ugifte samlevendes forhold», kap. 7.2.

86 Tone Sverdrup, «Samboerforholdets rettslige egenart og behovet for lovgivning», kap. 6.4 og NOU 2014:1, s. 50.

87 NOU 2014:1, s. 42.

88 Tone Sverdrup, «Samboerforholdets rettslige egenart og behovet for lovgivning», kap. 6.5.

89 St. meld nr. 29 (2002-2003), s. 10.

90 Tone Sverdrup, «Samboerforholdets rettslige egenart og behovet for lovgivning», kap. 6.2.2 og Ingrid Lund-Andersen: «Retspolitiske overvejelser – prinsipper for regulering af ugifte samlevendes forhold», kap. 7.2.

91 Avsnittet bygger på Ingrid Lund-Andersen, «Retspolitiske overvejelser – prinsipper for regulering af ugifte samlevendes forhold», kap. 7.

taler for at *Danmark, Norge og Island* innfører regler om de økonomiske forhold i samboerskap og at *Sverige og Finland* foretar bestemte lovendringer.⁹²

5.3.2 Hvilke samboere skal omfattes av loven?

Med samboere menes i prinsippene to ugifte personer som lever på felles bopel i ekteskapslignende forhold med felles husholdning. Tydeligere er det foreslått forskjellig beskyttelse for to typer samboerforhold – *samboere med felles barn* og *samboere med og uten felles barn*.

I den første gruppen er samboere som venter, har eller har hatt et felles barn. Samboerskap med felles barn bærer normalt preg av å være et livsfellesskap med gjensidige økonomiske ytelser og forpliktelser. Disse samboere har også et særlig ansvar for å ta hensyn til barnets beste etter samboerforholdets opphør eller den ene parts død. Samtidig må det forventes at flertallet av samboere med felles barn ville ønske og finne det rimelig at der finnes lovregulering av deres økonomiske situasjon. Med hensyn til beskyttelsesbehov bør denne gruppen samboere i stor utstrekning likestilles med ektefeller.

Selvom den andre gruppen er mer heterogen, finnes det også behov for nogle grunnleggende rettigheter for både samboere med og uten felles barn.

5.3.3 Deling av formue

Prinsippene foreslår at ved samlivsbrudd for samboere med felles barn, skal der skje likedeling av nettoverdien av samboendes felles bolig og innbo, såfremt aktiverne er erhvervet under samboerskapet til felles bruk. Likedeling er en praktisk konsekvens av fellesskapet og gjør at denne gruppen samboere unngår i stor grad diskusjoner og rettsvister om hvem som ervervet hva. Det vanligvis er en stor fordel for barna at foreldrene ikke er i konflikt med hverandre. For å unngå urimelig deling, skal likedeling kunne fravikes.

Samtidig foreslår prinsippene en skjønsmessig regel om tildømmelse av et beløp til begunstiggelse for samboere med og uten felles barn i særskilte situasjoner. Prinsippene utfører nærmere *godtgjørelse for medvirken*, dvs. hvis en samboer har medvirket til forøkning av den andres formue, og *godtgjørelse ud fra rimelighet*, dvs. en bred rimelighetsregel.⁹³

5.3.4 Arverett

Prinsippene foreslår at samboere med felles barns skal gis samme arverett som ektefeller. Oppfatningen er at flertallet av samboere med felles barn ville ønske å tilgodese hverandre ved dødsfall og at beskyttelsesbehovene er de samme.⁹⁴ Samboere kan bestemme annet i et testament, men gjenlevende samboer skal dog alltid sikres samme minimumsbeskyttelse som ektefeller har.

Samboere med og uten felles barn skal ha adgang til å utvide gjenlevende samboers arverett ved testament (utvidet testament) slik at gjenlevende arver helt eller delvis som ektefelle.⁹⁵

92 Se også Tone Sverdrup, «Trenger vi en samboerlov?» I Olaf Halvorsen Rønning (red.) *Med loven mot makta*, Oslo 2011, s. 242.

93 Her skulle lovforarbeider kunne gi tydelige retningslinjer.

94 Se også NOU 2014: 1, s. 53.

95 Prinsippene omhandler ikke spørsmål om uskiftet bo ettersom dette finnes ikke i *Sverige og Finland*. *Danmark og Island* skulle dog kunne innføre regler tilsvarende ordningen i *Norge*.

5.3.5 Overtakelsesrett til felles bolig og innbo

Prinsippene foreslår at samboer med felles barn skal ha en behovsprøvd rett til å overta felles bolig og innbo til markedspris.

5.3.6 Avtaler

Prinsippene foreslår at samboere som utgangspunkt kan avtale seg fra eller begrense omfanget av bodeling.

Samboere med felles barn kan dog ikke give avkald på godtgjørelse ud fra rimelighetsbedømmelse eller fra overtakelsesretten. Derutover gives samboere med felles barn rett til å avtale om utvidelse av hvilke aktiver dekkes av delingsreglen. Samboere uten felles barns skal ha adgang til å avtale om likedeling og om overtakelsesrett.

6. Konklusjon

I *Nordisk Samboerret* har nordiske forfattere gitt en bred og insiktfull drøfting av problematikken omkring samboerskap i Norden. I et internasjonalt perspektiv har de nordiske landene vært foregangsland på mye i familie- og arveretten. For samboere har rettsutviklingen vært preget av ønsker om å finne en balanse mellom valgfrihet og behov for beskyttelse. Resultatene i hvert enkelte land er forskjellige, dagens oppgjørssystem i de fleste landene er i basert på skjønn og rettsstillingen er vanskelig å forutse.

Konklusjonen av den samnordiske forskning blir at verken friheten til å velge ekteskap eller avtaler, formuerettsreglene eller kompensasjonsregler gir noe effektivt vern for de økonomiske skjevhetene som ligger innebygget i samboerforhold. Den store nyskapning er forfatternes oppmuntring til samnordisk samboerlovgivning og forslag til enkelte prinsipper. Det blir spennende å se hvornår og hvordan lovgivere i de nordiske landene tar disse prinsippene til varige fremskritt.

Bilag:

PRINCIPPER FOR REGULERING AF SAMBOERES ØKONOMISKE FORHOLD (EN SAMBOLOV)

Kapitel 1

Almindelige bestemmelser

Princip 1 Definition af samboere med og uden fælles barn

- (a) Med samboere med fælles barn menes to ugifte personer, der lever i et ægteskabslignende forhold på fælles bopæl, har fælles husholdning og venter, har eller har haft et fælles barn.
- (b) Med samboere uden fælles barn menes to ugifte personer, der lever i et ægteskabslignende forhold på fælles bopæl og har fælles husholdning.
- (c) En fælles bopæl anses ikke for ophørt ved et midlertidigt ophold i anden bolig eller ved ophold i institution.

Kapitel 2

Bodeling

Princip 2 Processuelle regler

- (a) Når et samboforhold ophører af andre grunde, end at samboerne indgår ægteskab med hinanden, skal der efter anmodning fra en samboer ske fordeling af deres formue ved en bodeling.
- (b) Anmodning om bodeling skal fremsættes senest 1 år efter samlivets ophør.
- (c) Udgangspunktet for bodelingen er ejendomsforholdene den dag, hvor forholdet ophører, eller en af samboerne dør.
- (d) Regler om bodeling gælder kun for den efterlevende samboer og ikke for førstafdødes arvinger.
- (e) Sager om bodeling behandles ved en domstol. Hvis en af samboerne anmoder om det, kan sagen henvises til en bobehandler.

Princip 3 Bodeling for samboere med fælles barn

- (a) For samboere med fælles barn skal der ved bodelingen ske ligedeling af nettoværdien af deres bolig og sædvanligt indbo, som er erhvervet under samlivet og beregnet til fælles brug, medmindre boligen eller indboet er modtaget som gave eller arv.
- (b) Ligedeling kan fraviges, hvis der foreligger særlige omstændigheder.

Princip 4 Bodeling for samboere med og uden fælles barn

- (a) Er den ene samboers formue efter samlivets etablering forøget i værdi, og har den anden gennem deltagelse i fælles udgifter, ved hus- og omsorgsarbejde eller på anden måde i væsentlig grad medvirket til forøgelsen, kan det ved samlivets ophør bestemmes, at en samboer skal tillægges en godtgørelse herfor.
- (b) For at sikre, at en samboer ikke stilles urimeligt i økonomisk henseende ved samlivets ophør, kan det bestemmes, at den ene skal yde den anden et beløb. Der lægges vægt på samboernes formue- og indtægtsforhold, hensynet til parternes mindreårige børn, samlivets varighed og omstændighederne i øvrigt.

Kapitel 3 **Arveret**

Princip 5 Samboere med fælles barn arver som ægtefæller

- (a) Har samboere fælles barn, arver den længstlevende samboer førstafdøde på samme måde som en ægtefælle, medmindre førstafdøde har bestemt andet.
- (b) Længstlevende har altid ret til samme minimumsbeskyttelse som en ægtefælle.

Princip 6 Samboere med og uden fælles barn kan oprette udvidet samboertestamente

Samboere kan i et udvidet samboertestamente bestemme, at de helt eller delvis skal arve hinanden og arves, som var de ægtefæller.

Kapitel 4

Overtagelse af fælles bolig og indbo

Princip 7 Overtagelsesret for samboere med fælles barn

- (a) Har samboere fælles barn, har den samboer, som har mest brug for den fælles bolig og sædvanligt indbo, ved forholdets ophør ret til at overtage boligen eller indboet til markedspris. Det gælder også en fælles bolig og sædvanligt indbo, der er erhvervet før samlivets etablering.
- (b) Overtagelse efter (a) kan ikke ske for fælles bolig og sædvanligt indbo, som er modtaget i arv eller gave, eller hvis særlige omstændigheder taler imod.
- (c) Hvis samboerforholdet ophører ved den enes død, gælder overtagelsesretten efter (a) og (b) kun for den efterlevende samboer og ikke for førstafdødes arvinger.

Kapitel 5

Aftaler

Princip 8 Aftalefrihed

- (a) Samboere med og uden fælles barn kan under samlivet aftale, at der ikke skal ske bodeling, eller at visse aktiver ikke skal være omfattet af bodelingen, se dog princip 9.
- (b) Aftalen skal oprettes skriftligt og underskrives af samboerne.

Princip 9 Begrænsninger i aftalefriheden

Samboere med fælles barn kan under samlivet ikke give afkald på de rettigheder, der følger princip 4 (b) og princip 7.

Princip 10 Udvidet aftaleadgang

- (a) Samboere med fælles barn kan under samlivet aftale, at andre aktiver end den fælles bolig og sædvanligt indbo skal omfattes af delingsreglen i princip 3.
- (b) Samboere uden fælles barn kan under samlivet aftale, at princip 3 og princip 7 skal gælde i deres forhold.
- (c) Aftalen skal oprettes skriftligt og underskrives af samboerne.

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

Advokat Casper Herler, Finland

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

Advokat *Casper Herler*, Finland

Gruverksamhet utgör ett område som tematiskt anknyter till flera konkurrerande interessene, framför allt det næringsrättsligt och naturresurskopplade utvinningsinteresset, miljø- og naturskyddsinteressene samt interessene for oppringsbefolkninger. Hur väl beaktar den nordiske gruvrättslige reglingen interessene som konkurrerer med gruverksamhet? Den gruvrättslige traditionen är rätt så etablerad inom Finland, Sverige og Norge. En längre tid var miljø og oppringsbefolkningsinteressene underbetonede i den gruvrättslige reglingen. Inom de senaste decennierna har den samhällelige utvecklingen og rättslige reglingen utvecklats i riktninger som ställt krav på att dessa konkurrerande interessene beaktas av gruvreglingen som helhet. Hur borde detta genomföras? Måste de gruvrättslige grunnsatserna omändras eller räcker det med att reglingen sammanjämkas att beakta även andra viktige interessene?

1. Inledning

Som en teoretisk ram for spørstillingen är det av nöden att spørre om gruvrätten har egne s.k. allmänne lærer og vilke är i så fall hoveddragene for disse. Om gruvrätten anses besitte en egen rättslig tradition og allmänne lærer bør vi även begrunde hur de gruvrättslige allmänne lærerne påverkar sammanjämningen av konkurrerande interessene? Institutionaliserade miljørättslige lærer (bl.a. centrale rättsprinciper såsom integrasjonsprinsippene) bør dock likaså beaktas. Ur vilket rättsområdes synvinkel skall med andre ord sammanjämningen ske då grunnsatserne for två ulike rättsgebit kolliderer?

Gruvrätten har länge varit till naturen ett betonet nasjonelt regleringsområde även om i synnerhet de nordiske länderna anammatt inntryck från varandra. Gruverksamheten däremot är global og hämtar aktivt inntryck från den globale utvecklingen. Även på den rättslige fronten har reglingen fått nasjonale dimensjoner bl.a. i og med folkrättslige konvensjoner om oppringsbefolknings rettigheter.

Under de senaste årene har sociale verkninger fått øket betydelse i proektutvecklingen, konsekvensbedømmingen og den samhällelige diskussionen kring utvecklingen av naturresurs- og infrastrukturproekt. Oppringsbefolknings rettigheter har varit en igångsättende spørstilling som snabbt utvecklats till flertallet andre anknyttende aspekter. Mer bestemt har man börjat tale om det økede praktiske behovet for s.k. social konsesjon (eng. Social Licence to Operate, fi: sosiaalinen toimilupa) dvs. ett beaktende av de sociale verkninger og forventninger på kommunikasjon som ställs på gruvproektene. Denne typ av tiltagande bredere fokus på både miljø og sociale verkninger i den samhällelige diskursen samt svårigheterna att definiera den definitive kretsen for den spesielt skyddede oppringsbefolkningen ger anledning att spørre sig i vilken grad denne trend påverkar balanseringen mellom spesifikke og allmennere sammanjämkningsbehov, såsom oppringsbefolknings (eng. indigenous communities) interessene og rettigheter i forholdende till en mer allmennere utveckling som oppmerksomme andre interessenters rettigheter (eng. affected communities)?

2. Malmletning och gruvverksamhet i Norden

Gruvverksamhet har en lång tradition i Norden, som satt sina spår i samhällsutvecklingen och påverkat bl.a. etableringen av metallförädling och övrig metalindustri bl.a. i form av verkstadsindustri vilka utvecklats till separata industrigrenar. Vad som är utmärkande för Finland och Sverige är att de statsägda bolagen har haft en central roll på 1900-talet.¹

De ekonomiska förutsättningarna för malmletning och gruvdrift är direkt kopplade till priset på metaller och andra mineral som i sin tur är volatila och cykliska. Verksamheten kan således tidvis vara mycket lönsam samtidigt som den under långa perioder är kraftigt förlustbringande. Under en längre tid på 1980-1990-talet genomgick gruvindustrin en period av mycket låga metalpriser, vilket gjorde att en del gruvor i Finland och i övriga världen lades ned.² I motsats till många andra industrigrenar är det till och med typiskt inom gruvindustrin att nedlagda projekt startas upp igen då metalpriserna tilltar eller när ny teknik möjliggör lägre produktionskostnader. Nedläggningen av gruvverksamheten är till mestadels inte förknippad med att all mineralhaltig sten skulle ha brutits. Den ekonomiska lönsamheten av gruvverksamheten är däremot centralt beroende av mineralhalt och volym, hur lätt och kostnadseffektivt malmen kan anrikas och vidareförädlas.³ Därtill inverkar bl.a. valutakurspriser på lönsamheten. Metalpriserna noteras i dollar medan produktionskostnaderna till stor del uppkommer i lokal valuta. Dessa verksamhetsbetingelser har genom tiderna påverkat gruvindustrin och som senare påvisas även satt sin prägel i form av specifika rättsliga strukturer i regleringen.

Den tidigare långa perioden med låga metalpriser som varade under 1980-2000-talen med nedgång i aktivitet som följd, ledde åtminstone i Finland till att allmänna kännedomen om gruvdrift minskade. Detta är en faktor som har praktisk betydelse när nya (greenfield) eller de tidigare (brownfield) projekten igen påbörjas.

Ett betydande utvecklingsdrag för den fennoskandiska gruvsektorn var EES medlemskap 1994 och för Finlands och Sveriges del EU medlemskap börjande 1995 vilket med anledning av etableringsfriheten och den fria rörligheten avlägsnade de tidigare restriktionerna för utländska bolag att bedriva malmletnings- och gruvverksamhet.⁴ Efterfrågan på metaller inom växande marknader (framför allt Kina, men även den förväntade framtida efterfrågan i Indien) ökade världsmarknadspriserna och skapade förutsättningar att intensifiera malmletning och inleda ny gruvdrift, vilket syntes som markant ökning av aktiviteten i Finland och Sverige under senare delen av det senaste decenniet.

De stora skiftningarna i aktivitetsnivån har inte blivit utan återspeglings i hur gruvverksamheten mottagits av övriga intressenter. Efter den kraftiga nergången har en upptrappad aktivitet gjort att verksamheten med i sig långa anor uppfattats som ny och främmande. För den fennoskandiska ökade malmletnings- och gruvverksamhetens del har detta tidsmässigt infallit i en tidsperiod där median är i en brytningsfas⁵ och aktivare än tidigare

1 I Finland Outokumpu, Rautaruukki och Kemira, vilka alla avyttrat gruvverksamheten. I Sverige är LKAB fortsättningsvis statsägt.

2 Bland annat de finska gruvorna i Mustavaara (V, Fe, Ti), Otanmäki (Fe, Ti, V), Hannukainen (Fe).

3 Trots hög mineralhalt och mängd kan mineralet till sin karaktär föranleda en komplex och kostnadsintensiv process för att kunna utnyttjas, eller innehålla halter av annan mineral som stör vidareförädlingsprocessen.

4 I Finland förutsätter innehav av mineralrättigheter av bolag som inte är registrerade inom EES undantag av myndigheten. GruvL 621/2011 31.1 § föranleder dock att en filial inrättas i Finland.

5 Bl.a. på grund av ökad konkurrens från Internet och social media.

eftersträvar att lyfta fram spänningar och konflikter. Vidare har nivån och intresset för skydd av miljöintressen inklusive därtill anknytande reglering markant ökat under just den tidsperioden då gruvverksamheten drog sig tillbaka. Följaktligen har de nya eller återupplivade projekten i nutid stött på krav om sammanjämkning av en bredare omfattning av konkurrerande eller åtminstone parallella intressen vilka även fått en större tyngdvikt. Sådana intressen omfattar i nutid bl.a. ökade krav på miljö- och naturskydd men också turism, renskötsel, andra näringar, markägande, samt annan områdesanvändning. Parallellt med en ökad mängd aspekter som börjat kräva legitimt sammanjämkande har även godtagbarheten börjat uppfattas mer omfattande så att ett gruvprojekts legitimitet i allmänhetens ögon inte enbart avgörs på basis av juridiska ("juridisk licens") eller ekonomiska grunder ("ekonomisk licens").

I takt med ökade kommunikationsmöjligheter och -kanaler för enskilda har i stället den sociala acceptansen av projektet fått en allt större betydelse för hur mödosam beredning och tillståndsprövning samt utövande av gruvverksamhet är på nivån för det enskilda projektet. Detta nya fenomen har även skapat behov för ett nytt begrepp. Framför allt inom den nordamerikanska gruvindustrin har man börjat tala om behovet för social licens (Social Licence to Operate) för projekten.⁶ Numera börjar begreppet vara förhållandevis etablerat i den globala gruvrättsliga diskursen.⁷ Jag väljer här att tala om *social koncession* för att använda ett begrepp som bättre passar in i det nordiska språkbruket.⁸ Diskursen kring social koncession anknyter till ett ökat behov för social acceptans av verksamheten och en dialog i anslutning till denna. Denna utveckling mot ett ökat beaktande av sociala aspekter har ursprungligen anknytningar till sammanjämkningen av lokala ursprungsbefolkningars intressen med gruvprojektets. I synnerhet i Sydamerika har gruvbolag fått erfara utmaningar för upprätthållande av en social acceptans för projektet om man enbart koncentrerar dialogen till de grupperingar som klart uppfyller den snäva juridiska definitionen för ursprungsbefolkning enligt ILO 169, medan andra socialt utsatta grupperingar lämnas utanför. Innan jag avslutar med betydelsen av social koncession för nutida projektutveckling inom naturresursindustrin samt sammanjämkningen mellan gruvrätt, miljörett och urbefolkningsrättigheter är det av nöden att uppmärksamma vissa typiska karaktärsdrag för gruvrätten.⁹

3. Gruvrätt, nordisk rättsutveckling och allmänna läror

3.1 Har gruvrätten egna allmänna läror och varför är detta relevant?

Ett ställningstagande till och en analys av frågan hur gruvregleringen borde beakta konkurrerande intressen har en anknytning till den diskussion som förts om allmänna läror och de specifika rättsliga karaktärsdragen för olika rättsområden.¹⁰ Mer konkret: är gruvrätten

6 Med denna avses inte ett rättsligt tillstånd utan en social acceptans som inte kan ansökas utan måste förtjänas genom tilliten jämnt mot projektet av dess centrala intressenter. Se Susan Joyce och Ian Thomson, «Earning a Social Licence to Operate: Social Acceptability and Resource Development in Latin America», *Canadian Mining and Metallurgical Bulletin*, Vol. 93, No. 1037, Februari 2000. En betydande andel av malmletning och gruvverksamhet i Latin Amerika bedrivs av nordamerikanska bolag.

7 Se t.ex. James M. Otto, «Mineral Sector Reform: An Analytical Framework», 2008, s. 1.

8 Detta översätter sig till "sosiaalinen toimilupa" på finska vilket redan etablerat sig som översättning och i gruvdiskussionen i Finland. Se Casper Herler och Jami Taipalinen, «Sosiaalinen toimilupa ansaitaan joka päivän» [Den sociala koncessionen förtjänas varje dag] ledare publicerad i Helsingin Sanomat 9.5.2011 där det finska begreppet lanserades.

9 Med gruvrätt som begrepp avses här det rättsområde som reglerar utvinningen av gruvmineral. Gruvrätt avser i finsk rätt även den utvinningsrätt till mineral som inmutaren kan erhålla, se bl.a. GruvL 1965 40 §. Se närmare i Casper Herler, «Miljöaspekter i gruvtillstånd», *JFT* 4–5/2002, s. 370 f.

10 För en allmänare introduktion till den finska diskursen kring allmänna läror se t.ex. Thomas Wilhelmsson, «De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentering och avnationalisering», *Retfærd*, nr 100 (2003/1), s. 33.

ett eget rättsområde, och i så fall vilka är dess kännpaka principer, begrepp och systematiska lösningar eller lärokonstruktioner som ger den dess särprägel i förhållande till andra rättsområden t.ex. miljö rätt eller naturresursrätt. Slutligen, om en sådan särprägel hos den gruvrättsliga regleringen kan konstateras, vilken betydelse har detta för sammanjämkningen med andra intressen.

3.2 Gruvrätten i rättsdogmatik

Gruvverksamhetens tidiga existens och samhällseliga betydelse i Norden återspeglar sig även i rättsdogmatiken. Gruvregleringen omfattas i tidiga politirättsliga systematiseringar.¹¹ Vidare var gruvrätten ett av de områden som behandlades i näringsrättsliga presentationer.¹² Utöver detta har det även publicerats en rad även specifika gruvrättsliga analyser.¹³ Ur dessa kan utläsas gruvverksamhetens betydelse vid tiden.

Ur ett nordiskt perspektiv har den finska, svenska och norska gruvlagstiftningen varit mycket likartade ända in till de senaste decenniernas lagreformer. De svenska totalrevideringarna under slutet av 1900-talet innebar vissa ändringar i förhållande till Finland bl.a. om tillståndsprovningen och brytningsavgifter. Norges sentida reform innebar även den något avtagande likriktning av den nordiska gruvregleringen. En nyansskillnad mellan Finland, Sverige och Norge har varit mängden mineral som omfattas av gruvregleringen och inmutningsprincipen.¹⁴ Den finska gruvlagen har av industripolitiska skäl även omfattat industrimineral (bl.a. kalksten och fosfat) samt täljsten (som används inom den finska ugn- och inredningsindustrin) och ger dessa industrigrenar fördelar i råvaruanskaffning jämfört med marktäktslagstiftningen där utvinning förutsätter förmögenhetsrättslig besittningsgrund till marken.¹⁵ En betydande rättslig skillnad anknyter även till att Norge i motsats till Finland och Sverige har ratificerat ILO-konventionen nr 169 om ursprungsbefolkningars rättigheter och skapat en speciell förvaltning av mineralrättigheter inom Finnmark-området.¹⁶

Påfallande vid en närmare genomgång är hur heltäckande den tidigare regleringen varit och hur lite dessa centrala gruvrättsliga strukturer ändrats i de påföljande lagreformerna. Detta har hävdats skildra ett systematiskt eftersläpande av hela rättsområdet, men kan även förklaras med att redan den tidiga gruvregleringen har svarat på de praktiska behov som föranleds av gruvprojekt och sammanjämkningen av det med övriga intressen.¹⁷ Upplägget av gruvverksamhet har inte drastiskt ändrat även om teknik och skalan av verksamheten har gjort

11 Jorma Punovuori, *Kaivoslain säädäntö*, Helsingfors 1946 s. 9. Enligt Punovuori har det förekommit regler och privilegium beträffande gruvor och gruvfält redan på 1300-talet.

12 K. A. Moring, *Finsk Näringsrätt*, Helsingfors 1914 s. 150–166.

13 Se Jan Eric Almquist, *Kommentar till 1884 års Gruvstadga*, Uppsala 1930 och Punovuori 1946.

14 Se finska GruvL 2011 2.2 §, norska mineralloven (2009) § 7, svenska mineralagen (1991:45) 1 kap 1 §. I synnerhet den nya norska lagen är mer begränsad och definierar en större skara mineral att tillhöra markägaren. Vidare är det anmärkningsvärt att den norska nya mineralloven definierar de mineral som inte kategoriseras som markägarmineral till statens mineral.

15 Närmare gällande förhållandet mellan dessa se Herler *JFT* 4–5/2002, s. 365. I flera jurisdiktioner där jordägarprincipen råder helt eller delvis t.ex. i Norge gällande s.k. icke-mutbare mineraler (grunneiers mineraler) existerar en expropriationsrätt i det fall att avtal om utvinning inte kan uppnås med markägaren. Se t.ex. *Ot.ppp.* nr. 43 (2008–2009), s. 142 f.

16 Se närmare om frågeställningen i Susann Funderud Skogvang, « Ny minerallov og samiske rettigheter », *Lov og Rett*, 2010 s. 47–67.

17 I anslutning till den finska total reformen av gruvlagstiftningen 2008–2011 lyftes det röster, till följd av vilka den allmänna opinionen var att gruvlagstiftningen var föråldrad. Detta stämde vad gäller konsultering och sammanjämkning med övriga intressen inklusive markägarnas rättigheter, men den gruvrättsliga grundstrukturen förblev till stora delar oförändrad.

det. Således har redan i ett tidigt skede en rad centrala strukturer inkluderats i lagstiftningen och samma strukturer ingår i stor utsträckning även idag. Denna typ av rättslig regleringstradition och etablerade rättsliga strukturer har förutom på nivån av detaljreglering även en djupare normativ karaktär emedan de ger uttryck för regleringsområdets allmänna läror. Ju distinktare och mer etablerade dessa är desto beständigare är dessa emot att penetreras eller uppslukas av konkurrerande systematiseringsgrunder eller rättsområden. Denna typ av fråga uppstår ofta när nya samhällseliga teman eller intressen aktualiseras och förrättsligas genom reglering. Intressanta rättsliga normkonflikter uppstår ofta i dessa rättsliga randområden. Hur dessa skall lösas är inte entydigt emedan flera etablerade rättsområden kan vara samtidigt tillämpliga. Jag har i tidigare sammanhang talat om en *uteslutande vs. samarbetsorienterad* strategi som tolkningsalternativ. Med den förstnämnda avses ett sätt där man framhäver skiljaktigheterna mellan de olika allmänna lärorna, medan den senare betonar en integrering och sammanjämkning av de divergerande elementen i dessa.¹⁸

3.3 Allmänna läror

3.3.1 Klassificering och elementen för allmänna läror

För att kunna ta ställning till hur gruvrätten förhåller sig till konkurrerande intressen och under vilka premisser sammanjämkning eller prioritering kan företas, är det av nöden att analysera om gruvrätten kan sägas ha egna distinkta allmänna läror och vilka typer av rättsliga begrepp, principer och lärostrukturer dessa i så fall består av.

De allmänna lärorna består av både begreppsligt och normativt innehåll, med andra ord rättsliga begrepp och rättsprinciper.¹⁹ Även rättsliga teorier brukar läsas till de allmänna lärorna.²⁰ De sistnämnda anknuter till begreppen emedan teorierna ofta får en begreppslig dimension. Det går även att hänföra rättsområdesspecifika variationer i rättskällevärdet till teorikategorin.²¹

De rättsliga begreppen fungerar som koordinater för juristerna vid lokaliseringen av det rättsliga problemet.²² På så vis bidrar de allmänna lärorna till att diktera frågeställningen.²³ Där som de rättsliga begreppen hjälper till med att lokalisera det rättsliga problemet, ger rättsprinciperna däremot rättsområdet dess koherens, dvs. dess interna följdriktighet.²⁴ Principerna fungerar som utgångspunkter för systematiseringen av rättsområdet. Effekterna inträder således vanligen ”bakom” de enskilda paragraferna och rättsfallen. Principerna påverkar den rättsdogmatiska systematiseringen och kan den vägen påverka ny lagstiftning och den rättsliga disponeringen av enskilda rättsfrågor i lagskipningen. Då det existerar markanta luckor i lagen är tröskeln för detta dock lägre.²⁵

18 Se Casper Herler, «Konkurs och miljöansvar – Går kolliderande allmänna läror att sammanjämka?», *JFT* 4-5/2006 s. 514. I denna artikel gällde frågan konkursboets miljöansvar, en fråga som kan få olika svar beroende på om den analyseras utgående från insolvensrättens eller miljöskyddssträttens principer.

19 Thomas Wilhelmsson, *Sociala civilrätt – Om behovsorienterade element i kontrakträttens allmänna läror*, Helsingfors 1987, s. 19 f.

20 Tapio Määttä, «Oikeudellis-hallinnollisen ja taloudellisen ohjauksen suhteesta energiataloudessa» i Marjut Heikkilä (red.), *Säädöksiä, systematiikkaa vai ihmisoikeuksia? – Oikeustieteen päivät 19.–21.8.2003*, Villmanstrand 2004, s. 160.

21 Se Kaarlo Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, Helsingfors 2000, s. 184. Se även Herler *JFT* 4-5/2006, s. 508.

22 Tuori 2000, s. 193.

23 Wilhelmsson 1987, s. 22.

24 Tuori 2000, s. 198.

25 Se t.ex. Casper Herler, *Markföreningens ansvar – om retroaktivitet och skälighet av miljörättsligt återställandeansvar*, Helsingfors 2008, s. 140 ff. gällande rättsprincipernas roll som ansvarsgrundlag för äldre mark- och grundvattenföreningens fall.

De allmänna lärorna ger rättsområdena sin identitet och är sålunda rättsområdesspecifika. Rättsområdena förutsätter egna karakteristiska begrepp och principer. För att man skall kunna tala om miljörätten som ett rättsområde måste man sålunda kunna uppvisa specifika begrepp och principer.²⁶

3.3.2 Distinkta drag för gruvrätten

Gruvregleringen har i en nordisk rättslig kontext specifika drag som uppkommit som en följd av de mineralpolitiska målsättningarna som varit rådande under en längre tid.²⁷ Gruvregleringen anknyter till naturresursregleringen men har även åtminstone i Finland fortsättningsvis näringsrättsliga kopplingar.²⁸ På senare tid har dock behovet av sammanjämkning med miljö- och markanvändningsreglering tilltagit.²⁹ Allmänt taget kan det konstateras att den gruvrättsliga regleringen och regleringen historiskt sett reflekterar de praktiska utgångspunkterna för malmletning och gruvverksamhet.

3.3.2.1 Målsättning

Ett utmärkande drag för gruvregleringen är den klara målsättningen för regleringen att befrämja utvinningsintresset. Detta är i sig inte något exceptionellt i jämförelse med annan naturresursreglering. Den befrämjande målsättningen förklarar sig delvis även av den näringsrättsliga kopplingen av den finska gruvregleringen. På liknande sätt som inom annan naturresursreglering har det existerat ett behov att föra fram behovet att sammanjämka utvinningsintresset med andra konkurrerande intressen bl.a. genom att kodifiera dessa konkurrerande intressen i den nya gruvlagens målsättningar. När man begrundar gruvregleringens målsättning måste man dock se till regleringen som helhet. För den finska nya gruvlagens del kan man konstatera att regleringen trots att nya konkurrerande målsättningar infogats i lagen, huvudsakligen styrs av utvinningsintresset. De inskränkningar som gjorts till förmån för konkurrerande intressen har utgått från att ställa vissa minimikrav.³⁰ I detta avseende skiljer sig den finska gruvregleringen fortfarande markant från bl.a. marktäktslagen

26 Herler *JFT* 4–5/2006, s. 509.

27 Den mineralpolitiska agendan har på senaste tid gjorts mycket synligare. Till en början Finland och därefter Sverige och Norge har tagit fram separata mineralpolitiska program där riktlinjerna för den framtida politiken utfästs. Se Finlands mineralstrategi, 2010, Sveriges mineralstrategi – För ett hållbart nyttjande av Sveriges mineralutgångar som skapar tillväxt i hela landet, Februari 2013 och Strategi för mineralnäringen, Mars 2013.

28 Kretsen av berättigade att bedriva malmletning och gruvverksamhet är begränsad och verksamheten är angiven i NäringsL (122/1919) som en särreglerad näringsform. Se Herler *JFT* 4–5/2002, s. 365 och 378 f.

29 Se Herler *JFT* 4–5/2002, s. 379 ff.

30 GruvL 2011 I §: Syftet med denna lag är att främja gruvdrift och se till att användningen av de områden som behövs för driften samt malmletningen ordnas på ett samhälleligt, ekonomiskt och ekologiskt hållbart sätt. För att lagens syfte ska nås krävs det att allmänna och enskilda intressen tryggas med särskild hänsyn till

1) förutsättningarna för bedrivande av gruvdrift,

2) den rättsliga ställningen för fastighetsägarna och för enskilda som orsakas olägenhet,

3) konsekvenserna av verksamheten för miljön och markanvändningen och en sparsam användning av naturresurser. Lagens syfte är också att trygga kommunernas möjligheter till påverkan och enskildas möjligheter att påverka beslutsfattande som gäller dem själva och deras livsmiljö.

Lagen syftar dessutom till att främja säkerheten i gruvor och att förebygga, minska och avvärja de olägenheter och skador som verksamhet enligt denna lag orsakar och säkerställa att den som orsakar olägenhet eller skada blir ersättningskyldig.

De verksamheter som avses i denna lag samordnas inom samernas hembygdsområde, om vilket det föreskrivs i samlingslagen (974/1995), så att samernas rättigheter som urfolk tryggas. Vid samordningen beaktas också vad som i skollagen (253/1995) föreskrivs om att främja levnadsförhållandena och utkomstmöjligheterna för skolorna och skoltområdet och om att bevara och främja skolkulturen.

och skogslagen, emedan gruvlagen inte innehåller självständig skyddsreglering utan närmast integrerande bestämmelser för att sammanjämka konkurrerande intressen (såsom naturskydd, renskötsel och intressen för ursprungsbefolkning).³¹

3.3.2.2 Malmletning vs. gruvverksamhet

Ett utmärkande drag för den gruvrättsliga regleringen och traditionen är att man skiljer mellan begreppen malmletning (eng. exploration) och brytningsverksamhet dvs gruvdrift (eng. mining). Denna distinktion är påkallad av praktiska behov, men är även rättsligt etablerad. I jämförelse med annan utvinning av naturresurser är det kännsamt för mineralutvinning att lokaliseringen av malmtillgångar är särskilt tids- och resurskrävande. Utan möjlighet till malmletning skulle inte heller gruvdrift uppstå. Samtidigt bistår malmletningen även med att samla geologiskt data som kompletterar de nationella geologiska databaserna. Vidare är sannolikheten för att ett enskilt malmletningsprojekt på ett bestämt område skall resultera i gruvdrift statistiskt sätt mycket liten. Emedan förväntningsvärdet vid malmletning är att någon gruvdrift inte inleds och påverkan på omgivningen intensifieras först i takt med att projektet framskrider har det även varit påkallat rättsligt sett att beakta detta och dimensionera rättigheterna, konsulteringen och tillståndsprocessen till det som behövs för undersökningsverksamhet. Gruvrätten återspeglar i detta avseende de praktiska verksamhetsbetingelserna för gruvindustrin. Detta tar sig uttryck även i konsekvensbedömningen.³²

3.3.3 Rätten till gruvmineral

Ett av de fundamentala rättsliga särdragen för gruvregleringen berör systemet för rätten till gruvmineral. Sett ur ett globalt perspektiv finns det stora variationer i hur rätten till gruvmineral samt tillträde till området är arrangerade i nationella jurisdiktioner. Traditionellt inom den nordiska gruvrättsliga doktrinen har man skiljt mellan tre huvudsakliga systematiseringar: a) en princip om markägarens heltäckande rätt till mineralfyndigheter på basis av dessas existens inom ramen för fastigheten (jordäganderättssystemet), b) en princip om statens rätt till mineralfyndigheterna (koncessionssystemet) samt c) en princip om att mineralfyndigheterna inte som utgångspunkt ligger inom någons kontrollfär (s.k. *res nullius*)³³ och att dessa tillfaller den som först i enlighet med de gruvrättsliga normerna erhåller inmutning och sedermera utvinningsrätt till mineralerna (inmutningssystemet).³⁴

Samtidigt har man konstaterat att de nationella modellerna ofta är mer nyanserade och innehåller karaktärsdrag av de olika systematiseringarna.³⁵ Det finsk-svenska gruvrättsliga systemet bygger på en utgångspunkt om att gruvmineralen inte ingår i fastighetsägarens

31 Jfr målsättningsparagrafen i den finska marktäktlagen (555/1981) 1 a § som tillades (463/1997). I den kopplas syftet för täkt verksamheten enbart till ett sätt som stöder en hållbar utveckling av miljön medan gruvlagen uppmärksammar även de sociala och ekonomiska sidorna av hållbarhet. Även skogslagen (1093/1996) rekognoserar dessa. Både marktäktlagen och i synnerhet skogslagen har dock skyddsfunktioner som kompletterar det miljörättsliga skyddssystemet (bl.a. landskapsskydd och skydd av särskilda geologiska förekomster med stöd av marktäktlagens 2 § samt det speciella skyddet av särskilt viktiga skogsbiotoper som förverkligas genom skogslagens 10 §)

32 T.ex. i Natura-konsekvensbedömning påverkas omfattningen av konsekvensbedömning av huruvida det är fråga om malmletnings- eller gruvverksamhet som bedöms.

33 Se bl.a. Almquist 1930, s. 24 ff.

34 Se bl.a. Lars Delin, *Minerallagen med kontinentalsockellagen*, Stockholm 1996, s. 15 f. samt Almquist 1930, s. 24 ff. och Herler *JFT* 4-5/2002, s. 365 f.

35 Delin 1996, s. 16 samt Herler *JFT* 4-5/2002, s. 366.

kontrollsfär och således inte omfattas av dennas äganderätt. Åtminstone Finland och Sverige har inte heller gjort anspråk på att rätten till gruvmineral skulle höra till staten. Se dock Eva Liedholm Johnson, *Mineral Rights – Legal Systems Governing Exploration and Exploitation*, Stockholm 2010, s. 243 om en klassificering av det svenska systemet med sterka drag av inmutningssystemet. I detta avseende skiljer sig det gruvrättsliga systemet från regleringen av rätten till kolvätefyndigheter på havsområdet, dvs olja och gas, där den nordiska staterna har deklarerat dessa rättigheter att tillfalla staten. I Finland existerar inte sådana, men ett system som bygger på koncessionsprincipen gäller för mineral och kolvätefyndigheter på kontinentalsockeln.³⁶ Rätten till gruvmineral bygger i det finsk-svenska systemet på inmutningssystemet, dvs. på en princip om att mineraltillgångarna inte är underställda någon parts äganderätt. I stället får inmutaren en prioriterad ställning till att undersöka och senare ansöka om en utvinningsrätt (numera i Finland gruvtillstånd, tidigare gruvrätt, i Sverige bearbetningskoncession) genom vilken de utvunna mineraltillgångarna övergår i tillståndsinnehavarens ägo. Utvinningsrätten omfattar även de outbrutna (in situ) mineraltillgångarna, men rätten till dessa är bunden till utvinningsrätten. Utan denna kvarstår de outbrutna mineralen inte i rättighetsinnehavarens kontrollsfär.

Sätten att strukturera de nationella systemen för rätten till gruvmineral och variationerna mellan dessa får sin förklaring ur den historiska utvecklingen samt nationella särdrag. I den finska-svenska traditionen har det nuvarande upplägget uppkommit med anledning av en historisk utveckling där kronan på 1500-1600-talen gjort anspråk på att gruvmineralen enligt tidens ideal skulle tillhöra kronan.³⁷ För att incentivera privata entreprenörer till malmletning ändrade man dock genom 1723 års svensk-finska gruvförordning³⁸ på gruvregleringen gällande rätten till mineral så att rätten till gruvmineral tillföll upptäckaren, medan markägaren gavs en deltaganderätt.³⁹ I praktiken förverkligades detta genom att markägaren gavs rätt att investera i gruvprojektet. Genom 1757 års förordning inskränktes denna rätt till hälften av projektet vilket i doktrinen har tolkats som en förstärkning av inmutningsprincipen.⁴⁰ Senare i både Sverige och Finland konverterades denna deltaganderätt till en brytningsavgift (FIN)/ mineralersättning (S), med anledning av att gruvprojektens omfattning ökade markant från tidiga småskaliga och vid ytan liggande gruvor till allt större industriella projekt, vilket även drevs av att malmhalten i fyndigheterna avtog.⁴¹

Betydelsen av denna historiska bakgrund har varit föremål för diskussion i den finska doktrinen.⁴² En del av skribenterna har gett betydelse åt huruvida markägarna i någon utsträckning haft en större rätt till mineral innan kronan deklarerat denna rätt tillfallande till kronan och tolkat markägarnas deltaganderätt i 1723 års gruvförordning samt den därpå

36 Se lag om Finlands ekonomiska son 2§. Frågan har på senaste tiden åter blivit aktuell i de stater där ny teknik (fracking) skapat nya möjligheter för utvinning av underjordiska olje- och gasfyndigheter i form av oljeshiffer.

37 Gällande liknande utveckling i Norge, se Ot.prp nr. 43 (2008–2009), s. 26.

38 Förordning angående de friheter och förmåner, hvilka de hafwa at njuta, som här i Riket och des Provincier någre Metalsamt Mineral-strek, och nyttige Berg-Arter upfinna, angifwa och i gång bringa, 27.8.1723.

39 Andelen var beroende av vilket stånd upptäckaren tillhörde samt området i fråga.

40 Se Punovuori 1946, s. 14 och Eva Liedholm Johnson, *Om markägarens, upptäckarens och statens inflytande över mineraler i Sverige – En historisk återblick från medeltiden till år 2000*, Stockholm 2000, s. 41–42 om denna utveckling.

41 Under Finlands självständighets tid torde markägaren ha utövat sin deltagande rätt enbart i ett enskasta fall, när industrifamiljen Hackman i början deltog i Outokumpu-gruvan. Se Pertti Vuolainen, „Suomalaisia vuoriteollisuutta jo 100 vuotta», *Materia-lehti*, 2/2010 s. 13.

42 Den historiska utvecklingen av grundsatserna för rätt till mineral har varit föremål för noggrann analys även i Sverige i olika tidsintervall, se Almquist 1930, s. 24 ff. samt Liedholm Johnson 2000, bl.a. s. 39 ff.

följande brytningsavgiften som ett uttryck för drag av jordäganderättssystemet.⁴³ En annan skara skribenter däremot har kritiserat en långgående historiskt baserad analys som bygger på en apriorisk markäganderättsuppfattning och uppfattat gruvrätten bygga på inmutningsprincipen samt förespråkat en analys utgående från bl.a. tekniskt-ekonomiska förutsättningar för utvinning.⁴⁴ Vad som legat i centrum för diskursen har inte i sig varit att bestrida betydelsen av inmutningsprincipen i den nuvarande strukturen av gruvlagstiftningen i Finland och Sverige. Snarare har diskussionen gällt uppfattningen av dessa principer i tolkningsituationer och som rättesnöre i lagstiftningssituationer.

Vid sidan om förhållandet mellan markägandeintresset och inmutningsprincipen är det även på sin plats att kort begrunda koncessionsprincipens betydelse i den nordiska gruvrättsliga traditionen. Vad talar med andra ord för att staten inte skall ha en rätt till gruvmineral till åtskillnad från kolväten?

Frågeställningen är inte ny, diskussion med motsvarande frågeställning fördes bl.a. i Sverige inom flera epoker under 1900-talet,⁴⁵ den tog även sig uttryck i ersättning av den historiska jordägarandelen genom ett införande av kronoandel i den svenska gruvstadgan 1884.⁴⁶ Inmutningsprincipen har dock försvarat sin ställning i det finsk-svenska gruvrättsystemet.⁴⁷ Några aspekter som kan förklara detta hänför sig till bl.a. betydelsen av statsägda bolag inom den finska och svenska gruvindustrin, vilket minskat den praktiska betydelsen för omstruktureringen av gruvlagstiftningen enligt koncessionsprincipen.⁴⁸ Vidare har vissa element i den finsk-svenska gruvregleringen omfattat ersättningar eller inkomstöverföringar åt staten. Bl.a. den svenska mineralersättningen innehåller en sådan, på motsvarande sätt allokerades tidigare en andel av den finska kompensationen för inmutningar åt staten.⁴⁹

I samband med riksdagsbehandlingen av den nya finska gruvlagen fördes diskussion om fördelarna och nackdelarna med utländska investerare i finska gruvprojekt, behovet av ett statligt gruvbolag samt behovet av en gruvskatt. Diskussionen har fortsatt med den påföljden att det statsägda Finlands Industriinvestering Ab med stöd av regeringsprogrammet erhöll en liten 30 Meur tilläggsplacering av staten för inhemska gruvinvesteringar i projekt som befinner sig i utvecklingsstadiet. Diskussionen om introduceringen av en gruvskatt har fortsatt och regeringen beslöt i slutet av mars 2014 om slopandet av vissa energiskatteavdrag för gruvindustrin vilket de facto kommer att fungera som en gruvskatt om denna förverkligas.

43 Se framför allt Veikko O. Hyvönen, «Ympäristövaatimuksista kaivosoikeudessa» i serien *Oikeustiede - Jurisprudentia XXXII 1998*, s. 5–67, samt därtill Erkki J. Hollo, *Eriytynen kiinteistöoikeus – Pakkotoimi ja lunastusoikeudet*, 2. kompl. uppl. Helsingfors 1984, s. 363–364, 372, samt Punovuori 1946.

44 Ur en skara synpunkter se bl.a. Tapio Määttä, *Maanomistusoikeus*, Helsingfors 1999, s. 340 f., 395-397, 516 samt Moring 1914, s. 154 och 162 f.

45 Liedholm Johnson 2000, s. 60–65.

46 Liedholm Johnson 2000, s. 68 f.

47 Den norska regleringen och begreppsanvändningen divergerar från den finsk-svenska. Den tidigare bergloven från 1972 talar om bergfrihets princip (med vilken man hänvisar till ett begreppsinnehåll som korrelerar med inmutningsprincipen). Samma princip omnämns även i förarbetena till den nya mineralloven. Ot.prp. nr. 43 (2008–2009), s. 27. I instilling fra næringskomiteen Inst.O. nr. 89 (2008–2009), s. 18 hänvisas till debatt i förhållande till samiska intressen om inrättande av rätt till mineral ett upprätthållande av den hävdvunna traditionen om en regalrätt (koncessionsprincip) kopplad med "förste finners rätt" (inmutningsprincipen) till mineral i Norge. Ett uttryck för koncessionsprincipen i Norge framgår ur kravet på erhållande av "driftskonsesjon" som bygger på ändamålsenlighetsprövning ("fritt skjøn") även om sådant i allmänhet beviljas om inte allmänna hänsyn inte talar emot. Se *Ot.prp.* nr. 43, s. 29.

48 Denna analys grundar sig dock inte på någon mer grundligare ekonomihistorisk undersökning.

49 I anslutning till den nya finska gruvlagen höjdes denna ersättning markant samtidigt som andelen till staten (6,75 eur/ha/a) slopades till förmån för markägaren som genom den nya lagen erhöll en progressiv malmletningsersättning som börjar på nivån 20 eur/ha/a (tidigare 10 eur/ha/a) och stiger i takt med tiden till 50 eur/ha/a, se *GruvL 2011 99 §* jfr den upphävda *GruvF (663/1965) 8–9 §*.

Den nya finska gruvlagen bygger fortsättningsvis på inmutningsprincipen och aspekter som ligger i bakgrunden för detta ankyter bl.a. till behovet av utländska investeringar, trenden av att de statsägda bolagen avyttrat gruvtillgångarna för att koncentrera sig på vidareförädling, dubier gällande statens samt statskontrollerade bolags förutsättningar att bedriva (i ekonomisk bemärkelse) riskfylld verksamhet. Vidare torde valet av regleringsmodell bygga på en uppfattning om att det samhälleliga mervärdet i gruvinvesteringar till länder såsom Finland, Sverige och Norge genererar skatteintäkter genom även andra former av beskattning än bolagsskatt (bl.a. inkomstbeskattning av arbetstagare, mervärdesbeskattning och indirekta skatter). Vidare är sysselsättande verkan av gruvprojekt stor och riktar sig till områden som lidit av de negativa trenderna av urbanisering.

Några ytterligare argument som talat för inmutningsprincipen som grund för det gruvrättsliga systemet hänför sig bl.a. till att den geologiska informationen tillfaller staten och blir allmänt tillgänglig och bistår fortsatt geologisk forskning samt malmletningsverksamhet. Vidare bygger ensamrätten och prioritet till att utnyttja mineraltillgången på en skyldighet att utnyttja fyndigheten ("use it or lose it"). Denna gruvrättsliga princip går tillbaka till 1700-tals regleringen. Tidigare innehöll regleringen skyldigheter att regelbundet utöva brytningsverksamhet för att upprätthålla tillstånden. Denna frekventa årliga skyldighet uppfattades för schablonmässig och ersattes med ett system om försvarsavgift som gruvbolaget erligger åt markägaren. Ersättningsformen har i Finland sedermera konverterats till malmletnings- och utmålsavgifter (numera den fasta andelen av brytningsersättningen enligt GruvL 2011 100 §). Därtill ersätts även skada utgående från ett strikt ansvar för verksamhetsutövaren. Skyldigheten att inom en fastställd tidsram ta fyndigheten i bruk har dock kvarstått.⁵⁰

De ovannämnda aspekterna inverkar således på fråga om staten borde ha en rätt till mineraltillgångarna och huruvida det existerar motiverade rättsliga skillnader mellan rätten till gruvmineral och kolvätefyndigheter på kontinentalsockeln. Emedan den gruvrättsliga traditionen är betydande kan man inte fränse denna i analysen av frågeställningen. Inmutningsprincipen har en etablerad ställning i den nordiska gruvrättens allmänna läror. Det är visserligen skäl att uppmärksamma att systemen inte är renodlade utan innehåller en rad drag som har anknytningar till koncessionsprincipen och jordägarsystemet.⁵¹ Mer avgörande är hur de olika konkurrerande systematiseringsgrunderna är balanserade i den rättsliga regleringen och vilka de praktiska rättspositionerna är.⁵² Det har även en praktisk betydelse att gruvindustrin har långa rötter medan utvinningen av kolvätefyndigheter på kontinentalsockeln är betydligt yngre verksamhet som inte konkurrerat med existerande positioner i samma utsträckning. Av betydelse är hur markägandet är uppstrukturerat, således existerar en skillnad mellan områden med etablerat markägande jämfört med t.ex. kontinentalsockeln där något privat markägande inte behöver beaktas på motsvarande sätt. Vidare bör man beakta aspekter som markägarnas praktiska möjligheter att utvinna dessa typer av naturresurser samt vilka de statliga intressena är i att kontrollera mineralutvinningen och hur nyttan fördelas och attraktiviteten av malmletningsinvesteringar uppmuntras.

50 Se finska GruvL 2011 68.2-3 §.

51 Se Liedholm Johnson 2010, s. 243.

52 Det är en av de centrala slutsatserna i prof. Tapio Määttä's avhandling om markäganderätten. Tapio Määttä, *Maanomistusoikeus*, Helsingfors 1999, s. 244-245, 516.

3.3.3.1 Principen om hållbart nyttjande

Den moderna miljörettens systematik innefattar hållbar utveckling i form av en typ av överliggande men föga konkret målsättning. Hållbart nyttjande har uppfattats som en underkategori av hållbar utveckling med avseende på icke-förnybara naturresurser. Denna princip har dock utgjort en karakteristisk del av den gruvrättsliga traditionen i flera sekel. Redan den tidiga gruvregleringen innehöll stadganden om att man inte får slösa med gruvmineral. Principens innehåll tar sig uttryck i praktiska situationer där utvinningen siktar på att kortsiktigt enbart utvinna den rikaste malmen på bekostnad av möjligheterna att senare utvinna lägre halter i mineraliseringen.⁵³ I den finska regleringen syns principen även i ett förbud att förhindra framtida utvinningsmöjligheter, t.ex. genom att fylla igen ett dagbrott som fortsättningsvis innehar framtida utvinningspotential.⁵⁴

3.3.3.2 Betonat tillitsskydd

Både malmletning och gruvverksamhet är mycket kapitalintensivt.⁵⁵ I takt med att gruvdriften fortskrider, minskar globalt sett den genomsnittliga mineralhalten i de nya deponierna. Detta har även föranlett en ökning av malmletningskostnaderna. För att få nya gruvor i produktion krävs kontinuerliga investeringar i malmletning. Liksom ovan konstaterades är sannolikheten för nya fynd liten. I praktiken föranleder detta att en stor del av malmletningsinvesteringarna inte direkt bidrar till att skapa ny produktion, som genom intäkter kunde finansiera ny malmletning. En följd av detta är att kraven på tillitsskydd av det rättsliga regelverket vad gäller tillståndssystemet och möjligheten att få en gruva i produktion är särskilt betonade. I den internationella gruvrättsliga diskursen hänvisar man i detta avseende till ”security of tenure”⁵⁶ dvs. investeringssäkerhet. I nordiskt juridiskt språkbruk översätter detta sig till tillitsskydd samt förutsebarhet.

Attraktiviteten hos en jurisdiktion för gruvinvesteringar består av en rad faktorer bl.a. mineralpotential, politiska riskfaktorer, infrastruktur samt investeringssäkerheten av tillståndssystemet.⁵⁷ Traditionellt har den nordiska gruvregleringen och verksamhetsmiljön lyckats fylla dessa krav väl. Regleringen har varit mycket entydig och lätt tolkad. Överraskningsmomenten har snarast gällt situationer där det rättsliga ramverket blivit föråldrat i den utsträckning att nya konkurrerande aspekter genom lagändringar eller ändringar av etablerade tolkningar har åsidosatt ordalagen i den existerande gruvrättsliga regleringen.⁵⁸ En

53 Se GruvL 2011 18.1 § 3 punkten ”uppenbart slöseri med gruvmineral inte förekommer i samband med brytningen och utvinningen”. En motsvarande norm står att finnas i mineralloven 41 § ”Drift på mineralforekomster skal skje på en bergfälig forsvarlig måte.”

54 Se GruvL 2011 18.1 § 4 punkten ”en eventuell framtida användning av gruvan och fyndigheten och eventuellt framtida brytningsarbete inte äventyras eller försväras”.

55 De nordiska gruvinvesteringarna ligger typiskt sett inom en grovt tagen ram på 100–1 000 MUSD, medan det globalt sett existerar en rad gruvprojekt vars projekt kräver investeringar inom en omfattning av över 10 000 MUSD. Se Annual Survey of Global Mining Investment – Prepared for PDAC 2014 International Convention, Trade Show & Investor’s Exchange, IntierraRMG m.fl. Publicerad som ett supplement till Mining Weekly 2-5.3.2014.

56 Otto 2008, s. 1.

57 Se t.ex. Fraser Institutes årliga Survey of Mining Companies där denna typ av aspekter analyseras.

58 T.ex. i Finland började man höra alla markägare inom området för inmutningsansökan på basis av en tolkning av förvaltningslagstiftningen år 2006–2007 även om gruvlagen inte innehöll en sådan föreskrift eller ändrades innan 2011. Denna ändring i praxis backades inte upp med tillräckliga personresurser för myndigheten vilket ledde till att handläggningstiderna steg från några månader till ungefär 3–4 år, vilket är avsevärt mer än för komplexa miljöstillståndsansökningar i Finland.

annan utmaning uppkommer i situationer där lagstiftaren t.ex. inför nyreglering till följd av intressen som konkurrerar med malmletningen och gruvdriften. I synnerhet de för miljörätten typiska elastiska normerna vars tolkning är bunden till tidpunkt och kontext skapar en spänning på nivån av de allmänna läroerna, emedan fundamentala principer för den konkurrerande verksamheten inte är koherenta med principerna för gruvrätt.⁵⁹

4. Konkurrerande systematiseringsgrunder

4.1 Allmänt

I den rättsdogmatiska diskussionen som förts på 1900-talet har äganderätten till mineral varit ett centralt tema som diskuterats. I takt med att den miljörättsliga regleringen ökat och miljörätten som rättslig disciplin (inklusive de miljörättsliga allmänna läroerna) utvecklats och etablerat sig har diskussionen intensifierats om inverkningarna av miljörätten på den gruvrättsliga regleringen. I de nordligare delarna av Fennoskandinavien har även sammanjämkning av malmletning och gruvdrift med renskötsel och samernas rättigheter utgjort en egen utpräglad helhet av rättsliga frågeställningar. Under de senaste åren har frågan om beaktande av förutom miljö- och markanvändningsaspekter även sociala inverknings (aspekter som faller innanför s.k. social koncession) utgjort en ny tilltagande genré inom den gruvrättsligt anknutna diskursen även om den inte berör direkta rättsliga normer.

4.2 Miljöaspekter

4.2.1 Miljöverknings från gruvverksamhet

Gruvverksamhet är till sin karaktär sådant att det i regel har omfattande miljöverknings.⁶⁰ Dessa anknyter framför allt till att brytningen numera är mycket extensivt och tar upp större arealer och är den vägen ofta i konflikt med andra markanvändningsformer (bl.a. bosättning, naturskydd och andra näringar t.ex. turism och renskötsel). Vidare är mängden material som processeras omfattande vilket resulterar i till stora mängder homogent avfall och ändringar i landskapsbilden samt stora efterbehandlingsutgifter. Under den senaste tiden har allt mer uppmärksamhet riktats även till gruvverksamhetens inverknings på vatten.⁶¹ I mer arida klimat gäller frågan en konkurrens på vattenresurser mellan gruvdrift och andra intressen. I nordiska förhållanden är situationen en annan, i stället för brist på vatten uppstår utmaningarna oftare av att det samlas för mycket vatten på gruvområdet och detta måste processeras och ledas bort kontrollerat.

59 Detta syns ibland i den balansgång beträffande aspekter som infogas att beaktas i tillståndsprövningen med stöd av gruvlagstiftningen. T.ex. behöver naturskyddsaspekter beaktas genom separata gruvrättsliga normer om bestämmelser med stöd av naturvårdslagen som i vart fall skall tillämpas på malmletning och gruvprojekt. Detta diskuterades i Finland i samband med beredningen av GruvL 2011. Trots motsättning från industrins sida infogades bl.a. krav på beaktande av aspekter gällande naturvård, landskapsaspekter och hälsoskydd i GruvL 2011 11.2 § även om betydelse innehållet av kriterierna förblev oklara i förhållande till motsvarande krav i vederbörande sektorlagstiftning.

60 Malmletningens verknings däremot avsevärt mindre både till karaktären, intensiteten och omfattningen.

61 I Finland har uppmärksamheten riktats bl.a. till underestimerade vattenbalansräkningar, utsläpp av sulfat (ett salt) vars karaktärsdrag inte tidigare givits uppmärksamhet samt acid rock drainage -fenomenet, dvs. surt lakvatten som uppstår då sulfida malmer står i långtidskontakt med luft och vatten.

4.2.2 Reglering av miljöpåverkan från gruvverksamhet

(A) Allmänt

Den fennoskandinaviska miljöregleringen som är tillämplig på gruvor är tämligen täckande i förhållande till den miljöpåverkan som orsakas. Gruvprojekt och därtill anknyttande infrastruktur (bl.a. väg och järnvägsinfrastruktur samt kraftledningar) kopplar in en stor del av det miljörettsliga normverket. I central ställning står bl.a. miljökonsekvensbedömning och kontroll av utsläpp, avfall och efterbehandlingsfrågor genom miljöskyddsreglering, skydd av natur och kulturminnesvärden, sammanjämkning av områdesanvändning genom planläggning, vattenrättslig reglering av förutsättningarna för bl.a. vattenbyggande och ledande av vatten samt ersättnings- och inlösningsfrågor.

(B) Skydd av enskilda objekt

Mängden av intressanta miljörettsliga frågeställningar i anslutning till gruvdrift är omfattande. Aktuella teman är bl.a. om enskilda skyddsobjekt skall beaktas i tillståndsprövningen och tillståndsbestämmelser infogas eller räcker det att gruvregleringen stöder sig på förbud i annan sektorlagstiftning och övervakningen kvarstår hos dessa myndigheter (t.ex. i fråga om skyddade arter som njuter skydd antingen på basis av nationell eller EU-rätt, behöver gruvtillståndsgivningen innehålla separata tillståndsbestämmelser om sammanjämkning).⁶²

(C) Planläggning og gruvverksamhet

Ett annat exempel gäller kopplingen mellan planläggning og gruvverksamhet. Behöver gruvor planläggas? Det förefaller relativt klart att planläggningssystem på nationell eller regional nivå är av nöden för att koordinera gruvverksamheten med annan områdesanvändning, bl.a. i fråga om rutter för väg- og järnvägsförbindelser samt kraft- og rörledningar. Detta möjliggör en långsiktig planering av sammanjämkningen av gruvdrift med andra intressen. Genom denna typ av planläggning kan man förebygga situationer där områdesanvändningen skulle utvecklas i en riktning som utesluter projekt som uppfattas viktiga.⁶³ Däremot är det inte lika entydigt att planläggning på detaljnivå uppfyller en nödvändig funktion i alla situationer. När sammanjämkningsbehovet är stort, t.ex. med anledning av bosättning nära projektet, finns ett klarare behov. I situationer där gruvprojektet befinner sig avlägset från annan intensivare småskalig markanvändning kan situationen vara en annan. Härvid är det lämpat att fråga om de övriga tillståndsmekanismerna (t.ex. miljökonsekvensbedömningsförfarande, miljötillstånd samt eventuellt ett gruvtillstånd med relevanta villkor) kan täcka konsekvensbedömnings- og sammanjämkningsfunktionen bättre än planläggning?

(D) Miljöskyddsaspekter i gruvreglering

Ett tredje område där dessa frågor aktualiserats är behovet att beakta miljöskyddsaspekter i gruvrettsliga tillstånd. Detaljerna påverkas av de nationella särdragen, men åtminstone i Finland har man med anledning av följdriktighet (med vilket här avses: en aspekt – en norm – en myndighet – en slutsats) uteslutit miljöskyddsaspekter ur gruvtillståndsgivningen med

⁶² Se Liedholm Johnson 2010, s. 254 f.

⁶³ För närvarande saknas mineralresurser bland de finska riksfattande målen för områdesanvändningen vilket rättsligt sett på den högsta nivån av planläggningshierarkin i praktiken underordnar dessa för övriga målsättningar. Ett behov av ändring på denna punkt har tecknats i den finska mineralstrategin 2010.

hänvisning till att dessa handhas genom miljöskyddslagstiftningen.⁶⁴ Fullt ut gäller detta dock inte emedan man i den nya gruvlagens 48.2 § stadgar om ett nytt absolut hinder för tillstånd vilket även är tillämpligt på situationer där projektet på basis av en helhetsprövning medför bl.a. betydande skadliga miljökonsekvenser i situationer där dessa inte kan avlägsnas genom tillståndsvillkor.⁶⁵

4.2.3 Sammanjämkning av principer på nivån av allmänna läror

På motsvarande sätt som ovan beskrevs gällande gruvrätten har även miljörätten etablerat sig till ett rättsområde med egna allmänna läror.⁶⁶ Det är således av nöden att begrunda vilka av miljörättens principer även måste beaktas i gruvregleringen samt på vilka punkter den gruvrättsliga traditionen är så stark att miljörättsliga principer får mindre tyngdvikt.⁶⁷ Det går att lyfta fram åtminstone tre olika miljörättsliga principer som har betydelse för den rättsliga regleringen av gruvdrift, men vars sammanjämkning med de gruvrättsliga utgångspunkterna utfaller något olika, nämligen *integrationsprincipen*, *försiktighetsprincipen* och *förorenaren betalar* eller *kostnadsersättningsprincipen*.

Integrationsprincipen utgör en etablerad miljörättslig princip om att miljöhänsynen borde integreras i all rättslig miljörelevant reglering.⁶⁸ Det är klart fråga om en rättsprincip som kan förverkligas mer eller mindre utan att förlora sin normativa karaktär även om den på grund av konkurrerande motprinciper inte implementeras till fullo. I fråga om den rättsliga gruvregleringen kan vi – liksom exemplet ovan under 4.2.2. utvisade – klart skönja en variation beroende på vilken typ av miljörättsliga delfrågor det är fråga om. I den finska gruvlagsreformen hänvisade man till den finska miljögrundrättigheten (GL 20 §) i den finska grundlagens kapitel om grundläggande fri- och rättigheter som ett motiv och institutionellt stöd för integrering av miljöaspekter i gruvregleringen med stöd av integrationsprincipen.⁶⁹ Beaktande av verkningarna av nätverket Natura 2000 och skyldigheten till konsekvensbedömning i beslutsfattandet, vilket har ett entydigt mandat ur EU's fågeldirektiv och habitatdirektiv⁷⁰, hör till den reglering som integrerats klarare i den finska gruvregleringen.⁷¹ I gruvrättslig tillståndsgivning gällande aktiviteter (både malmletning och gruvverksamhet) som kan ha betydande konsekvenser för de skyddsvärden som Natura 2000 områden är inrättade för bör

64 Se RP 273/2009 rd, s. 70 och 108.

65 GruvL 2011 48.2 §: ”Även om villkoren för beviljande av gruvtillstånd uppfylls och det enligt denna lag inte finns något hinder för att bevilja tillstånd, får tillstånd inte beviljas, om gruvdriften orsakar fara för allmän säkerhet eller betydande skadliga miljökonsekvenser eller i hög grad försämrar ortens bosättnings- eller näringsförhållanden och faran eller konsekvenserna inte kan förhindras genom tillståndsvillkor.” Stadgandet bygger på vattenlagstiftningens allmänna hinder för tillstånd som förebild med motsvarande mycket höga tillämpningsströskel även om detta inte skrevs ut i förarbetena, RP 273/2009 rd, s. 108 och 208. Förebilden har i finsk rättspraxis tillämpats bara i det s.k. Vuotosfallet gällande en stor artificiell bassäng för vattenkraft, HFD 2002:86.

66 Det existerar nationella variationer i hur omfattande miljörätten uppfattas bl.a. i förhållande till fastighetträtt, plan och byggrätt mm. I en extensivare utsträckning finns det en del variation mellan de centrala rättsprinciperna och begreppen inom de olika delområdena för miljörätten.

67 Jag har tidigare som en del av gruvlagsreformen undersökt och förespråkat för ett samspel och bättre likriktning av den gruvrättsliga och miljörättsliga regleringen vid en tidpunkt då malmletnings- och gruvtillståndsgivningen i praktiken var mycket mekanisk och inte beaktade fallspecifika omständigheter och använde sig av tillståndsvillkor. Redan innan gruvlagsreformen genomfördes ändrades praxis i detta avseende och ned nya finska gruvlagen kom att innehålla markanta förändringar som integrerar den med den miljörättsliga regleringen. Se Herler *JFT* 4–5/2002, s. 388 ff.

68 Se bl.a. Ludwig Krämer (ed.), *EU Environmental Law*, 7. uppl., London 2011, s. 20 ff.

69 RP 273/2009 rd, s. 208.

70 2009/147/EG samt 92/43/EEG.

71 Fågeldirektivet och habitatdirektivet är inte implementerade i Norge emedan de inte omfattas av EES-avtalet.

även dessa naturskyddsrettsliga aspekter beaktas.⁷² Därtill innehåller bl.a. den finska nya gruvlagen särskilda bestämmelser om beaktande av natur- och landskapsvärden vilket utgör ett uttryck för integrationsprincipen.⁷³ Ett annat exempel gäller inverkan av planläggning. Typiskt sett gäller samma planläggningskrav även för gruvverksamhet. Därtill existerar det t.ex. den nya finska gruvlagstiftningen stadganden om hur planläggning skall beaktas i den gruvrättsliga tillståndsprövningen⁷⁴, vilket ur ett finskt perspektiv påvisar inverkan av den miljörättsliga integrationsprincipen även i detta avseende.

I fråga om integrationsprincipens genomslagskraft inom gruvrätten kan således konstateras att principen förnärvarande har betydelse inom vissa delfrågor, men inte t.ex. gör sig gällande i fråga om alla miljöaspekter. En rad av dessa sköts däremot genom separat lagstiftning varvid aspekterna blir beaktade, men inte genom en integrerad prövning.

En annan miljörättslig princip som i synnerhet gör sig gällande bl.a. inom miljöskydds- och kemikalierättsliga frågor är försiktighetsprincipen (Precautionary principle). Principen utgår från att man tar en säkerhetsmarginal i fråga om potentiella miljöverkningar av verksamheter och åtgärder. Vissa inslag av principen i fråga om förebyggande aktsamhet kan skönjas i den fennoskandinaviska gruvrätten bl.a. varsomhetsplikten i den norska mineralloven⁷⁵ och i de allmänna principerna i den finska nya gruvlagen⁷⁶. Däremot synes tankegången om en betonad säkerhetsmarginal inte ha implementerats i gruvrätten, vilket i sin tur är i linje med de gruvrättsliga målsättningarna om betonad förutsebarhet av tillståndsgivningen för att befrämja investeringssäkerhet. Gällande gruvdrift kommer dock försiktighetstänkandet kraftigare in genom den tillämpliga övriga miljöregleringen, bl.a. miljötilståndsgivningen. Försiktighetsprincipen kan således konkluderas utgöra en sådan del av de miljörättsliga allmänna lärorna som inte får större genomslagskraft i gruvrättsliga frågor.

Malmletning och gruvdrift föranleder nyttjanderätt till andras områden samt orsakar diverse skada och men till fastighetsinnehavare och ibland tredje parter. En etablerad grundsats i gruvrätten är att denna typ av skador och men kompenseras. På miljörettens område har förorenaren betalar –principen (polluter pays principle) etablerat sig ursprungligen som en kostnadsfördelningsprincip och styrningsprincip inom miljöpolitiken, men den har även erhållit former av en ansvarsgrundande rättsprincip.⁷⁷ På motsvarande sätt existerar en princip om full ersättning inom expropriationsregleringen.⁷⁸ I fråga om ersättningar förefaller miljörettens och gruvrättens allmänna läror likriktade och bygger delvis på samma tradition.

72 En lika klar skyldighet att införa bestämmelser och begränsa aktiviteten till följd av artskyddsforekomster under den gruvrättsliga tillståndsgivningen (GruVL 2011 51 och 52 §) existerar inte i Finland. Verksamheten bör dock följa begränsningarna som direkt följer utav naturskyddslagstiftningen (GruVL 2011 3 §).

73 GruVL 2011 11.2 § påför tillståndskrav för malmletning om malmletningen kan medföra olägenhet för människors hälsa, den allmänna säkerheten eller annan näringsverksamhet eller om verksamheten kan försämma landskaps- eller naturskyddsvärden därtill kan betydande skadliga miljökonsekvenser utgöra tillståndshinder (48.2 §).

74 GruVL 2011 46.1 § 6-7 punkterna gällande malmletningstillstånd och 47.4 § gällande gruvstillstånd.

75 Minerallov 48 § "Arbeider etter denne lov skal utføres med varsomhet slik at skadene ikke blir større enn nødvendig, og slikt at arbeidene ikke fører til unødvendig forurensning eller unødvendig skade på miljøet."

76 GruVL 2011 6 § 2 punkten: "konsekvenserna av verksamheten och möjligheterna att förebygga och minska skador och skadliga verkningar ska vara tillräckligt kända".

77 Se bl.a. Herler 2008, s. 140 ff. och den diskurs som refereras.

78 Den finska GruVL 2011 6 § 5 punkten innehåller en kodifiering om att de olägenheter och skador som orsakats av verksamheten ska ersättas.

4.2.4 ILO konventionen nr 169

Internationella arbetsorganisationens (ILO) har 1989 upprättat konvention 169 om ursprungsfolk och stamfolk (hädanefter ursprungsfolk) med avsikt att motarbeta diskriminering av dylika folk. Konventionen erkänner ursprungsfolkens särskilda rättigheter till deras traditionella bosättningsområden och dess naturtillgångar samt förutsätter att staterna vidtar specialåtgärder för att trygga ursprungsfolkens kultur, språk och miljö.

Fram till våren 2014 har 22 stater har ratificerat konventionen. Av de nordiska länderna har enbart Norge och Danmark ratificerat konventionen, men däremot inte Finland eller Sverige. Orsaken till varför konventionen inte har blivit ratificerad i Finland och Sverige har delvis berott på jordrättsfrågan och delvis på grund av definitionen av ursprungsfolk och stamfolk, det vill säga vem som berörs av konventionen. Ifall konventionen skulle ratificeras i Finland skulle konventionen primärt gälla samernas och skolternas rätt till det land de bosätter och använder, däremot inte alla som bedriver renskötsel.⁷⁹

Konventionen kräver att ursprungsfolkens ägande- och nyttjanderätt av de land som de traditionellt bosätter eller använder skall erkännas. Enligt konventionen skall ursprungsfolk även ha rätt till naturtillgångar som hänför sig till deras landområden. Ifall staten innehar rätten till mineral skall ursprungsfolk ha rätt att dra nytta av malmletning eller annan utforskning av tillgångar samt få skäligen ersättning för de skador som orsakas dem på grund av verksamheten.

Konventionen förbjuder i regel förflyttningen av ursprungsfolk från det land som de bosätter. I undantagsfall kan ursprungsfolk förflyttas mot kompensation. Även i dessa fall borde ursprungsfolken fritt och informerat samtycka ("free and informed consent") till förflyttningen. Enligt konventionen kan en förflyttning trots avsaknad av samtycke ske i enlighet med nationella vederbörliga förfaranden. Konventionen förbjuder otillåtna intrång och störningar av ursprungsfolks land och kräver tillräckliga sanktioner för dylika störningar.

4.2.5 Övriga normer till stöd för samernas rättigheter

Även om Finland och Sverige inte har ratificerat ILO konventionen, påför 27 art. FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (MP-konventionen) om etniska minoriteters rätt till eget kulturliv dock vissa folkrättsliga skyldigheter till skydd för samernas rättigheter. Utöver detta har t.ex. i Finland de grundläggande fri- och rättigheterna i grundlagen en ställning som tillför samernas rättigheter ytterligare rättskydd. 17.3 § i den finska grundlagen angående samernas rätt som urfolk att bevara och utveckla sin kultur (vilket uppfattas innefatta bl.a. renskötsel) har på nationell nivå betydelse för lagregleringens grundlagsenlighet samt för lagtillämpningen framförallt i tolkningsfall.

Högsta förvaltningsdomstolen i Finland motiverade sin slutsats i årsboksavgränsningen HFD 1999:14 med både 27 art. MP-konventionen och GL 17.3 § gällande konsultering av samer i fråga om malmletning på samernas hembygdsområde. Fallet gällde inmutningar för malmletning gjorda av den finska statliga Geologiska forskningscentralen inom samernas

⁷⁹ Det nuvarande finska regeringsprogrammet för Statsminister Jyrki Katainens regering 22.6.2011 innefattar en skrivning i anslutning till ILO 169 även om man direkt inte förbinder sig till en ratificering: "Samernas kulturella autonomi och sametingets verksamhetsförutsättningar utvecklas. Samernas rättigheter som urfolk utvecklas genom att man bl.a. klarlägger lagstiftningen om markanvändning och genom att man aktivt deltar i det internationella samarbetet för att stärka det rättsliga och faktiska skyddet för urfolk. Åtgärderna i stimulansprogrammet för samiska språket genomförs och resurser för detta tryggas. Målet är att skapa en bestående verksamhetsmodell för att stimulera det samiska språket i samarbete med undervisnings- och kulturministeriet."

hembygdsområde och hur urfolks- och renskötselintressena skulle beaktas i verksamheten. Vid den tidpunkten existerade inga separata stadganden om konsultering eller skyldighet att infoga tillståndsvillkor i den tillämpliga gruvlagstiftningen, 1965 års gruvlag. HFD konstaterade att renskötselagens stadganden om hinder för sådan markanvändning som förorsakar betydande olägenhet för renskötsel föranledde klara villkor om sammanjämkning av malmletning med renskötselintressena samt beaktande av annan malmletning och likaså annan områdesanvändning på området samt hur viktiga och känsliga områden för renskötsel som det var fråga om.⁸⁰

Sedan fallet avgjordes har både renskötsel och samiska intressen beaktats genom en rad stadganden i nya finska gruvlagen. Dessa täcker bl.a. konsultering, konsekvensbedömning, skyddsstadganden mot negativ inverkan, ersättningsbestämmelser för skada samt rätt till ändringssökande.⁸¹ Liknande stadganden existerar för såväl renskötsel som sameintressen. Orsaken till varför man i Finland reglerar både renskötsel och sameintressen parallellt är att all renskötsel inte bedrivs av samer.

Det finska sättet att reglera malmletningens och gruvprojektens inverkan på samernas ställning som ursprungsfolk synes täcka de flesta krav som ställs av ILO konventionen nr 169. Då man beaktar att rätten till mineral i Finland och Sverige är uppstrukturerad enligt inmutningsprincipen (dvs. begreppsligt sett inte är deklarerad att tillhöra staten och inte tillfaller markägaren) synes denna rätt inte tillfalla ursprungsbefolkningen med stöd av art 14-15 i ILO 169.

Man kan således motiverat fråga sig om en ratificering och implementering av ILO 169 i Finland och Sverige (förutsatt att Sverige säkerställer att konkurrerande urbefolkningsintressen beaktas) närmast reducerar sig till en fråga om distributionen av malmletningsersättning och brytningsersättning som på statens mark nu i Finland tillfaller Forststyrelsen i egenskap av förvaltare av marken. I anslutning till detta är det även på sin plats att fråga sig om en sammanjämkning av allmänna läror i relationen gruvrätt vs. urbefolkningsrätt kan föranleda en annan tolkning på rätten till mineral än den som råder inom den nationella gruvrätten och är en produkt av dess regleringstradition?

5. Slutsatser och teser

1. Gruvrätten har sina egna distinkta allmänna läror som inte konsumeras i miljörättens allmänna läror, i den utsträckning miljörätten kan sägas ha enhetliga sådana. Rätten till mineral är kraftigt bunden till den gruvrättsliga traditionen, investeringssäkerheten och den praktiska uppbyggnaden av systemet samt balansen mellan de olika intressenterna, framförallt gruvbolaget, markägarna och staten. Gruvrättens allmänna läror har en nära koppling till nationella mineralpolitiska utgångspunkter vilket även inom Norden kan skönjas i form av variationer i betoningarna.
2. Gruvrättens allmänna läror samt förutsättningarna för ett fungerande och förutsebart mineralutvinningssystem måste beaktas när man begrundar eventuella omstruktureringar utgående från andra modeller och utgångspunkter. Gruvrätten och gruvregleringen kan sålunda svårigen konverteras till en uppstrukturerad enbart på basis av skyddsintressen. Ändringar i det gruvrättsliga systemet bör ur perspektivet för gruvrättens allmänna läror sålunda bygga på en balanserad integrering.

⁸⁰ Se närmare i Herler JFT 4-5/2002, s. 373 ff.

⁸¹ Se GruvL 2011 12 §, 38 §, 50 §, 52.3 § 4-5 punkten och bl.a. 103 §.

3. Miljörättens allmänna läror innehåller en rad principer som med varierande intensitet även har en inverkan på den gruvrättsliga regleringen och systematiken. Genomslagskraften här är beroende på hur starkt egenartade de gruvrättsliga allmänna läroren är i förhållande till de miljörättsliga principerna. Integrationsprincipens omfattning är beroende på de relevanta delfrågornas nödvändighet att integreras i den gruvrättsliga systematiken. En ansvarsprincip om ersättning för skada korrelerar även med de gruvrättsliga läroren, medan försiktighetsprincipens tillämplighet är mer begränsad med anledning av dess konkurrens med de centrala förutsebarhetsålsättningarna inom gruvrätten.
4. Det rättsskydd för ursprungsbefolkningar som krävs av ILO 169 uppfylls till stor del då man beaktar den nyare gruvregleringens normer om konsekvensbedömning, konsultering, hinder för tillstånd med skadliga verkningar, bestämmelser om ändringssökning samt ersättningsbestämmelser. ILO 169 synes utsträcka krav på rätt till mineraltillgångar till jurisdiktioner som applicerar jordägar- eller koncessionsprincipen, däremot verkar det inte entydigt att detta skulle gälla rättigheter som baserar sig på inmutningsprincipen.
5. Isynnerhet det finska upplägget med både samer och icke-samer som idkare av renskötsel är känsligt och berättigar frågan om systemet för skyddande av ursprungsbefolkningars rättigheter i största möjliga grad borde bygga på heltäckande reglering som även tar tillvara intressena för alla konkret påverkade intressenter (affected communities) och inte enbart en snävare begränsad specialgrupp. Detta skulle bidra till att undvika överlappande regleringssystem samt bistå med att eftersträva bred acceptabilitet (och social koncession) för verksamheten. Även gränsdragningssvårigheterna med vem som identifieras som tillhörande ursprungsbefolkningen ökar trycket för en bredare bedömningsram.

Injurieturisme

Konsulent *Ketilbjørn Hertz*, Danmark

Injurieturisme

Konsulent *Ketilbjørn Hertz*, Danmark

Injurieturisme er et stort emne, men i dette referat er fokus særligt på de internationalprivatretlige aspekter, dvs. lovvalg, værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme. I indledningen afgrænses emnet ud fra de senere års debat om fænomenet ”injurieturisme”, og der gives en generel oversigt over de vigtigste regelområder af betydning for emnet. Endvidere præsenteres de gældende regler om lovvalg, værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme som baggrund for diskussionen.

Referatet tager dernæst udgangspunkt i fire spørgsmål hvis besvarelse leder frem til fire teser. For det første anføres (1) at injurieturisme er et problem i Europa i dag, men ikke et stort problem. Dernæst anføres (2) at der er behov for fælleseuropæiske lovvalgsregler om ærekrænkelse, (3) at de fælleseuropæiske værnetingsregler i det store hele fungerer tilfredsstillende i sager om ærekrænkelse, men at der dog er plads til forbedringer, og (4) 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.

Emnets afgrænsning

Emnet som jeg har fået tildelt, bærer slet og ret titlen ”Injurieturisme”. Dette rejser umiddelbart to spørgsmål: Hvad er injurieturisme? og hvilke debatspørgsmål giver fænomenet anledning til?

Arrangørerne har i beskrivelsen af emnet givet forslag til besvarelsen af det andet spørgsmål og har også indirekte givet et muligt svar på det første spørgsmål.

De debatspørgsmål som arrangørerne har nævnt – og som jeg er enig i er de mest relevante at diskutere – omfatter især lovvalg, værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme. Selve fænomenet injurieturisme omtales som at den der mener sig krænkede af ytringer fremsat i ét land, rejser til et andet land og dér anlægger injuriersag i anledning af ytringerne.

Injurieturisme er ikke et indarbejdet juridisk begreb, men derimod et fænomen som i de senere år har givet anledning til debat både i USA og i flere europæiske lande. Injurieturisme har dermed heller ikke en ganske præcis betydning, og jeg vil derfor gerne allerede indledningsvis understrege behovet for præcision når man ytrer sig om fænomenet.

For svarene på så vigtige spørgsmål som om injurieturisme er et problem, om injurieturisme i givet fald bør begrænses eller i øvrigt nærmere reguleres og i så fald hvordan og af hvem, er det naturligvis afgørende hvad man konkret sigter til når man taler om injurieturisme.

Flere forfattere anvender udtrykket som synonymt med ”forum shopping” i sager om ærekrænkelse hvor skadelidte anlægger retssag i et land hvor denne forventer at få det mest favorable resultat (Hartley (2010) og Arnt Nielsen (2013a og 2013b)).

En sådan definition – der bygger på begrebet ”forum shopping” – rejser imidlertid spørgsmålet om hvad der så ligger heri. For en del år siden skrev jeg (Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention, DJØF Publishing, 1998, side 158, min oversættelse):

”Forum shopping anvendes ofte som et nedsættende udtryk uden nærmere forklaring. Det står således ikke altid klart hvilken adfærd der sigtes til, og hvorfor denne adfærd er uønsket. Hvis forum shopping skal betegne uønsket adfærd, må begrebet være snævrere end de mange henvisninger til det viser. (...) Efter min opfattelse er der ikke som sådan noget forkert eller bebrejdselsværdigt i at shoppe efter regler, efter juridisk bistand, efter retshjælp eller efter specialiserede domstole. Det er heller ikke bebrejdselsværdigt at sagsøgeren anlægger sag i sit hjemland fordi sagsøgeren kender sproget og processen, og fordi det sparer omkostninger (for sagsøgeren). Dette dækker næsten alle motiver til forum shopping som forekommer i praksis.”

Dette er stadig min opfattelse.

Nu skal emneafgrænsningen ikke udvikle sig til begrebsjurisprudens, men eftersom svarene på de spørgsmål det er relevant at diskutere i forhold til injurieturisme, som allerede fremhævet på afgørende måde afhænger af hvad der forstås ved fænomenet, er og bliver det nødvendigt at give i hvert fald konturerne af en afgrænsning – som så om nødvendigt kun forfines yderligere undervejs ved gennemgangen af de enkelte delsspørgsmål.

I lyset af at udtrykket ”forum shopping” ofte anvendes i nedsættende betydning, og i lyset af at jeg – som det fremgår af citatet ovenfor – er grundlæggende uenig heri, vil jeg i dette referat undgå at bruge dette værdiladede udtryk.

Jeg vil i stedet holde mig til en mere faktuel beskrivelse som tager udgangspunkt i at ”injurieturisme” sprogligt indikerer en rejse (jf. ”-turisme”), og at fænomenet derfor – i hvert fald foreløbigt – bør afgrænses til tilfælde hvor en person anlægger retssag om ærekrænkelser uden for sit hjemland.

Generel oversigt over de vigtigste regelområder

Med denne foreløbige afgrænsning af emnet in mente kan jeg herefter gå over til at behandle de debatspørgsmål som injurieturisme især giver anledning til at drøfte.

Der er tale om en omfattende problemkreds. Ud over de tidligere fremhævede spørgsmål – lovvalg, værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme – kan nævnes regler om behandling af personoplysninger, erstatning uden for kontrakt, strafferet, medieansvar og ytringsfrihed.

Injurieturisme angår som nævnt flere gange ærekrænkelser. Ærekrænkelser indebærer i sagens natur behandling af oplysninger om fysiske – eller eventuelt juridiske – personer. Regler om behandling af personoplysninger er derfor relevante.

Ærekrænkelser rejser navnlig spørgsmål om civilretlig erstatning, men i flere lande – herunder Danmark, Norge og Sverige – kan ærekrænkelser også føre til straf. (I den nye norske straffelov, som endnu ikke er trådt i kraft, er ærekrænkelser dog blevet afkriminaliseret). Reglerne om erstatning for ærekrænkelser kan være forskellige i forskellige lande, og det gælder både med hensyn til hvad der udgør en ansvarspådragende ærekrænkelser, og med hensyn til hvilken erstatning offeret for en ærekrænkelser i givet fald kan kræve. De strafferetlige regler er også forskellige, herunder med hensyn til offentlig eller privat påtale, med hensyn til straffemyndighed (jurisdiktion) og naturligvis med hensyn til strafferammer og strafniveau (bøde eller fængsel og i givet fald hvilket bødeniveau eller hvilken fængselsstraf).

Ærekrænkelser er særligt relevante for medierne, og regler om medieansvar – der kan være forskellige fra land til land – er derfor relevante. Feltet er komplekst og omfatter eksempelvis både trykte aviser og tidsskrifter, tv- og radiokanaler som sender via kabel,

satellit eller jordbaserede sendemaster, og tekst-, lyd- og billedmedier som tillige eller alene er tilgængelige på internettet.

Endelig er indgriben over for ærekrænkelser (hvad enten det sker ved forbud, straf eller erstatning) i sagens natur en indskrænkning af ytringsfriheden, som i givet fald skal gennemføres i overensstemmelse med relevante grund-, friheds-, eller menneskerettigheder i de pågældende landes grundlove eller forfatninger og – for europæiske landes vedkommende – med artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Et så omfattende problemkompleks som injurieturisme kan ikke behandles udtømmende inden for rammerne af dette referat. Jeg har derfor valgt at gøre det på den måde at jeg udførligt kun behandler de særligt fremhævede delemler – lovvalg, værneting og anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme.

Gældende regler om værneting med hensyn til ærekrænkelser

Som baggrund for diskussionen vil det være nyttigt kort at gennemgå de gældende regler om værneting i det omfang der gælder fælles regler for alle de nordiske lande.

I Danmark, Sverige og Finland gælder i *civile sager* aktuelt reglerne i forordning nr. 44/2001 hvis sagsøgte har bopæl i et EU-land, og reglerne i Luganokonventionen (2007) hvis sagsøgte har bopæl i Norge, Island eller Schweiz. Forordning nr. 44/2001 afløses den 10. januar 2015 af forordning nr. 1215/2012. I Norge og Island gælder reglerne i Luganokonventionen (2007) hvis sagsøgte har bopæl i et EU-land, Norge, Island eller Schweiz.

Bestemmelserne om værneting i sager om erstatning uden for kontrakt i forordning nr. 44/2001, Luganokonventionen (2007) og forordning nr. 1215/2012 er ordret identiske, idet bestemmelsen i artikel 5, nr. 3, i de to første instrumenter videreføres uændret som artikel 7, nr. 2, i forordning nr. 1215/2012. At der i forordning nr. 1215/2012 er tilføjet en præambelbetragtning som må antages at vedrøre blandt andet injurieturisme, vil jeg senere vende tilbage til.

På den baggrund sonderer jeg i det følgende ikke mellem hvilket instrument der konkret finder anvendelse, men går ud fra de regler der er indeholdt i forordning nr. 44/2001.

Forordning nr. 44/2001 hylder det hovedprincip at retssager skal anlægges i den stat hvor sagsøgte har bopæl, men giver også mulighed for at sager om erstatning uden for kontrakt anlægges ved retten på det sted hvor skadetilføjelsen er foregået eller kan foregå (artikel 5, nr. 3).

Endvidere gælder at sager vedrørende driften af en filial, et agentur eller en lignende virksomhed kan anlægges i det land hvor virksomheden er beliggende (artikel 5, nr. 5). Det må antages at reglen kun gælder søgsmål mod virksomheden, ikke virksomhedens søgsmål mod sine kunder.

Man kan spørge om en webside kan udgøre en filial mv. i bestemmelsens forstand. Efter min opfattelse er bestemmelsen imidlertid møntet på faste driftsteder i form af en fysisk tilstedeværelse, og som fysisk tilstedeværelse bør ikke regnes databehandlingsudstyrets placering i sig selv, lige så lidt som selve websidens tilgængelighed. Ehandelsdirektivets 19. præambelbetragtning giver udtryk for en tilsvarende holdning med hensyn til fastlæggelse af leverandørens etableringssted. Michael Bogdan har imidlertid argumenteret for at en webside efter omstændighederne kan udgøre en filial mv. (SvJT 1998 s. 825 og 17 KCLJ 97 (2006)).

I *straffesager* gælder ingen fælles regler om straffemyndighed (jurisdiktion). Hvert

land anvender altså sine egne regler. I Schengen-området, som blandt andet omfatter alle de nordiske lande, gælder imidlertid princippet om *ne bis in idem*, hvorefter en endelig dom i en straffesag i ét land udelukker at der kan føres straffesag om samme handling i et andet land. Dette følger af Schengenkonventionens artikel 54.

Gældende regler om lovvalg med hensyn ærekrænkelse

Lovvalg uden for kontrakt reguleres i EU af Rom II-forordningen. Sverige og Finland har dermed som udgangspunkt fælles regler om lovvalg uden for kontrakt – regler som også omfatter 25 andre EU-lande, men ikke Danmark (som har forbehold blandt andet over for Rom II-forordningen), endsize Norge og Island.

Mere afgørende er imidlertid at forpligtelser uden for kontrakt der udspringer af ærekrænkelser, helt er undtaget fra Rom II-forordningen (artikel 1, stk. 2, litra g).

Situationen er dermed aktuelt den at der hverken i Norden eller mere generelt i EU findes fælles lovvalgsregler med hensyn til ærekrænkelse.

Med hensyn til *straf* anvender det enkelte land generelt *lex fori*, eventuelt suppleret med et krav om dobbelt strafbarhed, dvs. at det eventuelt er et krav for idømmelse af straf for forhold begået uden for forumlandet at forholdet også udgjorde et strafbart forhold på gerningsstedet.

Gældende regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme med hensyn ærekrænkelse

Anerkendelse og fuldbyrdelse af domme i *civile sager* i de nordiske lande reguleres af de samme instrumenter som er nævnt ovenfor med hensyn til værneting i civile sager, dvs. forordning nr. 44/2001 (fra den 10. januar 2015 forordning nr. 1215/2012) og Luganokonventionen (2007).

I modsætning til hvad der er tilfældet for de værnetingsregler der er relevante i sager om ærekrænkelse, er der en del forskelle mellem de tre instrumenters regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme. Dette er ikke stedet at gå i detaljer med forskellene, så meget desto mere som forskellene næppe har væsentlig betydning for om en given dom i en sag om ærekrænkelse i sidste ende anerkendes og fuldbyrdes eller ikke.

Hovedprincippet – at alle domme i civile sager skal anerkendes og fuldbyrdes – er således det samme i alle tre instrumenter. Den *materielle* grund til at nægte anerkendelse og fuldbyrdelse som efter omstændighederne eventuelt vil kunne finde anvendelse i forhold til en dom om ærekrænkelse – at anerkendelse og fuldbyrdelse åbenbart vil stride mod grundlæggende retsprincipper (*ordre public*) i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten – er også identisk i alle tre instrumenter.

Anerkendelse og fuldbyrdelse af domme i *straffesager* reguleres i EU navnlig af rammeafgørelse nr. 2008/909 (frihedsstraffe) og nr. 2005/214 (bødestrafte). Mellem de nordiske lande gælder et videregående samarbejde herom, jf. for Danmarks vedkommende lov om samarbejde med Finland, Island, Norge og Sverige angående fuldbyrdelse af straf mv.

1. Er injurieturisme et problem?

Som nævnt indledningsvis forstår jeg injurieturisme som det fænomen at en person anlægger retssag om ærekrænkelser uden for sit hjemland. Er det et problem? Er det med andre ord et problem at en person anlægger retssag om ærekrænkelser uden for sit hjemland?

Efter min opfattelse er det i hvert fald ikke et problem hvis sagen anlægges i sagsøgtets hjemland, jf. det helt grundlæggende princip om at retssager som udgangspunkt skal anlægges i sagsøgtets hjemland (*actor sequitur forum rei*).

De muligt problematiske tilfælde kan således i hvert fald afgrænses til sager som anlægges i et land hvor hverken sagsøgeren eller sagsøgte har hjemme.

Dernæst kan det siges at det i princippet ikke burde være et problem hvis en person anlægger retssag om ærekrænkelser i et land hvor den pågældendes ære er blevet krænket. Lige så lidt som det bør anses for et problem hvis en person anlægger erstatningssag i et land hvor eksempelvis den pågældendes ophavsrettigheder eller varemærkerettigheder er blevet krænket, eller hvor den pågældendes erhvervsfrihed er blevet krænket ved en ulovlig konkurrencebegrænsning.

Helt så enkelt er det dog nok ikke. Eller rettere sagt: Det kommer an på hvordan det skal afgøres hvor en persons ære er blevet krænket. Problemet er navnlig at ærekrænkelser i udgangspunktet er en immateriel krænkelser der kan være meget vanskelig at lokalisere.

Ærekrænkelser adskiller sig dermed i væsentlig grad fra skade som følge af eksempelvis ulovlige konkurrencebegrænsninger, krænkelser af varemærker og krænkelser af økonomiske ophavsrettigheder. Både krænkelser af varemærker og krænkelser af økonomiske ophavsrettigheder kan foregå på internettet, men kan trods alt lokaliseres mere entydigt end ærekrænkelser på internettet. Selv om relevante oplysninger i praksis kan være vanskelige at fremskaffe – hvilket i konkrete sager kan gøre det vanskeligt at føre det fornødne bevis – kan krænkelser af varemærker og krænkelser af økonomiske ophavsrettigheder principielt lokaliseres til det eller de lande hvor markedet er blevet påvirket af krænkelser. Altså helt konkret: det eller de territorier hvorfra rettighedshaverens indtjening er blevet påvirket negativt. (Som nævnt kan der være bevisvanskeligheder i praksis, og dette gælder både med hensyn til om indtjeningen er faldet, og – ikke mindst – med hensyn til om faldet i givet fald skyldes krænkelser).

Dette kriterium – markedspåvirkning – kan derimod ikke eller kun med betydelige vanskeligheder anvendes ved ærekrænkelser – eller ved krænkelser af ideelle ophavsrettigheder (*droit moral*) for den sags skyld. Hvis den krænkede (fysiske eller juridiske) person er erhvervsdrivende, kan den pågældende ganske vist efter omstændigheder have lidt et tab af indtjening som følge af ærekrænkelser der på samme måde (og herunder eventuelt med samme bevismæssige vanskeligheder) som skade i anledning af eksempelvis varemærkekrænkelser eller krænkelser af økonomiske ophavsrettigheder kan lokaliseres til et eller flere bestemte lande. Tilsvarende gælder en fysisk persons eventuelle tab af arbejdsindtægter (herunder potentielle arbejdsindtægter) som følge af ærekrænkelser.

Tilbage bliver imidlertid den immaterielle ærekrænkelser som sådan for hvilken der kræves økonomisk godtgørelse uden sammenhæng med et økonomisk tab. En sådan immateriel ærekrænkelser kan uden større vanskelighed henføres til den krænkedes bopælsland, eventuelt forstået som centret for den pågældendes livsinteresser (eller for erhvervsvirksomhedens vedkommende centret for den pågældendes erhvervsaktiviteter). En entydig henføring af en

sådan immateriel skade til et andet land er derimod meget vanskelig.

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 ærekrænkelse.

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.

Ganske vist henvises der jævnligt også til sager hvor der efter min mening slet ikke er tale om injurieturisme, idet sagen anlægges (eller påtænkes anlagt) i sagsøgerens – eller en af sagsøgernes – hjemland og der derfor ikke er tale om nogen ”-turisme”:

Eksempel 1 (Arnt Nielsen (2013a og 2013b s. 270))

Den danske avis Ekstra Bladet indgik i 2008 forlig efter at den islandske bank Knaupthing og bankens engelske datterselskab havde anlagt injuriersøgsmål i London, idet avisen havde offentliggjort en kritisk artikel hvori banken og dens datterselskab blev beskyldt for skatteunddragelse mv. Det interessante i denne sammenhæng er at der var tale om et engelsk datterselskab som altså anlagde sag i sit eget hjemland og derfor ikke udøvede injurieturisme.

Eksempel 2 (op.cit.)

Flere selskaber i en international medicinalkoncern, herunder et engelsk selskab, anlagde sag i England mod en dansk forsker i anledning af forskerens udtalelser på en konference i England og i et internationalt forskningstidsskrift. Et søgsmål vedrørende udtalelser fremsat på en konference i det land hvor konferencen blev holdt, kan imidlertid efter min opfattelse ikke anses for injurieturisme, hvortil kommer at én af sagsøgerne var et engelsk selskab. Arnt Nielsen henviser om sagen til en pressemeddelelse på et engelsk advokatfirmas hjemmeside om det forlig der blev indgået i sagen, og på denne hjemmeside finder man også et link til en artikel i The Guardian (18. februar 2010) hvoraf fremgår at advokatfirmaet – som på sin hjemmeside bl.a. citerer andre for at have kaldt firmaet ”Britain’s most feared firm of libel lawyers” – i denne sag repræsenterede den sagsøgte dansker på no-win no-fee basis, og at iagttagere antog at advokatfirmaet havde opnået en betydelig betaling fra sagsøgerne.

Endvidere henvises der undertiden til sager hvor der nok var en trussel om sagsanlæg, men hvor truslen ikke førte særligt vidt:

Eksempel 3 (op.cit. og Weekendavisen, 3. maj 2013)

Efter at 15 danske aviser var blevet truet med søgsmål i London på vegne af 8 organisationer med 94.923 efterkommere af profeten Muhammed som medlemmer, undskyldte én af aviserne (Politiken) offentliggørelsen af satiriske tegninger af profeten. Søgsmålet blev aldrig blev til noget selv om de 14 andre aviser ikke undskyldte.

Men der henvises også til sager hvor der er tale om injurieturisme i den rene form:

Eksempel 4 (Bin Mahfouz v Ehrenfeld [2005] EWHC 1156 (QB), smh. Arnt Nielsen (2013a s. 222 og 2013b s. 271) og Hartley (2010 s. 31))

Tre saudiarabere anlagde sag i England mod en amerikaner i anledning af en bog hun havde udgivet i USA.

Endelig kan der nævnes følgende sag hvor man kan diskutere i hvilket omfang der var tale om injurieturisme:

Eksempel 5 (Olafsson v Gissurarson [2008] EWCA Civ 152)

En islandsk forretningsmand anlagde sag i England mod en islandsk universitetsprofessor som ifølge søgsmålet havde krænket sagsøgerens ære ved på sin hjemmeside på internettet at hævde at sagsøgeren var tidligere narkotikahandler, havde anvendt skarpe forretningsmetoder, havde haft korrupte forbindelser til islandske politikere og var skyldig i skatteunddragelse. De pågældende udtalelser blev lagt på den pågældende hjemmeside i 1999 og blev fjernet igen i 2004 efter at sagsøgerens advokater havde kontaktet sagsøgte. Herefter anlagde sagsøgeren sag i England, hvor han nu var bosat.

Sammenfattende kan der således kun findes få eksempler på injurieturisme hvor der anlægges retssag om godtgørelse for ikke-økonomisk skade i anledning af ærekrænkelse i et land hvor hverken sagsøgeren eller sagsøgte har hjemme (Eksempel 4 og eventuelt Eksempel 5). Endvidere angik det eneste sikre eksempel på sådan injurieturisme tre saudiarabere der anlagde retssag i England mod en amerikaner. Dette understøttes 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 en af sagsøgerne) eller sagsøgte (eller en af de sagsøgte) havde adresse i England (Report of the Libel Working Group, 2010, Annex B). Injurieturisme synes derfor alt i alt at være et begrænset problem, ikke mindst internt i Europa, endsiges i Norden.

Tese 1: Injurieturisme er et problem i det omfang der anlægges retssag om godtgørelse for ikke-økonomisk skade i anledning af ærekrænkelse i et land hvor hverken sagsøgeren eller sagsøgte har hjemme.

2. Er der behov for fælleseuropæiske lovvalgsregler om ærekrænkelse?

Som tidligere nævnt er der i dag ingen fælles regler i Europa om lovvalg i sager om ærekrænkelse, idet de generelle regler om lovvalg i sager om forpligtelser uden for kontrakt udtrykkeligt ikke gælder i sager om ærekrænkelse.

End mindre er der fælles materielle regler om ærekrænkelse i Europa – bortset fra at Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10 fungerer som en fælleseuropæisk begrænsning i hvornår (dvs. over for hvilke ytringer) og hvordan (dvs. med hvilke sanktioner) der kan gribes ind over for ærekrænkelser. Eftersom den begrænsning der følger af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 10, alene fastlægger den øvre grænse for om og i givet fald hvor hårdt der kan gribes ind over for en given ytring, er der stadig et stort

rum for forskellige regler i de forskellige europæiske lande vedrørende ærekrænkelse.

Både i og uden for England fremhæves England ofte som et særligt attraktivt mål for injurieturisme, altså for at stille den der hævder at være udsat for en ærekrænkelse, særligt gunstigt.

Som så ofte ved sådanne generaliseringer er dette både rigtigt og forkert, dvs. der er noget om det, men det skyldes ikke – som man måske skulle tro – de materielle engelske regler om ærekrænkelser, men snarere andre aspekter af det engelske retssystem.

Nogle vil måske her være uenige og fremføre at ”engelsk ret [er] gunstig for skadelidte, fordi denne blot skal bevise, at der offentligt er fremsat en ærekrænkende udtalelse. Skadelidte skal ikke bevise, at udtalelsen er falsk, eller at skadevolder handlede i den hensigt at skade skadelidte” (Arnt Nielsen (2013a og 2013b)).

Jeg er naturligvis enig i den del af dette citat som står efter ordet ”fordi”. Ja, den der kræver godtgørelse for en ærekrænkelse, skal bevise at den krævet rettes mod, er ansvarlig for at fremsætte en ærekrænkende udtalelse. Og ja, det er så det. Hvis den der har fremsat udtalelsen, skal blive fri for ansvar, må den pågældende godtgøre udtalelsens sandhed, et rimeligt grundlag for at fremsætte den eller lignende.

Det vil nok føre for vidt i denne sammenhæng at diskutere om denne retstilstand bør betegnes som ”gunstig” for den der mener sig krænkert, eller om den måske snarere er ”afbalanceret”, idet et krav om at den der mener sig krænkert af en udtalelse, positivt skulle bevise udtalelsens usandhed og/eller ond tro hos den der har ytret sig, ville være særdeles ”ugunstigt” for den der mener sig krænkert.

Min pointe er en anden, nemlig simpelt hen at denne – angiveligt ”gunstige” – retstilstand for den der mener sig krænkert, ikke alene eksisterer i England, men også i Danmark og – vil jeg tro – ganske mange andre europæiske lande, herunder formentlig de øvrige nordiske lande. Også i Danmark påhviler det – selvfølgelig – den der mener sig krænkert, at bevise at den krævet rettes mod, er ansvarlig for at fremsætte en ærekrænkende udtalelse. Og heri ligger to ting: at den pågældende er ansvarlig for at fremsætte udtalelsen, og at udtalelsen er ærekrænkende, og begge skal bevises. Men det er så også det: Ligesom i England påhviler det herefter den der har ytret sig – hvis den pågældende ønsker at undgå ansvar – at påvise en ansvarsfrihedsgrund, eksempelvis at udtalelsen er sand, eller at udtalelsen blev fremsat i god tro til berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse eller af eget eller andres tarv.

Selvfølgelig kan der være nuanceforskelle, og det ville kræve en større retssammenlignende analyse at finde ud af eksempelvis om ”honest comment” (tidligere ”fair comment”) efter engelsk ret er en smallere eller bredere ansvarsfrihedsgrund end tilsvarende principper i dansk ret. En sådan analyse falder uden for rammerne af dette referat. Jeg vil derfor gerne præcisere at jeg ikke hævder at de danske og engelske regler om ærekrænkelse er ens, men at det er min opfattelse at de er sammenlignelige med hensyn til ansvarsgrundlaget.

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 ærekrænkelse. Endvidere er der store og væsentlige forskelle når det gælder størrelsen af sagsomkostninger. I begge henseender ligger England langt over det danske niveau.

Samtidig skal det dog på ny nævnes at i Danmark – ligesom i flere andre nordiske lande – er ærekrænkelse ikke alene civilretligt sanktioneret, men er også strafbart. Selv om ærekrænkelse i Danmark som udgangspunkt er undergivet privat påtale – dvs. at den der mener sig krænkert, selv må føre straffesagen som privat anklager uden bistand fra politi eller anklagemyndighed – kan ærekrænkelse i denne henseende for så vidt mødes med strengere

sanktioner – straf i form af bøde eller fængsel – end i England, hvor der ”højst” kan blive tale om at tilkende erstatning eller godtgørelse. Eftersom anvendelse af fængsel er forholdsvis sjælden, og eftersom bødeniveauet er forholdsvis lavt, ændrer det dog ikke ved at sanktionsniveauet for ærekrænkelse generelt set er væsentligt højere i England end i Danmark.

Det følger af ovenstående betragtninger at det kan have stor betydning for slutresultatet – ikke mindst hvad angår størrelsen af en godtgørelse for ikke-økonomisk skade – 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 på denne baggrund være hensigtsmæssigt at harmonisere lovvalgsreglerne om ærekrænkelse i EU. Hermed ville man i det mindste opnå at en retssag om ærekrænkelse afgøres efter samme materielle regler uanset i hvilket EU-land sagen anlægges. Forskelle i de processuelle regler ville stadig kunne få betydning få sagens udfald, og ikke mindst regler om og størrelsen af sagsomkostninger ville stadig have betydning for valget af forum og dermed for styrkeforholdet mellem parterne. Hertil kommer at fælleseuropæiske lovvalgsregler alene ville angå civilretlige forpligtelser i anledning af en ærekrænkelse, ikke eventuelle strafferetlige sanktioner, der således fortsat ville være uharmoniserede.

At fælleseuropæiske lovvalgsregler om ærekrænkelse ikke ville løse alle problemer, er imidlertid ikke nogen grund til ikke at arbejde for at sådanne regler indføres.

Tese 2: Der er behov for fælleseuropæiske lovvalgsregler om ærekrænkelse.

3. Fungerer de fælleseuropæiske værnetingsregler tilfredsstillende i sager om ærekrænkelse?

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. Og dette gælder vel at mærke både når den der mener sig krænket, anlægger sag, og når den der mødes med et krav, anlægger sag om ikke at være ansvarlig (negativt anerkendelsessøgsmål). Værnetingsreglen er altså ikke systematisk til fordel for skadelidte – også den angivelige skadevolder kan anlægge retssag i det land hvor skadetilføjelsen er foregået.

Eksempel 6

Både nordmænd og svenskere husker formentlig sagerne (i slutningen af 1980’erne og i 1990’erne) om den norske sælfangstinspektør som i en rapport kritiserede navngivne sælfangere for deres handlinger i forbindelse med sælfangst. Der var tale om flere retssager i både Norge og Sverige, og der blev også indgivet flere klager til menneskeretsorganerne i Strasbourg, jf. Bladet Tromsø and Stensaas v Norway, dom af 20. maj 1999.

Jeg nævner dette eksempel for at vise at grænseoverskridende sager om ærekrænkelse ikke er nogen helt ny foreteelse, og at sådanne sager også kan forekomme internt i Norden. Jeg skal samtidig understrege at disse sager om sælfangstinspektøren ikke var udtryk for injurieturisme som jeg forstår det, da sagerne blev anlagt enten i sagsøgtets hjemland eller i sagsøgerens hjemland. I forhold til grænseoverskridende ærekrænkelse er det dog interessant at notere sig at nogle af sagerne blev anlagt i Norge i anledning af at et program vist i svensk fjernsyn også kunne modtages i Norge, henholdsvis i anledning af at et mindre antal

eksemplarer af en bog udgivet i Sverige var blevet solgt i Norge. Denne problemstilling er stadig aktuel.

Ved vurderingen af om de gældende værnetingsregler fungerer tilfredsstillende, kan det – i det mindste fremstillingsteknisk – være hensigtsmæssigt at sondre mellem forskellige måder en ærekrænkelse kan foregå på.

I alle tilfælde hvor den der har ytret 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.

Som eksempler herpå kan nævnes:

- Direkte kommunikation til en eller flere personer som på tidspunktet for kommunikationen befinder sig i et givet land. Kommunikationen kan f.eks. ske mundtligt over telefon (herunder ved internettelefoni) eller radio eller skriftligt pr. brev (herunder ved kurerpost), telegram, telefax, email eller sms. Sjældnere brugt vil formentlig være kommunikation ved hjælp af (grænseoverskridende) lyd-, lys- eller røgsignaler mv. eller kommunikation pr. brevdue, ballon eller raket mv.
- Kommunikation i trykt skrift (bog, avis, tidsskrift, pjese mv.) som udgives i – eller med udgiverens udtrykkelige eller stiltiende accept distribueres i – et givet land. Afgrænsningen bør ske ud fra de to modsatrettede hensyn: at udgiveren ikke bør holdes ansvarlig for distribution som udgiveren ikke har ønsket, og at udgiveren ikke bør kunne slippe uden om ansvaret efter et givet lands lovgivning ved at placere sin virksomhed i et andet land, men således at skriftet med udgiverens vilje også distribueres i det førstnævnte land.
- Kommunikation i elektronisk skrift (f.eks. ebog) som med udgiverens udtrykkelige eller stiltiende accept distribueres til en eller flere personer som på tidspunktet for distributionen befinder sig i et givet land. Ebogen har i større eller mindre omfang overtaget den trykte bogs funktion, og distribution af ebøger (hvad enten det sker på et fysisk medium eller ved tråd- eller radiobåren digital kommunikation) bør i henseende til værnetingsreglerne sidestilles med distribution af trykte bøger mv.
- Kommunikation i radio eller fjernsyn som sendes via kabel, satellit eller jordbaserede sendemaster. Udsendelse via kabel vil være rettet mod de lande hvor udsendelsen modtages via kabel. (*Eksempel:* Svensk tv-program udsendt via kabel i Danmark vil blandt andet være rettet mod Danmark). Udsendelse via jordbaserede sendemaster bør – med forbehold for eventuelle omgælses tilfælde – alene anses rettet mod de lande som sendetilladelsen omfatter (og ikke nabolande selv om udsendelsen eventuelt også kan modtages dér) (*Eksempel:* Svensk ukodet tv-program udsendt via jordbaserede sendemaster vil som udgangspunkt *ikke* være rettet mod Danmark selv om det kan modtages i en del af Danmark). Udsendelse via satellit med kodet signal bør anses rettet mod de lande hvor der med radio- eller fjernsynsforetagendets udtrykkelige eller stiltiende accept distribueres adgang til det kodede signal (*Eksempel:* Tyrkisk kodet satellitkanal som der sælges adgang til i Danmark). Ved udsendelse via satellit med ukodet signal bør det bero på en helhedsvurdering af udsendelserne mod hvilke lande udsendelsen anses rettet. Det afgørende bør være indholdet af den samlede sendeflade på den pågældende kanal og ikke indholdet af den enkelte udsendelse. Markedsføringen af kanalen bør også indgå i vurderingen. Dette vil i praksis kunne være en temmelig vanskelig vurdering. Blot til illustration kan nævnes

at sproget i mange tilfælde næppe vil kunne anvendes som afgrænsningskriterium. (*Eksempler:* En kurdisksproget kanal vil efter en helhedsvurdering kunne anses rettet mod kurdisksprogede bosat i et større antal lande. Det samme vil kunne være tilfældet med en arabisksproget kanal, og blandt andet engelsk-, tysk-, fransk- og spansksprogede kanaler vil tilsvarende efter en helhedsvurdering kunne anses rettet mod et internationalt publikum). Hvis der er tale om et mindre udbredt sprog (hvortil der desuden ikke knytter sig en eksilbefolkning eller diaspora), vil sproget i udsendelserne (herunder i underteksterne) dog efter omstændighederne kunne indgå som et forholdsvis stærkt afgrænsningskriterium i en helhedsvurdering. (*Eksempler:* dansk vil indikere Danmark, Færøerne og Grønland; svensk vil indikere Sverige og Finland; norsk vil indikere Norge; finsk vil indikere Finland; islandsk vil indikere Island).

Som det fremgår, mener jeg det afgørende i tilfælde af massekommunikation (dvs. kommunikation fra én til mange) bør være mod hvilket eller hvilke lande det anvendte massemedium er rettet. Dette bør også gælde når en person der ikke har nogen tilknytning til det pågældende massemedium, ytrer sig herigennem. Det betyder mere konkret at det i givet fald vil være den ytrendes ansvar at sikre sig at massemediet – på ytringstidspunktet – ikke er rettet mod et land hvor den ytrende ikke ønsker at ytre sig. Det betyder også at indholdet af den konkrete ytring ikke har selvstændig betydning for denne vurdering, og dette gælder begge veje. Hvis massemediet blandt andet er rettet mod et givet land, er en ytring fremsat i det pågældende massemedium dermed også ytret i det pågældende land selv om ytringen ikke har noget med landet eller personer med tilknytning til landet at gøre. Hvis massemediet ikke er rettet mod et givet land, er ytringen omvendt ikke fremsat i det pågældende land selv om ytringen utvetydigt vedrører landet eller personer med tilknytning hertil. (*Eksempel:* En udtalelse i en dansk lokalavis uden international distribution om en svensk politiker).

Det anførte er efter min opfattelse i god overensstemmelse med hvordan de gældende værnetsregler forstås, jf. navnlig *Shevill v Presse Alliance SA* (sag C-68/93, dom af 7. marts 1995, Saml. s. I-450).

Jeg mangler så det vanskeligste spørgsmål, nemlig kommunikation via internettet der ikke (som email, internettelefoni mv.) 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 (være sig tekst, lyd eller billeder).

Der kan utvivlsomt tænkes mellemformer og i princippet opstilles en glidende skala – afsenderen sender måske en email til bestemte personer med et link til hvor oplysningerne kan hentes, adgangen til oplysningerne kræver måske indtastning af kodeord osv. – men det vil falde uden for rammerne af dette referat at komme nærmere ind på alle tænkelige varianter.

Overvejelserne i det følgende angår derfor alene tilfælde hvor oplysningerne rent teknisk er tilgængelige på internettet for en bred kreds, uanset hvor mange personer der rent faktisk har benyttet sig heraf. Overvejelserne angår således ikke tilfælde hvor tekniske begrænsninger, eksempelvis krav om indtastning af kodeord, giver afsenderen reel og vedvarende kontrol over hvem der har adgang til oplysningerne. Det afgørende er i denne henseende at afsenderen ikke alene har viljen, men også evnen til effektivt at begrænse adgangen til oplysningerne. Hvis oplysningerne er sikret på en måde som må anses for passende, bør afsenderen endvidere ikke holdes ansvarlig for adgang til oplysningerne som skyldes et uberettiget indbrud (hackerangreb). Ansvar vil imidlertid kunne følge af manglende overvågning af om der sker indbrud, og/eller af

manglende eller utilstrækkelig reaktion på et konstateret indbrud.

Der er tale om en meget vanskelig problemstilling. 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 diametralt modsatrettede hensyn.

I dansk strafferet er det i sådanne tilfælde afgørende om ”materialet har særlig relation” til Danmark, jf. straffelovens § 9 a. Strafansvar for ærekrænkelser kan således ifaldes hvis en person i Danmark foretager handlinger som medfører at en ærekrænkelser gøres alment tilgængelig på internettet (almindeligt territorialprincip, jf. straffelovens § 6, nr. 1), hvis en dansk statsborger eller dansk bosat mv. foretager sådanne handlinger i et land hvor handlingen er strafbar (personalprincippet kombineret med krav om dobbelt strafbarhed, jf. straffelovens § 7, stk. 1, nr. 1), eller hvis en person i udlandet foretager handlinger som medfører at en ærekrænkelser ”med særlig relation til Danmark” gøres alment tilgængelig på internettet (det særlige ”internetterritorialprincip”, jf. straffelovens § 9 a, som har været gældende i Danmark siden 2008).

Personligt mener jeg at den danske straffelov med disse regler har ramt en passende balance mellem de modstridende hensyn – hensyn der som nævnt begge er legitime og stærke.

Hvad angår civilretlige krav gælder som tidligere nævnt forordning nr. 44/2001, og her kan det for det første konstateres at forordningens artikel 5, nr. 4, giver mulighed for at behandle et civilretligt krav der udspringer af et strafbart forhold, sammen med straffesagen. Da jeg netop har konkluderet at de danske regler om dansk straffemyndighed (jurisdiktion) i sager om ærekrænkelser på internettet er rimelige, vil artikel 5, nr. 4, i forordning nr. 44/2001 selvfølgelig uden videre også føre til rimelige resultater i Danmark. Det er dog samtidig tankevækkende at artikel 5, nr. 4, i realiteten er et *carte blanche* til de enkelte medlemsstater eftersom de nationale regler om jurisdiktion i straffesager – som er afgørende for værnetinget efter artikel 5, nr. 4 – ikke er harmoniseret. Det falder uden for rammerne for dette referat at undersøge om artikel 5, nr. 4, også i andre europæiske lande – herunder de øvrige nordiske lande – fører til rimelige resultater i sager om ærekrænkelser.

Dernæst kan det konstateres at forordningens artikel 5, nr. 3, giver mulighed for at anlægge retssag om en ærekrænkelser ved retten på det sted ”hvor skadetilføjelsen er (...) foregået”. Dette skal forstås på den måde at sagsøgeren kan vælge mellem det sted hvor den skadegørende handling er foretaget, og det sted hvor den direkte skade umiddelbart indtræffer, jf. EU-domstolens dom i Bier-sagen (sag 21/76, dom af 30. november 1976, Saml. s. 1735), som er fastholdt (og nærmere præciseret) i en række senere afgørelser fra EU-domstolen. I sager om ærekrænkelser på internettet betyder det 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, jf. EU-domstolens dom i eDate- og Martinez-sagerne (forenede sager C-509/09 og C-161/10, dom af 25. oktober 2011, Saml. s. I-10269). Lidt forenklet er der således mulighed for at anlægge retssag i enten sagsøgerens eller sagsøgtens land, hvilket som tidligere nævnt 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 krænkede, har centret for sine interesser. Det kan derfor være svært at forudse hvordan dette led i EU-domstolens fortolkning af artikel 5, nr. 3, i forordning nr. 44/2001 vil blive anvendt i praksis.

En mulighed er at det i praksis vil vise sig umuligt at påvise en sådan immateriel skade i et andet land, og at den mulighed for at føre retssag i et andet land end sagsøgtes eller sagsøgerens der teoretisk set findes, ikke i praksis vil kunne anvendes. Denne mulighed vil nok alt taget i betragtning være den mindst problematiske. Der er dog ingenlunde tale om et uproblematisk scenarie. Det vil således grundlæggende være problematisk for såvel personer der ytrer sig på internettet, som for personer der mener sig krænkede ved ytringer på internettet, at det vil være svært at forudse om en retssag i et andet land end sagsøgtes eller sagsøgerens om en påstået ærekrænkelse på internettet vil blive antaget til realitetsbehandling. En sådan uforudsigelighed vil give mulighed for at anlægge retssag i sådanne andre lande med henblik på at presse modparten til et for sagsøgeren fordelagtigt forlig, idet der vil bestå en teoretisk risiko for at sagsøgeren faktisk får medhold i søgsmålet. Endvidere vil alene processen vedrørende værnetingssspørgsmålet være omkostningskrævende, hvilket vil kunne udgøre et yderligere pressionsmiddel mod sagsøgte, ikke mindst hvis sagsøgeren er pengestærk og sagsøgte ikke er det.

En anden mulighed er at domstolene i forskellige medlemsstater faktisk i større eller mindre omfang vil anse det for godtgjort at der er indtrådt immateriel skade i andre lande end den stat hvor den der mener sig krænkede, har centret for sine interesser. Denne mulighed risikerer at føre til et stort antal retssager om den samme ytring mellem de samme to parter. Der vil derfor også være risiko for uforenelige afgørelser, hvilket måske for så vidt angår erstatningsspørgsmål formelt må accepteres, idet det ikke er logisk udelukket at A tilkendes erstatning hos B for en krænkelse i land X, men ikke for en krænkelse i land Y. De to afgørelser kunne eksempelvis blive truffet efter forskellige love, eller de faktiske omstændigheder kunne være sådan at A ikke har lidt nogen skade i land Y. En sag om ærekrænkelse på internettet angår imidlertid ikke nødvendigvis kun erstatning i penge for en påstået krænkelse. En sådan sag kan også angå spørgsmålet om at forbyde en person at ytre sig på en bestemt måde på internettet i fremtiden eller om at pålægge en person at fjerne bestemte ytringer fra internettet. Givet internettets globale karakter vil konsekvenserne af at give medhold i sådanne krav potentielt også være globale. "Potentielt" fordi konsekvensernes geografiske udbredelse vil afhænge af mulighederne for at gennemtvinge dommens efterlevelse, enten ved tvangsskridt i det land hvor dommen er afsagt, eller i andre lande.

Det er på denne baggrund min opfattelse at Europas borgere ville være bedst tjent med at artikel 5, nr. 3, i forordning nr. 44/2001 blev fortolket på den måde at den i sager om påstået ærekrænkelse på internettet alene gav mulighed for at anlægge sag i sagsøgerens eller sagsøgtes land (mere præcist: i det land hvor den der har ytrt sig, er etableret, eller det land hvor den der mener sig krænkede, har centret for sine interesser).

EU-domstolens dom i *eDate-* og *Martinez-sagerne* blev afsagt den 25. oktober 2011. Den 12. december 2012 blev den forordning nr. 1215/2012 vedtaget, der som tidligere omtalt den 10. januar 2015 afløser forordning nr. 44/2001 og for så vidt angår værnetinget for sager om erstatning uden for kontrakt, herunder civilretlige sager om ærekrænkelse, i artikel 7, nr. 2,

viderefører den aktuelt gældende artikel 5, nr. 3, uden ændringer af bestemmelsens ordlyd. Det fremgår af den kommenterede høringsoversigt over det danske lovforslag om gennemførelse af forordning nr. 1215/2012 at det under forhandlingerne om forordningsforslaget blev overvejet at ”præcisere” værnetsreglen i artikel 5, nr. 3, i relation til værning ”i tvister angående forpligtelser uden for kontrakt, der er opstået i forbindelse med krænkelse af privatlivets fred og af individets rettigheder, herunder ærekrænkelser” (Folketinget 2012-13, L 202 – bilag 1). Det fremgår ikke hvad en sådan ”præcisering” i givet fald kunne tænkes at indebære, og under alle omstændigheder blev konklusionen på overvejelserne at artikel 5, nr. 3, blev videreført uændret (som artikel 7, nr. 2).

Forordning nr. 1215/2012 indeholder imidlertid en præambelbetragtning (nr. 16) der særligt betoner vigtigheden af at undgå ”at sagsøgte indstævnes for en ret i en medlemsstat, som vedkommende ikke med rimelighed kunne forudse,” i sager om erstatning uden for kontrakt der er opstået i forbindelse med ”krænkelser af privatlivets fred og af individets rettigheder, herunder ærekrænkelser”. Det fremgår af den nævnte kommenterede høringsoversigt at det danske justitsministerium finder at den nye præambelbetragtning ”vil kunne give EU-Domstolen retningslinjer i den fremtidige fortolkning af artikel 7, nr. 2”. Det fremgår ikke hvad sådanne ”retningslinjer” mere konkret vil kunne betyde for fortolkningen af denne værnetsbestemmelse i sager om ærekrænkelser.

Det er dog efter min opfattelse nok tvivlsomt om en så generelt holdt præambelbetragtning knyttet til en uændret ordlyd i en forordnings operative bestemmelser vil være tilstrækkeligt til at EU-domstolen vil anlægge en anden fortolkning af artikel 7, nr. 2, i forordning nr. 1215/2012 end den fortolkning af artikel 5, nr. 3, i forordning nr. 44/2001 der blev fastlagt så sent som i oktober 2011. Men der er selvfølgelig ikke noget galt i at håbe, herunder på at EU-domstolen så også vil være enig i at den rigtige løsning vil være at fjerne muligheden for i sager om ærekrænkelser på internettet at anlægge retssag i andre lande end det land hvor den der har ytret sig, er etableret, eller det land hvor den der mener sig krænkede, har centret for sine interesser.

Sammenfattende mener jeg at de gældende fælleseuropæiske værnetsregler 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. Arnt Nielsen (2013a s. 225 og 2013b s. 279) synes at være enig i denne konklusion.

Tese 3: De fælleseuropæiske værnetsregler fungerer i det store hele tilfredsstillende i sager om ærekrænkelser.

4. Bør sager om ærekrænkelser undtages fra de fælleseuropæiske regler om anerkendelse og fuldbyrdelse af udenlandske retsafgørelser?

Forordning nr. 44/2001 og Luganokonventionen (2007) omfatter som udgangspunkt alle civilretlige krav. Instrumenterne gennemfører populært sagt princippet om fri bevægelighed for domme. Instrumenterne indebærer at en dom om et civilretligt krav som er afsagt i én stat, skal anerkendes og fuldbyrdes i de øvrige stater uden prøvelse af sagens realitet. Som tidligere nævnt omfatter instrumenterne dels EU-landene, dels EU-landene og Norge, Island og Schweiz.

Det er dermed et klart udgangspunkt at en dom som tilkender en person erstatning eller godtgørelse for ærekrænkelse, og som er afsagt i et EU-land eller i Norge, Island eller Schweiz, skal anerkendes og fuldbyrdes i de øvrige stater uden prøvelse af sagens realitet. Dette gælder uanset parternes bopæl eller nationalitet og uanset efter hvilket lands lovgivning erstatningen eller godtgørelsen blev tilkendt.

Forordning nr. 44/2001 og Luganokonventionen (2007) bygger på tidligere konventioner, oprindeligt Bruxelleskonventionen (1968) og Luganokonventionen (1988). Sager om civilretlige krav i anledning af ærekrænkelse har altid været omfattet af disse regler om fri bevægelighed for domme, og hovedprincippet har altid været at en dom fra en af de andre stater skal anerkendes og fuldbyrdes uden prøvelse af sagens realitet.

De nordiske lande blev oprindeligt omfattet af disse instrumenter på forskellige tidspunkter, men ved udgangen af 1995 gjaldt reglerne både for Danmark, Norge, Sverige, Finland og Island.

Man kan så spørge om der i de mere end 18 år der er forløbet siden da, har været eksempler på at en udenlandsk dom i en sag om ærekrænkelse er blevet fuldbyrdet i et af de nordiske lande med urimelige konsekvenser til følge.

Jeg er ikke bekendt med et eneste sådant eksempel, og jeg har ikke i debatten om injurieturisme set nogen der har fremdraget et sådant eksempel.

Nu er det jo også sådan at alle stater der er omfattet af forordning nr. 44/2001 og Luganokonventionen (2007), også har tiltrådt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Der er derfor også i alle disse stater en fælles overligger for hvor skrap en stat har lov til at gribe ind over for ærekrænkelse. Artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fungerer i den forbindelse som en fælleseuropæisk minimumsharmonisering af beskyttelsen af ytringsfriheden.

Et er selvfølgelig hvad staterne er berettiget til efter artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og noget andet er hvad de rent faktisk gør. Som om ikke andet retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol viser, forekommer det i hvert fald i et vist omfang at staters indgriben mod ærekrænkelse er sket på en måde som var i strid med artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Her er det imidlertid relevant at gøre opmærksom på én af de få undtagelser til princippet om fri bevægelighed for domme som faktisk eksisterer – ikke alene efter forordning nr. 44/2001 og Luganokonventionen (2010), men også efter den nye forordning nr. 1215/2012 der som tidligere nævnt den 10. januar 2015 afløser forordning nr. 44/2001 blandt EU-landene.

Jeg tænker her på den regel som giver mulighed for at modsætte sig anerkendelse og fuldbyrdelse af en udenlandsk dom hvis anerkendelsen eller fuldbyrdelsen af dommen i den pågældende stat åbenbart ville stride mod grundlæggende retsprinsipper (ordre public) i den pågældende stat. Som også anført af Arnt Nielsen (2013a s. 227 og 2013b s. 286) er det nærliggende at antage at dette blandt andet giver mulighed for at nægte at anerkende og fuldbyrde en dom som strider mod artikel 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Sammenfattende kan det herefter konstateres at en undtagelse af ærekrænkelse fra de fælleseuropæiske regler om gensidig anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme vil være et væsentligt tilbageskridt for et civilretligt samarbejde som har flere årtier på bagen, at der ikke kendes konkrete eksempler på at anerkendelse eller fuldbyrdelse efter disse regler af en fremmed dom om ærekrænkelse har ført til urimelige resultater, og at reglerne giver mulighed for at nægte at anerkende og fuldbyrde domme som måtte stride mod Den Europæiske Menneskerettighedskonventions regler om beskyttelse af ytringsfriheden.

Tese 4: Der er intet grundlag for at undtage domme i sager om ærekrænkelser fra de fælleseuropæiske regler om gensidig anerkendelse og fuldbyrdelse af fremmede domme.

Litteraturhenvisninger

Arnt Nielsen (2013a):

Peter Arnt Nielsen, Engelsk injurieturisme, UfR 2013 B 221

Arnt Nielsen (2013b):

Peter Arnt Nielsen, Libel Tourism: English and EU Private International Law, 9 Journ.Priv.Int.L. 269

Hartley (2010):

Trevor C. Hartley, 'Libel Tourism' and Conflict of Laws, 59 ICLQ 25

Kulturminnevern – forholdet til eiendomsrett og utbygging

Riksantikvar *Jørn Holme*, Norge

Kulturminnevern – forholdet til eiendomsrett og utbygging

Riksantikvar *Jørn Holme*, Norge

De nordiske land forvalter i vesentlig grad en felles kulturarv, selv om det også er betydelige forskjeller i typer kulturminner og kulturmiljøer. Gjennom de siste 1000 år har flere av landene i perioder vært underlagt eller vært i union med et annet nordisk land. Dette har vesentlig grad vært med på å påvirke kulturminnene. De nordiske lands lovgivning som beskytter kulturminner har på den annen side store likhetstrekk. Forminnene er direkte vernet gjennom lovgivningen i alle nordiske land, og de ulike kulturminnelover gir dernest hjemmel til å frede ulike typer kulturminner. Dette er lover som fagprofesjonene innen forvaltningen til daglig forvalter. Kulturminnevern kan være svært inngripende, ikke minst for eieren. Flere juridiske spørsmål ligger derfor latente. I hvilken grad kan det faglige skjønnnet til forvaltningen prøves for domstolene? Kan den statlige tilskudsbevilgning være gjenstand for domstolsbehandling? Det mest sentrale spørsmålet er allikevel retten til erstatning. I Norge er det alminnelige utgangspunkt ingen rett til erstatning. I andre nordiske land gir lovene rett til erstatning på ulik måte når vernet er inngripende. Spørsmålet om erstatning i tilknytning til kulturminnevern fikk stor offentlig oppmerksomhet i Norge for noen år siden. Saken gjaldt etablering av et nytt Munch-museum i Oslo, med kunsten til den verdenskjente norske maleren Edvard Munch. Den nye museumsbygningen ville sammen med tidligere vedtatt blokkbebyggelse indirekte få negativ betydning for den fredete parken med ruiner fra middelalderen i Oslo. Referatet omtaler også en annen erstatningssak, også den knyttet til maleren Munch. Her gjaldt saken om planene om bygging av boligblokker rett ved kunstnerens verneverdige atelier på Ekely i Oslo. Begge saker illustrerer hvordan hensyn til kulturminner kan kollidere med andre viktige samfunnshensyn og eiers ønske om fortetting av bebyggelse.

1. Innledning

Norden har en bosettingshistorie som strekker seg kanskje hele 15 000 år tilbake i tid. Gjennom steinalder, bronsealder, jernalder, vikingetid og middelalder og helt frem til dag har vi bosatt oss på de beste stedene, nær havet, gunstige havner og de beste jordbruksområdene. I dagens voksende byer og tettsteder er disse arealer svært attraktive, av og til med konflikt mellom det gamle og det nye.

Vertsbyen for det 40. nordiske juristmøte, Oslo, har en historie som går tilbake til yngre steinalder, selv om byen først ble etablert rundt år 1000 e. Kr. I Bjørvika, vis à vis dagens moderne Operabygning, hadde både konge og biskop hver sin kirke og borg. For eksakt 700 år siden fikk Oslo status som hovedstad første gang, da kong Håkon V Magnusson ga sitt segl til sin egen prost i sin Mariakirke, som styrte både by og rike i kongens fravær. I dag er det bare ruiner igjen av konge- og kirkemakt i den del av Oslo som går under navnet Gamlebyen. Denne eldste delen av Oslo med kongesete er også en del av felles nordisk historie fra år 1319 til midten på 1600-tallet. Her har ulike konger, først i personalunion med Norge og Sverige, konger og en dronning i Kalmarunionen og konger i det dansk-norske enevelde til tider residert. Etter mange branner og svenske angrep tvangsflyttet kong Christian IV i 1624

byen og dens befolkning med murtvang for nye hus nærmere Akershus festning, til beskyttelse mot svensker og brann.

I 2004 vedtok Oslo en reguleringsplan etter plan- og bygningsloven som tillot en stor utbygging av en moderne bydel i de gamle havneområdene. Den såkalte nye Fjordbyen ville innebære boligblokker i 10 etasjer mot fjorden og foran området med ruiner fra middelalderen. Disse kulturminnene ble i 2009 et hett debatttema mellom politikere, eiendomsutviklere, arkitekter, jurister og kulturminnevernere. Foranledningen var at Riksantikvaren truet med å reise innsigelse for å få stanset det nye høye og dominerende Munchmuseet, som ytterligere ville fortette området. En rekke eiendomsselskaper, flere offentlige, hadde i forbindelse med reguleringsplanen om Fjordbyen inngått utbyggingsavtale med kommunen, hvor de i et spleiselag med kommunen betalte sin andel av infrastrukturutbyggingen.

Planen for det nye Munchmuseet, som ikke var i samsvar med reguleringsplanen fra 2004, måtte etter Riksantikvarens syn kompenseres med endringer i den vedtatte reguleringsplan. Rent konkret måtte Munch-museets utbyggingsvolum på ca. 25 000 m² byttes ut med tilsvarende reduksjon i boligutbyggingen for å få til en større åpning mellom Middelalderparken og fjorden.

Flere av eiendomsselskapene truet kommunen med erstatningssak dersom den innfridde Riksantikvarens krav om redusert utbygging. Riksantikvaren fremholdt på sin side at så lenge nedre grense for utbyggingsvolum i utbyggingsavtalen ikke ble brutt, hadde ikke selskapene en berettiget erstatningsinteresse.

Oslo kommune inngikk først et forlik med Riksantikvaren om de nødvendige endringer i detaljreguleringen. Riksantikvaren aksepterte til gjengjeld plasseringen av det nye Munchmuseet. Kommunen fravek senere forliket ved å dele reguleringsplanen opp i flere planer. Utbyggingen ble imidlertid redusert i ulike deler av området, noe som gjorde at Riksantikvaren frafalt innsigelsen. Denne konflikten i det historiske Oslo er bakteppet for temaet og referatet til det 40. nordiske juristmøte.

2. Det rettslige grunnlag for vern av kulturminner i Norden

Vern av kulturminner i de nordiske land har mange felles trekk, men også betydelige forskjeller. Sverige fikk den første lovgivningen gjennom forordningen fra 1666 «Placat och Påbudh om Gamle Monumenter och Antikviteter i Rijket», senere avløst av kongelig forordning i 1867 som beskyttet fornminner. Danmark hadde kort tid en forordning i årene 1809–1811 hvor fornminner ble vernet, hvis de ble innrettet til Oldsagskommissionen.

I siste del av 1800-tallet økte interessen for fornminner i de fleste nordiske land gjennom etableringen av arkeologien som en vitenskapelig profesjon, noe som igjen fikk stor betydning for vernet. Frivillig vern fra en grunneier etter et besøk fra en konservator, eventuelt mot en liten betaling, ble nok den viktigste redning av mange gravhauger og bautasteiner de første tiårene.

Først i begynnelsen av 1900-tallet kom de første fornminnelover vedtatt av nasjonalforsamlingene. Pålegg og inngrep overfor private aktører måtte selvfølgelig ha hjemmel i lov. Fortidslevningloven i Norge kom allerede i 1905, med vern av fornminner fra før år 1537. Foranledningen var funnet av Osebergskipet fra vikingetiden i en gravhaug året før. Funnet av vikingskipet var særlig viktig for å løfte frem en egen norsk identitet i løsrivelsen fra Sverige.

Lovene som ga hjemmel til å frede bygninger kom langt senere. Også her var Norge tidlig ute gjennom bygningsfredningsloven av 1920. Etter riksantikvarens innstilling til den antikvariske bygningsnemnd kunne en bygning bli fredet uten at eieren ble involvert. Det var tilstrekkelig at kommunen ble hørt. Eierne fikk først underretning senere i forbindelse med tinglysing av fredningen.

Det var en felles nordisk forståelse den første tiden at en bygning måtte være minst 100 år for å ha antikvarisk verdi. De færreste av bygningsfredningene var omstridt. I alle nordiske land fredet man først de eldste og mest monumentale bygninger, særlig slott og store herregårder, ofte gått i arv i generasjoner. Eierne var som oftest godt bemidlet med tjenestefolk til å ta seg av vedlikehold og hadde ikke de største motforestillinger mot vernet. Senere har alle land forlatt «hundreårsgrensen», ikke minst gjennom erkjennelsen av arkitekturverdi som sidestilt kulturhistorisk verdi. Flere nyere bygninger har derfor også blitt fredet. Det kanskje mest kjente eksemplet i Norden er det nye operabygget i Oslo, stedet for vårt åpningsmøte. «Operaen» ble fredet av Riksantikvaren i 2012, bare fire år etter at bygget sto ferdig, som et uttrykk for arkitektur i verdensklasse. Hensikten med fredningen var særlig å sikre Operaens omgivelser i et område som er i sterk utvikling.

Kulturminnevern har både likheter og forskjeller med naturvernet. Begge sektorer har et ansvar for å sikre fysiske verdier for etterselekten. Det er i flere tilfeller vanskelig å skille hva som er naturbestemt og hva som er kulturbestemt, det som er skapt eller i det minste preget av mennesker. Naturvernlovgivningen i de nordiske land har da også i en stor grad vært brukt til å sikre kulturminner. Begge former for vern tar i stor grad sikte på å sikre det som er mest unikt og sjeldent.

Men kulturminnevernet blir på mange måter mer omfattende og verdibasert. Alt er jo kulturminner. Den norske kulturminneloven § 1 første ledd definerer kulturminner til «alle spor etter menneskelig virksomhet i vårt fysiske miljø». De færreste av dem er verneverdige, om det er sofaen i stuen, garasjen eller blomsterbedene i hagen. Hva er verneverdig, er et enkelt spørsmål å stille, men nesten umulig å besvare. Svaret avhenger ikke bare av noen utvalgte profesjoners fagkunnskap, men også av vårt syn på verdier og politikk. Kulturminnevern er også et politisk ansvarsfelt på linje med naturvern og kulturpolitikk.

Naturen uttrykker til gjengjeld mer objektive og fellesskapets ressurser, ofte relativt upåvirket av oss. Kulturminnene er til sammenligning mer private, ofte skapt av eierens forfedre, og av og til er de temmelig konfliktfylte. Den «vanskelige» historien kan også være verneverdig. Er det f. eks. riktig å frede et nazihovedkvarter fra andre verdenskrig, der flere nordmenn ble torturert, også for bedre å kunne fortelle om grusomheter i nær fortid?

I Norge har vi hatt en stor debatt om regjeringsbygningen Høyblokka – som ble utsatt for terrorangrep 22. juli 2011 – skal fredes eller rives. Før angrepet var alle enige om fredning. Bygningen var fremfor noen uttrykket for modernismen etter krigen. Her ble landet styrt i flere tiår, og bygningen var dekorert i betongveggen av de fremste samtidskunstnere med Pablo Picasso i spissen. Etter angrepet var det flere politikere som bare ville tenke nytt regjeringskvarter, og ikke bevare den bygningen som egentlig sto prøven mot bomben. Det som var et rent faglig tema, ble plutselig politikk, nå langt utenfor Riksantikvarens rekkevidde. Heldigvis vedtok regjeringen nå i mai å bevare Høyblokka.

Kulturminnelovene i de nordiske land er i liten grad omstridt. Dette er i stor grad lover for fagprofesjoner og offentlig forvaltning. De færreste setter spørsmålstegn ved at staten eller kommunene kan verne viktig kulturarv med hjemmel i lov. Forvaltningen av lovene kan derimot være mer kontroversiell, ikke minst når definisjonen av kulturminnene er så åpen og

omfattende. Eller for å si det direkte, hva slags kulturminnevern ønsker fagfolkene og våre politikere? Her handler det i stor grad om statens makt versus den enkelte borger, men også om hvilken rolle det regionale og lokale politiske nivå skal ha. Hva slags kulturminner bør vi verne, og i hvilken grad skal det legges vekt på eierens syn i vurderingen av fredning og omfanget av vernet? Bør staten i større grad følge det kommunale selvstyre og ikke gripe inn i kommunens arealdisponering, selv når nasjonalt viktige kulturminner er truet? Hvilke økonomiske fordeler bør følge med et vern? Her er det i alle fall i Norge en pågående debatt.

Jeg har en begrenset mulighet i dette referatet til å belyse alle spørsmål og legger også hovedvekten på de lovfredete forminner og vedtaksfredning av bygninger og områder. Vern av statlige kulturminner og kirker holder jeg utenfor.

Kulturminnevernet er jo normalt ikke akkurat juristenes «hjemmeområde», selv om det er de nordiske kulturminnelover som definerer, plasserer ansvar og gir hjemler til myndighetsutøvelse. Her råder til daglig først og fremst arkeologene, kunsthistorikerne, etnologene og arkitektene.

Domstolenes rolle i forhold til kulturminnevernet er i alle fall i Norge temmelig uprøvd mark. Her fremstår spørsmålet om rett til erstatning ved kulturminnevern som det mest fremtredende. Referatet legger størst vekt på dette temaet. Spørsmålet er ulikt regulert i de nordiske land. Et annet sentralt tema er om og i hvilken grad domstolene kan overprøve forvaltningens faglige vedtak, både fredningsvedtak, vedtak om dispensasjon og tilskudd?

3. Former for kulturminnevern

Kulturminner og kulturmiljøer i Norge kan sikres gjennom vern på fire forskjellige måter, lovbestemt direkte vern, lovhjemmel for kulturminneforvaltningen og kommunen til å beslutte fredning eller regulering til vern, ekspropriasjon og frivillig avtale om vern og /eller utbygging. I dette referatet tar jeg for meg to, statlig fredning og kommunalt vern. Avklaring av utbyggingsbehov tar jeg særskilt opp i avsnitt 4.

Den norske kulturminneloven § 4 bestemmer at alle synlige spor etter mennesker i vårt fysiske miljø (fast eiendom) fra før reformasjonen (før år 1537) er fredet ved lov. Tidligere het disse kulturminnene **forminner**, men en lovendring i 1992 innførte i stedet begrepet automatisk fredete kulturminner. Pedagogisk er det norske begrepet en utfordring. Kulturminnene burde nok heller ha fått betegnelsen «lovfredet» eller «legalfredet» kulturminne. I våre byer fra middelalderen er alle bygrunnområder som stammer fra middelalderen sammenhengende fredet. Det omfatter f. eks. middelalderparken i Gamlebyen i Oslo og mye av de nærliggende områder.

I de andre nordiske land begrenses ikke forminnene til tiden før reformasjonen, som i Norge, med et visst unntak for bygninger og rester av bygninger i Danmark. Sverige har en 1850-grense i den nye kulturmiljølagen, og Island har en 100-årsgrense. Årsaken til forskjellene er nok sammensatt. En forklaring kan være at Norge har hatt årstallet for reformasjonen uendret siden 1905 som grense for det som var lovbestemte forhistoriske kulturminner, mens begrepet har vært videre forstått eller utvidet med senere årsgrense i de andre nordiske land.

Det er kulturminneforvaltningen som avgjør hva som er fredet, ved registrering og eventuelt endelig av Riksantikvaren (etter delegering fra departementet) ved vedtak i tvilstilfelle, med «bindende virkning», jf. kulturminneloven § 4 siste ledd. Er kulturminnet «samisk», er det fredet når det er eldre enn 100 år. En slik flytende grense gir store utfordringer, da stadig nye

samiske kulturminner blir automatisk fredet, uten at de behøver å ha noen særlig kulturhistorisk verdi. Det er derfor aktuelt nå i Norge å «låse» de lovfredete samiske kulturminnene til en bestemt årsgrense.

Selv om øverste kulturminneforvaltning i norsk rett kan ta endelig stilling til om et kulturminne er fredet, avskjærer det ikke prøvelse for domstolene. Den danske museumslov § 29 x gir en generell rettslig adgang til prøvelse av spørsmål om tvist om fornminner. Etter svensk og finsk rett kan slike spørsmål også prøves for forvaltningsdomstolene.

En sikringssone på 5 meter rundt kulturminnet følger også med de norske fornminnene. I henhold til kulturminneloven § 19 kan dessuten Riksantikvaren ved vedtak frede område rundt disse kulturminnene for å beskytte dem.

Etter § 8 første ledd (ved søknad) eller fjerde ledd (ved ny reguleringsplan) kan det dispenseres fra fredningen. Over 95 % av disse søknadene innvilges, som oftest på vilkår om arkeologisk utgraving. Tiltakshaver må betale dette, hvis ikke tiltaket er mindre og privat, da dekkes det av kulturminneforvaltningen. Etter dansk rett må eier betale disse kostnadene, jfr. museumsloven (nr. 358 af 8. april 2014) § 29 j. I Sverige må også tiltakshaver betale som hovedregel, men ikke når fornminnet var ukjent, etter kulturmiljölagen 14 f §. Den finske lag om fornminner 15 § pålegger tiltakshaver kostnadene ved arkeologisk undersøkelse ved «allmänt eller större enskilt arbetsforetag».

I flere av våre middelalderbyer er utbyggingen tilpasset de fredete kulturlag i grunnen. Typisk er hustomten ikke gravet ut, men huset er fundamentert på søyler ned i grunnen for å redusere tiltaket i grunnen.

Alle norske **skipsvrak** som er eldre enn 100 år, på sjøbunn eller i fast grunn er vernet etter kulturminneloven § 14. Også denne «flytende» vernegrensen er nå under vurdering. Et aktuelt forslag er å definere grensen til utløpsåret for 1. verdenskrig, 1918.

Ønsker en tiltakshaver å bygge ut havneområder og tidligere havnegrunn må det foretas registrering etter slike kulturminner. Også her må tiltakshaver betale utgiftene til registrering og utgraving. I Bjørvika i Oslo er det de siste årene funnet en rekke vrak fra middelalderen opp til 1800-tallet i forbindelse med utbygging av Fjordbyen.

Danmark og Finland har også en hundreårsgrense for skipsfunn som er vernet. I Sverige er grensen for slike funn forlis før 1850. På Island er grensen for vern av skipsfunn, funn før år 1950.

I tillegg til middelalderbygningene er i Norge alle stående **bygninger** fra 1537-1649 fredet ved lov, når Riksantikvaren bekrefter alderen. For bygninger fra og med 1650 må fredning foretas med enkeltvedtak eller forskrift (statens bygninger). I dag bestemmer spesifikke fredningsbestemmelser graden av fredning og restriksjonsnivået. De tidligere gjennomførte fredninger bestemmer bare at eiendommen er fredet, og da har en særskilt gjennomgang av fredningssaken vært nødvendig for å fastsette hvilke bygninger fredningen omfattet.

Fredningen kan omfatte både eksteriør og interiør. Fast inventar er også med i fredningen, hvis ikke annet er fastsatt. Det omfatter ovner og fast integrerte møbler. I nyere fredninger er ofte området rundt bygningene fredet, typisk park/hage eller et særskilt område til vern for bygningene (§ 19). Større områder av nasjonal verdi kan også være fredet som kulturmiljø (§ 20), i dag åtte områder. Vern av bygninger i slike områder er bare eksteriørvern.

Kulturminneforvaltningen kan dispensere fra fredningen og innvilger normalt dispensasjon når inngrepet ikke er vesentlig og det er nødvendig for eiers videre bruk av eiendommen, typisk behov for nytt bad eller kjøkken. I noen tilfeller kan også tilbygg til fredet

bygning godtas. Fredning av en hel eiendom innebærer imidlertid normalt at eiendommen ikke kan bygges ut.

Det er Riksantikvaren som bestemmer fredning ved enkeltvedtak. Vilkåret er «kulturhistorisk eller arkitektonisk verdi», jfr. § 15 første ledd. I prinsippet kan domstolene nok også prøve subsumsjonen, jfr. Høyesteretts flertall i Rt. 1995 s. 1427 (Nysætervatnet og Hostadvatnet), hvor lovbegrepene «spesiell naturtype» og «skiller seg ut ved sin egenart» i den da gjeldende naturvernloven § 8 kunne prøves av domstolene. Men jeg tror bestemt at domstolene vil vike tilbake for å mene om noe er av kulturhistorisk verdi eller ei. Begrepene er her ennå løsere enn de vilkår etter daværende naturvernlov som var oppe til prøve i nevnte dom fra Høyesterett.

Vedtak om fredning kan etter klage overprøves av departementet. Terskelen for fredning er høy, og etter forvaltningspraksis må bygningen, anlegget eller området ha *nasjonal verdi*. En slik terskel kan domstolene neppe prøve. Det er imidlertid ikke utenkelig at domstolene vil kunne anse et fredningsvedtak som ugyldig, ut fra usaklig forskjellsbehandling, der forvaltningen i et enkelttilfelle avvek sin egen terskelforståelse, f. eks. der forvaltningen selv erkjente at kulturminnet ikke hadde nasjonal verdi, men allikevel ville frede det.

I Danmark er alle bygninger og rester av slike bygninger fra før 1536 fredet direkte ved lov. Ellers kan Kulturstyrelsen beslutte at bygninger eldre enn 50 år fredes (nyere bygninger må ha særskilte kvaliteter). I Sverige er alle bygninger før 1850 fredet i medhold av kulturmiljölagen. For kirkebygg er grensen kirker som er eldre enn år 1940. Ellers kan länsstyrelsen bestemme at «En byggnad som har ett synnerligen högt kulturhistorisk värde... får förklarar som byggnadsminne» (kulturmiljöbalken 3 kap 1 § første ledd). I Finland besluter de regionale NTM-centraler (Nærings-, trafik- og miljøcentraler) vern av bygninger. Vilkåret er at bygningen har «betydelse på det nationella planet, på landskapsplanet eller på lokalplanet» (Lag om skyddande av byggnadsarvet 8 §). Paragrafen angir deretter ulike kriterier («grunde») for slik betydning.

Felles for alle fredningsordninger i de nordiske land er at eier kan søke om tilskudd til istandsetting eller vedlikehold. Ingen lover gir noen rett til slik økonomisk støtte, de fleste lovene bestemmer at forvaltningen «kan» gi tilskudd. Her er det størrelsen på tilgjengelige tilskuddsmidler som er avgjørende for om støtte gis. Den finske lag om skyddande av byggnadsarvet 16 § første ledd tar til og med forbeholdet «inom ramen för stadsbudgeten».

Det norske Stortinget har lagt til grunn etter behandlingen av to stortingsmeldinger, nr. 16 (2004–2005) og nr. 35 (2012–2013), at alle private fredete hus skal være på et ordinært vedlikeholds nivå innen år 2020. Det er etablert et eget bevaringsprogram over statsbudsjettet med statlige bidrag til istandsettelse for å oppnå et vedlikeholds nivå. Det statlige bidraget, forutsatt årlig tilstrekkelig budsjettdekning, vil innebære at staten tar mellom 50 og 70 % av regningen for istandsettelsen, beregnet til et tilskuddsbehov på i gjennomsnitt 750 000 kroner. De statlige bevilgningene ligger allerede langt etter behovet. Ingen stortingsdokumenter gir imidlertid grunnlag for å hevde at dette er en rettighet for eieren, og jeg kan vanskelig se at en domstol kunne ilegge staten et ansvar, når regjeringen og Stortinget ikke følger opp tidligere vedtatt politisk målsetting med tilstrekkelig budsjettmidler.

Dispensasjon fra bygningsfredning omtales særlig i avsnitt 4 nedenfor.

De nordiske land har også ulike regler om skatte- og avgiftsfordeler for å motivere eiere av fredete kulturminner til godt vedlikehold. I Norge har eiere av kulturminner dessverre ingen ubetinget rett til skattefordel. Etter eiendomsskatte loven av 6. juni 1975 nr. 29 § 7 bokstav c kan riktignok kommunestyret fritta for eiendomsskatt etter søknad for «bygning som

har historisk verdi». I Danmark er derimot alle fredete bygninger fritatt for eiendomsskatt, jfr. Lov om kommunal eiendomsskat nr. 1104 af 22. august 2013. Dette er en fordel som har gjort at fredningsinstituttet i Danmark har stor oppslutning hos private eiere.

Ingen nordiske land har imidlertid hjemmel til fradrag i inntekts- eller formueskatt, der eieren forvalter en fredet eiendom. Mange fredete eiendommer har store arealer, hvor bruksarealet eller inntektsarealet er begrenset. På de fleste fredete herregårdene i Norden som er i bruk som bolig, bruker de fleste familier bare en begrenset del av boligen.

Island har imidlertid et midlertidig fritak for moms/merverdiavgiftsordning knyttet til istandsetting og vedlikehold av fredete hus. Ordningen ble innført under finanskrisen i 2009 for å stimulere til sysselsetting, og har foreløpig blitt videreført.

Kulturminneforvaltningen i de nordiske land har utover fredning og vern i stor grad kartlagt **viktige kulturmiljøer** og områder. Riksantikvarieämbetet i Sverige forvalter en liste over ca. 1700 områder med statlige riksinteresser for kulturmiljø. Denne oversikten er svært viktig for alle arealbruk i Sverige og har sin forankring i Miljøbalken del 3 og 4 og får dermed en rettslig betydning. I Norge har Riksantikvaren kartlagt ca. 230 områder i 75 byer og tettsteder som har nasjonale kulturminneinteresser, og direktoratet har påbegynt en kartlegging av kulturlandskap av slik verdi. Disse oversiktene er ment som et tidlig og tydelig innspill til regional- og lokalforvaltningens arealplaner (fylkesplaner, kommunalplaner/kommunedelplaner og reguleringsplaner) for best mulig å planlegge utvikling med hensyn til slike miljøverdier.

Det er kulturminneforvaltningens målsetting at kommunene gjennom **reguleringsplan** hjemlet i plan- og bygningsloven skal **verne** bygninger og områder som kan ha *nasjonal, regional eller lokal verdi*. Tidligere het dette regulering til bevaring, men er i dagens lov § 12-5 annet ledd nr. 5 benevnt som regulering med formål og hensynsone til bl.a. kulturminner og kulturmiljø.

Flere kommuner har også identifisert kommunens viktige kulturminner gjennom egne lister eller kulturminneplaner, f. eks. Oslo kommune med *Gul liste*, som omfatter ca. 15.000 eiendommer. Listen innebærer ikke noe formelt vern, men alle byggesaker vedrørende bygninger på listen må først forelegges byantikvaren til uttalelse før bygningsmyndighetene avgjør saken.

Norge har som de øvrige nordiske land en rekke kulturminner eller kulturmiljøer på **UNESCOs verdensarvliste**, som er opprettet på grunnlag av verdensarvkonvensjonen (Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, Paris 16. november 1972). For å oppnå denne statusen må kulturminnet ha *«outstanding universal value»* og være tilstrekkelig sikret, enten gjennom fredning eller regulering til vern. Verdensarvstatusen i seg selv gir ingen rettslig virkning. Alle verdensarvområder skal ha et kjerneområde og en buffersone. All utbygging i kjerne- og bufferområde i verdensarvområder blir nøye vurdert av Riksantikvaren med sikte på et nødvendig vern for å sikre verdensarvverdier.

Verdensarv og krav om erstatning etter vern har kommet opp i en høyesterettsavgjørelse, Rt. 1993 s. 1333 (Småsetran). Et svært viktig kulturhistorisk seterområde, rett utenfor Røros Bergstad, en by som kom på verdensarv-listen i 1980, ble regulert til bevaring av Miljøverndepartementet i statlig plan til bevaring etter dagjeldende plan- og bygningslov. Kommunen hadde tillatt boligbygging i en tidligere reguleringsplan. Høyesterett viste til at Riksantikvaren hadde protestert mot utbygging siden 1974. Eierne fikk ikke tilkjent erstatning.

Utbyggingstiltak som berører et verdensarvområde kan medføre at verdensarvstatus fratras. Det skjedde med Dresden i Tyskland for noen år siden. En ny vegbru over den historisk

viktige elven i byen, gjorde at byen mistet plassen på verdensarvlisten. I Sverige og Norge har problemstillingen kommet opp i Stockholm i forbindelse med planer om vegprosjektet «Förbifart Stockholm» ved slottet Drottningholm og anlegg av bytrikktrasé foran Bryggen i Bergen.

4. Avklaring av utbyggingsinteresser versus vern

Avklaring av utbyggingsinteresser skjer normalt på **forhånd** gjennom godkjenning av arealplan; kommuneplanens arealdel eller reguleringsplan. Her vil planen gi bestemte rammer for utbygging, fastleggelse av infrastruktur og fellesområder, typisk friareal.

Hvis kulturminnemyndighetene mener at planen er i strid med nasjonale kulturminneinteresser (eller for fylkeskommunene også vesentlige regionale interesser), kan de reise *innsigelse* til planen under planprosessen. Hvis ikke enighet oppnås under mekling, avgjør Kommunal- og moderniseringsdepartementet (tidligere Miljøverndepartementet) arealkonflikten.

Endelig stadfestet arealplan innebærer at utbygging i henhold til planen kan foretas, selv om tiltaket ødelegger eller kommer i konflikt med kjente fredete kulturminner. I forhold til de kjente automatisk fredete kulturminner (forminner) vil planen «overkjøre» disse. Som oftest vil det være satt krav om at tiltakshaver må bekoste utgraving.

Et særlig problemområde er kulturminner som oppdages etter at planen er vedtatt. Det kan være ukjente kulturminner som identifiseres først når tiltaket igangsettes eller kulturminner som egentlig har vært kjent, men som har «glippet» ut i forbindelse med saksbehandlingen. Her er det vanskelig å angi noen bastant løsning. Feilen kan være begått av kulturminnemyndighetene eller av planmyndighetene. Skyldes svikten kulturminneforvaltningen selv, må det veiledende synspunkt være identifikasjon og kulturminnet «taper». Hvis det derimot er planmyndighetene som kan bebreides, bør hensynet til kulturminnene normalt gå foran eier eller utbyggers interesse. Er ingen å bebreide, vil normalt kulturminnet fortsatt være vernet.

Også et vedtak om fredning kan avklare utbyggingsinteresser. Fredningsbestemmelsene kan på forhånd bestemme om bygningen kan endres, f. eks. påbygges eller at deler av tomten kan bygges ut.

Eierens behov for å få avklart mulighet til utbygging av eiendom som er fredet etter kulturminneloven eller vernet etter plan- og bygningsloven, følger ulike dispensasjonsbestemmelser i loven. Slik avklaring skjer normalt **i ettertid**, etter at vernet er fastlagt. Den typiske situasjon er således at eier søker om dispensasjon for vernet i forbindelse med en konkret utbyggingsøknad. Det kan være søknad om bygging av ny bolig på boligeiendom med registrerte automatisk fredete kulturminner, f. eks. en gravhaug. I noen tilfeller kan loven gi bestemte rammer for dispensasjonsmyndigheten. Både plan- og bygningsloven og kulturminneloven setter rammer for når dispensasjon kan gis. Begge lover angir en «vesentlighetstærskel». Plan- og bygningsloven angir at dispensasjon ikke kan gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra eller hensynene i lovens formålsbestemmelse blir *vesentlig* tilsidesatt (§ 19-2 annet ledd). Kulturminneloven åpner i særlige tilfelle for å gi dispensasjon i forhold til fredet byggverk, dersom tiltaket ikke medfører *vesentlige* inngrep i det fredete kulturminnet (§ 15 a første ledd). Blir dispensasjon nektet fordi forvaltningen anser at tiltaket medfører et «vesentlig» inngrep, kan nok domstolene prøve om dette er tilfellet. For automatisk fredete kulturminner gjelder derimot ikke en slik «vesentlighetstærskel» eller andre lovbestemte vilkår dispensasjon. Domstolskontroll i Norge synes dermed vanskelig på dette punktet.

Avklaring kan i prinsippet også skje gjennom **opphaving** av fredningsvedtaket. Tunge samfunnsmessige behov kan i noen tilfeller veie tyngre enn vern. Et alternativ kan være at kulturminnet blir flyttet. Det har vært problemstillingen i Sverige for flere fredete bygninger i gruvebyen Kiruna. Store malmførekomster under byens kjerne og hensyn til arbeidsplassene gjorde at kulturminnene måtte vike. Den svenske kulturmiljölagen (1988: 950) 15 § første ledd har en egen bestemmelse om opphevelse der fredningen «medför hinder, olägenhet eller kostnad som inte står i rimeligt förhållande till dess betydelse».

Saken om Munch-museets plassering nær middelalderparken i Oslo, reiser den sentrale problemstilling om vernemyndighetene kan hindre en utbygging av hensyn til kulturminner **etter** at kulturminneinteressene er avklart i arealsaken. Utbyggingen i Bjørvika i Oslo – og konfliktene med middelalderparken – var i utgangspunktet klarert i forbindelse med stadfestet reguleringsplan i 2004, hvor Miljøverndepartementet i begrenset grad hadde fulgt Riksantikvarens innsigelse. Departementet forutsatte imidlertid i sin avgjørelse at Riksantikvaren hadde anledning til å vurdere den kommende detaljregulering i planen. I forbindelse med Munch-museets plassering reiste Riksantikvaren høsten 2013 en innsigelse til detaljreguleringsplanen som regulerte bl.a. bredden på siktsone mellom middelalder- ruinene og fjorden. Innsigelsen ble imidlertid trukket da andre elementer i detaljreguleringen forbedret utbyggingen i forhold til ruin-området.

En sentral problemstilling er om kulturminnemyndighetene kan bruke særlovgivningen, kulturminneloven, til å frede kulturminner, selv om forholdet til disse er avklart gjennom plan. Problemstillingen er særlig aktuell i forhold til eldre reguleringsplaner, der utbyggingen i henhold til plan av ulike grunner ikke er realisert. Synet på kulturminnet kan i mellomtiden ha blitt skjerpet og gjøre at forvaltningen likevel tar opp spørsmålet om fredning.

Etter gjeldende norsk rett vil et slikt vedtak om vern etter kulturminneloven gjelde foran et eldre planvedtak etter den alminnelige plan- og bygningslov. Saksbehandlingsreglene for en ordinær fredningsprosess svarer i hovedsak til de reglene som gjelder for vedtakelse av reguleringsplan, og fredningsvedtaket vil ha store likhetspunkter med reguleringsplan. Jeg forutsetter selvfølgelig at vedtaket etter kulturminneloven ikke er ugyldig pga. saksbehandlingsfeil eller myndighetsmisbruk. Spørsmålet blir derfor mer et erstatningsrettslig spørsmål.

5. Kulturminnevern og erstatning – noen lovbestemte utgangspunkter i Norge og øvrige nordiske land

Det er en bred forståelse for at det offentlige avgjør arealbruken i samfunnet. Heller ikke i middelalderen kunne en grunneier i byområder bestemme fritt over hvor og hva slags bygning som kunne oppføres.

Spillereglene for arealdisponering og byggevirksomhet er i *Norge* samlet i plan- og bygningsloven, nå lov 27. juni 2008 nr. 71. Eieren er bundet av vedtatt og endelig reguleringsplan. I reguleringsplanen kan kommunen fastlegge arealbruken, også ut fra hensynet til å bevare kulturminner. Så lenge en eier ikke har fått endelig rammetillatelse i tråd med planen, kan kommunen fritt regulere eller omregulere. I enkelte tilfeller vil kommunen kunne pådra seg erstatningsansvar for dekning av påløpte prosjekteringskostnader ved urealiserte prosjekter (jfr. Rt. 1994 s. 813, der det riktignok ikke ble gitt erstatning).

Flere typer kulturminner er fredet eller vernet direkte gjennom lov 9. juni 1978 nr.

50 om kulturminner (kulturminneloven). Loven hjemler i tillegg ulike typer fredningsvedtak for faste kulturminner og i noen tilfeller også for løst inventar i tilknytning til fredning av fast eiendom (se avsnitt 3 ovenfor).

Det avgjørende og sentrale spørsmål er om vern eller fredning ut fra kulturminneinteresser utløser en erstatningsplikt for det offentlige. Det aktuelle tapet er typisk knyttet til tapt ombyggingsmulighet - eller utbyggingsinteresse (typisk huset på tomten kan allikevel ikke rives og erstattes med tettbebyggelse) eventuelt tapte investeringer eller økte kostnader.

Spørsmålet er om erstatningsplikt følger lov eller kan følge av alminnelige rettsgrunnsetninger.

Den norske plan- og bygningsloven har en bestemmelse i § 15-3 første ledd om erstatning ved regulering av ubebygde tomt. Vilkåret er at eiendommen blir ødelagt som tomtegrunn eller at den heller ikke kan utnyttes på annen regningsssvarende måte. Er eiendommen bebygget, og den reguleres til vern gjennom hensynssone, er det de ulovfestede prinsipper om erstatning etter alminnelige rettsgrunnsetninger som gjelder.

Særloven for kulturminnevern i Norge, kulturminneloven har ingen bestemmelser om erstatning ved fredning av kulturminner, annet enn en bestemmelse om forhåndsskjønn i § 26 om mulig erstatningsplikt ved områdefredning etter § 19 (områdevern rundt et fredet kulturminne) og § 20 (kulturmiljøfredning). Den norske loven legger altså opp til at fredning av et kulturminne i seg selv *ikke* utløser erstatning etter lovbestemte regler. I avsnitt 6 kommer jeg tilbake til erstatning i Norge etter alminnelige rettsgrunnsetninger og første tilleggsprotokoll til EMK.

Situasjonen ved vern av naturområder er noe annerledes. Her gir naturmangfoldloven, lov 19. juni 2009 nr. 100 § 50 første ledd, erstatning hvis vernet medfører «vanskeliggjøring av igangværende bruk». Bestemmelsen avløser det tidligere lovbestemte system i naturvernloven som bare ga en lovregulert erstatningsmulighet til de minste verneområdene med de antatt strengeste restriksjonene, som naturminne og naturreservat (ikke landskapsvernområde og nasjonalpark).

I *Danmark* medfører verken lovens vern av fornminner i museumsloven eller fredning av bygninger og anlegg, Lov om bygningsfredning og bevaring af bygninger og bygningsmiljøer (nr. 685 af 9. juni 2011), noen generell rett til erstatning. Men bygningsfredningsloven § 12 har bestemmelser om at eier kan forlange at en fredet bygning blir overtatt av staten mot erstatning, der eiers ønske om rivning av bygningen nektes. Overtakelsesplikten etter bestemmelsens stk. 2 inntre bare dersom «der er et væsentlig misforhold mellem ejendommens afkastningsgrad og afkastningsgraden for ejendomme med en lignende beliggenhed og benyttelse». Kulturarvstyrelsen har opplyst at de har hatt to saker til behandling i nyere tid. I begge tilfelle ble overtakelsesplikt for staten nektet, da eieren hadde kjøpt eiendommen etter fredningen. I henhold til museumsloven § 27, stk. 7 og § 29 stk. 3 kan grunneier få erstatning for tap ved ikke å kunne fortsette «hidtidig drift», mens arkeologiske undersøkelser pågår. Etter lovens § 27 stk. 8 er det hjemmel til myndighetene å ekspropriere et fornminne og området rundt, hvis en ønsker å bevare dette.

I *Sverige* gir kulturmiljöbalken (1988: 950) 3 kap. 10 § første ledd rett til erstatning der «skyddsåtgärder 1. utgör hinder för rivning av en byggnad och skaden därav är betydande i förhållande till värdet av berörd del av fastigheten, eller 2. på annat sätt innebär att pågående markanvändning avsevärt försvåras inom berörd del av fastigheten». Etter svensk forvaltningspraksis freder ikke kulturminneforvaltningen (les länsstyrelsen) eiendom der eier

motsetter seg fredningen. Erstatningsbestemmelsen har derfor liten praktisk betydning. Det siste alternativet gir også rett til erstatning ved fredning av kulturresevat etter miljøbalken (1998: 808). Her følger erstatningsreglene de regler som gjelder fredning av naturreservat. Ved forninner gis det ikke rett til erstatning. Eier må også bekoste utgiftene ved arkeologisk utgraving der det dispenseres fra fredningen.

I *Finland* gir lag om bygnadsarvet (4.6.2010/498) 13 § første ledd rett til erstatning ved «betydande skade eller olägenhet for byggnadens ägare». I forhold til forninner bestemmer lag om fornminnen (17.6.1963/295) 7 § rett til erstatning der det er fastsatt et «skyddsområde» som volder «betydande olägenhet vid nyttjandet av fastighet».

På *Island* kan eier i henhold til kulturminneloven (80/2012) § 53 fremme krav om erstatning, både ved forninner som hindrer utbygging, og ved fredning av hus. Hvis ikke enighet oppnås, skal saken løses etter reglene om ekspropriasjon. Forninner er i loven definert slik at det omfatter arkeologiske kulturminner, ruiner og bygninger som er eldre enn 100 år.

6. Erstatning i Norge etter alminnelige rettsgrunnsetninger

Etter norsk rettspraksis har det så langt ikke vært gitt erstatning ved vern av kulturminner, verken ved regulering etter plan- og bygningsloven eller fredning etter kulturminneloven, se særlig Rt. 1963 s. 146 (vern av areal ved gravfelt), 1993 s. 1333 (Småsetran) og 1998 s. 1140 (Nedre Foss). Like fullt er det antatt at erstatning ikke er helt utelukket. Det må i så fall avgjøres etter en *helsevurdering og interesseavveining*, hvor en tar særlig utgangspunkt i hva slags interesser på eiers hånd som kan være beskyttelsesverdige. Her vil ofte eiers berettigede forventninger ha betydning, med andre ord hva kunne han med rimelighet ha innrettet seg på. I erstatningsretten er det nok et visst skille om vernet medfører restriksjoner for nåværende eller ny bruk, jfr. prinsippet i naturmangfoldloven § 50 første ledd. Men en rekke andre forhold kan også være relevante. Uansett vil jeg anta at det må helt særegne forhold til som er så inngripende i forhold til eiers rådighet, at det ville være sterkt urimelig å nekte erstatning.

Spørsmål om erstatning kan komme opp i særlig to tilfeller, først og fremst der vernet etableres, men også der dispensasjon fra fredningen nektes. Tapet kan i så fall knytte seg til tapt fortjeneste ved om- eller utbygging av eiendommen eller tapte investeringskostnader.

Utgangspunktet for vurderingen må for det første være *omfanget av fredningen*, herunder graden av restriksjoner. Er hele eiendommen eller en boligeiendom fredet, utvendig med uteareal og innvendig med så sterk regulering av eiers bruk av eiendommen kan erstatning likevel tenkes. Der fredningen går langt inn i den private sfære, med vern av faste interiører og «større løst inventar», som kulturminneloven § 15 første ledd, annet punktum hjemler i særlige tilfelle, kan det tenkes at erstatningsplikt utløses, f. eks. der fredningen også omfatter svært verdifull kunst i et privat hjem.

Noen ganger er kunst integrert i bygningen/anlegget slik at det må sees som interiør eller fast inventar som inngår i fredningen. Det er f. eks. startet fredningssak av den såkalte Freia-salen til den tidligere sjokoladefabrikken Freia i Oslo. Edvard Munch har dekorert salen som var arbeidernes spiserom med tolv store malerier som er en integrert del av dette rommet. Fredning medfører at inventaret ikke kan flyttes ut av rommet eller langt mindre avhendes og flyttes.

Registrering av automatiske fredete kulturminner (forninner) på en eiendom kan vanskelig sies å tilfredsstillere vesentlighetskravet. Grunneieren har neppe noen forventning til

utbygging når slike kulturminner i lang tid har vært fredet direkte ved lov, selv om han har manglet kunnskap om dem.

Vedtak om en svært omfattende vernesone rundt slike kulturminner eller fredete bygninger eller anlegg kan i spesielle tilfeller derimot tenkes å utløse erstatningsplikt, jf. kulturminneloven § 19 med åpning for forhåndsskjønn for å få avklart spørsmålet om erstatningsplikt

Kulturminnets verdi og betydning får selvfølgelig stor betydning i interesseavveiningen. Et helt unikt kulturminne som det ikke finnes andre eksempler på vil selvfølgelig veie meget tungt. Vernemyndighetenes syn vil normalt bli lagt til grunn. Domstolene vil neppe overprøve tunge faglige vurderinger, så fremt det ikke er rimelig klart at vurderingene er gjort på et feilaktig grunnlag.

Flere andre forhold får betydning i denne avveiningen. Begrensninger i eksisterende bruk veier klart tyngre enn begrensninger i fremtidig bruk, jf. det nye prinsippet i naturmangfoldloven § 50 første ledd.

En tenkt konflikt mellom ulike offentlige samfunnshensyn, som «lammer» bruken av en fredet bygning, kan i det ytterste tilfelle utløse rett til erstatning. Pålegger f. eks. brannvesenet særskilte tiltak i fredet bygning for videre å tillate beboelse i bygningen, kan nektelse av tiltakene fra kulturminneforvaltningens side fordi de griper for mye inn i kulturhistoriske verdier, som igjen medfører bruksforbud, være erstatningsbetingende.

La meg illustrere spørsmålet om erstatning med en rettslig konflikt, også i tilslutning til den store norske maler Edvard Munch. Denne gangen var det ikke et museum til Munchs kunst som var utfordringen, eller fredning av noen av hans kunstverk «på veggen», men planer om utbygging rundt hans atelier på Ekely i Oslo vest. Saken illustrerer temaet vårt, både om saksbehandlingen frem til endelig fredning og om erstatningsspørsmålet:

Et eiendomsutviklingsfirma kjøpte i 1978 en tomt på noe under 8 dekar rett ved siden av Munchs tidligere eiendom, der både atelieret og de såkalte kunstnerboligene som senere ble bygget, hadde høy verneverdi. En reguleringsplan fra 1983 og en senere bebyggelsesplan fra 1991 tillot bygging av tre terrasseblokker på tomten med i alt 64 leiligheter. Riksantikvaren reiste innsigelse mot bebyggelsesplanen, da blokkene ville ligge rett i siktlinjen for kulturminnene, men Miljøverndepartementet stadfestet allikevel planen. Riksantikvaren vedtok deretter i 1991 en midlertidig områdefredning av tre dekar av tomten. Utbygger klaget over vedtaket, men fikk ikke medhold av departementet (til tross for at departementet rett før hadde stadfestet bebyggelsesplanen). Endelig fredningsvedtak forelå først i 1997. Heller ikke klage over dette vedtak ført frem hos departementet.

Eiendomsfirmaet fikk ikke medhold i Borgarting lagmannsrett i sitt krav om erstatning. Lagmannsretten viste til at Riksantikvaren hele tiden hadde protestert mot utbyggingen og at eiendomsselskapet måtte være forberedt på at det kunne bli fredning. Retten påpekte at eiendomsselskapet kunne ha bygget ut resttomten på 5 dekar med to blokker. Det gjorde ikke selskapet, og i mellomtiden tapte selskapet også denne muligheten, da kommunen vedtok ny reguleringsplan i 2005 som utla hele arealet til friareal (Borgarting lagmannsretts dom i RG 2009 s. 620).

Europarådets menneskerettskonvensjon (EMK) har ikke bestemmelser som direkte beskytter eiendomsretten, men **første tilleggsprotokoll av 1. mars 1953 art. 1** om ekspropriasjonserstatning kan ha en viss betydning. Flere avgjørelser i Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har fastslått krenkelse og erstatning der en eier over mange år har måtte leve i usikkerhet om deres eiendoms status, se f. eks. Sporrong og Lönnroth

mot Sverige fra 1982 (Serie A nr. 52). Her hadde eiendommer midt i Stockholms sentrum vært underlagt et statlig byggeforbud i hhv. 23 og 8 år. Det var den lange båndleggelsen som medførte krenkelsen og ga grunnlag for erstatning.

Artikkelen har ikke kommet til anvendelse i norsk Høyesterett. Bestemmelsen ble imidlertid påberopt i Rt. 2008 s. 1747, hvor et amerikansk oljeselskap ikke fikk erstatning etter fredning av et naturreservat på øya Hopen, som er en del av Svalbard, til tross at selskapet rett før fredningen hadde fått utmål på prøveboringer. EMD har riktignok i en norsk sak anvendt bestemmelsen, men det gjaldt et annet forhold, tomtefeste («arrende»), jfr. Lindheim m.fl. mot Norge (2012).

EMKs første tilleggsprotokoll vil derfor først og fremst få betydning der saksbehandlingen trekker ut på en uforsvarlig måte og eier må leve med en uavklart båndleggelse i mange år.

7. Teser til debatt

Nordisk kulturminnelovgivning reiser mange juridiske og rettspolitiske spørsmål. Jeg må begrense mine teser til et lite utvalg av problemstillinger. Ulikheten i lovgivning knytter seg åpenbart til ulike tradisjoner. I Sverige og Finland spiller forvaltningsdomstolene en sentral rolle i å etterprøve eller overprøve miljø- og kulturminneforvaltningen vedtak. Jeg reiser disse teser eller spørsmål:

Tese 1: Domstolene er lite egnet til å prøve det kulturminnefaglige skjønnet i forvaltningen, der lovgivningen ikke oppstiller bestemte kriterier for skjønnet.

Tese 2: Selv om kulturarven i Norden har store likhetstrekk, synes lovgivningen i landene å være for preget av tilfeldige forskjeller.

Tese 3: Er vern av interiør i en bolig et overgrep i forhold til den private eiendomsrett og sfære?

Tese 4: Eiere av fredete kulturminner har større plikter enn rettigheter.

Tese 5: Bør det utarbeides felles prinsipper for erstatning ved vern av kulturminner i Norden?

Erstatning for rene økonomiske skader

Professor *Torsten Iversen*, Danmark

Erstatning for rene økonomiske skader

Professor *Torsten Iversen*, Danmark

Emnet for det følgende er, i hvilket omfang der uden for kontraktsforhold (bør) tilkendes erstatning for ren økonomisk skade. Et af spørgsmålene er, om den almindelige culparegel også er anvendelig på ren økonomisk skade.

1. Begrebet »ren økonomisk skade«

Fysiske skader på person eller ting betegnes traditionelt som *integritetskrænkelser*, og de økonomiske skader, der opstår i tilknytning hertil, kaldes oftest for *følgeskader* (»*consequential loss*«). Med »ren økonomisk skade« (»*pure economic loss*«) sigter man derimod til økonomisk skade, som *ikke* står i sammenhæng med fysiske person- eller tingsskader.

Økonomiske skader står i modsætning til ikke-økonomisk eller ideel skade, som senest var genstand for drøftelser ved Det 32. Nordiske Juristmøde i Reykjavik 1990, og som ikke vil blive behandlet her.

Begrebet ren økonomisk skade – i dansk ret også jævnlig betegnet som »almindelig formueskade« – anvendes i læren om erstatningsansvar uden for kontraktsforhold, hvor integritetskrænkelserne og følgeskaderne dominerer billedet (i hvert fald antalsmæssigt), og hvor de almindelige formueskader ofte har ført en skyggetilværelse (i hvert fald i lærebogsfremstillingerne). Det er kun i deliktserstatningsretten, at den rene økonomiske skade udgør et problem; i kontraktserstatningsretten hører denne skadestype til dagens orden.

Den nøjagtige afgrænsning af begrebet *integritetskrænkelse* kan diskuteres. I det følgende forstås ved en integritetskrænkelse enhver fysisk skade på en person eller ting, hvad enten skaden er hidført med fysiske midler eller ej

Også afgrænsningen af begrebet ren økonomisk skade kan diskuteres. Såkalde »tredjemandsskader«, dvs. formueskader, der rammer tredjemand som følge af den integritetsskade, der direkte er påført skadelidte, anses vistnok principielt for at være omfattet af begrebet. Ofte behandles disse tilfælde dog selvstændigt, f.eks. under overskriften »indirekte skadelidte«.¹

Begrebet ren økonomisk skade grænser også op til de spørgsmål, man i ældre tid behandlede under overskriften »obligatoriske kravs retsværn«, altså f.eks. om A, der har en kontrakt med B, kan kræve erstatning af C, dersom denne tilskynder B til at bryde kontrakten med A.²

Endelig kan en række af de omhandlede problemer behandles under overskriften »springende regres« eller »direkte krav«, f.eks. hvor spørgsmålet er, om en kontrahent kan rette et erstatningskrav mod sin medkontrahents hjemmelsmand i anledning af mangler ved ydelsen.³

1 Se f.eks. *Jan Hellner* i SvJT 1969 s. 322 ff. og *Håkan Andersson*: Trepartsrelationer i skadestandsrätten (1997).

2 Se f.eks. *Henry Ussing*: Obligationsretten. Almindelig del, 4. udg. ved Anders Vinding Kruse (1967) s. 439 ff., *Viggo Hagstrøm*: Fra erstatningsrettens grenseland: Ansvar for angreb på kontraktsforhold, i Nybrott og Odling, Festskrift til Nils Nygaard (2002) s. 103 ff. og *Marcus Norrgård*: Avtalsinnegrep (2006).

3 Se f.eks. *Laila Zackariasson*: Direktkrav (1999), *Vibe Ulfbeck*: Kontraktens relativitet (2000) og *Amund Bjøranger Torum*: Direktkrav (2007).

Den følgende fremstilling kan ikke give nogen udtømmende redegørelse for emnet *ren økonomisk skade*. Dertil er emnet for omfattende, og den tilmålte plads for beskeden. Der kan dog gives en præsentation af baggrunden/det bagvedliggende problem (nedenfor under 2), et kort historisk rids (nedenfor under 3), et komparativt udblik (nedenfor under 4) og en oversigt over erstatning for almindelig formueskade efter gældende dansk ret (nedenfor under 5), førend det legislative hovedproblem tages op til drøftelse. Dette hovedproblem kan formuleres således: »Er det anbefalelsesværdigt at beholde/indføre en lovregel, der som hovedregel udelukker krav på erstatning for almindelig formueskade uden for kontraktsforhold?« (nedenfor under 6). Fremstillingen afsluttes med en kort omtale af nogle sonderinger efter skadens art i og uden for erstatningsretten (nedenfor i afsnit 7) og en opstilling af nogle teser (nedenfor i afsnit 8), der forhåbentlig vil kunne ansøre til diskussion.

2. Baggrunden: problemet med at begrænse erstatningsansvaret

Problemet med en almindelig erstatningsregel er, at den skal være vidtgående nok til at sikre tryghed for dem, der kommer til skade som følge af andres handlinger, men ikke så vidtgående, at den indebærer utryghed for alle, derved at de bestandig må frygte at blive pålagt erstatningsansvar for skadesforvoldelse. Denne balance kan søges opnået med en hovedregel, der kun pålægger ansvar for skyld, dvs. for uagtsomme handlinger eller undladelser, således som det er tilfældet med *culpareglen*. (Strengere ansvarsregler kan dog selvsagt være nødvendige på visse områder).

En hovedregel om, at der kræves culpa for at pålægge erstatningsansvar, er ikke det eneste, der begrænser erstatningsansvaret. Andre begrænsninger følger blandt andet af reglerne om skadelidtes medvirken (egen skyld), af betingelsen om adækvat kausalitet og af synspunkter om *Schutzzweck* eller *normskydd*.

Disse begrænsninger i det almindelige erstatningsansvar er næppe tilstrækkelige, når det gælder ren økonomisk skade uden for kontraktsforhold. Der gøres i forskellige retsordninger andre forsøg på at begrænse erstatningsansvaret, f.eks. således at kun bestemte retsgoder eller interesser er værnet ved erstatningsreglerne, at kun direkte skadelidte kan fremsætte erstatningskrav osv.

Et særligt problem med den rene økonomiske skade er, at retsordenen anerkender, at endog forsættelig tilføjelse af en sådan skade langt fra altid begrunder erstatningspligt: En erhvervsdrivende kan eksempelvis ansvarsfrit udkonkurrere en anden (så længe midlerne ikke er ulovlige), og en retsforfølgende kreditor i ond tro kan ansvarsfrit fortrænge andres ubeskyttede tinglige rettigheder ved at foretage udlæg eller indgive konkursbegæring. End ikke direkte skadeshensigt kan i sådanne tilfælde begrunde erstatningsansvar.

3. Retshistorisk rids: det romerretlige udgangspunkt

Romerretten var som bekendt baseret på forskellige processuelle regelgrundlag for at fremføre krav (søgsmålsgrunde), *actiones*, og ikke, som vore retssystemer, på materielle rettigheder.⁴

⁴ Jf. f.eks. *Stig Inul*: Romersk Formueret (1942) s. 47 ff. og *Erik Anners*: Den europæiske rettens historie (1983) s. 54 ff.

Den vigtigste søgsmålsgrund inden for det erstatningsretlige område var utvivlsomt den, der grundede sig på *lex Aquilia* fra omkring år 300 f.Kr.⁵ *Actio legis Aquiliae* var en strafferetsklage.⁶ Grundbetingelsen var, at der forelå *injuria* fra skadevolderens side, og dette udlagdes allerede på Republikkens tid som et krav om, at der skulle foreligge *culpa*.⁷

Anvendelsesområdet for *lex Aquilia* var begrænset til tingsskader forvoldt på bestemte måder, men blev i forskellige henseender udvidet, ved at prætor indrømmede sagsøgeren en *actio utilis* eller *actio in factum*.⁸ *Lex Aquilia* var derimod ikke anvendelig på »anden Formuebeskadigelse«. ⁹ Først på Justinians tid anerkendte man, at helbredelsesomkostninger forvoldt ved skade på frie personer kunne kræves erstattet.

Allerede i klassisk tid (men dog først ca. 200 år efter *lex Aquilia*) indførtes *actiones* vedrørende ansvar for almindelig formueskade, nemlig *actio quod metus causa* (om tvang) fra omkring år 80 f.Kr. og *actio doli* (om svig) fra år 66 f.Kr.¹⁰ *Jul. Lassen* sammenfatter romerrettens udvikling på erstatningsrettens område med følgende ord: »Resultatet er altsaa blevet, at al doløs Formueskade erstattes, medens som almindelig regel alene Tingsbeskadigelsen [...] ogsaa paadrager Erstatningspligt, naar den kun er kulpøs«. ¹¹

4. Komparativt udblik

Vender vi først blikket mod os selv i Norden, vil vi straks opdage, at der findes to grundlæggende forskellige måder at behandle ren økonomisk skade på. På den ene side den svensk-finske, hvor loven synes at opstille en generel begrænsning for så vidt angår erstatningskrav for ren økonomisk skade. På den anden side den dansk-norsk-islandske, hvor en sådan legal begrænsning er ukendt.

I Sverige indeholder skadeståndslagen (SkL) i 1. kap. 2 § sålydende legaldefinition på ren økonomisk skade:

»Med ren förmögenhetsskada förstås i denna lag sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada«.

Den svenske skadeståndslag fra 1972 (1972:207) indeholdt sålydende bestemmelse i 2 kap. 4 §:

»Den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan enligt vad i 1-3 §§ är föreskrivet i fråga om person- och sakskada«.

Ved lov 2001:732 blev de udhævede ord fjernet, og bestemmelsen flyttet fra 2 kap. 4 § til

5 Jf. *Iul.* s. 83. *Max Kaser*: Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht. (Handbuch der Altertumswissenschaft, X. Abteilung, Rechtsgeschichte des Altertums), 2. udg. (1971) s. 161 (§ 49, IV, 2) tidfæster *lex Aquilia* til 286 f.Kr. – med forbeholdet »vermutlich«.

6 Jf. *Iul.* s. 84.

7 Jf. *Iul.* s. 84.

8 Jf. *Iul.* s. 84, jf. s. 55, *Anners* s. 58 og s. 60, *Jul. Lassen*: RR s. 568 og *Kaser* s. 621 (§ 144, III, 1).

9 Jf. *Jul. Lassen*: RR s. 568.

10 Jf. *Iul.* s. 85 og *Kaser* s. 244 (§ 59, III, 2b) og s. 246 (§ 59, IV, 1).

11 Jf. *Jul. Lassen*: RR s. 573.

2. kap. 2 §. Motiverne til lovændringen findes i prop. 2000/01:68, der blot udtaler følgende: »Paragrafen har i sak oförändrad förts över från 2 kap. 4 §«.

Denne lakoniske motivudtalelse er bemærkelsesværdig i betragtning af, at *Jan Kleineman* i mellemtiden havde udgivet den hidtil mest omfattende undersøgelse af ansvaret for almindelig formueskade i Norden.¹² På baggrund af bl.a. komparative studier plæderede forfatteren for, at den svenske *spärregel* skulle ophæves.¹³

Retsstillingen i Sverige svarer dog næppe til lovens ord. Af motiverne til den oprindelige bestemmelse fremgik, at der ikke skulle slutes modsætningsvis fra bestemmelsen om, at der var erstatningsansvar for ren økonomisk skade forvoldt ved en strafbar gerning.¹⁴ Det tilføjedes, at spørgsmålet om erstatning for almindelig formueskade »som hittils [lämnas] till avgörande i rättstillämpningen«.¹⁵ Lovordene kan heller ikke tages efter pålydende i den forstand, at der *altid* kan pålægges erstatningsansvar i anledning af lovbrud. Der må ses på lovbestemmelsens formål (*Normzweck*): En købmand, der påfører sine konkurrenter et næringstab ved at sælge indsmuglede varer urimelig billigt, antages således ikke at kunne pålægges ansvar for dette tab.¹⁶ Et nyere eksempel er NJA 2001.627 H, der afviste at pålægge to mindreårige, der havde indtelefoneret bombetrusler, erstatningsansvar for politiets merudgifter i denne anledning.¹⁷

Virkingen af *spärreglen* har måske især været at afskære udvikling af tendenser i ældre retspraksis i retning af ansvar for almindelig formueskade¹⁸ og at bidrage til udvidelse af begrebet tingsskade og begrebet kontraktsforhold for på den måde at komme uden om reglen.¹⁹ Generelt forekommer svensk retspraksis i de senere år at have udvidet ansvaret ved ren økonomisk skade.²⁰

I Finland gælder i henhold til skadeståndslagen – lov 31.5.1974/412 som ændret ved lov 16.6.2004/509 – følgende *spärregel* i 5 kap. (med overskriften: Skada som skall ersättas) 1 §:

»Skadeståndet omfattar gottgörelse för person- och sakskada samt, under de förutsättningar som anges i 4 a och 6 §, för lidande. Om skadan orsakats genom en straffbar handling eller vid myndighetsutövning eller om det i andra fall finns synnerligen vägande skäl, omfattar skadeståndet gottgörelse även för sådan ekonomisk skada som inte står i samband med en person- eller sakskada«.

Af lovens ordlyd fremgår direkte, at domstolene kan fravige udgangspunktet, men de forekommer at have været temmelig tilbageholdende hermed. Ligesom den svenske lovregel har den finske været genstand for stærk kritik fra retsvidenskabelig side. *Lena Sisula-Tulokas*

12 *Jan Kleineman*: Ren förmögenhetskada (ak. avh. 1987).

13 Jf. *Kleineman* s. 571 ff. Termen *spärregel* er lanceret af *Kleineman* (s. 136), jf. *Sisula-Tulokas* (nedenfor i fodnote 21) s. 20 med note 2 samt *Håkan Andersson*: Gränsproblem i skadeståndsrätten (2013) s. 353 med note 940. *Mårten Schultz* bemærker i SvJT 2009 s. 789, at reglen aldrig har »utgjort en spår i egentlig mening«, og at dens funktion er mindsket med tiden.

14 Jf. Prop. 1972:5 s. 568, her citeret efter *Kleineman* s. 137.

15 Jf. Prop. 1972:5 s. 568, her citeret efter *Kleineman* s. 139.

16 Jf. *Kleineman* s. 151 og *Sisula-Tulokas* (fodnote 21 nedenfor) s. 62 med note 28.

17 Dommen er diskuteret af *Håkan Andersson* s. 284 f.

18 Jf. *Kleineman* s. 247.

19 Jf. *Kleineman* s. 248.

20 Jf. *Mårten Schultz* i SvJT 2009 s. 788 f. Se også *Kleineman* i Festskrift til Gertrud Lennander (2010) s. 157 ff.

er gentagne gange draget i felten mod reglen, senest i en monografi.²¹

I Danmark, Norge og Island findes ingen *spærregel*. I hvert fald Danmark har dog haft en lignende regel, men den stod i (1866-)straffeloven, hvis § 300 bestemte, at enhver, der har gjort sig skyldig i en forbyrdelse, er pligtig at tilsvare skadelidte erstatning.²² Reglen blev ophævet ved 1930-straffeloven, og retsændelsen har siden været friere stillet.

Fraværet af en *spærregel* betyder dog ikke, at man uden videre har anset ren økonomisk skade som en skade som alle andre. Også i Danmark, Norge og Island opfattes den almindelige formueskade som et særligt område, et særligt problem. Fra Norge foreligger med *Bjarte Thorsons* afhandling, der indeholder »en systematisk fremstilling av argumentasjonsmønstrene ved vurderingene av culpaansvar for rene formuestap«.²³

I Danmark har flere forfattere tilkendegivet, at erstatningsreglerne muligvis ikke er de samme med hensyn til almindelig formueskade som med hensyn til integritetskrænkelser og følgeskader. Disse forfattere har derfor enten begrænset deres almindelige erstatningsretlige værker til at angå skader af sidstnævnte art eller opstillet en sondring mellem integritetskrænkelser (og følgeskader) på den ene side og andre skader på den anden.²⁴ *Gomard* er kritisk heroverfor og hævder, at culpareglen gælder på alle områder, hvor ikke andet er bestemt.²⁵ Uenigheden går dog måske i virkeligheden mindre på culpareglens gyldighedsområde end på reglens indhold: Jo mere fleksibel culpareglen antages at være, desto lettere er det at acceptere dens universelle gyldighed.²⁶ I en artikel fra 1958 om dommeres erstatningsansvar anfører den senere højesteretspræsident *Trolle*, at man måske snarere burde tale om »culparegler« i stedet for om »culpareglen«.²⁷

I Norge forekommer udviklingen at have været omtrent parallel med den danske.²⁸ Ældre forfattere afgrænsede deres fremstillinger til integritetskrænkelserne.²⁹ *Kristen Andersen* synes at have inddraget en særstilling med sit synspunkt om, at der ikke er nogen principiel forskel på integritetsskade og almindelig formueskade.³⁰ Synspunktet er stødt på skarp kritik.³¹ Noget entydigt billede af nyere teori kan næppe optegnes. I retspraksis synes især kriteriet »konkret og nærliggende interesse« at have slået igennem. En vigtig dom er *Rikstoto*-dommen,³² hvor Høyesterett afgjorde, at en spiller, der ved at følge anvisningerne på Rikstotos hjemmeside havde fejldfyldt en kupon, der herefter blev afvist, ikke havde krav på erstatning for den mistede gevinst på travbanen. Hovedsynspunktet var, at spillerens interesse ikke var erstatningsretligt værnnet, men også andre momenter blev inddraget.³³

21 Jf. *Lena Sisula-Tulokas*: Ren økonomisk skada (2012). De tidligere felttog er offentliggjort i artikler i Juhlajulkaisu Esko Hoppu (Festskrift til Esko Hoppu) (2005) s. 356 ff., i Juhlakirja Jarno Tepora (Festskrift til Jarno Tepora) (2007) s. 433 ff., i JFT 2007 s. 415 ff., i JFT 2009 s. 551 ff. og i JFT 2010 s. 529 ff.

22 Jf. *Henry Ussing*: Erstatningsret, 6. opl. (1962) s. 36.

23 Jf. *Bjarte Thorson*: Erstatningsretslig vern for rene formuestap (doktoravh., 2011) s. 18.

24 Jf. *Henry Ussing*: Erstatningsret s. 34 ff., jf. s. 26 ff., *A. Vinding Kruse*: Erstatningsretten, 5. udg. under medvirken af Jens Møller (1989) s. 285 ff., *Stig Jørgensen og Jørgen Nørsgaard*: Erstatningsret (1976) s. 2 f. og *Bo von Eyben og Helle Isager*: Lærebog i erstatningsret, 7. udg. (2011) s. 28 f.

25 Jf. *Bernhard Gomard*: Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktforhold (disp., 1958) s. 192 ff.

26 Sml. f.eks. *Gomard* s. 195 ff. og *von Eyben og Isager* s. 29.

27 Jf. *Trolle* i *Juristen* 1958 s. 10.

28 Jf. *Thorson* s. 45 f.

29 Jf. *Thorson* s. 40 med henvisning til bl.a. *Platou, Stang og Øvergaard*.

30 Jf. *Kristen Andersen*: Erstatningsrett (1962) s. 167.

31 Jf. *Viggo Hagstrøm* i *TfR* 1989 s. 198 f.

32 Rt. 2007 s. 425.

33 Jf. *Thorson* s. 62.

I Tyskland, hvis *Bürgerliches Gesetzbuch* fra 1898 i høj grad bygger på pandektære bøgerne fra 1800-tallet, er de vigtigste oprindelige bestemmelser at finde i BGB §§ 823, stk. 1 og stk. 2, samt 826, som skal omtales her:

BGB § 823, stk. 1, opregner de rettigheder, der værnes af culpa-reglen – liv og legeme, sundhed, frihed, ejendom eller en anden ret (»ein sonstiges Recht«). Retspraksis har bl.a. udviklet en »allgemeines Persönlichkeitsrecht« som »ein sonstiges Recht«, der indebærer erstatningsretligt værn imod almindeligt formuetab. Tilsvarende gælder retten til den indrettede og udøvede erhvervsvirksomhed (das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb). Efter omstændighederne kan der således kræves erstatning for økonomisk skade som følge af boykot- eller strejkeaktioner eller som følge af spredning af udsagn om den næringsdrivendes virksomhed eller kreditværdighed.³⁴

BGB § 823, stk. 2, fastslår derudover erstatningspligt ved forsætlig eller uagtsom overtrædelse af *Schutzgesetze*. Det afhænger af formålet med beskyttelsesreglen, om også almindelig formueskade hører til de erstatningsretligt værnede interesser.

Endelig bestemmer BGB § 826, at den, der i øvrigt forsætligt volder skade imod »die guten Sitten«, *contra bonos mores*, ifalder erstatningspligt. Denne forsætsregel omfatter også almindelig formueskade.

Tyskerne har udvidet ansvaret for almindelig formueskade i tilfælde, der grænser op til kontrakt. *Culpa in contrahendo* var oprindelig ikke omtalt i lovbogen (men dog gældende). *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* er en senere opfindelse, og denne retsfigur anvendes til at omgå begrænsningerne i blandt andet BGB §§ 823 og 826. Med konstruktionen *Drittschadensliquidation* kan et tab efter omstændighederne gøres gældende af en ikke-kontraktspart i en situation, hvor denne afleder sit krav fra en af kontraktspartnerne.³⁵ Med den såkaldte *Schuldrechtsreform*, der trådte i kraft 1. januar 2002, lovfæstede man ikke blot *culpa in contrahendo* (BGB § 311, stk. 2), men indførte også en særlig regel om *Vertrauenshaftung* (BGB § 311, stk. 3). Den nærmere afgrænsning af sidstnævnte bestemmelse over for BGB § 826 forekommer at kunne give anledning til tvivl.

I *common law*, her eksemplificeret ved England og USA, er det historiske udgangspunkt, at *pure economic loss* ikke erstattes, når der foreligger den *tort*, der betegnes som *negligence*. Ved forskellige former for *intentional torts* (*deceit, willful misrepresentation, conspiracy, inducing breach of contract, tortious interference with contract osv.*) hører almindelig formueskade derimod også til de værnede interesser. Der har – måske navnlig i England – været en vis opblødning af gamle dogmer, men det fastholdes dog vistnok stadig, at ansvar for ren økonomisk skade kræver »noget mere« end blot *negligence*, nemlig en eller anden form for *special relationship*.

Blandt de engelske sager er *Candler v. Crane, Christmas & Co.*³⁶ i dag især kendt for *Lord Dennings* dissens. Sagen angik en revisor, der for et selskab havde udfærdiget et regnskab, der skulle forevises for tredjemand for at danne grundlag for dennes beslutning om at investere i selskabet eller ej. Regnskabet var fejlagtigt, revisor havde handlet uagtsomt, investoren tabte 2.000 £. Spørgsmålet var, om han kunne kræve dem erstattet af revisor. Svaret blev et nej. Der var ikke ansvar for *negligent misstatements*. *Lord Dennings* dissens er stadig

34 Jf. Kleinman s. 396 ff.

35 Jf. Kleinman s. 399 ff.

36 [1951] 2 K.B. 164.

værd at læse.³⁷ Retsstillingen blev ændret med *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*,³⁸ der pålagde ansvar for en urigtig kreditoplysning, som bank culpøst havde videregivet til en anden bank, der havde forespurgt på vegne af en kunde.³⁹

Engelsk ret har naturligvis ikke stået stille siden *Lord Denning*. En senere, meget omstridt og omdiskuteret sag foreligger med *Junior Books v. The Veitchi Co.*⁴⁰ En underentreprenør havde udvist forsømmelighed ved lægning af et gulv. Byggherren rejste et direkte krav imod ham, i stedet for at holde sig til sin kontraktspart: hovedentreprenøren. Resultatet er vanskeligt at forene med *the doctrine of privity*, og det forekommer, at engelsk teori gennemgående søger at distancere sig fra afgørelsen.⁴¹ Dens rækkevidde begrænses stærkt, bl.a. med henvisning til, at sagen angik en såkaldt *nominated subcontractor*. Hovedprincippet i engelsk ret – at der ved almindelig formueskade kun kan rejses krav mod medkontrahenten, ikke mod andre led i omsætningskæden – er bekræftet i afgørelserne *Muirhead v. Industrial Tank Specialities Ltd.*⁴² og *Murphy v. Brentwood DC.*⁴³

I USA er retsstillingen omtrent som i England, men muligvis lidt mere stillestående. To afgørelser fra henholdsvis 1922 og 1931, begge afsagt under forsæde af den navnkundige dommer *Benjamin Cardozo*, bør omtales. Den første sag – *Glanzer v. Shepard*⁴⁴ – angik et tilfælde, hvor det i en aftale om successive leverancer af bønner var aftalt mellem sælger og køber, at prisen skulle betales efter den vægt, der blev fastslået i certifikater udfærdiget af *public weighers* i forbindelse med hver enkelt leverance. Det viste sig senere, at partierne vejede mindre end fastslået i vægtcertifikaterne, og køberen krævede og fik erstatning af vejeren. Det fremgik af salgsaftalerne, at vejningen skulle foregå »for G. Bros.«, og vejeren var således ikke i tvivl om formålet med vejningen og konsekvenserne af samme. Retten var inde på overvejelser om at anse køberen for berettiget i henhold til aftalen (*third party beneficiary*), men valgte i stedet at fastslå erstatningspligt på grundlag af *negligence*. Det var »the end and aim« med transaktionen med vejeren, at vægten skulle fastslås rigtigt. Den anden sag – *Ultramares Corp. v. Touche*⁴⁵ – endte i en frifindelse. Et revisionsfirma havde udarbejdet en redegørelse vedrørende et selskabs økonomiske forhold ved årsskiftet 1923/24. Ifølge redegørelsen, der var udarbejdet i 30 fortløbende nummererede eksemplarer og overgivet til selskabet, forventedes selskabet at give et betryggende overskud. På baggrund af redegørelsen lykkedes det selskabet at opnå flere lån, der blev udbetalt i løbet af 1924, men i januar 1925 gik selskabet konkurs. Långiveren krævede erstatning af revisorfirmaet – men fik som nævnt ikke medhold. Det er fra denne sag *Cardozos* berømte udsagn om »liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class« stammer, og han anvendte det som argument imod at pålægge ansvar i det hele taget.⁴⁶ Argumentet, der ikke er opfundet af

37 Store dele af dissensen er optrykt i *Lord Denning: The Discipline of Law* (1979).

38 [1964] A.C. 465.

39 *Lord Denning* medvirkede senere også i de vigtige sager, *Dutton v. Bognor Regis UDC*, [1972] 1 Q.B. 373, og *Spartan Steel and Alloys Ltd. v. Martin & Co Ltd.*, [1972] 1 Q.B. 373. Den sidstnævnte er en af de såkaldte *cable cases*.

40 [1982] 3 W.L.R. 477.

41 Jf. f.eks. *Winfield & Jolowicz: Tort*, 18th ed. by W.H. Rogers (2010) s. 230 f. (marginnr. 5-44), *Salmond & Heuston: Law of Torts*, 21st ed. by R.F.V. Heuston and R.A. Buckley (1996) s. 206 f. og *Clark & Lindsell on Torts* 20th ed. (2010) s. 498 f. (marginnr. 8-113).

42 [1986] Q.B. 507.

43 [1991] 1 A.C. 398.

44 (1923) 233 N.Y. 236.

45 (1931) 255 N.Y. 170.

46 Jf. *Gomard* s. 394 og *Thorson* s. 84 med note 254.

Cardozo, er formentlig bedst kendt som *the floodgate argument*.⁴⁷

Der er i senere US-amerikanske sager pålagt ansvar f.eks. for urigtig testamentsoprettelse, for en uagtsomt urigtig jordbundsundersøgelse, for en revisorrapport om et selskabs økonomiske forhold og for en restaurantindehavers driftstab som følge af entreprenørens forsinkelse over for bygherren (ejendommens ejer).⁴⁸

Pladsmæssige hensyn tillader ikke en nærmere omtale af forskellige europæiske harmoniseringsbestrebelse i form af *Restatements* eller forslag til lovbestemmelser, f.eks. *Principles of European Tort Law (PETL)* og *PEL Liab. Dam.*⁴⁹ Art. 2:102 og 3:201 i det førstnævnte regelsæt og art. 2:203-2:211 i det sidstnævnte er særlig relevante, når det gælder (ren) økonomisk skade.

5. Erstatning for almindelig formueskade efter gældende dansk ret: et strejtot i dansk retspraksis

På en lang række områder er det uden videre klart, at der kan kræves erstatning for almindelig formueskade uden for kontraktsforhold. Dette gælder eksempelvis ved *bestyrelsesansvar*, *prospektansvar*, *udbudsretligt ansvar*, *ansvar for overtrædelse af markedsføringslovgivningen*, *konkurrencelovgivningen* samt ved *offentligretligt erstatningsansvar*.

En tidlig dom om prospektansvar findes i UfR 1911.267,⁵⁰ men dette område – og de fleste af de andre nævnte – er i dag reguleret ved lov.⁵¹ Markedsføringslovens § 18, stk. 2, fastslår udtrykkeligt, at »[h]andlinger i strid med loven pådrager erstatningsansvar i overensstemmelse med dansk rets almindelige regler«. ⁵² Dette ansvar vil næsten altid være et ansvar for ren økonomisk skade. Konkurrenceloven forudsætter, at overtrædelse af loven kan medføre erstatningsansvar, jf. lovens §§ 13, 25 og 26 om offentlighed, forældelse og gruppesøgsmål. Der kan ikke fra sådanne lovregler eller -forudsætninger drages den slutning, at dansk ret generelt anerkender et uagtsomhedsansvar for almindelig formueskade.

Nogle af områderne ligger meget tæt op ad kontraktretten, f.eks. prospektansvar og udbudsansvar, der vel begge kan siges at have deres udgangspunkt i *culpa in contrahendo*. Ansvar for oplysningsbureauer, jf. f.eks. UfR 1902.843, udspringer oftest af et (rudimentært) kontraktsforhold, men som *Hedley Byrne*-sagen (omtalt ovenfor under 4) viser, er dette ikke altid tilfældet.

Andre områder er båret af tillidssynspunkter, der kan anses begrundet i nærheden til en kontrakt, i (monopoliserede) erhvervs særlige samfundsansvar eller i tillids- eller forbrugersynspunkter – eller kombinationer af disse. Efter dansk ret kan blandt andre ejendomsformidlere, advokater og revisorer efter omstændighederne pålægges ansvar over for andre end deres umiddelbare medkontrahent.⁵³

47 Jf. *Kleineman* s. 378 f., *Thorson* s. 66 f. og *Sisula-Tulokas* s. 22. *Gomard* s. 394 taler om en velkendt argumentationsteknik, der udmaler et »skråmmebillede« som begrundelse for at opstille »en urimelig begrænsning af mulighederne for at pålægge ansvar«.

48 Jf. *Kleineman* s. 380 ff.

49 Jf. *Christian von Bar: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another. Principles of European Law* (2009).

50 Jf. *Jul. Lassen: Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del*. 3. udg. (1917-20) s. 256 og *Kleineman* s. 46 ff.

51 Af danske afgørelser henvises til UfR 2001.398 H (Nordisk Fjer), UfR 2002.2067 H (Hafnia) og UfR 2013.1107 H (bank Trelleborg).

52 Sml. hertil f.eks. retsstillingen i Finland, jf. *Sisula-Tulokas* s. 257, jf. s. 242 ff.

53 Jf. *Lars Bo Langsted: Rådgivning I* (2004) s. 131 ff., s. 146, s. 150 og s. 160.

På de lovregulerede områder kan det være fastslået, at almindelig formueskade ikke er værn timer af erstatningsreglerne. Mere interessant er, hvad der gælder på ulovregulerede områder. Nedenstående oversigt over dansk retspraksis prætenderer ikke at være udtømmende, og kategoriseringen er kun udtryk for en vis grovsortering. Nogle kategorier er overlappende, og nogle afgørelser hører hjemme flere steder. Af pladshensyn er hver afgørelse kun omtalt én gang.

5.1 Fejl i konstaterende erklæringer, oplysninger, rapporter, kort mv.

UfR 1901.292 LOHS: Vitterlighedsvidne, der ved grov uagtsomhed urigtigt havde attesteret ægtheden af en kautionists underskrift, pålagt erstatningsansvar over for kreditor, der led tab.

UfR 1930.1090 Ø: Det offentlige frifundet for erstatningspligt i anledning af urigtig angivelse i matrikelbøgerne.

UfR 1962.335 H: Forsikrings selskab frifundet for erstatningsansvar over for køber af ejendom, som selskabets konsulent mod vederlag havde undersøgt uden at konstatere svampeangreb, hvorefter køberen havde valgt ikke at tegne forsikring mod svamp.

UfR 1976.219/2 Ø: Det offentlige pålagt erstatningspligt for ved grov forsømmelighed at have godkendt et motorkøretøj, der ikke burde have været godkendt.

UfR 1978.653 H: Revisor frifundet for erstatningsansvar over for leverandør (L), der ydede kredit til et selskab (S), hvis regnskab revisor havde givet »blank« revisionspåtegning trods manglende angivelse af kautionforpligtelse i regnskabet. (To dissenterende dommere ville pålægge ansvar).

UfR 1994.818 H: Pengeinstitut ikke erstatningsansvarligt for indholdet af urigtig soliditetsoplysning, bl.a. fordi oplysningen ikke var afgivet over for den, der krævede erstatning.

UfR 2000.2176 H: Emissionsbank, der efter tegningsfristens udløb havde afgivet urigtig børsmeddelelse om, at emissionen var fuldttegnet, pålagt erstatningsansvar over for investor. (Sml. UfR 2000.920 SH).

UfR 2002.319 H: Byggesagkyndig pålagt erstatningspligt for manglende angivelse af selvbyggerarbejde i tilstandsrapport. Selvbyggeren/sælgeren blev frifundet, da han ikke havde handlet groft uagtsomt, og den byggesagkyndige havde intet krav om friholdelse.

UfR 2002.1444 H: Revisor, der over for bank havde afgivet erklæring om, at nogle driftsmidler var ubehæftede, pålagt erstatningsansvar over for banken.

UfR 2003.559 H: Det offentlige (Justitsministeriet) blev under stærk dissens (4-3) pålagt erstatningsansvar for bilkøbers tab i anledning af, at registreringsattesten fra Motorkontoret urigtigt angav, at bilen var indregistreret første gang i juni 1989, skønt det var sket allerede oktober 1986.

UfR 2005.1044 V: Arbejdsløshedskasse pålagt erstatningsansvar over for medlem, der urigtigt havde fået oplyst, at hun var berettiget til efterløn.

UfR 2011.380 Ø: Energikonsulentfirma, der havde udfærdiget energimærke til en fast ejendom, pålagt erstatningspligt over for købere af ejendommen, da energimærkningen var urigtig og havde betydning for handelsprisen. Usikkerhed om købernes mulighed for at blive tilkendt et forholdsmæssigt afslag kunne ikke føre til et andet resultat.

Dommen om vitterlighedsvidnet – UfR 1901.292 LOHS – fremhæver, at der udvist grov uagtsomhed. Dette kan dog blot skyldes et ønske om at give en særlig sikker

begrundelse.⁵⁴ Ansvarspåleggelse er naturligvis ikke ensbetydende med, at vitterlighedsvidnet bliver forpligtet som kautionist.⁵⁵

Dommene om Statens Biltilsyn henholdsvis Motorkontoret (UfR 1976.219/2 Ø og UfR 2003.559 H) går meget vidt.⁵⁶ Det er vanskeligt at se, at det kan falde ind under formålet med sådanne godkendelses-/registreringsordninger at værne tredjemand imod tab. Efter at tilsynet med biler er privatiseret, kan præventions- og håndhævelsessyn måske tale for at pålægge erstatningsansvar (*private enforcement*): Det private foretagende udfører med fortjeneste for øje en offentlig opgave, som er vanskelig at kontrollere, og foretagendet bør ansføres til at gøre den bedst mulige indsats.

5.2. Blokade, boykot og lign.

UfR 1928.700 H: Fagforbund frifundet for erstatningsansvar over for rederi, hvis skib var blevet forhindet i at losse pga. uberettiget blokade af andet firma.

UfR 1929.165/2 Ø: Fagforbund frifundet for erstatningspligt over for provisionslønnede bude, der havde lidt tab ved retsstridig blokade af budcentral. Heller ikke erstatningspligt over for marketender, der havde omsætningsnedgang pga. budenes ringere indtægt.

5.3. Afbrydelse af samfærdelsesforbindelser, forsyningslinjer og lign.

UfR 1940.117 V: Rederi, hvis skib havde forårsaget farvandsspærring som følge af bropåsejling, frifundet for erstatningsansvar over for andet rederi, hvis skib led tidstab.

UfR 1953.205 Ø: En traktorfører, der ved uforsigtighed blev påkørt af et tog, pålagt ansvar for jernbaneselskabets ekstraudgifter til videretransport af passagererne fra toget, der ikke kunne køre videre, samt af passagerer fra senere tog.

UfR 1960.932 SH: Rederi, hvis skib havde påsejlet en jernbanebro, pålagt erstatningspligt, dels over for statsbanerne, dels over for privatbane, der ifølge overenskomst havde brugsret til broen.

UfR 2004.2389 H: Totalentreprenør og underentreprenør pålagt erstatningspligt – uden for kontrakt – over for bygherre, der ejede naboejendommen og led driftstab som følge af to overgravninger af forsyningsledninger til denne. Udtalelser om »indlysende fare« og »betydelig grad af uagtsomhed«.

5.4. Krænkelser af personlighedsværn, erhvervsmæssigt renommé mv.

UfR 1944.608 Ø: Fotograf og bogudgiver pålagt erstatningspligt over for kvinde, hvis nøgenbillede retsstridigt var anvendt i udgivelse.

UfR 1969.541 Ø: Danmarks Radio pålagt erstatningspligt over for firma for uberettiget brug af udtrykkene »Tæppesvindler« og »falsknerierne« i forbindelse med firmaets handel med ægte tæpper.

5.5. Tredjemandsskader (indirekte skadelidte)

UfR 1953.1028 H: Spritbilist frifundet for erstatningspligt over for chauffør, der mistede

54 Jf. *Gomard* s. 261 og *Kleineman* s. 49.

55 Anderledes *Gomard* s. 260: »Formentlig burde vitterlighedsvidnet, uanset om hans brøde i øvrigt betegnes som et delikt, gøres ansvarlig som en selvskyldnerkautionist«.

56 Jf. også *Thorson* s. 196 og s. 198, herunder med henvisning til, at en tysk afgørelse i en biltilsynssag – NJW 1973.458 – har afvist at pålægge ansvar.

indtægt i 3½ dag som følge af hyrevogns beskadigelse.

UfR 1994.785/2 H: Rederi frifundet for erstatningspligt over for en fiskekutter, der led fangsttab, fordi den par-trawlede med den fiskekutter, som rederiets skib havde påsejlet og beskadiget.

Den førstnævnte dom medførte langt mere debat end den sidstnævnte, hvori Højesteret fremkom med følgende generelle bemærkning: »Efter almindelige erstatningsretlige regler erstattes formueskade, der påføres andre end den direkte skadelidte, kun i særlige tilfælde«.

5.6. Bonustab eller præmiestigning ved forsikring

UfR 1957.20 H: Cyklist frifundet for erstatningspligt over for bilejer, der led bonustab på 204 kr. ved at få dækket en skade på 170 kr. (Spørgsmål om anvendelse af den dagældende FAL § 25).

UfR 1998.1606 V: Person, der var ansvarlig for skade på bil, men ikke havde handlet groft uagtsomt, frifundet for erstatningsansvar for det tab, bilens ejer led ved, at forsikringselskabet forhøjede præmien, jf. erstatningsansvarslovens § 19, stk. 1.

5.7. Direkte krav (springende regres)

UfR 1995.484 H: Ingeniør, der for et selskab havde ført tilsyn med ombygning af ejendom, som selskabet straks efter videresolgte, pålagt erstatningsansvar direkte over for køber, da ingeniøren havde begået »en klar, professionel fejl vedrørende væsentlige egenskaber ved ejendommen«.

UfR 2002.249 H: K1 og K2, der i 1986 henholdsvis 1987 havde fået oplagt eternittagplader produceret af P, reklamerede i august-september 1994 over mangler og anlagde senere sag med krav om erstatning. Fem dommere i Højesteret udtalte, at P vel havde handlet uagtsomt ved markedsføringen, men ikke svigagtigt eller i strid med almindelig hæderlighed. Krav var derfor afskåret efter reklamationsbestemmelserne i købelovens §§ 54 og 83. To dommere ville pålægge P direkte erstatningsansvar over for K1 og K2.

UfR 2004.114 H: Underentreprenør pålagt erstatningspligt direkte over for bygherre for »sådanne håndværksmæssige fejl«, som der i sagen var tale om (utæt tag som følge af mangelfuld udførelse af undertaget).

UfR 2006.1159 H: Køber K havde af sælger S indkøbt noget kød- og benmel produceret af P, der ikke havde anvendt antioxidanter. K anvendte melet til produktionen af dyrefoder, der måtte kasseres, da melet viste sig at være harsk. K krævede erstatning direkte af P, men fik ikke medhold. (Der antoges ikke at foreligge produktansvar, da melet indgik som en uadskillelig bestanddel (ingrediens) i foderet).

UfR 2010.1360 H: To gasmotorer i et gartneri (G) havarerede på grund af en defekt plejstang leveret af D, et dansk datterselskab til den svenske producent, S. D, der udbedrede motorskaden, havde fraskrevet sig ansvar for driftstab. Da der forelå selvbeskadigelse, kunne D ikke afkræve S erstatning efter reglerne om produktansvar. Efter karakteren af fejlen ved S' fremstilling af plejstangen m.v. var der heller ikke grundlag for at pålægge S at dække G's driftstab efter reglerne om erstatning uden for kontrakt.

UfR 2012.2255 H: Køber af vindmølle kunne kræve et forholdsmæssigt afslag hos sælger og rette et direkte erstatningskrav mod producenten i anledning af dennes fejlagtige produktionsevneberegning. Producenten blev dømt til at friholde sælgeren.

Som anført i indledningen (ovenfor under 1) udgør direkte krav en selvstændig kategori.

⁵⁷ Udviklingen i retspraksis i Danmark på dette område giver anledning til nogen bekymring. Der kan f.eks. spørges, hvorfor bygherren kan rejse direkte krav mod underentreprenøren, når denne ikke kan kræve betaling af bygherren. Betydningen af, at hvert led i omsætningskæden bør bære kreditrisikoen for sin egen medkontrahent, forekommer i nogen grad at være overset eller underkendt.⁵⁸

5.8. Miljøskader

UfR 1988.878 V: Landmand, der var ansvarlig for udledning af ajle i en bæk, pålagt erstatningspligt over for en lokal sportsfiskerforening, der administrerede og bekostede udsætning af fiskeyngel.

Ansvar for miljøskader rejser særlige spørgsmål om afgrænsningen af den erstatningsberettigede kreds af middelbart ramte.⁵⁹ Dommen fremhævede nogle konkrete omstændigheder, der talte for at pålægge erstatningsansvar.

5.9. Ansvar for fejl i forbindelse med testamentsoprettelse

UfR 2008.1324 V: Advokat, der havde begået fejl ved en testamentsoprettelse, pålagt erstatningspligt over for den fond, der var oprettet i henhold til testamentet, for det tab, fonden led ved ikke at opnå fritagelse for betaling af boafgift.

Der kunne spørges, om en enkelt dom berettiger opstillingen af en egen kategori. Svaret er bekræftende, da sager af denne type har spillet en særlig rolle i bl.a. i USA⁶⁰ og også har været særlig omdiskuteret i Norden.⁶¹

5.10. Andre tilfælde (»diverse«)

UfR 1958.73 H: Det offentlige frifundet for erstatningspligt over for person, der led tab som følge af ulovlig konfiskation af spilleautomater.

UfR 1993.438 H: Køkken- og byggecenter, som ikke havde reageret over for banks denunciation vedrørende overdragelse af krav mod centeret i henhold til fakturaer, der var falske, pålagt erstatningspligt over for banken.

UfR 1997.364 H: Sælger af selskab, der af køber blev gjort til genstand for »selskabstømning«, pålagt ansvar over for det offentlige ved på uforsvarlig måde at have tilsidesat skattevæsenets interesser. Erstatningen blev ikke udstrakt til at omfatte omkostningerne ved konkursen.

UfR 2007.2128 H: Bestyrelsesmedlemmer pålagt erstatningsansvar over for det offentlige for ikke at sikre ligelig fordeling af aktiverne ved selskabets afvikling.

UfR 2008.2361 Ø: Administrator af venteliste til andelsboligforening pålagt at betale 112.200 kr. i erstatning til person, som med urette var slettet fra ventelisten pga. administrators manglende registrering af gebyrindbetaling på 100 kr., og som antoges at have lidt et tab som følge af senere køb til en højere pris.

⁵⁷ Se henvisningerne i fodnote 3 ovenfor. Den nyeste udvikling i dansk retspraksis er omtalt af *Jon Stokholm* i *Festskrift til Erik Werlauff* (2012) s. 565 ff. og *Allan Kvist-Kristensen* og *Henrik Riise Jensen* i UfR 2013 B s. 129 ff.

⁵⁸ Se for tysk ret den grundlæggende fremstilling af *Claus-Wilhelm Canaris*: *Der Bereicherungsausgleich im Dreiper-sonenverhältnis*, i *Festschrift für Karl Larenz* (1973) s. 799 ff., særligt s. 803.

⁵⁹ Se om erstatning for miljøskader f.eks. *von Eyben og Isager* s. 252 ff. Se også *Peter Wetterstein*: *Compensation for Pure Economic Loss in Finland*, bidrag til *The XVth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Bristol (1998) s. 29 ff., særligt s. 42 ff.

⁶⁰ *Jf. Kleinman* s. 380 ff.

⁶¹ *Jf. Sverre Thune* i *Lov og Rett* 1992 s. 488 ff., *Nicolai Vogt Skjerdal* i *Lov og Rett* 1993 s. 425 ff. og *Torsten Iversen* i *Lov og Rett* 1995 s. 130 ff.

UfR 2010.1394 H: Kommune havde ikke handlet ansvarspådragende i forbindelse med specialundervisning af en elev i folkeskolen og blev frifundet for erstatningskrav.

UfR 2010.2928 H: Et belgisk selskab (B), der havde bevæget et dansk selskab (A) til at levere på kredit til et russisk selskab (C), der fremstod som B's datterselskab, i tillid til, at B indestod for betalingen, blev pålagt erstatningsansvar efter reglerne om erstatning uden for kontraktsforhold for A's tab ved leverancerne.

5.11. Konklusion på oversigten

Oversigten viser først og fremmest, at tilfældene er uhyre forskelligartede, hvilket maner til forsigtighed, når det gælder opstilling af lovregler.

Også tingsskade undertiden kan for øvrigt opstå på måder, der minder om nogle af de nævnte sager om almindelig formueskade, nemlig når tingsskaden vel er hidført ved fysiske midler, men den, erstatningskravet rettes imod, ikke har nogen særlig forbindelse med de fysiske midler, men kun langt mere indirekte kan siges at have medvirket til skaden:

UfR 2002.333 H: Det offentlige frifundet for erstatningsansvar over for bilejer, som i strid med sædvanlig procedure kun var forsøgt kontakten én gang, efter at hans stjålne bil var blevet fundet, hvorefter bilen atter blev stjålet – uden at blive fundet igen.

U 2007.2821 H: Kort- og matrikelstyrelsen ikke pålagt erstatningspligt over for lystsejler, der var grundstødt under anvendelsen af søkort, der var urigtigt, fordi en tidligere dybdeangivelse var faldet ud i forbindelse med digitaliseringen. (Ingen principiel stillingtagen til produktansvar ved søkort).

6. Er det anbefalelsesværdigt at beholde / indføre en hovedregel om, at der ikke kan kræves erstatning for almindelig formueskade uden for kontraktsforhold?

Dette er det legislative hovedspørgsmål, der er sat under debat. Efter min vurdering skal spørgsmålet besvares benægtende.

Bag *spærreglen* ligger i sidste instans en angst for det frie dommerskøn,⁶² der hører hjemme i fortiden. *Spærreglen* er en alt for grov (»firkantet«) retsteknisk regel, der ikke tager hensyn til tilfældenes forskellighed, og den kan spærre for en harmonisk og fornuftig retsudvikling i et frugtbart samspil mellem teori og praksis. *Spærreglen* kan have u hensigtsmæssige følger, bl.a. fordi domstolene tvinges til at foretage kunstige udvidelser af kontraktsbegrebet for at nå til rimelige resultater.⁶³

Andre argumenter, der er ført i marken imod *spærreglen*, virker næppe overbevisende på alle. Informationer (oplysninger, anvisninger, mærknings- og godkendelsesordninger, rapporter, sagkyndige udtalelser og råd) spiller notorisk en langt større rolle i dag end for 100 eller blot 50 år siden. EU's ønsker om f.eks. harmonisering og effektiv retshåndhævelse på forskellige områder har givetvis stor betydning. Efter min vurdering er argumenter, der bygger på betragtninger herom, imidlertid af begrænset styrke og overbevisningskraft. Det afgørende argument imod *spærreglen* er, at den ikke er en gavnlig regel. Den gør ingen reel nytte, og den kan ligefrem gøre skade.

Trods al berettiget modstand mod *spærreglen* bør man ikke overse, at der er en rigtig

62 Jf. Jul. Lassen: AD s. 242 med note 4.

63 Jf. Kleineman s. 248 og Sisula-Tulokas s. 212.

kerne i tanken om, at der er forskel på skader, alt efter deres *art eller form*. Der er forskel på det erstatningsretlige værn for forskellige goder eller interesser. Dette skal der gives eksempler på i det følgende afsnit.

7. Sondring efter skadens art

Sondringer mellem forskellige typer af tab er ikke noget nymodens påhit. Som påvist kan sådanne sondringer føres tilbage til romerretten. Efter Danske Lov (Norske Lov) 5-8-1 er låntageren objektivt ansvarlig, men ansvaret antages kun at gælde selve den udlånte ting – ikke afkastinteressen i tingene.

I *kontrakter* er det meget almindeligt at sondre mellem forskellige former for skade eller tab. I de nyere nordiske købelove er der opstillet en – ikke vellykket – sondring mellem direkte og indirekte tab.⁶⁴ Ved entreprise er ansvaret for indirekte tab fraskrevet, jf. for dansk ret AB 92 § 35, stk. 2, og mere vidtgående ansvarsbegrænsninger kendes ved tilvirkningskøb. Ansvarsbegrænsningerne gælder dog normalt ikke, hvor den ansvarlige har udvist grov skyld. Ikke blot i obligationsretten, men også i tingsretten, er der forskel på selve tingen og afkastning heraf, jf. f.eks. vindikation af selve tingen ctr. frugter indvundet af besidderen i god tro.

I *love* findes sådanne sondringer også. Iht. forsikringsaftaleloven omfatter tingsforsikring kun interessen i selve tingen. Dækning af afkastinteressen dækket kræver tegning af en særlig forsikring (driftstabsforsikring). Færdselsloven indeholder særregler om egen skyld for så vidt angår personskade. Offererstatningsloven omfatter som hovedregel kun personskade; i særlige tilfælde kan også tingsskade erstattes, men aldrig almindelig formueskade. Produktansvarsloven omfatter kun person- og forbrugertingsskade. Patientforsikringsloven angår i sagens natur også kun personskade.

Der kan hævdes at gælde et tabshierarki,⁶⁵ hvor personskaden står øverst som den bedst værnede interesse, efterfulgt af tingsskaden og nederst formueskaden, først som følgeskade, der principielt erstattes (men oftest reguleres meget ned), dernæst som almindelig formueskade, der ikke altid erstattes. Hierarkiet viser sig ved alle erstatningsbetingelserne, men formentlig mest udpræget, når det gælder kravene til bevis for skadens omfang.⁶⁶

Ved personskade med dødelig udgang får endog indirekte skadelidte erstatning for afkastinteressen – i form af forsørgertaberstatning. På områder, hvor personskader er hyppige og ofte alvorlige, indføres særlige ordninger: objektivt ansvar for motorkøretøjer og lovpligtig ansvarsforsikring, arbejdsskadesikring, patientforsikring, offererstatningsordning osv. Produktansvaret har også sin egentlige *raison d'être*, når det gælder personskade, jf. *Donoghue v. Stevenson*.⁶⁷ Ved personskade må skadevolderen »tage sit offer, som det er«. Tabsbegrænsningspligten er også begrænset – af hensyn til den personlige integritet: Skadelidte bør nok gå til læge, men har næppe i almindelighed pligt til at underkaste sig en operation.

Tingsskade er værnede af mange regler, også om objektivt ansvar, men beskyttelseshensynet er mindre tungtvejende her. Ved tingsskade diskuterede man allerede i

64 Jf. *Sisula-Tulokas* s. 28.

65 Jf. *Torsten Iversen*: Erstatningsberegning i kontraktsforhold (disp., 2000) s. 48 f. Jf. også *Sisula-Tulokas* s. 40 med henvisning til PETL (omtalt ovenfor under 4).

66 Jf. *Torsten Iversen* s. 80 ff. (ansvarsgrundlag), s. 86 (årsagsforbindelse), s. 104 ff. (adækvans), s. 146 f. (egen skyld), s. 157 f. (tabsbegrænsningspligt) og s. 178 (bevis for tabets størrelse).

67 [1932] AC 562.

romerretten, om den, der ejede særligt kostbare ting, ikke burde bære en vis egenrisiko herfor.

Formueskaden er en værnet interesse, når den er en følgeskade, men der stilles ofte visse kvalificerede krav. Hvis en virksomhed lider driftstab, fordi en leverandør er forsinket med leveringen af – eller fordi en skadevolder culpøst har ødelagt – nogle råvarer, vil man spørge, om virksomheden havde bragt sig selv i en sårbar position ved at køre med meget små lagre, om virksomheden ikke kunne have gjort mere for at begrænse tabet osv.

Uden for kontraktsforhold forekommer det klart, at der ofte må kræves »noget mere« for at pålægge erstatningsansvar for almindelig formueskade end for anden skade.⁶⁸

Hvor langt og dybt sondringer efter skadens art kan gennemføres, er diskutabelt. Under alle omstændigheder er tabets art kun den ene akse – den anden udgøres af ansvarsgrundlaget. Hvis der foreligger særdeles grov skyld – eller ligefrem skadshensigt – kan man efter omstændighederne gennembryde grænser, der er sat op med mere normale tilfælde for øje. En helt almindelig regel om erstatningsansvar for ren økonomisk skade forvoldt ved grov uagtsomhed eller forsæt kan dog ikke opstilles, medmindre man har en ventil i form af en retsstridighedslære eller noget tilsvarende. Det er ikke forbudt for en næringsdrivende at udkonkurrere en anden næringsdrivende – heller ikke selv om det gøres helt bevidst og med skadshensigt.⁶⁹ Markedsføringsloven sætter imidlertid grænser for, hvilke midler der kan anvendes.

8. Opsummering – opstilling af teser

- Tese 1:** Erstatningsansvarets grænser kan næppe bestemmes ved almindelige regler, formler eller udsagn, der er egnet til at blive fastslået i lov. Det legislative hovedspørgsmål må derfor besvares benægtende.
- Tese 2:** Det er lettere at opnå erstatning for personskade end erstatning for tingsskade, lettere at opnå erstatning for tingsskade end erstatning for formueskade og så fremdeles.
- Tese 3:** Det er diskutabelt, om udgangspunktet uden for kontrakt er eller skal være, at der *gælder* et culpaansvar for ren økonomisk skade, eller at der netop *ikke gælder* et culpaansvar herfor.
- Tese 4:** Opstilles et udgangspunkt om culpaansvar for ren økonomisk skade uden for kontrakt, må der under alle omstændigheder drages grænser. Der må kræves »noget mere« end ellers. Undertiden må det være et krav om grovere skyld, men et sådant krav løser ikke i sig selv alle problemer.
- Tese 5:** Generelle udsagn om, hvad globaliseringen, informationssamfundet eller EU-retten kræver, må mødes med en vis skepsis.

⁶⁸ Jf. således også *Werner Lorenz* i *Festschrift für Karl Larenz* (1973) s. 617, der kræver en »Sonderverbindung« mellem skadevolder og skadelidte for at pålægge erstatningsansvar for urigtige oplysninger afgivet uden for kontrakt.

⁶⁹ Argumentet, der af *Kleineman* s. 278 ff., kaldes for »konkurrensskadeargumentet«, spiller en stor rolle i diskussionen om erstatningsansvar for almindelige formueskader. Se også *Thorson* s. 84 f.

Litteratur (forkortet ved forfatternavn eller titel):

- Håkan Andersson* = *Håkan Andersson*:
Gränsproblem i skadeståndsrätten. Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer .
Bok II (2013)
- Anners* = *Erik Anners*:
Den europeiske rettens historie (1983)
- Lord Denning* = *Lord Denning*:
The Discipline of Law (1979)
- von Eyben og Isager* = *Bo von Eyben og Helle Isager*:
Lærebog i erstatningsret, 7. udg. (2011)
- Gomard* = *Bernhard Gomard*:
Forholdet mellem erstatningsregler i og uden for kontraktsforhold (disp., 1958)
- Iuul* = *Stig Iuul*:
Romersk Formueret (1942)
- Torsten Iversen* = *Torsten Iversen*:
Erstatningsberegning i kontraktsforhold (disp., 2000)
- Kaser* = *Max Kaser*:
Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische
und das klassische Recht. (Handbuch der Altertumswissenschaft, X.
Abteilung, Rechtsgeschichte des Altertums), 2. Aufl. (1971)
- Kleineman* = *Jan Kleineman*:
Ren förmögenhetsskada (ak. avh., 1987).
- Jul. Lassen, AD* = *Jul. Lassen*:
Haandbog i Obligationsretten. Almindelig Del. 3. udg. (1917–20)
- Jul. Lassen, RR* = *Jul. Lassen*:
Romersk Formueret (1904)
- Sisula-Tulokas* = *Lena Sisula-Tulokas*:
Ren økonomisk skada (2012)
- Thorson* = *Bjarte Thorson*:
Erstatningsrettslig vern for rene formuestap (doktoravh., 2011)
- Ussing* = *Henry Ussing*:
Erstatningsret, 6. opl. (1962)

Konsekvensene av at offentlig informasjon blir spredt med informasjonsteknologi

Justitieråd *Henrik Jermsten*, Sverige

Konsekvensene av at offentlig informasjon blir spredt med informasjonsteknologi

Justitieråd *Henrik Jermsten*, Sverige

Referatet behandler vissa konsekvenser av den moderna elektroniska informationshanteringen når det gæller spredning av offentlig informasjon som innehåller eller utgørs av personoppgifter.

Många myndigheter arbetar numera med digitala ärendehanteringssystem och informationsutbyte mellan myndigheter sker i elektronisk form. Såvitt gæller såväl intern informationshantering inom myndigheterna som elektroniskt informationsutbyte mellan myndigheter konstateras att det i stor utsträckning ankommer på myndigheterna själva att ta ansvar för frågor om säkerhet till förmån för enskilda registrerade vid personuppgiftsbehandling, t.ex. genom att beakta behovet av åtkomst- och lagringsbegränsningar av olika slag. Detta kostar både i resurser och reda pengar och frågan kan ställas om det inte snarare är effektivitet, driftsäkerhet, intrångsrisk m.m. som prioriteras i informationssäkerhetsarbetet.

Myndigheternas kommunikation med medborgarna sker numera genom att information tillhandhålls på myndigheternas webbplatser eller via sociala medier. Även myndigheter som har till uppgift att tillhandahålla samhällsinformation måste emellertid beakta intresset av skydd för den personliga integriteten. Det innebär att myndigheter som väljer att t.ex. publicera personuppgifter på internet, oavsett att syftet med publiceringen är att ge allmänheten insyn i offentlig informasjon, måste göra en avvägning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet huruvida detta är lämpligt. Efter vilka kriterier bör den bedömningen göras?

Privat spridning av offentlig informasjon i stora mängder eller sammanställt på ett sätt som inte sker hos det allmänna ökar risken för kränkningar av enskilda vilket i sin tur kan leda till mer sekretess och därmed minskad insyn i det allmännas verksamhet. I referatet framhålls att i den mån en rimlig balans inte kan upprätthållas riskerar den digitala öppenheten därigenom att bli kontraproduktiv genom att leda till begränsningar av den transparens som är av grundläggande betydelse för rättsstaten och demokratin.

Inledning

Som alla vet bygger den moderna offentliga förvaltningen på att elektroniska hjälpmedel utnyttjas i stor utsträckning. I den mån inlagor på papper fortfarande förekommer överförs innehållet ofta till elektronisk form, t.ex. via s.k. inläsningscentraler, för att sedan hanteras i elektroniska dokumenthanteringssystem. Oppgifter samlas också in från enskilda genom elektroniska hjälpmedel, t.ex. via webbplatser på internet. Handläggningen resulterar i beslut eller avgöranden av olika slag som i grunden numera har elektronisk form, även om ett och annat dokument fortfarande skrivs ut på papper. I den mån myndigheternas beslut och avgöranden publiceras sker detta normalt genom tillhandahållande i elektronisk form, t.ex. i form av praxissamlinger som görs tillgängliga via internet. Efter avslutad handläggning lagras och arkiveras myndigheternas handlingar i elektronisk form. Modern teknik används alltså i princip i all informationshantering som sker inom förvaltningen.

Ämnet för dagen är konsekvenserna av den elektroniska informationshanteringen såvitt beträffar *spredning* av offentlig informasjon. Det jag har valt att fokusere på är

spridningen av sådan offentlig information som innehåller eller utgörs av uppgifter relaterade till enskilda individer, dvs. personuppgifter. Från rent rättsliga utgångspunkter är det nämligen främst beträffande personuppgifter den moderna tekniken för informationshantering kräver att särskilda hänsyn tas. Det ska dock framhållas att det finns andra viktiga och angelägna aspekter på spridning av offentlig information, exempelvis samhällsskydd i vid mening. Det är då i första hand frågor om informationssäkerhet, kartläggning och exponering, sårbarhet m.m. som står i fokus.

Beträffande spridning av offentlig information som innehåller uppgifter om enskilda är det i första hand tre olika aspekter som enligt min mening förtjänar att diskuteras närmare;

- a) spridning inom och mellan myndigheter av sådan information som inte ska vara tillgänglig för allmänheten,
- b) myndigheters aktiva spridning av information, särskilt genom publicering på internet, och
- c) privat spridning av sådan offentlig information som i och för sig är tillgänglig för allmänheten men som inte är av det slaget den bör vidare spridas hur som helst – i synnerhet inte genom publicering på internet.

Som illustration anknuter jag i det följande till några praktiska fall som inträffat under senare år. Exempelen är svenska men de grundläggande frågeställningarna är tämligen allmängiltiga.

Bakgrund

Något om regelverket rörande behandling av personuppgifter

Begreppet personlig integritet har ingen entydig definition, i vart fall inte på svenska. I rättsordningen har den faktiska omfattningen av den skyddade personliga integriteten kommit att bestämmas inte genom sofistikerade definitioner utan genom summan av ett stort antal skyddsregler av mycket varierande slag. I syfte att skydda den personliga integriteten har det, såväl i internationella sammanhang som i nationell lagstiftning, bl.a. utarbetats regler om behandling av personuppgifter.

Europakonventionen med tilläggsprotokoll innehåller ingen artikel som uttryckligen tar sikte på behandling av personuppgifter men det står klart att behandling av personuppgifter i och för sig kan falla inom tillämpningsområdet för artikel 8. All slags behandling av personuppgifter omfattas dock inte, utan frågan måste gälla privatliv, familjeliv, hem eller korrespondens. Primärt innebär artikel 8 att staten ska avhålla sig från ingrepp i den skyddade rättigheten. Artikel 8 innebär även en skyldighet för staten att vidta positiva åtgärder för att skydda den enskildes privatsfär. Sådana positiva åtgärder kan utgöras av lagstiftning, men också ha till ändamål att på annat sätt tillförsäkra medborgarna skydd mot övergrepp i särskilda situationer.

I EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna föreskrivs i artikel 7 att var och en har rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer. I artikel 8 föreskrivs vidare att var och en har rätt till skydd av de personuppgifter som rör honom eller henne. Dessa uppgifter ska behandlas lagenligt för bestämda ändamål och på grundval av den berörda personens samtycke eller någon annan legitim och lagenlig grund. Var och en har rätt att få tillgång till insamlade uppgifter som rör honom eller henne och att få rättelse av dem.

En oberoende myndighet ska kontrollere att dessa regler etterlevs.

Det finns vidare ett antal ulike internasjonelle instrument rørande personoppgiftsbehandling, bl.a. Europarådets konvention frå 1981 om skydd for enskilda vid automatisk databehandling av personoppgifter (dataskyddskonventionen) till vilken EU:s medlemsstater är anslutna.

Europaparlamentets og rådets direktiv 95/46/EG om skydd for enskilda personer med avseende på behandling personoppgifter og om det fria flødet av sådana oppgifter (dataskyddsdirektivet) utgør en presisering og förstærkning av dataskyddskonventionen. Direktivet syftar till att garantera en høg og i alla medlemsstater likværdig skyddsnivå når det gæller enskilda personers fri- og rettigheter med avseende på behandling av personoppgifter og att frâmja ett fritt fløde av personoppgifter mellom medlemsstaterna i EU. Medlemsstaterna får inom den ram som anges i direktivet nærmere presisera villkoren for når behandling av personoppgifter får forekomma. Sådana presiseringar får dock inte hindra det fria flødet av personoppgifter inom unionen. Direktivet är endast tillæmpligt på behandling av oppgifter om fysiske personer og berør alltså inte skyddet for juridiske personer. Direktivet omfatter inte behandling av personoppgifter for privat bruk.

Enligt direktivet måste all behandling av personoppgifter vara laglig og korrekt. Oppgifterna måste vara riktige og aktuelle samt adekvate, relevante og nødvendige med hânsyn till de ändamål for vilka de behandles. Ändamålen ska vara uttryckligt angivna vid tiden for insamlingen av oppgifterna. De ändamål for vilka oppgifterna senere behandles får inte vara oførenlige med de opprinnelige ändamålen, den s.k. finalitetsprinsipen.

Personoppgifter får enligt direktivet behandles bara under vissa fòrutsætninger. Personoppgifter får bl.a. behandles om den registrerte otvetydligt har lænnet sitt samtykke, om behandlingen är nødvendig for att fullgøre en rettslig fòrpliktelse som åligger den registeransvarige eller är nødvendig for att utføre en arbeidsoppgift av allmânt interesse eller är ett led i myndighetsutøvelse. Personoppgifter får även behandles om interessen av att den registeransvarige får behandle oppgifterna væger tyngre än den registrertes interesse av att de inte behandles.

Vissa særskilda angivne kategorier av oppgifter får som hovedregel inte behandles alls. Det gæller oppgifter som avsløjer den enskildes ras eller etniske opprinnelse, politiske åsikter, religiøse eller filosofiske øvertygelse eller medlemskap i fackførelse samt oppgifter som rør hâlsa og seksualitet. I direktivet gøres dock undantag frå denna regel i vissa særskilt angivne situationer, bl.a. då det finns ett uttryckligt samtykke frå den registrerte. Det finns ytterligere kategorier av oppgifter som omfattes av særskilde restriksjoner. Betræffande behandling av oppgifter om lagøvertrædelser, brottmålsdomar m.m. är t.ex. hovedregelen att behandling får ske endast under kontroll av en myndighet. Nasjonelle identifikaasjonsnummer (personnummer) är en annen oppgiftskategori som ogsâ omfattes av særskilde fòreskrifter.

Dataskyddsdirektivet fòreskriver att den registeransvarige ska informere den registrerte om att personoppgifter är fòremål for behandling og dærvid redogøre for ändamålet med behandlingen. Har oppgifterna ikke samlats in frå den registrerte sjælv behøver den registeransvarige dock ikke lænne nâgon informasjon, om den registrerte redan kâner till informasjonen eller om det skulle vise sig vara omøjlige eller innebære en anstrængning som ikke står i proporsjon till nytten. Den registrerte har dock rett att på begæran få informasjon om de registrerte oppgifterna. Videre har den registrerte rett att få sådana oppgifter som ikke har behandles i enlighet med direktivet rettede, utlånede eller blockerede. Direktivet inneholder även regler om sâkerhet vid behandlingen.

På EU-nivå finns även kompletterande rättsakter till dataskyddsdirektivet, bl.a. det s.k. dataskyddsrambeslutet med särskilda regler om skydd för personuppgifter vid polisiärt och straffrättsligt samarbete.

Den 25 januari 2012 presenterade Europeiska kommissionen ett förslag till en genomgripande reform av EU:s regler om skydd för personuppgifter. Förslaget innebär att dataskyddsdirektivet ska ersättas av en ny allmän dataskyddsförordning. I reformen ingår också förslag till direktiv som ska ersätta dataskyddsrambeslutet. Det huvudsakliga syftet med kommissionens förslag är att ytterligare harmonisera och effektivisera skyddet av personuppgifter i syfte att förbättra den inre marknadens funktion och öka enskildas kontroll över sina personuppgifter.

De nordiska länderna samarbetade i viss utsträckning vid genomförandet av dataskyddsdirektivet. I Sverige genomfördes direktivet bl.a. genom personuppgiftslagen (1998:204) som trädde i kraft 1998. Finlands personuppgiftslag (523/1999) trädde i kraft året därpå. Danmarks lov nr 429 av den 31 maj 2000 om behandling av personopplysningar trädde i kraft den 1 juli samma år och Norges lov av den 14 april 2000 nr 31 om behandling av personopplysningar trädde i kraft den 1 januari 2001. Islands lag 77/2000 om skydd för individer ved behandling av personuppgifter trädde i kraft samma dag.

Något om användning av modern informationsteknik inom den offentliga sektorn

De nordiska länderna kan nog sägas ha varit föregångsländer beträffande ”digitaliseringen” av den offentliga förvaltningen. I Sverige drevs den utvecklingen fram bl.a. därför att välfärdsstatens socialförsäkringsprogram förutsatte en automatiserad registerföring av hög standard. Myndigheterna byggde tidigt upp olika typer av dataregister som blev centrala i kärnverksamheten. Utvecklingen av s.k. e-förvaltning blev också tidigt ett viktigt medel för att genomföra besparingar och effektiviseringar i förvaltningen. När internet slog igenom på allvar på 1990-talet hade myndigheterna redan en relativt hög tekniskmognad och e-tjänster blev ett sätt att underlätta kontakten utåt. Syftet var att myndigheterna skulle öka tillgängligheten av tjänsteutbudet. Strategin byggde på en redan framgångsrik tradition där myndigheterna själva bestämde hur informationsteknik bäst skulle användas för att utveckla sin verksamhet. Elektroniskt informationsutbyte kunde vidare ersätta andra metoder att utbyta information mellan myndigheter.

De allra flesta myndigheter har idag webbaserade e-tjänster som vänder sig till medborgare och företag. Några svenska exempel är Skatteverkets och Försäkringskassans e-tjänster för skattedeklarationer, begäran om sjukpenning m.m. Hos många kommuner kan invånarna via internet välja skola, ha kontakt med vården, ansöka om ekonomiskt bistånd eller bygglov m.m. Många myndigheter, t.ex. Försäkringskassan, Migrationsverket och polismyndigheterna, har vidare möjligheter att arbeta med digitala ärendehanteringssystem. I en elektronisk akt samlas all information i ett ärende i digital form. Ett digitalt ärendehanteringssystem består normalt av ett elektroniskt diarium, ett elektroniskt system för handläggning i elektroniska akter, där även skannade inlagor på papper lagras, och ett digitalt arkiv. Inom den offentliga hälso- och sjukvården sker vårddokumentation med patientjournalföring m.m. med hjälp av elektroniska informationssystem.

I Sverige antogs år 2000 strategin för s.k. 24-timmarsmyndigheter, myndigheter som ska vara elektroniskt tillgängliga dygnet runt för informationsinhämtande, ärendehantering

eller annan service. Enligt den nu gällande strategin för samverkande statsförvaltning ska den enskilda medborgarens och företagarens behov vara i centrum för utvecklingen av framtidens digitala samhällsservice. Fler förvaltningsgemensamma digitala tjänster ska bidra till att förenkla vardagen för privatpersoner och företag. De ska utformas efter användarnas behov, vara enkla och säkra att använda och lätta för medborgare att hitta. Genom att göra det lättare att hitta och använda sådan statlig information som kan vidareutnyttjas och sådana statliga tjänster som har gränssnitt som kan användas av andra system ska innovation stödjas. Publicering av offentlig information via internet och användning av sociala medier ska öka möjligheterna till insyn och delaktighet. Kvaliteten och effektiviteten i statsförvaltningen ska öka genom standardiserad informationshantering, förbättrad informationssäkerhet och digitaliserade processer.

Tes 1: Det allmänna har ett ansvar för att vidta adekvata åtgärder för att motverka den ökade risk för önskad spridning av information inom och mellan myndigheter som den moderna informationstekniken innebär.

I takt med att tekniken för att hantera information automatiserat inom en myndighet och för att överföra information mellan myndigheter har blivit alltmer avancerad och förfinad har den automatiserade informationshanteringen kommit att bli mer regel än undantag. Utvecklingen har gått från manuella utlämnanden av information mellan myndigheter, t.ex. genom brev- eller telefonförfrågningar, till elektroniska former av informationsutbyten, t.ex. via e-post, olika former av elektronisk åtkomst till varandras informationssamlingar, m.m.

Den tekniska utvecklingen har också inneburit att själva volymen av offentlig information har ökat. Den elektroniska informationshanteringen innebär t.ex. att myndigheternas databaser av drifts- och säkerhetsskäl kan behöva kopieras i flera steg och att stora mängder information kan behöva lagras förhållandevis länge, bl.a. för att genom loggning möjliggöra efterhandskontroll av systemens funktion och säkerhet. Den moderna tekniken har vidare inneburit att de ekonomiska incitamenten för att rensa i informationsmängderna minskat eftersom lagringskostnader, utrymmeskrav osv. inte längre är faktorer som verkar i sådan riktning. Att lagra digital information är billigt och tar ingen plats.

Att en myndighet har elektronisk åtkomst till en annan myndighets register, databaser eller andra informationssamlingar är alltså numera en integrerad del av informationsutbytet mellan myndigheter och därmed en naturlig del i myndigheternas verksamhet. Formerna och sätten för elektroniskt informationsutbyte mellan myndigheter kan se olika ut. När mottagaren ges möjlighet att själv bereda sig elektronisk tillgång till och ta del av den utlämnande myndighetens informationssamlingar, antingen i dess helhet eller enligt på förhand fastställda kriterier för tillgång till vissa kategorier av uppgifter, brukar man använda uttrycket direktåtkomst.

Ett exempel på ett register som ett stort antal myndigheter men även företag och andra enskilda har direktåtkomst till är det statliga personadressregistret, SPAR. Det är ett offentligt register som omfattar alla personer som är folkbokförda i Sverige. I registret ingår även personer som fått samordningsnummer och vars identitet är fastställd. Uppgifterna i SPAR uppdateras varje dygn med uppgifter från folkbokföringsregistret. För att få ta del av folkbokföringsuppgifter i SPAR finns olika behörighetsnivåer. Grundbehörigheten ger tillgång till aktuella uppgifter om namn, person- eller samordningsnummer, födelsetid, adress och folkbokföringsort. I denna behörighet ingår även att kunna ta del av förekommande

historikuppgifter, maximalt tre år bakåt i tiden. Kreditupplysningsföretag, banker, myndigheter m.fl. kan ges tillgång till ytterligare vissa folkbokföringsuppgifter i SPAR, medan endast polismyndigheterna och Tullverket har tillgång till samtliga uppgifter i registret.

Skatteverkets beskattningsdatabas är ett annat exempel på en databas som omfattar uppgifter om ett stort antal personer och som används inte bara av Skatteverket utan även av andra myndigheter som får ha direktåtkomst till databasen. Kronofogdemyndigheten får t.ex. ha tillgång till databasen för att kunna ta fram vissa angivna uppgifter i pågående skuldsaneringsärenden. Även Tullverket och socialnämnder får under vissa i lag angivna förutsättningar ha direktåtkomst till beskattningsdatabasen.

Socialförsäkringsdatabasen är också ett exempel på en särskilt reglerad nationell databas som omfattar uppgifter om ett mycket stort antal personer och som används inte bara av Försäkringskassan och Pensionsmyndigheten utan även ett antal andra aktörer.

Det finns även s.k. myndighetsgemensamma databaser som flera myndigheter såväl har tillgång till som möjlighet att komplettera med egna uppgifter. Ett exempel är regleringen om sammanhållen journalföring i patientdatalagen (2008:355). Regleringen innebär en möjlighet för vårdgivare, även privata sådana, att både ge och få elektronisk tillgång till uppgifter om patienter som finns hos annan vårdgivare, dvs. uppgifter som finns i varandras journalhandlingar eller i annan vårdokumentation.

Uppgifter i elektronisk form kan hos myndigheterna alltså numera vara tillgängliga för ett mycket stort antal anställda. Den moderna tekniken kan innebära att inom större myndigheter kanske tusentals handläggare kan ha teknisk tillgång till samma informationsmängder även om det vid varje tillfälle kanske bara är en handfull som har anledning att ta del av en viss uppgift för sitt arbete. Det är en väsentlig skillnad mot den tid då det fanns en enda pappersbaserad akt i ett visst ärende och det bara var en handfull handläggare och beslutsfattare som hade fysisk tillgång till den. Att så många inom förvaltningen har tillgång till så mycket information om enskilda kan i sig upplevas som ett intrång i privatlivet. Det ökar givetvis också risken för att personuppgifter sprids till obehöriga, dels inom dels utanför myndighetssfären. Det är onekligen en viss skillnad om t.ex. en patients sjukjournal bara är tillgänglig för patientens egen läkare eller för en handfull personer på den lokala vårdcentralen mot att 25 000 anställda inom hela den regionala offentliga vårdapparaten har elektronisk tillgång till den. Erfarenheten visar tyvärr att även om det rättsligt sett bara är den som har anledning att ta del av uppgifter i en viss sjukjournal som också har lov att göra det, så sker det återkommande övertramp i form av dataintrång.

I personuppgiftslagen ges vissa grundläggande krav på all behandling av personuppgifter. Den personuppgiftsansvarige, vilket oftast är den organisation där personuppgifterna behandlas, ska se till att personuppgifter behandlas bara om det är lagligt samt att personuppgifter alltid behandlas på ett korrekt sätt och i enlighet med god sed. Vidare ska personuppgifter samlas in bara för särskilda, uttryckligt angivna och berättigade ändamål. Personuppgifterna får inte sedan behandlas för något ändamål som är oförenligt med det för vilket uppgifterna samlades in.

Med personuppgiftsansvaret följer indirekt ett krav på tekniska och administrativa åtgärder för att garantera att personuppgiftslagen följs vid behandlingen, t.ex. i fråga om att de grundläggande kraven i 9 § iakttas inom verksamheten. I 30 och 31 §§ finns bestämmelser om att den personuppgiftsansvarige ska organisera arbetet för att garantera säkerheten för personuppgifter som behandlas. Dessa bestämmelser är i princip identiska med motsvarigheterna i artikel 16 och 17 i dataskyddsdirektivet. Direktivet föreskriver således inte någon konkret

sikkerhetsåtgjerd som ska eller bør vidtas utan ger en kortfattet og allmunt hullen opprjeking av de faktorer som ska beaktas av den personoppgiftsansvarige. Vid tolkningen av vad for slags atgjerder som krjvs ger ingresspunkt 46) viss vjledning. Der anges att skyddet for de registrerades fri- og rettigheter forutsatter at lamplige tekniske og organisatoriske atgjerdar vidtas bade nar systemet for behandlingen utformas og nar sjalva behandlingen sker for at pa sa satt hindra otillaten behandling. Det maste alltsa finnas sikkerhetsatgjerdar som ar proaktive.

Nar personoppgifter overføres mellom myndigheter oppstar frjager om vem som ar ansvarig for att personoppgiftene skyddas under og efter overforingen avseende dels risken for att personoppgiftene blir atkomlige for utomstjende eller forstors, dels hur oppgiftene kommer att skyddas internt hos den mottagende myndigheten. Utgangspunkten torde har vara att ansvaret foljer personoppgiftsansvaret. Deremot ar det inte alltid sa latt att sla fast hur personoppgiftsansvaret avgransas da flera myndigheter ar involverede i en personoppgiftsbehandling, t.ex. vid direktatkomst.

Den svenske personoppgiftslagen kompletteras av ett stort antal myndighets- eller sektorsspesifikke reglinger som brukar kallas registerforfatninger. Men inte heller da personoppgiftsansvaret reglerats i en sadan registerforfatning star det helt klart vad som gjaller i enskilda fall angjende vilken rekkevidd t.ex. en utlamnende myndighets personoppgiftsansvar for en mottagende myndighets anvjndning av ett register har nar det handler om frjager som gjaller nar, hur og varfor mottagarmyndighetens personal gor sokninger i registret.

Att sla fast vilke tekniske og organisatoriske sikkerhetsatgjerdar m.m. som krjvs for en god informasjonssikkerhet og internt integritetsskydd lampar sig normalt inte for forfatningsreglering. Den tekniske utvekklingen og ovriga foranderlige forholdene medfor krav pa stor fleksibilitet og en detaljniva som innebjar begrensade mojligheter att pa ett haltbart satt reglere frjager av det slaget. I en stor mengde registerforfatninger saknas derfor saerskildede regler om sikkerhet og ”internt integritetsskydd”. Dock forekommer det i en del registerforfatninger bestemmelser som syftar till att presisere de allmuntne kravene pa informasjonssikkerhet i personoppgiftslagen. Det forkommer t.ex. bestemmelser som villkorar ett utlamnende via direktatkomst genom krav pa att den utlamnende myndigheten forst forsikrar sig om att handleggere hos den mottagende myndigheten bare kan ta del av oppgifter om personer som ar aktuelle i arenden hos den myndigheten.

En sadan reglering finns i 114 kap. 22 og 23 §§ sosialforskringsbalken. Enligt dessa bestemmelser kan Forskringskassen medge kommunernes sosialnmdner direktatkomst till sosialforskringsdatabasen – som alltsa inneholder oppgifter om befolkningen i hela riket – under forutsattning att kassen forst forsikrat sig om att handleggere hos sosialnmdnerne bare kan ta del av oppgifter som ar aktuelle i arenden hos nmdnen.

Den svenske uavhengende tilsynsmyndigheten pa dataskyddsomradet – Datainspektionen – fann vid inspektion av informasjonsutbyttessystemet avseende sosialforskringsdatabasen att det saknades tekniske atkomstbegrensninger og att Forskringskassen inte forsikrat sig om att handleggere hos nmdnerne bare kan ta del av oppgifter om personer som ar aktuelle i arenden hos en mottagende sosialnmdnd. Fra integritetssynpunkt var det enligt Datainspektionen inte tilfredsstillende att handleggere hos sosialnmdnerne inte endast ges tilgang till oppgifter om personer som ar aktuelle i ett arende utan aven till oppgifter som for befolkningen i ovrigt. Datainspektionen forelade derfor Forskringskassen att opphore med att ge sosialnmdnerne atkomst till oppgifter ur sosialforskringsdatabasen.

Forskringskassen overklagade Datainspektionens beslut hos Forvaltningsretten i Stockholm og gjorde gjallende att det inte var frjage om direktatkomst utan en annen form

av elektroniskt utlämnande och att lagens krav på åtkomstbegränsning därför inte gällde. Förvaltningsrätten avslög emellertid Försäkringskassans överklagande. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 14 februari 2014, mål nr 189-13, också kommit till slutsatsen att den aktuella informationsöverföringen är att bedöma som direktåtkomst och att Datainspektionens föreläggande därför var befogat.

Det inträffade visar att det kan vara förenat med svårigheter att genom myndighetsspecifika föreskrifter åstadkomma ett förstärkt integritetsskydd vid elektroniskt informationsutbyte mellan myndigheter. Allmänna föreskrifter om säkerhetsåtgärder är å andra sidan tämligen trubbiga instrument eftersom de tekniska och praktiska förutsättningarna kring olika system för informationsutbyte varierar i hög grad. Detsamma gäller beträffande det interna integritetsskyddet. I stor utsträckning torde det därför i realiteten ankomma på myndigheterna själva att ta ansvar för frågor om säkerhet till förmån för enskilda registrerade vid personuppgiftsbehandling, t.ex. genom att noga och uppmärksamt beakta behovet av åtkomst- och lagringsbegränsningar av olika slag. Det finns dock en risk att det blir effektivitetsaspekter, intresset av driftsäkerhet och risk för intrång utifrån m.m. som tenderar att prioriteras vid överväganden rörande informationssäkerhet. För att medborgarna ska ha förtroende för myndigheternas verksamhet krävs det emellertid att myndigheterna arbetar aktivt för att upprätthålla en tillfredsställande skydds nivå i sina elektroniska system och det kostar både i resurser och i reda pengar.

Min andra tes är följande:

Tes 2: Vid avsiktlig spridning av information från det offentliga måste informations- och verksamhetsintressen vägas mot intresset av skydd för den personliga integriteten.

Det är i dagens samhälle i hög grad via internet myndigheterna kommunicerar med medborgarna. Medborgarna efterfrågar samhällsinformation och myndigheterna har ett intresse av att informera om den egna verksamheten. Denna kommunikation sker enklast och billigast genom att information tillhandhålls på myndigheternas webbplatser eller via sociala medier och det också där allmänheten numera förväntar sig att återfinna den.

Det kan tyckas att dataskyddslagstiftningen inte rimligen kan få lägga hinder i vägen för ett sådant tillhandahållande av angelägen samhällsinformation, särskilt inte om uppgiften att sprida information ingår i en myndighets uppdrag. Men när myndigheter – inklusive domstolar – tillhandahåller personuppgifter utan en bakomliggande begäran från någon enskild med stöd av 2 kap. tryckfrihetsförordningen ska myndigheten, i den mån det inte finns särskild reglering som är tillämplig, tillämpa personuppgiftslagens regler på den behandling som själva utlämnandet utgör. Så är t.ex. fallet när myndigheter tillhandahåller uppgifter ur allmänna handlingar på eget initiativ via t.ex. internet. Myndigheterna måste alltså följa dataskyddslagstiftningen även om syftet med publiceringen är att ge allmänheten insyn i offentliga handlingar. Detta innebär att frågan om viss information alls kan publiceras på internet eller om det t.ex. krävs att informationen först bearbetas i syfte att anonymisera den måste avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Den bedömningen är i sin tur beroende av olika faktorer där uppgifternas relativa känslighet och det sammanhang de förekommer i är av central betydelse. Bedömningen kan således innefatta delikata avvägningar mellan motstående intressen. Följande två exempel kan tjäna som illustration till det sagda.

Justitieombudsmannens publicering av personoppgifter i en praxisdatabas på internet

I mars 2010 tog Datainspektionen emot ett klagomål från en person vars personoppgifter fanns publicerade på en webbplats tillhörande Riksdagens ombudsmän, JO. Personoppgifterna fanns angivna i ett beslut som hade fattats av JO i ett ärende som hade föranletts av en anmälan till JO från den klagande. Datainspektionen inledde tillsyn mot JO och begärde svar på frågor angående den behandling av personoppgifter som förekommer vid publicering av beslut i JO:s praxisdatabas. Under ärendets handläggning tog Datainspektionen emot ytterligare ett klagomål, nu från en befattningshavare som var namngiven i ett beslut som fanns publicerat på JO:s webbplats.

JO anförde i yttrande till Datainspektionen bl.a. följande. JO:s gransknings- och tillsynsverksamhet bedrivs traditionellt under största möjliga öppenhet, vilket bl.a. har satt präg på de sekretessbestämmelser som gäller för JO:s verksamhet. Utrymmet för sekretess hos JO för en klagandes, i anmälan uppgivna, identitetsuppgifter är således mycket begränsat. Myndigheten gör bedömningar av behovet av anonymisering i varje enskilt fall i samband med att ett tillsynsärende avslutas och beslut expedieras. Vid denna bedömning tas hänsyn till alla former av publicering som kan bli aktuella, t.ex. originalbeslut på papper, tryckning av referat i JO:s ämbetsberättelse och publicering på JO:s webbplats. Det innebär att ett JO-beslut förekommer i endast en utformning. Om beslutet ska publiceras på webbplatsen tas hänsyn till kraven enligt personuppgiftslagen redan vid bedömningen av anonymiseringsbehov i samband med ärendets avgörande. I de fall anonymisering anses nödvändig, ersätts normalt personnamn med initialer. I vissa fall, då en persons initialer bedöms vara alltför lätt identifierbara, används i stället ”NN”. De personuppgifter som anonymiseras avser mestadels anmälare eller andra privatpersoner som nämns i besluten.

Beträffande de offentliga befattningshavare som blir föremål för kritik från JO:s sida uppgav JO att anonymisering principiellt inte sker. JO:s ståndpunkt är att det förhållandet att JO finner skäl att kritisera befattningshavare, för icke rättsenligt eller olämpligt handlande, inte är att betrakta som en kränkning av dennes personliga integritet. Öppenhet i detta avseende är tvärtom ett väsentligt inslag i det ansvarsutkrävande vid myndighetsutövning som utgör kärnan i JO-ämbetets uppdrag.

I tillsynsärendet (dnr 663-2010) anförde Datainspektionen bl.a. följande. Enligt JO:s uppfattning medför inte publicering på webbplatsen av blott och bart det faktum att någon har gjort en anmälan till JO någon integritetskränkning. JO anser därför att det inte finns skäl att rutinmässigt anonymisera anmälaren i alla beslutsdokument som publiceras i praxisdatabasen. Däremot kan kontexten vara sådan, att publiceringen av anmälarens namn innebär en integritetskränkning p.g.a. de kopplingar som kan göras till andra uppgifter av känslig natur, som framgår av beslutet. I motsats till JO anser Datainspektionen att det inte kan uteslutas att bara det förhållandet att en person har gjort en anmälan till JO kan vara besvärande för anmälaren, t.ex. vid ansökan om anställning. Det kan till t.o.m. vara så att vetskapen om att namn på anmälare kan bli tillgängligt för sökning på internet avhåller enskilda från att göra anmälan till JO. Mot den bakgrunden kan syftet med att publicera beslut i JO:s praxisdatabas – allmänhetens insyn, ansvarsutkrävande och spridning av rättsinformation – i princip inte motivera det intrång i den personliga integriteten som dessa personer utsätts för genom publiceringen på internet. Öppen publicering av namn på anmälare och andra privatpersoner i JO:s praxisdatabas på internet bör därför normalt sett inte vara tillåten.

Beträffande publicering av personuppgifter rörande befattningshavare uttalade inspektionen bl.a. följande. Såsom Datainspektionen tolkar JO:s redogörelse är syftet med internetpubliceringen i första hand att ge allmänheten insyn i JO:s verksamhet. Därutöver torde ett syfte med databasen vara att sprida kunskap om de rättsliga bedömningar som kommer till uttryck i besluten, med avsikt att ge myndigheter och befattningshavare vägledning för hur de ska agera på ett korrekt sätt. Behovet av att uppnå dessa syften ska vägas mot det intrång i den personliga integriteten som publiceringen kan leda till. En uppgift om att en befattningssinnehavare har blivit kritiserad av JO kan få betydande konsekvenser för befattningshavaren även utanför tjänsten. Det bör även beaktas att syftet tycks vara att publicerade beslut ska tillhandahållas utan begränsning i tid. Det som gör publiceringen i detta fall särskilt integritetskänslig är sättet för publiceringen. Redan med hjälp av sökfunktionen i JO:s praxisdatabas kan man, med relativt enkla handgrepp, ta fram omfattande sammanställningar av befattningshavare som blivit kritiserade av JO. Publicering på webben innebär dessutom att uppgifterna blir avsevärt mer lättillgängliga, framför allt med hjälp av s.k. sökmotorer och olika möjligheter till sammanställningar och återanvändning av material som finns tillgängliga på internet. Vid sökning med hjälp av sökmotorer på internet finns också risken att en sökning på ett visst namn, som görs av helt andra skäl än att finna ut om personen varit föremål för granskning av JO, också kommer att omfatta uppgiften om att personen i fråga har kritiserats av JO.

Mot den angivna bakgrunden kom Datainspektionen till slutsatsen att även publicering av namn på befattningshavare i JO:s praxisdatabas på internet normalt sett inte bör vara tillåten.

Datainspektionens påpekanden har föranlett den ändringen i funktionaliteten i JO:s praxisdatabas att det inte längre är möjligt att söka på anmälares namn.

Publicering av uppropslistor på Gotlands tingsrätts webbplats

En tingsrätt är enligt förordningen (1996:381) med tingsrättsinstruktion skyldig att för varje dag det hålls sammanträde för huvudförhandling eller andra sammanträden upprätta en förteckning över de mål och ärenden som har utsatts till förhandling (uppropslista). På uppropslistan ska det för varje mål och ärende anges när förhandlingen beräknas börja. Under rättegångsdagen ska uppropslistan hållas tillgänglig på rättens kansli och vara anslagen på lämplig plats i den lokal där rätten sammanträder.

Det finns alltså ett författningsreglerat krav på att en tingsrätt ska ha uppropslistor. De har en praktisk funktion men också betydelse för den offentlighet som föreskrivs för förhandlingar i domstol. Att uppropslistorna innehåller namn på parterna är inte ett krav enligt förordningen men ökar möjligheten för såväl parter, vittnen som allmänheten att orientera sig bland förhandlingarna.

Gotlands tingsrätt publicerade sina uppropslistor på tingsrättens webbplats. Med anledning av detta inledde Datainspektionen i april 2012 tillsyn avseende tingsrättens behandling av personuppgifter vid publiceringen (dnr 655-2012). Inspektionen hade tagit del av de uppropslistor som fanns publicerade på tingsrättens webbplats den 17 april. Uppropslistorna omfattade bl.a. brottmål, tvistemål och konkursärenden. Parterna i målen angavs med för- och efternamn. Bland brottmålen angavs saken röra bl.a. grov misshandel, egenmäktighet med barn, grovt brott, skattebrott och olaga förföljelse. I de flesta tvistemål avsåg saken fordran men i uppropslistorna fanns det även mål angående vårdnad .m.m.

Gotlands tingsrätt anförde i yttrande att Datainspektionen på konstitutionell grund

var forhindrad att granska domstolens rättstillämpning avseende webbpubliceringen av oppropslistorna, att personoppgiftslagen inte var tillämplig eftersom publiceringen grundade sig på offentlighetsprincippet *samt* att tingsrätten under alla förhållanden på ett korrekt sätt tillämpat regleringen i personoppgiftslagen. Tingsrätten uppgav vidare att syftet med publiceringen var att lämna information om tingsrättens verksamhet. Att lämna informationen via webbplatsen innebär att alla har möjlighet att ta del av uppgifterna vilket är av betydelse för offentlighetsprincippet – som enligt tingsrätten innebär att den som har information aktivt ska verka för att göra den allmänt tillgänglig – och besparar också kanslipersonalen arbete. Enligt tingsrätten fyllde oppropslistorna ingen funktion utan parternas namn.

Datainspektionen fann att bedömningen av lagligheten av tingsrättens publicering på internet av namn på parter som ska ha förhandling inte hade något samband med prövningen av själva saken i de ärenden som dessa personer är involverade i och att det allmänna inte kan hävda en egen rätt med stöd av offentlighetsprincippet.

Vad beträffar publiceringens förenlighet med personoppgiftslagen uttalade Datainspektionen bl.a. följande. Tingsrättens namnpublicering på webbplatsen avser personer som är parter i mål och ärenden där några avgöranden ännu inte har fattats. Uppgifterna avser i detta fall även personer som är misstänkta i brottmål. Att publiceringen sker på domstolens webbplats innebär att uppgifterna kan komma att sparas, spridas och även ge träff vid sökning genom olika typer av sökverktyg som erbjuds på internet. Tingsrätten har ingen möjlighet att begränsa uppgifternas tillgänglighet i vare sig tid eller rum. Sökningar på internet sker som regel på allt material som finns på webben, om inte en särskild överenskommelse skett mellan dem som tillhandahåller sökmotorer och dem som publicerar uppgifter att vissa uppgifter ska undanhållas. Tingsrätten säger sig inte känna till att någon särskild överenskommelse skett. Det innebär att om en sökning sker på ett visst namn kan dennes delaktighet i ett mål eller ärende vid tingsrätten framkomma trots att sökningen gjordes av helt andra skäl. Denna möjlighet att söka, samla och spara uppgifter över hela världen gör publiceringar på webben särskilt integritetskänsliga.

I det aktuella fallet hade det publicerats bl.a. uppgifter om personer som var brottsmisstänkta men inte dömda. Det var enligt Datainspektionen uppenbart att det kunde orsaka enskilda stort obehag att dessa uppgifter spreds. Även andra mål som vårdnadsmål, konkursärenden osv. kan orsaka obehag och besvär för den enskilde. Tingsrättens publicering utgjorde därför en kränkning och stred således mot personoppgiftslagen. Datainspektionen förelade därför Gotlands tingsrätt att upphöra med att publicera oppropslistor innehållande namn på fysiska personer som är parter i mål och ärenden på domstolens webbplats.

Tingsrätten överklagade beslutet hos Förvaltningsrätten i Stockholm som avslag överklagandet. Kammarätten i Stockholm avslag tingsrättens överklagade av förvaltningsrättens dom. Tingsrätten överklagade hos Högsta förvaltningsdomstolen men har sedermera återkallat överklagandet.

Datainspektionen har generellt rekommenderat att myndigheterna ska vara varsamma vid sådan publicering av personoppgifter på internet som sker utan särskilt författningsstöd. Sådan varsamhet är särskilt påkallad när det gäller publicering av myndighetsbeslut som riktas mot namngivna medborgare. Förutom risken för att enskilda avstår från att kontakta myndigheter, kan det ifrågasättas om en enskild ska behöva räkna med att dennes personoppgifter kan bli tillgängliga för sökning på internet när denne tar kontakt med en myndighet.

Enbart det förhållandet att det handlar om icke sekretessbelagd information innebär alltså inte att det är fritt fram att publicera den på internet. Exemplet ovan visar emellertid

att det kan råda delade meningar om vilken sorts uppgifter som är av det slaget att de är för känsliga för sådan publicering. Det kan uppenbarligen också råda delade meningar om vikten av motstående verksamhets- och informationsintressen.

Hur en avvägning faller ut är givetvis beroende på bl.a. vilken myndighet det gäller, vilket slag av uppgifter det är fråga om och vilket sammanhang uppgifterna förekommer i. Men det kan knappast råda någon tvekan om att en sådan avvägning måste göras innan en myndighet väljer att publicera personuppgifter på internet. Frågan är emellertid vilka kriterier som bör vara styrande vid den bedömningen. Ska t.ex. uppgifternas relativa känslighet bedömas i ljuset av den ”profil” en viss myndighet anser sig ha och bör vissa myndigheter vara mer återhållsamma än andra?

Min tredje tes är följande.

Tes 3: Privat spridning av offentlig information i stora mängder eller sammanställd på ett sätt som inte sker hos det allmänna ökar risken för kränkningar av enskilda vilket kan leda till mer sekretess och därmed minskad insyn i det allmännas verksamhet.

Sökningar på internet sker som regel på allt material som tillhandahålls där om inte särskilda överenskommelser har träffats mellan dem som tillhandahåller sökmotorer och den som publicerar uppgifter om att vissa uppgifter ska undanhållas. Uppgifter som en gång publicerats öppet på internet kan i princip obehindrat sparas och återanvändas av vem som helst utan att den som ursprungligen tillhandahöll materialet kan påverka eller förhindra detta. Det är vidare – vilket också torde vara allmänt bekant – i princip omöjligt att få uppgifter som redan finns öppet tillgängliga via internet utplånade.

Det är bl.a. detta som är förklarar varför den i Sverige grundlagsstadgade rätten att få ta del av allmänna handlingar fortfarande är begränsad till att få del av en handling på stället hos den myndighet där den förvaras eller i form av papperskopia eller utskrift. Visserligen tillgodoser myndigheterna numera i betydande grad framställningar om att få ta del av allmänna handlingar i elektronisk form, t.ex. via e-post, och det har diskuterats att modernisera offentlighetsprincipen genom att införa regler om rätt till elektronisk kopia. Så har emellertid inte skett, väsentligen med hänsyn till den ökade risken för integritetskränkningar. Offentlig information i elektronisk form kan mycket snabbt vidare spridas ”illojalt”, inte minst via sociala medier.

Den som i dag med stöd av offentlighetsprincipen begär ut stora mängder offentlig information eller begär särskilda registerkörningar (s.k. potentiella handlingar) får alltså som huvudregel finna sig i att betala föreskriven avgift per sida för utskriften. Det kan bli kännbara belopp om det handlar om stora informationsmängder. Visserligen är det inget som hindrar att utskrifterna efter utlämnandet omedelbart omvandlas till information i elektronisk form genom att skannas men kostnader och logistik antas i viss mån motverka s.k. okynnesuttag och vidare spridande av informationen genom t.ex. publicering på internet.

Att publicera personuppgifter på internet är ett sätt att behandla personuppgifter. Nätpubliceringar omfattas alltså av personuppgiftslagen. Det finns emellertid några viktiga undantag från den svenska personuppgiftslagens tillämpningsområde. Bestämmelserna i lagen tillämpas inte i den utsträckning det skulle strida mot grundlagsbestämmelserna om tryck- och yttrandefrihet (7 § första stycket). I princip ska inte heller personuppgiftslagens bestämmelser tillämpas för journalistisk, konstnärlig eller litterär verksamhet (7 § andra stycket). Vidare anges i personuppgiftslagen att lagen inte gäller i den mån det skulle inskränka offentlighetsprincipen (8 § första stycket).

Detta innebär att personoppgiftslagen i princip inte gäller när personoppgifter lämnas ut i form av allmänna handlingar med stöd av best mmelsene i 2 kap. tryckfrihetsförordningen. Däremot blir lagen tillämplig på den behandling som den som beg r ut informasjonen eventuelt kan komma åt ägna sig åt, t.ex. att publicera den på internet. Dette gäller dock inte om verksamheten  r av det slaget att den skyddas av grundlagsbest mmelsene om tryck- og yttrandefrihet. Såvitt avser databastjenster på internet kan i princip vem som helst åstadkomme ett sådant grundlagskydd genom att hos Myndigheten för radio og tv till en smärre kostnad skaffe sig ett s.k. utgivningsbevis.

I januar 2014 lanserades i Sverige en ny webbtjenst kalled Lexbase. Tjensten lämnade ut oppgifter om bl.a. dömda personer og var de bodde. Mot betaling kunde vem som helst söka fram domar via navn, personnummer eller adress. Det fanns ogs a en kartfunktion som gjorde att man kunde se var dömda personer bodde. Mot en avgift av 49 kr kunde man se vad en person d mtes f r og f r 79 kr kunde man ladda ner en digital kopia av själva domene. Men kartfunksjonen som sådan var alltså gratis og fungerade som lockbete. Lexbase beskrev sig själv som banbrytende. Besökarna kunde ”söka i miljontals r ttsdokument från samtlige rättsområden og databasen oppdaterades varje dag med nye domar og beslut samt dagboksblad från samtlige domstolar”. Enligt egne oppgifter hade Lexbase vid öppnandet tolv millioner sider i sitt arkiv som bestod av domar og beslut som begärts ut från domstolar med stöd av offentlighetsprinciplen.

Tjensten vållade omgående en omfattende debatt. Många människor blev djupt oppr rde över vad som beskrevs som ett privat straffregister og utpekede personer kände sig kränkta. Vem som helst kunde se om grannen var dömd men bara den som betalade fikk veta för vad, vilket somlige utpekede personer oppfattede som s rskilt kr nkende eftersom man hängdes ut som dömd i st rste allmänhet utan beaktande av om det var fråga om en ren ordningsförseelse eller ett grovt brott. Ett annat problem var att oppgifterna bakom klickpilarna kunde vara så pass gamle som fem år og att det därför kunde vara andre personer än den som d mtes för brott som bodde på den utpekede adressen.

Samtidig var det uppenbarligen en tjenst som lockade. Enligt oppgift hadde Lexbase under det første dygnet tjensten var öppen ca en million bes kere. Efter några dagar visade det sig emellertid att tjensten hadde hackats og att filer med oppgifter om ett mycket stort antal dömda personer fått spredning på internet. Lexbase stängdes då av det foretag som tillhandahöll serverfunksjonen under åberopande av bristende s kerhet. Enligt obekr ftede mediaoppgifter genererade Lexbase totalt tre millioner kroner i innt kter under de få dager tjensten var i gång. Efter stängningen aviserade Lexbase i media att man tänkte starta verksamheten på nytt men med en annan tillhandah llere av serverfunksjonen.

Enligt personoppgiftslagen gäller ett generelt förbud för andre  n myndigheter att behandle personoppgifter om lagovertr delser som innefattar brott. Oppm rksamheten kring Lexbase ledde naturligt nog snabbt till ett sterkt tryck på Datainspektionen att agere. Inspektionen förklarade att om personoppgiftslagen hadde gällt så skulle man ha stängt Lexbase men eftersom tjensten hadde utgivningsbevis og dermed grundlagsskydd så var inspektionen maktlös og kunde inte ingripa. Företrädare för Lexbase framh llt att databasen uteslutende bestod av allmänt tilgjengelige offentlige dokument från domstolar og att den var fullt laglig. Om statsmakterne ville inkr nke möjligheten att tillhandahålla offentlige dokument av det nu aktuelle slaget så fikk man vel sekretessbel gge dem. Från motsatt h ll höjdes r ster för att komme  t problemet genom att  ndre grundlagen eftersom den ”missbrukades”.

Om en publicering har grundlagsskydd gäller alltså inte personuppgiftslagen. Datainspektionen har då inga befogenheter att ingripa och lagens skadeståndsregel kan heller inte tillämpas. Det finns inga förutsättningar för att i efterhand beivra ett privatlivsintrång i form av otillåten personuppgiftsbehandling inom ramen för grundlagarnas tillämpningsområde. Det enda remedium som står till buds är att driva åtal för tryck- och yttrandefrihetsbrottet förtal. För gemene man är detta inte minst av kostnadsskäl i praktiken normalt sett inte en framkomlig väg. Att Justitiekanslern, som är ensam åklagare i mål om tryck- och yttrandefrihetsbrott, väcker allmänt åtal för förtal är sällsynt och så skedde heller inte i fallet Lexbase.

Man kan göra två reflektioner kring det inträffade. För det första att det mycket starka grundlagsskyddet för tryck- och yttrandefriheten i Sverige innebär att enskilda, som annars genom personuppgiftslagen skulle ha haft ett skydd mot att ”hängas ut” i privata brottsregister, inte kan göra så mycket åt saken om det sker i ett grundlagsskyddat medium. Men det är ett rent svenskt problem som inte ska diskuteras vidare här.

För det andra kan man konstatera att det kan finnas starka kommersiella intressen bakom ett vidareutnyttjande av offentlig information av det nu aktuella slaget. Det finns redan ett antal grundlagsskyddade webbtjänster där enskildas adress, telefonnummer och födelsedag m.m. masspubliceras. En webbplats där man enkelt kan kontrollera om barnvakten eller hantverkaren man tänkt anlita är straffad kan naturligtvis visa sig vara en efterfrågad service. I en värld där människor vant sig vid att googla andra individers bakgrund inför kontakter och möten vill man givetvis ha en så komplett bild som möjligt. Att ”hängas ut på nätet” handlar inte längre om att t.ex. ofrivilligt figurera på extremorganisationers hatlistor. Numera kan integritetskränkningar mycket väl vara en följd av ett tillhandahållande av känslig men likväl offentlig information som sker på rent affärsmässiga grunder.

Ett alltför vildvuxet vidareutnyttjande av offentlig information av det slaget kan emellertid leda till krav på ökad sekretess eller inskränkningar av yttrandefriheten. I den mån statsmakterna inte förmår upprätthålla en rimlig balans finns alltså en risk för att den digitala öppenheten kan bli kontraproduktiv genom att leda till begränsningar av den insyn och transparens i det allmännas verksamhet som är av sådan grundläggande betydelse för rättsstaten och demokratin.

Håndtering av komplekse straffesaker i domstolene

Høyesterettsdommer *Knut H. Kallerud*, Norge

Håndtering av komplekse straffesaker i domstolene

Straffesaksbehandling i Norden belyst ved to fiktive saker

Høyesterettsdommer *Knut H. Kallerud*, Norge

Behandling av straffesaker legger beslag på en vesentlig del av domstolenes kapasitet. Mange har inntrykk av at tidsbruken øker. I artikkelen redegjøres for en spørreundersøkelse gjennomført i Sverige, Danmark, Finland og Norge basert på to fiktive straffesaker. Undersøkelsen indikerer at det er betydelige ulikheter, særlig knyttet til det antall vitner som anses nødvendig og den tid som antas å gå med til hovedforhandlingen. Det reises spørsmål om bevisførselen er mer omfattende enn det som er nødvendig for å belyse skyld- og straffespørsmålet og pekes på muligheter for å bedre rettens styringsmuligheter.

1. Innledning

I Norge hevdes det ikke sjelden at behandlingen av straffesaker tar stadig lengre tid,¹ og – ikke minst – at saksavviklingen går betydelig raskere i våre naboland.² I Norge er det også atskillig oppmerksomhet om mulighetene for å effektivisere behandlingen av straffesaker.³

Blant annet gjennom de nordiske juristmøtene, studieturer, lovarbeid og annen kontakt med kolleger har mange dannet seg et inntrykk av det straffeprosessuelle regelverket i nabolandene. Innsikt i hvordan rettssaker praktisk foregår i de ulike land er kanskje noe mindre utbredt.

En systematisk kartlegging av om det er gjennomgående forskjeller i hvordan vi rent praktisk gjennomfører hovedforhandlingen i straffesaker i de nordiske land er så vidt vites ikke gjennomført. En vitenskapelig holdbar undersøkelse av dette ville være interessant, men kreve betydelige ressurser. Inspirert av de mange gode foredrag og analyser ved tidligere nordiske juristmøter fikk jeg den idé å utnytte det nettverk som juristmøtene utgjør til å foreta en uhyøytidelig undersøkelse av praksis belyst gjennom et par fiktive, men typiske, straffesaker. Resultatene presenteres nedenfor. Selv om undersøkelsen har klare svakheter, kan den likevel illustrere en del problemer, og forhåpentligvis anspore til erfaringsutveksling og diskusjon.

1 Riksadvokat Tor-Aksel Busch og daværende direktør i Domstoladministrasjonen Tor Langbach fastslår således i en kronikk i Aftenposten den 10. desember 2012 at det er «helt på det rene at domstolsbehandling i enkelte tilfeller tar stadig lengre tid».

2 Se for eksempel Tor Langbach og Torolv Groseth, «En sammenlignende gjennomgang av «Fadime»-saken og «Anoo-she-saken». Publisert på <http://www.domstol.no/no/Domstoladministrasjonenno/Publikasjoner/Rapporter>

3 Se bl.a. Ørnulf Øyen, Tidsskrift for Strafferett (TIS) nr. 2/2013 «Rettsens kontroll med bevisføringens omfang i straffesaker» og Jon Petter Rui i Lov og Rett (LoR) 2013 nr 3 «Mer effektiv gjennomføring av hovedforhandling i store straffesaker - Bruk av saksdokumenter, skriftlige redegjørelser og forberedende rettsmøte». Se også rapport 23. desember 2011 fra arbeidsgruppe nedsatt av Domstoladministrasjonen om «Ressurs- og tidsbruk i omfattende straffesaker, publisert på <http://www.domstol.no/no/Domstoladministrasjonenno/Publikasjoner/Rapporter/>. Tidsskrift for Strafferett inneholder i nr. 4/2013 en rekke artikler hvor behovet for reformer i straffeprosessen diskuteres, ikke minst fra et effektivitetssynspunkt.

2. Undersøkelsen

To fiktive saker

Undersøkelsen er basert på to saker jeg har konstruert med tanke på å få frem mulige ulikheter i hvordan vi behandler ordinære sakstyper i de nordiske land. Jeg har forsøkt å gjøre dem typiske ved å legge inn elementer som erfaringsmessig ofte forekommer i disse sakstypene. For å få frem eventuelle forskjeller i behandlingsmåten, la jeg i begge sakene inn opplysninger som jeg antok måtte være nokså perifere ved avgjørelsen av skyld- og straffespørsmålet.

For begge sakene stilte jeg en rekke detaljerte spørsmål til mine respondenter, særlig knyttet til hvilke bevis som kunne forventes å bli ført og hvor lang tid dette trolig ville ta. Jeg understreket at jeg ikke var ute etter den ideelle fremgangsmåte, men et representativt bilde av hvordan en normalsak, med ordinære aktører, sannsynligvis ville blitt håndtert.

De to sakene presenteres kort nedenfor. Den fullstendige versjonen og de tilknyttede spørsmål følger som vedlegg til artikkelen.

Respondentene

Gjennom de nasjonale styrene for de nordiske juristmøtene ble det valgt ut nasjonale kontaktpersoner for besvarelse av spørsmålene. Fra svensk side er spørsmålene besvart av hovrättsfiskalen Maria Winblad von Walter og advokaten Johan Eriksson, i Danmark av høyesteretsdommer Thomas Rørdam og i Finland av tingsdomare Petra Spring-Reiman. I Norge henvendte jeg meg til riksadvokaten som innhentet uavhengige svar fra statsadvokatembetene i Oslo, Troms og Finnmark, Hordaland og Det nasjonale statsadvokatembetet. Jeg takker alle respondentene for den innsats og tid de har lagt ned i besvarelsen av mine mange spørsmål.

Drap i parken

I denne saken beskrev jeg et drap begått i et rusmiljø hvor både den senere avdøde og tiltalte var straffedømt flere ganger tidligere. De to kom i høyrøstet krangel, og politiet fant den ene av dem med en kniv stukket dypt inn i brystet. Tiltalte erkjente at han hadde hatt tak i en kniv den aktuelle kvelden, og at han ville gi fornærmede en "lærepenge". Han erkjente ikke drap. Forklaringene han ga til politiet var lite konsistente.

Jeg la blant annet inn i saken at det var upresise opplysninger fra flere berusede personer om at den senere tiltalte hadde – eller ikke hadde – ropt noe til fornærmede. Informasjon om hvor kniven var kjøpt og om at helsepersonellet kom noe sent til stedet ble også nevnt. Det fremgår videre av saksbeskrivelsen at det var en barnefamilie til stede i parken og litt om hva familiemedlemmene kunne forklare.

Anklage om voldtekt på ungdomsfest

Hendelsen fant sted hjemme hos en 17 år gammel jente som benyttet anledningen til å ha fest i foreldrenes fravær. Det var et stort antall ungdommer til stede, og det ble konsumert atskillig alkohol. Ut på kvelden gikk to av ungdommene på et rom for seg selv. Det var enighet om at de hadde hatt samleie, men piken anmeldte dagen etter forholdet som voldtekt.

I saksfremstillingen nevnte jeg blant annet at det var foretatt DNA-analyser som viste biologiske spor fra den senere tiltalte, at det var en rekke vitner som hadde forlatt festen før de to gikk på rommet og at det var opplysninger om begge parter fra foreldre, lærere og venner mv.

Svakhetene ved undersøkelsen

Komparative undersøkelser er ikke enkle. Og mot min undersøkelse kan det utvilsomt rettes atskillige innvendinger. Jeg skal nevne noen av dem.

Respondentene arbeider i ulike deler av rettsvesenet og svar er bare innhentet fra en eller noen få personer. Utvalget er altså på ingen måte representativt.

Jeg la som nevnt opp til at svarene så vidt mulig skulle representere den typiske gjennomføringsmåten. Likevel kan det se ut til at noen av respondentene har hatt en form for «best practice» i tankene i enkelte av svarene.

Det er betydelige variasjoner i svarene fra de fire norske respondentene. Jeg tror nok at dette reflekterer en reell ulikhet. Men spredningen kan selvsagt også skyldes at de fiktive sakene, og mine spørsmål, viste seg å gi dårlig grunnlag for presise svar.

Det ligger også en svakhet i at det ikke finnes underlagsmateriale for de to fiktive sakene. Særlig fraværet av etterforskningsdokumenter har nok gjort besvarelsen av spørsmålene vanskeligere enn om det hadde vært reelle saker. Aktor og forsvarer vil selvsagt i en virkelig sak sette opp sine bevisoppgaver basert på en gjennomgang av blant annet vitneforklaringene. Her måtte man nøye seg med min korte, omtrentlige, oppsummering av hva de enkelte kunne fortelle.

Endret perspektiv

Mitt utgangspunkt var å forsøke å identifisere en nordisk praksis og mulige ulikheter. Særlig på grunn av det store spriket i svarene fra mine fire norske respondenter, har jeg dreid oppmerksomheten mer i retning av å beskrive mulige ulikheter uavhengig av land og å problematisere om det er grunnlag for disse forskjellene.

3. Noen hovedfunn

Innledning

Flere av de spørsmålene jeg stilte viste seg ikke å avdekke annet enn at vi i Norden gjør mye nokså likt. Jeg går selvsagt i liten grad inn på slike forhold, men har valgt ut noen funn som jeg tror kan gi grunnlag for erfaringsutveksling.

Omfanget av bevisførselen – særlig om vitner

Generelt – antall vitner

Hvilke vitner som bør føres for å belyse skyld- og straffespørsmålet for retten vil nødvendigvis bero på skjønn, og noen fasit finnes ikke.

Det er enighet om noen vitner som sikkert ville blitt ført. Det gjelder i drapssaken for eksempel et utenforstående vitne som mente å ha sett knivbruk i parken. Det samme gjelder vitner som har hørt utsagn som kan kaste lys over tiltaltes mulige motiv for drapet. I voldtektsaken er det likeledes enighet om at noen vitner som var til stede da fornærmede og tiltalte kom ut fra rommet, ville blitt ført. Det er også klart at fornærmedes venninne, som var med til voldtektsmottaket, ville blitt hørt.

I motsetning til hva jeg antok på forhånd, synes det også å være enighet om at det ikke ville være særlig aktuelt å føre «karaktervitner» – personer som kan uttale seg generelt om

tiltalt eller fornærmedes gode eller dårlige egenskaper – i noen av sakene.

Svarene indikerer forøvrig en påfallende variasjon i hvor mange, og hvilke, vitner det ville være aktuelt å høre i de to sakene.

Det ser ut til at det i Finland gjennomgående ville blitt ført vesentlig færre vitner enn i de øvrige land. I drapssaken ville det i en finsk sak ifølge min respondent antakelig bare blitt ført tre vitner, muligens supplert med noen forsvarervitner. I Danmark ville det kanskje vært aktuelt med 7–8 vitner, i Sverige muligens et liknende antall. Anslagene er her usikre. Svarene fra de norske respondentene varierer fra et antall omtrent tilsvarende det finske svaret til mer enn 15 vitner i alt. I voldtektssaken ville man i Finland antakelig klart seg med 2–4 vitner, i Danmark i underkant av 10 vitner, i Sverige kanskje noen færre. De norske svarene varierer også her, en av respondentene mener det antakelig ville blitt ført opp mot 15 vitner.

Perifere vitner

Drapsaken

I drapssaken var det oppgitt at politiet hadde avhørt i alt 8 vitner som tilhørte det samme rusmiljøet som tiltalte og avdøde. De hadde alle vært til stede da drapet fant sted, men ingen kunne gi særlig presise opplysninger. Alle respondentene mener at tiltaltes venninne, som hadde hørt fornærmede komme med grove uttalelser om tiltaltes mor, ville blitt ført. Ellers varierer svarene fra at hun ville være det eneste vitnet fra dette miljøet til at alle 8 ville blitt ført. En av respondentene oppgir også at det ville være aktuelt å høre som vitne en kvinne fra rusmiljøet som ikke var til stede, men som tidligere mente å ha hørt tiltalte skryte av en kniv, antakelig av samme type som ble brukt ved drapet.

Etter mitt syn er det grunn til å spørre om det kan kaste særlig lys over skyldspørsmålet å føre en rekke vitner som formentlig var beruset da drapet fant sted, og som har det til felles at ingen av dem har sett knivbruk. Det de har – divergerende og upresise – opplysninger om er mulig roping, og for et vitnes vedkommende at hun skal ha hørt tiltalte skryte av en kniv.

Helsepersonellet kom – «av ukjent årsak» – først til drapsstedet 13 minutter etter politiet. En av de norske respondentene mener disse bør føres som vitner siden det er «relevant å stille spørsmål om sen utrykning». Dette svaret illustrerer etter mitt syn en interessant problemstilling: Hva er formålet med en straffesak? Skal straffesaksbehandlingen ikke bare belyse de strafferettslig relevante omstendighetene, men også mulige kritikkverdige forhold begått av innsatspersonell eller andre? I denne saken – som neppe kunne ha noen generell samfunnsmessig interesse eller betydning – er det vanskelig å se noen grunn til å bruke straffesaken til å gå helsevesenet etter i sømmene. I det hele kan det nok være grunn til å reflektere noe over hvilke funksjoner straffeprosessen bør tillates å få utover å være et verktøy for å avgjøre det juridiske skyld- og straffespørsmålet.

En av de norske respondentene nevner også at det ville vært aktuelt å føre ekspeditøren i den butikken tiltalte formentlig kjøpte kniven. Etter min erfaring er ikke slik bevisførsel særlig overraskende. Men relevansen er ikke lett å se.

Voldtektssaken

Det ser ut til å være nokså ulik oppfatning av behovet for vitner også i denne saken. I Finland og Sverige ville det for eksempel antakelig ikke være aktuelt å høre personer som hadde forlatt festen tidlig, mens det i Danmark og muligens i Norge ville vært aktuelt å føre i alle fall noen slike vitner. De norske svarene varierer med hensyn til om den personen som banket på

døren der fornærmede og tiltalte oppholdt seg ville blitt ført som vitne, i de øvrige land synes vedkommende ikke aktuell. Som allerede nevnt, ville det i alle land blitt ført noen av vitnene som var til stede da de to kom ut fra rommet. Men antallet varierer fra et par personer opp til muligens alle festdeltakerne. Fornærmedes kjæreste, som ikke var til stede, ville etter det opplyste ikke blitt ført i Finland og Sverige, mens de andre respondentene antar at han ville møtt.

Svarene varierer også når det gjelder om personell fra voldtektsmottaket ville blitt ført. De fleste norske respondentene svarer at fornærmedes psykolog ville blitt ført som vitne, mens dette ikke synes aktuelt i de øvrige landene. Om dette avdekker en ulik oppfatning av relevansen av denne type opplysninger, er vanskelig å bedømme ut fra svarene.

Også i voldtektsaken er det etter mitt skjønn grunnlag for å stille spørsmål ved omfanget av vitneførselen. Om det er av interesse for retten å høre noe om eventuelle observasjoner av forholdet mellom partene før de – frivillig – gikk på rommet kan det nok være ulike oppfatninger om, men det er vanskelig å se at dette kan være særlig sentralt. Hva som utspilte seg etter at de kom ut er derimot utvilsomt av betydning, men det er kanskje unødvendig å høre mange vitner om dette?

Politivitner

Bedømt ut fra det innhentede materialet kan det virke som om det her er en forskjell mellom praksis i Norge og i de øvrige landene. Verken i Finland, Danmark eller Sverige ser det ut til å komme på tale å føre ansatte i politiet som vitner i noen av sakene, dog med forbehold for at det skulle være særskilte omstendigheter knyttet til avhørene eller annet politiarbeid. Selv om svarene fra de norske respondentene varierer, later det til at det i Norge kan være aktuelt mer rutinemessig å føre enkelte politivitner. Blant vitner som nevnes her er hovedetterforskeren, tjenestemannen som avhørte tiltalte, åstedsgranskeren og den første som kom til åstedet.

Hvis det er riktig at polititjenestemenn gjennomgående oftere føres som vitner i Norge, er det etter mitt syn grunn til å tenke gjennom om dette er en heldig praksis.

Dokumentasjon – tekniske bevis mv.

I drapssaken kan det se ut til at omfanget av dokumentasjonen ville være nokså likt. Alle antar at obduksjonserklæringen og DNA-analysen ville blitt lagt fram, og alle, unntatt Finland, svarer at åstedundersøkelsen ville blitt dokumentert. Likeledes ser det ut til at tiltaltes personlige forhold antakelig ville blitt belyst gjennom dokumentasjon, ikke ved vitneførsel.

I voldtektsaken fremkommer imidlertid noen interessante ulikheter. Det er forskjellige oppfatninger både når det gjelder dokumentasjon av åstedundersøkelsen og DNA-analysen. Etter mitt syn kan det reises spørsmål om relevansen av denne dokumentasjonen. Samleie er ikke bestridt, og det hevdes ikke at tiltalte brukte særlig vold. Hva som da skal belyses gjennom denne dokumentasjonen, kan det være grunn til diskutere.

Tidsbruk

Det kanskje mest interessante, og overraskende, er variasjonene i hvor mye tid respondentene anslår at vil gå med. Det gjelder både hovedforhandlingen samlet og de enkelte elementene i rettsaken.

Det materialet jeg har innhentet sier selvsagt intet om tidsbruken har økt i de senere

år; jeg spurte jo om hvor lang tid som nå ville brukes. Basert på egen erfaring, sammenholdt med svarene nå, våger jeg imidlertid å anbefale noe varsomhet med antakelser om at «alt gikk raskere før».

Min lille undersøkelse avdekket som allerede nevnt betydelige forskjeller i svarene fra de norske statsadvokatembetene. Avvikene i tidsanslagene er til dels ganske oppsiktsvekkende. Om tilsvarende ulikheter også ville oppstått dersom det hadde vært flere uavhengige respondenter i de andre landene, har jeg intet grunnlag for å mene noe om. Men den usikkerhet som svarene avdekker, er i seg selv interessant. Er det slik at vi – i alle fall i Norge – ikke har noen felles forståelse av hvor lang tid det er rimelig at en typisk draps- eller voldtektssak tar? I så fall, bør vi tilstrebe en mer enhetlig oppfatning av dette?

Tidsanslaget for *tiltaltes forklaring* varierer fra i underkant av en time (Finland) til opp mot en halv dag (Sverige), med noe kortere tid i voldtektssaken. Tiden som medgår til dette avhøret vil naturligvis kunne variere atskillig ut fra individuelle forskjeller ved tiltaltes person og hva han husker og ønsker å forklare seg om. Det er derfor neppe grunnlag for å trekke så mye ut av svarene her, utover at den tid man i utgangspunktet er innstilt på å bruke, ser ut til å være nokså forskjellig.

Når det gjelder *vitneførselen* er ulikhetene betydelige. Det skyldes selvsagt at antallet vitner som vil bli ført varierer, jf. ovenfor under punkt 3.2. Svarene etterlater imidlertid også et inntrykk av at den tid som brukes på hvert vitne er forskjellig.

I Sverige angis at det antakelig vil bli satt av en time per vitne. Antallet vitner er noe usikkert, men ut fra svarene kan det se ut til at det i den svenske drapssaken ville gå med fra noen timer til opp mot en dag. I Danmark regner man i drapssaken med mellom en og en halv og to timer til vitneførselen og omlag det samme i Finland. I Norge er forskjellene bemerkelsesverdige: Tidsanslagene varierer fra noen timer og opp til 4 – 5 dager. To av respondentene angir henholdsvis 2 og 2-3 dager. Det er mulig dette er det mest representative for norsk praksis. De samme forskjellene gjør seg gjeldende i voldtektssaken: I våre naboland vil det antakelig gå med noen timer til vitneførsel, mens det i Norge påregnes brukt flere dager.

Hvis det er riktig at vi i Norge bruker dager på vitneførselen der våre naboer bruker timer, burde det være atskillig rom for refleksjon og ettertanke. Gir det noen reelt økt rettsikkerhet med så omfattende vitneførsel og tidsbruk?

Dokumentasjonen ser derimot gjennomgående ut til å gå nokså raskt, og det er nokså liten forskjell i hvilken tid som går med til dette. Heller ikke for partenes *prosedyre* avslutningsvis er forskjellene påfallende. Også her kan det se ut til at det går raskest i Finland (under en time) mens det i Sverige kan gå med en halv dag eller noe mer til dette.

Samlet tid til hovedforhandlingen varierer atskillig. Drapssaken angis i Sverige å ville ta minst 3-4 dager, i Danmark en til en og en halv dag, i Finland maksimalt 5 timer og i Norge kanskje omtrent som i Sverige (svarene er henholdsvis 2, 3, 4 og 6 dager fra de norske respondentene). Voldtektssaken anslås å ville vare omkring 2 dager i Sverige, i Danmark mellom en og en halv og to dager, i Finland 5 timer og Norge kanskje rundt 3 dager (de norske svarene er her henholdsvis 2, 2, 3 og 6 dager).

Det ser ut til at det først og fremst er omfanget og tidsbruken knyttet til vitnene som gir utslag for samlet tid til hovedforhandling. Formentlig er det altså her det særlig er grunn til å feste oppmerksomheten dersom en ønsker å se nærmere på om vi bruker tiden i våre rettsaler riktig.

Aktor i saken foreslår gjennomgående en tidsramme overfor retten. Om retten følger aktors forslag stilte jeg ikke spørsmål om, men jeg har inntrykk av at dette er tilfelle.

Respondentene angir at den tidsrammen retten fastsetter overholdes.

Styring og styringsmuligheter

Jeg går ikke inn på de rettslige grunnlag for at retten kan gripe inn i bevisførselen. Siktemålet har også her først og fremst vært det praktiske: Griper retten ofte inn i partenes opplegg for bevisførselen?

Som premiss for mine spørsmål la jeg inn at aktor og forsvarer ikke ble enige om bevisførselen, og at deres bevisoppgaver samlet sett viste at alle de mulige vitnene jeg hadde listet opp ville bli ført. Selv med et så ekstremt utgangspunkt kan det se ut til at dommerne i alle fall forut for hovedforhandlingen ville være tilbakeholdne med å styre bevisførselen, kanskje med unntak for Finland. Årsaken er formentlig åpenbar: Dommere flest mener at de ikke har tilstrekkelig grunnlag for å overprøve partenes vurderinger.

Dommen

Dommen ser ut til å ville foreligge raskt i alle landene, i alminnelighet kanskje etter en ukes tid. Anslagene over dommens lengde varierer noe, men dette er antakelig vanskelig å angi presist. Det ser ikke ut til å være vesentlige forskjeller i drapssaken og voldtektssaken.

4. Avslutning – noen diskusjonsmomenter

Selv om mye gjøres likt, indikerer materialet at det også kan være betydelige forskjeller. Særlig vitneførselen ser ut til å variere atskillig, og mer enn det er naturlig å forvente i land med så like rettstradisjoner. For Norges del er det også tankevekkende at det kan se ut til at praksis varierer i betydelig grad mellom statsadvokatregionene.

Min lille undersøkelse gir ikke grunnlag for å trekke noen konklusjoner når det gjelder hva som er riktig omfang av vitneførsel i typiske straffesaker. Og kanskje er det heller ikke noe mål å forsøke å standardisere. Til det er de konkrete omstendighetene antakelig for forskjellige. Det bør nok også være rom for at ulike aktører gjennomfører en retts sak på ulike måter. Jeg har likevel vanskelig for å se at det skulle være grunnlag for så store forskjeller som det materialet jeg har innhentet indikerer.

Etter mitt skjønn er det god grunn til fortsatt å drøfte hvordan vi behandler straffesakene. Jeg tror det da kan være grunn til å rette særlig oppmerksomhet mot rent praktiske forhold av den typen jeg har tatt opp ovenfor.

Et spørsmål som etter mitt skjønn er særlig påtrengende, er om retten bør gis mer innsikt i saken før hovedforhandlingen. Det ser som nevnt ut til å være et gjennomgående trekk at dommerne vegrer seg for å gripe inn i omfanget av bevisførselen på forhånd. Det er nærliggende at dette skyldes manglende kunnskap om saken. Om dommeren – som i Norge – ikke har tilgang til annet enn en kortfattet tiltalebeslutning og partenes bevisoppgaver, er styringsmuligheten begrenset. Det er et tankekors at en så krevende ledelsesoppgave som å styre en større straffesak forutsettes utført uten noen form for bakgrunnskunnskap om hva som kan forventes å utspille seg. Det er vanskelig å tenke seg at dette ville blitt akseptert i andre sammenhenger.

Blant mange mulige tiltak her nevner jeg stikkordsmessig:⁴

- Tiltalebeslutningene bør vurderes gjort mer informative. Kanskje kan stevningene i sivile saker i noen grad tjene til inspirasjon her.
- Partenes bevisoppgaver bør bygges ut. Ikke bare hvilke bevis som ønskes ført bør angis, men også konkret hva som skal opplyses ved det enkelte bevis sammen med en kort begrunnelse for behovet for bevisførselen.
- Inspirert av saksforberedelsen i sivile saker bør det etableres en forventning om at partene under saksforberedelsen skriftlig klargjør hvilket faktum som er omstridt, og hvilke anførsler som vil bli gjort gjeldende. Om retten også på forhånd bør gis tilgang til etterforskningsdokumentene kan det nok være ulike oppfatninger om. Men det kan etter mitt syn argumenteres godt også for dette. Jeg vil imidlertid tro det er bedre at partene oppsummerer sine standpunkt i egne prosesskriv enn å henvise retten til etterforskningsdokumentene som ikke sjelden kan være temmelig omfattende.
- Planmøter bør avholdes på forhånd i saker av noe omfang. Hensikten bør både være å gjennomgå bevisførselen, og å identifisere – og forsøke å avklare – uenighet om prosessuelle spørsmål.

Det ville også være nyttig å diskutere på et overordnet plan om hovedforhandlingene i straffesakene bør ha tillates å ha funksjoner utover å avgjøre de tradisjonelle straffeprosessuelle krav. Bør vi tillate at straffesakene også blir en form for granskinger av mulig uheldig opptreden fra offentlige myndigheter som har opptrådt i saken? Når bør dette i tilfelle kunne skje, og innenfor hvilke rammer?

4 Blant de mange som i Norge har vært inne på endringer for å øke rettens styringsmuligheter nevner jeg riksadvokat Tor-Aksel Busch, professor Inge Lorange Backer, ass. riksadvokat Knut Erik Sæther, advokat Anders Brosveet, spesialrådgiver (tidligere direktør for Domstolsadministrasjonen) Tor Langbach og pensjonert førstelagmann Nils Erik Lie. De har alle skrevet innsiktsfullt om behovet for reformer i Tidsskrift for Strafferett nr. 4/2013.

Teser

Omfanget av bevisførselen ser ut til å variere i betydelig grad i sammenlignbare draps- og voldtektssaker, særlig når det gjelder antallet vitner. Det er vanskelig å se et saklig grunnlag for dette i så likeartede rettssystemer som de nordiske.

- Tese 1:** Tidsanslagene for hovedforhandlingen i sammenlignbare saker varierer utover det som er rimelig å forvente.
- Tese 2:** Hvilke temaer det er behov for å belyse gjennom vitneførsel og antallet vitner som bør innkalles for å opplyse den samme faktiske omstendighet bør – i alle fall i Norge – undergis en kritisk vurdering.
- Tese 3:** Det er neppe mulig eller ønskelig å standardisere bevisførselen i straffesaker. Men det bør bli større enighet blant aktørene i straffesakene om hvilke bevis som gjennomgående er relevante, og hvor lang tid det er rimelig å bruke på «normalsaker».
- Tese 4:** For at retten skal kunne styre bevisførselen bør partene klargjøre sine anførsler og avklare hvilke deler av faktum som er omstridt før hovedforhandlingen.

Vedlegg

To fiktive saker med tilhørende spørsmål

Bakgrunn:

De to fiktive sakene som er beskrevet nedenfor, er konstruert med tanke på å få frem mulige forskjeller i hvordan en tenkt retts sak ville forløpe i de nordiske land. Etter saksfremstillingen er det satt opp en del spørsmål. Det er viktig at svarene utformes med tanke på hva som ville være den typiske situasjonen, ikke hva som er ideelt. Poenget er altså i denne omgang ikke å få frem noen form for "best practice", men et så vidt mulig representativt bilde av hvordan en "normalsak", med ordinære aktører, ville bli håndtert. Det kan derfor antakelig være hensiktsmessig at det ved besvarelse av spørsmålene innhentes synspunkter fra de berørte yrkesgruppene; dommere, aktører og forsvarere.

Det tas sikte på presentere resultatene i en av sesjonene på Det nordiske juristmøtet i Oslo i 2014 etterfulgt av en diskusjon blant annet om årsakene til eventuelle ulikheter og hvilket omfang bevisførselen ideelt sett bør ha.

Sak A

Peder Ås og Lars Holm var gamle kjente i hovedstadens rusmiljø. Begge hadde misbrukt narkotika og alkohol i flere år, mottok sosialstønad fra kommunen og manglet fast bosted. De var begge straffedømt flere ganger, blant annet for tyveri, vold og narkotikaforbrytelser. Ås var 38 år gammel, Holm litt eldre.

En varm sommerkveld festet Ås og Holm, sammen med en del bekjente, i en park hvor det var vanlig at rusmisbrukere samlet seg. Parken ble også brukt av barnefamilier, og det var denne kvelden ganske folksomt der. Blant dem som hygget seg med grilling, ballspill og sosiale aktiviteter, var Marte og Jan Kirkerud og Anne og Gunnar Olsen sammen med barna deres som var 11, 13, 15 og 17 år.

Ås og Holm kom ca. klokken 19.00 i høyroestet krangel. Det var da fortsatt lyst. Da politiet kom til stedet klokken 19.07, fant de Holm med en kniv av merke "Rambo" stukket dypt inn mellom to ribben i brystet, litt til venstre for midtlinjen. Holm ble erklært død på stedet av helsepersonell, som av ukjent årsak først kom til stedet kl. 19.20. Obduksjonen viste at knivstikket var dødsårsaken, og at Holm hadde vært sterkt påvirket av amfetamin. En tekniker fra politiet tok bilder under obduksjonen. Han bisto også med å fastslå hvilken retning kanalen fra knivstikket hadde.

Ås erkjente overfor politiet at han hadde hatt tak i en kniv den aktuelle kvelden, men ville – eller kunne – ikke si noe nærmere om hvor den kom fra. Det fremgikk av en av hans mange forklaringer til politiet at han mente å huske at han på et tidspunkt hadde hatt kniven i hånden, og at han ville gi Holm en "lærepenge". Han hevdet konsekvent i sine politiforklaringer at han ikke hadde ment å skade Holm. For øvrig var det betydelige variasjoner i hans forklaringer, blant annet når det gjaldt hva krangelen med Holm gjaldt, hvor lenge den varte, hva som ble sagt, nøyaktig hvor de to befant seg, om Holm hadde forsøkt å slå etter ham og hvordan han hadde holdt kniven. Ved en feil ble det ikke tatt blodprøve av Ås,

men han erkjente at han hadde brukt mye rusmidler i dagene før hendelsen. Etter det han sa til politiet var han ”sanselos” av rus på det aktuelle tidspunktet. I politiavhøret samme natt vekslet han mellom å uttale at han ikke husket noe, og at han i alle fall ikke hadde ment å skade noen.

Politiet tok opp en lang rekke forklaringer om det videre hendelsesforløp, blant annet ble i alt 8 personer fra rusmiljøet avhørt. En venninne av Ås, Beate Rud, forklarte at Holm hadde kommet med svært grove uttalelser om Ås’ mor, men var lite detaljert i sine forklaringer, muligens fordi hun var nokså sterkt alkoholpåvirket. Tre andre vitner fra det samme miljøet opplyste til politiet at Holm skulle ha ropt noe om en kvinne, kanskje gjaldt det Ås’ mor eller muligens hans tidligere kjæreste. To andre vitner fra rusmiljøet, som oppga å ha vært i samme område som de andre vitnene, mente bestemt at Holm ikke hadde vært høyrøstet. Ingen av vitnene fra dette miljøet kunne fortelle noe om bruk av kniv.

Marte og Jan Kirkerud ga også politiforklaring. Marte hadde vært opptatt med et av de minste barna som hadde forbrent seg på en grill, men hadde hørt noe av ordvekslingen. Hun hadde ikke sett selve hendelsen. Jan Kirkerud hadde hørt bråk, snudd seg og sett to menn som var i krangel. Den ene mente han hadde noe blankt i hånden og gjorde en hugglignende bevegelse. Den andre mannen tok noen skritt tilbake og gikk så i bakken. Han anslo avstanden fra seg til de to mennene til ca. 20 meter. Ved en senere fotokonfrontasjon mente Kirkerud å kjenne igjen mannen som hadde gjort en bevegelse som Peder Ås.

Ekteparet Olsen hadde begge vært opptatt med grillen og hadde ikke sett noe av hendelsen, men hadde hørt at det brygget opp til bråk i rusmiljøet.

Barna hadde hatt samtaler med politiet. Det fremgikk av politiets korte og stikkordspregede egenrapporter at de ikke hadde sett noe av hendelsesforløpet. Formelle avhør av barna ble ikke gjennomført.

Den tekniske etterforskingen viste at det var fingeravtrykk fra Ås på kniven. Det ble også identifisert avtrykk fra to tilstedeværende fra rusmiljøet som til politiet hadde opplyst at de ikke hadde hørt at Holm hadde vært høyrøstet. De to benektet ethvert kjennskap til kniven. Lisa Jørgensen, som hadde brukket benet og derfor ikke var sammen med sine bekjente den aktuelle kvelden, opplyste at hun bestemt mente å ha hørt Ås skryte av den fine ”Rambokniven” som han nylig hadde fått tak i.

Gjennom omfattende etterforsking avdekket politiet at det var solgt 36 kniver av merket ”Rambo” fra fire forskjellige butikker i hovedstadsområdet det siste året. Flere av ekspeditørene var avhørt, og en av dem mente ved personkonfrontasjon å kjenne igjen Peder Ås som en av dem som hadde kjøpt en slik kniv.

Åstedet ble undersøkt av politiets teknikere uten at de fant noe som etter deres oppfatning kunne kaste lys over hendelsesforløpet. Det ble likevel nevnt i åstedsrapporten at det var mye tråkk i området, og at et mønster som tilsvarte sålene på Holms støvler var særlig fremtredende. Det var også spor fra det man mente var Ås’ støvler. Et av sporene kunne etter politiets oppfatning muligens tyde på at Ås ene støvel hadde sklidd på marken før den stanset og avsatte et tydelig avtrykk.

Ved DNA-undersøkelse ble det påvist biologisk materiale fra Holm i blodsprut på en jakke som Ås hadde på seg den aktuelle kvelden. Det ble også funnet DNA-materiale fra Holm på klær andre i rusmiljøet hadde hatt på seg.

Politiet sikret opptak fra to overvåkningskameraer i området. Gjennom etterforskingen ble det avklart at begge opptakene – fra ulike vinkler – viste at Holm og Ås hadde vært i klammeri fra klokken 19.03 til 19.05 den aktuelle kvelden. Det var ikke mulig å se om det ble brukt kniv.

Undersøkelse av Ås' mobiltelefon viste at han den aktuelle kvelden hadde ringt til sin mor klokken 19.06. Moren forklarte til politiet at sønnen hadde vært helt ute av seg og hadde sagt at han hadde "gjort noe forferdelig", men at det var for hennes skyld. Hun hadde imidlertid vanskelig for å få mening i det han sa, antakelig både fordi han var så opphisset og fordi han ikke var edru, mente hun.

En personundersøkelse av Ås viste at han tidlig hadde falt ut av skolen. Frem til han var i tyveårsalderen hadde han hatt en del strøjobber. Senere hadde han ikke vært i arbeid og levde av sosialstønad. Ås hadde ikke vært gift, men hadde to barn som nå var i tenårene. Han hadde flere ganger vært i behandling for sitt rusproblem og hadde året før hendelsen i parken vært innlagt i en institusjon i tre måneder.

Politiet foretok også avhør av både Ås' og Holms familie og venner. De ga gjennomgående gode skussmål til dem begge; selv om de kunne være litt "ville" og hadde fått alvorlige rusproblemer, var de begge "gode på bunnen". Et unntak var en tidligere venn av Holm, Roger Pedersen, som fortalte til politiet at Holm "ble helt umulig i fylla", og at han hadde det med å provosere andre. Ås' sønn Raymond forklarte til politiet at når faren var edru var han "verdens beste pappa og kamerat".

Tiltalen mot Peder Ås lød på forsettlig drap. Han nektet straffeskyld. Saken skulle i første instans behandles i tingretten. En fagdommer og to lege meddommere skulle sammen avgjøre saken i sin helhet.

Spørsmål:

1. Er det aktuelt at aktor og forsvarer holder innledningsforedrag? Hvor lenge kan disse i tilfelle forventes å vare?
2. Hvor lang tid er det naturlig å sette av til tiltaltes forklaring?
3. Hvilke vitner vil typisk bli ført under hovedforhandlingen?
 - a. Vitner fra rusmiljøet? Alle? Noen av dem, i tilfelle hvem?
 - b. Vitner fra barnefamiliene? I tilfelle hvem?
 - c. Helsepersonellet på stedet? Obdusent?
 - d. Den som foretok DNA-analysen?
 - e. Etterforskningslederen?
 - f. Politibetjenten som avhørte Ås?
 - g. Tekniske etterforskere? (Vedr. støvspor, stikkanal fra kniv, undersøkelse av overvåkningskameraer, annet?)
 - h. Betjenten som sto for fotokonfrontasjonen hvor Kirkerud pekte ut Ås?
 - i. Betjenten som arrangerte personkonfrontasjonen hvor ekspeditøren identifiserte Ås?
 - j. Andre politivitner?
 - k. Peder Ås' mor?
 - l. Familie og venner av Ås og Holm? Holms tidligere venn Roger Pedersen? Ås' sønn Raymond?
 - m. Personundersøkeren?
 - n. Personale fra behandlingsinstitusjonen hvor Ås var innlagt?

4. Hvor lang tid anslås det at den samlede vitneførselen ville ta?
5. Vil det være aktuelt å legge frem skriftlige bevis for retten? I så fall hva?
 - a. Obduksjonserklæring?
 - b. Åstedsundersøkelse?
 - c. DNA-analyser.
 - d. Strafferegister. For Ås? For Holm?
 - e. Personundersøkelse?
 - f. Uttalelse fra behandlingsinstitusjonen Ås var innlagt?
 - g. Annet?
6. Hvor lang tid anslås det at dokumentasjonen ville ta?
7. Hvor lang tid er det grunn til å regne med at partene ville bruke på prosedyren, inkludert eventuell replikk og duplikk?
8. Hvor lang tid kan det forventes at hovedforhandlingen samlet ville ta? Dersom det på forhånd settes av en bestemt tid til forhandlingene, hvordan fastsettes denne? Overholdes tidsrammen i praksis?
9. Hvor lang tid etter hovedforhandlingen er det realistisk å forvente at det går før dommen foreligger?
10. Anslagsvis hvor lang vil en fellende dom være?
 - a. a) 5 sider eller mindre?
 - b. b) 5-10 sider?
 - c. c) 10-20 sider?
 - d. d) mer enn 20 sider?
11. Vil det inngå andre elementer i hovedforhandlingen enn dem som er nevnt ovenfor? I så fall hvilke, og hvor lang tid vil de ta?

Sak B

Ida var 17 år gammel og benyttet anledningen til å ha fest hjemme en helg foreldrene var bortreist. Hun inviterte venner fra sitt skolemiljø, i alt rundt 25 ungdommer. De fleste hadde med seg alkohol, og stemningen steg utover lørdagskvelden. Mange var kjærestepar og noen tok i bruk husets mange soverom. Ida havnet sent på kvelden inne på sitt soverom sammen med den jevnaldrende Preben som hun perifert kjente fra skolen.

Ida møtte dagen etter opp på voldtektsmottaket sammen med bestevenninnen Charlotte. Etter undersøkelse og samtale der valgte hun å anmelde Preben for voldtekt.

Ida og Preben ga senere ulike forklaringer til politiet om hva som hadde skjedd på rommet, men forklaringene var sammenfallende med hensyn til at de hadde hatt samleie.

Ida forklarte at hun syntes Preben var sjarmerende og kjekk, og at hun ville vise ham rommet sitt. De hadde utvekslet kjærtegn, men hun hadde raskt gjort det klart at hun ikke ville ha sex med ham. Preben hadde til å begynne med akseptert dette, men ble etter hvert mer pågående, forklarte hun. Til tross for at hun sa tydelig nei og gjorde motstand, hadde han kledd av henne og gjennomført samleie med henne. Preben var stor og kraftig og hadde ikke brukt vold utover at han holdt henne fast. Hun hadde ikke turt å rope på hjelp siden Preben virket så skremmende. Han sa blant annet at “det pene ansiktet blir ikke til å kjenne igjen om du finner på noe tull”. ”Hele opplegget var sånn at jeg ikke hadde noe valg”, forklarte hun. Hun var beruset, men ikke mer enn at hun kunne gjøre seg tydelig forstått.

Preben forklarte at han likte Ida svært godt og ville mer enn gjerne bli med henne på

rommet. Han bekreftet Idas forklaring om kjærtegn, men hadde oppfattet det slik at Ida ikke gjorde motstand mot ”å gå videre”, som han uttrykte det. Han hadde riktignok ikke oppfattet Ida som særlig ivrig, men hadde ikke oppfattet at hun virkelig motsatte seg samleie. I så fall ville han selvsagt respektert dette, sa han. Preben var ikke beruset.

Politiet avhørte samtlige festdeltakere. 10 personer hadde forlatt festen før Ida og Preben gikk på rommet. De forklarte seg sammenfallende om en trivelig fest. Flere opplyste at de hadde forstått at ”det lå noe i luften” mellom Ida og Preben, men uttalte seg ulikt om hvem som var den mest aktive og om det hadde vært noen form for intim kontakt mellom dem.

De festdeltakerne som ble værende i huset utover natten, ga ulike politiforklaringer. Prebens kamerater bekreftet at Preben og Ida hadde forsvunnet på rommet og blitt der lenge. En av dem mente han hadde banket på døren på et tidspunkt uten å få noe svar. Da Ida og Preben kom ut fra rommet, opplyste flere av kameratene at det virket som om ”stemningen var dårlig”, og Preben hadde til sin nærmeste venn Tobben mumlet noe om at Ida var ”vanskelig”.

De øvrige festdeltakerne ga inngående forklaringer om hva de hadde sett og hørt av kontakten mellom Ida og Preben. Det var atskillige variasjoner i deres forklaringer, men hovedinntrykket var at Ida og Preben var i ferd med å innlede en mer intim kontakt. Noen av dem hadde reagert på dette siden de trodde Ida fortsatt var kjæreste med Trond, som var bortreist den aktuelle kvelden. Andre hadde gitt opplysninger om at det ”var som forventet at Ida benyttet sjansen”.

Håkon, som hadde gått i samme klasse som Ida siden barneskolen, kunne opplyse at Ida var ”lett på tråden”, og at hun ”lå med hvem som helst”. Ida avviste dette og fortalte at hun ikke hadde hatt samleie med noen andre enn Trond før voldtekten. Idas venninner Hetti, Netti og Letti mente med sikkerhet å vite at Ida hadde vært trofast mot Trond, som hun hadde vært kjæreste med i flere år.

Trond opplyste til politiet at han om natten hadde fått en tekstmelding fra en av deltakerne på festen hvor det sto: ”Preben koser seg med Ida, synd du ikke er her og kan ivareta dine interesser.” Han hadde ringt Idas mobiltelefon mer enn 20 ganger, men fikk først svar på formiddagen. Ida hadde da fortalt at Preben hadde voldtatt henne, og at hun var på vei til voldtektsmottaket. Trond fortalte om dette til sine foreldre, som han var sammen med på hyttetur.

Idas bestevenninne Charlotte var heller ikke på festen. Hun forklarte at Ida hadde ringt henne ut på formiddagen dagen etter og vært fortvilet. Hun gråt og snakket usammenhengende, men Charlotte forsto at Preben hadde voldtatt henne. Hun fulgte henne derfor til voldtektsmottaket. Charlotte syntes situasjonen var så vanskelig at hun delte sine bekymringer for Ida med sine foreldre. Ida fortalte om voldtekten til sine foreldre da de kom hjem søndag kveld.

Politiet undersøkte Idas rom. Det var intet påfallende der. Sengetøyet ble undersøkt, og det ble ved DNA-analyse funnet biologiske spor fra Ida og Preben. Prøver tatt fra Idas undertøy og skjede viste også DNA-materiale fra Preben.

Ida ble undersøkt av lege på voldtektsmottaket. Hun fant intet påfallende bortsett fra et lite blåmerke på innsiden av Idas venstre lår. Sykepleieren anmerket i sin rapport at Ida var ”opplost” og sterkt preget av hendelsen. Dette ble bekreftet av en psykolog Ida oppsøkte et par dager etter hendelsen.

Også Preben ble undersøkt av lege, som ikke hadde noe å bemerke utover et lite risp på høyre kinn som Preben ikke kunne huske hvordan han hadde fått.

På anmodning fra Prebens forsvarer foretok politiet avhør av Prebens klasselærer og

tre ledere i hans idrettsforening. De ga alle Preben det aller beste skussmål. Også hans foreldre ga forklaring og kunne opplyse at Preben var fortvilet over anklagen, som han kategorisk avviste.

Statsadvokaten henla saken ”etter bevisets stilling”. Etter klage tok riksadvokaten ut tiltale for voldtekt.

Preben nektet straffeskyld. Saken skulle i første instans behandles i tingretten. En fagdommer og to lege meddommere skulle sammen avgjøre saken i sin helhet.

Spørsmål:

1. Er det aktuelt at aktor og forsvarer holder innledningsforedrag? Hvor lenge kan dette i tilfelle forventes å vare?
2. Hvor lang tid er det naturlig å sette av til:
 - a. Fornærmedes forklaring?
 - b. Tiltaltes forklaring?
3. Hvilke vitner vil typisk bli ført under hovedforhandlingen?
 - a. Vitner som hadde forlatt festen før Ida og Preben gikk på rommet?
 - b. Personen som banket på døren uten å få svar?
 - c. Vitner som var til stede da Ida og Preben kom ut fra rommet?
Alle, eventuelt hvem?
 - d. Ville det være aktuelt å føre Håkon og Hetti, Netti og Letti som vitner?
 - e. Idas kjæreste Trond?
 - f. Venninnen Charlotte?
 - g. Idas foreldre?
 - h. Charlottes foreldre?
 - i. Prebens foreldre, lærer, idrettsledere?
 - j. Personale fra voldtektsmottaket?
 - k. Psykologen Ida oppsøkte?
 - l. Personale som utførte DNA-analysene?
 - m. Politiets åstedsgranskere?
 - n. Politiets etterforskningsleder?
 - o. Politibetjenten som foretok avhør av Ida og Preben?
 - p. Andre?
4. Hvor lang tid anslås det at den samlede vitneførselen ville ta?
5. Vil det være aktuelt å legge frem skriftlige bevis for retten?
I så fall hva?
 - a. a) Erklæring fra voldtektsmottaket?
 - b. b) Åstedsundersøkelse?
 - c. c) DNA-analyser?
 - d. d) Annet?
6. Hvor lang tid anslås det at dokumentasjonen ville ta?
7. Hvor lang tid er det grunn til å regne med at partene ville bruke på prosedyren, inkludert eventuell replikk og duplikk?
8. Hvor lang tid kan det forventes at hovedforhandlingen samlet ville ta?
9. Hvor lang tid etter hovedforhandlingen er det realistisk å forvente at det går før dommen foreligger?

10. Anslagsvis hvor lang vil en fellende dom være?
 - a. 5 sider eller mindre?
 - b. 5-10 sider?
 - c. 10-20 sider?
 - d. mer enn 20 sider?
11. Vil det inngå andre elementer i hovedforhandlingen enn dem som er nevnt ovenfor? I så fall hvilke, og hvor lang tid vil de ta?

Felles for begge saker vedr. rettens mulighet for styring av bevisførselen:

Forutsetningen er her at aktor og forsvarer ikke blir enige om bevilbudet. Deres bevisoppgaver viser at samlet sett vil alle vitnene nevnt under spørsmål 3 bli ført og all dokumentasjon listet opp i spørsmål 4 bli lagt frem.

I. Er det sannsynlig at dommeren/retten ville grepet inn i dette før hovedforhandlingen? Hvilke praktiske og rettslige muligheter står i tilfelle til rettens rådighet?

II. Forutsatt at intet gjøres på forhånd, er det rimelig å forvente at retten ville grepet inn i bevisførselen under hovedforhandlingen? Hvilke praktiske og rettslige muligheter står i tilfelle til rettens rådighet?

Det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet

Stipendiat *Marte Eidsand Kjørven*, Norge

Det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet

Særlig om betydningen av tillit

Stipendiat *Marte Eidsand Kjørven*, Norge

Jeg skal i dette innlegget ta for meg det privatrettslige forbrukervernet på finansområdet, med utgangspunkt i avtaler om salg av spareprodukter. Jeg skal argumentere for at faren for finansinstitusjonenes utnyttelse av kundens tillit er et sentralt problem som fortjener større oppmerksomhet. Ved å stille spørsmål ved betydningen av tillit i avtaleforholdet, får vi etter mitt syn en hensiktsmessig innfallsvinkel til både å definere et sentralt beskyttelsesbehov, og til å formulere de rettslige problemstillinger dette reiser. Jeg skal argumentere for at finansforetakene har relativt vidtgående lojalitetsforpliktelser overfor forbrukeren basert på en helhetsvurdering av realtelsens karakter av tillitsytelse, representasjonselementet som ligger i finansforetakenes rolle som mellommenn på markedet, bransjenormer som skaper forventninger på realkreditors side, og et ujevnt styrkeforhold mellom partene. I denne sammenhengen er grensdragningen mellom salg og rådgivning, og kundebehandlerens «uavhengighet», av mindre betydning. Avslutningsvis skal jeg anføre at et fokus på forbrukerbeskyttelsesargumenter ikke nødvendigvis er til forbrukerens beste.

1. Innledning

Markedet for finansielle tjenester og produkter er et svært viktig marked både for enkeltindividet og for samfunnet som helhet. Verdipapirmarkedene og finansinstitusjonene skaper møteplasser for dem med overskudd av og behov for kapital.¹ De senere års finanskriser har vist med all tydelighet hvilken betydning et fungerende finansmarked har på velferd, arbeidsplasser og verdiskapning, både på samfunns- og individnivå.

Ikke alle mestrer jobben som finansminister i eget liv like godt, noe som kan få fatale konsekvenser for den enkelte. Men hvem har skylden når ting går galt? Hva kan vi forvente av finansinstitusjonene, og hva kan vi forvente av oss selv? Når vi snakker om forbrukerbeskyttelse på finansområdet, hva er det egentlig vi skal beskytte forbrukerne mot? Er problemet uansvarlige enkeltindivider som lever over evne, gambler for å skaffe seg selv raske penger, og som til slutt må søke hjelp i tv-programmer som «Luksusfellen»? Eller er problemet griske banker som lurer kundene sine, slik vi undertiden kan få inntrykk av under fete typer som ”Slik flår bankene deg»² og «Slik luras du av banken»³?

Realiteten er nok at både det ene og det andre ytterpunktet eksisterer i virkeligheten, men at de fleste problemene befinner seg et sted imellom. Nettopp denne bredden gjør at spørsmål om forbrukerbeskyttelse på finansområdet er ekstremt sammensatte. Spørsmål om å beskytte forbrukeren mot egen dumskap og spørsmål om å beskytte han mot å bli svindlet,

¹ Jf. Myklebust, Trude, *Innføring i finansmarkedsrett*, Oslo 2011 s. 40.

² <http://www.dinepenger.no/spare/slik-flaar-bankene-deg/20295613>

³ <http://www.aftenbladet.se/minekonomi/article12020445.ab>

er grunnleggende forskjellig. Derfor må en debatt om forbrukerbeskyttelse på finansområdet først definere hvilket eller hvilke problemer det er man ønsker å løse. I dette innlegget er det problemer knyttet til finansforetakenes utnyttelse av forbrukerens tillit som skal behandles.

Etter å ha foretatt noen avgrensninger og begrepsavklaringer, vil den videre drøftelsen bygge på følgende påstander/teser:

- Faren for verdipapirforetaks utnyttelse av tillit er et sentralt problem for investor.
- Verdipapirforetakets privatrettslige plikt til ikke å utnytte investors tillit, beror på en samlet vurdering av følgende momenter:
 - a. realytelsens karakter av tillitsytelse
 - b. innslaget av representasjon i avtalen
 - c. bransjenormer og rammeregelverk
 - d. styrkeforholdet mellom partene
- Grensedragningen mellom salg og rådgivning, og kundebehandlerens/rådgiverens «uavhengighet» har underordnet betydning for foretakets kontraktsrettslige lojalitetsforpliktelser.
- Fokus på forbrukerbeskyttelse er ikke nødvendigvis til forbrukerens beste

2. Avgrensninger og begrepsavklaringer

«Finansområdet» blir ofte omtalt under ett, men inkluderer i realiteten tjenester og produkter av ganske ulik karakter. Hvilken beskyttelse forbrukerne trenger, kan variere med type finansiell tjeneste. Problemene knyttet til opptak av forbrukslån kan være forskjellig fra problemene knyttet til pensjonssparing. Jeg vil for enkelthets skyld begrense behandlingen i det følgende til avtaler om kjøp av spare- og investeringsprodukter som er finansielle instrumenter, og som derfor faller innenfor anvendelsesområdet til direktivet om Markets in financial instruments ("MiFID").⁴

MiFID stiller krav til totalharmonisering, og jeg legger derfor til grunn at den verdipapirrettslige lovgivningen hovedsakelig er lik i de nordiske land. I Norge er MiFID implementert i lov 29. juni 2007 nr. 75 om verdipapirhandel (verdipapirhandelloven).

Salg av finansielle instrumenter krever konsesjon som verdipapirforetak.⁵ I praksis har bankene som regel konsesjon både som kredittinstitusjon og verdipapirforetak.⁶ Når bankene selger spareprodukter som er finansielle instrumenter, er det reglene for verdipapirforetak som gjelder, og jeg bruker derfor begrepet verdipapirforetak i det følgende.

MiFID stiller ikke krav til medlemsstatene om at investorene skal ha tilgang til bestemte privatrettslige sanksjoner ved brudd på direktivets bestemmelser. Investorene er dermed henvist til å påberope seg generelle avtale-, kontrakts- og erstatningsrettslige regler i konkrete tvister med verdipapirforetakene. Disse antas i sine hovedtrekk å være like i de nordiske land. I de videre drøftelsene tar jeg imidlertid utgangspunkt i norsk rett.

Begrepet «forbruker» finnes ikke i den verdipapirrettslige lovgivningen. Kjøper av spareprodukter som er finansielle instrumenter betegnes, «investor». Når investor skal gjøre

⁴ Dir. 2004/39/EC. Aksjer, aksjefondsandeler og obligasjoner er eksempler på finansielle instrumenter. En del spareprodukter er ikke finansielle instrumenter, og faller derfor utenfor MiFID's anvendelsesområde. Den fragmentariske reguleringen av sparealternativer som forbrukeren fremstår som likeverdige, kan være problematisk. Kompliserte spørsmål oppstår i skjæringspunktet mellom tjenester som er regulert i ulike regelverk. Jeg går imidlertid ikke nærmere inn på disse spørsmålene i det følgende.

⁵ Jf. MiFID artikkel 5 og verdipapirhandelloven § 9-1.

⁶ I tillegg finnes det en rekke foretak som kun har konsesjon som verdipapirforetak.

gjeldende privatrettslige sanksjoner, kan imidlertid hans status som forbruker ha betydning.

Salg av finansielle instrumenter skjer i hovedsak på to måter. Investor kan investere på egenhånd, typisk ved hjelp av internettbaserte elektroniske løsninger, eller han kan investere etter personlig kontakt med en ansatt i verdipapirforetaket. Faren for utnyttelse av tillit er først og fremst til stede i sistnevnte tilfelle.

3. Faren for verdipapirforetakets utnyttelse av tillit er et sentralt problem for investorer

En investeringsbeslutning er en kompleks beslutning som krever at investorer har informasjon og innsikt nok til å vurdere investeringen i lys av markedet, øvrig portefølje, egne preferanser og personlig økonomi. Beslutningen krever ikke bare store mengder informasjon, men også evner og kunnskaper til å vurdere denne informasjonen og sette den i sammenheng. Derfor er det ikke overraskende at empiriske studier har påvist at forbrukere i liten grad forsøker å sammenligne produkter på markedet for finansielle tjenester med sikte på en vurdering av pris og kvalitet.⁷ Isteden baserer investorene ofte sin beslutning på andres vurderinger, typisk anbefalinger fra en kundefrådgiver/selger.⁸ De setter seg med dette i en sårbar posisjon for utnyttelse av tillit.

I samfunnsøkonomien betegnes finansielle tjenester undertiden som «credence goods», som kan oversettes til tillitsytelser.⁹ Det typiske for tillitsytelser er at kvaliteten på ytelsen er vanskelig å vurdere både i forkant og etterkant av avtaleinngåelsen. Realdebitor opptrer som ekspert ved avtaleinngåelsen og definerer i stor grad realkreditors behov – derav begrepet «tillitsytelse». I tillegg er avtalene kjennetegnet ved at det foreligger en interessekonflikt på realdebitors side ved at realdebitor typisk opptrer som både selger og rådgiver i forbindelse med avtaleinngåelsen.

Kjøpere av tillitsytelser er prisgitt å kunne stole på at de råd og vurderinger realdebitor har foretatt er gode, og i hans interesse.¹⁰ På den annen side gir de samme faktiske forhold økonomiske insentiver for realdebitor til å utnytte tilliten til egen fordel.¹¹ Realdebitor vil tjene

7 Se rapport fra den Europeiske kommisjon, 20. november 2012, «*Monitoring Consumer Markets in The European Union*», tilgjengelig på http://ec.europa.eu/consumers/consumer_research/editions/docs/monitoring_consumer_markets_eu_2012_en.pdf. I rapporten kom markedet for investeringstjenester dårligst ut totalt sett av de 51 undersøkte markedene for tredje år på rad. Se særlig s. 31 om «Comparability».

8 Se EU's undersøkelse «*Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A behavioural Economics Perspective*» fra 2010, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/final_report_en.pdf. Undersøkelsen konkluderer på s. 384 med at kun 33% av investorene i undersøkelsen sammenligner investeringsprodukter fra mer enn én tilbyder. Undersøkelsen viser også til at åtti prosent av investeringsavtalene som var omfattet av undersøkelsen, ble tatt i en ansikt til ansikt setting, og at seksti prosent av investorene svarte at deres endelige beslutning om investeringsprodukt ble tatt på bakgrunn av en rådgivers anbefaling.

9 Se Oehler, Andreas og Daniel Kohlert, *Financial Advice Giving and Taking – Where are the Market's Self-healing Powers and a Functioning Legal Framework When We Need Them?*, J Consum Policy (2009) 32, s. 91-116 på s. 93, Emons, Winand, Goods and Fraudulent Experts, The RAND Journal of Economics, Vol. 28, 1997 nr. 1, s. 107-119 på s. 107 og Paces, M. Alessio, *Financial intermediation in the securities markets law and economics of conduct of business regulation*, International Review of Law and Economics 20 (2000), s. 479-510 på s. 483.

10 Se Oehler, Andreas og Daniel Kohlert, *Financial Advice Giving and Taking – Where are the Market's Self-healing Powers and a Functioning Legal Framework When We Need Them?*, J Consum Policy (2009) 32, s. 91-116 uttaler på s. 94: «clients have to trust their advisor to not only have the necessary skills for an expert advice, but also to make use of them».

11 Se Tufano, Peter, *Consumer Finance*, The Annual Review of Financial Economics, 2009 s. 240. I Norge gjennomførte Forbrukerrådet en undersøkelse i 2012 som resulterte i rapporten «Rydd opp i sparemarkedet!», tilgjengelig på http://www.forbrukerradet.no/_attachment/1129541/binary/5637. I rapporten konkluderes det blant annet med at det «bærende prinsippet i reguleringen er at selger, på profesjonelt grunnlag, skal ivareta kundenes interesser. Flertallet av prøvekjøperne opplever ikke at prinsippet etterleves.»

på å tilråde ytelser som er unødvendige eller uforholdsmessig dyre. Dette gjelder særlig fordi realkreditor i disse tilfellene har liten mulighet for å oppdage uredelig opptreden i etterkant.

Det er ikke bare finansielle tjenester som er tillitsytelser. Mange håndverkertjenesteavtaler er praktiske eksempler. Hvis bilen slutter å gå forstår vi at vi trenger hjelp fra en bilmekaniker, men er en enkel reparasjon tilstrekkelig, eller er det nødvendig å bytte ut hele motoren? I en slik situasjon er de fleste av oss prisgitt å stole på bilmekanikerens vurderinger, selv om vi vet at bilmekanikeren har en egeninteresse i å anbefale det alternativet som gir best inntjening for han. Også medisinske tjenester er tillitsytelser, for eksempel tannhelsetjenester.¹²

Ved salg av finansielle instrumenter, ligger det en interessekonflikt i det faktum at verdipapirforetaket får sin inntekt gjennom kommisjon og gebyrer ved salg av de finansielle instrumentene. Foretaket vil derfor tjene på å selge produkter som har høy kostnadsstruktur, selv om disse produktene neppe er de kunden er best tjent med å kjøpe. Hertil kommer at forbrukeren ofte er uoppmerksom på denne interessekonflikten.¹³

Verdipapirforetakets insentiver til å sette egeninteressen først forsterkes av avtalens risikopregede karakter, og at denne risikoen normalt bæres av investor alene.¹⁴ Det ligger i avtalens natur at investor ikke har noen garanti for å oppnå sitt mål med avtalen (høyst mulig avkastning). Investor er klar over at investeringen innebærer en risiko, og vil gjerne avskrive et dårlig resultat med at det var nettopp investeringsrisikoen som slo til.¹⁵ Et dårlig resultat for investor fører derfor ikke nødvendigvis til et dårlig omdømme for foretaket.¹⁶

Realdebitors insentiver til å utnytte realkreditors tillit ved salg av «credence goods», omtales i samfunnsøkonomien undertiden som «the fraudulent expert problem».¹⁷ Dette er en spesiell form for «moral hazard», som igjen er en del av klassisk prinsipal-agent teori i samfunnsøkonomien:

«A moral hazard is where one party is responsible for the interests of another, but has an incentive to put his or her own interests first ... Financial examples include the following:

I might sell you a financial product (e.g., a mortgage) knowing that it is not in your interests to buy it.

I might pay myself excessive bonuses out of funds that I am managing on your behalf; or I might take risks that you then have to bear.»¹⁸

12 Det er imidlertid ikke alle tjenester som må betegnes som tillitsytelser. Ved kjøp av for eksempel flyreiser er det relativt enkelt for realkreditor å sammenligne pris og kvalitet på ytelsene til forskjellige flyselskap.

13 Se EU's undersøkelse «Consumer Decision-Making in Retail Investment Services: A behavioural Economics Perspective» fra 2010, tilgjengelig på http://ec.europa.eu/consumers/strategy/docs/final_report_en.pdf. Undersøkelsen fant at de fleste forbrukere er uoppmerksomme på de potensielle interessekonfliktene som finnes ved avtaler om finansiell rådgivning: «The majority of investors (around 80%) thought their advisor was completely independent or that the advice given was only slightly biased», se s. 386.

14 Jf. Oehler, Andreas og Daniel Kohlert, *Financial Advice Giving and Taking – Where are the Market's Self-healing Powers and a Functioning Legal Framework When We Need Them?*, J Consum Policy (2009) 32, s. 91–116 på s. 96.

15 Jf. Paces, Alessio M, *Financial intermediation in the securities markets law and economics of conduct of business regulation*, International Review of Law and Economics 20 (2000), s. 479–510 på s. 484–485, som viser til at folk har en generell preferanse for å rettferdiggjøre sine valg – i denne sammenhengen valg av finansrådgiver: «When the individual investor is confronted with fairly ambiguous investment feedback, it is generally much easier for him or her to blame external circumstances (such as timing, market influence, or chance), rather than the incompetence of the securities professional to whom he or she has deliberately decided to entrust his or her money».

16 Se Jennifer Brown og Dylan Minor, *Misconduct in Credence Good Markets*, NBER Working Paper No. 18608, 2013 s. 2 og Andreas Oehler og Daniel Kohlert, *Financial Advice Giving and Taking – Where are the Market's Self-healing Powers and a Functioning Legal Framework When We Need Them?*, J Consum Policy (2009) 32, s. 91–116 på s. 97–98.

17 Se Emons, Winand, *Goods and Fraudulent Experts*, The RAND Journal of Economics, Vol. 28, 1997 nr. 1, s. 107–119.

18 Jf. Dowd, Kevin, *Moral Hazard and the Financial Crisis*, Cato Journal, Vol. 29, 2009 nr. 1 s. 142.

4. Privatrettslig beskyttelse av investors tillit – et spørsmål om kontraktsrettslig lojalitetsplikt

Innledende bemerkninger

Tillit innebærer at den som utviser tillit, tillitsgiveren, stoler på at den han utviser tillit til, tillitsmottakeren, ivaretar tillitsgiverens interesser.¹⁹ Å beskytte tillit rettslig vil derfor innebære å oppstille forpliktelser (og sanksjoner) for tillitsmottakeren til å ivareta tillitsgiverens interesser. I realiteten er dette et spørsmål om hvor langt realdebitors avtalerettslige lojalitetsforpliktelser rekker. Kontraktsrettslig lojalitetsplikt defineres i hele Norden nettopp som en plikt til å ivareta eller ta hensyn til motpartens interesser.²⁰

Det finnes ikke noe enhetlig og generelt svar på hvor langt den kontraktsrettslige lojalitetsplikt rekker. I hvilken grad partene må forvente at den annen part forfølger sin egeninteresse, og i hvilken grad partene kan stole på at den annen part ikke gjør dette, varierer med realtetsens karakter og relasjonen mellom partene. Kontraktsrettslige lojalitetsforpliktelser varierer fra å være realdebitors hovedforpliktelse i avtaleforholdet, slik tilfellet er i avtaler mellom advokat og klient, til å spille rollen som biforpliktelse i avtale om kjøp mellom to næringsdrivende.

Hvor på skalaen vi befinner oss, avhenger etter mitt syn av fire hovedmomenter (som delvis glir over i hverandre). For det første har det betydning hvor avhengig realkreditor er av å kunne stole på realdebitors vurderinger på grunn av realtetsens egenskaper. For det andre har det betydning i hvilken grad avtalen bærer preg av representasjon. For det tredje spiller de forventninger rammeregulering og bransjenormer skaper, en rolle. Og endelig er styrkeforholdet mellom partene av betydning.

Betydningen av realtetsens karakter av tillitsytelse

Tillitsytelser er som nevnt et begrep jeg har hentet fra økonomisk teori. Vi har ingen tradisjon i nordisk rett for å behandle avtaler med disse kjennetegn som en egen kontraktstype. Det er likevel min oppfatning at de kjennetegnene økonomisk teori bruker for å beskrive tillitsytelsene typisk vil ha betydning for hvilke krav vi stiller til lojalitet i avtaleforholdet.

Nazarian trekker frem «betydningen av at tillit er viktig i det aktuelle kontraktsforhold» som et moment for å vurdere hvilken grad av lojalitet partene kan ha en berettiget forventning om i det aktuelle kontraktsforhold.²¹ Tillit blir viktig når kvaliteten på ytelsen er vanskelig for realkreditor å vurdere, og realdebitor opptrer som ekspert ved avtaleinngåelsen.

Mange av avtaletypene som i nordisk rett behandles under «profesjonsansvaret», er avtaler om tillitsytelser. Dette gjelder blant annet avtaler med advokater, revisorer og ulike typer rådgivere. Det oppstilles gjennomgående strenge lojalitetsforpliktelser i disse avtaleforholdene. I tillegg er som nevnt mange håndverkertjenester typiske tillitsytelser. I lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) oppstilles det strenge lojalitetsforpliktelser for håndverkeren. Håndverkeren skal blant

19 Jf. Færstad, Jan-Ove, *Erstatningsansvar for villedende informasjon*, Bergen 2011 med videre henvisninger.

20 Jf. Munukka, Jori, *Lojalitetsprincippet – ett institut med framtid i avtalsrätten?*, trykt i Förhandlingarna vid det 39:e nordiska juristmötet i Stockholm 18–19 augusti 2011. Del 1 / redaktion Kavita Bäck Mirchandani og Kristina Ståhl, s. 87–106, 107–108, 109–113, 115–118, på s. 89.

21 Jf. Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo (2007) s. 312.

annet «vareta forbrukerens interesser med tilbørlig omsorg», «vegledet eller samrå seg med forbrukeren» og utføre tjenesten «på rimeligste måte dersom det ikke er mottatt beskjed om noe annet», se § 5. Han har dessuten en frarådingsplikt etter § 7 dersom man «må anta at prisen for en reparasjon vil stå i misforhold til det tingen er verd i reparert stand, eller for øvrig at tjenesten ikke vil bli til rimelig nytte for forbrukeren».

I common law jurisdiksjoner vil mange avtaler om tillitsytelser reguleres av «fiduciary law». Det som kjennetegner disse avtalene, er nettopp svært strenge krav til lojalitet på realdebitors side. Den som er «fiduciary» har normalt overhodet ikke adgang til å ta hensyn til egne interesser.²² Hvorvidt verdipapirforetak opptrer som «fiduciary» i forbindelse med salg av finansielle instrumenter, beror på en konkret vurdering, der betydningen av tillit står sentralt. Hudson viser til følgende eksempler på tilfeller der man vil legge til grunn at verdipapirforetaket er «fiduciary»:

«where the bank induces a financial transaction by agreeing to become financial advisor, where the bank advises a customer to enter into a transaction put in place by it, particularly where the customer is an inexperienced customer tending to place complete reliance on the bank's expertise and where the bank exercises some undue influence over her, where the bank has discretionary control over a customer's assets ... and where the bank advises a person to enter into a transaction which is to their financial disadvantage without ensuring that they have taken independent advice».²³

Motsatsen til tillitsytelser i økonomisk teori er «search good», som er varer og tjenester der det er enkelt for realkreditor å vurdere ytelsens kvalitet før avtaleinngåelsen, for eksempel ved kjøp av løsøre eller flyreiser. Det blir dermed mulig å sammenligne varer og tjenester på markedet, og vurdere pris og kvalitet. Behovet for å kunne stole på realdebitors vurderinger blir dermed mindre i slike avtaler, og kan forklare hvorfor det ikke er utpregede lojalitetsforpliktelser i alminnelige kjøpsavtaler.²⁴

Salg av finansielle instrumenter fra verdipapirforetak, er tillitsytelser, og har dermed et nært slektskap med de avtaler som i nordisk rett behandles under profesjonsansvaret, og avtaler om håndverkertjenester. Slektskapet til avtaler om kjøp av løsøre eller fast eiendom er derimot fjernere. Realytelsens karakter av tillitsytelse tilsier i seg selv skjerpede lojalitetsforpliktelser på verdipapirforetakets hånd.

Betydningen av innslaget av representasjon i avtalen

Mellommenn som kopleter kjøpere og selgere i et marked, betegnes gjerne som meglere. Meglerbegrepet har ikke et presist innhold, og omfavner en uensartet gruppe mellommenn. Brækhus definerer en megler som «en person som påtar seg å medvirke til avslutningen av en avtale eller selv å slutte avtalen for fremmed regning og som tilbyr sin tjeneste til begge grupper kontrahenter.»²⁵ Verdipapirforetakene (tidligere fondsmeglerforetakene) opptrer som meglere på verdipapirmarkedet.²⁶

²² Jf. Alastair, Hudson, *The Law of Finance*, London 2009 s. 101.

²³ Se Alastair, Hudson, *The Law of Finance*, London 2009 s. 103.

²⁴ For kjøpsavtalene er det antatt at de mest relevante lojalitetsforpliktelsene er opplysningsforpliktelser, se Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 357. Se også Munukka, Jori, *Kontraktuell Lojalitetsplikt*, Stockholm 2007 s. 364 flg.

²⁵ Jf. Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946 s. 17.

²⁶ Tidligere het verdipapirforetakene «fondsmeglerforetak», og de ansatte i foretaket ble definert som «fonds- og aksjemeglere». Først i dagens verdipapirhandelloven fra 2007 er fondsmeglingsbegrepet tatt helt ut.

Det typiske for mellommenn generelt, er at de i større eller mindre grad representerer sine hovedmenn.²⁷ Meglerens forpliktelser overfor partene, skiller seg fra partenes forpliktelser overfor hverandre, på grunn av dette representasjonselementet. Når partene benytter en megler er det «bl. a. for å få en oversikt over markedets stilling; megleren skal ved hjelp av sin innsikt og sine forbindelser skaffe til veie de best mulige kontraktstilbud».²⁸

Representasjonen skal altså gi en merverdi for kunden. Investorene er villige til å betale mer enn kjøpesummen av verdipapirene, de er villige til å betale provisjon, gebyrer etc. til verdipapirforetaket i tillegg, presumptivt for å få tilgang til verdiforetakets forbindelser, kunnskap og innsikt i markedet – og på den måten likevel skaffe seg en bedre avtale enn de ville klart på egenhånd. Meglerens kontraktsrettslige hovedforpliktelse er ganske enkelt å ivareta hovedmannens interesser.²⁹

Verdipapirforetakets rolle som mellommann på verdipapirmarkedet tilsier etter dette vidtgående lojalitetsforpliktelser. Det gjelder uansett hvordan man definerer en "rådgivningsavtale", og om avtalen mellom verdipapirforetak og kunde faller innenfor eller utenfor en slik definisjon. I den grad megleren også opptrer som rådgiver, blir imidlertid representasjonselementet desto mer fremtredende.³⁰

Undertiden opptrer megleren for egen regning, og er derfor reelt ikke mellommann. Om betydningen av dette, se nedenfor i punkt 5.

Betydningen av bransjenormer og rammeregelverk

I den grad det gjelder særskilte krav til lojalitet i en bestemt bransje, kan dette ha betydning for hvilke berettigede forventninger realkreditor vil ha om realdebitors lojalitet.³¹ Verdipapirforetak er underlagt den verdipapirrettslige lovgivningen som oppstiller slike krav til lojal oppreden. Av særlig interesse er MiFID artikkel 19, som slår fast at medlemsstatene skal kreve at verdipapirforetak opptrer «ærlig, redelig og professionelt i sine kunders bedste interesse».³²

For verdipapirforetak i Norge gjelder i tillegg bransjefastsatte etiske normer, som stiller strenge krav til lojalitet fra aktørene i bransjen.³³ Retningslinjene fremhever blant annet

27 Jf. Munukka, Jori, *Kontraktuell Lojalitetsplikt*, Stockholm 2007 s. 233.

28 Jf. Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946. Økonomisk teori fremhever det samme poenget. En rapport utarbeidet for konkurransetilsynet beskrives mellommannsmarkeder på følgende måte: «Det oppstår et marked for mellommenn når det er mulig å redusere de totale transaksjonskostnadene og bidra med merverdi for kunden. Mellommannen er ofte fysisk nærmere sluttbruker enn tilbyderen/produzenten. Han gjør markedet mer mobilt gjennom å skape oversikt over produkter og tilbydere. Han har rollen som uavhengig spisskompetanse i et marked» Jf. ECON-rapport nr. 2005-021, tilgjengelig på http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/395730/0504_ECON_MELLOMMANNENS-ROLLE-KONKURRANSEN.PDF.

29 Jf. Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946 s. 222 og Munukka, Jori, *Kontraktuell Lojalitetsplikt*, Stockholm 2007 s. 315.

30 Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946 uttaler på s. 280 at «[s]ærlig i verdipapirbransjen spiller meglerens rådgivende virksomhet en stor rolle. Både de råd megleren plikter å gi, og de råd han gir frivillig, må betraktes som sakkyndige råd gitt mot betaling.»

31 Jf. Rt. 2012 s. 1926 og Rt. 2013 s. 388. Se også Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo (2007) s. 316.

32 I hvilken grad og på hvilken måte kravene til god forretningsskikk i MiFID påvirker nasjonal privatrett, er behørig diskutert i teorien. Til tross for unøyhet om detaljene, er det likevel bred enighet om at de europaretslige reglene som ligger til grunn for nasjonal verdipapirrett innenfor EU/EØS har innvirkning i en eller annen form også på privatrettslig nivå. Se f.eks. Tison, Michel, *The Civil law effects of MiFID in a comparative law perspective*, Financial Law Institute Ghent University Working Paper Series, WP 2010-05.

33 Disse er fastsatt av Verdipapirforetakenes Forbund, og er tilgjengelig på <http://www.vpff.no/Om-Bransjen/Bransjenormer/Bransjestandarder>.

verdipapirforetakenes plikt til å «opptre så objektivt som mulig»,³⁴ og det fremgår eksplisitt at foretakene ikke må «forlede kunder til kjøp eller salg utelukkende for å oppnå størst mulig egen fortjeneste».³⁵

At bransjenormer og rammeregulverk har betydning for hvilke berettigede forventninger investorer vil ha om foretakets ivaretagelse av hans interesser, gir imidlertid ikke rom for noen antitetiske slutninger. At realdebitors opptreden *ikke* bryter med rammeregulverk av offentligrettslig karakter, sier lite om det privatrettslige forhold.

Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2013 s. 388 (Røeggen-dommen) er illustrerende. Saken gjaldt kjøp av et strukturert spareprodukt, og forbrukeren hadde blant annet påberopt seg at en tilretteleggermargin på 28 050 kroner som banken beregnet seg ved opsjønskjøpet, ikke var gjort kjent for ham. Om dette uttalte Høyesterett i avsnitt 90:

«Bankenes plikt til å opplyse om avansen ble først innført ved ikrafttreddelsen av informasjonspliktforskriften i 2007, som i § 4 siste ledd pålegger finansinstitusjonene å opplyse skriftlig «om de totale kostnadene og den endelige prisen kunden betaler». Jeg kan imidlertid ikke se at dette var uttrykk for gjeldende rett på avtaletidspunktet.»

Verdipapirforetak har, som mellommann, i oppdrag å forvalte penger på kundenes vegne. Det klare utgangspunktet fra et privatrettslig ståsted må være at den som forvalter penger på andres vegne, ikke kan belaste kundens midler med gebyrer og vederlag til seg selv uten etter avtale. Det relevante spørsmålet ville derfor være om opsjønskjøpet må regnes som en handel på kundens vegne.³⁶ Om dette kan det selvsagt være delte meninger, men jeg kan ikke se at opplysningspliktforskriften gir særlig veiledning.

Bransjenormer og rammeregulverk har størst selvstendig betydning for det privatrettslige forholdet i den grad det fastsetter forpliktelse som ikke allerede følger av alminnelig avtale-, kontrakts- og erstatningsrett. Fordi avtaler mellom verdipapirforetaket og investor dreier seg om tillitsytelser, ofte med et stort innslag av representasjon, vil imidlertid de forpliktelse som følger av det verdipapirrettslige kravet til god forretningsskikk i stor grad kodifisere allerede eksisterende privatrettslige forpliktelse.

En annen sak er at rammeregulverket i praksis likevel innebærer viktig forbrukerbeskyttelse fordi det legger til rette for effektiv håndheving av disse forpliktelse. Det ligger i tillitsytelse karakter at det er vanskelig for realkreditor å oppdage et kontraktsbrudd. Det er for eksempel svært vanskelig for klienten å oppdage at den juridiske rådgivning ikke holder mål – eller for pasienten å oppdage at tannlegen anbefaler medisinsk unødvendig behandling. Ettersom faren for privatrettslige sanksjoner er liten, kan et rammeregulverk – ofte av offentligrettslig karakter – sørge for det nødvendige «riset bak speilet». Det kan også sørge for at useriøse aktører overhodet ikke kommer på banen – eller blir kastet ut av den.

34 Jf. §§ 1-1 (2) nr. 2 og 4-1 (2).

35 Jf. § 3-1.

36 I realiteten kan dette oppfattes som en form for urettmessig egenhandel, der foretaket beregner seg en skjult prisdifferanse. Brækhus beskriver dette problemet, og peker på at det er enkelt for kommisjonæren å skjule slik oppreden fordi han opptre i eget navn overfor begge parter, se Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946 s. 247.

Betydningen av styrkeforholdet mellom partene

Det er et ujevnt styrkeforhold mellom forbruker og verdipapirforetak. Dette ujevne styrkeforholdet kan tilsi ytterligere skjerpede forpliktelser på verdipapirforetakets hånd til å ivareta forbrukerens interesser.³⁷ Dette er det klassiske forbrukervernhensynet.

I Rt. 2013 s. 388 (Røeggen-dommen), som gjaldt en forbrukers kjøp av strukturerte spareprodukter, viser Høyesterett til et «generelt syn om at forbrukere i møte med profesjonelle aktører har et særlig vern. Den betydelige tyngde forbrukerperspektivet har fått, må reflekteres i den konkrete rimelighetsvurderingen» etter avtaleloven § 36.

I praksis ser det imidlertid ikke ut til at den norske Finansklagenemnda Bank tillegger forbrukervernhensynet særlig vekt. Illustrerende i så måte er en avgjørelse fra 2013 som gjelder investeringer på til sammen 1,32 millioner kroner i unoterte aksjer i fire selskaper.³⁸ Avgjørelsen innledes ved at nemnda viser til ovennevnte generelle uttalelser fra Røeggen-dommen om betydningen av forbrukervernargumentet. Det er overraskende når nemnda i fortsettelsen uttaler at den "kan ikke se at avgjørelsen kan få noen spesiell betydning for vurderingen av foreliggende sak." Som sagt – så gjort – det er ikke spor av forbrukerperspektiv i den etterfølgende begrunnelsen. Dette til tross for at den investerte kapitalen var en erstatningsutbetaling etter en trafikulykke der klageren ble invalidisert. Investeringene skulle altså sikre et livslangt tilskudd på grunn av reduserte inntektsmuligheter og dekning av merutgifter – noe som var formålet til foretaket. At foretaket på denne bakgrunn anbefalte investeringer i fire unoterte selskaper med uoversiktlig kostnadsstruktur, høy risiko, og hvor foretaket hadde klare egeninteresser i å selge inn nettopp disse aksjene – finner nemnda uproblematisk. De helt åpenbare sosiale hensynene som gjorde seg gjeldende, droftes overhodet ikke.

Forbrukervernhensynet har først og fremst selvstendig betydning der øvrige momenter ikke tilsier utstrakte lojalitetsforpliktelser. For eksempel har spørsmål om lojalitet i rådgivningsavtaler lite med forbrukerbeskyttelse å gjøre, fordi disse avtalene etter sitt innhold går ut på at rådgiveren skal ivareta kundens interesser.³⁹

For avtaler mellom verdipapirforetak og forbruker om salg av finansielle instrumenter, er dette et viktig poeng. Fordi realytelsens karakter og representasjonselementet i avtalen tilsier strenge lojalitetsforpliktelser uavhengig av realdebitors status som forbruker, får forbrukervernhensynet først og fremst karakter av tilleggsmoment.

Hensynet har derimot større selvstendig betydning for spørsmål om forbrukeren må beskyttes mot seg selv. Hensynet kan for eksempel tilsi en frarådingsplikt der en risikovillig forbruker med åpne øyne ønsker å gamble med hus og hjem i håp om store gevinster.

37 Jf. Munukka, Jori, *Kontraktuell Lojalitetsplikt*, Stockholm 2007 s. 351 og Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 s. 172.

38 Se Fink-2013-559.

39 Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Oslo 2007 (2007) s. 311 peker på at årsaken til at rådgivningsavtalen inngås (ofte er at medkontrahenten ikke har evne eller tid til å ivareta interessene sine selv. Han må kunne stole på at lojalitetssubjektet opptrer lojalt og således i henhold til avtalens formål). En annen sak er at selve innholdet av rådgivningen må tilpasses kunden – og dermed får det betydning hvilken erfaring og innsikt kunden har.

5. Grensedragningen mellom salg og rådgivning, og kundebehandlerens/rådgiverens «uavhengighet», har underordnet betydning

Verdipapirforetak vil ofte ha en egeninteresse i å selge bestemte spareprodukter. En egeninteresse kan oppstå enten fordi foretaket opptrer som direkte kontraktspart for egen regning, eller fordi det har et samarbeid med utsteder av bestemte produkter, som innebærer at det får bestemte interesser i å selge akkurat disse produktene. Denne interessekonflikten har resultert i en begrepsdebat der det særlig diskuteres om de ansatte i verdipapirforetakene skal kalles rådgivere eller selgere, om de «egentlig» driver med rådgivning eller salg, hvordan man skal skille informasjon fra markedsføring, og i denne sammenheng hvilken betydning det har at en rådgiver er «uavhengig» eller ikke.⁴⁰

Etter mitt syn er denne debatten mer egnet til å vilde enn veilede. Problemet er at man undertiden synes å trekke normative slutninger om foretakenes forpliktelser ut fra faktiske omstendigheter. Det sentrale er ikke om foretaket har en egeninteresse i å selge bestemte produkter, men i hvilken grad foretaket rettmessig kan forfølge en slik egeninteresse.

Når det gjelder foretakets kontraktsrettslige posisjon, må en kunde som oppsøker et verdipapirforetak etter min oppfatning kunne ha en berettiget forventning om at foretaket opptrer som kommisjonær - i eget navn, men for fremmed regning.⁴¹ Dette er hovedregelen for foretakenes utførelse av ordre, jf. verdipapirhandelloven § 12-1. Det følger dessuten uttrykkelig av MiFID artikkel 21 nr. 3 at dersom verdipapirforetakets interne rutiner åpner for at foretaket selv skal kunne tre inn i handelen, skal kunden skriftlig og eksplisitt godkjenne dette.⁴²

For å sette det på spissen – en kommisjonær som opptrer for egen regning, blir ikke av den grunn en selger som ikke plikter å ivareta kjøpers interesser – han blir en kommisjonær i mislighold.

Det er et faktum at verdipapirforetakene i stor grad opptrer for egen regning overfor forbrukere. I stedet for å formidle finansielle instrumenter, opptrer de som «produsenter» som skrur sammen og selger sine egne spareprodukter. Det er ikke noen formelle hindre for dette. Brækhus uttaler imidlertid at man i slike tilfeller må «kreve absolutt klare linjer fra meglerens side; han må oppgi sin rolle som megler og får ikke rett til provisjon».⁴³

Selv der verdipapirforetaket på denne måten har gjort det helt klart at det opptrer for egen regning, er det imidlertid lite treffende å sammenligne avtalene mellom verdipapirforetaket og investor med en klassisk kjøpsavtale. Foretakets lojalitetsforpliktelser må fastsettes basert på en samlet vurdering av de momentene som er trukket frem ovenfor. Tillit er viktig ved kjøp av spareprodukter – også når verdipapirforetaket opptrer for egen regning. Rørleggeren eller bilmekanikeren gir heller ikke «uavhengig» rådgivning. Man kan tvert imot si at det nettopp

40 Se blant annet rapport fra Kredittilsynet 2. november 2008: *Det norske sparemarkedet: Konkurransen og effektiviteten i markedet for verdipapirfond og andre spareprodukter*, der Kredittilsynet blant annet foreslår «et forbud mot å titulere seg som «rådgiver» dersom man mottar betaling fra andre enn kunden, og et påbud om å titulere seg som «selger» dersom man mottar betaling direkte eller indirekte fra produsent», se s. 44. Se også Kommittédirektiv 2012:98: *Konsumentskydd ved finansiell rådgivning*, der det blant annet pekes på «problem med grånsdragningen mellom marknadsføring, förseljning och rådgivning» og Gavelin, Lars og Erik Sjöberg, *Finansiell Ekonomi i Praktiken*, Lund 2012 s. 288–289 og Korling, Fredric, *Rådgivningsansvar*, Stockholm 2010 s. 123 flg. Sistnevnte peker på at det kan være vanskelig å opprettholde noen grenser mellom rådgivning og salg og markedsføring.

41 Forpliktelsen til å opptre for fremmed regning er en sentral del av megleroppdraget, jf. Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946 s. 243.

42 En annen sak er det er vanskelig å oppdage det dersom forpliktelsen brytes og verdipapirforetaket i det skjulte opptrer for egen regning.

43 Jf. Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946 s. 256.

er kombinasjonen av avhengighet, kombinert med betydningen av tillit i avtaleforholdet, som begrunner de spesifikke omsorgsforpliktelsene som følger av håndverkertjenesteloven.⁴⁴

Hertil kommer at verdipapirforetakenes egenhandel, i motsetning til røggerens og bilmekanikerens, foretas innen rammene av en konsesjonspliktig rolle som mellommann på verdipapirmarkedet.⁴⁵ De uheldige sidene ved at verdipapirforetaket driver egenhandel, er søkt minimalisert ved å gi de strenge bransjenormene virkning uavhengig av foretakets kontraktsrettslige posisjon i den enkelte handel.⁴⁶ Det betyr at det verdipapirrettslige kravet til å ivareta kundens interesser får anvendelse uansett hvilken investeringstjeneste foretaket utfører – om det dreier seg om utførelse av ordre, investeringsrådgivning, porteføljeforvaltning, eller når foretaket driver egenhandel.⁴⁷ Selv der foretaket opptrer åpent for egen regning vil investor, på grunn av realtelsens karakter og forventninger skapt av bransjenormer og rammeregelverk, dermed ha berettigede forventninger om lojalitet som strekker seg langt utover hva han kan forvente av en selger av for eksempel løsøre.

Når det gjelder foretakets egeninteresse i å selge bestemte produkter på grunn av samarbeid med bakenforliggende salgsledd, for eksempel utstederen av bestemte produkter, gjelder mye av det som er sagt ovenfor tilsvarende. Her kommer imidlertid meglerens forpliktelser som mellommann inn med stor tyngde. Megleren kan ikke ensidig ivareta interessene til den ene parten i kontraktsforholdet. Han må balansere partenes interesser, og ivareta begge sider. Av denne grunn er et interessefellesskap med den ene parten i kontraktsforholdet i seg selv problematisk.⁴⁸

6. Fokus på forbrukerbeskyttelse er ikke nødvendigvis til forbrukerens beste

Som nevnt, har det klassiske forbrukervernargumentet knyttet til partenes styrkeforhold, en begrenset betydning der realtelsens karakter av tillitsytelse og representasjonselementet i avtalen tilsier strenge lojalitetsforpliktelser. Et fokus på forbrukerargumentet kan føre til at man overser at andre momenter rekker lenger, og at forbrukerne dermed i praksis får dårligere beskyttelse enn som ville fulgt av alminnelige avtale-, kontrakts- og erstatningsrett.

I norsk rett har avtaleloven § 36 fått en svært sentral plass for avtaler om kjøp av spareprodukter mellom verdipapirforetak og forbruker. I den grad Finansklagenemnda Bank viser til rettslig grunnlag i sine avgjørelser, er det nesten alltid ved en henvisning til avtaleloven § 36. I to nye og sentrale høyesterettsavgjørelser om tvist etter kjøp av strukturerte spareprodukter, Rt. 2012 s. 436 (Lognvik-dommen) og Rt. 2013 s. 388 (Røeggen-dommen), var avtaleloven § 36 det eneste påberopte rettsgrunnlag.

44 I tillegg til partenes ulike styrkeforhold. Vi ser imidlertid at lojalitetsforpliktelsene i håndverkertjenesteloven er langt strengere enn i forbrukerkjøpsloven – så det kan ikke utelukkende være partenes styrkeforhold som forklarer lojalitetsforpliktelsene i håndverkertjenesteloven.

45 Slik også Zunzunegui, Fernando, *Dealing on Own Account in Swaps*, 2013, tilgjengelig på <http://ssrn.com/abstract=2200317> s. 6-7.

46 Se fortalen til gjennomføringsdirektivet punkt 69. Se også forarbeidene til den norske verdipapirhandeloven der det fremgår av Ot. prp. nr. 34 (2006–2007) s. 148 at «foretaket alltid skal opptre med kundenes interesse for øye» (min understreking).

47 Heller ikke de bransjeetiske normene skiller mellom type investeringstjeneste.

48 Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946, legger til grunn at «et interessefellesskap mellom megler og part kan være inhabilitetsgrunn; det kan skape en alminnelig presumsjon for partiskhet». Også den verdipapirrettslige lovgivningen oppstiller klare begrensninger i verdipapirforetakets adgang til å inngå interessefellesskap av denne typen, blant annet gjennom forbud mot å motta vederlag fra andre enn kunden, se forskrift til verdipapirhandeloven 29. juni 2007 nr. 876 § 10-8.

Avtaleloven § 36 blir gjerne sett på som selve kronjuvelen innen forbrukerbeskyttelse. I praksis er imidlertid terskelen for å nå frem med et krav om ugyldighet etter avtaleloven § 36 høy.⁴⁹ Dette har sammenheng med at avtaleloven § 36 i hovedsak er ment å ramme avtaler som er urimelige etter sitt innhold. Her er det altså tale om å beskytte forbrukeren fra sin egen uforstand – et klassisk forbrukerrettslig spørsmål der sosiale hensyn må veies opp mot tradisjonelle kontraktsrettslige verdier, særlig hensynet til kontraktsfrihet og bindende avtaler. Fordi mothensynene er tungtveiende, er terskelen for å konstatere ugyldighet på grunn av avtalens innhold høy, noe de nevnte høyesterettsdommene har bekreftet med all tydelighet.⁵⁰

Problemene rundt utnyttelse av tillit i avtaleforholdet er imidlertid ikke et spørsmål om å vurdere balansen i avtalen som sådan, og eventuelt fri forbrukeren fra sine avtalerettslige forpliktelser. Tvert imot er det et spørsmål om å vurdere om verdipapirforetaket har oppfylt sine avtalerettslige forpliktelser. Og disse forpliktelsene strekker seg utover de opplysningsforpliktelsene som Høyesterett legger til grunn er det sentrale for spørsmål om tilbivellesmangler etter avtaleloven § 36 i de nevnte dommene. Dette har sammenheng med at både avtalens innhold og opplysningene som gis, må vurderes på bakgrunn av realdebitors plikt til å ivareta kundens interesser.

Som nevnt ovenfor, er det en sentral forpliktelse for verdipapirforetaket som mellommann å sørge for at kunden får gode kontraktsvilkår. Og det kan selvsagt foreligge brudd på denne forpliktelsen selv om foretaket har informert korrekt om avtalebetingelsene. Brækhus har et illustrerende eksempel:

«Hvis en reder har akseptert en tilbudt frakt, f.eks. på 7 kr. pr. tonn, uten å ha fått oppgitt befракterens navn, skulle en tro at det var det samme for ham enten det er en utenforstående tredjemann som er befraakter, eller det er megleren som står bak; ... Har rederen funnet at 7 kr. er en akseptabel frakt, må det være likegyldig om det er denne eller hin som skal betale den, en krone er en krone. En nærmere undersøkelse av meglerens funksjoner vil vise at denne betraktning er uriktig. ... Oppdragsgiveren regner med at kontraktsvilkårene er de beste megleren kan oppnå ved hjelp av sin forhandlingsdyktighet; i virkeligheten er det ingen som har talt oppdragsgiverens sak.»⁵¹

Det sentrale er altså verken om 7 kroner er en urimelig lav pris, eller om opplysningene om prisen er korrekte. Det sentrale er at megleren har en plikt til å skaffe til veie de beste kontraktsvilkår.

Reglene i håndverkertjenesteloven illustrerer også hvordan realdebitors omsorgsforpliktelser kan få betydning for hvordan avtalens innhold vurderes. Av håndverkertjenesteloven § 7 første ledd følger at dersom tjenesteyteren «må anta at prisen for en reparasjon vil stå i misforhold til det tingen er verd i reparert stand, eller for øvrig at tjenesten ikke vil bli til rimelig nytte for forbrukeren, skal tjenesteyteren orientere forbrukeren om det». Av forarbeidene følger det at innholdet «av oppdragstakerens plikt er at han skal reagere i situasjoner der han som fagmann har bedre forutsetninger enn forbrukeren til å bedømme nytten av tjenesten», og videre at «han skal si fra hvis tjenesten ikke synes å være en

49 Jf. Lilleholt, Kåre, *Application of General Principles in Private Law in the Nordic Countries*, Juridica International, 2013, Giertsen, Johan, *Avtalerett*, 3. utgave, Bergen 2014, s. 251 og Woxholth, Geir, *Utviklingen i rettspraksis vedrørende anvendelsen av avtaleloven § 36 – Fra generell formuerettslig lempningsregel til en avtalerettslig spesialregulering av tilbivellesmangler og en obligasjonsrettslig «rettskildепarentes»*, Jussens venner nr. 4 2013.

50 Det er betimelig å stille spørsmål ved om Høyesterett har oppstilt en for høy terskel i de nevnte dommer, men det er en annen debatt.

51 Jf. Brækhus, Sjur, *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946 s. 244–245.

alt i alt fornuftig disposisjon ut fra de omstendigheter som han kjenner til.»⁵² Tjenesteyterens forpliktelse til å reagere slår altså inn allerede når det foreligger et «misforhold» mellom partenes utøvelser. Den alminnelige terskelen for å sette en avtale til side på grunn av et urimelig innhold etter avtaleloven § 36, er åpenbart mye høyere.

Mens forarbeidene i håndverkertjenesteloven fremhever at tjenesteyteren med sin ekspertkunnskap må reagere hvis forbrukerens disposisjon fremstår som ufornuftig, anser Høyesterett i Lognvik-dommen at det er unødvendig å ta stilling til om en investering er «ufornuftig. Avtaleloven § 36 rammer de urimelige avtalene, ikke de ufornuftige.» Det spørsmålet Høyesterett med dette *ikke* tar stilling til, er hvilken avtalerettslig forpliktelse en kundefrådgiver i et verdipapirforetak har til å sørge for ikke å tilråde en ufornuftig investering som først og fremst ivaretar bankens interesse.⁵³

Det synes underlig om den som selger håndverkertjenester skal være underlagt strengere lojalitetsforpliktelser enn den som selger finansielle tjenester. Dette spørsmålet fortjener i det minste en nærmere undersøkelse. I det hele tatt gir avtaleloven § 36 med sin skjønnsmessige helhetsvurdering og fokus på innholdsmangler, etter mitt syn et for upresist redskap til å anvende på alle de problemstillinger avtaler om salg av spareprodukter reiser, og til å skille mellom disse på en hensiktsmessig måte.⁵⁴ Spørsmål om vilkårene i en avtale skal settes til side som urimelig, og spørsmål om partene har oppfylt sine kontraktsrettslige forpliktelser, er vesensforskjellige.

Den ovenfor nevnte avgjørelsen fra Finansklagenemnda Bank i Fink-2013-559 gir et illustrerende eksempel på at en skjønnsmessig helhetsvurdering etter avtaleloven § 36, ikke nødvendigvis er til forbrukerens beste. I denne saken legger nemnda tilsynelatende avgjørende vekt på forbrukerens plikt til å ivareta egne interesser gjennom en undersøkelsesplikt. Nemnda uttaler blant annet:

«Klager har gjort gjeldende at han ikke fikk prospekter for de to første investeringene. Når han så fikk det i forbindelse med den tredje investeringen, burde han ha etterlyst prospektene for de to første. ... Nemnda har i en rekke saker uttalt at investor har et selvstendig ansvar for å sette seg inn i det produktet man velger å investere i. De opplysningene som han kunne fått gjennom prospektene, må nemnda således ta i betraktning ved vurderingen av hans ansørlser.»

Uttalelsen passer svært dårlig overens med alminnelig kontraktsrett. Selv ikke mellom næringsdrivende er det slik at de opplysninger realkreditor burde tilegnet seg ved oppfyllelse av en etterfølgende undersøkelsesplikt legges til grunn som formidlet før avtaleinngåelsen.⁵⁵ Forbrukeren ville derfor vært bedre stilt ved anvendelse av alminnelig kontraktsrett, enn anvendelse av avtaleloven § 36, tolket på den måten nemnda gjør. Nemndas vektlegging av forbrukerens undersøkelsesplikt er dessuten svært vanskelig å forene både med den opplysningsplikt som følger av det verdipapirrettslige regelverket, og som Høyesterett uttrykkelig har slått fast i Røeggen-dommen: «ved salg av risikopregede og komplekse produkter til ikke-profesjonelle investorer, må banken forsikre seg om at kunden forstår innholdet i den handelen han begir seg inn på.»⁵⁶

52 Jf. NOU 1979: 42 Forbrukertjenester, s. 87–88.

53 I Røeggen-dommen oppstiller Høyesterett strengere omsorgsforpliktelser enn det som følger av Lognvik-dommen. Også i denne dommen er det imidlertid de rene opplysningsforpliktelsene som står i sentrum. Det synes underlig om den som selger håndverkertjenester skal være underlagt strengere krav til lojalitet enn banker og andre finansinstitusjoner som selger konsesjonspliktige tjenester. Dette spørsmålet fortjener i det minste en nærmere undersøkelse.

54 Finansklagenemnda Bank sin uttalelse i Fink-2013-559 er et godt eksempel. Nemnda legger i denne uttalelsen til grunn en forståelse av avtaleloven § 36, som i praksis ser ut til å slå ut strengere til forbrukerens ugunst, enn det som følger av alminnelig kontraktsrett mellom to profesjonelle parter, se omtalen av uttalelsen i punkt ovenfor.

55 Derimot kan brudd på en etterfølgende undersøkelsesplikt føre til at reklamasjonsfristen begynner på løpe, jf. Hagstrøm, Viggo, Obligasjonsrett, 2. utgave, Oslo 2011.

56 Se avsnitt 125.

Mens norsk Høyesterett for den profesjonelle investor tar utgangspunkt i at «når det inngås avtale om finansiell rådgivning mellom en bank og en bankkunde, må kunden som alminnelig regel kunne kreve høyt kvalifisert og høyt spesialisert rådgivning»,⁵⁷ er forbrukerinvestoren henvist til et utgangspunkt som sier han må bære «risikoen for sin egen investeringsbeslutning».⁵⁸ Man kan lure på hvem som i praksis er best beskyttet?

7. Avsluttende kommentarer

Jeg har i dette innlegget argumentert for at faren for utnyttelse av tillit er et sentralt beskyttelsesbehov ved avtaler om salg av spareprodukter mellom investor og verdipapirforetak. Jeg har argumentert for at graden av den privatrettslige beskyttelsen av investors tillit til verdipapirforetaket beror på en helhetsvurdering basert på realytelsens karakter av tillitsytelse, representasjonselementet i avtalen, bransjenormer og rammeregelverk og det ujevne styrkeforholdet mellom partene. Momentene vurdert samlet tilsier etter min oppfatning relativt vidtgående forpliktelser for verdipapirforetaket til å ivareta forbrukerens interesser.

I praksis blir det imidlertid dårlig forbrukerbeskyttelse hvis man trekker raske konklusjoner av typen (spissformulert i anledning debatten):

- Forbrukeres hovedproblem er at de gjør så mye ufornuftig. De kunne hatt godt av å bli beskyttet mot seg selv – men dette er det ikke opp til domstolene å gjøre.
- Hvis foretaket har en egeninteresse i å selge bestemte produkter, er det ok å følge denne egeninteressen (da er foretaket «selger», ikke «rådgiver»).
- Hvis noe ikke er forbudt offentligrettslig – er det greit privatrettslig.
- Avtaleloven § 36 gir automatisk god forbrukerbeskyttelse.

57 Jf. Rt. 2000 s. 679.

58 Jf. Rt. 2012 s. 355. Se også Rt. 2013 s. 436.

Erstatning i konkurranseretten

Advokat Katriina Kuusniemi, Finland

Erstatning i konkurranseretten

Advokat *Katriina Kuusniemi*, Finland

Den relativt sett nya utvecklingen av konkurrensrättsligt skadestånd på både EU-nivå och nationell nivå har visat att de juridiska frågorna på rättsområdet är svåra och reglerna oklara. Kommissionen har i ett antal år strävat till en harmonisering samtidigt som de nationella domstolarna har avkunnat sina första domar på rättsområdet.

Strävan på EU-nivå är att säkerställa att de skadelidande kan få ersättning samt att den offentliga och den privata verkställigheten av EU:s konkurrensrätt kan effektivt samordnas. Kommissionens direktivförslag från år 2013 som godkänkts av Europaparlamentet 17.4.2014¹ utgör ett betydande steg i denna process. Direktivet innehåller flertalet stadganden som tyder på att konkurrensrättsliga skadeståndsprocesser kommer att utvecklas till en särskild form av skadeståndsprocesser, där konkurrensrätten, skadeståndsrätten och processrätten möts. Huruvida direktivet kommer att leda till samordnade processer i de olika medlemsstaterna återstår att se.

Samtidigt som harmoniseringsarbetet på lagstiftningsnivå går framåt utvecklas rättsområdet konstant också av EU-domstolen och de nationella domstolarna. Både direktivet och EU-domstolens praxis samt bl.a. de konkurrensrättsliga skadeståndsmålen som pågår i Finland tyder på att EU-rätten och konkurrensrätten allt tydligare kommer att inverka på de konkurrensrättsliga skadeståndsmålen samt att konkurrensmålen (både parternas argument och myndighetens och/eller domstolens beslut) kommer att spela en allt större roll i efterföljande skadeståndsprocesser.

1. EU-domstolens praxis

En av grunderna för utvecklingen av skadestånd i konkurrensrättsliga mål är EU-domstolens praxis. Särskilt fallen C-453/99 *Courage Ltd mot Bernard Crehan och Bernard Crehan v Courage Ltd*, [2001] ECR I-6297, hädanefter ”*Courage*”, och C-295/04-C298/04 *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni*, [2006] ECR I-6619, hädanefter ”*Manfredi*”, anses allmänt bekräftat ”rätten” till konkurrensrättsligt skadestånd. Tillsammans med den samtida politiska drivkraften att framhäva privata parterers rätt till skadestånd för konkurrensrättsliga överträdelser i EU kommissionens regi har dessa domslut bidragit centralt till utvecklingen.² Därtill kan domslutet i C-360/09 *Pfleiderer AG mot Bundeskartellamt*, [2011] ECR I-5161, hädanefter ”*Pfleiderer*”, som gäller tillgång till handlingar, anses vara ett av de centrala målen som utvecklat rättsområdet. De nämnda fallen sammanfattas i korthet nedan.

¹ Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om vissa regler som styr skadeståndstalan enligt nationell lagstiftning för överträdelser av medlemsstaternas och Europeiska unionens konkurrensrättsliga bestämmelser, 2013/0185, 11.6.2013. Den 17.4.2014 har Europaparlamentet godkänt direktivförslaget. Det nästa steget är för Ministerrådet att formellt godkänna direktivet, varefter medlemsstaterna har två år på sig att implementera direktivet.

² Det kan dock nämnas att EU-domstolen före fallen *Courage* och *Manfredi* redan har behandlat möjligheten för skadeståndsansvar mellan enskilda rättssubjekt p.g.a. konkurrensbegränsningar i anslutning till fallet *H.J. Banks* (C-390/98) samt möjligheten för skadeståndsansvar för en konkurrensbegränsning som staten gjort sig skyldig till i fallet *GT-Link* (C-242/95). Vidare kan nämnas att det har förts en akademisk debatt över huruvida ”rätten” till konkurrensrättsligt skadestånd är en EU-rättslig ”rätt”, eller om det de facto handlar om ”möjligheten” att kräva ersättning för skada. Inom ramen för detta referat är det dock inte ändamålsenligt att diskutera detta ämne mer ingående.

1.1 Talerätt

Courage

Målet³ gällde en tvist mellan bolaget Courage Ltd ("Courage") och Bernard Crehan (hädanefter "Crehan"). Crehan ägde en pub som köpte öl av Courage. Tvisten gällde obetalda leveranser av öl. Crehan hyrde sin publokal av IEL, ett bolag som ägdes till lika delar av Courage och ett annat bolag. I hyresavtalet ingick en skyldighet för hyresgästen att köpa öl av Courage som var skyldigt att leverera de beställda kvantiteterna till ett fastställt pris. Crehan var även skyldig att köpa öl av Courage i angivna mängder och sorter.

Courage väckte en talan mot Crehan och yrkade att Crehan skulle förpliktas att betala ett belopp på 15 266 GBP för obetalda leveranser av öl. Crehan bestred betalningsskyldigheten, yrkade skadestånd i ett genkärsmål och hävdade att inköpsskyldigheten stred mot dåvarande artikel 85 i EG-fördraget (numera artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt).

Enligt Crehan sålde Courage öl till fristående pub-ägare till väsentligt lägre priser än dem som angavs i hyresavtalet. Han anförde att denna prisskillnad ledde till att verksamhetens lönsamhet minskade för pubar som hans som var tvungna att köpa öl till de givna priserna och mängderna av Courage. Detta i sin tur ledde till att de måste upphöra med sin verksamhet.

I målet klargjorde EU-domstolen att varje enskilt rättssubjekt har rätt att införa domstol åberopa brott mot artikel 85.1.⁴ Den fulla verkan av artikel 85 i fördraget skulle enligt domstolen kunna ifrågasättas om inte varje person har rätt att kräva ersättning för en skada som ett konkurrensbegränsande avtal eller handlande påstås ha orsakat honom.⁵ Har ett bolag brutit mot EU-rättsliga konkurrensregler skall därmed enskilda rättssubjekt kunna kräva skadestånd.

Vidare påminde domstolen om EU-rättens *sui generis*-karaktär och att EU-rätten kan skapa rättigheter och skyldigheter också för enskilda. Domstolen konstaterade att EU-rättens förbud mot konkurrensbegränsningar har direkt effekt i horisontala rättsförhållanden.⁶ Således kan en part till ett avtal som strider mot EU:s konkurrensrättsliga förbud hänvisa till förbuden för att få rättskydd. Uttrycket "any individual" ("varje enskild") som EU-domstolen använde i domen har gett upphov till mycket diskussion i den efterföljande debatten i doktrinen kring talerätt i konkurrensrättsliga skadeståndsmål.⁷

Manfredi

Målet⁸ gällde en tvist mellan ett försäkringsbolag och dess kunder som var ett antal privatpersoner. Kunderna väckte en talan i vilken de krävde att försäkringsbolagen skulle åläggas att återbetala förhöjda premier. Premiehöjningarna hade genomförts med grund i en konkurrensbegränsande samverkan som den nationella konkurrensmyndigheten hade förklarat otillåten.

3 Court of Appeal (England & Wales) begäran om förhandsavgörande av EU-domstolen, mål C-453/99 *Courage Ltd mot Bernard Crehan och Bernard Crehan v Courage Ltd*, [2001] ECR I-6297 ("Courage").

4 *Courage*, p. 24.

5 *Courage*, p. 26.

6 *Courage*, p. 23.

7 Katri Havu: Oikeus kilpailuoikeudelliseen vahingonkorvaukseen EU:n ja Suomen oikeudessa, *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 2013, sid. 51.

8 Giudice di pace di Bitonto (Italien) begäran om förhandsavgörande av EU-domstolen, förenade målen C-295/04-C-298/04 *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni*, [2006] ECR I-6619 ("Manfredi").

EU-domstolen konstaterade att artikel 81.1 i EG-fördraget har direkt effekt i förhållanden mellan enskilda och ger rättigheter för enskilda som de nationella domstolarna är skyldiga att skydda.⁹ Av detta följer att var och en har rätt att inför domstol åberopa att artikel 81 i EG-fördraget har åsidosatts (till denna del hänvisade domstolen till *Courage*) och därmed att en överenskommelse eller ett förfarande som är förbjudet enligt denna bestämmelse är ogiltigt.¹⁰

Av detta följer att var och en har rätt att begära skadestånd när det föreligger ett orsakssamband mellan den skada som har orsakats den enskilda och en överenskommelse eller ett förfarande som är förbjudet enligt artikel 81 i EG-fördraget.¹¹ I avsaknad av gemenskapsrättsliga föreskrifter på området ska varje medlemsstats interna rättsordning ange villkoren för att utöva denna rättighet, inklusive tillämpningen av begreppet orsakssamband, under förutsättning att likvärdighets- och effektivitetsprinciperna iakttas.¹² I sitt beslut konstaterade domstolen, att det följer av effektivitetsprincipen att de personer som har lidit skada måste kunna begära ersättning inte bara för faktisk skada (*damnum emergens*) utan även för utebliven vinst (*lucrum cessans*) samt ränta.¹³

1.2 Tillgång till handlingar

Pfleiderer

Målet¹⁴ handlade om tillgång till handlingar som den tyska konkurrensmyndigheten samlat in i anslutning till en kartellutredning. *Pfleiderer*, som var en kund hos de företag som funnits skyldiga till kartellen, ansökte om tillgång till konkurrensmyndighetens samtliga handlingar i ärendet. *Pfleiderer*'s syfte med ansökan var att förbereda en civilrättslig skadeståndstalan på basen av kartellen. Handlingarna innefattade även handlingar avseende förfarandet för förmånlig behandling (*leniency*). Myndigheten vägrade överlåta en del av materialet och *Pfleiderer* förde saken till allmän domstol.

Frågan i EU-domstolen gällde särskilt huruvida *Pfleiderer* kunde få tillgång till de så kallade *leniency*-handlingarna. Domstolen avgjorde frågan genom att konstatera att unionens relevanta lagstiftning inte utgör hinder för att ge tillgång till *leniency*-handlinga, emedan den nationella domstolen bör inom ramen för den nationella rätten fastställa vilka villkor som ska vara uppfyllda för att tillgång ska kunna ges eller nekas. I sitt avgörande hänvisade domstolen till målen *Courage* och *Manfredi* och konstaterade att det följer av vedertagen rättspraxis att var och en ska ha rätt att kräva skadestånd med anledning av en skada som orsakats av ett beteende som kan begränsa eller snedvrída konkurrensen.¹⁵

Domstolen påpekade att rätten till skadestånd förstärker den verkkningsfulla karaktären av unionens konkurrensregler och avskräcker från sådana, ofta hemliga, avtal eller förfaranden som kan begränsa eller snedvrída konkurrensen. Ur detta perspektiv kan talan om skadestånd

⁹ Manfredi, p. 58.

¹⁰ Manfredi, p. 59.

¹¹ Manfredi p. 61.

¹² Manfredi, p. 64.

¹³ Manfredi, p. 98-100.

¹⁴ Amtsgericht Bonn (Förbundsrepubliken Tyskland) begäran om förhandsavgörande av EU-domstolen, mål C-360/09 *Pfleiderer AG mot Bundeskartellamt*, [2011] ECR I-5161 ("Pfleiderer").

¹⁵ *Pfleiderer*, p. 28.

inför de nationella domstolarna på ett väsentligt sätt bidra till att bevara en effektiv konkurrens i Europeiska Unionen.¹⁶

2. Harmoniseringsarbetet

Vid sidan av den ovan relaterade utvecklingen i EU-domstolens praxis har även sekundärlagstiftning utarbetats som drivit framåt skadeståndsrätten i konkurrensrätt. Den relevanta sekundärlagstiftningen har inledningsvis varit i form av s.k. *soft law* men har därefter även övergått till sedvanlig ”hård” lagstiftning i form av ett direktiv. Dessa initiativ har föregåtts av en sedvanlig konsultationsprocess och aktiv debatt mellan EU-institutionerna och relevanta intressenter.

År 2005 utgav kommissionen en grönbok¹⁷ avseende konkurrensrättsligt skadestånd, som följdes av en vitbok¹⁸ på området år 2008. År 2013 utgav kommissionen sitt direktivförslag om konkurrensrättsligt skadestånd.¹⁹ I anslutning till direktivförslaget utgav kommissionen också ett meddelande om beräkning av skada vid konkurrensrättsliga skadeståndstalan²⁰ samt praktisk vägledning för beräkning av skada²¹.

2.1 Grönboken

I grönboken presenterade kommissionen först sin syn på varför det privata verkställandet av konkurrensrättsligt skadestånd borde effektiveras och förenklas.

Därefter tog kommissionen upp ett antal frågor för konsultation inklusive karendens tillgång till bevis, nivån av vållande som krävs, skadeståndets storlek, *passing-on*-fenomenet,²² den indirekta köparens ställning, möjligheten för konsumenter att använda grupptalan, karendens risk för rättegångskostnader samt eventuella oklarheter kring domstolens behörighet och tillämplig lag.

I tillägg till frågor presenterade kommissionen som sedvanligt alternativa förslag till hur ovan nämnda och övriga frågor kunde åtgärdas och eftersökte kommentarer om åtgärdernas lämplighet. De föreslagna åtgärderna varierade från mycket radikala förslag, såsom att införa en amerikansk *discovery*-modell, till förslag som mycket minimalt skulle ändra på rättsläget. Efter de utlåtanden som samlades in i anknytning till grönboken fördes vissa förslag vidare i vitboken.

2.2 Vitboken

Vitboken utgick ifrån att den konkurrensrättsliga skadeståndsrättens harmonisering skulle

16 Pfeleiderer, p. 29.

17 Grönbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM(2005) 672, 19.12.2005 (”grönboken”).

18 Vitbok om skadeståndstalan vid brott mot EG:s antitrustregler, KOM(2008) 165, 2.4.2008 (”vitboken”).

19 Se fotnot 1 ovan.

20 Meddelande från kommissionen om beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, C(2013) 3440, 11.6.2013.

21 Arbetsdokument från kommissionens avdelningar, följedokument till C(2013) 3440, praktisk vägledning för beräkning av skada vid skadeståndstalan vid överträdelse av artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, SWD(2013) 205, 11.6.2013.

22 Med *passing-on*-fenomenet avses övervärtning av kostnaderna som en konkurrensöverträdelse orsakat på någon annan (t.ex. övervärtning av kostnaderna som orsakats av högre inköpspriser på ens egna kunder).

genomföras delvis genom EU-rätten och delvis genom nationella normer. Vitbokens utgångspunkter har allmänt ansetts utvisa att kommissionen var tvungen till att stävja eventuella ambitiösa förhoppningar om en långtgående harmonisering av den konkurrensrättsliga skadeståndsrätten. Flera av förslagen i grönboken hade stött på motstånd i medlemsstaterna och som resultat ingick endast en del av förslagen i vitboken och många av dem även i väsentligt mildare form.

Trots att vitboken utgår ifrån att den privata verkställigheten är ett sätt att effektivera den offentliga övervakningen av konkurrensrätten, kan det konstateras att vitboken inte understryker betydelsen av varje enskilds rätt att kräva skadestånd som en förebyggande funktion inom konkurrensrätten. Istället konstateras helt enkelt att ”varje medborgare eller företag som lider skada som en följd av brott mot EG:s konkurrensregler (artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget) ska kunna kräva skadestånd av den part som orsakade skadan.²³ Rätten till ersättning för personer som drabbats av skada till följd av att gemenskapens konkurrensregler garanteras av gemenskapsrätten, vilket EG-domstolen har påpekat 2001 och 2006.”²⁴

2.3 Direktivförslaget 2013

Kommissionen offentliggjorde sitt förslag till ett nytt direktiv i juni 2013. Förslaget har gått igenom den normala lagstiftningsordningen i EU och modifierats en del som ett led i de sedvanliga förhandlingarna i och emellan Ministerrådet och Europaparlamentet. Den 17.4.2014 har Europaparlamentet godkänt den sista versionen av direktivförslaget. Det sista steget som väntas inom kort är för Ministerrådet att formellt godkänna densamma. Medlemsstaterna kommer att ha två år tid på sig att implementera direktivet. Kommentarererna nedan är baserade på den av Europaparlamentet godkända versionen²⁵ 17.4.2014 (i väntan på att den formella processen avslutas och att direktivet publiceras i den officiella tidningen), härnästefter ”Direktivet”.

Direktivet syftar till att säkerställa att den som lidit skada av en konkurrensbegränsning ska kunna utöva sin rätt att få full ersättning för skadan. Direktivet är avsett att förstärka de rättsregler som redan skapats i praxis. Direktivet avser även att optimera samspelet mellan konkurrensmyndigheternas tillämpning av konkurrensreglerna och tillämpningen av dessa regler då skadeståndstalan behandlas i nationella domstolar.

Direktivet inbegriper bl.a. regler angående bevisning och utlämning av bevis, s.k. *edition*. I relation till bevisning som finns hos en konkurrensmyndighet stadgas att en del av handlingarna inte skulle kunna utges, såsom de handlingar som hänför sig till så kallade *leniency*-program. Därtill skall handlingar enbart kunna användas som bevis vid en skadeståndstalan av den person som fått tillgång till dokumenten. Vidare stadgas att medlemsstaterna ska införa sanktioner för bl.a. underlåtenhet att fullgöra editionsplikten och förskingring av bevisning.

Direktivet föreskriver även att en skadelidande parts möjlighet att utöva sina rättigheter inte ska hindras av beviskrav och att det tvärtom i kartellskadeståndsmål skulle finnas en presumtion om att skada har uppkommit. Detta grundar sig på tankegången att nationella konkurrensmyndigheter och lagakraftvunna avgöranden av domstol gällande överträdelse av artikel 101 och 102 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt bör anses vara bindande för nationella domstolar i skadeståndsmål.

23 Vitboken, sid. 2.

24 Vitboken, sid. 2.

25 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0451+0+DOC+XML+V0//SV>

Direktivet föreskriver även att preskriptionsfrister inte ska utgöra ett hinder för den som drabbats av en konkurrensbegränsning att väcka skadeståndstalan. Därmed uppställer Direktivet nu ett krav på en minst fem års frist att väcka talan efter det att en drabbad part blev medveten om konkurrensbegränsningen, den skada som vållats och lagöverträdarens identitet. Därtill ska preskriptionstiden inte börja löpa förrän den dag då en fortlöpande eller upprepad överträdelse upphör. Slutligen stipulerar Direktivet att om en konkurrensmyndighet inleder en undersökning av en misstänkt konkurrensbegränsning, ska preskriptionsfristen för väckande av skadeståndstalan börja löpa först ett år efter det att ett myndighetens beslut har blivit slutligt eller myndighetsförfarandet avslutats på något annat sätt.

I situationer där konkurrensbegränsningen tagit form av en kartell ska alla deltagare i kartellen vara solidariskt ansvariga för den skada som konkurrensbegränsningen orsakat. Eftersom de som beviljats förmånlig behandling i ett myndighetsförfarande sällan överklagar ett överträdelsebeslut, blir överträdelsebeslut slutliga avsevärt tidigare för dessa och gör dem till en huvudsaklig målgrupp för skadeståndsyrkanden. Därmed innehåller Direktivet en regel om att ansvaret för den part som befriats från påföljder samt beloppet denne är skyldig att betala till övriga kartelldeltagare inom ramen för det solidariska ansvaret ska begränsas till den skada som har åsamkats egna direkta eller indirekta köpare, eller direkta eller indirekta leverantörer. Hur denna andel ska fastställas (omsättning, marknadsandel, roll i kartellen osv.) avgör medlemsstaterna, så länge som effektivitets- och likvärdighetsprincipen iakttas. Begränsningen av ansvaret för det företag som beviljats befrielse från påföljder är ändå inte absolut. Den befriade blir i sista hand ansvarig ifall de andra kartellmedlemmarna inte kan betala fullt skadestånd.

Därtill innehåller Direktivet explicita stadganden om *passing on defence*, d.v.s. att medlemsstaterna bör säkerställa att svaranden i ett skadeståndsmål kan till sitt försvar åberopa att käranden har kunnat övervältra kostnaderna som föranletts av konkurrensbegränsningen på någon annan. Detta förutsätter dock att det inte är rättsligt omöjligt för den som kostnaderna övervältrats på att få sin skada ersatt. Därutöver innehåller Direktivet bestämmelser som berör vilken bevisning en indirekt köpare, dvs. en skadelidande person som inte är i ett avtalsförhållande med den som har brutit mot konkurrensreglerna, ska kunna framföra i domstol. Det ska också säkerställas att den som drabbats av en inköpskartell och således lidit skada i form av minskade vinster, ska kunna få sin rätt till ersättning prövad i domstol. Därtill innehåller Direktivet en bestämmelse vars syfte är att säkerställa att då skadeståndstalan väcks av käranden i olika nivåer i försörjningskedjan (såsom en köpare och en indirekt köpare), ska alla dessa få en enhetlig rättstillämpning när det handlar om samma konkurrensbegränsning.

Slutligen strävar Direktivet även till att uppmuntra och stöda alternativ tvistlösning och förlikning. För att göra tvistlösningen utanför domstolen mera attraktiv föreskrivs ett tillfälligt avbrott i preskriptionsfristen för väckande av skadeståndstalan. Likaså, ska ett tillfälligt avbrott i pågående processer vara möjligt om alternativ tvistlösning pågår. Vidare innehåller Direktivet bestämmelser om vilken effekt en förlikning ska ha när en skadelidande gör upp med en av flera parter som deltagit i en konkurrensbegränsning.

3. Konkurrensrättsligt skadestånd enligt finsk lag

3.1 Konkurrenslagen

I Finska konkurrenslagen (2011/948) stadgas det i 20 § att en näringsidkare eller en sammanslutning av näringsidkare som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot något av förbuden i 5 eller 7 § eller i artikel 101 eller 102 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, är skyldig att ersätta den skada som har orsakats av konkurrensbegränsningen. Således definieras både vilka parter som kan bli ersättningskyldiga samt att ett orsakssamband bör föreligga för att ersättningskyldigheten skall uppstå.²⁶

Enligt lagens förarbeten utgör skadeståndet ersättning för såväl direkt som indirekt ekonomisk förlust. Som exempel på sådan förlust uppräknas ersättning för utgifter, prisskillnad och utebliven vinst.

3.2 Finsk rättspraxis

Finland hör till en av de medlemsstater i vilka flera konkurrensrättsliga skadeståndsmål pågår. Under 2000-talet har marknadsdomstolen och Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) utfärdat flertalet fällande kartellbeslut vilket har gett upphov till flertalet kartellskadeståndsmål i de allmänna domstolarna. I skrivande stund har kartellskadeståndsdömmar avkunnats i första instans i tre mål; ”asfaltkartellmålet”, ”bilreservdelskartellmålet” samt ”skogskartellmålet”. Därtill har Helsingfors tingsrätt avkunnat en deldom i det så kallade väteperoxidkartellmålet. Dessa mål sammanfattas i korthet nedan.

3.2.1 Asfaltkartellen

Enligt HFD:s beslut 29.9.2009 hade ett flertal asfaltbolag brutit mot konkurrensreglerna. HFD konstaterade att det hade rätt en riksomfattande enhetlig kartell på den finska asfaltmarknaden under åren 1994-2002. Kartellen ansågs ha varit ledd av Lemminkäinen och omfattat de sju största aktörerna på marknaden. HFD dömde bolagen till sammanlagt 82 miljoner euro i påföljdsavgifter²⁷. På basis av HFD:s laga kraft vunna beslut väckte den finska staten och 40 kommuner skadeståndstalan mot Lemminkäinen och vissa andra av de andra aktörerna på marknaden.

Den 28.11.2013 gav Helsingfors tingsrätt 41 enskilda domar i ärendet. Kommunerna och staten ansågs i sig ha talerätt i ärendet. Största delen av kommunernas skadeståndskrav godkändes medan statens ersättningskrav förkastades i sin helhet. Svarandena vann dock framgång särskilt avseende skadeberäkningen, vilket ledde till att skadestånd utdömdes till ett belopp på 37,4 miljoner euro, även om det ursprungliga ersättningskravet var 120 miljoner euro.

26 I den gamla lagen om konkurrensbegränsningar (480/1992) stadgades i 18 a § att enbart näringsidkare kunde få sådana skador ersatta som orsakats av en annan näringsidkares konkurrensbegränsning. EU-domstolens praxis ledde dock till en ändring i lagstiftningen och numera stadgas i konkurrenslagens (948/2011) 20 § att en näringsidkare är ”skyldig att ersätta den skada som har orsakats av konkurrensbegränsningen.” Således utvidgar den nya lagen tillämpningsområdet även till enskilda rättssubjekt.

27 Ofta används även benämningen ”böter” för de konkurrensrättsliga påföljdsavgifterna. Överträdelse av konkurrensreglerna, s.k. konkurrensbegränsningar eller konkurrensbrott, behandlas i Finland i en förvaltningsrättslig process - inte i en straffrättslig process - och således är benämningen ”böter” aningen missvisande.

Räntor och kostnader kommer dock att fördubbla ersättningsbeloppet.²⁸

Tingsrätten förkastade statens ersättningskrav på basis av att det under processen framkommit att tjänstemän vid Vägverket och Trafikverket hade varit medvetna om kartellen samt deltagit i kartellen från år 1998.²⁹ Detta är intressant bl.a. i relation till rättskraften av HFD:s beslut gällande den konstaterade kartellen. Marknadsdomstolen och HFD har aldrig behandlat statens eventuella delaktighet i kartellen eftersom Konkurrens och konsumentverkets (KKV) förslag till åläggande av påföljder³⁰ inte inkluderade staten som svarande.³¹ Tingsrätten fann att HFD:s beslut hade en positiv rättskraftsverkan i skadeståndsmålet och detta innebar att det lagakraftvunna beslutet fastställde kartellens ”minimi”-utsträckning bl.a. gällande de delaktiga aktörerna, men hindrade inte tingsrätten från att finna att även andra aktörer tagit del i kartellen. Det är i det närmaste intressant att se huruvida tingsrättens dom avseende statens delaktighet kommer att leda till skadeståndskrav riktas även gentemot staten.

Statens Trafikverk har meddelat missnöje över domen och överväger att överklaga domen.³² Av svarandena har åtminstone Lemminkäinen meddelat att det överklagar tingsrättens beslut till hovrätten.³³

3.2.2 Bilreservdelskartellen

År 2009 fastslog marknadsdomstolen att flera partiaffärer för bilreservdelar deltagit i ett olagligt prissamarbete åren 2004-2005 och ålade dem att betala påföljdsavgifter på sammanlagt över en miljon euro. Målet togs upp i HFD men beslutet ändrades inte. I december 2007 väckte Atoy Oy, hädanefter ”Atoy”, talan i Helsingfors tingsrätt mot flera av partiaffärerna. Skadeståndstalan lämnades vilande år 2007 då förvaltningsprocessen angående konkurrensbegränsningen fortfarande pågick.

Som följd av beslutet i HFD yrkade Atoy 66,2 miljoner euro i skadestånd för intäktsförlust, försäljningsförlust samt finansiell intäktsförlust jämte ränta. Atoy påstod att konkurrenterna som fällits för konkurrensbegränsande verksamhet hade hindrat Atoy från att verkställa sin affärsplan som gällde en betydlig utvidgning av Atoys verksamhet. Den 31.3.2014 meddelade Helsingfors tingsrätt sin dom³⁴ i ärendet. Domstolen förkastade Atoys talan i sin helhet. Domstolen konstaterade att orsaken till att Atoy delvis inte lyckades verkställa sina planer var att Atoy inte var förberedd för utvidgningen. Således hade konkurrensbegränsningen inte orsakat att planerna gick i stöpet. Det är även av intresse att notera att Atoy vägrade överlämna kopior på de avtal och den affärsplan som låg till grund för dess skadeståndskrav trots editionsbeslut av domstolen att dessa skulle överlämnas till svarandena. Atoy har anmält missnöje och tidsfristen för besväret har förlängts till hösten 2014.

28 Se t.ex. Helsingfors tingsrätts dom gällande Helsingfors stads skadeståndstalan mot Lemminkäinen Oyj och VLT Trading Oy:s konkursbo (tidigare Valtatie Oy) L 09/10623.

29 Staten ålades därmed att ersätta bolagens rättegångskostnader med 2,6 miljoner euro. Helsingfors tingsrätts dom L 08/16911, 28.11.2013.

30 Konkurrensmyndigheten (KKV) i Finland har inte behörighet att ålägga påföljder p.g.a. konkurrensbegränsningar, utan gör ett förslag till marknadsdomstolen för åläggande av påföljder.

31 KKV:s utredningar gällde även staten men KKV:s förslag till marknadsdomstolen inbegrep inte staten som svarande, då KKV kommit fram till att det inte fanns tillräckligt bevis över statens delaktighet.

32 http://portal.liikennevirasto.fi/sivu/www/s/nyheter/2013/04122013_misnoije, 26.2.2014.

33 <http://www.abounderrattelser.fi/news/2014/03/skadestand-for-asfaltkartell-till-hovratten.html>

34 Dnr L 07/33936, 31.3.2014.

3.2.3 Skogskartellen

I december 2009 fastställde marknadsdomstolen en påföljdsavgift för Metsäliitto Osuuskunta (numera Metsä Group) och Stora Enso. Påföljdsavgifterna uppgick sammanlagt till 51 miljoner euro. Enligt beslutet hade skogsbolagen under åren 1997-2004 gjort sig skyldiga till allvarlig konkurrensbegränsning i och med att de kommit överens om råvirkespriser och utbytt konfidentiella uppgifter i samband med virkeshandeln. Även UPM hade tagit del av kartellen och anmälde den till KKV år 2004 och blev således befriad från påföljdsavgifter. Detta befriar dock inte bolaget från skadeståndsansvar.

Till följd av marknadsdomstolens beslut har hundratals skadeståndsmål väckts i flera tingsrätter runtom i Finland (ungefär 650 enbart i Helsingfors tingsrätt). Ersättningsyrkandena uppgår tillsammans till över 200 miljoner euro. Kärandeparterna inbegriper Skogsstyrelsen (Metsähallitus) som största enskilda ersättningsökande samt diverse kommuner, församlingar och privata skogsägare. Svarandena har bestridit att skada uppstått samt att de skulle vara ersättningskyldiga. Helsingfors tingsrätt behandlade skilt frågan om preskription och avvisade 28.3.2014 de 13 första käromålen som hade väckts av kommuner, församlingar och skogsägare som preskriberade.³⁵ Enligt tingsrätten hade preskriptionstiden börjat löpa då UPM anmälde kartellen och ärendet togs upp i vid utsträckning i media. Således hade de flesta målen anhängiggjorts efter att preskriptionstiden löpt ut även om kartellen *de facto* fastställdes först när marknadsdomstolen givit sitt beslut 2009. Även i dessa fall kommer käranden antagligen att överklaga beslutet. Skogsstyrelsens talan är ännu anhängigt och oavgjort.

3.2.4 Väteperoxidkartellen

Målet baserar sig på ett beslut av EU-kommissionen år 2006, i vilket Kemira och flera andra europeiska kemikaliebolag konstaterades ha upprätthållit en kartell som innebar att bolagen kommit överens om såväl pris som en minskning i produktionskapacitet. Kemira ansågs ha tagit del av kartellen år 1994-2000. Till följd av detta beslut har en kärandepart, CDC, väckt talan i Helsingfors tingsrätt mot Kemira våren 2011.

I en mellandom avkunnad den 4.7.2013 har Helsingfors tingsrätt funnit sig behörig att behandla ärendet. Därtill fann tingsrätten i sin deldom att skadeståndskraven inte hade preskriberats på vissa grunder samt att den överlåtelse av skadeståndskravet som skett mellan CDC och ett antal skogsbolag varit tillåten. I den slutliga domen ska bland annat vissa andra preskriptionsfrågor samt hur solidariskt ansvar kan påverka Kemiras ansvar för skadestånden behandlas. Huvudförhandling i ärendet hålls under våren 2014 och den slutliga domen kan således tidigast väntas i höst.

CDC är ett concernbolag baserat i Bryssel som köper skadeståndsfordringar baserade på brott mot såväl EU:s som medlemsstaternas nationella konkurrenslagstiftning. I målet mot Kemira, har två skogsbolag överlåtit sina fordringar till CDC. Denna processbolagskonstruktion kan liknas vid extern tvistefinansiering där en part som har en fordran inte själv finansierar processen och i gengäld för denna finansiering ger en viss andel av en eventuell vinst i målet till finansören. Med processbolagskonstruktionen drivs dock talan i processbolagets namn och processbolaget blir därmed även skyldigt för eventuella rättegångskostnader. Konstruktioner där

³⁵ På fallen tillämpades den gamla lagen om konkurrensbegränsning, där preskriptionstiden inte är bunden till marknadsdomstolens beslut. Den nya konkurrenslagen innehåller en sådan förlängning på preskriptionstiden, men kan inte tillämpas retroaktivt på de situationer som faller under den gamla lagens tillämpningstid.

CDC köpt upp skadeståndskrav har dock inte alltid varit framgångsrika. I Tyskland förkastades ett liknande mål på grund av osäkerheten kring huruvida det relevanta CDC dotterbolaget hade medel att täcka eventuella rättegångskostnader samt det faktum att CDC enligt tysk rätt saknade behövt tillstånd att driva målet. Således ansågs fordringsöverbälletserna ogiltiga.³⁶ I det finska fallet har motsvarande argument inte hittills vunnit framgång.

4. Vi går mot en särskild form av skadeståndsprocess

De finska domarna från första instans har inte till alla delar varit i linje med varandra, vilket är ett tecken på att de juridiska frågorna på rättsområdet är svåra och reglerna oklara. Bland annat preskriptionstiderna för skadeståndskraven har tolkats på olika sätt i de olika fallen.

När ingen av domarna är slutlig är det i detta skede ännu svårt att dra några generella och långtgående slutsatser. Domen i asfaltmålet är dock särskilt intressant, eftersom domstolen i detta mål inte tvekade att tillämpa EU-rättsliga principer även på frågor där tillämpning av den nationella lagstiftningen traditionellt hade lett till ett motsatt resultat. Domstolen ansåg t.ex. att ansvaret för kartellskadestånd kunde följa ett affärsköp i enlighet med de principer som tillämpats inom den offentliga verkställningen av EU:s konkurrensrätt, emedan den traditionella bolagsrättsliga tolkningen i Finland är att skadeståndsansvar inte följer i ett affärsköp. Domstolen konstaterade explicit att den offentliga och den privata verkställigheten av EU:s konkurrensrätt bör ses som en helhet och att verkställigheten av bägge bör vara effektiv. Således kom domstolen till slutsatsen att den EU-rättsliga principen om ekonomisk succession bör tillämpas även i samband med konkurrensrättsligt skadeståndskrav, d.v.s. den privaträttsliga verkställningen av konkurrensrätten. Samtidigt åsidosatte domstolen den nationella bolagsrättsliga tolkningen. Detta är ett tydligt exempel på att konkurrensrättsligt skadestånd åtminstone i Finland är på väg mot en särskild form av skadeståndsprocess som skiljer sig från allmän skadeståndsrätt och traditionella skadeståndsrättsliga principer.

Ytterligare kan man säga att lagstiftningsaktiviteten inom EU som resulterat i Direktivet i sin helhet är ett tecken på strävan (på EU-nivå) mot en särskild form av skadeståndsprocess. Goda exempel på denna strävan är Direktivets stadganden om bindande verkan av nationella överträdelsebeslut, stadgandena om edition samt stadgandena avseende skadepresumtion. I det följande tas dessa upp i korthet.

4.1 Bindande verkan av nationella överträdelsebeslut

Kommissionens direktivförslag i juni 2013 innehöll i artikel 9 ett stadgande enligt vilket en nationell domstol inte ska fatta ett beslut som strider mot ett slutligt nationellt överträdelsebeslut av en konkurrensmyndighet eller domstol. Varken stadgandet eller direktivförslagets inledande paragrafer gav mera information om räckvidden av den avsedda rättskraftsverkan. Förslaget hänvisade enbart till det faktum att kommissionsbeslut redan har motsvarande verkan. Frågan förblev således till vilken utsträckning överträdelsebesluten skall binda nationella domstolar i skadeståndsmål.

³⁶ Düsseldorf tingsrätts dom 17.12.2013. Domstolen fastslog att då CDC enbart minimalt finansierat sitt dotterbolag som drev målet så kunde dotterbolaget inte ha kunnat ersätta den vinnande partens rättegångskostnader. Detta var ett olovligt sätt att försöka flytta över den ekonomiska risk som hänför sig till processer på motparten. Vidare fanns det en lag ikraft fram till juni 2008 som förutsatte ett lagstadgat tillstånd för indrivning av en tredje parts fordran. Då CDC inte hade ett sådant tillstånd måste målet förkastas.

Frågan är relevant särskilt med hänsyn till att den rättsliga påföljden som eftersträvas å ena sidan i konkurrensrättsliga mål och å andra sidan i skadeståndsrättsliga mål är olika. Därtill handlar det om rättsprocesser mellan olika parter och till exempel i Finland om två olika processarter (förvaltningsprocess och civilprocess). Det är således fråga om två till identiteten olika rättegångar.

I de finska skadeståndsmålen, som hänvisats till ovan, har HFD:s slutliga beslut i konkurrensmålen getts en positiv rättskraftsverkan. Detta betyder att domslutet i konkurrensmålet inte längre kan bestridas i samband med skadeståndsmålet, utan det tas som utgångspunkt i den senare processen.³⁷ Även här förblir frågan dock vad som skall anses vara en del av det domslut som blir bindande. Till exempel i asfaltkartellmålet fann domstolen i skadeståndsmålet att staten hade deltagit i kartellen, trots att detta inte hade behandlats i konkurrensmålet och således inte var en del av domslutet i förvaltningsprocessen.

Generellt sett lär det inte finnas oenighet om att ett slutligt beslut i ett konkurrensmål inte skall få omprövas genom en annan rättegång av en annan processart. Samtidigt är det dock klart att domsmotiveringarna inte i sig kan få rättskraft.

Som utgångspunkt bör då antas att domslutet i ett konkurrensmål bör bli bindande för allmänna domstolar som behandlar ett efterföljande skadeståndsmål som gäller samma konkurrensbegränsning, t.ex. samma kartell. Men detta är troligtvis inte tillräckligt. Domsluten i konkurrensmålen beskriver nämligen normalt enbart vilken part som utdöms till vilken påföljd. Domsluten inbegriper inte nödvändigtvis omnämmande om t.ex. hur länge konkurrensmålet har pågått eller på vilket geografiskt område. I tillägg kan konstateras att det i många stora kartellmål finns en part som beviljats påföljdseftergift (*leniency*) och således varken åläggs en påföljd eller nämns i domslutet. Således blir domslutet i konkurrensmålet inte bindande med hänsyn till denna part.

Rådets och parlamentets kompromisstext i den slutliga versionen av Direktivet³⁸ är aningen mer informativt än kommissionens direktivförslag var på denna punkt. I Direktivet konstateras nämligen att bindande verkan skall ges åt ”*överträdelsens art, liksom dess materiella, personliga och territoriella tillämpningsområde och dess tidsmässiga räckvidd*”. Vidare förtydligas att bindande effekt skall ges enbart till beslut inom den egna medlemsstaten, emedan beslut från andra medlemsstaters myndigheter eller domstolar ska ges *prima facie* bevisverkan.

Det återstår att se hur de olika medlemsstaterna implementerar Direktivet i sin nationella lagstiftning samt hur de nationella domstolarna kommer att tillämpa detta i kommande skadeståndsmål. I praktiken är skillnaden mellan en positiv rättskraftsverkan och bevisverkan antagligen relativt liten. I vart fall kan man anta att detta stadgande på direktivnivå avseende bindande verkan kommer att fästa parternas och domstolarnas uppmärksamhet allt starkare vid både domsluten och motiveringarna i konkurrensmålen. Detta kan i sin tur komma att betyda att parterna i allt större grad kommer att förbereda sig för eventuella kommande skadeståndsmål redan i sin argumentation i ett konkurrensmål.

37 Se t.ex. domen i bilreservdelsfallet, sid. 99-102.

38 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0451+0+DOC+XML+V0//SV#BKMD-11>

4.2 Bevisning och särskilt utlämning av dokument

Som kommissionen i sitt direktivförslag konstaterar kräver konkurrensrättsliga skadeståndsmål en komplex faktaanalys samt ekonomisk bevisning. Samtidigt är det allmänt erkänt att mycket av det bevismaterial som käranden behöver för att kunna styrka sin sak innehas av svarandena eller av tredje man. Det råder alltså en asymmetri mellan parternas tillgång till information i konkurrensrättsliga skadeståndsmål.

Direktivets syfte är enligt kommissionen att säkerställa att alla medlemsstater har en miniminivå av effektiv tillgång till den bevisning som käranden (eller i vissa fall svaranden) behöver för att kunna styrka sina anspråk eller sitt försvar. Det stadgas således i Direktivet att de nationella domstolarna bör kunna begära att specificerad bevisning eller specificerade beviskategorier lämnas ut på begäran av en part. Det konstateras dock att föreläggande om utlämnande av bevis endast kan utfärdas när en kärande på ett trovärdigt sätt har visat att denne lidit skada som orsakats av svaranden. När det gäller en beviskategori, bör kategorin definieras så snävt och exakt som möjligt.

Vad gäller affärshemligheter och annan konfidentiell information konstateras att dessa bör i princip finnas tillgängliga vid skadeståndstalan, men att nationella domstolar bör förfoga över åtgärder (såsom hörande bakom stängda dörrar, begränsning av den krets av personer som har rätt att få del av bevisen och anlåtande av sakkunniga som kan sammanställa informationen i aggregerad eller annan icke konfidentiell form) för att skydda konfidentiell information från att lämnas ut under förfarandena. Åtgärderna för att skydda affärshemligheter bör dock inte i praktiken hindra utövandet av rätten till ersättning.

De egentliga undantagen från editionsplikten är 1) ett tillfälligt skydd för handlingar som innehas av en konkurrensmyndighet och som parterna uttryckligen har förberett med tanke på ett ärende som behandlas av konkurrensmyndigheten eller som konkurrensmyndigheten har utarbetat i samband med sitt förfarande. Dessa handlingar kan utlämnas för en skadeståndstalan först när konkurrensmyndigheten har avslutat sitt förfarande (emedan alla andra handlingar, d.v.s. alla handlingar som redan existerar före parterna eller myndigheten uppgör handlingar i anslutning till förfarandet, kan utlämnas närsomhelst); samt 2) företagsredogörelser (s.k. *corporate statements*) rörande förmånlig behandling (*leniency*) och förlikningsinlagor.³⁹

Det andra undantaget, d.v.s. absolut skydd för företagsredogörelser i samband med *leniency*-förfaranden, anses vara särskilt viktigt med tanke på ändamålsenligheten för *leniency*-program. Man kan dock fråga sig huruvida ett skydd för företagsredogörelserna egentligen utgör ett tillräckligt skydd för *leniency*-sökanden, då alla andra handlingar, inklusive dokument som utgör företagsredogörelsens bilagor, får utlämnas. Det lär vara sällsynt att en *leniency*-sökande i sin företagsredogörelse inkluderar andra fakta än det som framgår ur redan existerande handlingar.

I Finland och antagligen de andra nordiska länderna utgör Direktivets stadganden inte mycket nytt i och med att det redan för tillfället är möjligt att begära edition för de ovan nämnda handlingarna. Den största nyheten lär vara utvidgandet av editionsmöjligheten till det som kallas ”beviskategorier”. Åtminstone de finska editionsreglerna kräver nämligen att de begärda dokumenten identifieras var för sig. Såsom med de andra stadgandena i Direktivet återstår det dock att se hur medlemsstaterna implementerar editionsstadgandena i sina

39 Förlikning i konkurrensfall är möjligt i vissa medlemsstater samt i kommissionsprocesser. Den nationella finska konkurrenslagen känner inte till sådant förfarande.

nationella lagstiftningar och hur de nationella domstolarna kommer att tillämpa stadgandena. I vilket fall som helst är även detta stadgande ett steg i riktningen mot särskilda processregler för konkurrensrättsliga skadeståndsmål. Samtidigt kan man anta att parterna redan vid inlämnandet av handlingar till konkurrensmyndigheterna fäster allt större uppmärksamhet vid det faktum att handlingarna högst troligt kommer upp i samband med potentiella efterföljande skadeståndsmål.

4.3 Skadepresumtion

Många av de klara juridiska frågorna på området för konkurrensrättsligt skadestånd kommer antagligen att klargöras genom kommande och ytterligare domstolspraxis. Till skillnad från de flesta frågor kommer dock problemen som anknyter sig till skadeberäkningen fortgå eftersom skadeberäkningen till sin natur är starkt knuten till det enskilda fallet. Även vad gäller skadeberäkning kommer domstolspraxisen trots det att visa riktning för hurdan och hur mycket bevisning som behövs.

Direktivet framhäver att den bevisbördan och det bevisvärde som krävs för beräkning av skada inte får göra det praktiskt omöjligt eller överdrivet svårt att utöva rätten till skadestånd. Särskilt ska noteras Direktivets regel om omvänd bevisbördan för konkurrensrättslig skada. Direktivförslaget utgick nämligen från att undersökningar har visat att mer än 90 % av kartellerna har orsakat skada och således bör det på lagnivå presumeras att karteller orsakar skada. I Direktivet stadgas således om en motbevisbar skadepresumtion i kartellfall.⁴⁰

Trots att skadepresumtionen är motbevisbar är detta åtminstone på en teoretisk nivå en stor förändring mot det nuvarande rättsläget i Finland. Utgångspunkten är enligt gällande finsk rätt att käranden ska visa grunden för sitt skadeståndskrav, orsakssamband mellan grunden och skadan samt skadans belopp. I större konkurrensfall kan man utgå ifrån att bägge kommersiella parter anlitar experter för sin ekonomiska skadebevisning och att domstolen i praktiken överväger vilken bevisning som är mera övertygande. Frågan om bevisbördan kanske inte aktualiseras särskilt starkt i dessa fall. Å andra sidan kan den omvända bevisbördan ha en stor betydelse för övriga typer av kärandeparter (t.ex. privatpersoner) som kanske inte har råd eller möjlighet att beställa arbetsdryga och kostsamma expertutlåtanden avseende skadan. Det bör dock konstateras att skadepresumtionen inte i sig avlägsnar kärandens bevisbördan om hur stor skada denne lidit. Direktivet framhäver dock även att nationella domstolar bör ges en möjlighet att uppskatta, snarare än att exakt beräkna, beloppet av den skada som en kartell orsakat.

Utöver skadepresumtionen och möjligheten för domstolen att uppskatta skadans belopp, ska konkurrensskada beräknas på grundval av nationella regler och förfaranden. Såsom ovan nämnts har kommissionen dock samtidigt med sitt direktivförslag utgett icke-bindande vägledning om beräkning av skada.⁴¹

Trots att det återstår att se hur stor verkan skadepresumtionen kommer att ha i praktiken, utgör Direktivet ett klart tecken på strävan mot särskilda processuella regler för konkurrensrättsliga skadeståndsmål.

40 Denna motbevisbara presumtion begränsas till karteller på grund av deras hemliga karaktär, emedan presumtionen inte ska tillämpas på andra slags konkurrensbegränsningar.

41 Se ovan kap. 3.

5. Referatets teser

Utvecklingen inom EU innebär att:

1. En särskild skadeståndsrätt och -process skapas för konkurrensrättsliga skadeståndsmål;
2. Denna skadeståndsrätt och -process skiljer sig från allmän skadeståndsrätt och övriga skadeståndsrättsliga processer;
3. Argumenten och processen i de förvaltningsrättsliga konkurrensmålen kommer att få en alltmer betydande inverkan på de konkurrensrättsliga skadeståndsmålen;
4. Tillämpningen av den EU-rättsliga effektivitetsprincipen kan leda till att nationella tolkningar i diverse frågor åsidosätts i det enskilda fallet; samt att det
5. Trots harmoniseringsarbetet kan förbli stora skillnader i skadeståndsrätten och -processer i konkurrensrättsliga mål i de olika medlemsstaterna.

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

Professor *Olli Mäenpää*, Finland

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

Professor *Olli Mäenpää*, Finland

Som en privat aktør kan det offentliga (staten, kommuner, myndigheter) ha flere ulike roller og opptrådt i ulike rettslige stillinger. Även det offentligas uppgifter kan ha en varierande natur på en skala från utövande av offentlig makt och utförandet av förvaltningsuppgifter till rent privaträttsliga angelägenheter och idkande av affärsverksamhet. Ju mera och intensivare den privata aktören förverkligar offentligas syften och utför uppgifter med framträdande offentliga drag i desto större grad och desto tydligare borde de förvaltningsrättsliga principerna tillämpas. Å andra sidan kan även privaträttsliga principer som skälighet, skydd av legitima intressen och rättssäkerhet ha en signifikant betydelse och likriktade funktioner när den privata aktörens uppgifter är av mera privaträttslig karaktär. De förvaltningsrättsliga principernas innehåll och bakomliggande värden kan ha en indirekt verkan även när det offentliga fungerar som ett privat bolag på kommersiella villkor i en konkurrensutsatt miljö.

1. Inledning

Överføring av forvaltningsoppgifter til private aktører har blitt allt vanligare. Orsakerna til det numera allmänna og etablerede fenomenet er flere. Det kan vara fråga om att förvaltningen eftersträvar besparingar, effektivare resultat og bättre servicenivå eller att regeringen vill minska på byråkratin og den offentliga regleringen. Det kan också finnas rent ideologiska eller politiska orsaker til att man vill anlitte andra än myndigheter for att utföra oppgifter som er eller tidligere har ansetts vara offentliga til sin karaktär.

Fenomenet er alltså välkänt og inom den juridiska forskningen har man även analyserat dess ulike rettslige aspekter i de nordiska länderna.¹ Forskningsresultatene viser at overføringen av forvaltningsoppgifter tar sig något ulike former i ulike rettssystem, at metodene, dimensjonene og spørstillingene i viss mån varierer samt at det har oppstått nye oppmaninger og problem. Den enda generaliseringen som man eventuelt kan göra er at det er omöjligt at peka på några generelle, allmängiltiga drag på det rettslige planet när det gäller mera begränsade aspekter av överföringsproblematiken. Detta gäller också de förvaltningsrättslige principernas roll og betydelse när private aktører agerar som förvaltningsmyndighet.

Spørstillingene tar sig helt andre former og blir samtidigt avsevärt mera krävande när situationen er den omvända. Då er det fråga om ett rollbyte: det offentliga opptræder som en privat aktør. En viktig skillnad er at private aktører inte brukar overføre sine oppgifter til

1 T.ex. Lena Marcusson, Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet, Uppsala 1989. Hans Petter Graver, Forvaltningsrett i markedsstaten, Oslo 2002, s. 213-240. Marietta Keravuori-Rusanen, Yksityinen julkisen vallan käyttäjänä (Det private som utövare av offentlig makt), Helsinki 2008. Carsten Henriksen: Udlicitering af myndighedsopgaver - Er det forenligt med retssikkerhedsmæssige hensyn? i Carsten Henriksen, Steen Rønsholdt og Peter Blume (red.), Forvaltningsretlige perspektiver, København 2006, s. 423-470.

myndigheten. Det är tvärtom myndigheten, eller rättare sagt ett offentligt samfund eller ett förvaltningsorgan, som själv beslutar – inom gränserna för den gällande rätten – att utföra vissa uppgifter som anses vara privata eller privaträttsliga till sin karaktär. Det kan också vara fråga om privaträttsliga rättsakter eller organisationsformer som används för att uppnå offentliga syften.

Som en privat aktör kan det offentliga (staten, kommuner, myndigheter) ha flera olika roller och uppträda i olika rättsliga ställningar. Även det offentligas uppgifter kan vara av varierande natur på en skala från utövande av offentlig makt och utförande av förvaltningsuppgifter till rent privaträttsliga angelägenheter och idkande av affärsverksamhet. Det är inte alltid lätt att göra en klar gränsdragning mellan å ena sidan det offentliga som en privat aktör och å andra sidan det privata som utför offentliga uppgifter eller agerar som en offentlig aktör.

Med tanke på analysen av vilka roller och ställningar det offentliga kan ha när det agerar som privat aktör och utredningen av de förvaltningsrättsliga principernas betydelse och funktioner i det privatas verksamhet måste vissa begreppspreciseringar göras. Begreppen offentlig/privat och offentligrättslig/privaträttslig är av central relevans eftersom det har skett en grundläggande förändring i hur vi förstår vad de betyder och deras inbördes relationer i den post-välfärdsstatliga, europeiserade förvaltningen och förvaltningsrätten i en förändrad omgivning. Dessa förändringar återspeglas i hur vi fastställer gränsen mellan offentliga och privata aktörer, mellan offentligrättsliga och privaträttsliga funktioner samt i vår bedömning om huruvida det ens är möjligt att dra en tydlig gräns mellan dem.

Eftersom frågeställningen i detta inlägg gäller rollen och betydelsen av förvaltningsrättsliga principer, är det lika viktigt att försöka definiera de viktigaste förvaltningsrättsliga principerna som kan komma i fråga. Vad gäller de förvaltningsrättsliga principernas innehåll och funktioner har det också skett förändringar i och med att förvaltningens rättsliga kontext har förändrats avsevärt och särskilt EU-rättens principer har fått större vikt i förvaltningsverksamheten. Samtidigt kan det även ha skett förändringar i principernas tillämpning och tillämpningsområde.

Problematiken visar sig alltså vara mera mångfacetterad än endast en enkel övergång från en offentlig position till en ställning som privat aktör. Med beaktande av dessa begreppsliga preciseringar är de centrala frågeställningarna i detta inlägg följande:

1. Vilket är förhållandet mellan det offentliga och det privata och vad innebär det att det offentliga uppträder som en privat aktör?
2. Vilka är de viktigaste förvaltningsrättsliga principerna när det offentliga verkar som en privat aktör?
3. Vilka olika roller kan det offentliga ha som privat aktör och vilka förvaltningsrättsliga principer blir tillämpliga i dessa roller?
4. Förändras det offentligas rättsliga ställning när det verkar som en privat aktör och i vilken mån?
5. Finns det några allmängiltiga eller generaliserbara svar på dessa frågor eller beror allt på lösningarna i de olika rättssystemen?

Frågorna torde vara aktuella i alla senmoderna rättssystem, men svaren varierar i olika länder. Även de nordiska länderna har valt tämligen olikartade lösningar beträffande de förvaltningsrättsliga principernas omfattning och tillämpning. Därför vill jag koncentrera

min analys till rättsläget i Finland i stället för en komparativ utredning. Det finns dock säkert motsvarigheter eller åtminstone jämförbara arrangemang och därmed liknande problem i alla nordiska länder.

2. Förhållandet mellan det offentliga och det privata i förvaltningsrätten

För att kunna förstå den allmänna bakgrunden och rättsliga betydelsen av rollförändringen när en offentlig aktör byter plats för att bli en privat aktör är det skäl att beakta några av de fundamentala förändringar som har skett i förvaltningen och förvaltningsrätten. Förändringar har skett åtminstone i det offentligas ställning i samhället, förvaltningens handlingssätt, rätts roll (eller roller) i förvaltningens verksamhet osv. Allmänt taget är det inte heller möjligt att förbigå EU-rättens genomträngande inflytande inom den offentliga rätten.

En central faktor bakom den klassiska, rättsstatliga förvaltningsrättens allmänna läror är en klar markering av den offentliga rätten i förhållande till den privata rätten. Förvaltningsrätten blev ett självständigt rättsområde och en särskild rättslig disciplin först när den offentliga rätten skildes från den privata. Samtidigt utformades ett speciellt begreppssystem och en speciell angreppsvinkel för förvaltningsrätten. Det blev förvaltningsrättens centrala uppgift att både definiera och avgränsa bruket av offentlig makt på privata rättsförhållanden inom lagbundenhetens ramar. Enligt detta synsätt är en av förvaltningsrättens centrala uppgifter att staka ut gränsen mellan samhället och staten, det privata och det offentliga. Detta innebär också att man anser att det går att tydligt särskilja mellan det privata och det offentliga.

Eftersom det är en av förvaltningsrättens främsta uppgifter att skydda individernas privata autonomi är det teoretiskt nästan otänkbart att förvaltningen skulle själv kunna uppträda som en privat aktör. I de få fall då förvaltningen "avstår" från sin maktposition och ställer sig på den vanliga medborgarens nivå, t.ex. då den gör privaträttsliga transaktioner som ägare, arbetsgivare osv., förvandlas den till ett rättssubjekt som är underställt de privaträttsliga normerna. Den klassiska förvaltningsrättsliga regleringsdiskursen omfattar endast förvaltningen som utövare av offentlig makt som *imperium*, medan den rättsstatliga modellen normalt negligerar förvaltningens agerande i privaträttsliga förhållanden som *dominium*.²

Den klassiska doktrinen oppfatter förvaltningen antingen som ensidigt maktutövande eller som ett privaträttsligt rättssubjekt, jämförbart med medborgaren, som inte utövar makt. Denna skarpa och odifferentierade dikotomi torde knappast ens ursprungligen ha fångat förvaltningsverksamhetens alla olika aspekter. Förhållandet inom förvaltningsrätten har visserligen bibehållit drag av det formella maktförhållandet, men i praktiken är situationen numera betydligt mera mångfacetterad.

I dagens läge producerar förvaltningen tjenester och förverkligar rättigheter på ett sådant sätt att offentlig makt (som sådan) inte utövas, även om det visserligen finns en indirekt offentlig maktaspekt kvar inbakad i alla former av förmåns- och tjänsteutbud. Då den direkta offentliga makten således skjuts i bakgrunden, är det inte längre en logisk nödvändighet att betrakta utgångspunkten för förvaltningen som en konstellation mellan förvaltningen och medborgaren, som utgår från ett bristande jämviktsläge eller myndighetens ensidiga maktposition och som samtidigt ignorerar t.ex. konsensuselementet eller kontraktuelle drag i förvaltningsrättsförhållandena.

² Av samma orsak brukar man i tysk förvaltningsrätt definiera "förvaltningsprivatrett" som ett separat rättsområde. Se t.ex. Ulrich Stelkens, *Verwaltungsprivatrecht*, Berlin 2005.

Allt detta innebär att förvaltningens roll i välfärdsstaten och post-välfärdsstaten har genomgått en kvalitativ transformation från rollen som *imperium* till en *inter pares*-ställning. I de flesta fall bibehåller förvaltningsbesluten visserligen fortsättningsvis en koppling till offentlig maktutövning samt förvaltningens lagbundenhet via motiveringar som stöder sig på allmänna rättsnormer. Dessa normer är emellertid ofta flexibla och det finns också flexibilitet i implementeringen. Man kan på ett allmänt plan säga att förvaltningens responsiva karaktär har ökat, eller i varje fall att det finns krav på större responsivitet.

Samtidigt har den traditionellt orubbliga dikotomin mellan privaträtten och den offentliga rätten jämkats i post-välfärdsstaten. Förvaltningen använder sig av privaträttsliga former eller former som liknar dem. Särskilt om vi analyserar och närmare jämför de förändringar som har skett å ena sidan inom avtalsrätten och å andra sidan inom förvaltningsrätten kan vi notera en relativt tydlig utveckling mot likadana rättsliga krav på avtalsförhållandet och det förvaltningsrättsliga förhållandet.³ I detta hänseende får privaträtten och förvaltningsrätten allt mer konvergenta drag.

Det som är särskilt kännetecknande för den här förändringen är att inom avtalsrätten har avtalsfriheten avsevärt begränsats och i avtalsförhållanden har maktaspekten synliggjorts i högre grad. Ett motsvarande fenomen inom förvaltningsrätten är att den ensidiga utövningen av den offentliga makten har tyglats bl. a. genom processuella regler, förvaltningsrättsliga rättsprinciper, rättsskyddshänsynen och i och med att de mänskliga och grundläggande rättigheterna fått allt större roll. Det är inte längre så att det råder full frihet inom avtalsrätten medan förvaltningen är rigoröst bunden av lag.

Andra centrala drag som avsevärt har förändrat den offentliga förvaltningens roller, arbetssätt och verksamhetsformer är bl. a. privatiseringen i dess olika former, *överföringen* av offentlig makt och offentliga uppgifter till olika icke-offentliga aktörer, den resulterande fragmenteringen av den offentliga makten samt utvidgningen av konkurrensrättsliga krav på offentlig verksamhet. Utan att gå närmare in på detaljer kan man som ett allmänt resultat konstatera att det verkar motiverat att överge den snäva tudelningen mellan privaträttsliga och offentligrättsliga handlingsformer i den offentliga verksamheten.⁴

3. De viktigaste förvaltningsrättsliga principerna

Eftersom den allmänna frågeställningen i detta inlägg gäller de förvaltningsrättsliga principernas roll är det skäl att inledningsvis försöka klarlägga de viktigaste principerna som analysen fokuserar på. Då det inte finns någon allmängiltig eller harmoniserad klassificering av förvaltningsrättsliga principer utgår jag å ena sidan från de åtta ledande förvaltningsrättsliga principerna i Finlands förvaltningsrätt samt å andra sidan från ett försök att EU-rättsligt harmonisera de ledande rättsprinciper som skulle bilda grunden för en öppen, effektiv och oberoende europeisk förvaltning.

Liknande listor kan göras för de andra nordiska länderna.⁵ Det är ändå viktigt att ta

3 För civilrättens del se t.ex. Thomas Wilhelmsson, *Social civilrätt*. Helsingfors 1987 och för förvaltningsrättens del t.ex. Olli Mäenpää, *Hallintosopimus* (Förvaltningsavtal), Helsinki 1989.

4 Om den traditionella dikotomins förändringar se t.ex. artiklar i Eija Mäkinen (red.), *Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt*, Tampere 2005.

5 Se t.ex. Lena Marcusson (red.), *Offentligrättsliga principer*. Uppsala 2005. Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 2007, s. 65-149. Olli Mäenpää, *Hallinto-oikeus* (Förvaltningsrätt), Helsinki 2013, s. 135-172.

hånsyn till att de förvaltningsrättsliga principerna inte bara är rättsliga begreppsformuleringar som ställer formella krav. Dessutom återspeglar de allmänt accepterade offentliga värden och allmänna målsättningar som har en vedertagen ställning i förvaltningen och förvaltningsrätten. De förvaltningsrättsliga principerna ådagalägger alltså även allmänt accepterade syften, allmänna handlings sätt och ger ramar för det offentligas agerande.⁶

Nationella förvaltningsrättsliga principer

Finlands förvaltningslag (FL, 2003) definierar fem rättsprinciper inom förvaltningen. Lagens 6 § lyder som följer: ”Myndigheterna skall bemöta dem som utträttar ärenden hos förvaltningen jämlikt och använda sina befogenheter enbart för syften som är godtagbara enligt lag. Myndigheternas åtgärder skall vara opartiska och stå i rätt proportion till sitt syfte. Åtgärderna skall skydda förväntningar som är berättigade enligt rättsordningen.”

De gällande allmänna förvaltningsrättsliga principerna är alltså följande: *jämlikhetsprincipen* (myndigheterna ska bemöta kunderna opartiskt och konsekvent), *ändamålsbundenhetsprincipen* (myndighetsbefogenheterna ska utövas uteslutande för de ändamål som föreskrivs i lag; missbruk av prövningsrätt är förbjudet), *objektivitetsprincipen* (myndigheternas åtgärder ska vara objektivt motiverade och opartiska), *proportionalitetsprincipen* (myndigheternas åtgärder ska stå i proportion till de syften som enligt lag eftersträvas) samt *förtroendeskyddsprincipen* (myndigheternas åtgärder ska skydda berättigade förväntningar). Ytterligare tre principer grundar sig på bestämmelser i grundlagen (GL, 2000): *legalitetsprincipen*, *offentlighetsprincipen* och *rättssäkerhetsprincipen*. Man kan identifiera rättsprinciper av liknande innehåll i alla nordiska rättssystem även om deras formuleringar kan divergera.

Den europeiska förvaltningsrättens principer

Europeiska förvaltningsrättsliga principer har formulerats både av Europarådet och av EU. Europarådet har definierat förvaltningsrättsliga principer i Code of Good Administration (2007).⁷ Den nyaste EU-rättsliga definitionen av förvaltningens principer är preliminärt formulerad i Europaparlamentets resolution med rekommendationer om EU:s förvaltningsprocesslag (15.1.2013).⁸ Enligt Europaparlamentet borde följande europeiska förvaltningsrättsliga principer kodifieras i förordningen som kommer att reglera den öppna, effektiva och oberoende europeiska förvaltningen:

Legalitetsprincipen: Förvaltningen ska handla enligt lagen och tillämpa de regler och förfaranden som fastställs i EU-lagstiftningen. Administrativa befogenheter ska ha sin grund i lagstiftningen och till sitt innehåll vara förenliga med den. Beslut som fattas eller åtgärder som vidtas får aldrig vara godtyckliga eller styras av syften som saknar rättslig grund eller inte motiveras av ett allmänintresse.

6 Se allmänt om rättsprincipernas funktioner Hans Petter Graver, I prinsippet prinsipiell – om rettsprinciper. Tidsskrift for rettsvitenskap 2006, s. 189-221.

7 Recommendation CM/Rec(2007)7 of the Committee of Ministers to member states on good administration innehåller nio principer: lawfulness, equality, impartiality, proportionality, legal certainty, taking action within a reasonable time limit, participation, respect for privacy and transparency.

8 Europaparlamentets resolution av den 15 januari 2013 med rekommendationer till kommissionen om Europeiska unionens förvaltningsprocesslag. (Enligt resolutionen bör förordningen gälla endast för EU:s institutioner, organ och byråer (unionsförvaltningen) i deras kontakter med allmänheten.) Även EU-domstolen har i sin praxis utvecklat flera centrala förvaltningsrättsligt särskilt relevanta principer såsom proportionalitet, skyddet av legitima förväntningar och rättssäkerhet.

Icke-diskriminerings- och likabehandlingsprincipen: Förvaltningen ska undvika omotiverad diskriminering av personer på grund av nationalitet, kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, språk, religion eller övertygelse, politiska åsikter eller andra åsikter, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Personer som befinner sig i liknande situationer ska behandlas på samma sätt. Skillnader i behandling får endast motiveras av det aktuella ärendets objektiva särdrag.

Proportionalitetsprincipen: Förvaltningen ska fatta beslut som påverkar medborgarnas rättigheter och intressen endast när detta är nödvändigt och endast i den utsträckning som krävs för att uppnå det eftersträfvade målet. När tjänstemän fattar beslut ska de se till att det råder en rättvis balans mellan privatpersoners intressen och det allmännas intresse. De ska framför allt inte införa administrativa eller ekonomiska bördor som är överdrivet stora i förhållande till den förväntade fördelen.

Principen om opartiskhet: Förvaltningen ska vara opartisk och oberoende. Den ska avstå från godtyckliga åtgärder som påverkar privatpersoner negativt, och från alla former av särbehandling. Förvaltningen ska alltid handla i unionens intresse och för det allmännas bästa. Inga åtgärder får vara motiverade av personliga intressen (t.ex. ekonomiska intressen), familjeintressen eller nationella intressen eller av politiska påtryckningar. Förvaltningen ska garantera en rättvis balans mellan olika typer av medborgarintressen (företag, konsumenter m.fl.).

Principen om konsekvens och berättigade förväntningar: Förvaltningen ska vara konsekvent i sitt handlande och följa sitt normala förvaltningsförfarande, som ska göras offentligt. Om det finns legitima skäl för att avvika från det normala förvaltningsförfarandet i enskilda ärenden ska denna avvikelse motiveras på ett tillbörligt sätt. De berättigade och rimliga förväntningar som privatpersoner kan ha mot bakgrund av unionsförvaltningens tidigare handlande ska respekteras.

Principen om skydd för privatlivet: Förvaltningen ska handla med respekt för enskilda personers privatliv. Den får inte behandla personuppgifter i icke-legitima syften eller överföra sådana uppgifter till obehöriga tredje parter.

Principen om rättvis behandling: En grundläggande rättsprincip som är avgörande för att skapa en anda av förtroende och förutsägbarhet i förbindelserna mellan privatpersoner och förvaltningen.

Principen om öppenhet: Förvaltningen ska vara öppen. Den ska dokumentera förvaltningsprocesserna och på ett korrekt sätt diarieföra in- och utgående post, inkommande handlingar, beslut som fattas och åtgärder som vidtas. Alla bidrag från rådgivande organ och berörda parter bör göras tillgängliga för allmänheten.

Effektivitets- och nyttoprincipen: Förvaltningen ska bedriva sin verksamhet enligt kriterierna om effektivitet och allmännytt. Personalen ska ge medborgarna råd om hanteringen av frågor som ligger inom deras behörighetsområde.

Samspel och synergi mellan offentlighets- och privaträttsliga principer

Både de nordiska och de EU-rättsliga principerna har i stort sett samma innehåll när det gäller det offentliga verksamheten. När man analyserar dessa principers tillämpning på det offentliga agerande i dess olika roller får man naturligtvis fram vissa olikheter.

I och med att gränsen mellan offentlig och privat rätt har relativiserats har även skillnaden mellan förvaltningsrättsliga och privaträttsliga principer blivit mindre accentuerad.

De förvaltningsrättsliga principernas innehåll, värdegrund och funktioner skiljer sig inte nödvändigtvis betydligt eller fundamentalt från de privaträttsliga principerna.

På det hela taget har rättsprinciperna på olika rättsområden närmast sig både innehållsmässigt och funktionellt. En dylik konvergens innebär att flera av de ledande privaträttsliga principerna numera innehåller likadana element som de förvaltningsrättsliga principerna (och tvärtom). Således kan sådana privaträttsliga principer som skälighet, skyddet för berättigade förväntningar, lojalitetsplikt och skyddet för den svagare parten utgöra centrala element även i tillämpningen av de förvaltningsrättsliga principerna. Därför är det inte heller skäl att överdriva den kvalitativa skillnaden mellan rättsprincipernas betydelse och funktioner när det offentliga uppträder som en privat aktör eller som en offentlig aktör.

Rättsprinciperna från olika rättsområden kan också användas för att uppnå synergi men deras relativa betydelse i det offentligas verksamhet beror även på vilken roll det är fråga om. Det är också möjligt att somliga förvaltningsrättsliga rättsprinciper har en viktigare roll i vissa roller medan andra rättsprinciper har mera begränsad relevans eller är inte alls tillämpliga.

4. Det offentliga som privat aktör – olika roller, varierande funktioner

Det offentligas ställning som privat aktör

När det offentliga uppträder som privat aktör kan man i vid bemärkelse särskilja fem typiska situationer: a) staten eller kommunen överför sina förvaltningsuppgifter till privata aktörer; b) myndigheten använder privaträttsliga former, t.ex. avtalsform, i utförandet av förvaltningsuppgifter; c) det offentliga uppträder som en privat aktör i en privaträttslig organisationsform; d) myndigheten uppträder som en privaträttslig aktör i rättsförhållanden med privaträttsligt innehåll och e) det offentliga idkar ren affärsverksamhet i marknadsförhållanden.

Dessa typsituationer förekommer på en glidande skala och det kan därför finnas flera överlappande variationer och kombinationer. Till exempel i produktionen av allmännyttiga tjänster är det vanligt att utnyttja privaträttsliga former som inom vissa ramar också kan användas i förvaltningsuppgifter. När det däremot är fråga om ren affärsverksamhet är utgångspunkten att den bedrivs så gott som helt utan några offentligrättsliga drag och utan att allmänna intressen är direkt inblandade. Även affärsverksamheten kan dock i det offentligas ägo ha vissa särskilda syften som kan karaktäriseras som allmännyttiga.

a) Privata aktörer som utförare av myndighetens uppgifter

När en förvaltningsuppgift har anförtratts en privat aktör kommer den att utföra uppgiften i stället för myndigheten.⁹ På detta sätt kommer det offentliga att funktionellt uppträda i privat form. Kännetecknande för denna ställning är att de hierarkiska administrativa (styrnings) relationerna mellan den offentliga aktören och den privata aktören i regel saknas eller att de är synnerligen avgränsade.

Själva överföringen av förvaltningsuppgifter kan förverkligas genom lag eller med stöd av lag. Det är således inte i myndighetens fria skön att besluta om delegeringen. Det oaktat kan själva delegeringen förverkligas t.ex. i form av ett förvaltningsavtal eller förvaltningsbeslut

⁹ Se särskilt om kommunala undervisningsuppgifter Åsa Örnberg: *Kommunal verksamhet genom privaträttsliga subjekt*. Stockholm 2014.

som grundar sig på lagen. Uppgifter som myndigheten har överfört till en privat aktör förändras inte till sitt innehåll och den rättsliga regleringen av uppgifterna förblir vanligtvis oförändrad.

b) Privaträttsliga former i utförandet av förvaltningsuppgifter

Det offentliga och i synnerhet den offentliga förvaltningen kan också utnyttja vanliga privaträttsliga former i sin förvaltningsverksamhet. Man kan utgå från att dessa former för det mesta har karaktären av privaträttsliga rättsakter, men det kan även vara fråga om andra åtaganden.

Avtalsformen är de offentliga förvaltningsorganens mest använda privaträttsliga instrument för tillfället. Det har blivit allt vanligare att utförandet av förvaltningsuppgifter (t.ex. utbudet av offentliga tjänster) kan vara föremål för kontraktuella förhållanden och med vissa begränsningar kan detsamma gälla även för utövandet av offentlig makt (t.ex. i planlägningsproceduren).¹⁰ Därutöver kan det vara fråga om traditionella privaträttsliga rättsakter vars objekt är köp, hyra, skuld, borgen osv., men dessa betraktas skilt under d).

c) Det offentliga i privaträttslig organisationsform

Det offentliga, i Finland särskilt kommunerna, bär ansvaret för produktionen av ett flertal allmännyttiga tjänster, från hälso- och socialvård samt utbildning till infrastrukturtjänster som kollektivtrafik och hamnar samt avfallshantering, värme, vatten och energi. Serviceproduktionen kan ske, och har tidigare skett, främst inom den offentliga förvaltningen men även användandet av privaträttsliga organisationsformer har blivit allt vanligare.

I kommunförvaltningen kan det vara fråga ett kommunalt bolag, en stiftelse eller en förening. Finska staten är ägare i tjugo bolag med specialuppgifter som antingen handhar en viss allmännyttig uppgift som staten anvisat dem eller har en särskild rättslig grund som är orsak till att de inte är verksamma på kommersiella villkor. Inte heller styrs de enligt kommersiella principer i en konkurrensutsatt miljö. För de bolag som sköter specialuppgifter har staten som ägare fastställt vissa samhälleliga mål, men bolagens ekonomiska verksamhet styrs enligt ekonomiska principer.

De flesta offentliga tjänster kan också produceras av privata näringsidkare och således ska de även beakta konkurrensrättsliga krav i deras verksamhet. Detta betyder att staten, kommunerna och andra offentliga samfund, liksom även privata företag, i sin ekonomiska verksamhet ska iakttå reglerna i artikel 101 och 102 i EUF-fördraget (Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, 2007). Artikel 102 i EUF-fördraget innehåller ett förbud mot missbruk av dominerande marknadsställning. Vid tillämpningen av EU-rättens förbud mot konkurrensbegränsningar bedöms således den privata och den offentliga sektorns ekonomiska verksamhet enligt samma konkurrensrättsliga principer. Begreppet ekonomisk verksamhet omfattar dock inte utövande av offentlig makt och vanligen inte heller ordnande av social trygghet på särskilda villkor, hälso- och sjukvård baserad på solidaritetsprincipen och t.ex. nationella utbildningssystem som finansieras med offentliga medel.

De särskilda allmännyttiga tjänster som samhället producerar för medborgarnas dagliga behov, även de tjänster som är av ekonomisk natur, ges med tanke på tillämpningen av konkurrensreglerna en särställning i artikel 106.2 i EUF-fördraget. Bestämmelsen gäller s.k.

¹⁰ Se t.ex. Rozen Noguellou & Ulrich Stelkens (eds.), *Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles 2010. Tom Madell, *Det allmänna som avtalspart*, Stockholm 1998. Peter Vincent-Jones, *The New Public Contracting*, Oxford 2006.

tjenster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI). Enligt bestämmelsen ska konkurrensreglerna inte tillämpas på företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, om tillämpningen av konkurrensreglerna hindrar företagen från att sköta de särskilda uppgifter som tilldelats dem. Syftet med bestämmelserna är att trygga SGEI-tjänsternas viktiga ställning: medlemsstaterna ska kunna säkerställa en viss basservice och tillhandahålla alla medborgare dessa tjänster också i sådana fall där marknaden inte kan svara på efterfrågan.

d) Det offentliga som en privaträttslig part i privaträttsliga rättsförhållanden

Staten, kommunen och andra offentligrättsliga samfund är juridiska personer och rättssubjekt. Trots detta opptråder de i privaträttsliga förhållanden i en åtminstone formellt sett likadan ställning som privata rättssubjekt. Detta betyder också att privaträttslig lagstiftning tillämpas på privaträttsliga rättsakter och de resulterande rättsförhållandena oberoende av den andra partens offentligrättsliga särdrag. Vanligen är det fråga om staten eller kommunen som markägare, hyresvärd eller hyresgäst, säljare eller opphandlare, borgenär eller gäldenär.

e) Det offentliga som idkare av affärsverksamhet

Staten eller kommunen kan – inom ramen för gällande lag – också opptråda som en privat aktör i ett konkurrensläge. Som näringsidkare kan det offentliga fungera t.ex. som producent av varor eller tjenester, som investerare, finansierare eller fastighetsetvvecklare. Affärsverksamheten idkas vanligtvis i bolagsform och staten eller kommunen äger alla eller majoriteten av aktierna.

Beträffande det offentligas affärsverksamhet trådte två principiellt viktiga lagändringar i kraft i Finland i 2013. Bägge lagförändringarna gäller kommunerna och grundar sig på EU-rättsliga och i synnerhet konkurrensrättsliga krav på det offentligas ökande aktivitet i konkurrensläge på marknaden. Den ena ändringen införde ett nytt kapitel 4 a i konkurrenslagen med titeln Tryggande av en jämlik konkurrens mellan offentlig och privat näringsverksamhet. Den andra ändringen införde en bolagiseringsskyldighet för kommunerna. Enligt den nya 2 a § i kommunallagen ska kommunen överföra skötseln av oppgifterna till ett aktiebolag, ett andelslag, en förening eller en stiftelse när en kommun sköter sina oppgifter i ett konkurrensläge på marknaden.

Kommunala bolag används vanligen för att sørja för kollektivtrafik, energiproduktion och hamnverksamhet m.m. Bolag används även för produktion av SGEI-tjenster (se närmare i punkt c) ovan), men det finns en gråzon mellan sådana tjenester och tjenester som produceras av kommuner i ett konkurrensläge. Till exempel har samkommunen Helsingfors och Nylands Sjukhusdistrikt nyss grundat ett privatsjukhus (Hyksin Ltd). Bolaget fungerer faktisk i konkurrensläge med andra privata sjukvårdsföretag och riktar sin verksamhet till privatförsäkrade patienter, utlåningar och patienter från andra sjukvårdsdistrikt, vilka har fått en betalningsförbindelse av hemkommunen.

Finska staten äger aktier i mer än 50 stora bolag. Av dessa är cirka två tredjedelar statsbolag som är verksamma på marknadsvillkor eller statens interessebolag. I de senere är staten minoritetsägare. De övriga bolagen är s.k. bolag med specialoppgifter, som antingen handhar en viss oppgift som staten anvisat dem eller är befriade från konkurrensutsättning. Alla statsägda bolag är underställda regeringens ägarstyrning. Ansvaret för det ägarpolitiska beslutsfattandet ligger hos myndigheterna, medan det företagsekonomiska beslutsfattandet sköts av bolagens egna organ. Aktiebolaget Solidium Ab, som ägs helt av staten, verkar på ekonomiska grunder och tryggar det inhemska ägandet i centrala finska börsbolag. Solidium

sköter sitt innehav enligt kommersiella principer och med beaktande av statens ägarpolitiska anvisningar.

5. Tillämpning av förvaltningsrättsliga principer

Det som ovan har framgått är att det offentliga kan ha olika rättsliga funktioner och skilda roller när det uppträder som en privat aktör. Variationerna beror i stort sett på vilken av de fem typiska situationerna det är fråga om med förbehållet att det kan finnas ytterligare roller och mera nyanserade skillnader. Men vilken är de förvaltningsrättsliga principernas betydelse i dessa typiska situationer och roller? Åtminstone preliminärt kan man hävda att det inte finns någon inbyggd logik i rättssystemen som skulle förutsätta att även de förvaltningsrättsliga principerna ska följa med i det offentliga alla verksamhetsformer eller att identiska principer borde äga tillämpning i alla dessa typsituationer. Å andra sidan är det inte nödvändigtvis uteslutet att de förvaltningsrättsliga principerna är tillämpliga när det offentliga agerar i ett konkurrensläge. Inte heller följer det automatiskt att den privata aktören har en allmän plikt att iakttä samma rättsprinciper som myndigheten när den utför förvaltningsuppgifter eller producerar tjänster av allmänt intresse.

Det torde i alla fall vara en allmänt accepterad premiss att ju mera och intensivare den privata aktören förverkligar offentliga syften och utför uppgifter med framträdande offentliga drag i desto större grad och desto tydligare ska de förvaltningsrättsliga principerna bli tillämpliga. Å andra sidan kan även privaträttsliga principer som skälighet, skydd av legitima intressen och rättssäkerhet ha en signifikant betydelse och likriktade funktioner när den privata aktörens uppgifter är av mera privaträttslig karaktär. Hur rättsprinciper från olika rättsområden kan sammanverka, komplettera eller motverka varandra, är också en intressant fråga som i detta sammanhang ändå inte kommer att analyseras mera ingående.

a) Privata aktörer utför det offentliga uppgifter

När en administrativ funktion som tidigare har skötts av en offentlig myndighet överförs på ett privat rättssubjekt, kommer det privata att handha den administrativa funktionen. Som följd agerar det offentliga medelst eller med hjälp av en privat aktör. I en sådan situation är det väl motiverat att den privata aktören bör beakta och tillämpa de förvaltningsrättsliga principerna.

Utgångspunkten enligt 124 § i grundlagen är att offentliga förvaltningsuppgifter kan anförtros andra än myndigheter genom lag eller med stöd av lag, om det behövs för en ändamålsenlig skötsel av uppgifterna. Överföringen av förvaltningsuppgifter till en privat aktör får dock inte äventyra de grundläggande fri- och rättigheterna, rättssäkerheten eller andra krav på god förvaltning. Eftersom de centrala kraven på god förvaltning definieras i förvaltningslagen, betyder detta att de i förvaltningslagen reglerade förvaltningsrättsliga principerna automatiskt kommer att bli tillämpliga på allt utövande av förvaltningsuppgifter oberoende av i vilken organisatorisk form uppgiften utförs. Såvitt det är fråga om en förvaltningsuppgift blir alltså dessa principer tillämpliga även på privaträttsliga aktörer.

Eftersom begreppet ”förvaltningsuppgift” har fått en vid definition, tillämpas de förvaltningsrättsliga principerna t.ex. på privata bevakningsföretag, privata som producerar lagstadgade tjänster samt på börsen och värdepapperscentralen då de utför sina lagstadgade uppgifter.

Ett exempel på hur långt kraven på tillämplighet av de förvaltningsrättsliga principerna har utsträckt är statens specialfinansieringsbolag Finnvera ABp som har till uppgift att bevilja och administrera statens exportgarantier. Exportgarantierna är förmåner med förmögenhetsvärde. Trots att hela verksamheten med statliga exportgarantier har starka privaträttsliga drag är det enligt grundlagsutskottet fråga om en sådan offentlig förvaltningsuppgift som avses i 124 § i grundlagen.¹¹ Utskottet har ändå ansett det mycket lämpligt att ett bolag har hand om exportgarantierna, inte minst på grund av verksamhetens speciella karaktär. Vad beträffar villkoren i övrigt har grundlagsutskottet understrukt att om förvaltningsuppgifter förs över på andra än myndigheter, är det viktigt att rättsäkerhet och god förvaltningssed säkerställs. Det har ansetts centralt att även bestämmelserna om förvaltningsförfarande (inklusive de förvaltningsrättsliga principerna som definieras i 6 § i förvaltningslagen), offentlighet i myndigheternas verksamhet och språket vid myndigheter tillämpas.

b) Det offentliga som part i ett förvaltningsavtal

Förändringen i förvaltningens handlingsformer och processer reflekteras tydligt i förvaltningslagen där förvaltningsavtalet har fått en legitim och reglerad plats. Enligt 3 § i förvaltningslagen avses med förvaltningsavtal ett avtal som hör till myndighetens behörighet och gäller skötseln av en offentlig förvaltningsuppgift eller ett avtal som sammanhänger med utövande av offentlig makt. Förvaltningsavtalet kan användas både som en möjlig ersättning för förvaltningsbeslut och en grund för överförandet av förvaltningsuppgifter till privata aktörer.

Det är dock skäl att notera att förvaltningslagen inte bestämmer i vilka fall ett förvaltningsavtal är möjligt, utan det regleras i materiell lagstiftning. Till exempel markanvändningsavtal regleras i byggnadslagstiftningen och kommunernas rätt att köpa tjänster från privata producenter i kommunallagen. Kommunerna kan ingå avtal om planläggning och om genomförande av planerna, men i sådana markanvändningsavtal kan man inte med bindande verkan avtala om innehållet i planerna (91 b § i markanvändnings- och bygglagen).

Enligt förvaltningslagen ska grunderna för god förvaltning iakttas när förvaltningsavtal ingås. Förpliktelsen baserar sig på 21.2 § i grundlagen, där det förutsätts att garantier för god förvaltning ska tryggas genom lag. Förvaltningslagen som helhet bestämmer just dessa garantier. När förvaltningsavtal ingås och under avtalsförhållandet ska man således iakttä de lagstadgade förvaltningsrättsliga principerna (FL 6 §) och även i övrigt handla ändamålsenligt och i linje med den serviceprincip (FL 7 §) som gäller för förvaltningen.

Det faktum att förvaltningsavtalet har introducerats och godkänts som ett acceptabelt och legitimt element i finsk lagstiftning och förvaltningsrätt, visar att ursprungligen privaträttsliga handlingsformer kan användas också i förvaltningsverksamheten. Avtalsformen kan göra det möjligt att införa effektivare och flexiblare handlingsmönster i den offentliga förvaltningen. Användandet av förvaltningsavtalet ger dock det offentliga (den offentliga förvaltningen) endast kvasiprivat status. När en myndighet ingår ett förvaltningsavtal och när den uppträder som avtalspart ska de formella kraven på god förvaltning inklusive de förvaltningsrättsliga principerna beaktas.

¹¹ Grundlagsutskottets utlåtande GrUU 2/2001 rd. Riksdagens grundlagsutskott har som uppgift att förhandsgranska alla grundlagsrelevanta lagförslags grundlagsenlighet.

c) Det offentliga i privaträttslig form

När det offentliga anlitar privata företag för att producera SGEI-tjänster är det fråga om offentliga förvaltningsuppgifter som har anförtrots den privata aktören. Då blir de förvaltningsrättsliga principerna tillämplbara på den privata tjänsteproducenten enligt förvaltningslagen som tillämpas även på enskilda då de sköter offentliga förvaltningsuppgifter (FL 2.3 §; GL 124 §).

d) Det offentliga som en privaträttslig part i privaträttsliga rättsförhållanden

Då det offentliga befinner sig i privaträttsliga förhållanden som borgenär, hyresgäst, arbetsgivare eller säljare är det underställt samma lagstiftning som privata aktörer i ett likadant rättsförhållande. I vissa privaträttsliga förhållanden finns det emellertid vissa särdrag av vilka kanske de viktigaste är definierade i upphandlingslagstiftningen som baserar sig på flera EU-direktiv. Denna lagstiftning ställer flera kvalitativa krav på det offentliga som upphandlare. Upphandlingsregleringen förutsätter också att åtminstone öppenhets- och jämställdhetsprincipen iakttas i upphandlingsproceduren.

Som part i ett ”rent” privaträttsligt förhållande ska det offentliga främst beakta de privaträttsliga rättsprinciperna. Men inte ens som part i privaträttsliga förhållanden avstår myndigheten helt och hållet från sin roll som ett offentligrättsligt organ. Enligt förvaltningslagen – eller rättare sagt dess förarbeten – utgör nämligen det skedet i förfarandet där myndigheten förbereder sitt beslut om att ingå i det privaträttsliga förhållandet en del av förvaltningsförfarandet. Detta betyder att även de förvaltningsrättsliga principerna kan vara relevanta i det här skedet. Till exempel objektivitets-, proportionalitets- och jämställdhetsprincipen samt förbudet att missbruka prövningsrätt kan följaktligen bli tillämpliga i utvärderingen av den preliminära avtalsprocessens laglighet.

e) Det offentliga som idkare av affärsverksamhet

Det offentliga som näringsidkare faller utanför förvaltningslagens tillämpningsområde och således är de förvaltningsrättsliga principerna inte tillämpliga. Det offentliga kan ändå ha särskilda allmänna intressen också gällande bolag som är verksamma på kommersiella villkor i en konkurrensutsatt miljö. För statens del kan dessa strategiska intressen gälla försörjningsberedskapen, upprätthållandet och trygghandet av infrastruktur och försvar. Dessutom kan statliga och kommunala bolag ha skyldigheter t.ex. i fråga om basservicen, även om deras verksamhet främst bedrivs enligt allmänna kommersiella principer.

Offentliga bolag i konkurrensläge ska sköta sin verksamhet utan hänsyn till det allmänna intresset och på samma villkor som konkurrenterna, för att det offentliga ägandet inte ska orsaka snedvriden konkurrens. I enlighet med denna konkurrensneutralitetsplikt ska bolagen i fråga om verksamhetsprinciper, finansiell struktur och avkastningsmål vara jämförbara med andra bolag inom samma bransch. Trots detta ska bolagen i sin verksamhet beakta de välgrundade förväntningar som föranleds av det offentliga ägandet och som föranleder en ansvarsfull verksamhet som bedrivs enligt hållbara principer. Man kan hävda att dessa förväntningar och krav till en viss, inte obetydlig, grad baserar sig på likadana eller parallella värden och målsättningar som de förvaltningsrättsliga principerna.

Statens ägarpolitik syftar till att främja och säkerställa att bolagens verksamhet

bedrives på ett ansvarsfullt sätt. Centrala utgångspunkter för denna målsättning är att ägaren agerar öppet och konsekvent, att ansvarskännande och sakkunniga medlemmar föreslås som medlemmar i bolagens styrelser, att ägaren satsar på bolagens ledarresurser och på att få ledningen att engagera sig i bolaget samt att alla ägare och även andra intressenter beaktas. Ägarens viktigaste verktyg är att på ett självständigt sätt bereda ägarstrategin och utveckla god corporate governance.¹²

Enligt de ägarpolitiska riktlinjerna är öppenheten ett synnerligen viktigt element, och den bör präglade bolagets rapportering, premiering och allmänna transparens när det gäller verksamheten. För staten är det viktigt att man i bolagen går in för att respektera personalens ställning och rättigheter, och att man vill agera ansvarsfullt med tanke på miljön. När det gäller företagens ansvarsfrågor bör utgångspunkten vara att bästa praxis inom branschen iakttas.

Det är alltså inte heller så att det offentliga som helt privat aktör i konkurrensläge kan agera i strid med de förvaltningsrättsliga principernas syften och värdegrund. Det är naturligtvis inte tänkbart att det offentliga som privat aktör skulle kunna bygga sin affärsverksamhet och kommersiella transaktioner på olagliga, diskriminerande, oskäliga, partiska eller orättvisa transaktioner. På detta sätt kan de förvaltningsrättsliga principernas innehåll och bakomliggande värden ha en indirekt verkan också på det offentliga som en privat näringsidkare.

6. Sammanfattning – sex teser

Jag vill avsluta mitt inlägg med sex teser om de förvaltningsrättsliga principernas roll och betydelse när det offentliga uppträder som en privat aktör.

- Tes 1:** De förvaltningsrättsliga principerna grundar sig på allmänt accepterade offentliga värden och allmänna målsättningar som har en vedertagen ställning i förvaltningen och förvaltningsrätten. De förvaltningsrättsliga principerna ådagalägger därför även allmänt accepterade syften, allmänna handlingssätt och ger ramar för det offentligas agerande.
- Tes 2:** Rättsprinciperna på olika rättsområden har avsevärt närmast sig varandra och en europeisk harmonisering pågår. Man borde undvika att övervärdera den kvalitativa skillnaden mellan de offentlig- och privaträttsliga rättsprincipernas betydelse och funktioner när det offentliga uppträder som en privat aktör eller som en offentlig aktör.
- Tes 3:** Det finns flera motiv för att överge den snäva tudelningen mellan privaträttsliga och offentligrättsliga handlings- och organisationsformer. Det finns i och för sig inte många vägande skäl som skulle hindra användandet av ursprungligen privaträttsliga former i förvaltningen, förutsatt att de anpassas till det offentliga intressets grundläggande krav (legalitet, offentlighet, objektivitet, demokratisk kontroll, rättssäkerhet osv.).

¹² Statsrådets principbeslut om ägarpolitiken (3.11.2011).

- Tes 4:** Ju mera och intensivare den privata aktören förverkligar offentliga syften och utför uppgifter med framträdande offentliga drag i desto större grad och desto tydligare borde de förvaltningsrättsliga principerna bli tillämpliga. Å andra sidan kan även privaträttsliga principer som skälighet, skydd av legitima intressen och rättssäkerhet ha en signifikant betydelse och likriktade funktioner när den privata aktörens uppgifter är av mera privaträttslig karaktär.
- Tes 5:** Teoretiskt sett finns det ingen inbyggd logik i rättssystemen som skulle förutsätta att även de förvaltningsrättsliga principerna ska följa med i det offentligas alla verksamhetsformer eller att identiska principer borde äga tillämpning i alla roller som det offentliga kan ha. Inte heller följer det automatiskt att den privata aktören har en allmän plikt att iaktta samma rättsprinciper som myndigheten när den utför förvaltningsuppgifter eller producerar tjänster av allmänt intresse.
- Tes 6:** När det offentliga fungerar som privat aktör i konkurrensläge är de förvaltningsrättsliga principerna inte direkt tillämpliga. Det skulle ändå vara mycket problematiskt om det offentliga skulle kunna grunda sin affärsverksamhet på t.ex. olagliga, diskriminerande, oskäligen, partiska eller orättvisa rättsakter. De förvaltningsrättsliga principernas innehåll och bakomliggande värden kan således ha en indirekt verkan också på det offentliga som en privat näringsidkare.

Sakkyndiges rolle i sivilprosessen

Herredsdommer og dosent *Skúli Magnússon*, Island

Sakkyndiges rolle i sivilprosessen¹

Herredsdommer og dosent *Skúli Magnússon*, Island

I alle moderne retssystemer forsøger man imødekomme behovet for specialviden eller fagkundskab ved behandling af retssager på en eller anden måde. I systemer som bygger på angelsaksisk retstradition går man i princippet ud fra at sagens parter fuldt ud selv leder sagsbehandlingen, fremlægger redegørelser og fører ekspertvidner. I forhold til den ordning ser en „kontinental“ retspleje, hvor man bruger retsudmeldte sakkyndige, ud til at være overlegen. Det kan imidlertid i være et spørgsmål om man finder det ønskeligt af forskellige grunde at tillade ekspertvidner i et vist omfang uden at „syn og skøn“ under rettens tilsyn afskaffes. Uanset problemet om hvordan „ekspertbeviser“ produceres, opstår også spørgsmålet om dommens mulighed for at selvstændigt forstå og vurdere retssager hvori indgår specialviden, bl.a. sager hvor der er tvist om redegørelser fra retsudmeldte sakkyndige. En fleksibel hjemmel til de almene domstole til at tilkalde sakkyndige meddommere er den løsning man har valgt i Danmark, Norge og Island samtidig med at udviklingen er gledet bort fra oprettelse af specialdomstole. En sådan skønsmæssig hjemmel indebærer imidlertid en vis problematik i forhold til tilkaldelse af sakkyndige dommere og revision ved anke.

1. Retssager og sakkundskab

Sakkundskab og forskellige former for specialisering er i stadig voksende grad karakteristisk for nutidens teknologiserede samfund. I stigende grad drejer retssager sig også om forhold som det er svært at få rede på uden en eller anden form for specialviden eller fagkundskab. Udbredelsen af specialviden indebærer også at man forsøger at oplyse forhold på en anden og mere kompliceret måde end før, især ud fra forskellige former for redegørelser fra sakkyndige.

Kort fortalt drejer løsningen af retssager sig om indordning af enkelttilfælde under en abstrakt norm således som de anses for bevist (subsumtion). Det må anses for ubestridt at de der dommer i en sag, skal have en udtømmende forståelse for sagens forhold, både ved bedømmelsen af bevis og hjemføring af regler til fakta, uanset hvor komplicerede forholdene kan være. I almen civil proces går man ud fra at dommeren „kender loven“. Der kan imidlertid opstå spørgsmål om hvorvidt dommerens kendskab til loven altid er tilstrækkelig når det gælder specielle juridiske områder eller ligefrem udenlandske love. Således kommer det i betragtning om regler om sakkundskab også skal omfatte specielle juridiske forhold. Dette behandles senere.

Det første problem om forholdet mellem specialviden og retssager angår hvorledes akter med specialviden opstår og fremlægges i retten. Her står vi over for to retstraditioner: På den ene side angelsaksisk ret hvor man går ud fra at sagens parter fuldt ud leder sagsbehandlingen, fremlægger redegørelser og fører ekspertvidner. På den anden side kontinental ret hvor begrænsninger i parternes råderet over sagsbehandlingen blandt andet

¹ Nærmere angående forskellige forhold der omtales, især vedrørende islandsk retspraksis, henvises til to artikler af forfatteren: „The Use of Experts in Icelandic Law of Procedure“, *Scandinavian Studies in Law*, Volume 51 (Procedure Law — Court Administrations), s. 384–398, og „Experts on the Bench — Reflections on Pragmatic Solutions from Up-North“, *Civil Justice Quarterly* Issue 2, 2009, s. 261–272.

viser sig ved at dommeren udnævner en eller flere sagkyndige der skal følge en bestemt sagsbehandling, eller ligefrem henvender sig til en offentlig sagkyndig. I mange retssystemer der hovedsagelig følger kontinental retspraksis, tolereres dog ekspertvidner, og i visse tilfælde er de ligefrem udtrykkelig tilladt. Det normative spørgsmål står imidlertid ubesvaret om det er fornuftigt at tillade ekspertvidner, og i givet fald hvorledes en sådan ordning er foreneligt med sagkyndige udmeldt af retten. En drøftelse af dette giver også anledning til at overveje ordningen ved retsudmeldelse af sagkyndige og hvorledes deres arbejde tilrettelægges bedst muligt.

Et andet problem angår selve nedsættelsen af retten, om retten i større eller mindre grad skal bestå af sagkyndige således at den bedre bliver i stand til selvstændigt at bedømme akter der kræver specialviden. I visse retssystemer, især systemer i større stater, fører synspunkter i denne retning til at der oprettes særlige domstole besat med sagkyndige med varig udnævnelse. I Danmark, Island og Norge har man imidlertid reageret på dette behov ved en mere fleksibel hjemmel til domstolene til at tilkalde sagkyndige som meddommere når der anses at være behov for det. Den metode har man imidlertid ikke fulgt i Sverige eller Finland. Den vestnordiske ordning har de fordele at en del af dommerne har den nødvendige sagkundskab til at bedømme alle forhold i en sag. På den anden side opstår der spørgsmål om hvorledes sådanne dommere udpeges og tilkaldes, især ud fra hensynet til integritet og faglig kompetence. Endvidere opstår der et spørgsmål om hvem der skal dække omkostningerne ved deltagelsen af selvstændige meddommere i retten, og der har man i Norge valgt en anden løsning end i Danmark og Island.

Det tredje problem angår samspillet mellem reglerne om retsudmeldte skønsmand og reglerne om sagkyndige meddommere. Hvis der er tvist om en retsudmeldt skønsmands konklusioner, kan det begrundes at retten *skal* besættets med sagkyndige meddommere der har forudsætninger for at tage denne konklusion til genovervejelse. Hvis sagkyndige meddommere allerede er tilkaldt til retten, står det på den anden side klart at det kan være svært at give parterne mulighed for at udtale sig om de sagkyndige meddommeres holdning således at man overholder det kontradiktoriske princip. Der opstår således det spørgsmål om sagkyndige meddommere skaber risiko for at retten bliver en slags „inkvisition”. Her opstår også spørgsmålet om muligheden for en appeldomstol til genovervejelse hvis dommen fra sådan en „sagkyndig domstol“ appelleres.

2. Ekspertvidner eller skønsmand?

I angelsaksisk retspraksis sker det at parterne fremlægger redegørelser fra specialister eller fører såkaldte *ekspertvidner*. I overensstemmelse med den store vægt der i angelsaksisk ret lægges på partsautonomien (engelsk: *the adversary principle*), er det kun sagens parter der bestemmer hvilke sagkyndige akter der fremskaffes og fremlægges i en sag. Det indlysende problematiske ved denne ordning er at en sagspart kan vælge den sagkyndige der støtter hans egen sagsfremstilling. Al kontakt til den sagkyndige inden afgivelsen af forklaring sker fra sagsparten eller hans advokater der måske har gennemgået sagen indgående med vidnet og har haft mulighed for at præge dets holdning. Videre er det praksis at sagsparten betaler den sagkyndige for hans arbejde.²

² Selv om sagsparter ikke bør kunne influere på sagkyndiges vidneforklaring, er det ikke desto mindre dem der normalt

I angelsaksiske retssystemer forsøger man faktisk på forskellig måde at sikre at et ekspertvidne optræder upartisk, fx ved over for vidnet at indskærpe at dets opgaver er at bistå retten med at komme til den rigtige konklusion, og ved at give modparten større frihed til krydsforhør af vidnet. Til trods herfor må man hævde at ekspertvidner i visse tilfælde bliver en slags lejesvende for parterne i stedet for at optræde som upartiske sagkyndige der bistår retten med at få forståelse af komplicerede fakta. En anden indlysende ulempe ved ekspertvidner er at de kan være uenige. I angelsaksisk ret kan dommeren derfor blive nødt til at tage stilling til indlæg fra eksperter i komplicerede problemer af specialvidenskarakter. Der kan ligefrem opstå den situation at en jury af lægmænd sættes i den situation, og i modsætning til embedsdommere har nævninger normalt ikke mulighed for at stille spørgsmål til vidner eller anmode om yderligere akter til forklaring.

Den kontinentale retstradition er historisk set præget af at dommeren deltager og styrer retsforhandlingerne mere, måske ud fra påvirkning af *inkvisitorisk retspleje* der dog først og fremmest gjaldt for straffeproceduren. I overensstemmelse hermed er det almindeligt at man reagerer på behovet for sagkundskab ved at give dommeren tilladelse til at tilkalde særlige sagkyndige (fransk: *experts judiciaires*) til at afgive en erklæring.³ I modsætning til ekspertvidnerne indkaldes disse sagkyndige, skøns mænd efter dansk sprogbrug, af dommeren og har kun kontakt med sagens parter efter regler der skal sikre lighed mellem parterne og de sagkyndiges upartiskhed, impartialitet, fx i henseende til habilitet. Der kan så være tale om at visse juridiske problemer ved syn og skøn kan ankes til retten, og det kan også være muligt at anmode om et overskøn. Det kan således næppe forekomme at en advokat har mulighed for at „forberede“ et ekspertvidne således som det er normalt i angelsaksisk retspraksis. Der er altså mindre risiko for at en retsudmeldt sagkyndig på en eller anden måde bliver afhængig af sagens parter. I stedet for en muligvis misvisende vidneforklaring fra ekspertvidner som sagens parter fører, regner man således med én udtalelse fra en sagkyndig som er udmeldt af dommeren.⁴

I de retssystemer jeg kender til, har parterne faktisk ret til, i hvert fald i et vist omfang, at fremlægge skriftlige udtalelser fra sagkyndige som de ensidigt har fremskaffet, altså uden retsudmelding. I erstatningssager om personskade er det fx i islandsk retspraksis reglen snarere end undtagelsen at der fremlægges lægeattester og sagkyndige udtalelser om følgerne af en skade. Udmelding af sagkyndige sker så kun hvis disse akter bestrides hvad der ikke nødvendigvis behøver at være tilfældet. Muligheden for at få retsudmeldt sagkyndige udelukker således ikke generelt at der fremlægges andre sagkyndige akter. I overensstemmelse hermed viser betydningen af syn og skøn af retsudmeldte skøns mænd sig først og fremmest ved at sådanne akter generelt anses for at have *større bevisgyldighed* end akter der er fremskaffet ensidigt. I virkeligheden fungerer den retsudmeldte skønsmænds udtalelse nærmest som et „trumfkort“ hvor der foreligger modstridende akter fra sagkyndige. Der opstår hermed det normative spørgsmål (der vil blive behandlet senere) om hvor rimeligt det er at en embedsdommer tager stilling til modstridende sagkyndige akter på et sådant, nærmest formelt, grundlag.

vælger vedkommende sagkyndige. Det er også almindeligt at den sagkyndiges vidneforklaring „forberedes“ af partens advokat (engelsk: *preparing the witness*). På denne måde kan advokaten både have indflydelse på hvordan en sagkyndig formulerer sine svar („Er du sikker på at du kan hævde dette?“), og også bestemme hvilke spørgsmål han stiller til ham og hvilke ikke. Advokaten kan ligefrem beslutte at undlade at føre den sagkyndige for retten og forsøge at finde andre! Modpartens krydsforhør af vidnet skal så udgøre en tilstrækkelig sikkerhed for at alle oplysninger af betydning fremgår af den sagkyndiges vidneforklaring.

3 Her kan henvises generelt til François Pinchon: *L'expertise judiciaire en Europe*, Paris 2002.

4 Trods systemet med retsudmelding kan sagkyndiges upartiskhed undertiden drages i tvivl, fx når det drejer sig om sagkyndige der udfører omfattende vurderinger for indflydelsesrige parter, fx invaliditetsbedømmelser for forsikringselskaber.

3. Ekspertvidner ved siden af retsudmeldte sagkyndige?

I alle de nordiske landes retssystemer kan man anmode om retsudmelding af sagkyndige. Mig bekendt tvivler ingen på at den ordning grundlæggende er fornuftig selv om der uden tvivl kan være anmærkninger til visse nærmere forhold, fx udgifter og omfanget af skønsforretninger. Et større spørgsmål er imidlertid om det ifølge visse nordiske landes retspleje er tilladt at føre ekspertvidner *ved siden af* anmodning om retsudmelding af sagkyndige. Bortset fra det deskriptive spørgsmål opstår der det normative spørgsmål om man bør indføre en sådan tilladelse i de lande hvor det ikke er tilladt eller ikke står klart.

Ifølge islandsk retspleje skal et vidne *udelukkende afgive forklaring om begivenheder og faktiske forhold som det selv har erfaret*, og ikke bedømme faktiske forhold eller udtrykke sin mening om dem. Tilsvarende forhold findes i dansk ret. Både i dansk og islandsk retspraksis findes der dog eksempler på at domstole tillader sagkyndige der overhovedet ikke har haft kontakt med sagens begivenheder, at afgive vidnesbyrd i en sag. I baggrunden ligger princippet om bevisbedømmelsens frihed. Det er en uundgåelig følge af det princip at der indrømmes parterne betydelig frihed til at føre bevis for påstande med de akter som de anser for nødvendige, også vidnesbyrd fra sagkyndige. Der kan være visse problemer forbundet med at dommeren forhindrer en sagkyndig i at komme for retten som vidne selv om det står klart at han ikke har oplevet sagens begivenheder personlig. I praksis kan en part fx anmode om at en sagkyndig kommer for retten for at bekræfte en skriftlig redegørelse eller et brev der er fremlagt i sagen og rent faktisk udgør en sagkyndig bedømmelse. Det er klart at det er svært for en dommer at forhindre at partens advokat spørger den sagkyndige nærmere om visse forhold i redegørelsen.

Det er min fornemmelse, i hvert fald ud fra mit eget retssystem, at der er voksende pres fra advokaterne for at indkalde ekspertvidner. Om dette skyldes indvirkning fra angelsaksisk ret skal jeg ikke udtale mig om. Nærliggende er imidlertid spørgsmålet om retssystemer som det islandske og danske hvor ekspertvidner ikke udtrykkeligt er tilladt, skal ændre deres regler så tilladelser til at føre ekspertvidner gøres eksplicitte. Således har man fx gjort det i Norge hvor sagkyndige vidner udtrykkeligt er tilladte.⁵ I norsk ret kan sagkyndige vidner således supplere retsudmeldte sagkyndige hvis parterne anmoder om det. Erfaringerne i Norge med dette dobbelte system er bestemt interessante.

Ulemperne ved sagkyndige vidner er som tidligere nævnt velkendte fra angelsaksisk ret. Det bør rimeligvis nævnes at udviklingen i angelsaksiske landes ret har været at udvide dommerens myndighed over indhentelse af sagkyndige akter og formen for vidnesbyrd fra specialister. I mange tilfælde kan en dommer således afkræve en part forklaring på mangel af sagkyndige akter eller ligefrem pålægge ham at fremlægge visse akter. Dommeren kan også i visse tilfælde beordre parterne til at blive enige om én eller flere sagkyndige og kan selv tilkalde en sagkyndig hvis det ikke lykkes dem at nå til enighed.⁶

Man kan så spørge om man ikke går i gal retning når man vil tillade ekspertvidner og med de fejl som man er i gang med at udbedre i forskellige lande der bygger på den angelsaksiske

5 Jf. tvisteloven, § 25-6, om sakkyndige vitner.

6 Se fx om en nylig indførelse fra 2004 af USA's forbundsregler om bevisligheder, *The U.S. Federal Rules of Evidence*, § 704, litra a, der handler om retsudmeldte sagkyndige, og den britiske civile retsplejelov, *The U.K. Civil Procedure Rules*, fra 1999 der giver en appelldomstol ret til at tilkalde en bisidder, *assessor*, eller til at beslutte at parterne skal blive enige om én sagkyndig som afgiver vidnesbyrd. Angående kritik af brugen af ekspertvidner kan man fx henvise til kapitel 13 i lord Woolf's rapport fra 1996 om civil retspleje i Storbritannien, *Final Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, HMSO, London, July 1996.

tradition.⁷ Der findes nok ikke så simpelt et svar herpå som det umiddelbart ser ud til. Årsagen er fx i Norge at de *sagkyndige vidner* ikke erstatter retsudmeldte sagkyndige men *supplerer* det system. Man må heller ikke ignorere at sagkyndige vidner kan have visse fordele. Det kan fx være betydelig mere simpelt og mindre udgiftskrævende at få et sagkyndigt vidne til at afgive en mundtlig forklaring end at rekvirere et skriftligt syn og skøn med retsudmelding. Hvis man eksplicit tillader sagkyndige vidner, kan man på den anden side måske af angelsaksisk ret lære hvorledes en sådan vidneforklaring skal udføres, fx ud fra hvorledes vidnets sagkundskab afprøves og vidnets pligter defineres.

En sammenligning af ordningen med skriftlige syn og skøn og sagkyndige vidneforklaringer giver også anledning til at spørge om ordningen med syn og skøn i visse tilfælde er for tung. I islandsk retspleje er syn og skøn altid skriftlig, og skønsmændene har pligt til at afholde et skønsmøde med parterne. I andre landes retspleje, fx i Norge, er man langt mere fleksible på dette punkt, fx er det tilladt at beslutte at en skønsmand, en såkaldt *rettsoppnevnt sakkyndig*, kun afgiver mundtlig forklaring. Det bør også overvejes om dommeren skal have en vis beslutningsmyndighed over hvilke spørgsmål der forelægges skønsmændene til besvarelse ud fra det synspunkt at skønnet skal have et formål og ikke bliver for omfattende.

4. Krav til akter fra sagkyndige

I mange landes retspleje vejer retsudmeldte skønsmands indstilling så tungt i konklusionen på retssager at man må sige at de de facto afgør sagens udfald. Hvis man skal ændre på en retsudmeldt skønsmands konklusion, må man derfor normalt ty til et overskøn eller pege på væsentlige brud af regler angående udførelsen af skønnet. Selv i retsplejen i lande hvor man kan tilkalde sagkyndige meddomsmænd der gennemgår de retsudmeldte skønsmands indstilling, har retsudmeldte sagkyndiges konklusioner også større gyldighed end andre akters. Det er derfor af afgørende betydning hvorledes akter som disse bliver til.

I Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af den 5. juli 2007 (Sara Lind Eggertsdóttir versus Island, sag nr. 31930/04) blev det prøvet hvorvidt man havde overholdt principperne om en retfærdig rettergang ved fremskaffelsen af sagkyndige dokumenter. I Islands Højesterets dom af den 11. marts 2004 havde Højesteret på eget initiativ anmodet om en udtalelse fra Islands Lægeråd om visse medicinske forhold i sagen der var anlagt angående erstatning for formodede fejl ved et barns fødsel. Udtalelsen fra Lægerådet der var fremskaffet ud fra en særlig hjemmel i den islandske lovgivning, var Højesterets hovedpræmis for at frikende hospitalet for erstatningskravet. Dermed gik Højesteret imod herredsrettens dom, selv om herredsretten havde været besat med én juridisk dommer og to sagkyndige meddommere (en børnelæge og en fødselslæge).

Menneskerettighedsdomstolen henviste til at visse medlemmer af Islands Lægeråd også havde været ansat ved vedkommende hospital. Dette ansås for at være en overtrædelse af Menneskerettighedskonventionen, art. 6, stk. 1. Man kan imidlertid drage den konklusion af dommen at det ikke kan være belastende at domstole indhenter en sagkyndig udtalelse fra en bestemt institution for så vidt denne institution respekterer principperne ved behandlingen af sagen. Det ansås heller ikke i sig selv ikke for kritisabelt at Højesteret på eget initiativ havde

⁷ Om problemerne ved angelsaksisk retspleje generelt, se fx A.S.S. Zuckermans artikel, „Justice in Crisis: Comparative Dimensions of Civil Procedure“, *Civil Justice in Crisis, Comparative Perspectives of Civil Procedure*, Oxford 1999, s. 3–52.

rettet spørgsmål til Lægerådet. Endelig toges der ikke stilling til det faktum at Højesteret der kun bestod af juridiske dommere, mente at den var i stand til at tage stilling til misvisende medicinske udtalelser og gå imod dommen fra herredsretten der havde været besat med sagkyndige meddommere.

Ifølge ovenstående kan man imidlertid drage den hovedkonklusion af Menneskerettighedsdomstolens dom at sagkyndige udtalelser der muligvis har særlig (stærkere) bevisgyldighed for konklusionen af en dom, skal opfylde visse principper om en retfærdig rettergang. Dette gælder helt sikkert både om vedkommende specialists habilitet, men de samme argumenter gælder sikkert også for parternes ret til indsigtelse og den sagkyndiges fyldestgørende undersøgelse. Derimod ser det ikke ud til at Menneskerettighedskonventionen er til hinder for at domstole, på eget initiativ, overdrager udefrakommende væsentlig indflydelse på hvordan visse sagkyndige forhold besluttes.

5. Specialdomstole eller sagkyndige meddommere?

Selv om en dommer gør brug af udtalelser fra en retsudmeldt sagkyndig, kan han alligevel være stillet over for komplicerede sagsforhold og endog modstridende indstillinger fra sagkyndige der tager stilling til disse sagsforhold. På sagsområder hvor behovet for sagkundskab er vedvarende, har man i mange lande oprettet *specialdomstole* hvori der sidder specialister på bestemte områder, normalt dog med en juridisk dommer som retsformand. Specialdomstole kan have baggrund i andre argumenter end behovet for specialviden, især synspunkter om at visse sager skal have en anden sagsbehandling eller ramme end det normale ved almindelige domstole, eller ligefrem bekymring for at man ikke kan overdrage visse typer sager til den sædvanlige dommerkreds.⁸ Man kan også undertiden hævde at visse specialdomstole i hvert fald delvis har baggrund i visse gruppers eller stænders kamp for deres interesser.⁹ Det er ikke altid let at afgøre hvilke interesser der anses for at være bestemmende for oprettelsen af en specialdomstol, og der skal ikke her gøres noget forsøg på at gennemgå specialdomstolens historie i almindelighed. I nyere tid kan man dog især nævne domstole om sø- og handelsforhold som eksempler på specialdomstole hvor man har ment der var behov for sagkundskab. Ved disse specialdomstole indgår sagkyndige meddommere („assessorer“) undertiden mere direkte i bevisførelsen for retten ud fra den præmis at de er i stand til direkte at bedømme en sags begivenheder eller genoverveje de sagkyndige udtalelser der fremlægges.

I Island har udviklingen været den at man næsten fuldstændig er ophørt med at bruge specialdomstole, også på de områder hvor man mente der var brug for specialviden. Fra og med 1981 blev fx Islands Sø- og Handelsret nedlagt, og sager af den karakter overgik til de almene domstole. Parallelt med denne udvikling er hjemlerne for almene domstole til at tilkalde sagkyndige til meddommere udvidet.¹⁰

Islandske herredsretsdommere har således lige siden 1936 haft en ret almen og temmelig fleksibel hjemmel til at tilkalde sagkyndige meddommere når de har ment at afgørelsen af en sag på en eller anden måde krævede specialviden. Angående udviklingen i reglerne i islandsk

8 Fx forfatningsdomstole, forvaltningsdomstole og domstole der behandler lovovertredelser af de øverste indhavere af statsmagten.

9 Fx specialdomstole om kirkens forhold, arbejdsretslige forhold eller ligefrem grænseforhold og salærer for advokater. Normalt besættes disse domstole med repræsentanter for vedkommende interessegrupper.

10 Med lov om behandling af civile sager, nr. 85/1936, § 200, punkt 3, blev hjemlen til at tilkalde sagkyndige meddommere i sø- og handelssager udvidet til sager der drejede sig om „andre tekniske forhold“. Indtil da havde hjemlen imidlertid været begrænset til sø- og handelssager, som i Danmark.

ret henvises til andre kilder, men man kan dog nævne at de har deres oprindelse i regler om behandling af sø- og handelssager der igen har rod i et nordisk samarbejde og i høj grad var præget af de dagældende danske regler om sø- og handelssager.¹¹ Det er klart at de nugældende regler i den danske retsplejelov også har deres oprindelse i tilsvarende regler om behandling af sø- og handelssager.¹²

Hjemlen i danske, islandske og norske love til at tilkalde sagkyndige meddommere er ganske fleksibel hvis man kun ser på lovens bogstav.¹³ I den islandske lov om behandling af civile sager, § 2, stk. 2, står der således „hvis en tvist angår fakta der fremføres som søgsmålsgrunde og dommeren mener at der er behov for særlig viden i retten til at afgøre dette, kan han tilkalde to meddommere der besidder en sådan særlig viden.“ Ifølge den danske retsplejelov, § 20 (1), „kan retten bestemme, at retten under hovedforhandlingen skal tiltrædes af 2 sagkyndige medlemmer, hvis fagkundskab skønnes at være af betydning for sagen.“ Ifølge den norske tvistelov, § 9-12, „settes retten under hovedforhandlingen med to meddommere dersom en av partene krever det eller retten finner det ønskelig.“ Derefter står der at „meddommerne skal være fagkyndige om hensynet til forsvarlig behandling av saken tilsier det“ og „oppnevnes slik at de har fagkyndighet tilpasset saken.“

Dansk, islandsk og norsk lovgivning indeholder nærmere forskrifter for hvordan man skal forholde sig ved tilkaldelsen af sagkyndige meddommere. Ifølge dansk og islandsk lov er det klart at det er dommeren og ikke parterne der har myndighed over om han tilkalder sagkyndige meddommere. Ifølge de norske regler ser det derimod ud til at en sagspart kan forlange at der tilkaldes en sagkyndig meddommer for så vidt han påtager sig omkostningerne ved det. I de tre landes love forudsættes det imidlertid at den juridiske dommer bestemmer *hvilke sagkyndige* han tilkalder, men at han forud giver parterne meddelelse om sit valg. Parterne har således mulighed for at protestere mod dommerens valg af meddommer .

Meddommerne har fulde beføjelser som dommere, og derfor kan den juridiske dommer i teorien komme i mindretal. Ud fra islandsk retspraksis at domme, er det imidlertid klart at det meget sjældent sker at der er uenighed mellem de sagkyndige meddommere og den juridiske dommer. Videre udtrykker danske, islandske og norske love klart at retsformanden leder retten, alene afsiger kendelser om andet end afvisning af sagen, derunder om en meddommers habilitet, udsteder indkaldelser og meddelelser, sørger for udarbejdelse og bekræftelse af retshandlinger og udadtill optræder på rettens vegne.

Hvis en domstol skal kunne tage selvstændig stilling til alle forhold i en sag, derunder forhold der kræver specialviden, må det ud fra et normativt synspunkt anses for ønskeligt at der er sagkyndige i dommerkollegiet. Det er på den anden side umuligt at fremsætte ét ubetinget svar på om det er bedre at denne sagkundskab fremtræder i form af en specialdomstol eller

11 Den særlige behandling af sø- og handelssager var en del af et nordisk lovgivningsarbejde inden for søfart. I Danmark indførtes en lov om Sø- og Handelsretten i København den 19. februar 1861 og en lov om søfart, søforhør og behandling af søretslige sager den 12. april 1892. I Norge indførtes bestemmelser om dette sagsområde med søfartsloven af den 20. juli 1893 (§§ 312–333), og i Sverige med søfartsloven af den 12. juni 1861 (§§ 313–332).

12 Jf. nu retsplejeloven, § 20, ifølge lovændring af den 2. juni 2006. Baggrunden for reformen diskuteres bl.a. i Retsplejerådets Betænkning 1401/2001, Reform af den civile retspleje I. Angående den danske Sø- og Handelsrets virksomhed, jf. retsplejeloven, § 17, kan henvises til en artikel af Frank Poulsen, „Sø- og Handelsretten — særligt om ‚sagkyndige retsmedlemmer‘ i retsplejen“, *Dommeren i det 20. Århundrede*, (red. Garde, P., Larsen, C. og Pedersen, B.), København 2000, s. 327–334.

13 I Norge er der i visse typer sager obligatorisk brug af meddommere med en vis fagkyndighed, fx i tvister om arbejdsforhold efter arbejdsmiljøloven (lov af 17. juni 2005 nr. 62, §17-7) og ved overprøvelse af administrative tvangsfuldbyrdelser i helse- og socialsektoren (tvisteloven § 36-4).

en hjemmel til almene domstole til at tilkalde sagkyndige meddommere. For et lille samfund som det islandske er der indlysende meget der støtter sidstnævnte løsning, men forholdene kan være anderledes i større lande med andre retstraditioner. Følgende redegørelse for sagkyndige meddommere vil som udgangspunkt have islandsk retspraksis der efterhånden er ganske lang og udførlig om mange særlige forhold.

6. Hjemmel eller pligt til at tilkalde sagkyndige meddommere?

Ved første syn giver bestemmelserne i islandsk ret øjensynlig herredsretsdommerne rigelig frihed til at bedømme om han tilkalder sagkyndige meddommere eller ej. Islands Højesteret (som ikke selv har hjemmel til at tilkalde sagkyndige meddommere) har imidlertid tidligt formet den holdning at en sag kan være af en sådan beskaffenhed at det ikke alene er tilladt men direkte *obligatorisk* at tilkalde sagkyndige meddommere.¹⁴ Dette har især drejet sig om sager hvor der var tvist om syn og skøn af retsudmeldte sagkyndige. Til grund for Højesterets retspraksis har der ligget den forestilling at en herredsretsdommer ikke på egen hånd kunne afgøre en sådan tvist men havde brug for bistand fra sagkyndige der skulle indtræde i dommerkollegiet. Det er således efter islandsk retspraksis ikke tilstrækkeligt at sagkyndige forhold er oplyst ud fra en indstilling fra en retsudmeldt sagkyndig, *retten skal også gennemgå og genoverveje en sådan indstilling fra retsudmeldte*. Heraf følger så det princip at retten ved dette arbejde skal have suppleret sig med sagkyndige meddommere.

Typiske sager hvor sagkyndig meddommere er nødvendige, er sager på grund af fejl ved ejendomme hvor der er tvist om sagkyndiges skøn om årsagen til fejl og omkostninger ved reparation, og sager om personskade hvor der er tvist om retsudmeldte sagkyndiges skøn om økonomisk og medicinsk invaliditet. De sagkyndige dommeres opgave bliver ofte vigtig når man skal besøge et åsted eller undersøge en genstand, men også ved afgivning af forklaringer, ikke mindst når retsudmeldte sagkyndige kommer for retten for at bekræfte deres indstillinger.

Hvis en islandsk herredsretsdommer efter Højesterets skøn har forsømt at tilkalde sagkyndige meddommere, indebærer det normalt at sagen ophæves og hjemvises til fornyet behandling for herredsretten. Det kan dog også medføre hjemvisning at en herredsretsdommer har tilkaldt sagkyndige meddommere der ikke skønnes at have haft tilstrækkelig sagkundskab eller sagkundskab på det rigtige område. I nyere retspraksis findes der eksempler på at forsømmelse af at tilkalde sagkyndige meddommere kun har medført kritik fra Højesteret men ikke ophævelse. I de fleste af disse tilfælde har det drejet sig om sager om forældremyndighed, og det må anses for sandsynligt at de særlige regler der gælder for behandling af forældremyndighedssager (især kravet om en hurtig sagsbehandling), har ført til at Højesteret har besluttet ikke at ophæve herredsretsdommene.¹⁵

14 Den første islandske højesteretsdom hvor en sag blev hjemvist til herredsretten på grund af mangel på sagkyndige meddommere, er fra 1947 (Domsamling 1947: 357). I sagen krævede en udlejer erstatning for skade på en ejendom, men det stod ikke klart om skaden stammede fra lejer A eller lejer B der senere havde overtaget ejendommen. I sagen blev der fremlagt forskellige syn og skøn om årsagerne til skaden og ligeledes dens økonomiske omfang. Herredsrettens opfattelse var at lejer B var ansvarlig for tabet, dog således at erstatningen blev nedsat i forhold til skønnet på grund af normal vedligeholdelse. I Højesterets dom står der imidlertid at sagen havde været af en sådan beskaffenhed at det havde været nødvendigt at dommeren tilkaldte sagkyndige om husbygning til at behandle og domme i sagen med sig. „De skulle have gennemgået og revideret alle skøn og beregninger i sagen således at retten derefter kunne afgøre hvilke yderligere undersøgelser der var behov for.“ Højesteret nævnte nogle eksempler på hvad retten burde have undersøgt nøjere „for at få afgjort hvilke årsager der er til de skader der angives der.“

15 Se nærmere SM: „The Use of Experts in Icelandic Law of Procedure“ op cit.

7. Hvornår er der hjemmel/pligt til at tilkalde sagkyndige meddommere?

Ud fra islandsk ret kan man i en nøddeskal sige at en herredsretsdommer har pligt til at tilkalde sagkyndige meddommere når han *ikke er i stand til at løse en sag på grundlag af sin almenviden, sin almindelige uddannelse eller juridiske viden*.¹⁶

Heraf kan man for det første udlede at juridiske tvister ikke kan begrunde at der tilkaldes sagkyndige meddommere, kun uenighed om faktiske forhold. Selv om en uenighed drejer sig om et specielt juridisk forhold, kan det ikke være grund til at der tilkaldes en jurist med speciale på vedkommende område. Dette ser ud til at divergere fra hvad der gælder i dansk ret hvor det ikke er udelukket at tilkalde sagkyndige i særlige juridiske forhold. I norsk lov nævnes det eksplicit at man kan tilkalde en juridisk specialist og samtidig kræve pligt til at tale sandt af parterne.

Fra et normativt synspunkt må man spørge om der ikke er grund til at hjemlen til at tilkalde sagkyndige meddommere er så rummelig, også i islandsk ret, at herredsretsdommere også kan tilkalde sagkyndige på visse juridiske områder, fx vedrørende konkurrence, patenter og endog forvaltning. Hvis sagkyndige meddommere skal overflodiggøre specialdomstole, forekommer en udvidelse af den art på mange måder fornuftig, dog således at der kan være grund til særlige regler vedrørende uddannelse og valg af sådanne juridiske sagkyndige.

For det andet er hjemmel og pligt til at tilkalde særlige meddommere begrænset til forhold som almenviden ikke er nok til at afgøre. Under almenviden hører forskellige forhold vedrørende menneskelige behov, adfærd og kommunikation som skal være bekendt for de fleste voksne og oplyste mennesker. Viden om kørsel af biler, opdragelse og pasning af børn er eksempler på forhold som de fleste mener de kender til, men dog ligger på grænsen af at kræve sagkundskab. Endelig må man regne med at en dommer har fået en almen uddannelse, som fx i de fag der indgår i folkeskolen og gymnasiet. På grundlag af denne almene uddannelse og ligeledes erhvervs erfaring må man kunne stille krav om at en dommer fx har en vis færdighed i simple beregninger og ligeledes i elementær bogføring.

Endelig kan man i islandsk retspraksis gå ud fra at en tvist om forhold der kræver sagkundskab skal være reel, så det berettiger at dommeren tilkalder sagkyndige meddommere. En protest fra en sagspart over for et skøn fra en retsudmeldt sagkyndig skal være begrundet, fx støtte sig til en anden sagkyndig akt. Det forholder sig måske anderledes i norsk retspraksis hvor man har det sådan at hver part selv dækker omkostningerne ved den sagkyndige meddommers arbejde og kan forlange tilkaldelse af en sagkyndig hvis han er rede til at betale for det.

Uanset dette er det klart at en part ikke kan udbedre en mangel på akter der kræver sagkundskab ved at kræve indkaldelse af sagkyndige meddommere og så stole på at de kommer til bunds i sagen. Det knytter an til det princip i retsplejen at alle sagens akter skal foreligge og være tilgængelige for parterne så de kan udtale sig om dem. Hvis man går for langt i at lade sagkyndige meddommere selv skaffe oplysning om forholdene af sagkyndig karakter, opstår der helt klart krav om at sagens parter får mulighed for at udtale sig om deres holdning inden sagen afsluttes. Noget sådant går helt klart ikke hvis domstolen ikke skal udvikle sig til en „inkvisition”. De sagkyndige meddommeres opgave skal derfor omhyggeligt begrænses til

16 Jf. Domsamling 2000: 2674. Sagen var en erstatningssag hvor en motorcyklist havde kørt 100–140 meter med forhjulert på sin motorcykel oppe i luften indtil motorcyklen ramte en trafikbelle. Motorcyklisten hævdede at det var sket ved et uheld. Højesteret var af den opfattelse at herredsretsdommeren burde have tilkaldt sagkyndige meddommere til at behandle denne søgsmålsgrund. Herredsretsdommen blev ophævet.

at „gennemgå“ de akter af sagkyndig karakter der foreligger i sagen og ikke „fabrikere nye akter“. ¹⁷ Her kan det dog være vanskeligt at finde grænsen.

Ifølge ovenstående går islandsk retspraksis ud på et system hvor retsudmeldte sagkyndige og sagkyndige meddommere *arbejder sammen* med det mål at domstolen tager stilling til alle bevisligheder i en sag. Det er klart dette afviger betydeligt fra forholdene i mange retssystemer hvor de retsudmeldte sagkyndiges skønssrapporter i praksis afgør sagen, i hvert fald hvis der ikke er formelle fejl ved fremskaffelsen af dem. I Island er det derimod de sagkyndige meddommere der har det sidste ord.

8. Valg og indkaldelse af sagkyndige meddommere

I Danmark vælges de sagkyndige meddommere fra særlige lister. En sådan ordning havde man tidligere i Island, men den blev endeligt opgivet i 1981. I Norge bruger man heller ikke lister ved valget af sagkyndige meddommere, de vælges af dommeren. Ifølge islandsk og norsk ret har herredsretsdommeren således frie hænder angående hvilke sagkyndige han tilkalder som sagkyndige meddommere for så vidt de har den specialviden der kræves og opfylder almene habilitetsbetingelser. ¹⁸

Den islandsk/norske ordning har den fordel at den er meget fleksibel. Det kan så tilføjes at der i praksis faktisk i Island findes uformelle lister over folk der er parat til at påtage sig både syn og skøn og meddommerhverv. Det sker sjældent at en sagkyndig meddommers habilitet og sagkundskab drages i tvivl. Her er det af betydning at dommeren skal forklare parterne hvem han har tænkt sig at tilkalde, og give dem mulighed for at fremsætte bemærkninger. Det er vel klart at dommeren skal undgå at der opstår uenighed med parterne om dette forhold. Det er faktisk undertiden sådan at „valget“ af en sagkyndig meddommer i langt højere grad er en fortvivlet søgen efter en sagkyndig, fx når en sag angår stærkt specialiserede forhold, eller når så godt som alle mulige sagkyndige af en eller anden grund er inhabile (fx læger hvor de fleste arbejder på det samme statslige hospital).

Ved indkaldelsen af en sagkyndig meddommer er en ny dommer, med fuld dømmende beføjelser, trådt ind i dommerpanelet. De sagkyndige meddommere kan teoretisk set nedstemme den juridiske dommer selv om de i praksis normalt har den opfattelse at de har en anden rolle end den juridiske dommer. I alle lande er man omhyggelige med udnævnelsen af juridiske dommere ud fra det synspunkt at der til disse hverv skal vælges personer med passende kompetencer der er selvstændige og uafhængige i deres arbejde. Der kan være delte meninger om dette krav også opfyldes ved at lade en herredsretsdommer alene vælge den sagkyndige meddommer som det sker i Island og også i Norge.

I en rapport for nylig har GRECO (Group of States against Corruption — Council of Europe) anmodet islandske myndigheder om at revidere ordningen ved valg og tilkaldelse

17 Se fx Højesterets dom af den 20. september 2001 i sag nr. 10/2001. I sagen mente retten at et skøn vedrørende et rimeligt vederlag for malerarbejde havde været behæftet med fejl i en sådan grad at det ikke kunne lægges til grund. Videre står der i Højesterets præmisser: „Det er ifølge loven ikke sagkyndige meddommeres opgave at afhjælpe mangler i sagsparternes fremskaffelse af akter ved til grund at lægge deres egen skønsmæssige viden om forhold som der mangler adækvate oplysninger om.“ Retten anså sagen for så ringe forelagt at den fuldstændig måtte ophæves.

18 Højesterets dom af den 7. februar 2002 i sag nr. 302/2001. Højesteret mente at en meddommer som herredsretsdommeren havde tilkaldt, ikke havde specialviden om kørsel af motorcykel selv om han havde kørekort til at køre en sådan.

af sagkyndige meddommere.¹⁹ Den anmodning forekommer velbegrunder selv om man altid må regne med at det i visse tilfælde kan være nødvendigt at vælge sagkyndige meddommere ad hoc og ikke ud fra en forud fastsat liste. De tilfælde hvor der bliver brug for sagkyndige meddommere, er simpelthen for mangeartede til at det er muligt at udarbejde en udtømmende liste over alle de specialister der kan komme på tale. Man kan imidlertid forestille sig at et ad hoc-valg skal bekræftes, fx af retsformanden eller af domstolsrådet. Så kan man utvivlsomt gøre mere ud af juridisk vejledning af de sagkyndige meddommere, i hvert fald i forhold til den nuværende situation i Island.

Endelig kan man spørge om det er heldigt at det de samme der udfører syn og skøn og er meddommere. Sagkyndige meddommere og juridiske dommere bliver uundgåeligt kolleger der meget tit nærer fuld tillid til hinanden. Efter min opfattelse kan det derfor være uheldigt at en der har haft hverv som meddommer optræder som skønsmand hos den samme dommer i en anden sag.

9. Sagkyndige meddommeres deltagelse i sagsbehandlingen

Ifølge islandske regler tager sagkyndige meddommere ikke plads i retten før ved hovedforhandlingen. Som tidligere anført, er deltagelsen af sagkyndige meddommere tit af stor betydning når man skal på åstedet eller skal undersøge en genstand ved begyndelsen af hovedforhandlingen. Videre er det mindst lige så godt for en juridisk dommer at få støtte fra sagkyndige meddommere ved afgivninger af vidneforklaringer. Man kan imidlertid spørge om der ikke, i hvert fald i visse tilfælde, kan være fuld grund til at de sagkyndige meddommere tager plads i retten inden hovedforhandlingen, især ud fra det synspunkt at de så kan deltage i forsøg på forlig. Den juridiske dommer kan endvidere have brug for sagkyndig bistand hvis han skal tage stilling til anmodninger fra parterne om sagkyndigt syn og skøn.

Danske og norske regler forekommer på dette punkt at være mere fleksible end de islandske. Heller ikke i Norge deltager sagkyndige meddommere i sagsbehandlingen før hovedforhandlingen. Det kan nævnes at dommere i Island (med en noget tvivlsom juridisk begrundelse) har gjort forsøg på dette i sager om forældreret, og de tyder på at sagkyndige meddommere i disse sager kan give øget mulighed for forlig.

I islandsk og dansk retspleje anses deltagelse af sagkyndige meddommere i sager for at være en del af domstolens normale virksomhed som staten bærer omkostningerne ved. I Norge ser det derimod ud til at man som hovedregel går ud fra at parterne dækker omkostningerne ved at der på påkrav fra dem tilkaldes sagkyndige meddommere. Denne ordning indebærer så formentlig den tankegang at sagkyndige meddommere er en slags „ekstra service“ i forhold til domstolens normale virksomhed. Den holdning rejser nægtelig visse spørgsmål.

10. Appel af en dom med sagkyndig deltagelse

Efter islandsk ret er hjemlen til at tilkalde sagkyndige meddommere begrænset til herredsretten. I Island har retssystemet stadig kun to instanser. I Danmark og Norge har appelretten (Landsretten/Lagmannsretten) derimod en tilsvarende hjemmel til at tilkalde sagkyndige

¹⁹ Greco Eval IV Rep (2012) 8E, 22 March 2013. Findes på siden <http://www.coe.int>.

meddommere. Det er klart at Islands Højesteret kan genoverveje alle processuelle forhold vedrørende sagkyndige meddommere, fx om det har været nødvendigt at tilkalde sagkyndige meddommere, deres habilitet og indkaldelse. I Danmark, Island og Norge er det derimod ikke muligt at anke selve en herredsretsdommers beslutning om at tilkalde sagkyndige meddommere. Men kan Højesteret der kun består af juridiske dommere, genoverveje selve bedømmelsen fra de sagkyndige meddommere?

Hvis man følger de argumenter som Islands Højesteret selv lægger til grund, burde det næppe være muligt at højesteretsdommere genovervejede konklusioner fra en lavere instans der har haft medvirken af sagkyndige. (Man kan fx næppe forestille sig at højesteretsdommere ved mere end herredsretsdommere om ingeniørers, lægers, autoriserede revisorers virksomhed!) I praksis er det også sådan at Højesteret normalt stadfæster herredsrettens konklusioner fra sagkyndige meddommere om disses sagkundskab. Herfra findes der dog undtagelser. For det første kan forskellige juridiske forhold føre til at sagkyndige meddommeres vurdering fra herredsretten ikke er afgørende for konklusionen i Højesterets dom. Hvis retten fx kommer til det resultat at et erstatningskrav er forældet, kommer hverken den sagkyndige bedømmelse af skyld eller tvister om skadens omfang til prøvelse. For det andet kan man forestille sig at nye oplysninger om sagens forhold kommer til, fx en ny vidneforklaring. Endelig er det muligt at der fremlægges nye sagkyndige akter der direkte er fremskaffet med henblik på at underkende de sagkyndige meddommeres konklusioner, især nye skønsrapporter eller overskønsrapporter, og man kan også her forestille sig at forskellige offentlige institutioner kan udføre en rolle af betydning for skønnet.

Angående fremlæggelse af akter gælder det princip i retsplejen i de fleste om ikke alle vestlige lande at de skal fremlægges så tidligt som muligt. Det kan derfor være et spørgsmål om et skøn eller et overskøn der er fremskaffet efter at herredsretten med sagkyndige meddommere har afsagt sin dom, kan medtages i appelbehandlingen. Trods dette er der forskellige eksempler på at nye sagkyndige akter af forskellige grunde kan indgå i Højesterets behandling. Endvidere findes der eksempler på at Højesteret har genovervejet konklusionen fra en sagkyndig herredsret ud fra nye akter, fx et overskøn.²⁰ Det må give anledning til spørgsmål hvilke præmisser Højesteret mener at have for en sådan genovervejelse. Det er derimod ikke klart hvordan retten skal effektuere en genovervejelse af en dom fra en herredsret med sagkyndige meddommere. Der er mulighed for at hjemvise en sag hvis Højesteret stiller sig tvivlende over for konklusionen. Den udvej er imidlertid ikke blevet brugt i retspraksis, men man kunne forestille sig en lovændring i den retning. For det andet kan man forestille sig at Højesteret selv fik hjemmel til at tilkalde sagkyndige meddommere. Det forhold løses forhåbentlig samtidig med at Island (igen) opretter en tredje retsinstans.

11. Konklusion og tanker de lege ferenda

I forhold til en ordning der udelukkende gør brug af ekspertvidner, ser en „kontinental“ retspleje hvor man bruger retsudmeldte sagkyndige ud til at være overlegen. Det kan imidlertid i højere grad være et spørgsmål om man finder det ønskeligt at blande disse to systemer så man udvider hjemlen til at føre ekspertvidner i dette system. Det gælder ikke mindst i betragtning af at der synes at være stærkere pres fra sagsparterne for at få mulighed for at føre ekspertvidner,

20 Jf. sagen Sara Lind Eggertsdóttir der er drøftet i afsnit 4.

og domstolene af forskellige grund har svært ved at værne om „ortodoksien“ på dette område, i hvert fald når man ser på islandsk praksis. Spørgsmålet er derfor om vi står over for et slag der på forhånd er tabt, og det derfor er bedre at skabe en klar ramme omkring ekspertvidner. Hvis vi beslutter at vælge den udvej, er det godt at se på norske forhold, men vi kan utvivlsomt også lære meget af udviklingen på det felt i angelsaksisk ret.

En sammenligning af et system med retsudmeldte skønsmænd og ekspertvidner kan også give anledning til at undersøge om der er grund til i visse tilfælde at gøre retsudmeldte skønsmænds arbejde lettere og mindre omkostningskrævende. Det er oplagt at man bør være stærkt opmærksom på hvorledes sagkyndige akter skabes, fx vedrørende de retsudmeldte sagkyndiges habilitet og sagsbehandling. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i Sara Lind Eggertsdóttirs sag er et vidnesbyrd om dette.

En fleksibel hjemmel til de almene domstole til at tilkalde sagkyndige meddommere har forskellige fordele, og det er den løsning man har valgt i Danmark, Norge og Island. Frem for alt sikrer en sådan hjemmel domstolens evne til at genoverveje alle forhold i en retssag, også forhold der kræver sagkundskab som retsudmeldte sagkyndige (eller ekspertvidner) er kommet til en konklusion om. På denne måde kan man oprette et vist samspil mellem retten og de retsudmeldte sagkyndige der dermed får modspil og genovervejelse fra retten. I stedet for et system som dette kan man forestille sig at man oprettede specialdomstole med sagkyndige i dommerpanelet. Det er imidlertid svært at forestille sig at det kunne lade sig gøre at oprette specialdomstole på alle områder hvor der er brug for sagkundskab. I hvert fald forekommer det mig på mange måder logisk at lade sagkyndige meddommere afløse specialdomstole i et lille samfund som det islandske.

Hvis man skal lade sagkyndige meddommere fungere med fuld dømmende magt, står det klart at man må stille visse krav til deres faglige kapacitet og deres integritet. Den kritik der er fremkommet af islandske regler om valg af sagkyndige meddommere, forekommer generelt saglig. Det hævdes imidlertid her at valget af sagkyndige meddommere altid til en vis grad bør være fleksibelt.

Genovervejelse af konklusionen fra en lavere retsinstans med deltagelse af sagkyndige meddommere skaber visse problemer, i hvert fald for det islandske retssystem der stadig kun omfatter to instanser. For et system med tre instanser forekommer det imidlertid oplagt at give appelinstansen en tilsvarende hjemmel til at tilkalde sagkyndige meddommere som førsteinstansen. På den måde kan der ikke være tvivl om at appelretten kan genoverveje alle forhold i førsteinstansens præmisser og konklusion.

Reglerne i islandsk ret der har været brugt som udgangspunkt, er i alt væsentligt klare angående sagkyndige meddommeres opgave. Det er blandt andet klart at det ikke kræver sagkyndige meddommere at sagen indeholder yderst specielle juridiske problemer — sagkyndige meddommere skal prøve faktiske oplysninger som fremsættes i akter af sagkyndig karakter. Men man kan spørge om der er grund til at udvide hjemlen således at dommeren under visse omstændigheder kan tilkalde jurister med specialviden. Man kunne fx forestille sig at universitetslærere optrådte som mulige dommerbisiddere når en sag berørte deres specialområde. Selv om det står klart at man skal træde forsigtigt på dette område, mener jeg at en vis begrænset hjemmel i denne retning kunne komme på tale uden at der skal fremsættes noget nærmere forslag om det her.

Det påpeges her at sagkyndige meddommere kan spille en vigtig rolle inden hovedforhandlingen af sagen begynder, især ved forsøg på forlig. Her er de islandske regler unødvendig rigide i forhold til danske og norske regler. Det er imidlertid et spørgsmål hvor

målbevidst man i Danmark og Norge anvender sagkyndige meddommere i forligsforsøg, fx i sager om forældreret.

For en juridisk dommer er det som regel oplysende og berigende at arbejde sammen med sagkyndige meddommere der kommer fra helt andre områder af livet, med andre erfaringer og en anden tankegang. Tilsvarende lærer disse „lægmænd“ domstolenes arbejde at kende i praksis. Sagkyndige meddommere er derfor helt afgjort en vigtig berøringsflade mellem domstolene og samfundet — en berøringsflade der kan bidrage til at skabe og vedligeholde befolkningens tillid til domstolene.

12. Teseer

Tese 1: I forhold til en ordning hvor man udelukkende gøre brug af ekspertvidner, ser en „kontinental“ retspleje hvor man bruger retsudmeldte sagkyndige, ud til at være overlegen. Ubegrænset syn og skøn kan imidlertid undertiden anses for at være uproportionalt i mindre sager.

Tese 2: Man bør være opmærksom på krav som stammer fra grundrettigheder til „syns og skønsproceduren“, fx til retsudmeldte sagkyndiges habilitet og sagsbehandling.

Tese 3: Af forskellige grunde er det svært ved at værne om „ortodoksien“ i systemer som anerkender ekspertvidner, fx det islandske. På normativt grundlag rejser det et spørgsmål om ekspertvidner skal tillades formelt ved siden af retsudmeldte sagkyndige, jf. Norge.

Tese 4: En fleksibel hjemmel til de almene domstole til at tilkalde sagkyndige meddommere har forskellige fordele, bl.a. formindsket behov for specialdomstole. Sagkyndige meddommere indebærer at domstolen er i stand til selv at vurdere ekspertbeviser, bl.a. redegørelser fra retsudmeldte sagkyndige. Efter islandsk retspraksis har embedsdommere i princippet ligefrem pligt til at tilkalde sagkyndige dommere når er tvist om ekspertbeviser.

Tese 5: Hvis man skal lade sagkyndige meddommere fungere med fuld dømmende magt, står det klart at man må stille visse krav til deres juridiske kundskab foruden deres faglige kapacitet.

Tese 6: Genovervejelse af konklusioner fra en lavere retsinstans med deltagelse af sagkyndige meddommere skaber visse problemer i systemer hvor den højere instans ikke har mulighed for at tilkalde sagkyndige meddommere.

Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler

Förvaltningsråd *Matti Pellonpää*, Finland

Dialog mellom Den europeiske menneskerettsdomstol og nasjonale domstoler

Förvaltningsråd *Matti Pellonpää*, Finland

Förhållandet mellan den europeiska övervakningen av mänskliga rättigheter och den nationella nivån har diskuterats även vid tidigare nordiska juristmöten. Avsikten med detta inlägg är att fortsätta denna diskussion ur en något annan synvinkel än tidigare. Tyngdpunkten i min framställning ligger på den ökande dialogen mellan Europeiska människorättsdomstolen (EMD) och vissa högsta domstolar, särskilt författningsdomstolar. Syftet är att med exempel på en sådan dialog mellan icke-nordiska domstolar och EMD ge impulser till synpunkter som kan ha relevans också för diskussionen om förhållandet mellan våra domstolar och EMD. Samtidigt är det min avsikt att belysa hur en genuin dialog mellan domstolarna i viss mån kan ha en balanserande funktion, som kompenserar avsaknaden av ett konstitutionellt organ som kunde balansera EMD:s makt. Ett konkret aktuellt försök att förbättra denna dialog diskuteras också, nämligen införandet av en möjlighet för de nationella domstolarna att begära rådgivande yttranden från EMD. Avslutningsvis presenteras några teser, som kan utgöra underlag för debatten i mötet.

1. Inledning

Ett av diskussionsämnena vid det 37:e nordiska juristmötet i Reykjavik år 2005 bar rubriken: ”Menneskerettigheter og grunnrettigheter – er lovgiverens råderom blitt for innsnevret?”¹ Bara nio år har förflutit, men ganska mycket har hänt när det gäller förhållandet mellan den europeiska och den nationella nivån i fråga om mänskliga rättigheter. Detta gör det motiverat att återkomma till ämnet, dock ur en något annan synvinkel än senast. År 2005 frågade man sig om den nationella lagstiftarens handlingsfrihet hade kringskurits, i synnerhet till följd av den europeiska människorättsdomstolens (EMD) verksamhet. Rubrikens formulering tyder på att växelverkan mellan de två nivåerna är ensidig; EMD inskränker de nationella aktörernas handlingsfrihet.

Så ensidig var bilden inte ens år 2005, utan frågan om växelverkan mellan den europeiska och den nationella nivån kan skönjas bakom diskussionerna i Reykjavik. I synnerhet växelverkan mellan EMD och de nationella domstolarna har ökat de senaste åren, så att man kan tala om en dialog mellan de två domstolsnivåerna. Denna utveckling torde ha flera orsaker. En av dessa är EMD:s växande arbetsbörda, som åtminstone på två sätt har bidragit till ett växande behov av en dialog mellan de två nivåerna. För det första har EMD:s ökade arbetsbörda då och då lett till avgöranden som har föranlett vissa kritiska ställningstaganden från de nationella domstolarnas sida. För det andra har bl.a. just EMD:s arbetsbörda medfört ökad betoning av subsidiaritetsprincipen, både hos domstolen och de fördragslutande parterna,

¹ Referenten i Reykjavik var Tolle Stabell. Se Forhandlingerne ved det 37. nordiske Juristmøde i Reykjavik 18–20. august 2005, Bind I s. 365–381. Diskussionerna har publicerats i Band II, s.161–183 under rubriken Mänskliga rättigheter och grundrättighetstänkandet – alltför snäva gränser för lagstiftaren? (sektionsmöte).

som kommit överens om att inkludera en hänvisning till principen i konventionens ingress.² Detta understryker den nationella nivåns centrala roll och det faktum att utvecklingen av de mänskliga rättigheterna inte kan ske genom ensidiga diktat från Strasbourg. Därtill kommer att i en globaliserad värld med ett växande antal övernationella domstolar ökar överhuvudtaget behovet av växelverkan mellan domstolarna – utöver en ren dialog förekommer det en flerpolar debatt mellan de olika aktörerna, till vilka i detta sammanhang naturligtvis också EU-domstolen (och, mutatis mutandis, EFTA-domstolen) hör.

I det följande ska jag inte glömma denna flerpolaritet i förhållandet mellan domstolarna, men ändå särskilt, i enlighet med rubriken, koncentrera mig på den dialog som förs mellan EMD och de nationella domstolarna, särskilt de högsta nationella domstolarna. Dialogen (i vid mening) kan sägas ta sig olika uttryck, som sträcker sig från gemensamma möten³ till ”domarutbyte”, d.v.s. att nationella domare blir domare vid EMD och tvärtom.⁴

Jag ska dock inte uppehålla mig vid växelverkan av sistnämnda art, utan i stället fokusera på den dialog som äger rum genom rättspraxis. Detta ska jag göra i ljuset av några konkreta, utvalda exempel från de senaste åren, som jag tycker (och hoppas) både illustrerar dialogens betydelse för utvecklingen av de mänskliga rättigheterna i Europa och avslöjar problem som står i vägen för en meningsfull dialog. Exemplet gäller vissa icke-nordiska domstolar. Detta alternativ har jag valt därför att de bästa exemplen på en dialog står att finna utanför de nordiska länderna. Samtidigt hoppas jag att dessa exempel väcker tankar och tjänar som debattunderlag också ur nordisk synvinkel. Själv försöker jag inte ge någon uttömmande framställning av läget i de nordiska länderna.

Mot slutet av framställningen ska jag diskutera frågan hur dialogen möjligen kunde förbättras. Jag hoppas att min framställning visar att en fruktbar dialog i viss mån kan kompensera avsaknaden av ett konstitutionellt organ som kunde balansera EMD:s makt.⁵

Innan jag går in på exempel på dialogen och hur den utvecklats, är det skäl att ännu en gång påminna om att växelverkan mellan EMD och den nationella nivån aldrig har varit uteslutande ensidig i den meningen att de nationella systemen och den nationella rätten alltid skulle ha varit den mottagande parten, d.v.s. den som influeras, och EMD den som utövar inflytande. EMD har påverkat de nationella rättssystemen, men dessa har i sin tur påverkat EMD och dess tolkningar av konventionen. EMD tillämpar som bekant bl.a. en rättskomparativ metod i tolkningen av konventionen som ett ”levande instrument”. Detta innebär att rättsutvecklingen i medlemsstaterna beaktas och i vissa fall hittar man rätt så långt utvecklade komparativa analyser i motiveringarna. Detta förekommer numera särskilt ofta i domstolens stora kammare (Grand Chamber), d.v.s. EMD:s största rättskipningssammansättning, som

2 Protokoll nr.15 från 24.6.2013, Council of Europe Treaty Series No. 213, som ska träda i kraft och ändra konventionen efter att ha blivit ratificerat av alla fördragsslutande stater. Protokoll nr.15 har till 2.5.2014 ratificerats av sex stater.

3 I samband med öppningen av ”judicial year” i januari har EMD flera gånger hållit ett seminarium under temat ”Dialogue between Judges”. T.ex. Gertrud Lübbe-Wolff (ledamot av den tyska författningsdomstolen) har baserat sin artikel ”How can the European Court of Human Rights Reinforce the Role of National Courts in the Convention System?” Human Rights Law Journal 2012, s. 11–15 på ett föredrag som hon höll vid ett sådant seminarium.

4 Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights, ett organ som ger utlåtande om domarkandidaternas behörighet (och i vilket jag är själv medlem) har uttryckt oro över vissa tendenser som tyder på att de högsta nationella domarna på sistone har visat minskat intresse för att tjänstgöra som domare i Strasbourg. Final Activity Report for the attention of the Committee of Ministers, 11 December 2013. Det behövs också andra än domare (professorer, advokater etc.) i EMD:s sammansättning, men det torde bidra till att skapa förtroende mellan de nationella domstolarna och Strasbourg att också ha en stark representation av ledamöter med domarbakgrund.

5 Stabell, op. cit. (fn. 1), s. 371: ”I motsättning till naer sagt alle rettssystemer, er situationen på menneskerettighetsområdet at domstolen (EMD) ikke har noen andre ”konstitutionelle organer” som kan balansere ut domstolens makt.”

består av 17 ledamöter. Det är möjligt att urskilja vissa uppmärksammade storkammar-domar, i vilka en rättskomparativ analys klart har spelat en viktig roll och i vissa fall lett till en annan slutsats än den som den kammare som avgjort ärendet som ”första instans” har stannat för.⁶ Det här tyder på en ytterligare dimension i dialognätverket, nämligen att det också inom EMD förekommer dialog mellan de enskilda kamrarna och stora kammaren. Stora kammarens särskilda roll och de problem som är förknippade med den kommer att beaktas i det följande.

Redan i denna inledning är det dock värt att påpeka att förutsättningarna för en ”domstolsintern” (eller ”systemintern”) dialog i EMD inte längre är lika goda som de brukade vara före den fusion av den ”gamla” människorättsdomstolen och den tidigare människorättskommissionen som trädde i kraft år 1998. I det gamla systemet hade alla de mål som kom till domstolen redan behandlats, och ”förberetts”, av människorättskommissionen, som spelade en roll som i vissa viktiga hänseenden liknade den ställning som generaladvokaterna har i EU-domstolen. Möjligheten att i det nuvarande systemet – i undantagsfall – få en kammar-dom omprövad av stora kammaren kompenserar endast i mycket begränsad omfattning bortfallet av kommissionen. Med detta vill jag inte hävda att det var fel att ändra systemet, utan att 1998 års reform förde med sig inte enbart fördelar utan också vissa nackdelar, och att det gällde att göra en avvägning.

2. Exempel på dialog mellan EMD och de högsta nationella domstolarna

Storbritannien

Förenade kungariket var ett av de sista länderna där konventionen ”inkorporerades”, d.v.s. blev en del av intern rätt, i stället för att bara existera som ett internationellt förpliktande dokument. Inkorporeringslagen, *Human Rights Act*, antogs år 1998 och trädde i kraft år 2000. Trots sitt namn, som hänvisar till mänskliga rättigheter i allmänhet, är lagen uttryckligen en detaljerad författning om EMK:s nationella ställning. I lagen betonas bl.a. vikten av att de nationella domstolarna tar hänsyn till EMD:s rättspraxis.

Nationella domstolars skyldighet att följa EMD:s rättspraxis ansågs dock aldrig vara obegränsad, utan man utgick från första början från att växelverkan mellan de två nivåerna skulle vara ömsesidig, d.v.s. innehålla en dialog.

I samband med lagstiftningsprocessen uttryckte sig *Lord Chancellor* år 1997 på följande sätt:

”The Act would of course permit United Kingdom courts to depart from existing Strasbourg decisions and upon occasion it might well be appropriate to do so and it is possible they might give a successful lead to Strasbourg.”⁷

En sådan attityd kan sägas återspegla en viss självmedvetenhet av en representant för en

6 Målet *Lautsi mot Italien*, kammar-dom 3.11.2009, hade anhängiggjorts av en finskfödd kvinna och gällde förekomsten av krucifix i klassrum i statliga skolor i Italien. Enligt den enhälliga kammar-domen innebar detta religiös indoktrinering i strid med artikel 2 i första tilläggsprotokollet. I domen finns inga hänvisningar till komparativa synpunkter. I den dom som gavs av den stora kammaren (18.3.2011, Reports 2011), dit ärendet hänsköts på regeringens begäran, ingår däremot en ganska omfattande jämförande översikt, som tydligt har bidragit till slutsatsen att ärendet föll inom statens diskretionära prövningsrätt (”margin of appreciation”) och att konventionen inte hade kränkts.

7 The Lord Chancellor, 18 November 1997, 583 H.L. 514-515, ovan citerat enligt Jens Elo Rytter: ”Dansk-europeiske menneskerettighedsbeskyttelse – om en fredelig forfatningsretlig revolution.” Juristen nr. 6/7 2010, s. 187, s. 192.

gammal rättskultur och skiljer sig från den mera ”ödmjuka” attityd med vilken man t.ex. i Finland allmänt förhåller sig till Strasbourgdomstolens praxis. Det skulle ha varit rätt otänkbart att vid konventionens införlivande med finsk rätt i förarbetena ge uttryck för en förväntan att våra domstolar skulle ge ”a successful lead to Strasbourg.”

Det har visat sig att den brittiska självmedvetenheten inte har varit ogrundad. EMD har i flera fall faktiskt kunnat stödja sig på den brittiska högsta domstolens (tidigare *House of Lords*) högklassiga motiveringar.⁸

Samma självmedvetenhet kan man skönja i den tillsvidare viktigaste situation där landets högsta domstol uttryckligen vägrade att följa EMD:s dom. Till skillnad från vissa andra exempel från andra länder hände detta nämligen inte i samband med ett ärende där problemet med Strasbourgdomen kunde tillskrivas ett sådant fel (eller en sådan oklarhet) i kammardomen som kan förklaras med EMD:s oskäligen arbetsbörda. Det var nämligen fråga om en kammardom som avkunnats efter en muntlig förhandling i Strasbourg, d.v.s. ett i dag exceptionellt noggrant förfarande.⁹

Kammardomen i fråga avkunnades 20.1.2009 i fallet *Al-Khawaja och Tahery mot Förenade Kungariket*. Klaganden Al-Khawaja, som var läkare, hade dömts för att ha förgripit sig på två kvinnliga patienter medan dessa var under hypnos. Eftersom en av målsägandena hade avlidit före rättegången, lästes den berättelse som hon gett till polisen upp för juryn. Detta förfarande accepterades på nationell nivå såsom förenligt med såväl konventionen (och *Human Rights Act*) som med den engelska rätten, i vilken reglerna om *hearsay evidence* hade ändrats några år tidigare. EMD:s kammare ansåg däremot enhälligt att artikel 6 i konventionen hade kränkts, därför att det inte hade varit möjligt för Al-Khawaja att i förhör ifrågasätta den avlidna målsägandens uttalanden.

Domen och EMD utsattes för hård kritik i Storbritannien, och inte enbart av boulevardpressen, såsom många gånger tidigare varit fallet. En erfaren domare, lord Hoffman, som snart skulle gå i pension, kritiserade i ett föredrag i hårda ordalag domen och egentligen hela EMD.¹⁰ Landets högsta domstol, som något tidigare hade omdöpts till *Supreme Court* (tidigare *House of Lords*), fick möjlighet att ta ställning till EMD:s kammardom i fallet *R. v. Horncastle and others*, som väsentligen liknade *Al-Khawaja*-målet. Högsta domstolen anslöt sig till kritiken. Även om Human Rights Act förpliktade brittiska domstolar att beakta och tillämpa de principer som utvecklats i EMD:s rättspraxis, kunde de i undantagsfall vägra. Lord Phillips formulerade saken så här:

”... on rare occasions, where a court was concerned that the Strasbourg judgment did not sufficiently appreciate or accommodate some aspect of English law, it might decline to follow the judgment.”

Enligt högsta domstolen utgjorde kammardomen i *Al-Khawaja* ett sådant fall. EMD:s stora

8 I *Pretty mot Förenade kungariket*, dom 29.4.2002, Reports 2002-II, var frågan huruvida man ur artikel 2 (rätt till liv) kan härleda någon rätt till dödshjälp. När EMD besvarade frågan nekande, kunde den stödja sig på House of Lords grundligt motiverade dom. I min dåvarande egenskap av ledamot av EMD deltog jag i handläggningen av detta mål.

9 Muntliga förhandlingar ordnas mycket sällan av domstolens kammare, men däremot i regel av stora kammaren i de fåtaliga mål som uppstas där. I fallet *Al-Khawaja* höll också stora kammaren enligt sin normala praxis en muntlig förhandling, d.v.s. man höll två förhandlingar i målet i Strasbourg.

10 Lord Hoffman: ”Universality of Human Rights”, Judicial Studies Board Annual Lecture 19.3.2009. Det må nämnas att Lord Hoffmann inte är den enda högt uppsatta domaren som kritiserar Strasbourgdomstolen. I december förra året ägnade Financial Times ämnet en ledarartikel: ”Judiciary is right to take on Strasbourg: Britain’s judges say European court needs containing” (Financial Times, Friday December 6, 2013).

kammare fikk i sin tur tillfälle att ompröva kammarens dom efter att den brittiska regeringens begäran om att målet skulle hänskjutas till stora kammaren hade bifallits. Stora kammaren gav i klaganden *Al-Khawaja*s fall en friande dom (d.v.s. icke-kränkning) och justerade samtidigt domstolens linje i vissa bevisfrågor.

EMD:s dåvarande brittiska domare (senare president), sir Nicolas Bratza, som i egenskap av kammarens ”nationella” ledamot hade varit med om att fastställa att en kränkning ägt rum, ändrade sig, följde stora kammarens majoritet och tillade att fallet *Al-Khawaja* är ett bra exempel på dialogen mellan EMD och nationella domstolar:

”The present case affords, to my mind, a good example of the judicial dialogue between national courts and the European Court in the application of the Convention...”¹¹

Österrike

Österrike skiljer sig såtillvida från Storbritannien, där konventionen inkorporerades för mindre än 15 år sedan, att konventionen från början har varit en del av nationell österriksk rätt. Eftersom konventionen till och med hierarkiskt hänförs till författningsrätten,¹² spelar särskilt landets författningsdomstol (*Verfassungsgerichtshof*) en central roll i tillämpningen av den.

Trots de ovan nämnda skillnaderna finns det viktiga likheter mellan Storbritanniens högsta domstol och Österrikes författningsdomstol såvitt gäller förhållandet till EMD. *Verfassungsgerichtshof* är också ett exempel på en högsta domstol som å ena sida fäster stor uppmärksamhet vid EMD:s rättspraxis, men å andra sidan inte tvekar att ställa sig kritisk till denna praxis, om den anser anledning till kritik föreligga. Detta hände i december 2011, då författningsdomstolen i ett planlägningsärende avslag begäran om muntlig förhandling, trots att EMD i *Kugler mot Österrike*¹³ under likadana omständigheter hade ansett att författningsdomstolens vägran att hålla muntlig förhandling hade kränkt artikel 6. I målet *Kugler* anförde EMD:s kammare att eftersom författningsdomstolen var den enda domstol som kunde pröva frågan om byggnadsplanens laglighet, borde muntlig förhandling ha hållits i författningsdomstolen. I sitt beslut från december 2011 noterade *Verfassungsgerichtshof* likheterna mellan det ifrågavarande ärendet och *Kugler*-fallet samt att den fällande domen i sistnämnda ärende till väsentlig del hade baserats på Strasbourgdomstolens tolkning av den österrikska rätten, men tillade i samma andetag att denna tolkning inte var korrekt: ”Diese Auffassung entspricht aber nicht der österreichischen Verfassungsrechtslage.”¹⁴

Författningsdomstolens vägran att följa EMD:s kammardom ledde inte till någon sådan omedelbar dialog som i fallet *Al-Khawaja*, eftersom *Kugler*-målet inte togs till omprövning i stora kammaren. Jag återkommer till detta.

Först är det dock skäl att nämna att Österrikes författningsdomstol inte bara ”korrigerat” EMD:s felaktiga tolkningar av österriksk rätt, utan i vissa fall också förhållit sig reserverat till det sätt på vilket EMD tillämpat konventionen på österrikska förhållanden,

11 *Al-Khawaja and Tahery mot Förenade kungariket*, dom 15.12.2011, Reports 2011, Concurring Opinion of Judge Bratza.

12 Se Christoph Grabenwarter: Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage, Verlag H.C. Beck, 2009, s. 15-16.

13 Dom (kammare) 14.10.2010. Begäran om hänskjutande av målet till stora kammaren avslags av stora kammarens panel 11.4.2011.

14 Författningsdomstolens avgörande 13.12.2011, B883/10, punkt 7.3.

även om det inte rått några meningsskiljaktigheter om innehållet i den inhemska rätten. Det bästa exemplet gäller *ne bis in idem*-principen, som före *Zolotukhin*-domen (2009) väsentligen utvecklades genom en dialog mellan EMD och Österrikes författningsdomstol.

Hos oss visar sig *ne bis in idem*-problematiken särskilt i samband med frågan huruvida administrativa skattepåföljder och straffrättsliga sanktioner för samma beteende är förenligt med principen. I Österrike har det typiskt varit fråga om trafikbrott och/eller -föreseelser som lett både till straffprocess och administrativa sanktioner. Fallet *Gradinger mot Österrike*¹⁵ (1995) utgjorde ett slags utgångspunkt för den ovan nämnda dialogen mellan EMD och författningsdomstolen. Klaganden hade dömts för dödsvällande i allmän domstol och rattfylleri i administrativt förfarande. EMD konstaterade visserligen att de tillämpade bestämmelserna skiljde sig från varandra i fråga om både syfte och benämning, men ansåg att Österrike ändå gjort sig skyldigt till en kränkning av artikel 4 i konventionens 7:e tilläggsprotokoll, eftersom bägge straffen grundade sig på samma beteende ("were based on the same conduct").

Den österrikiska författningsdomstolen följde dock inte EMD:s linjedragning till hundra procent utan anpassade sig endast med vissa förbehåll till Strasbourgdomstolens tolkning. Den ansåg nämligen – när den igen konfronterades med problemet – att dubbel bestraffning är förbjudet bara om båda gärningarna innehåller samma "väsentliga element" i sina brottsrekvisit, så att administrativa sanktioner för rattfylleri är möjliga om berusningstillståndet inte varit ett element som spelat en roll i en tidigare dom för ett trafikbrott. EMD accepterade författningsdomstolens resonemang t.ex. i fallen *Franz Fischer mot Österrike* och *Bachmaier mot Österrike*. I det förstnämnda fallet konstaterades visserligen en kränkning, men till skillnad från *Gradinger*-fallet inte på den grunden att sanktionerna grundade sig på samma beteende, utan därför att båda gärningar innehöll samma väsentliga element - "essential elements".¹⁶

Genom denna tolkning bekräftade domstolen bland annat att det inte nödvändigtvis strider mot tilläggsprotokollet att dels i administrativt förfarande påföra skatteförhöjning eller skattetillägg med anledning av att en skattskyldig har försummat att deklarerat inkomster och senare göra samma försummelse till föremål för straffprocess, eftersom brottsrekvisitens väsentliga element, särskilt såvitt gäller uppsåt, kan skilja sig från varandra.

Tolkningen ändrades sedan i början av år 2009 i fallet *Zolotukhin mot Ryssland*. Ändringen kom något överraskande med hänsyn till att rättsläget i vissa viktiga hänseenden verkade vara tämligen väletablerat och också därför att faktaläget och den tillämpliga nationella lagstiftningen i *Zolotukhin*-fallet inte hade särskilt mycket att göra med t.ex. de fall som gällt Österrike. Hur som helst, EMD:s stora kammare ansåg att det fanns behov att klargöra särskilt tolkningen av vad som avses med "samma brott" och tyckte att det avgörande inte borde vara "väsentliga element", d.v.s. brottsrekvisitet, utan huruvida båda straffen härrör från identiska fakta eller fakta som i allt väsentligt är desamma. På sätt och vis återvände man till *Gradinger*, d.v.s. till att man inte får bestraffa någon dubbelt för samma beteende.

Till skillnad från den utveckling som började med *Gradinger*-domen kunde den österrikiska författningsdomstolen inte alls påverka denna nya vändning. Domstolen försökte inte dölja sin irritation. På sommaren 2009, några månader efter *Zolotukhin*-domen, tog den ställning till det nya prejudikatet från Strasbourg och till hur detta påverkade rättsläget i Österrike i samband med trafikföreseelser som kunde vara föremål för både straffprocess och

15 Dom 23.10.1995, A 328-C.

16 Dom 29.5.2001, punkt 31. Att EMD medvetet godkände författningsdomstolens linjedragning bekräftas av beslutet i fallet *Bachmaier mot Österrike* av 2.9.2004.

administrativt saksbehandlingsforfarande.¹⁷ Wiendomstolen ar oppet kritisk mot EMD och accepterar egentligen bara Strasbourg-kollegernas resonemang i den man som dessa framhaver vikten av rattssakerhet och rattsutveklings forutsebarhet. ("Der Verfassungsgericht folgt dabei insbesondere der Einschätzung des EGMR, dass eine Kontinuität in der Rechtsprechung im Interesse der Rechtssicherheit, der Vorsehbarkeit und der Gleichheit vor dem Gesetz gelegen ist."). Wiendomstolen fortsatter med att konstatera att den nog tar hansyn till EMD:s rattspraxis, men preciserar att den beaktar denna praxis i sin helhet sadan den utveklats mellan 1995 (jfr. *Gradinger*) och *Zolotukhin*-domen, i stallet for att lata sig vagledas enbart av den sistnamnda domen. I det konkreta fallet ledde detta till slutsatsen att dobbel bestraffning for trafikforseelser var tillaten under samma forutsattningar som tidigare.¹⁸

Den osterrikiska forfattningsdomstolens beredskap att lattare an vad som typiskt torde vara fallet med de hogsta nordiska domstolarna ifragasatta EMD:s slutsatser forklarar sannolikt delvis av dess sarskilda konstitutionella roll som overvakare av mensklige och grundleggande rattigheter, en roll som i manga hanseenden pa minner om EMD:s. Samma synpunkter galler ogsa den tyska forfattningsdomstolen.

Tyskland

Den tyska forfattningsdomstolen ar en mycket inflytelsesrik aktor i det europeiske domstolsfaltet. Det ar allmant kant att utveklingen av de grundleggande rattigheterna i EU-ratten (tidigare EG- eller gemenskapsratten) till vasentlig del kan tillskrivas den dialog som agt rum mellan *Bundesverfassungsgericht* och EG-domstolen.¹⁹ Forfattningsdomstolen har ogsa med menniskorattsdomstolen fort en dialog som i vissa hanseenden pa minner om den diskussion som agt rum mellom Karlsruhe og Luxemburg. Ett slags oppningsanforande for de senaste arens dialog holdes av forfattningsdomstolens – redan da – tidligere president Ernst Benda, som i en artikkel ar 2002 pa ett sarkastisk satt kommenterte ett par kammardomar i vilke EMD bl. a. hade ansett att konventionen hade kranks pa den grunden at en tysk domstol i ett fall inte muntligen hort ett litet barn.²⁰ Benda slutade sin artikkel med att uttrykke en onskan om at EMD inte skulle fororsake mera osakerhet for de nasjonelle substansdomstolarna ("Fachgerichte") utan lata dem skota sitt arbete.²¹

Aven om de av Benda mest kritiserede avgorendene sedan togs till stora kammaren og andrades pa viktige punkter, forverkligades ikke onskan om arbeidsro. Ett par ar senere gav EMD (en kammare) domen i det barnrattslige malet *Görgülü mot Tyskland*.²² Det var bl.a. fra ga om en fars omgangesrett till sin utomaktenskaplige son. Mera oppmarksamhet an at en kranksing av artikkel 8 faststilledes pa den grunden at fadern vagrades omgangesrett av en tysk domstol vakte den "verkstillighetsorder" som EMD inkluderte i sin dom. EMD anforde

17 VfGH 2.7.2009, B 559/08. Domen i *Sergey Zolotukhin mot Ryssland* hade meddelats 10.2.2009 (Reports 2009).

18 Se Claudia Fuchs: "Ne bis in idem: Korrespondenzen zwischen Strassburg und Wien", *Öffentliches Recht, Jahrbuch* 2010, s. 181, sarskilt s. 188.

19 Om menniskorattskonventionens stilling i tysk rett, se Grabenwarter, op. cit. (fn. 12), s. 18–21.

20 Ernst Benda, "Verkehrtes zum Verkehrsrecht – Anmerkungen zu den EGMR -Urteilen Sommerfeld, Elsholz og Sahin gegen die Bundesrepublik Deutschland", *EuGRZ* 2002, s. 1. I bade *Sahin* og *Sommerfeld* avkunnades kammardomar 11.10.2001, stora kammarens domar 8.7.2003, Reports 2003-VIII. Jag deltog i kammaren, dar jag og en kollega anmeldte avvikende mening.

21 "Der Gerechtigkeit würde ein grosserer Verdienst erwiesen, wenn man die Fachgerichte nicht verunsichern würde, sondern sie ihre Arbeit tun liesse." Benda, s. 3.

22 Dom 26.2.2004, Reports 2004-II. Se t. ex. J. Meyer Ladewig og H. Petzold, "Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR – Neues aus Strassburg og Karlsruhe", *Neue Juristische Wochenschrift* 1–2/2005, s. 15–20.

nämligen att trots den vida prövningrätt som de fördragsslutande parterna hade i valet av de åtgärder som de skriker till för att fullfölja sina förpliktelser enligt artikel 46²³, förutsatte artikel 46 åtminstone att fadern bereds möjlighet att träffa barnet ("In the case at hand this means to make it possible for the applicant to at least have access to his child."). Dock vägrade den behöriga tyska domstolen även efter EMD:s dom att utfärda ett sådant föreläggande. Inte heller författningsdomstolen, som måste ta ställning till frågan, krävde att umgängesrätten absolut skulle verkställas, men förutsatte att substansdomstolen "beaktar"/"tar i betraktande" EMD:s dom. Detta ledde till en diskussion mellan författningsdomstolens president och EMD:s president i tyska medier. Från EMD:s sida uttrycktes oro över att författningsdomstolen gett ett dåligt exempel för de nya medlemsstaternas motsvarande domstolar: EMD:s domar är inte strikt bindande utan det räcker att man "beaktar" ("berücksichtigt") dem.

Ingendera sidan förskansade sig i sina ställningar. De avgöranden som Benda hade kritiserat kraftigast hänsköts på tyska regeringens begäran till stora kammaren, som också ändrade dem i viktiga hänseenden. I fallet *Görgülü* bestämde författningsdomstolen att målet skulle behandlas av en annan domstol än den ursprungliga. Visserligen krävde författningsdomstolen inte heller nu att umgängesrätten ovillkorligen skulle verkställas, men betonade att de nationella domstolarnas skyldighet att ta i betraktande EMD:s domar inte ger dem obegränsad prövningrätt.

Författningsdomstolens beredvillighet att vara konsilient gentemot EMD, även efter alla de spänningar som *Görgülü*-episoden hade skapat, framgick av ett viktigt beslut år 2009 (BverfG, 2 BvR 2365/09), som hade koppling särskilt till EMD:s dom i målet *M mot Tyskland* (2009)²⁴. Strasbourgdomstolen hade ansett att *Sicherheitsverwahrung*, eller säkerhetsförvaring av farliga brottslingar, d.v.s. frihetsberövande efter avtjänat fängelsestraff, i vissa hänseenden stred mot konventionens artiklar 5 och 7. Detta ledde till en viktig ändring av grundlagstolkningen. Författningsdomstolen hade nämligen i ett avgörande från 2004 ansett *Sicherheitsverwahrung* förenlig med grundlagen. Nu tyckte författningsdomstolen dock att grundlagens bestämmelser efter EMD:s prejudikat måste tolkas på ett folkrättsvänligt sätt ("völkerrechtsfreundlich"), vilket betydde att säkerhetsförvaringen numera måste anses strida mot grundlagen på samma grunder som EMD hade konstaterat en kränkning av konventionen föreligga.

Tyska författningsdomstolen skulle dock inte vara den domstol som den är om den, när den anpassar sig till europeisk rättspraxis, inte skulle tillfoga förbehåll och antydningar om var gränsen går för dess anpassningsförmåga. Ett slags "solange"-förbehåll riktat till Strasbourg kan man skönja i författningsdomstolens konstaterande att gränsen kan gå vid situationer i vilka ett förstärkande av ett rättssubjekts rättigheter kan betyda en försvagning av en annans rättigheter, d.v.s. i "flerpolära" rättsförhållanden där den nationella domstolen måste ha större frihet att göra en avvägning mellan konkurrerande intressen. Författningsdomstolen resonerade på följande sätt:

"Grenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ergeben sich aus dem Grundgesetz. Sie darf zunächst nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz nach dem Grundgesetz eingeschränkt wird.... Dieses Rezeptionshemmniss kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen relevant werden, in denen das 'Mehr' an Freiheit für den einen der Grundrechtsträger zugleich

23 Artikel 46(1): "De höga fördragsslutande parterna förbinder sig att rätta sig efter domstolens slutgiltiga dom i varje mål där de är parter."

24 Dom 17.12.2009, Reports 2009.

ein 'Weniger' für einen anderen bedeutet. Die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung enden dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint."

Man kan anta att i bakgrunden till detta stycke finns bl.a. EMD:s kammardom i målet *von Hannover mot Tyskland* från 2004²⁵, ett särskilt i Tyskland mycket omdiskuterat fall. Tyskland hade kränkt prinsessan Carolines rätt till privatliv genom att systemet inte skyddade henne mot störande fotografering. I början av 2012 gav EMD, denna gång i stor sammansättning, sin dom i *von Hannover mot Tyskland (No. 2)*²⁶, nu till yttrandefrihetens förmån såtillvida att prinsessan Carolines klagomål om publiceringen av vissa fotografier avslogs. Ur dialogsynpunkt viktigare än detta resultat är dock att människorettsdomstolen sammanfattar de principer som tillämpas i situationer där det krävs en avvägning av konkurrerande rättigheter i ett flerpolärt rättsförhållande på ett sätt som tydligt närmar sig de tyska domstolarnas betraktelsesätt.²⁷ EMD tar som utgångspunkt att de konkurrerande rättigheterna har samma värde, oberoende av vem som oppträder som klagande i Strasbourg, och betonar den nationella beslutfattarens centrala roll. Om denna domstol har gjort en noggrann avvägning och följt de principer som utvecklats i EMD:s rättspraxis, ingriper sistnämnda domstol bara av "vägande skäl".²⁸ Sådana fanns inte i det senare *von Hannover* -fallet och inte heller i fallet *von Hannover (No. 3)*, i vilket domen avkunnades 19.9.2013. I och med att denna dom blev slutgiltig 17.2.2014, då stora kammarens utskott vägrade ta den till omprövning, avslutades denna dialog, åtminstone i detta skede på ett sätt som i princip torde vara tillfredsställande ur författningsdomstolens synvinkel.²⁹

Schweiz

EMD:s kammare meddelade 8.1.2009 dom i målet *Schlumpf mot Schweiz*. Det bakomliggande problemet gällde ett försäkringsbolags skyldighet att betala ersättning för en könsbytesoperation. Människorättsdomstolen fastställde att en kränkning av artikel 6 skett bl. a. på grund av avsaknaden av muntlig förhandling inför en nationell domstol. Den fastställde vidare att även en kränkning av artikel 8 skett, då den federala försäkringsdomstolen hade avslagit yrkandet på ersättning därför att en tvåårig observationsperiod före operationen förutsattes. Klaganden hade inte varit villig att iakttä en sådan period. EMD ansåg att kravet på en två år lång observationsperiod hade tillämpats alltför mekaniskt och därtill utan stöd i lagen. Klaganden hade fått stå för kostnaderna för könsbytet, som hon alltså undergick, och som det i sig inte varit fråga om inför EMD.

25 Dom 24.6.2004, Reports 2004-VI.

26 Dom 7.2.2012, Reports 2012. Till skillnad från t.ex. Al-Khawaja målet gick detta mål till stora kammaren inte genom det interna "besvärsförfarande" som regleras i artikel 43 utan kammaren hänsköt i enlighet med artikel 30 frivilligt målet till stora kammaren (och alltså utan att själv först meddela dom).

27 Till dessa hör i detta sammanhang jämte författningsdomstolen också förbundsdomstolen, den högsta allmänna domstolen. Ett viktigt inlägg (utöver ovan nämnda säkerhetsförvaringsbeslut) från tyska sidan i den diskussion som kulminerade i EMD:s dom i det andra *von Hannover*-fallet utgjorde författningsdomstolens avgörande 26.2.2008 (BVerfG, 1 BvR 1602/07) som gällde ett bl. a. av prinsessan Caroline anhängiggjort mål.

28 *Se von Hannover (No. 2)*, punkterna 106–107. Som ett färskt exempel på tillämpningen av detta prejudikat, se *Lil-lo-Stenberg and Sæther mot Norge*, dom 16.1.2014.

29 "I princip" därför att EMD:s färdighet att själv tillämpa de principer som den proklamerade i *von Hannover (No. 2)* kan ifrågasättas i ljuset av fallet *Axel Springer Verlag mot Tyskland*, en storkammardom av samma datum (7.2.2012), i vilken EMD å ena sidan åberopade samma allmänna principer som i *von Hannover (No. 2)* men å andra sidan inte verkar respektera dessa principer, utan gör en självständig avvägning mellan privatlivet och yttrandefriheten i stället för att inskränka sig till att bara av "vägande skäl" ingripa i de nationella domstolarnas avvägning. EMD fastställde en kränkning av artikel 10 med motiveringar som kritiserades skarpt av en minoritet på fem domare.

Den fällande domen, såvitt gällde artikel 8, meddelades efter omröstning (5–2). Den schweiziska regeringen begärde 8.4.2009 att målet skulle tas upp för ny behandling i stora kammaren. Begäran avslogs 5.6.2009. Kammardomen blev alltså slutlig utan att det gavs möjlighet till en sådan dialog som med anledning av målet *Al-Khawaja*.

Schweiz högsta domstol, förbundsdomstolen (*Bundesgericht/ Tribunal fédéral*), fick dock efteråt tillfälle – blev egentligen tvungen – att ta ställning till kammarens dom. Enligt schweizisk rätt kan nämligen EMD:s slutliga dom tjäna som grund för extraordinärt ändringsökande och upphävande av en lagakraftvunnen inhemsk dom. Schlumpf ansökte hos förbundsdomstolen om att den federala försäkringsdomstolens dom från 2005, med vilken ersättningsansökan hade avslagits, skulle upphävas. *Bundesgericht*³⁰ godkände ansökan, hörde klaganden personligen och ansåg att den konventionsstridighet som föranletts av avsaknaden av muntlig förhandling därigenom korrigerades.

I fråga om kränkningen av artikel 8 riktade förbundsdomstolen skarp kritik mot EMD och accepterade särskilt inte konklusionen att kravet på en tvåårig observationstid saknade laga grund i schweizisk rätt och att kravet skulle ha tillämpats mekaniskt.³¹ Domstolen betonade ändå att den måste korrigera en av EMD fastställd konventionskränkning även om den inte var övertygad av EMD:s motiveringar.³² Ett pikant tillägg till förbundsdomstolens kritiska dom utgörs av konstatandet att EMD enligt Lausannedomstolen uppenbart felaktigt hade ansett att klaganden Schlumpf inte alls hade yrkat på ersättning för materiell skada inför EMD.³³ Också detta fel – begått av EMD – måste korrigeras i revisionsförfarandet.³⁴ Saken återförvisades till den behöriga försäkringsdomstolen för ny behandling. Fallet fick alltså sin fortsättning på nationell nivå, men dialogen mellan denna nivå och EMD stannade halvvägs och sistnämnda domstol fick inte ta ställning till förbundsdomstolens kritik, enligt vilken EMD misstänktes ha gjort sig skyldig till en kompetensöverskridning.³⁵

3. Slutsatser om dialogens förutsättningar

De presenterade exemplen visar att det pågår en dialog mellan EMD och de högsta nationella domstolarna i flera länder, men att den inte alltid slutförs. För att dialogen ska vara fruktbar, krävs ömsesidig beredvillighet att acceptera kritik och låta sig påverkas av den. Framställningen torde också visa att dessa förutsättningar i princip är för handen inte bara i fråga om nationella domstolar, utan också i fråga om EMD. Domstolen accepterar att dess verksamhet kan ge anledning till legitim kritik, något som illustreras av vad sir *Nicolas Bratza* sade kort efter han hade valts till EMD:s president. Sir Nicolas anförde bl. a. följande om denna dialog:

30 Urteil der II. Sozialrechtlichen Abteilung i S. Schlumpf gegen SWICA Krankenversicherung AG (Revisionsgesuch) 9F_9/2009 vom 15. September 2009.

31 Se förbundsdomstolens dom, 7.3.3.2 och 8.3.

32 "Bundesgericht hat die im EGMR-Urteil vom 8. Januar 2009 festgestellten Konventionsverletzungen nach Massgabe von Art. 46 EMRK und Art. 122 BGG auch dann zu beseitigen, wenn es von der Richtigkeit der Herleitung und Begründung durch den EGMR nicht überzeugt ist." (7.3.4.)

33 EMD:s dom, punkt 120: "La requérante ne fait pas valoir un dommage matériel..."

34 Förbundsdomstolens dom 7.1.

35 Förbundsdomstolen frågade sig om inte EMD överskridit sin behörighet i fråga om tolkningen av nationell rätt när den ansett att det ovan nämnda kravet på en observationsperiod på två år saknade grund i nationell rätt. Sammanfattningen (Regeste) av förbundsdomstolens avgörande innehåller en hänvisning till EMD:s kompetensgränser som en av de centrala frågorna i målet. ("Grenzen der Rechtsprechungszuständigkeit des EGMR.")

"I believe that it is right and healthy that national courts should continue to feel free to criticise Strasbourg judgments where those judgments have applied principles which are unclear or inconsistent or where they have misunderstood national law or practices. But I also believe that it is important that the superior national court should, as Lord Phillips put it in the *Horncastle* judgment, on the rare occasions when they have concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of the domestic process, decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course."³⁶

Kritik är med andra ord välkommen, men den borde förses med motiveringar, d.v.s. vara konstruktiv.

Vad sir Nicolas konkret oppfattade som en god dialog framgår av hans ovan relaterade särskilda mening i målet *Al-Khawaja*, där Storbritanniens högsta domstol lyckades förmå EMD:s stora kammare att ändra kammarens enhälliga dom. Detta mål, som involverade olika nationella domstolar och två rättskipningsnivåer inom EMD, karakteriserades av den brittiska domaren som ett bra exempel ("a good example") på en dialog mellan EMD och de nationella domstolarna.

Händelseforløppet var utan tvivel ett gott exempel, om man med "good example" avser hur dialogen i ett idealfall borde löpa. Detta torde sir Nicolas också ha avsett. Ur den nationella domstolens synvinkel var dialogen tillfredsställande med hänsyn till att *Supreme Court* fick möjlighet att försöka övertyga stora kammaren om att kammarens dom måste ändras – och lyckades med detta. Sir Nicolas "concurring opinion" visar att dialogen också ur EMD:s synvinkel ledde till ett positivt resultat, i och med att en kammardom som inte omfattades av stora kammaren – och inte heller längre av kammarens brittiska domare – inte blev slutlig.

Al-Khawaja -målet var däremot knappast ett gott exempel i den meningen att det skulle ha varit ett "typexempel". Att landets högsta domstol får möjlighet att ta ställning till kammarens dom på samma sätt som *Supreme Court* i *Al-Khawaja*, sker inte automatiskt. Än mera sällsynt är det att ställningstagandet görs på ett av EMD:s två officiella språk och därtill med "flankstöd" från en högt uppskattad "utomstående" domarpersonlighet. Det fanns alltså flera mer eller mindre slumpmässiga omständigheter som sannolikt gjorde att den högsta domstolens kritik kunde ha särskild genomslagskraft.

I exemplet med Tysklands författningsdomstol finns både likheter med och skillnader till det som hände i förhållandet mellan EMD och Storbritanniens *Supreme Court*. Om man ser på det som hände i anslutning till prinsessan Carolines ärenden, kan man säga att det uppstod en fruktbar dialog med EMD, men att det tog mycket längre tid än i fallet *Al-Khawaja*, tio år från kammardomen år 2004 till den dom (*von Hannover (No. 3)*) som blev slutlig i februari 2014. Den första kammardomen gick aldrig till stora kammaren. Det det var till stor del prinsessans vilja att anhängiggöra nya rättegångar i Tyskland för att skydda sitt privatliv som gjorde att författningsdomstolen fick möjlighet att omvärdera saken i ljuset av den första *von Hannover*-domen och att saken också kom till prövning i EMD:s stora kammare.

Att det blev en viktig storkammardom, *von Hannover (No. 2)*, som sammanfattar de principer som tillämpas i flerpolära rättsförhållanden, särskilt såvitt gäller avvägningen mellan rättigheter garanterade av artiklarna 8 och 10, berodde inte bara på prinsessan Carolines aktivitet, utan också på det faktum att författningsdomstolen å ena sidan accepterade vissa synpunkter som EMD framfört i den första *von Hannover* -domen, men å andra sidan inte gjorde detta förbehållslöst, utan i viss likhet med det som Österrikes författningsdomstol

36 Sir Nicolas Bratza, "The Relationship between the UK Courts and Strasbourg", EHRLR 2011, 505–512.

gjorde beträffande *ne bis in idem* under pre-Zolotukhin-perioden, stod fast vid sin tidigare grundhållning och påverkade EMD, så att påverkan blev ömsesidig.

Dialogen mellan den tyska författningsdomstolen och EMD visar att en konstruktivt kritisk attityd gentemot EMD kan bidra till en genuin dialog bättre än förbehållslös underkastelse. De nationella domstolarna måste beakta EMD:s rättspraxis. Det kan också vara motiverat att gå längre än denna praxis entydigt föreskriver, om en sådan progressiv tolkning också verkar vara motiverad ur den nationella rättspolitiska synvinkeln. Däremot tycker jag att det är problematiskt att tolka konventionen på ett mera långtgående sätt än EMD tillsvidare har gjort bara för att försäkra sig om att det inte blir en fällande dom i Strasbourg. Att systematiskt operera med en sådan ”säkerhetskorridor” kan leda till en utveckling som varken är nödvändig eller önskvärd från rättspolitisk synpunkt och samtidigt snedvrider den bild som Strasbourgdomstolen har av den nationella rätten och de nationella värderingarna.³⁷ Det är viktigt att känna EMD:s rättspraxis, men om denna inte ger ett klart svar på en fråga, är det inte alltid påkallat att försöka förutspå Strasbourgdomstolens möjliga reaktioner.

Därför ställer jag mig något tveksamt till det sätt på vilket Sveriges högsta domstol i Åke Green -målet (NJA 2005, s. 805) i en i och för sig välmotiverad dom verkar tillmäta avgörande betydelse sin prognos att EMD skulle fastställa en konventionskränkning om inte domen mot Gren för hets mot folkgrupp upphävs. Mycket beror dock på omständigheterna. År 2005 kunde man fråga sig om inte den norska Høyesterettens praxis i fråga om *ne bis in idem* -principen utgjorde ”overoppfyllelse” av konventionskraven,³⁸ medan man i dag efterklokkt kan hävda att domstolen egentligen visade stor framsynthet mot bakgrund av stora kammarens senare dom i målet *Zolotukhin*.

Också i målen *Al-Khawaja* och i *von Hannover* deltog EMD:s största rättskipnings sammansättning, stora kammaren, i förberedandet, som i dessa fall slutade på ett tillfredsställande sätt såtillvida att de nationella domstolarnas synpunkter hördes och EMD:s domar innebar ett viktigt förtydligande av rättspraxis. Exempelen har dock visat att det kan bero på slumpmässiga omständigheter huruvida ett ärende överhuvudtaget kommer till stora kammaren. Stora kammarens sammansättning är inte avsedd att vara ett forum för systematisk dialog och dess nuvarande kapacitet tillåter inte heller en sådan roll. EMD:s stora kammare gav 13 domar år 2013. När man tar hänsyn till att det totala antalet domar översteg 3 600, förstår man lätt att stora kammaren endast sporadiskt kan tjäna som forum för dialog.³⁹ Dess roll ligger i att utveckla europeisk rättspraxis genom ledande principdomar. Då och då uppstår i detta sammanhang en fruktbar dialog som en biprodukt, men oftare torde det hända att även mål som ur dialogsynpunkt skulle förtjäna att bli behandlade av stora kammaren inte blir det. I t.ex. fallet *Schlumpf mot Schweiz* bifölls inte regeringens begäran om hänskjutande av kammarens dom till stora kammaren, och den schweiziska förbundsdomstolen fick nöja sig med att framföra sin kritik mot kammardomen efteråt och utan att det uppstod någon egentlig dialog mellan förbundsdomstolen och EMD. Klagomål mot de nordiska länderna kommer sällan till stora kammaren.⁴⁰

37 Om domstolarna i alla eller de flesta medlemsländerna gick in på en linje av mycket dynamisk tolkning av konventionen, skulle man – för att citera Tolle Stabell, ”på et vis sette vognen foran hesten, i stedet for bak. Ja, man ville sette flere vogner foran den ene hesten.” Stabell, op. cit. (fn. 1), s. 378.

38 Se Stabell, op. cit. (fn. 1), s. 380.

39 År 2013 gav stora kammaren 13 domar. Sammanlagt 93 397 klagomål avgjordes med slutligt avgörande (3 659 domar och 89 737 beslut).

40 T.ex. efter kammardomen i fallet *Kjartan Asmundsson mot Island*, dom av 12.10.2004, Reports 2004-IX (om invalidpensionslagstiftning) begärde den isländska regeringen att målet hänskjuts till stora kammaren men begäran avlogs

Att utöka stora kammarens kapacitet så att den skulle ge t.ex. 50 domar årligen torde inte vara ett sätt att möjliggöra en dialog i större omfattning. Domarnas kvalitet skulle snart äventyras. Jag tycker att det är viktigare att ha väl förberedda, högklassiga principdomar, även att antalet blir begränsat. Bortsett från stora kammarens roll i ett eventuellt förfarande med rådgivande yttranden, som behandlas nedan, ser jag inte någon realistisk möjlighet att väsentligen ändra dess roll från den nuvarande (om inte hela systemet ändras ganska radikalt).

En annan sak är att stora kammarens nuvarande roll även utan radikala ändringar sannolikt kunde utvecklas. Bland de fåtaliga domar som stora kammaren meddelar brukar det finnas sådana principavgöranden som är avsedda att ha betydelse också i vidare sammanhang och inte bara för ett enskilt medlemsland. Fallet *Zolotukhin mot Ryssland*, som diskuterades i samband med Österrike, är ett exempel. EMD:s stora kammare betonade att dess rättspraxis i frågan om *ne bis in idem* hade varit otydlig och sade sig vara nödd att ge en allmängiltig definition särskilt av vad som menas med "samma" brott (*idem*).

Som redan framgått, verkar domen ha kommit som en överraskning för t.ex. den österrikiska förfättningsdomstolen. Den österrikiska regeringen kunde ha begärt möjlighet att intervensera i enlighet med artikel 36 i konventionen, men man kan lätt förstå att den inte kom på tanken i ett mål som verkade ha mycket litet gemensamt med den österrikiska vägtrafiklagstiftningen. Kanske ännu mindre tycktes de bakomliggande omständigheterna i *Zolotukhin*-fallet ha gemensamt med de sofistikerade nordiska skattesystemen, vilket åtminstone delvis förklarar varför domen skapade viss förvirring också på våra breddgrader. Enligt den rättspraxis som utvecklats före *Zolotukhin* var en kombination av ett skattetillägg (Sverige)/skattechöjning (Finland) och straffrättsliga sanktioner i princip förenlig med *ne bis in idem*-principen, men stora kammarens dom från 2009 ändrade allt detta utan förvarning.

Även om det kan låta efterklott, tycker jag att det i ett mål som *Zolotukhin* skulle ha varit bra om EMD hade fäst de fördragsslutande staternas uppmärksamhet vid sin avsikt att ge ett prejudikat med potentiella konsekvenser för flera stater. Möjligheten att reagera skulle inte bara göra det lättare att acceptera stora kammarens dom även i fall där intervenienterna inte har påverkat domens innehåll, utan det är också tänkbart att inlägg ur olika nationella synvinklar kunde hjälpa EMD att bättre förverkliga sitt syfte att förtydliga rättspraxis. I *Zolotukhin* definierade EMD (punkt 83) en aspekt av *ne bis in idem* på följande sätt:

"The guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 becomes relevant on commencement of a new prosecution, where a prior acquittal or conviction has already acquired the force of *res judicata*."

En sådan definition väcker omedelbart frågan om det verkligen är så att principen endast gäller under förutsättningen att det andra förfarandet inleds efter att det första har avslutats med *res judicata*-verkan och inte alls är tillämplig på parallella processer. I Finland och, såvitt jag förstår, också i Sverige skapade frågan en viss osäkerhet, som först fyra år efter *Zolotukhin*-domen klarnade genom avgöranden av de två ländernas respektive högsta domstolar, som

30.3.2005. Fallet diskuteras av Stabell, op.cit. (fn. 1), s. 372-373. Likaså avslogs (beslut av stora kammarens utskott 22.10.2012) begäran om hänskjutande till stora kammaren i *Lindheim m.fl. mot Norge*, dom av 12.6.2012. Samma hände med *X mot Finland*, dom 3.7.2012, Reports 2012. I denna dom fastställdes en kränkning av artikel 5 med motiveringar som Finlands högst förvaltningsdomstol ställde sig kritisk till i ett beslut som jag deltog i (KHO 2012:75). Det ser ut som om kammardomar i vilka förrätts omröstning har bättre chanser att bli tagna till omprövning. År 2012 togs t.ex. sju kammardomar till omprövning i stora kammaren. Av dessa hade bara en antagits enhälligt av kammaren.

inte väntade på ett förtydligande från EMD.⁴¹ Kanske kunde saken ha förtydligats i själva *Zolotukhin*-domen, om nationella synpunkter från system där *ne bis in idem*-problematiken presenterar sig i ett litet annat ljus än i Ryssland hade kanaliserats till processen innan EMD gav sin dom? Även om det är svårt att utveckla stora kammaren till ett forum för systematisk dialog, torde det med andra ord finnas vägar att se till att stora kammaren kan bidra till ett fruktbart meningsutbyte med den nationella nivån (eller de nationella nivåerna) - bättre än vad som skedde i *Zolotukhin*-målet.

Det är inte heller helt otänkbart att utveckla stora kammarens roll på annat sätt, något som man håller på att göra genom ett nytt protokoll, som behandlas nedan.

4. Rådgivande yttranden – ett sätt att förbättra dialogen?

Dialogens betydelse för en harmonisk utveckling av EMK:s tolkning erkänns allmänt, men bristerna i dialogens strukturer är uppenbara. Det är därför inte överraskande att man under årens lopp då och då har kastat fram idéer om något som påminner om det förfarande med förhandsavgöranden som finns i EU-rätten. Förhållandet mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna baserar sig ju väsentligen på en dialog, som sker genom att de nationella domstolarna begär förhandsavgöranden av Luxemburgdomstolen om EU-rättens tolkning (och giltighet).

Själv har jag förhållit mig något reserverat till att införa ett förfarande med förhandsbesked i människorättskonventionens system, särskilt om man syftar till att ersätta det nuvarande systemet med ett som följer EU:s exempel. Det finns trots allt fundamentala olikheter mellan EU:s rättssystem och konventionssystemet. Integrationens logik förutsätter enhetlig tolkning av EU-rätten, och i ett system där denna rätt och den nationella rätten på sätt och vis kompletterar och överlappar varandra, dock så att EU-rätten ska säkerställas företräde, utgör systemet med förhandsavgöranden ett lämpligt sätt att organisera ”arbetsfördelningen”. Förhandsavgörandena är en särskilt bra metod att garantera enhetlig tolkning av t.ex. direktiv av teknisk natur.

Konventionssystemet är baserat på gemensamma minimistandarder i stället för behovet av enhetlig tolkning. I praktiken leder rättsutvecklingen på många punkter till ett visst förenhetligande – vilket i sig inte är en dålig sak – men grundidén är att en medlemsstat i enlighet med subsidiaritetsprincipen tillämpar konventionens minimikrav inom en viss prövning marginal (”margin of appreciation”), som konventionen tillåter för beaktande av nationella särdrag. I detta system passar en internationell domstol som utövar efterhandskontroll bättre än att konventionens tolkning så att säga dikteras på förhand.

Att det existerande systemet kan leda till en fruktbar dialog visas t.ex. av domarna i *von Hannover*-målen. Den första *von Hannover*-domen från 2004 kritiserades i Tyskland bl.a. för att EMD ansågs ha behandlat ärendet som om det hade varit fråga om ett bipolärt rättsförhållande mellan prinsessan, som uppträdde som klagande i målet, och de nationella

⁴¹ Sveriges högsta domstol ansåg i ett plenumavgörande 11.6.2013 (Mål nr B 4946-12) att artikel 4 i tilläggsprotokollet tillämpas även på parallellt pågående förfaranden (69:”Det skydd mot nya åtal som följer av domens rättskraft skulle försvagas allvarligt om ett pågående förfarande inte gavs samma rättegångshindrande verkan som ett lagakraftvunnet avgörande.”). I Finland ändrade HD sin tidigare praxis baserad på en bokstavlig tolkning av *Zolotukhin*-domen, enligt vilken endast på varandra följande rättegångar omfattades av *ne bis in idem*-förbudet i ett avgörande 5.7.2013 (KKO 2013:59). HFD, som år 2011 (KHO 2011:41) omfattade samma linje som HD ursprungligen gjorde, har vid utgången av april 2014 ännu inte gett något avgörande som skulle klargöra om den tillämpar principen på samma sätt som landets HD enligt sin nyaste linjedragning har gjort. I början av maj 2014 fanns det i Strasbourg relevanta klagomål anhängiga åtminstone mot Finland, Island och Sverige. EMD meddelade 20.5.2014 fyra domar i finländska mål.

myndigheterna (särskilt domstolarna).⁴² Det var särskilt de nationella domstolarna (i synnerhet *Bundesverfassungsgericht*) som med sina inlägg bidrog till att EMD i *von Hannover (No. 2)* fäste större oppmærksamhet vid rättsförhållandenas flerpolära natur och klart fastställde att både de privata interesserna som skyddas av artikel 8 och de som omfattas av artikel 10 i princip har samma värde.⁴³ Vidare betonade domstolen att det i första hand är den nationella domstolens oppgift att väga de olika interesserna i målet mot varandra. Om den gör den i ljuset av de principer som utvecklats i EMD:s rättspraxis, behöver den sistnämnda domstolen ”strong reasons” för att själv gå in och göra en detaljerad avvægning. Jag tror att författningsdomstolens beredskap att å ena sidan ta hänsyn till EMD:s rättspraxis⁴⁴ och å andra sidan dess motvillighet att acceptera denna praxis utan några som helst förbehåll eller nyanser ledde till en mera genuin och fruktbar dialog än den som möjligen hade oppstått under helt fiktiva förhållanden där författningsdomstolen hade begärt ”förhandsavgörande” om hur EMD:s rättspraxis skulle tillämpas och tolkas i *von Hannover (No. 2)*. Utan författningsdomstolens eget diskussionsinlägg kunde svaret ha blitt att den måste tolkas på samma sätt och leda till samma resultat som i *von Hannover (No. 1)*. Även om författningsdomstolen i den fiktiva alternativvärlden på basis av den första *von Hannover*-domen hade försøkt orientera sig och ”gissa” EMD:s reaktion i det andra fallet, i syfte att försäkra sig om att det inte blir en fällande dom i Strasbourg, hade den kanskje kommit till slutsatsen att skillnaderna mellom de två fallen inte var så stora att en annorlunda slutsats hade varit berättigad.

Jag tror alltså att den dialog som oppstod blev bättre og genuinere än vad man skulle ha kunnat åstadkomma i en fiktiv värld med förhandsavgöranden. Dialogen ledde också till erkännandet att det i ett system baserat på subsidiaritetsprincippet i första hand måste være de nationella domstolarna som gör avvægningen mellom ulike interessene i flerpolære rättsförhållanden. Dette bekræfter ytterligere at EMK-systemet ikke kan baseres på muligheten at inhente forhandsavgöranden. Med hänsyn till att avvægningen mellom de ulike rettigheterna vanligvis är den knepigaste frågan i flerpolære rättsförhållanden og att EMD har anførtrott de nationella domstolarna oppgiften at gøre denna avvægning, skulle det være egendommeligt at førsätta at dessa først ska vända sig till EMD.

Ett system med förhandsavgöranden är enligt min mening alltså varken ett realistisk eller ens ett ønskvært alternativ till det nuværende systemet. Å andra sidan kan det tänkas at någøt som motsvarer forfarandet med forhandsavgöranden skulle kunne komplettere systemet og korrigere de brister – eller fylla de luckor – som finns i det. Som bekant håller man på at skapa ett sådant försiktigt tillegg till systemet i form av muligheten at få EMD:s rådgivende yttranden. Ett protokoll, protokoll nr. 16 om rådgivende yttranden har utarbejdet og oppnades

42 Wolfgang Hoffmann-Riem skrev 2006 (då han var ledamot av *Bundesverfassungsgericht*) at : ”Für den EGMR scheint bei einer Abwägungskontrolle, insbesondere einer in multipolaren Grundrechtsverhältnissen, immer noch eine Versuchung zu bestehen, die Prüfung letztlich anhand eines bipolaren Schemas vorzunehmen.” Hoffmann-Riem, ”Kontrollpflicht og Kontrollfolgen beim nationalen og europæischem Schutz von Freiheitsrechten in mehropoligen Rechtsverhältnissen”. EuGRZ 2006, s. 492, s. 497.

43 Punkt 106: ”In cases such as the present one, which require the right to respect for private life to be balanced against the right to freedom of expression, the Court considers that ... as a matter of principle these rights deserve equal respect...”. Dessa principer uttryktes for første gängen så här klart av store kammaren i *von Hannover (No.2)* (samt også samme dag i fallet *Axel Springer*; punkt 87).

44 Førfattningsdomstolen samt *Bundesgerichtshof* tog i de skeden som fulgte på den første *von Hannover*-domen hänsyn till EMD:s rättspraxis, någøt som noterades av EMD. Se t.ex. domen i *von Hannover (No. 3)*, punkt 47.

för ratificering 24.6.2013.⁴⁵ De högsta nationella domstolarna – och bara de⁴⁶ – får möjlighet – men åläggs ingen skyldighet att begära ett rådgivande yttrande om tolkningen av konventionen. Bara EMD:s stora kammare ska vara behörig att ge rådgivande yttranden av EMD om tolkningen av konventionen och, i viss likhet med domstolens interna ”besvärörförfarande”, utövar en kommitté (eller panel) bestående av fem ledamöter ”pre-screening” genom att avgöra om en begäran om rådgivande yttrande tas till prövning. Protokollet kommer alltså att innebära ett försiktigt steg. Detta är förnuftigt med hänsyn till att protokollet är avsett att komplettera det nuvarande systemet, inte ersätta det, och med tanke på att ett sådant ”implantat” kan medföra risk för vissa komplikationer. Systemets homogenitet kan äventyras av att inte alla fördragslutande stater ratificerar protokollet och att vissa högsta domstolar möjligen kommer att vara villigare än andra att använda denna nya möjlighet. Det är också klart att stora kammarens arbetsbörda inte får växa avsevärt genom det nya förfarandet.

Trots allt kan den förestående reformen komplettera det nuvarande systemet på ett meningsfullt sätt. Å ena sidan är möjligheten att inhämta rådgivande yttranden avsedd bara för ”principfrågor” beträffande tolkningen, vilka i och för sig inte fundamentalt skiljer sig från de ärenden som går till stora kammaren i enlighet med artikel 43 (begäran om omprövning). Å andra sidan betonas det i Explanatory Report att det förestående systemet har ett annat syfte än nämnda artikel och att detta måste beaktas: ”the different purposes of the procedure under this Protocol and that under Article 43, paragraph 2 will have to be taken into account.”⁴⁷ I enlighet med detta måste protokollet antas tillägga något, inte bara utgöra en ny kanal för att få stora kammarens ställningstagande i frågor som i och för sig redan kunde komma till stora kammaren med stöd av artikel 43 i konventionen. Fallet *Schlumpf*, som behandlades ovan, kunde möjligen tjäna som exempel. Den schweiziska förbundsdomstolen var ganska besviken över kammarens dom och kritiserade enligt min mening den på ett välmotiverat sätt. Det kan mycket väl tänkas att om protokollet hade varit i kraft för Schweiz vidkommande, hade förbundsdomstolen kunnat begära ett rådgivande yttrande om principfrågan beträffande den högsta nationella domstolens och EMD:s respektive roller i tolkningen av nationell rätt. Även om kammardomen inte togs till omprövning i stora kammaren, är det tänkbart att en sådan begäran kunde ha bifallits och möjliggjort en fortsättning på den dialog som förbundsdomstolen försökte inleda. Det är inte heller svårt att föreställa sig andra exempel.

Rådgivande yttranden och det relaterade protokollet kan alltså innebära ett viktigt tillägg. Men inte heller det nya förfarandet utgör en mirakelmedicin. Man kan till och med ifrågasätta om det överhuvudtaget behövs ett botemedel som korrigerar alla de bristfälligheter och problem som gör att dialogen inte alltid fungerar på bästa möjliga sätt. Vissa spänningar är en väsentlig del av en genuin dialog. Det gäller att inte försöka utplåna dessa helt och hållet, utan att se till att de inte överskrider en sådan nivå att de förstör det ömsesidiga förtroende och den ömsesidiga respekt mellan EMD och de nationella domstolarna som är en minimiförutsättning för systemets harmoniska utveckling.

45 Council of Europe Treaty Series No. 214. Protokollet träder i kraft efter 10 ratificeringar. Fram till 2.5.2014 hade 10 stater undertecknat protokollet (däribland Finland, men inga andra nordiska länder) men ingen hade ratificerat det.

46 De fördragslutande parterna måste identifiera domstolarna i fråga. För Finlands vidkommande är det klart att protokollet gäller högsta domstolen och högsta förvaltningsdomstolen. Det återstår att se om även andra, närmast försäkringsdomstolen, som i vissa ärenden är högsta instans, inbegrips.

47 Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: Explanatory Report, punkt 9.

Sist og sluttigen torde det største problemet som EMD konfronteras med vara antalet klagomål, vilket i sin tur också påverkar domarnas kvalitet och då och då medför reaktioner från de nationella domstolarna. Lösningen på detta problem är också nyckeln till lösningen på de problem som berör dialogen mellan Strasbourgdomstolen och den nationella nivån. Om problemet med EMD:s arbetsbörda kan lösas, kan också spänningarna mellan de nationella domstolarna och EMD minskas till en nivå som garanterar att dessa spänningar är en resurs, inte en brist. Hur domstolens möjligheter att koncentrera sig på de viktigaste målen kan förbättras är en omfattande fråga som bl.a. tangerar frågan om existensen av den individuella klagorätten som systemets grundpelare och går utöver ramarna för detta diskussionsinlägg.

5. Slutsatser och teser: sammanfattning

- Tes 1:** *En växelverkan – en dialog – mellan EMD och de nationella domstolarna är en förutsättning för en harmonisk utveckling av de mänskliga rättigheterna i Europa. EMD saknar sådana institutionella ”checks and balances” som finns i konstitutionella system, och en fruktbar och genuin dialog kan i viss utsträckning kompensera denna brist.*
- Tes 2:** *De nationella domstolarna måste beakta EMD:s rättspraxis, men inte helt utan förbehåll. Det kan vara bra att i vissa situationer göra egna tolkningar, som går längre än EMD:s, särskilt om detta verkar påkallat också ur nationell rättspolitisk synvinkel. Däremot borde man var försiktig innan man tolkar konventionen på ett överprogressivt sätt bara för att säkerställa att det inte blir en fällande dom i Strasbourg. En sådan attityd kan lätt snedvrída diskussionen och ge EMD fel bild av de nationella värderingarna. En genuin dialog förutsätter att de nationella domstolarna vid behov också ”vågar” ifrågasätta EMD:s avgöranden. Det verkar som om de högsta domstolarna i de nordiska länderna i detta hänseende är försiktigare än vissa andra domstolar, särskilt författningsdomstolar, som torde ha större benägenhet att betrakta sig som likvärdiga diskussionspartners till EMD.⁴⁸*
- Tes 3:** *En kritisk attityd får inte vara ett självändamål men om – för att citera den tidigare EMD-presidenten sir Nicolas Bratza – avgöranden av EMD ”have applied principles which are unclear or inconsistent or where they have misunderstood national law or practices”, behöver de nationella domstolarna inte tveka att göra EMD uppmärksam på sådana brister. Om detta leder till en dialog, hör det till systemets logik att EMD måste ha sista ordet.*
- Tes 4:** *Även om det finns en tydlig beredskap till dialog, finns det ingen ideal infrastruktur för en fruktbar dialog. Stora kammaren är inte ett forum för systematisk dialog, men dess roll i detta hänseende kan sannolikt förbättras genom dess egen praxis. Den förestående möjligheten att inhämta rådgivande yttranden erbjuder inte någon*

48 Jfr. dock Fredrik Stenhammar: ”Internationell anarki i svenska domstolar? Ett folkrättsligt perspektiv på ’HD-upproret’ om skattetilläggen”, JD 2011, s. 477, s. 497 (en hänvisning till den tidigare presidenten i danska Högsteret, Niels Pontoppidan, som uttalar att det är ”naturligt att nationella domstolar aktivt och efter omständigheterna kritiskt förhåller sig till Europadomstolens praxis.”).

mirakelmedicin, men innebär en potentiellt viktig, om än begränsad, förstärkning av dialogens strukturer och förutsättningar. Därför är det önskvärt att de nordiska länderna, av vilka tills vidare bara Finland undertecknat protokollet, överväger möjligheten att ansluta sig till protokollet.

Någon mirakelmedicin behövs inte heller. Vissa spänningar är en förutsättning för en konstruktiv och fruktbar dialog. Hur man kan hålla dessa spänningarna på en ideal nivå beror på hur man lyckas lösa de problem som är förknippade med EMD:s oskäligen arbetsbörda. Lösningen på dessa problem är en ytterst viktig fråga, som jag inte kan gå djupare in på i detta sammanhang.

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

Professor *Christina Ramberg*, Sverige

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

Professor *Christina Ramberg*, Sverige

Vid denna session vill jag ta tilfallet i akt att diskutera några frågor de lege ferenda: Hur bör avtalsrätten utvecklas med avseende på CSR-policies? Ska avtalsrätten förenkla för avtalande parter att inkludera CSR-policies i sina avtalsförhållanden? Ska avtalsrätten vara generös med beräkning av skadestånd på grund av avtalsbrott mot CSR-policies? Frågorna är intressanta mot bakgrund av att det saknas tydligt svar i rättskällorna om vad som utgör gällande rätt. Dessutom har två av den internationella avtalsrättens giganter intagit olika ståndpunkter. Peter Schlechtriem representerar det konservativa lägret; han anser att man ska vara restriktiv med att inkludera CSR-policies som avtalsvillkor och att skadeståndsberäkningen ska vara återhållsam. Hans författarkollega Ingeborg Schwenzer anser tvärtom att man inte ska ställa för stora krav för att CSR-policies ska bli en del av parternas avtal och att skadeståndsberäkningen ska vara generös till fördel för den som drabbats av att motparten brutit mot villkoren i en CSR-policy.

1. Introduktion

Internationellt riktas ofta uppmärksamhet mot problem med oetiska produktionsmetoder. Företag som förlägger produktion i fjärran länder kan ”kringgå” nationella krav genom att följa mindre stränga lagregler i produktionsländerna om t.ex. arbetsålder, arbetsförhållanden, miljögifter och korruption. Man diskuterar olika metoder för att åstadkomma förbättringar till dessa avseenden. En diskussion rör frågan om det är effektivt att lämna sådant ansvar till företagen själva inom ramen för självreglering eller om det krävs någon form av rättsligt sanktionerade regler. I det följande kommer jag att ta min utgångspunkt i den nuvarande formen av självreglering som kommer till uttryck genom företags självpåtagna åtaganden att agera etiskt, t.ex. genom CSR-policies eller Codes of Conduct.

Mycket av det som skrivits om CSR rör hur man ska förmå multinationella företag att bete sig etiskt genom internationella konventioner, nationell lagstiftning, marknadsföringslagar, bolagsrätt och/eller corporate governance-regleringar.¹ Denna artikel handlar endast om det

¹ Se JW Pitts III, Corporate Social Responsibility: Current Status and Future Evolution, Rutgers Journal of Law and Public Policy, Vol. 6, Issue 2, (Spring 2009) 334–433. L Vytöpil, Contractual Control and Labour-related CSR Norms in the supply chain: Dutch Best Practices, Utrecht Law Review, Vol. 8, Issue 1 (January 2012) 155, s. 164: “The answer to the question whether codes of conduct are legally binding upon the MNC that publicly adheres to them is not clear-cut. Generally speaking, there are two streams of thought in the international literature. The maximalist perspective argues that codes of conduct are legally binding and that the clauses of these codes should be enforceable in the courts. The minimalist view believes that the character of codes of conduct is not legally binding and that compliance with these codes should be voluntary. A third perspective is that of the ‘zebra code’, which contains both legally binding and non-binding clauses.... The general view, therefore, is that a COC is not in and of itself binding for the MNC that adheres to it. What, if anything, does that mean for the status of the COC in supply relationships? I believe that a mere reference to a code of conduct (‘Please take note of the Code of Conduct of Company X, enclosed as Annex A’) in a contractual document is insufficient for a contract to be concluded. After all, it is not clear to the supplier that the MNC expects him to uphold the COC and does not constitute an offer in the private law sense.” BV Ikejiaku, Consideration of Ethical and Legal

avtalsrättsliga förhållandet mellan avtalsparter och i vilken utsträckning en part som vill förknippas med etik kan hålla sin leverantör kontraktuellt ansvarig när leverantören använder oetiska produktionsmetoder.

CSR-policies kan jämföras med standardvillkor. Det är ganska vanligt att en beställare ålägger en leverantör att följa beställarens CSR-policy. Det kan ske i form av en referens till CSR-policyn – på samma sätt som beställarens allmänna inköpsvillkor blir en del av parternas avtal genom en referens. Påföljderna kan också vara oklara, inte minst hur man ska beräkna skadestånd på grund av avtalsbrott mot etiska åtaganden. I det följande kommer jag att översiktligt redogöra för vad som gäller om inkludering av standardavtal, tolkning av avtal och beräkning av skadestånd.²

Artikeln behandlar endast kommersiella avtal mellan näringsidkare (B2B).

Det har riktats omfattande kritik mot företag som frivilligt underkastar sig CSR-policies. Kritikerna gör gällande att ansträngningarna att göra gott sker av fel orsaker – endast som en ”window-dressing” – och inte i syfte att förbättra sociala förhållanden eller miljön (som barnarbete, billig arbetskraft, föroreningar, fattigdom, vapen, droger etc.). Företagens aktiviteter kallas för ”green-washing” och anklagas för att ske med onda avsikter.³ Jag kommer inte att behandla den diskussionen i denna artikel.

Inledningsvis ger jag en bild av varför företag frivilligt åtar sig att följa CSR-policies och vilka rättsliga problem CSR-policies kan medföra i relationen till leverantörer.

2. Kommersiell kontext

Phil Knight, grundare, styrelseordförande och före detta verkställande direktör i Nike, fick en gång frågan hur det kommer sig att folk är beredda att betala dubbelt så mycket för ett par Nike-skor som för likvärdiga skor utan Nikes varumärke. Han svarade: ”Nike säljer inte skor, Nike säljer känslor.”⁴

Nike är inte det enda företag som säljer känslor. Vi ser det överallt, i modeindustrin, försäljning av bilar, datorer, mat, knivar, vapen, medicin, cigaretter, möbler etc. För företaget är det rationellt att satsa på känslor eftersom standardiserade produkter utan starka varumärken är utsatta för konkurrens vilket leder till låga vinstmarginaler. Möjligheterna till höga vinster är större när produkterna är laddade med positiva känslor som köparen vill associeras med. Det är inte huvudsakligen fråga om att sälja funktionalitet, utan att sälja en möjlighet för köparen att kommunicera hans eller hennes personlighet genom att använda produkten. Det är mycket svårare för en konkurrent att hämta en känsla som är förknippad med en produkt än att hämta produktens tekniska eller visuella egenskaper.

Det är dyrt att fysiskt producera varor. Det är också dyrt att producera känslor. Många företag gör stora investeringar i produktionen av positiva känslor för sina varor och tjänster. Vanligtvis understöddjer rätten investeringar.

Aspects of Corporate Social Responsibility: The issue of Multi-National Corporations and Sustainable Development, i Nordic Journal of Commercial Law, Issue 2012 No. 1, s. 1, analyserar om CSR för multinationella företag bör implementeras frivilligt (genom självreglering) eller genom tvingande lagstiftning.

2 En mer utförlig analys finns tillgänglig på www.christinaramberg.se under fliken böcker och artiklar.

3 Se S Pakrash, Setting Global Standards: Guidelines for Creating Codes of Conduct in Multinational Corporations (2003), och T Collingsworth, Corporate Social Responsibility Unmasked, 16 St. Thomas L. Rev. 669, s. 670–671 (2004).

4 G E Willigan, High-Performance Marketing: An Interview with Nike’s Phil Knight, Harvard Business Review. July 1992, s. 92; D Katz, Just Do It: The Nike Spirit in the Corporate World, s. 24 (1994).

FRÅGØR: Understødjer avtalsrätten investeringar i känslor? Är det önskvärt att avtalsrätten utvecklas till att stödja investeringar i känslor? Eller är det tvärtom önskvärt att avtalsrätten inte understödjer sådana investeringar?

Ett sätt för ett företag att skapa känslomässigt värde och kunna ta betalt för det är att investera i sitt varumärke. Det kan delvis åstadkommas genom att implementera en policy för corporate social responsibility (CSR) eller en Code of Conduct. Därigenom kan företaget visa att det är etiskt ansvarsfullt, vilket bidrar till att företagets varumärke förknippas med en positiv känsla.⁵

FRÅGØR: Understødjer avtalsrätten investeringar i etiska produktionsmetoder? Är det önskvärt att avtalsrätten utvecklas till att stödja investeringar i etisk produktion? Eller är det tvärtom önskvärt att avtalsrätten inte understödjer sådana investeringar?

Försäljning av känslor är riktad mot slutkunden. Det är ofta nödvändigt att hela produktionsprocessen genomgående säkerställer det känslomässiga värdet som slutkunden ska vara villig att betala för. Alla underleverantörer bidrar till att skapa känslovärde. Om en underleverantör misslyckas, kan allt känslomässigt värde i produkten förstöras.

3. Rättsliga problem

Låt mig ge några konkreta exempel på rättsliga problem som kan uppkomma i samband med CSR-policies. Alla exempel är skisserade med inspiration från verkliga fall – även om inte alla har slutat som tvister i domstol.

Ett möbelföretag hade en Code of Conduct som uppgav att företaget och dess underleverantörer endast använda arbetskraft som var 15 år eller äldre. Det visade sig att en leverantör av mattor genomgående hade yngre personal. Detta uppmärksammades stort i media och möbelföretagets varumärke skadades allvarligt. Har möbelföretaget rätt att säga upp det femåriga avtalet med mattleverantören i förtid? Har möbelföretaget rätt till skadestånd av mattleverantören? I så fall, hur ska skadeståndet beräknas?

En gåsdunsleverantör plockade dun från levande gäss. Detta var mycket smärtsamt för fåglarna och utgjorde djurplågeri. Produktionsmetoden avslöjades i en TV-dokumentär och medförde omfattande negativa reaktioner. En kuddproducent, som var omedveten om sin gåsdunleverantörs produktionsmetoder, drabbades hårt. Har kuddtillverkaren rätt till skadestånd av gåsdunsleverantören?

Ett klädföretag hade slutit ett avtal med en känd fotomodell för att lansera sin nya kollektion. Alla fotografier och reklamfilmer var färdiga. Två veckor innan marknadsföringskampanjen skulle lanseras fångades fotomodellen på bild snortandes kokain. Det väckte stor uppmärksamhet och hon klandrades i pressen. Klädföretaget bestämde sig för att ställa in kampanjen och göra om den med en annan fotomodell. Har klädföretaget rätt till återbetalning (prisavdrag) av det arvode som utbetalats till den första fotomodellen? Måste hon betala skadestånd till klädföretaget? Har klädföretagets kunder (butiker som säljer klädföretagets kläder) rätt att häva köp av klädföretagets kläder som man kan anta inte kommer att vara lika efterfrågade när det blivit känt att klädföretaget har samarbetat med fotomodellen?

Ett stort telekommunikationsbolag anklagades för att ha mutat statstjänstemän i

⁵ För en beskrivning av utvecklingen med hänvisningar, se I Schwenzer & B Leisinger, Ethical Values and International Sales Contracts, in: Commercial Law Challenges in the 21st Century, Jan Hellner in memoriam, s. 249 (2007).

ett främmande land. Även om det inte var klart om telekommunikationsbolaget hade brutit mot någon lag, skadades telekommunikationsbolagets varumärke allvarligt. Kan telekommunikationsbolagets återförsäljare häva återförsäljaravtalet och få skadestånd för förlorad vinst?

En respekterad idrottsman hade under många år ett avtal om att marknadsföra ett försäkringsbolag. Marknadsföringen var framgångsrik. När avtalet hade upphört efter tio års samarbete erkände idrottsmannen att han under hela sin karriär hade dopat sig. Detta var ett brott mot marknadsföringsavtalet. Är prisavdrag en tillämplig påföljd? Hur ska det i så fall beräknas? Ska det utgå prisavdrag om marknaden var omedveten om dopningen under tiden den framgångsrika kampanjen pågick? Har försäkringsbolaget rätt till skadestånd? Hur ska det i så fall beräknas? Är det en skada om kampanjen var framgångsrik under tiden den pågick?

Mitt sista exempel kommer från 1990-talet och jag tar med det även om det rör konsumenträtt. En konsument Kasky köpte sportskor från Nike. Han var villig att betala ett högt pris för "the Nike feeling". Denna känsla byggde delvis på att Nike var ett etiskt företag. Nike hade en CSR-policy på sin websida som förklarade att Nike inte använde barnarbetskraft i sin produktion. Det visade sig att en av Nikes leverantörer använde barn i produktionen. Kasky hade inga fysiska problem med skorna. De såg fina ut. De fungerade perfekt. Men "the feeling was gone". Kan Kasky göra gällande fel i skorna? Har han rätt till skadestånd?⁶

4. Inkludering av standardavtal

4.1. Generellt om inkludering av standardavtal

När det saknas ett uttryckligt avtalsvillkor om CSR och inte heller finns någon tydlig referens, uppkommer problemet med inkludering (inkorporering) av standardvillkor.⁷

Det råder olika regler internationellt om vad som krävs för att standardvillkor (t.ex. en Code of Conduct) ska bli en del av parternas avtal.⁸ Nordisk avtalsrätt är förhållandevis tillåtande till att inkludera standardvillkor i avtal mellan näringsidkare, det är t.ex. tillräckligt med en hänvisning till villkoren om de inte är överraskande eller orimligt betungande.⁹

CISG Advisory Council har gett uttryck för att standardvillkor är inkluderade i avtalet när parterna uttryckligen eller underförstått har kommit överens om standardvillkoren och motparten hade rimlig möjlighet att ta del av dem. En underförstådd överenskommelse kan föreligga när en part genom sitt beteende har gett motparten bifogad tillit att han eller hon har

6 Kasky v. Nike, Inc. (2002), Cal.4th. No.S087859.May 2, 2002. Fallet rörde frågan om Nike hade handlat i strid mot marknadsföringsregler. Fallet rörde inte Kaskys rätt till hävning, prisavdrag eller skadestånd. För en analys av hur Nike hanterade sitt rykte i samband med Kasky-fallet, se E Collins & C McDonald & L Zoch, A Crisis In Reputation Management: The Implications of Kasky v. Nike, paper presented to the International Communication Association (2004).

7 L Vytöpiil, Contractual Control and Labour-related CSR Norms in the supply chain: Dutch Best Practices, s. 155, gör en empirisk studie av hur CSR-policies och Codes of Conduct inkluderas i avtal mellan multinationella företag.

8 Se the CISG Advisory Council Opinion No. 13, som refererar till rättsfall. Det är intressant att Principles of European Contract Law (PECL) Article 2:104(2) stadgar att villkor som inte är individuellt förhandlade inte blir inkluderade i avtalet genom en referens även om parterna undertecknat avtalet som innehåller referensen. Motsvarande regel återfinns inte i Unidroit Principles Art. 2.1.19.

9 Mads Bryde Andersen, Aftaleret, 2013, kap. 5.5.c.; Ulf Bernitz, Standardavtalsrätt, 2013, kap. 3; Axel Adlercreutz & Lars Gorton, Avtalsrätt II, 2010, kap. 8.5.3; Jan Ramberg & Christina Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2014, kap. 8.3; Geir Woxholth, Avtalerett, 2012, kap. 10.2.Ulf Bernitz, Standardavtalsrätt, 2013, kap. g till villkoren om de inte är överraskande eller orimligt betungandes d the suppl

accepterat att standardvillkoren är inkluderade i avtalet.¹⁰ CISG Advisory Council har också förklarat att en part ska anses ha haft skäligen möjliggjort att ta del av standardvillkoren när de är tillgängliga och nedladdningsbara på motpartens webbsida och fanns tillgängliga vid tiden för avtalsförhandlingarna. CISG Advisory Council anser att standardvillkoren kan inkluderas på grund av att de varit tillämpliga mellan parterna i tidigare avtal (partsbruk) eller när en part av annan anledning är bekant med standardvillkorens innehåll. CISG Advisory Councils ståndpunkt förefaller överensstämma väl med vad som gäller enligt nordisk rätt.

Det finns exempel på rättsordningar med stränga krav för att inkludera standardvillkor. I ett avgörande från tyska högsta domstolen från 2001 krävdes att det var uppenbart för anbudsmottagaren att anbudsgivaren ville inkludera sina standardvillkor i avtalet. BGB uttalade att det enligt CISG Art. 8(2) krävs att standardvillkoren översänds till motparten (om han inte kände till dem).¹¹ I ett fall från Nederländerna 2007 var en enkel referens till säljarens standardvillkor otillräcklig för att de skulle binda köparen, trots att köparen tog emot villkoren och de var vanligt förekommande i den aktuella branschen.¹² I ett italienskt fall från 2007 krävdes att säljaren hade kunskap om köparens standardvillkor.¹³

Det finns exempel på en mer tillåtande attityd till inkludering av standardvillkor. I ett fall från 1999 uttalade Österrikes högsta domstol att inkludering kan ske underförstått och framtolkas mot bakgrund av avtalsparternas avtalsförhandlingar eller av partsbruk.¹⁴

4.2 Inkludering av CSR-policies

I nordisk rättspraxis finns ingen lagstiftning och inga rättsfall om inkludering av CSR-policies. Frågan är vad som är en lämplig utveckling.

FRÅGOR: Hur bör våra Högsta domstolar ställa sig till inkludering av CSR-policies? Vilken är prognosen om hur domstolarna kommer att döma?

Schwenzer argumenterar för att om båda avtalsparter deltar i ett privat initiativ för etiska regler (t.ex. FN:s Global Compact), så ska de anses underförstått ha kommit överens om att de etiska reglerna utgör avtalsinnehåll, trots att det inte finns någon referens till dem i parternas avtal.¹⁵ Schlechtriem är av motsatt åsikt.¹⁶

10 CISG Opinion No. 13 Inclusion of standard terms under the CISG. The International Chamber of Commerce (ICC) Anti-corruption Clause, Option 1, para 2 har en kontroversiell bestämmelse att allmänna villkor är "hereby incorporated... as if written out in the Contract in full". Jag tvivlar på att det är möjligt att genom ett standardavtal komma överens om hur standardavtalet ska inkluderas i parternas avtal.

11 Bundesgerichtshof Germany, 31 October 2001, tillgängligt på <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>. The CISG Advisory Council betecknar rättsfallet som kontroversiellt, CISG Advisory Council opinion No. 13.

12 Rechtbank Arnheim, 17.01.2007, 146453 / HA ZA 06-1789, tillgängligt på <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1191>.

13 Tribunale di Rovereto, 21.11.2007, 914/06, tillgängligt på <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1219>.

14 Austria Oberster Gerichtshof 6 February 1996 10 Ob 518/95, tillgängligt på engelska på <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>. Det finns exempel på att en enkel referens har varit tillräcklig för inkludering av standardvillkor även när referensen skett efter avtalets ingående NJA 1980 p. 46. I engelsk rätt är en enkel referens ibland tillräcklig för att inkludera standardvillkor, se A.G. Guest in Chitty on Contracts, Sec. 12-015, note 68 (2012).

15 I Schwenzer & Leisinger, Ethical Values and International Sales Contracts, p. 265 ff. Se även Schwenzer in Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), s. 571.

16 P Schlechtriem, Non-Material Damages - Recovery under the CISG?, 19 Pace Int'l L. Rev. 89, s. 98, (2007). Tillgänglig på <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol19/iss1/6> Schlechtriem. Wittaker ger uttryck för en försiktig bild av framtiden när han analyserar konventionen om mänskliga rättigheter och dess påverkan på avtalsrätten: "At least as regards the protection of the Convention rights of the parties to the contract, use of an implied term to achieve com-

Medför *beställarens* allmänna uttalanden om sin etiska policy att leverantören är ansvarig för produktionsmetoder som inte överensstämmer med beställarens policy? Ofta tillämpar beställaren avancerade kontrollprocedurer, inklusive besök i tillverkarens fabriker av oberoende certifieringsinstitut. Sådana kontroller kan vara ett tecken på att CSR-policyen utgör avtalsinnehåll.¹⁷ Leverantören kan emellertid argumentera för att han inte uppfattade kontrollerna som rättsligt relevanta utan som ett sätt för beställaren att få en bild av om han önskade fortsätta köpa produkter från leverantören.

Medför *leverantörens* generella uttalande (t.ex. på sin webbsida) att leverantören följer en viss CSR-policy att beställaren kan hålla leverantören ansvarig för brott mot policyen? Det är i detta sammanhang relevant om leverantörens referens till etiska normer sker slentrianmässigt eller som en återspeglning av leverantörens kärnidentitet.¹⁸ Schwenzer uttalar att leverantörens marknadsföringsuppgifter kan utgöra avtalsinnehåll och att leverantörens referens till en CSR-policy därför kan grunda kontraktuellt ansvar.¹⁹ Schlechtriem anser att beställarens möjlighet att uttryckligen reglera leverantörens ansvar för produktionsmetoder är ett starkt argument att inte inkludera leverantörens CSR-policy som ett underförstått avtalsvillkor i avtalet med beställaren.²⁰

FRÅGA: Delar du Schwenzers eller Schlechtriems uppfattning om betydelsen av leverantörens allmänna CSR-policy?

Kan en CSR-policy utgöra handelsbruk och därigenom utgöra avtalsinnehåll? Schwenzer anser att avstående från barnarbete och minimala humana arbetsvillkor utgör etiska normer som är tillämpliga i internationella avtalsförhållanden som underförstådda avtalsvillkor på grund av handelsbruk.²¹ Hon gör ett undantag för fall då beställaren endast betalar ett så lågt pris att etiska produktionsmetoder är omöjliga.

FRÅGA: Delar du Schwenzers uppfattning att en CSR-policy kan utgöra handelsbruk och bli en del av parternas avtal utan någon referens?

Ska leverantörens och/eller beställarens generella åtagande till ”the world at large” enkelt

patibility may not be alien to the spirit of the common law technique.” (SJ Wittaker in Chitty on Contracts, supra, sec. 1-081 (2012)).

17 Behaviour subsequent to the conclusion of the contract, see CISG Art. 8 (3) and Unidroit Principles Art. 4.3(c).

18 MR Siebecke kritiserar bolag som försöker gräva ner CSR-policies i överdrivna mängder av information, vilket förhindrar enskilda personer och sofistikerade investerare att göra sunda analyser, MR Siebecke, Trust & Transparency: Promoting Efficient Corporate Disclosure through Fiduciary-Based Disclosure, 87 Wash. U.L. Rev. 130 (2009–2010), s. 115–174. Se även Werner v. Werner, 267 F.3d 288, 297 (3d Cir. 2001) som ansåg att det inte förelåg tillräcklig information när den presenterades på ett sådant sätt att den dolde eller försvårade tillgängligheten av den information som skulle förmedlas.

19 Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), supra, at 571 et seq. I EU-direktiv 1999/44/EC on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees Art. 2(2)(d) framkommer att konsumenter ofta kan befästa befogad tillit att varor överensstämmer med säljarens publika uppgifter om varans speciella egenskaper.

20 P Schlechtriem, Non-Material Damages - Recovery under the CISG?, 19 Pace Int'l L. Rev. 89, s. 101.

21 I Schwenzer & B Leisinger, Ethical Values and International Sales Contracts, s. 265, ger ”Electronic Industry Code of Conduct” som ett exempel. Schwenzer in Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), s. 578: “...where there is an international usage as to particular characteristics or manufacturing standards of the goods, those characteristics must be regarded as minimum quality requirements.” I engelsk rätt kan villkor underförstås genom handelsbruk om de är skäliga, allmänt kända eller kända av motparten i avtalet, se E McKendrick, Goode on Commercial Law, s. 97.

vara inkluderade i deras avtal? Om man vore generös med att anse att CSR-policies utgör avtalsinnehåll, skulle man uppnå målet att rättsligt sanktionera etiskt beteende. I så fall skulle man skapa rättsligt sanktionerade normer och därigenom realisera etiska ambitioner. Det är sannolikt detta som ligger till grund för Schwenzers ståndpunkt.

Enligt min uppfattning, som ansluter sig till Schleichriems ståndpunkt, är det en sak att allmänt delta och understödja ett projekt av Förenta Nationerna. Det är en annan sak att åta sig kontraktuella förpliktelser och påföljder för det fall de etiska reglerna inte följs.²² Jag tror att man måste ställa krav på att leverantören insett att beställaren haft som krav att leveransen ska vara i överensstämmelse med en CSR-policy. Jag ställer alltså höga krav för att en CSR-policy ska vara inkluderad i avtalet med leverantören.

Jag anser att det ska mycket till för att CSR-policies ska betraktas som handelsbruk. De är vanligen inte skrivna i syfte att vara tillämpliga i individuella avtalsförhållanden och ge rätt till sanktioner för avtalsbrott. Många företag utformar egna Codes of Conduct. De är alltså inte enhetliga, vilket minskar genomslagskraften för dem som handelsbruk. När beställarens syfte med verksamheten är att ladda den med särskilt särskiljande känslvärde, dvs. positiva associationer till varumärket, vore det motstridigt att samtidigt betrakta hans Code of Conduct som allmänt etablerat handelsbruk. Det är möjligt att det i vissa speciella branscher förekommer etiska produktionsmetoder som är tillräckligt stabila och likartade för att utgöra handelsbruk. Men det är enligt min bedömning än så länge undantagsfall.

FRÅGOR: Vad anser du? Vad vore en bra regel? Och hur tror du att Högsta domstolen skulle behandla frågorna? Anser du att det är motiverat att ställa lägre krav mot bakgrund av att man därigenom på avtalsrättslig väg kan ge rättslig sanktion till förmån för etiska produktionsmetoder?

5. Skadeståndsberäkning vid brott mot CSR-åtagande

I avsaknad av uttryckligen avtalade regler om påföljder gäller enligt dispositiv rätt i alla länder att beställaren har rätt till skadestånd för det positiva kontraktsintresset.²³ Det innebär att beställaren har rätt till ersättning för all förlust, inklusive utebliven vinst. När CSR-åtaganden är uttryckligen reglerade i avtal, förekommer ofta att beställaren har en mild inställning till påföljdsfrågan (även om avtalstexten föreskriver stränga sanktioner). När det gäller barnarbete och arbetsvillkor, är det t.ex. vanligt att beställaren inte begär skadestånd utan istället kräver att leverantören vidtar rättelse inom viss tid och om så inte sker hjälper leverantören att ordna skola till barnen eller att införa t.ex. säkerhetsanordningar i fabriken.

Det finns många problem med att fastställa skadestånd i samband med att en beställare drabbats negativt av oetiska produktionsmetoder. Finns det ett orsakssamband mellan de oetiska produktionsmetoderna och det skadade varumärket? Hur ska värderingen av varumärkesskadan ske?²⁴ Var skadan förutsebar för leverantören (adekvat)? Vilka åtgärder ska beställaren göra

22 Se även C Lundblad, Corporate Social Responsibility – The Corporate Governance of the 21st Century. Ed. Ramon Mullerat, Kluwer Law, 2005, s. 9 f.

23 Med undantag för den svenska specialregleringen i 67 § köplagen om indirekt förlust – men den lagen är vanligen inte tillämplig i internationella avtalsförhållanden.

24 Svårigheterna att bestämma skadeståndet vid förlorat god rykte illustreras i ett fall i tyska Högsta domstolen: Bundesgerichtshof [BGH] Oct. 24, 1979, VIII ZR 210/78 (F.R.G.), available at <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/791024gl>.

för att begränsa skadeverkningarna av avtalsbrottet och i vilken grad ska leverantören ersätta beställaren för sådana åtgärder? Finns det möjligheter att jämka skadeståndet?

Det är helt klart att beställaren enligt dispositiv rätt har rätt till ersättning för skadat varumärke.²⁵ The CISG Advisory Council förklarar att varumärkesskada är en ekonomisk skada som är ersättningsgill enligt CISG Art. 74 under förutsättning att kravet på förutsebarhet är uppfyllt.²⁶ Frågan om förutsebarhet är svårbedömd. Är det förutsebart för en leverantör att beställarens finansiärer höjer kostnaden för banklån på grund av att beställaren inte följt sin CSR-policy? Är det förutsebart för en lågkostnadsleverantör av mattor att beställarens varumärke är förstört i många år framåt?²⁷

FRÅGA: Kommer CSR-policies att sanktioneras med generösa regler om skadestånd så att avtalsrätten blir ett verktyg för att uppnå samhälleliga målsättningar om etiska produktionsmetoder?

Schwenzer anser att det är lämpligt med generösa regler: "Moreover, in many legal systems today—at least in scholarly writings—the law of damages is regarded as a means for *prevention* and not only for compensation".²⁸

Schlechtriem hade en bestämd motsatt uppfattning: "It is easy to agree with these concerns, and it is tempting to meet them by interpreting the CISG's damages provisions as allowing claims for non-pecuniary loss, thus providing a tool to 'punish' sellers of such 'ethically tainted' products by granting claims for damages without pecuniary loss. However, there are doubts as to whether the CISG is the right instrument to promote our convictions."²⁹ Han sammanfattade: "The correct way for those who want to make their moral convictions legally operative is, therefore, to campaign or lobby in their countries to have legislators ban certain production methods by rendering contracts to market such products illegal and void."³⁰

Jag är böjd att hålla med Schlechtriem.

FRÅGOR: Vad anser du är en lämplig inställning till skadeståndssanktionen? Vilken inställning bedömer du att Högsta domstolen kommer att ha om den ställs inför frågan?

html. BGH pekade på nödvändigheten av expertutlåtanden för att fastställa orsakssambandet mellan avtalsbrottet och kundförlusterna. CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, anser att den omständigheten att det kan vara svårt att beräkna en goodwillskada inte ska medföra ett högre beviskrav. Det är tillräckligt att den skadelidande parten med rimlig säkerhet kan visa att han har skadats av avtalsbrottet. Se även P Schlechtriem, Non-Material Damages - Recovery under the CISG?, 19 Pace Int'l L. Rev. 89, s. 97, tillgänglig på <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol19/iss1/6> Schlechtriem.

25 CISG-AC Opinion No.6, Calculation of Damages under CISG Article 74 (2006). Rapporteur: Professor John Y. Gotanda, Villanova University School of Law, Villanova, Pennsylvania, USA.

26 CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74. Se även W Witz, Internationales Einheitskaufrecht, Schriftenreihe Recht der internationalen Wirtschaft in Unified Sales Law series: Law of the International Economy, Ed. HC Salger & M Lorenz (2000).

27 Enligt Schwenzer och Leisinger, är det otvetydigt så att förlust av goodwillvärde till följd av oetiskt beteende är förutsebart (en adekvat skada), I Schwenzer & B Leisinger, Ethical Values and International Sales Contracts, p. 270). Se CISG-AC Opinion No. 6, Calculation of Damages under CISG Article 74, kap. 2.6.

28 I Schwenzer & B Leisinger, Ethical Values and International Sales Contracts, s. 271.

29 P Schlechtriem, Non-Material Damages - Recovery under the CISG?, 19 Pace Int'l L. Rev. 89, s. 98.

30 P Schlechtriem, Non-Material Damages - Recovery under the CISG?, 19 Pace Int'l L. Rev. 89, s. 100.

6. Avslutande frågor

Denna korta artikel har inte gett några svar. Istället har jag pekat på den osäkerhet som gäller om i vad mån gamla avtalsrättsliga regler är tillämpliga på CSR-policies.

Ska avtalsrätten utvecklas så att den skyddar och bekräftar intresset av etiska produktionsmetoder? Är det en uppgift för avtalsrätten att förverkliga sådana samhällliga önskemål? Eller ska en önskan om internationella etiska produktionsmetoder förverkligas endast genom offentligrättsliga regler?

Anser du att Schlechtriems argumentation är övertygande? Han har övertygat mig. Men jag är kanske alltför gammal och konventionell för att korrekt kunna förutse i vilken riktning avtalsrätten kommer att utvecklas.

Vem av parterna har ”bevisbördan” för att avtalsrätten ska skydda honom? Beställaren – som vill göra en vinst på att sälja produkter laddade med känslor och som på samma gång förbättrar världen? Eller leverantören – som desperat försöker producera varor till en lång kostnad och ärligt följer lagarna i sitt hemland?

Syftet med denna artikel har varit att klargöra svårigheten att sja om hur domstolar kommer att behandla CSR-policies. Utvecklingen ligger i korsningen mellan traditionell avtalsrätt, offentlig rätt, politiska målsättningar och kommersiella förväntningar. Mot bakgrund av hur långsamt avtalsrätten har utvecklats historiskt, är det sannolikt att utvecklingen beträffande CSR-policies kommer att vara relativt stabiliserad först på 2050-talet. Fram till dess måste vi vänja oss vid att hantera det osäkra rättsläget. I mellantiden rekommenderar jag avtalsparter att ge tydligt uttryck för i vilken utsträckning de önskar eller inte önskar att CSR-policies ska vara relevanta i deras kontraktuella relation. Företag bör också noga se till att synkronisera sina CSR-villkor i förhållande till leverantörer och beställare.

Jag hoppas att debatten vid det Nordiska Juristmötet i Oslo kommer att ge en bild av vilka rättspolitiska strömningar som gör sig starkast gällande.

I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?

Chefsrådman *Stefan Reimer*, Sverige

I hvilken utstrekning bør psykiske lidelser hos gjerningspersonen medføre straffrihet?

Chefsrådmann *Stefan Reimer*, Sverige

Frågan om psykisk störda lagöverträdares straffrättslige ansvar tilhører de svåraste och mest komplexa inom straffrätten. Utgångspunkten för allt straffrättsligt ansvar måste dock vara att gjerningsmannen kan rå för sin gjärning och därigenom har förmåga att följa lagen (konformitetsprinciplen). Oavsett om vi människor har en frihet att välja om vi ska utföra en viss gjärning eller om denna till fullo kan förutses och förklarar av omständigheterna kring dess utförande, klarar vi inte av att tänka bort vår valmöjlighet. Vår egen uppfattning om att vi är fria i vårt beslutsfattande ger oss därför en grund för att kunna klandra den som begår fel och att ge beröm till den som förtjänar det. En psykisk störd gjerningsman som har begått en gjärning utifrån en fullständig förvrängd verklighetsuppfattning eller helt i avsaknad av förmåga att kontrollera sitt handlande anser vi utifrån vår intuitiva uppfattning om straffansvar inte har en sådan beslutsfrihet och bör därmed inte heller ådömas något straffrättsligt ansvar. En sådan ansvarsfrihet bör emellertid endast kunna komma i fråga i dessa fall där den psykisk störde inte alls kan rå för sin gjärning. I övrigt bör det normala påföljdssystemet användas som utgångspunkt; vilket inte utesluter användning av påföljder med behandlingsinnehåll eller att en psykisk störning kan få betydelse som en förmildrande omständighet vid straffvärdebedömningen.

1. Allmänt om psykisk störning och straffansvar

Frågor kring den straffrättslige hanteringen av psykisk störda lagöverträdare brukar allmänt anses vara bland de svåraste och mest etisk komplexa inom straffrätten. Vid överbäganden kring dessa frågor bryts olika aspekter eller dimensioner mot varandra. Främst rör det sig om frågor om ansvar och skuld (*skulldimensionen*), om vård och behandling (*behandlingsdimensionen*) samt om samhällsskydd och farlighet (*farlighetsdimensionen*). Varje system som på allvar syftar till att hantera psykisk störda lagöverträdare måste därför vara "tredimensionellt" i sin oppbyggnad, dvs. samtliga dessa tre dimensioner som nämnts måste kunna hanteras.

När det gäller ansvar og skuld bryts olika moralfilosofiska, straffrättslige og kriminalpolitiska synsätt mot varandra. Närliggande frågor om vård og behandling i ett straffrättsligt påföljdssystem ligger i gränslandet mellan juridiken (påföljds- og sanktionssystemet) og medicinen (vårdbehovet). Aspekter kring samhällsskydd og farlighet utmanar i sin tur olika etiske og rättsstatlige principer. Frågor som kan ställas i detta sammanhang är om det någonsin utifrån grundläggande rättsstatlige principer är försvarbart att frihetsberöva någon i preventivt syfte og om beslutsfattaren/domstolarna klarar av att på ett godtagbart og rättssäkert sätt förutse risken för framtida brott/händelser?

Fokus i denna uppsats kommer emellertid att vara på skulldimensionen. Vem är och bör vara straffrättsligt ansvarig för en utförd gjärning? Den rör sammankopplat med psykisk störning en av de eviga frågorna inom straffrätten og kriminalpolitiken. *Hur ska psykisk störda lagöverträdare behandlas i ansvarshänseende?* Ska de straffas eller inte? Kan man

verkligen anse att någon har begått ett brott om denne har agerat i ett starkt förvirrat tillstånd med en helt förvrängd verklighetsuppfattning?

Enligt västerländsk rättstradition med rötter långt tillbaka till Antiken, där redan Aristoteles berörde dessa frågor, kan den inte straffas som inte kan styra sitt handlande, antingen genom att denne är så förvirrad att han inte förstod vad han gjorde (bristande verklighetsuppfattning) eller genom att han, trots att han förstod vad han gjorde, på grund av sitt tillstånd inte kunde undvika att göra det som skedde och därmed bröt mot lagen (brist i viljefriheten). Denna rättstradition, som i grunden vilar på ett moralfilosofiskt synsätt om människans fria vilja, har historiskt sett fått starkt genomslag i nästan alla rättssystem. Kravet på tillräknelighet eller ansvarsförmåga har då setts som en omistlig del av skuldrekvisitet på samma sätt som kravet på uppsåt eller oaktsamhet (tillräknande). Med lite olika former av regleringar hade således historiskt sett samtliga nordiska länder någon form av tillräknelighetsreglering. Som framgår nedan kom Sverige under mitten av 1900-talet att avvika från denna huvudfärd och införa en reglering som avskaffade prövningen i ansvarsledet och i stället förde över denna till påföljdsledet innebärande att även höggradigt psykotiska personer kan begå brott och fällas till ansvar, även om det sedan ska ske en särskild bedömning av påföljdsfrågan.

2. Olika synsätt inom de nordiska länderna

2.1 Den klassiska straffrätten och 1864 års strafflag

Uppfattningen att personer som är sinnessjuka bör särbehandlas straffrättsligt är mycket gammal. De äldsta lagbestämmelserna i **Sverige** ger emellertid inte någon klar bild av hur de sinnessjuka behandlades i straffrättsligt hänseende. I 1734 års lag berördes de sinnessjukas straffrättsliga ställning ytterst kortfattat och det är omtvistat om regleringen innebar frihet från straffansvar eller om sinnessillståndet enbart kunde räknas som en förmildrande omständighet.

I början av 1800-talet ändrades dock de sinnessjukas straffrättsliga ställning på ett genomgripande sätt. Den klassiska straffrätten, som hade sitt ursprung i Upplysningstiden och i svallvågorna efter den franska revolutionen, gjorde sitt intåg i den svenska straffrätten. Den innebar ett ökat fokus på legalitet och ett krav på att i lagstiftning precisera grunderna för det straffrättsliga ansvaret. Ett straffrättsligt ansvar krävde att gärningsmannen agerade medvetet och av egen fri vilja. Den som blev tvingad eller inte hade någon viljefrihet kunde inte straffas eller begå något brott. Gärningsmannen hade ett val mellan att begå brott eller avstå. Endast den som hade förmåga att välja var straffrättsligt ansvarig. Psykiskt störda lagöverträdare ansågs inte ha någon fri vilja och eller någon sådan förmåga att välja. De ansågs därför vara straffria och begick inget brott.

När legalitetsprincipen fick genomslag i lagstiftningen ledde det därför till att området för frihet från straff att angavs direkt i lagtexten. Detta var bakgrunden till att bestämmelserna i 1864 års strafflag om tillräknelighet (5 kap. 5 § SL) och förminskad tillräknelighet (5 kap. 6 § SL), Enligt 5 kap. 5 § SL, i dess lydelse från år 1890, var en gärning, som begås av den som är avvita, eller vilken förståndets bruk, genom sjukdom eller ålderdomssvaghet, är berövad, strafflös, dvs. med modern terminologi *gärningen utgjorde inte brott*. Med ”avvita” avsågs personer som led av sinnessjukdom i mera inskränkt mening. Det fanns inget krav på orsakssamband.

Den ursprungliga inriktningen av det straffria området mot att enbart avse

kognitiva brister kom att redan under 1900-talets första årtionden att utsträckas till att också omfatta s.k. brister i gärningsmannens viljefrihet. Även personer som agerade under vad som betecknades som "oemotståndlig sjuklig drift" bedömdes som fria från ansvar enligt strafflagens tillräknelighetsbestämmelse. Det bör framhållas att den ursprungliga tillräknelighetsbestämmelsen inte ställde något krav på orsakssamband mellan gärningen och den psykiska störningen, utan för ansvarsfrihet krävdes endast ett tidsmässigt samband. Ett sådant krav infördes först år 1945.

2.2 Utvecklingen i svensk rätt under 1900-talet och bakgrunden till brottsbalken

Strafflagberedningen föreslog i sitt slutbetänkande (SOU 1956:55) bl.a. att straffröfklaringarna skulle avskaffas. Anledningen till detta var att beredningen ansåg att tillräknelighetsläran hade spelat ut sin roll. En utgångspunkt för ställningstagandet var att den fria viljan ändå var en illusion, men förslaget var mest motiverat utifrån praktiska synpunkter och lämplighetsöverväganden.¹ De psykiskt störda lagöverträdarna, om ett vårdbehov förelåg, dömas till vård på sinnessjukhus eller till öppen psykiatrisk vård. Individualpreventiva skäl skulle vara avgörande för om en sådan vårdåtgärd skulle komma till stånd. Beredningen föreslog också att de psykiskt störda lagöverträdarna inte skulle kunna dömas till fängelse samt att det även i övrigt skulle finnas inskränkningar beträffande påföljdsvalet för dem. Fokus låg således helt på påföljdsfrågan, medan frågan om det straffrättsliga ansvaret tonades ned. Ett sådant fokus är mer naturligt i et påföljdssystem starkt präglat av individualpreventiva principer.

Strafflagsberedningens förslag att slopa straffröfklaringarna godtogs av regeringen och brottsbalken kom därför inte att innehålla någon bestämmelse om straffrihet på grund av otillräknelighet. Tillräknelighetsläran kom därmed formellt att avskaffas. Den kom dock i realiteten – genom fängelseförbudet och institutet fri från påföljd – att flyttas över till påföljdsledet. Domstolen skulle nämligen förordna om en brottspåföljd, överlämnande till vård enligt sinnessjuklagen, för de lagöverträdare som bedömdes som sinnessjuka, sinnesslöa eller som omfattades av det s.k. jämställdhetsbegreppet² och var i behov av vård. I samband med att lagen (1966:293) om beredande av slutna psykiatrisk vård i vissa fall, LSPV, trädde i kraft år 1967 ändrade brottspåföljdens namn till överlämnande till slutna psykiatrisk vård.

En ytterligare reform när det gäller psykiskt störda lagöverträdare trädde i kraft år 1992. Reformen innebar att brottsbalkens påföljdsbestämningsregler avseende psykiskt störda lagöverträdare fick en ny utformning. Någon ansvarsfrihetsreglering övervägdes emellertid inte. Samtidigt trädde en ny lagstiftning om psykiatrisk tvångsvård i kraft. En viktig förändring var att samma begrepp avseende psykisk störning infördes i BrB och i den psykiatriska tvångsvårdslagstiftningen. I brottsbalkens reglering av lagöverträdare med psykiska avvikelser angavs tidigare att straffrättslig särbehandling skulle ske av den som led av "sinnessjukdom, sinnesslöhet eller annan själslig abnormitet av så djupgående natur att den måste anses jämställd med sinnessjukdom". Denna beskrivning av den kategori som skulle särbehandlas ersattes vid 1992 års reform med samlingsbegreppet "allvarlig psykisk störning".

1 Se för en redogörelse om motiven, *Straffansvarets gränser del II* (SOU 1996:185), s.278–280.

2 Av jämställdhetsbegreppet omfattades de som led av en själslig abnormitet som var så djupgående att den måste anses jämställd med sinnessjukdom.

2.3 Nuvarande reglering i Sverige

En begränsad reform av påföljdsregleringen för allvarligt psykiskt störda lagöverträdare infördes år 2008. Reformen innebar att det *förbud mot* att döma till fängelse som gällde när brott hade begåtts under påverkan av en allvarlig psykisk störning (30 kap. 6 § BrB) ändrades enligt huvudregeln till en *presumption för* att annan påföljd än fängelse ska väljas. Fängelse får dock dömas ut om det finns synnerliga skäl. Vid bedömningen av om det finns sådana skäl ska det beaktas om brottet har ett högt straffvärde, om den tilltalade saknar eller har ett begränsat behov av psykiatrisk vård, om den tilltalade i anslutning till brottet själv har vållat sitt tillstånd genom rus eller på något annat liknande sätt samt omständigheterna i övrigt.

Enligt förarbetena³ ska det, för att det ska anses föreligga synnerliga skäl för fängelse, i princip krävas att brottets straffvärde motsvarar fängelse fyra år eller mer och att den tilltalade saknar behov av psykiatrisk vård eller endast har ett begränsat sådant behov. Det kan t.ex. vara fallet när ett mycket allvarligt brott har begåtts under påverkan av ett hastigt övergående psykostillstånd. En annan situation där det kan finnas synnerliga skäl för fängelse är när den tilltalade i anslutning till brottet själv har vållat sitt tillstånd genom rus eller på något annat liknande sätt. Synnerliga skäl kan i det fallet föreligga trots att straffvärdet understiger riktvärdet fängelse fyra år.

I samband med att fängelseförbudet ändrades till en presumption mot fängelse bedömde lagstiftaren⁴ att det var nödvändigt att ställa upp vissa mera absoluta begränsningar för användningen av fängelse. Ett undantag gjordes avseende de allra mest psykiskt störda lagöverträdarna. Enligt regeringen lämpade sig den krets som enligt Psykansvarskommitténs förslag (se nedan) skulle anses otillräckliga väl för att ringa in den grupp av psykiskt störda lagöverträdare som aldrig borde kunna dömas till fängelse. Även om formuleringen enligt Psykansvarskommitténs förslag hade utformats för att avgränsa det straffrättsliga ansvaret ansåg regeringen att den kunde ligga till grund för inskränkningen i påföljdsvalet (det absoluta fängelseförbudet).

Undantaget avgränsades därmed på så sätt att möjligheten att döma till fängelse inte omfattar de lagöverträdare som till följd av en allvarlig psykisk störning har saknat förmåga att inse gärningens innebörd eller att anpassa sitt handlande efter en sådan insikt. Fängelseförbudet gäller t.ex. om den tilltalade till följd av en akut psykos har haft en bristande realitetsvärdering som har varit avgörande för hans eller hennes förståelse av gärningen. Undantaget gäller emellertid inte om den tilltalade har vållat sin bristande förmåga genom rus eller på något annat liknande sätt.

I samband med ändringen av bestämmelsen i 30 kap. 6 § BrB infördes också ett tillägg till 29 kap. 3 § första stycket andra punkten BrB som innebär att det som en förmildrande omständighet vid bedömningen av straffvärdet ska beaktas om den tilltalade till följd av en allvarlig psykisk störning har haft starkt nedsatt förmåga att inse gärningens innebörd eller att anpassa sitt handlande efter en sådan insikt. Efter en lagändring⁵ den 1 juli 2010 krävs det inte längre att den tilltalades förmåga har varit *starkt* nedsatt, utan det är tillräckligt att han eller hon har haft en nedsatt förmåga.

Regeringen bedömde⁶ i samband med lagändringen år 2008 att det finns ett behov

3 Prop. 2007/08:97, Påföljder för psykiskt störda lagöverträdare, s. 39 f.

4 Prop. 2007/08:97, s. 24 ff.

5 Prop. 2009/10:147, Skärpta straff för allvarliga våldsbrott m.m.

6 Prop. 2007/08:97, s. 15 f.

av att genomgripande reformera regleringen avseende allvarligt psykiskt störda personer som har begått brott. Dock ansåg regeringen att det inte fanns förutsättningar att genomföra en reform av den omfattning och inriktning som Psykansvarskommittén hade föreslagit eftersom flera av de frågor som kommittén hade behandlat skulle kräva fortsatta överväganden. I stället valde regeringen alltså att genomföra en begränsad reform i syfte att öka flexibiliteten vid påföljdsbestämningen när en gärning har begåtts under påverkan av en allvarlig psykisk störning. Förslagen utformades med utgångspunkt i att de inte skulle försvåra ett framtida genomförande av en större reform.

2.4 Diskussionen i svensk rätt under senare tid

Redan Straffansvarsutredningen föreslog i sitt betänkande Straffansvarets gränser (SOU 1996:185) att en tillräknelighetsreglering skulle återinföras i svensk rätt. Utredningen föreslog också att fängelseförbudet i 30 kap. 6 § BrB och påföljden överlämnande till rättspsykiatrisk vård skulle avskaffas. Den som har begått gärningen under påverkan av en allvarlig psykisk störning men som ansågs kunna dömas till ett straffrättsligt ansvar (dvs. var tillräknelig vid gärningen) skulle enligt förslaget fällas till ansvar för brott och dömas till straff eller andra påföljder på i princip samma sätt som andra lagöverträdare. Enligt utredningens förslag skulle den som har begått gärningen under påverkan av en allvarlig psykisk störning och som var i behov av vård, men fri från straffrättsligt ansvar till följd av bristande ansvarsförmåga eller bristande uppsåt, av brottmålsdomstolen kunna dömas till rättspsykiatrisk vård som en form av särreaktion.

Den som har begått gärningen under påverkan av en allvarlig psykisk störning, men som ansågs kunna ta ett straffrättsligt ansvar, skulle enligt Straffansvarsutredningens förslag kunna fällas till ansvar och kunna dömas till påföljder inom ramen för det normala påföljdssystemet.

Även Psykansvarskommittén föreslog i sitt betänkande Psykisk störning, brott och ansvar (SOU 2002:3) att tillräknelighet eller ansvarsförmåga åter skulle bli ett krav för straffrättsligt ansvar samt att fängelseförbudet och påföljden överlämnande till rättspsykiatrisk vård skulle avskaffas. Enligt förslaget skulle normala regler om påföljdsbestämning i princip gälla psykiskt störda lagöverträdare som döms för brott.

Nu senast har Psykiatrilagsutredningen i sitt betänkande Psykiatrin och lagen – tvångsvård, straffansvar och samhällsskydd (SOU 2012:17) föreslagit att en tillräknelighetsbestämmelse åter införs i svensk rätt. Förslaget är föremål för beredning.

3. Kort om regleringen i några nordiska länder⁷

I **Finland** är tillräknelighet en förutsättning för straffbarhet enligt 3 kap 4§ strafflagen.⁸ Gärningsmannen är otillräknelig, om han eller hon vid tidpunkten för gärningen på grund av en mentalsjukdom, ett gravt förståndshandikapp, en allvarlig mental störning eller en medvetanderubning inte kan förstå gärningens faktiska natur eller rättsstridighet eller om hans eller hennes förmåga att kontrollera sitt handlande av någon sådan anledning är nedsatt på ett avgörande sätt.

⁷ Denna del är i huvudsak baserad på redogörelsen för Nordiska förhållanden i Psykiatrilagsutredningens betänkande Psykiatrin och lagen – tvångsvård, straffansvar och samhällsskydd (SOU 2012:17), Volym 1, s. 317–352.

⁸ Lag 19.12.1989/39 (13.6.2003/515).

Ett självförovållat rus eller någon annan tillfällig självförovållad medvetanderubbning ska inte beaktas vid bedömningen av tillräkneligheten, om det inte finns särskilt vägande skäl för det.

Medicinska faktorer som kan medföra otillräknelighet är allvarlig psykisk störning som uppfyller kriterierna på mentalsjukdom, svår demens, grav intellektuell funktionsnedsättning och medvetanderubbning. Med mentalsjukdom en sådan allvarlig mental störning, till vilken hänför sig en uppenbart störd verklighetsuppfattning och som kan ses som psykotisk. Med detta avses bl.a. svåra former av demens, deliriumtillstånd, organiska och andra vanföreställningstillstånd, olika former av schizofreni, allvarliga depressionstillstånd samt manodepressiva psykoser. Med grav intellektuell funktionsnedsättning avses personer med IQ under 50–60.

En medvetanderubbning kan vara ett epileptiskt anfall eller därmed sammanhängande förvirring efteråt eller en toxisk psykos som inte beror på självförovållat rus, utan på att någon oförmärkt gett eller tvingat i personen berusningsmedel. Även förgiftningar och infektioner kan hänföras till medvetanderubbningar. Det är ytterst ovanligt att medvetanderubbningar medför otillräknelighet.

Det finns i Finland exempel på att en gärningsman har bedömts som otillräknelig beträffande vissa gärningar och tillräknelig när det gäller andra gärningar. Detta är dock mycket sällsynt.

I **Norge** krävs för att kunna straffas att lagöverträdaren var tillräknelig vid tidpunkten för gärningen. Lagöverträdaren är enligt straffeloven 1902 §44 inte tillräknelig om han vid gärningstillfället är

- psykotisk,
- omedveten (“bevisstlös”)
- psykiskt utvecklingshämrad i hög grad

En störning av medvetandetillståndet som är en följd av självförovållat rus, fritar inte från straff. Till skillnad från vad som annars brukar gälla, finns i norsk rätt inget krav på orsakssamband mellan den psykiska sjukdomen/störningen och den brottsliga gärningen. För strafffrihet är det alltså tillräckligt att konstatera att personen t.ex. var psykotisk vid gärningstidpunkten. Det görs inte heller någon ytterligare kvalificering av tillståndet i rättsligt hänseende.

För att en person ska kunna straffas för en lagöverträdelse i **Danmark** måste han eller hon vara tillräknelig. Enligt den danska strafflagen § 16⁹ är en person som vid gärningen var ”sinnessjuk” eller befann sig i ett tillstånd som måste likställas därmed (”sindsygdhet eller tillstånd, der må ligestilles hermed”), inte tillräknelig. Det anses dock gälla ett krav på att personen bedöms otillräknelig till följd av sitt tillstånd.

Samma regel om strafffrihet gäller för personer som är ”mentalt retarderade” i hög grad. För lagöverträdare som är ”mentalt retarderade” i mindre grad eller har ett tillstånd som kan jämföras med det, gäller en presumtion om att de inte ska straffas, för såvida inte särskilda omständigheter talar för motsatsen. Särskilda regler gäller för lagöverträdelse som begås av personer som vid tillfället för överträdelsen befann sig i ett tillstånd som är att likställas med ”sinnessjukdom” men som är av övergående natur och som framkallats på grund av alkohol eller andra berusningsmedel. I dessa fall kan gärningsmannen straffas om särskilda omständigheter talar för det.

9 Straffeloven: lovbekendtgørelse nr. 1007 af 24 oktober 2012 (gäller straffeloven i sin helhet).

4. Den neuropsykiatriska utmaningen

Modern forskning inom neuropsykiatri och neurobiologi har inneburit ökade kunskaper hur vi människor agerar och handlar i olika situationer i biologiskt hänseende och hur vår hjärna fungerar. En revolutionerande upptäckt gjordes av Benjamin Libet och kollegor¹⁰ i experiment där det visar sig att det finns en mätbar omedveten impuls i vår hjärna redan en halv sekund innan vi bestämmer oss för att handla, en ”beredskapspotential”. Vår hjärna har således bestämt sig för att vi ska handla en halv sekund innan vi själva medvetet har valt att handla på ett visst sätt. Vår återstående frihet inskränker sig enligt Libet till att vi kan lägga in vårt ”veto” och därmed stoppa den handling som redan hade förberetts i vår kropp.

Liknande experiment har därefter utförts av Haynes och kollegor vid Bernsteincentret för Neurovetenskap i Berlin.¹¹ Enligt sistnämnda experiment uppkom det medvetna beslutet att utföra en knapptryckning en sekund före själva handlingen, men enligt de neuropsykiatriska fynden hade ett mönster av hjärnaktivitet som förebådade det medvetna beslutet uppkommit redan så tidigt som sju sekunder före beslutet. Dessa och liknande fynd väcker naturligtvis frågan om den fria viljan bara är en illusion. Eller som en neurovetenskapsman har uttryckt det *We feel we choose, but we don't*.¹² Enligt det synsättet skulle det medvetna beslutet endast vara en ”biokemisk eftertanke” som inte egentligen har något inflytande över en persons handlingar. När vi väl förstår att vi ska handla och tror oss välja att göra så, har det redan bestämts åt oss av vår kropp att vi ska göra det.

Om det nu är så att ingen människa egentligen har någon fri vilja finns det då någon grund för ett straffrättsligt ansvar, som tar sikte på gärningar som förtjänar klander? Och vad får det för konsekvenser för psykiskt störda lagöverträdare? Går det att argumentera för en tillräknelighetsreglering som innebär att vissa psykiskt störda lagöverträdare inte fällt till ansvar, om ingen egentligen kan agera annorlunda än vad vår hjärna undermedvetet har bestämt för oss? Undanröjer detta inte grunden för det straffrättsliga ansvaret som sådant. I denna uppsats argumenteras för att så inte är fallet, men de neuropsykiatriska experimentella fynden och de ökade kunskaperna om hur vår hjärna fungerar ger oss vittgående utmaningar inför framtiden.

5. Vad utgör den egentliga grunden för ett straffrättsligt ansvar

5.1 Moraliskt ansvar och alternativa handlingsmöjligheter

I botten av frågor om den egentliga grunden för ett straffrättsligt ansvar ligger i vilka situationer man bör anses moraliskt och rättsligt ansvarig för en gärning. Dessa frågor är i sin tur intimt förknippade med det eviga spørsmålet huruvida vi har fri vilja i vårt handlande eller om detta är mer eller mindre förutbestämt (determinerat).¹³

10 Libet, Benjamin, *Do We Have Free Will?* Journal of Consciousness studies 6.8-9 (1999) 47–57. Cit efter Russel m.fl. Ed, *The Philosophy of Free Will* (2013) s. 473–485.

11 Smith, Kerri, *Taking aim at Free Will*, Nature (2011), vol 477, s.23–25.

12 Patrick Haggard, University College London; cit efter Kerris a.a. s. 24.

13 Se för en sammanfattning av den moderna diskussionen på området bl.a. *Free Will*, 2 uppl. 2009, Pereboom, Derk, Ed. och *The Philosophy of Free Will*, Essential Readings from the Contemporary Debates, 2013, Russel, Paul, och Deery, Oisín, Ed.

Om man inte har synen att alla våra gärningar är helt förutbestämda och att moraliskt ansvar därmed är en illusion, anses moraliskt ansvar för en gärning som har lett till en viss icke önskvärd följd kräva, att gärningsmannen har orsakat följden, att han eller hon i någon mening har valt att utföra gärningen trots alternativa valmöjligheter, att hans eller hennes val var någorlunda medvetet ("var vid sina sinnens fulla bruk") samt att han eller hon någorlunda visste och hade förmåga att förstå vilka konsekvenser som gärningen skulle leda till. De straffrättsliga bestämmelserna om personligt ansvar och straff kan i många stycken ses som en i demokratisk ordning beslutad och därigenom formaliserad samling moralregler som bl.a. tar sikte på situationer av detta slag. Straffansvar torde i grund och botten alltid förutsätta moraliskt ansvar.

5.2 Straffansvar och determinism

Med determinism brukar menas att handlingar och händelser har orsaker som ytterst kan förklaras av naturlagar. Att våra handlingar är orsaksstyrda innebär att de är påverkade och följer av de omständigheter under vilka de företas. Ståndpunkten att determinism utesluter möjligheterna till straffansvar har tidigare ansetts gälla och var också en av huvudorsakerna till avskaffandet av tillräknelighetsrekvisitet i den svenska brottsbalken, som var präglade av tankar om att moraliskt ansvar och därmed också frånvaro av straffrättsligt ansvar vilar på en illusion.¹⁴ Den straffrättsliga hanteringen av psykiskt störda lagöverträdare skulle i stället präglas av praktiska hänsyn och överväganden kring vilken reaktion på en brottslig gärning som var den mest ändamålsenliga och lämpliga.

Determinism behöver dock inte utesluta möjligheten till straffrättsligt ansvar. Som bl.a. Nils Jareborg argumenterat för inom den rättsvetenskapliga litteraturen¹⁵ går det att utdela klander och utdöma straff baserat på moraliska överväganden, även i ett orsakstyrkt universum. Det är också svårt att föreställa sig tanken på att vi som personer kan bortse från vår egen tro och uppfattning att vi kan fatta olika beslut fritt från omständigheterna. Därmed inte sagt att omständigheterna inte kan få betydelse för vilket beslut vi fattar och vilka handlingar vi väljer att utföra. En ren "Matrix-värld", att vi bara är som marionettdockor styrda av andra väsen är emellertid omöjlig att föreställa sig. Vad som nu sagts måste också gälla, trots de banbrytande fynd som den neuropsykiatriska forskningen kommit med under de senaste åren. Vi kan helt enkelt inte bortse från vår egen föreställning av oss själva som handlande personer.¹⁶

5.3 Konformitetsprincipen

Skuldprincipen är en straffrättslig grundsats som säger att straff förutsätter skuld. Ofta uttrycks detta med den latinska sentensen *nulla poena sine culpa* (*inget straff utan skuld*). Innebörden av skuldprincipen är i korthet att endast den får fällas till ansvar och bestraffas som vid gärningstillfället kunde rå för sin gärning.

Sedan den liberala rättsstaten fick sitt genombrott i samband med den franska revolutionen år 1789 har i alla moderna rättsstater skuldprincipen intagit en central position inom straffrätten. Kravet på tillräknelighet eller ansvarsförmåga utgör en av grundbultarna

14 Se för en mer ingående redogörelse bl.a. Straffansvarets gränser del II (SOU 1996:185).

15 Se Straffrättsideologiska fragment, 1992, kap. 10 Determinism och ansvar, s. 206–242.

16 Det förtjänar framhållas att Libets tankar om "veto" mot en i kroppen förberedd handling skulle kunna ge stöd för ett moraliskt ansvar baserat på viljefrihet även enligt neuropsykiatrisk forskning.

i sådana rättssystem, något som också visar sig i det faktum att tillräknelighetskravet är en förutsättning för straffrättsligt ansvar och ses som ett rättsstatligt grundkrav i samtliga jämförbara rättssystem såväl i Europa som i övriga världen. Sverige, Grönland och tre amerikanska delstater utgör därmed undantag från en sådan ordning.

Skuldprincipen kan i sin tur ses som ett utflöde av en annan grundläggande princip och ett rättesnöre inom modern straffrätt, nämligen den s.k. *konformitetsprincipen*. Innebördens av denna är att endast den som har förmåga eller tillfälle att följa lagen bör kunna hållas straffrättsligt ansvarig. Konformitetsprincipen har sin största betydelse på lagstiftningsplanet. Om man menar allvar med den normstyrning som en kriminalisering är avsedd att innebära (att få medborgarna att göra eller underlåta vissa socialt förkastliga handlings sätt genom förbud eller påbud) måste medborgarna – som kriminaliseringen ytterst syftar till att påverka – kunna följa lagen. I ”kunna” ligger då både ett krav på att gärningsmannen har förmåga att följa lagen och att han eller hon har sådana kunskaper att han eller hon har tillfälle att göra just detta.

Frånvaro av förmåga att kunna följa lagen innebär att gärningsmannen saknar förmåga till kontroll över sitt beteende och därför kan ursäktas för sitt handlande. Det kan finnas en sådan bristande förmåga om gärningen är i egentlig mening ofrivillig (t.ex. en reflexrörelse) eller om gärningsmannen omöjligt kan utföra en viss i lagen påbudgen aktivitet på grund av bristande styrka, kunskap, skicklighet e.d. Grundtanken bakom skuldprincipen är att även situationer när någons sinness tillstånd är sådant att förmågan att förstå och bedöma gärningens innebörd eller förmågan till handlingskontroll är väsentligt påverkad bör tillmätas betydelse som en för honom eller henne ursäktande omständighet.

En *handling* är – till skillnad från en kroppsrörelse – en social företeelse. Att känna igen eller bedöma mänskligt handlande innebär att tolka mänskligt beteende i ett socialt sammanhang. En handling tillskrivs en person. Den är föremål för personens kontroll och därför beroende av dennes skäl, motiv, avsikter, föreställningar och önskemål m.m. Vår föreställning om verkligheten ger oss skäl att göra eller inte göra olika saker. Uppfattar vi det så att något förhållande föreligger eller kommer att föreligga som en konsekvens av vårt handlande, får det därmed betydelse för om vi företar handlingen eller avstår. Denna uppfattning får således betydelse som *handlingsskäl*. Det bör påpekas att förekomsten av ett handlingsskäl inte förutsätter att vi i handlingssituationen i någon mer påtaglig mening måste överväga om vi bör handla på ett visst sätt eller inte. I standardsituationer gör vi saker utan att ifrågasätta dem.

Dessa anmärkningar rörande handlingar och handlingsskäl måste kunna få betydelse för utformningen av det straffrättsliga ansvaret för psykiskt störda lagöverträdare. Den som t.ex. vid gärningstillfället befinner sig i ett akut psykotiskt tillstånd med sådana vanföreställningar eller hallucinationer att han eller hon helt har tappat kontakt med verkligheten har därmed saknat kontroll över sina handlingsskäl. Gärningsmannens uppfattning av gärningssituationen skiljer sig så markant från den faktiska verkligheten att det inte finns någon anledning till klander och därmed ingen skuld att utkräva ansvar för. Han eller hon har saknat förmåga att förstå gärningens innebörd. Skuldprincipen ger med andra ord stöd för att ansvarsfrihet ska föreligga i en sådan situation. I dessa fall är det – om man följer principen – orättfärdigt att döma ut ett straffrättsligt ansvar.

En riktigt genomförd prövning av det subjektiva rekvisitet (uppsåt eller oaksamhet) innebär visserligen att en del av de fall som här diskuteras inte leder till straffrättsligt ansvar. Men en del fall som inte bör leda till ansvar enligt skuldprincipen är sådana där det normalt anses finnas uppsåt. Som exempel kan nämnas ett fall där en person felaktigt trodde sig delta i krig. Gärningsmannen var medveten om att han eller hon sköt på människor och hade därför

uppsåt till just detta, men trodde som sagt att det skedde i en krigssituation, en föreställning som saknade all förankring i verkligheten. Ett annat fall kan vara, att någon attackerar en annan person i tron att denne är besatt av djävulen. Uppsåt att attackera en annan människa finns ju i en sådan situation, men gärningsmannens egen föreställning om gärningen och den situation i vilken den begås skiljer sig så markant från vad som rent faktiskt är fallet att det knappast ter sig rimligt att utkräva något straffrättsligt ansvar för denna.

Sammantaget ger således skuldprincipen ett starkt stöd för att ett krav på tillräknelighet eller ansvarsförmåga bör finnas som ett av grundkraven för straffrättsligt ansvar.

6. Närmare om utformningen av ett tillräknelighetskrav

Kravet på tillräknelighet bör ta sikte på gärningsmannens förmåga att på ett rationellt sätt förstå vad gärningen innebär i den situation som han eller hon befinner sig i. Först och främst bör det avse situationer när gärningsmannen har haft en bristande realitetsvärdering av typen vanföreställningar eller konfusion (förvirring, medvetandegrumling) som har varit avgörande för hans eller hennes bristande förståelse av situationen. Gemensamt för dessa situationer kan sägas vara att gärningsmannen inte har haft möjlighet att relatera sitt handlande (eller sin underlåtenhet) till dess faktiska sammanhang. Detta innebär att gärningsmannen har saknat förmåga att skilja mellan vad som är rätt eller fel, eftersom han eller hon har uppfattat omgivning, tidpunkt m.m. på ett helt annat sätt än det verkliga.

Man kan också uttrycka det så att gärningsmannen har befunnit sig i en annan verklighet, vilket innebär att han eller hon har saknat förmåga att på ett rationellt sätt förstå gärningens innebörd. Det behöver då inte handla om att det brister i gärningsmannens föreställning om den straffbelagda gärningens innebörd och dess konsekvenser, något som kan leda till att kravet på uppsåt inte är uppfyllt. Kravet på tillräknelighet tar i stället sikte på att gärningsmannen har saknat förmåga att förstå gärningens innebörd i den situation i vilken han eller hon befann sig.

Att bedömningen av kravet på tillräknelighet ska ta sikte på gärningens innebörd i en viss situation innebär att otilräkneligheten kan vara endast tillfällig. Det är alltså inte gärningsmannens tillräknelighet överlag som är relevant (om man nu kan tala om en sådan), utan tillräknelighetsfrågan ska vara kopplad till utförandet av en viss gärning.

För att det ska vara tydligt att det i detta fall inte rör sig om en uppsåtsbedömning bör det av tillräknelighetsbestämmelsen framgå att den förmåga som gärningsmannen har saknat gäller i förhållande till gärningens innebörd i den situation i vilken han eller hon befann sig. Detta ska alltså skiljas ifrån innebörden och konsekvenserna av den straffrättsliga gärningen. För att det av tillräknelighetsbestämmelsen på ett tydligt sätt ska framgå vad frågan om tillräknelighet innebär bör det anges att gärningsmannen har saknat förmåga att *förstå* gärningens innebörd på detta sätt. Man bör alltså undvika ordet *inse* som är nära förknippat med frågan om uppsåt. Detta kan beskrivas som att gärningsmannen har *saknat förmåga att förstå gärningens innebörd i den situation i vilken han eller hon befann sig*. En gärning som har begåtts i ett läge som detta, bör inte utgöra brott.

Det kan också vara så att gärningsmannen visserligen har förstått gärningens innebörd i den situation i vilken han eller hon befann sig men att hans eller hennes sinnestillstånd medför att han eller hon saknade förmåga att anpassa sitt handlande efter en sådan förståelse. Exempel på en sådan situation kan vara då gärningsmannen har starka imperativa hallucinationer eller

då han eller hon har en personlighetsstörning med extremt starka inslag av tvångsmässighet. Gärningsmannen kan i vissa sådana fall inte rimligen klandras för sitt agerande. Något moraliskt ansvar kan knappast åläggas. Den gärning som har begåtts bör därför inte heller i dessa fall utgöra brott. De nu aktuella situationerna kan beskrivas som att *gärningsmannen har saknat förmåga att anpassa sitt handlande efter sin förståelse* (av gärningens innebörd i den situation i vilken han eller hon befann sig).

7. Vilka konsekvenser får detta för psykiskt störda lagöverträdarens straffrättsliga ansvar? Slutsatser – teser

- Tes 1:** Psykisk störning bör kunna leda till ansvarsfrihet, om den gärning som den störde har utfört inte bör föranleda något moraliskt ansvar.
- Tes 2:** Endast sådana psykiska störningar av allvarligt slag som innebär att gärningsmannen haft en fullständigt förvrängd verklighetsuppfattning eller helt saknar förmåga att anpassa sitt handlande bör kunna leda till sådan ansvarsfrihet? Det medicinska tillståndet måste kvalificeras i rättsligt hänseende och påverka den enskilda gärningen. Det måste finnas ett orsakssamband och ett episodiskt skuldtänkande kopplat till utförandet av en gärning.
- Tes 3:** 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.

Forbudet mot dobbel strafforfølging («ne bis in idem»)

Professor *Jon Petter Rui*, Norge

Forbudet mot dobbel strafforfølging (*ne bis in idem*)

Professor Jon Petter Rui, Norge

Hovedtemaet til diskusjon ved Det nordiske juristmøtet er hvilken betydning Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) 7. tilleggsprotokoll (P7) art. 4, Schengenavtalen (CISA) artikkel 54, samt EUs Charter om grunnleggende rettigheter (EUCH) artikkel 50 har hatt og vil få for de nordiske land. Det bør også diskuteres om disse internasjonale instrumentene har hatt for stor betydning, eller eventuelt er gitt for lite oppmerksomhet. Temaet aktualiserer også forholdet mellom EMK-/EU-rett og nasjonal rett mer generelt. Referatet vil derfor i det følgende redegjøre for hovedinnholdet i tolkingen av artiklene, hvilken betydning de har hatt i de nordiske land, og det vil bli formulert noen spørsmål og teser, som kan danne grunnlag for diskusjon.

1. Innledning

Ne bis in idem betyr «ikke to ganger for det samme», og er den latinske benevnelsen på forbudet mot gjentatt straffefølging.¹ Forbudet går ut på at den som har vært utsatt for en straffefølging som har endt med en endelig avgjørelse, ikke skal bli utsatt for en ny forfølgning for samme forhold.

I nordisk sammenheng har prinsippet først og fremst gitt seg uttrykk i regler om straffedommers negative materielle rettskraft. Dansk rett har ingen uttrykkelig regel om straffedommers negative materielle rettskraft, men den er forutsatt i lovverket, og da først og fremst gjennom reglene om gjenåpning.² I Finland finnes *ne bis in idem*-regelen i rättergangsbalen 31:9, i Norge i straffeprosessloven § 51 og i Sverige i rättergangsbalen 30:9. Hos oss har således prinsippet tradisjonelt hatt en mer teknisk-prosessuell karakter, enn å være en grunnleggende menneskerettighet. Eksempelvis ble det uttalt i forarbeidene til den norske straffeprosessloven av 1981 at det egentlig ikke var nødvendig å gi noen lovbestemmelse som forbød gjentatt straffefølging, men at det likevel kunne gjøres fordi det fantes regler for dommers negative materielle rettskraftsvirkning i sivile saker.³ Når man hever blikket ut over Norden, vil en derimot se at *ne bis in idem* lenge er blitt ansett som et grunnleggende rettsstatsprinsipp, og en menneskerettighet. I Europa finner man et forbud mot gjentatt straffefølging på konstitusjonelt nivå blant annet i Italia, Spania, Tyskland og Østerrike. Det samme er tilfellet i USA, hvor prinsippet går under benevnelsen double jeopardy.

Selv om den historiske utviklingen av *ne bis in idem*-prinsippet har vært forskjellig i England og på kontinentet, ser vi at begrunnelsen for prinsippet er det samme. Det skal sikre at individet ikke skal bli utsatt for den *belastning* det representerer å bli utsatt for straffefølging av staten mer enn en gang for det samme forhold. Nærmere bestemt er det ikke akseptabelt

1 *Ne bis in idem* er en forkortelse av den romerrettslige formuleringen «*bis de eadem re ne sit actio*».

2 Stephan Hturwitz: *Den danske strafferetspleje*, 3. forkortede og reviderede udgave, København 1959 s. 547 og Hans Gammeltoft-Hansen: *Strafferetspleje III*, København 1996 s. 186–187.

3 Innstilling om Rettergangsmåten i straffesaker, 1969 s. 166. Se også Anne Robberstad: *Rettskraft*, Oslo 2006 s. 265.

at staten innretter sitt maktapparat på en måte som utsetter individet for den påkjenning det er å måtte gå gjennom flere prosesser for samme forhold. Når en prosess er avsluttet, skal vedkommende ha trygghet for at siste ord er sagt. Gjentatt strafforfølgning vil også kunne ha store negative økonomiske konsekvenser for den som blir utsatt for det.⁴ I amerikansk konstitusjonell rett er forbudet mot gjentatt strafforfølgning også begrunnet i hensynet til materielt riktige avgjørelser og «fairness»: Hvis staten får mulighet til å gjennomføre flere ikke ufeilbarlige prosesser mot tiltalte, vil den statistiske muligheten for uriktig domfellelse øke. Dette forsterkes ved at flere prosesser mot samme person for samme forhold vil trette ut tiltaltes forsvarsevne, samt at myndighetene gjennom flere prosesser vil identifisere mulige svakheter i sin argumentasjon, samt avdekke tiltaltes taktikk for å oppnå frifinnelse.⁵

Den historiske forankringen av *ne bis in idem*-prinsippet samt dets begrunnelse forklarer at det er inntatt i sentrale menneskerettslige instrumenter. På globalt plan er det inntatt i FNs konvensjon for sivile og politiske rettigheter artikkel 14 nr. 7. På europeisk nivå finner vi det i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon Protokoll 7 artikkel 4. Artikkelen forbyr gjentatt strafforfølgning av samme forhold innenfor samme stat. På EU-nivå er det flere artikler som knesetter *ne bis in idem*-prinsippet. Det kommer til uttrykk i EUs charter om grunnleggende rettigheter (EUCH) artikkel 50, Schengenavtalen (CISA) artikkel 54, det er anerkjent som et alminnelig prinsipp innen EUs konkurranserett, og *ne bis in idem* er en av flere obligatoriske avslagsgrunner i forskjellige utleveringskonvensjoner.

2. EMK P7 art. 4

2.1. Konvensjonstolkningen

EMK P7 art. 4 lyder slik:

«1. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence, for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2. The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

3. No derogation from this Article shall be made under Article 15 of the Convention.»

Tolkningen av *ne bis in idem*-regelen i nr. 1 reiser i hovedsak følgende spørsmål: 1) Hvilke avgjørelser skal tillegges sperrerevirkning? 2) Fra hvilket tidspunkt skal avgjørelsen tillegges sperrerevirkning? 3) Hvilke avgjørelser skal anses som en ny forfølgning? 4) Fra hvilket tidspunkt foreligger det ny forfølgning? 5) Hvordan skal grensen trekkes mellom ny forfølgning og parallell forfølgning? 6) Hva ligger i at forfølgningene må angå samme forhold («offence»)?

Spørsmål 2 er ukontroversielt: Som den store hovedregel er det nasjonale regler om når en avgjørelse oppnår formell rettskraft, som er bestemmende for fra hvilket tidspunkt en

⁴ *Op.cit.* s. 121–123.

⁵ *Op.cit.* s. 75–76.

avgjørelse skal tillegges sperrevirkning. En avgjørelse oppnår formell rettskraft når fristen for å anvende ordinære rettsmidler mot den er utløpt.⁶ Svaret på spørsmål 4 er også klart: Enhver ny strafforfølgning er forbudt.⁷ Artikkelen forbyr altså ikke bare dobbeltstraff, slik at det ikke er formelt korrekt å benevne regelen som et forbud mot dobbeltstraff. Dette følger for så vidt også av at den sperrende avgjørelsen ikke bare behøver å være en domfellelse; også en frifinnelse vil ha sperrevirkning. Når det gjelder spørsmål 5, er det slik at EMK P7 art. 4 i utgangspunktet er en regel om negativ materiell rettskraft, og ikke en litispensregel. Likevel følger det av praksis fra EMD at EMK P7 art. 4 i en viss utstrekning forbyr parallell forfølgning.⁸

Når det gjelder spørsmål 3, kan det ut fra ordlyden se ut som at den sperrende avgjørelsen må være truffet i samsvar med nasjonal straffeprosess, mens hva som anses som ny forfølgning avgjøres uten referanse til nasjonal rett. EMD slo imidlertid tidlig fast at det beror på en *autonom* tolking både hvilke avgjørelser som skal tillegges sperrevirkning, og hvilke saker som skal anses som en ny forfølgning. Samtidig gjorde EMD det klart at straffebegrepet i artikkelen er enhetlig.⁹ Vi står så igjen med to sentrale spørsmål: For det første hvilke avgjørelser som skal tillegges sperrevirning etter EMK P7 art. 4 (*bis*), og for det annet hvordan avgjør vi om den sperrende avgjørelse og den nye forfølgning angår samme forhold (*idem*)?

Ad. 1 (*bis*): EMDs tolking av *bis* kan deles inn i tre stadier. *Stadium 1:* Allerede i konvensjonspraksis fra 1995 finnes det holdepunkter for at hva som anses som en straffesak etter artikkelen, var sammenfallende med vurderingen av hva som er straff etter EMK artikkel 6,¹⁰ og dette ble siste gang klart uttrykt i avgjørelsen *Rosenquist mot Sverige* fra 2004.¹¹ Artikkel 6 gir anvisning på en autonom og relativt vid tolking av hvilke saker som skal anses som straffesaker. De såkalte Engelkriteriene er avgjørende, nærmere bestemt den nasjonale klassifikasjon, normens innhold og reaksjonens innhold og alvor.¹² Kriterium 2 og 3 tolkes autonomt, uten referanse til nasjonal rett. Kriteriene er alternative, slik at dersom ett av dem foreligger, er forholdet å anse som en straffesak i konvensjonens forstand. Også dersom ingen av kriteriene er oppfylt, kan et forhold bli ansett som straff etter en kumulativ helhetsvurdering av kriteriene.¹³ Ut fra Engelkriteriene er det klart at et stort antall saker, som ikke er straffesaker (men forvaltningssaker) i nasjonal rett, vil bli ansett som en straffesak («criminal charge») etter EMK art. 6. Som eksempler fra EMDs praksis kan nevnes ileggelse av tilleggsavgift,¹⁴ forvaltningsmessig sanksjon i form av prikkbelastning i førerkort (uten at prikkbelastningen fikk noen umiddelbar konsekvens)¹⁵ og forvaltningsmessig ileggelse av bot på 60 tyske mark for uforsiktig kjøring.¹⁶ I relasjon til EMK P7 art. 4 vil således disse sakstypene forhindre en straffesak om samme forhold.

Stadium 2: I 2007 avsa EMD to avgjørelser i saker mot Norge, nærmere bestemt *Mjelde* og *Storbråten*.¹⁷ Forholdet i den ene saken var at Storbråten først ble ilagt konkursskarantene,

6 *Zolotukhin mot Russland*, søkenummer 14939/03, storkammerdom av 10. februar 2009 avsnitt 108–109.

7 *Zolotukhin* avsnitt 83 og avsnitt 110–111.

8 Se nærmere *Jon Petter Rui 2009, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, Tromsø 2009, s. 293–299.

9 *Jon Petter Rui 2009, Forbudet mot gjentatt straffeforfølgning*, Tromsø 2009, s. 151–152.

10 *Gradinger mot Østerrike*, søkenummer 15963/90, dom av 23. oktober 1995.

11 Søkenummer 60619/00, avvisningsavgjørelse av 14. september 2004.

12 *Engel og andre mot Nederland*, søkenummer 5100/71; 5101/71; 5354/72; 5370/72, dom av 8. juni 1976.

13 *Rui 2009* s. 156.

14 *Janosevic mot Sverige*, søkenummer 34619/97, dom av 23. juli 2002.

15 *Malige mot Frankrike*, søkenummer 27812/95, dom av 23. september 1998.

16 *Öztürk mot Tyskland*, søkenummer 8544/79, dom av 21. februar 1984.

17 *Mjelde mot Norge*, søkenummer 11143/04, avvisningsavgjørelse av 1. februar 2007 og *Storbråten mot Norge*, søkenummer 12277/04, avvisningsavgjørelse av 1. februar 2007.

som er en forvaltningsmessig reaksjon. Etter at vedtaket var blitt endelig, ble han straffedømt for overtredelser av bestemmelser i straffeloven, regnskapsloven, merverdiavgiftsloven og ligningsloven. Det faktiske grunnlag for domfellelsen var det samme som grunnlaget for konkurskarantenen. Etter å ha utømt nasjonale rettsmidler brakte Storbråten saken inn for EMD, med påstand om at vedtaket om ileggelse av konkurskarantene sperret for ny strafforfølgning, jf. EMK P7 art. 4. Ved drøftelsen av om konkurskarantene hadde sperrevirkning brukte EMD ikke bare Engelkriteriene, men «a wider range of criteria».¹⁸ Jeg har valgt å kalle disse kriteriene for Dobbeltfølgingskriteriene.¹⁹ Til forskjell fra Engelkriteriene, som er alternative, ble det nå anlagt en helhetsvurdering. Konklusjonen ble at konkurskarantene ikke ble ansett som straffesak i relasjon til EMK P7 art. 4.

Dette nye vurderingstemaet er klart snevrere enn Engelkriteriene; hvis de var blitt lagt til grunn, ville EMD etter all sannsynlighet kommet til at konkurskarantene var å anse som en avgjørelse med sperrevirkning.²⁰ Den største forskjellen mellom Engelkriteriene og Dobbeltfølgingskriteriene er EMDs vurdering av formålet med reaksjonen. Etter Engelkriteriene gjør EMD en selvstendig og objektivisert prøving av hva som er formålet med en reaksjon.²¹ Etter Dobbeltfølgingskriteriene aksepterer EMD derimot som hovedregel det staten har anført som formål med reaksjonen. Bare i de tilfeller staten har ansett formålet med reaksjonen ikke å være straff, men der dette er åpenbart urimelig, vil EMD «skjære gjennom» og anse det som strafferettslig, slik at det sperrer for ny forfølgning.²² Denne tilnærmingen har klare likhetstrekk med hvordan forbudet mot gjentatt strafforfølgning er blitt tolket av den amerikanske forfatningsdomstolen (U.S. Supreme Court) i *Hudson v. United States*.²³ *Thomas III* uttaler om dommen at forfatningsdomstolen «adopted a legislative-prerogative presumption: the legislature's preference for a civil or criminal 'label' for the sanction will control unless there is the 'clearest proof' that the sanction is punitive despite the legislative intent to the contrary. This legislative preference can be express or intent».²⁴ Det er verdt å merke seg at denne dommen fravek tidligere praksis, og anla et klart snevrere straffebegrep, enn det som hadde vært brukt tidligere. I tidligere praksis var det blitt brukt et straffebegrep, som hadde klare likhetstrekk med Engelkriteriene.²⁵

Stadium 3: I 2009 avsa EMD den første storkammerdommen hvor tolkingen av EMK P7 art. 4 var tema, *Zolotukhin mot Russland*.²⁶ Hva gjaldt *bis*, var spørsmålet om en dom hvor det ble ilagt en administrativ frihetsstraff på tre dagers arrest, hadde sperrevirkning. Ved drøftelsen uttalte EMD at formuleringen «penal procedure» i EMK P7-art. 4 måtte tolkes «... in light of the general principles concerning the corresponding words 'criminal charge' and 'penalty' in Article 6 and 7 of the Convention ». EMD benyttet deretter Engelkriteriene,

18 «The law», B. The Court's assessment.

19 *Rui 2009* s. 164.

20 NOU 1993: 16 Etterkontroll av konkurs- og pantelovgivningen mv. s. 87 og Jens Edvin Skoghøy: «Forbudet mot gjentatt strafforfølgning i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon Protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 ('ne bis in idem')», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 1/2003 s. 1-39 på s. 18-19 og *Rui 2009* s. 165. I samme retning Asbjørn Strandbakken: *Uskyldspresumsjonen*, Bergen 2003 s. 333-336 og Jørgen Aall: *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave Bergen 2007 s. 338.

21 *Rui 2009* s. 158 og Rt. 2012 s. 921 avsnitt 28.

22 Jon Petter Rui: «Forbudet mot gjentatt strafforfølgning (*ne bis in idem*) i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon protokoll 7 artikkel 4 – på ny», *Lov og Rett* nr. 5/2009 s. 283-298 på s. 285.

23 511 U.S. 767, 114 S.Ct. 1937, 128 L.Ed.2d 767 (1994).

24 George C. Thomas III: *Double Jeopardy, The History, The Law*, New York 1998 s. 127.

25 *Rui 2009* s. 77-79.

26 Søkenummer 14939/03, storkammerdom av 10. februar 2009

ikke Dobbeltforfølgningskriteriene, ved vurderingen av om illeggelsen av den administrative straffen var til hinder for ny straffeforfølgning. Etter en relativt kort vurdering av normens karakter og sanksjonens innhold og alvor kom domstolen til at avgjørelsen måtte tillegges sperrervirkning. I etterfølgende avgjørelser har EMD fulgt opp linjen fra *Zolotukhin*, og brukt Engeltkriteriene ved drøftelse av om en avgjørelse skal tillegges sperrervirkning.²⁷

Ad. 2 (*idem*): Også ved tolkingen av hva som anses som samme forhold («*offence*») har EMD vinglet. I tidlig konvensjonspraksis ble det lagt til grunn at det avgjørende for om den sperrende avgjørelsen og den nye forfølgningen angikk samme forhold, var om de rettet seg mot samme faktiske handling.²⁸ I *Oliveira mot Sveits*²⁹ endret EMD rettsoppfatning. Forholdet her var at Oliveira ved kjøring på vinterføre hadde mistet kontroll over bilen og kommet over i motsatt kjørefelt. Her hadde hun truffet to motgående biler, hvorav sjåføren i den ene var blitt alvorlig skadet. Oliveira ble først ilagt en bot av politimesteren i Zürich i medhold av vegtrafikkloven seksjon 31 og 32. Det fremgikk her blant annet at sjåfører til enhver tid skal holde kontroll over kjøretøyet for å oppfylle sin plikt til å kjøre aktsomt, og at sjåfører må avpasse farten etter forholdene. Deretter ble hun ilagt en bot av statsadvokaten i medhold av straffeloven artikkel 125. Bestemmelsen satte straff for den som uaktsomt forårsaker skade på en annens legeme eller helse. EMD kom til at begge forfølgningene angikk samme faktiske handling (*idem factum*). Men siden bestemmelse som var brukt i de to forfølgningene hadde forskjellig rettslig karakteristikk (*idem crimen*), hadde det ikke skjedd en gjentatt forfølgning av samme forhold. EMD fulgte opp bruken av rettslig karakteristikk som avgrensingskriterium ut over 2000-tallet, men tolkingene var langt fra klare og konsistente.³⁰ I enkelte saker ble gjerningsinnholdet i bestemmelsene som var blitt brukt i forfølgningene det avgjørende. I andre saker ble det lagt vekt på marginale forskjeller mellom bestemmelsenes skyldkrav, og det ble fremhevet at bestemmelser som i det ytre var like, likevel hadde forskjellig karakteristikk, fordi de hadde forskjellig formål. Dette gav en svært snever, om ikke illusorisk, beskyttelse mot gjentatt strafforfølgning.³¹ Det er vanskelig å se at belastningen med en ny forfølgning av samme faktiske handling med grunnlag i bestemmelser som er identiske blir mindre, fordi bestemmelsene som er brukt i forfølgningene har ulikt formål.

I storkammerdommen *Zolothukin* kom et nødvendig skifte. EMD fremholdt her:

«The Court ... notes that the approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual, for if the Court limits itself to finding that the person was prosecuted for offences having a different legal classification it risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective as required by the Convention ... Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second 'offence' in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.»³²

Men hva ligger nærmere i avgrensingskriteriet «samme faktiske handling»? For å klargjøre det må EMDs subsumsjon tas i nærmere øyesyn. Faktum i saken var at Zolotukhin

27 Bl.a. *Routsalainen mot Finland*, søkenummer 13079/03, dom av 16. juni 2009; *Tsonev mot Bulgaria*, søkenummer 2376/03, dom av 14. januar 2010; *S.C. IMH Sucenava S.R.L. mot Romania*, søkenummer 24935/04, dom av 29. oktober 2013 og *Khmel mot Russland*, søkenummer 20383/04, dom av 12. desember 2013.

28 *Gradinger mot Østerrike*, søkenummer 15963/90, dom av 23. oktober 1995. Se nærmere *Rui 2009* s. 373.

29 Søkenummer 25711/94, dom av 30. juli 1998.

30 Dette erkjennes og utdypes av EMD selv i *Zolothukin* avsnitt 70–77.

31 Nærmere *Rui 2009* s. 384–398.

32 Avsnitt 81–82.

og kjæresten hans ble påtruffet av militært politi på militært område. De ble innbrakt til en politistasjon for å få klarlagt hvordan han hadde fått uvedkommende inn på militært område. Da de var kommet inn på politistasjonen, begynte Zolotukhin å kjeft på tjenestemennene som hadde innbrakt ham, og gav seg ikke på tross av gjentatte anmodninger om å slutte. Han dyttet bort den ene tjenestemannen og forsøkte å stikke av, men ble stoppet og påsatt håndjern. Han ble så tatt inn på kontoret til stasjonssjefen, major K. Han skrev en rapport om Zolotukhins oppførsel og innstilte på at han skulle ilegges en administrativ sanksjon. Mens major K skrev rapporten, kjeftet Zolotukhin på ham og fremsatte trusler om vold. Han prøvde på nytt å rømme, men ble stoppet. Etter at rapporten var ferdigskrevet, ble Zolotukhin transportert til en annen politistasjon. På turen fortsatte han å kjeft på major K. Han fremsatte også drapstrusler mot majoren fordi han hadde igangsatt administrativ forfølgning. Zolotukhin ble samme dag dømt til tre dagers arrest for overtredelse av Code of Administrative Offences art. 158, som rammet «minor disorderly acts». Bestemmelsen rammet tre typer handlinger: «Utterance of obscenities in public», «offensive behaviour towards others» og «other acts that breach public order». Det faktiske grunnlaget for domfellelsen var munnbruk overfor polititjenestemennene og forstyrrelse av offentlig orden umiddelbart etter ankomsten til politistasjonen.

Etter at denne avgjørelsen var blitt endelig, ble det igangsatt straffefølgning, og Zolotukhin ble tiltalt for tre forhold. Det første tiltalepunktet gjaldt overtredelse av straffeloven art. 213, som rammet «disorderly acts». For at Zolotukhin skulle kunne bli dømt etter bestemmelsen, måtte påtalemyndigheten bevise at at han hadde «seriously breached public order or displayed a flagrant disrespect towards the community, used violence or threatened the use of violence» og «resisted a public official». Det faktiske grunnlaget for tiltalen var at Zolotukhin hadde brukt munn overfor polititjenestemennene som hadde innbrakt ham, og at han hadde dyttet den ene tjenestemannen og truet ham med voldsbruk. Det andre tiltalepunktet var overtredelse av straffeloven art. 319, som rammet fornærmelse av offentlig tjenestemann. Det faktiske grunnlaget var at Zolotukhin hadde kjeftet på major K mens han skrev rapporten. Det tredje tiltalepunktet gjaldt overtredelse av straffeloven art. 318. Bestemmelsen satte straff for blant annet å fremsette trusler overfor offentlig tjenestemann. Her var det faktiske grunnlaget at han hadde truet med å drepe majoren under bilturen.

Ved drøftelsen av om straffefølgningen sperret for den administrative forfølgningen, innledet EMD med å slå fast at:

«... there was no temporal and spatial unity between the three episodes. It follows that although in essence the applicants conduct was substantially similar during the entire day of 4 January 2002 – in that he continued being verbally abusive towards various officials – it was not a continuous act but rather different manifestations of the same conduct shown on a number of distinct occasions.»

Vi ser her at relevante momenter ved vurderingen av om to forfølgninger angår samme faktiske handling, er om det er tidsmessig eller stedsmessig sammenheng mellom handlingene. EMD anså det altså slik at Zolotukhins munnbruk mot polititjenestemennene, munnbruken mot major K mens han skrev rapporten, og truslene han fremsatte på bilturen mot major K, var tre ulike faktiske handlinger. At domstolen ser det slik at munnbruken inne på major Ks kontor og munnbruken under bilturen ikke er samme faktiske handling, tyder på at nokså små avvik med hensyn til tid og sted for forøvelsen av handlingene medfører at det er tale om ulike faktiske handlinger.

Spørsmålet var så om tiltalen for overtredelse av straffeloven art. 213 (fornærmelse av offentlig tjenestemann) gjaldt samme faktiske handling som den administrative forfølgningen.

EMD uttalte at siden forfølgningene lå innenfor samme tidsrom og var rettet mot den samme siktede, var det nødvendig å undersøke om de fakta som lå til grunn for domfellelsen og de fakta han ble tiltalt for, var de samme eller i det vesentlige de samme:

«The facts that gave rise to the administrative charge against the applicant related to a breach of public order in the form of swearing at the police officials Ms. Y. and Captain S. and pushing the latter away. The same facts formed the central element of the charge under Article 213 of the Criminal Code, according to which the applicant had breached public order by uttering obscenities, threatening Captain S. with violence and offering resistance to him. Thus, the facts in the two sets of proceedings differed in only one element, namely the threat of violence, which had not been mentioned in the first proceedings. Accordingly, the Court finds that the criminal charge under Article 213 § 2 (b) embraced the facts of the offence under Article 158 of the Code of Administrative Offences in their entirety and that, conversely, the offence of «minor disorderly acts» did not contain any elements not contained in the offence of «disorderly acts». The facts of the two proceedings must therefore be regarded as substantially the same for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7. As the Court has emphasised above, the facts of the two offences serve as its sole point of comparison, and the Governments argument that they were distinct on account of the seriousness of the penalty they entailed is therefore of no relevance for its inquiry.»

Det Domstolen her gjør, er å foreta en sammenligning av de bevistema som ble prøvd i den første forfølgningen, og de bevistema som dannet grunnlag for den nye forfølgningen. Siden det bare var ett nytt bevistema i den nye forfølgningen, nemlig om Zolotukhin hadde truet med voldsbruk, angikk forfølgningene i det vesentlige samme faktum. På dette grunnlaget konkluderte EMD med at det hadde skjedd en krenkelse av EMK P7 art. 4.

2.2. Betydning for norsk rett

Norge er utvilsomt det nordiske land hvor EMKs *ne bis in idem*-regel har hatt størst innvirkning på nasjonal rett. Frem til dags dato Norges Høyesterett behandlet til sammen 58 saker hvor artikkelen i en eller annen form er blitt drøftet.³³ Grunnen er i hovedsak Høyesteretts tolking av *bis*, og utviklingen startet for alvor i 2002. I en avgjørelse avsagt av Høyesterett i plenum,³⁴ ble det lagt til grunn at et endelig vedtak truffet av skattemyndighetene om ileggelse av forhøyd tilleggsatt (60 %) var til hinder for at påtalemyndigheten startet straffeforfølgning for skattesvik. I Rt. 2003 s. 1100 slo Høyesterett for første gang fast at forvaltningssaker som anses som straffesaker etter straffebegrepet i EMK art. 6 («criminal charge»), skulle tillegges sperrevirkning etter EMK P7 art. 4, med andre ord at straffebegrepene i EMK art. 6 og EMK P7 art. 4 var sammenfallende. Slik jeg ser det, var dette en korrekt tolking av de avgjørelser som da forelå fra EMD.³⁵ I senere avgjørelser kom Høyesterett til at følgende forvaltningssanksjoner var straff etter det enhetlige straffebegrepet i EMK: Ileggelse av tilleggsavgift på 50% etter merverdiavgiftsloven,³⁶ ileggelse av ordinær tilleggsatt ligningsloven,³⁷ vedtak om

33 Se *Rui 2009* s. 19 med videre henvisninger. Siden boken ble ugift har følgende avgjørelser kommet til: Rt. 2010 s. 72; Rt. 2010 s. 1121; Rt. 2011 s. 172; Rt. 2011 s. 1509; Rt. 2011 s. 1690; Rt. 2012 s. 921 og Rt. 2012 s. 1051.

34 Rt. 2002 s. 557.

35 Jon Petter Rui: «Det materielle straffebegrep i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* nr. 3/2005 s. 294–369 på s. 302–303.

36 Rt. 2003 s. 1376.

37 Rt. 2004 s. 645.

tvangsplassering i barnevernstinstitusjon etter barnevernloven,³⁸ vedtak om nektelse av prøveløslatelse etter straffegjennomføringsloven,³⁹ vedtak om midlertidig bortfall av retten til å drive omsetning av fisk⁴⁰ og vedtak om tilbaketrekking av fiskeritillatelse.⁴¹

Høyesteretts tolking av straffebegrepet i EMK medførte også at lovgivningsarbeid ble igangsatt. I 2003 avga det såkalte Sanksjonsutvalget en utredning.⁴² Mandatet hadde blant annet vært å avklare forholdet mellom nasjonal rett og EMK. Hva gjelder *ne bis in idem*, foreslo Sanksjonsutvalget å lovfeste et forbud mot gjentatt straffeforfølgning i den norske forvaltningsloven.⁴³

Med dette som bakgrunn var det nok flere som ble overrasket da EMD i avgjørelsene *Mjelde og Storbråten* mot Norge i 2007 kom til at straffebegrepet i EMK P7 art. 4 ikke var sammenfallende med straffebegrepet i konvensjonens øvrige artikler, men klart snevrere, jf. Dobbelutfølgningskriteriene. Etter disse kriteriene ville ikke blant annet vedtak om tvangsplassering etter barnevernloven klart ikke anses som en avgjørelse med sperrevirkning etter EMK P7 art. 4. Det samme gjelder vedtak om midlertidig bortfall av retten til å drive omsetning av fisk og vedtak om tilbaketrekking av fiskeritillatelse.⁴⁴ Men, som kjent: I 2009 endret EMD i *Zolotukhin* igjen sin tolking av straffebegrepet i EMK P7 art. 4, ved å gå tilbake til at det var sammenfallende med straffebegrepet i EMK art. 6.

Tolkingen av *idem* har også medført en del «frem og tilbake» i Norge. I Rt. 2004 s. 645 la Høyesterett til grunn at ileggelse av ordinær tilleggsatt ville sperre for en straffeforfølgning for overtredelse av ligningslovens straffebestemmelser. Det samme hadde da siden 2002 vært praksis i norsk ligningsforvaltning. I Rt. 2006 s. 1409 kom derimot Høyesterett til at et forvaltningsvedtak om ileggelse av tilleggsatt ikke var samme forhold som en straffesak. Sentralt i resonnetet stod *Rosenquist*. Med grunnlag i Rt. 2010 s. 72 er rettsstillingen imidlertid blitt endret en tredje gang. På bakgrunn av at EMD i *Zolotukhin* hadde fraveket *Rosenquist*, konkluderte Høyesterett med at ileggelse av forhøyd tilleggsatt sperret for ny forfølgning for overtredelse av ligningslovens straffebestemmelser. Det samme vil gjelde for ordinær tilleggsatt.

Det skal forholdsvis lite til for at norsk Høyesterett konstaterer motstrid mellom EMK og nasjonal rett, slik at konvensjonen gis forrang. I en plenumsdom fra 2000 gjennomførte norsk Høyesterett en lengre teoretisk drøftelse (vel tre sider) av hvordan Høyesterett og andre rettsanvendere skulle tolke konvensjonen.⁴⁵ Drøftelsen kan i korthet oppsummeres slik: Norske domstoler skal tolke konvensjonen slik EMD selv tolker konvensjonen. Det skal imidlertid ikke bygges inn noen sikkerhetsmargin mot at Norge kan bli dømt av EMD. Det er EMD som har hovedansvaret for å utvikle konvensjonen, og norske domstoler skal ikke tolke konvensjonen for dynamisk. Dette er blitt benevnt som prinsippet om selvstendig tolking.⁴⁶

38 Rt. 2003 s. 1827.

39 Rt. 2004 s. 927; Rt. 2004 s. 943 og Rt. 2004 s.

40 Rt. 2004 s. 1500.

41 Rt. 2006 s. 1498.

42 NOU 2003:15 Fra bot til bedring.

43 NOU 2003:15 s. 352-353.

44 Rui 2009 s. 192-193.

45 Rt. 2000 s. 996. Prinsippene er gjentatt i Rt. 2002 s. 557 og Rt. 2005 s. 833.

46 Jens Edvin Skoghøy: «Norske domstolers lovkontroll i forhold til inkorporerte menneskerettighetskonvensjoner», *Lov og Rett* nr. 6/2002 s. 337-354 på s. 342.

2.3. Betydning for svensk rett

I svensk rett har man en noe annen tilnærming til EMK-retten enn i Norge. Spørsmålet om hvilken betydning EMK P7 art. 4 har for svensk rett kom første gang opp for Högsta Domstolen i NJA 2000 s. 622. Spørsmålet var om illeggelse av tilleggsrett var til hinder for senere strafforfølging, jf. EMK P7 art. 4, noe domstolen besvarte benektende. Högsta Domstolen uttalte her for første gang det som er blitt kalt «klart stöd-doktrinen»; når konvensjonens ordlyd ikke gir noen holdepunkter, kreves det klar støtte i EMDs praksis for å «underkänna den ordning som gäller enligt svensk reglering». ⁴⁷ Klart stöd-doktrinen er visstnok i det vesentlige grunnet på at det i forarbeidene til inkorporeringsloven ble uttalt at det «i första hand ankommer på lagstiftaren att se till att den svenska rätten stämmer överens med konventionens bestämmelser». ⁴⁸ I NJA 2004 s. 840 kom spørsmålet om gjentatt strafforfølging opp på ny, da i relasjon til miljø sanksjonsavgifter og strafforfølging. Högsta Domstolen kom heller ikke her til at gjentatt forfølging var problematisk, og gjentok klart stöd-doktrinen.

Etter at EMD hadde avsagt *Zolothukin* i 2009, kom Högsta Domstolen i NJA 2010 s. 168 til at EMK P7 art. 4 var til hinder for strafforfølging av det samme forhold som tidligere hadde dannet grunnlag for tilleggsrett. Det ble presisert at artikkelen ikke var til hinder for parallell forfølging, hvis det var en tilstrekkelig saklig og tidsmessig nærhet mellom forfølgningene. Når det gjaldt klart stöd-doktrinen, ble den opprettholdt når det gjelder spørsmålet om lovgivning er i strid med EMK-retten (normpröningsperspektivet). Når det derimot gjaldt spørsmålet om konvensjonsmessighet i tilfeller det ikke var tale om å sette til side nasjonal lovgivning (rättstillämpningsperspektivet), anla domstolen en annen linje, som av *Asp*, som er opphavsmann til begrepene i parentes, forklarer rättstillämpningsperspektivet slik: «Konventionen kan i dessa fall ... användas på ett betydligt friare sätt – som tolkningsunderlag, som grund för utfyllnad osv. – och det sentrala blir att det inte blir avgörande att finna tydligt stöd i Europadomstolens praxis för et visst synsätt, även om Europadomstolens praxis naturligtvis sätter upp gränser för vad som kan göras på nationell nivå...» ⁴⁹

I NJA 2013 s. 48 kom Högsta Domstolen til at ordningen med forvaltningmessig forfølging og senere strafforfølging av samme forhold *som sådan* var i strid med EMK P7 art. 4: «Att i rättspraxis upprätthålla bara vissa delar av ett system som är tenkt att vara sammanhängande skulle vidare leda till en svårförklarlig ordning och en i vissa fall svårtillämpad skillnad i reaktion på likartade regelöverträdelser. Det måste då också vägas in att rettsvecklingen i Europadomstolen sedan år 2009 inte har föranlett de lagstiftningsåtgärder som hade kunnat förväntas». En slik tilsidesettelse av lovgivning *in abstracto* er ukjent i norsk rett. Som nevnt ovenfor tillater EMK P7 art. 4 til en viss grad parallell forfølging. Helt å sette til side et tosporet sanksjonssystem kan ikke hjemles i EMK-retten. For øvrig relativiserte Högsta Domstolen klart stöd-doktrinen noe i NJA 2013 s. 48. ⁵⁰

47 Dag Victor: «Svenska domstolars hantering av Europakonventionen», *Svensk Juristtidning*, 2013 s. 343-396 på s. 358.

48 *Op.cit.* s. 361.

49 Petter Asp: «Vid vägs ende – vad säger Högsta domstolen om dubbelbestrafningen?», artikkel på *Infotorg Juridik* av 14. juni 2013 (<https://www5.infotorg.se/rb/premium/straffatt/ekobrott/article194257.ece?q=&id=194257&start=1&filter=meta.collection%253APLAN02&rID=1389710125972&index=12&desc=&sf=FD&fhe=0&docType=plan&db=PLEX>, sist besøkt 16.01.2014).

50 Avsnitt 55. Se nærmere *Asp* 2013.

2.4. Betydning for dansk rett

Toftegaard Nielsen har påpekt at EMK P7 art. 4 på langt nær har hatt tilsvarende konsekvenser i Danmark, som i Norge og Sverige. I en artikkel fra 2004 opplyser han at artikkelen ikke har vært tema i en eneste sak for dansk Høyesteret, men kun én sak i Østre landsret.⁵¹ Siden er det kommet til en sak fra Østre landsret⁵² og en sak er behandlet av Høyesteret.⁵³

Etter det jeg kjenner til, har ikke dansk Høyesteret på teoretisk grunnlag uttalt seg om hvordan Høyesteret selv og andre domstoler skal tolke EMK. I forarbeidene til den danske inkorporeringsloven ble uttalt at det i første rekke var Folketinget som skulle sikre Danmarks oppfyllelse av konvensjonsforpliktelsene. For at danske domstoler skal sette til side dansk rett med grunnlag i EMK, må det «[f]oreligge en afklaring med hensyn til konventionens fortolkning, idet der foreligger praksis, der direkte har taget stilling til det pågældende fortolkingssspørsmål, eller hvor det på grundlag af praksis med betydelig grad af sikkerhed kan fastslås, hvorledes et fortolkingssspørsmål må forventes at vil falde ud». Det foreligger derimot ikke motstrid hvis det «ikke findes nogen [EMD] praksis, eller hvor [EMD] praksis ikke giver grundlag for slutninger med rimelig sikkerhed».⁵⁴ Det ser ut som at det skal atskillig mer til for at danske domstoler skal kunne sette til side en rettsregel med grunnlag i motstridsmestemmelsen i inkorporeringsloven, enn det som er situasjonen i Norge.⁵⁵

2.5. Betydning for Islandsk rett

Meg bekjent er en sak om tematikken behandlet av Islandsk Høyesterett. Spørsmålet her var om et vedtak om tilleggsskatt skulle tillegges sperrevirkning, noe som ble besvart benektende. Selv om dommen ble avsagt etter at Zolotukhin-dommen fra EMD forelå, kom Høyesterett til at praksis fra Strasbourg ikke var tilstrekkelig klar til å sette til side den etablerte ordningen i Island med et tosporet system (forvaltnings- og straffesaksjoner).⁵⁶

2.6. Spørsmål/teser

1) Etter EMDs tolking av *bis* er det svært mange typer forvaltningssaker som vil ha sperrevirkning. Burde EMD heller ha holdt seg til det snevrere straffebegrepet i *Mjelde* og *Storbråten*?

Tese 1: EMD burde lagt til grunn Dobbeltfølgingskriteriene, en legislative-prerogative-approach etter inspirasjon fra U.S. Supreme Court. En slik tolking er mer i samsvar med målsetningen med EMK, som er å skape et minstevern. Bruken av Engelkriteriene gir en for stor harmoniserende effekt, og griper for mye inn i nasjonale myndigheters domene. Det er grunn til å minne om at det er en vesensforskjell mellom *ne bis in idem* og rettighetene i EMK art. 6. Engelkriteriene gir konvensjonsrettighetene

51 Gorm Toftegaard Nielsen: «Dobbeltstraf 'ne bis in idem'», i Gorm Toftegaard Nielsen/Jens Vedsted Hansen/Claus Haagen Jensen: *Festskrift om menneskerettigheter til Carl Aage Nørgaard*, København 2004, s. 297–318 på s. 297.

52 UfR ONLINE, TIK2013.1126/2.

53 UfR ONLINE, TIK2012-1020/1.

54 Betænkning 1407 (2001) s. 307 flg.

55 Jens Elo Rytter: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, 2. udgave, København 2006 s. 41–42. Det er flere som har tatt til orde for at man i Danmark bør legge seg på samme linje som i Norge, se *op.cit.* s. 42.

56 Dom No. 371/2010, 22. september 2010.

et svært vidt anvendelsesområde. I de tilfelle Engelkriteriene har medført at en forvaltningssanksjon er blitt ansett som en «criminal charge» jf. EMK art. 6, har domstolene i flere tilfeller relativisert konvensjonsrettigheten.⁵⁷ Det er imidlertid vanskelig å relativisere den nokså «firkantede» virkningen av at en forvaltningssanksjon omfattes av EMK P7 art. 4. Riktignok er en mulighet å tolke *idem* slik at det bare er vilkårlig eller «unfair» gjentatt forfølgning som rammes. Denne retningen har imidlertid EMD ikke valgt å gå, og en slik tolking er svært vanskelig å forene med ordlyden i EMK P7 art. 4.

2) Det er en markant forskjell på hvordan norske og svenske domstoler har forholdt seg til EMK P7 art. 4. Hvilken holdning er å foretrekke? Eventuelt finnes det en «tredje vei»?

Tese 2: For å forhindre at domstolene trår inn på lovgivers domene, kan i utgangspunktet en klart stöd-doktrine være til hjelp. Ulempen med den er imidlertid at det gir konvensjonen redusert gjennomslag i nasjonal rett. Og det er ikke alltid lovgiver følger opp i tilfeller hvor det fra domstolens side er signalisert at det kan være et spenningsforhold mellom nasjonal rett og EMK-retten.⁵⁸ Ut fra EMK art. 1, art. 13 og art. 35 nr. 1, som gir uttrykk for at det er Europarådets medlemsland som har det primære ansvar for å håndheve konvensjonen, og at EMD har en kontrolloppgave (subsidiaritetsprinsippet), kan en klart stöd-doktrine fremstå som noe defensiv.

Det er i utgangspunktet positivt å ha et åpent forhold til EMK-retten og anlegge et prinsipp om selvstendig tolking, slik norsk Høyesterett har gjort. Det kan imidlertid anføres at prinsippet kan være vanskelig å anvende i praksis, uten at det i enkelte tilfeller skjer at man overoppyller konvensjonen. I de tilfeller det er tale om å sette til side lovgivning, blir det et demokratisk problem hvis Høyesterett setter til side lov med henvisning til EMK-retten, og det senere viser seg at Høyesteretts tolking av EMK-retten var for vidtrekkende. Det har skjedd noen ganger hos oss.⁵⁹ En vesentlig faktor, som gjør det vanskelig å operere med et prinsipp om selvstendig tolking, er at EMD i enkelte tilfeller (som i vårt) endrer sin rettsoppfatning, opptil flere ganger innen relativt kort tid.

En tredje mulighet er, i stedet for å oppstille prinsipper og doktriner, å anlegge en mer pragmatisk og situasjonsbetinget tilnærming til EMK-retten. Det kan se ut som at svensk Høyesterett er inne på en slik løsning i NJA 2013 s. 48.⁶⁰ De potensielle konfliktsituasjoner mellom EMK-retten og nasjonal rett er så mange- og ulikeartede at det neppe er mulig å fange

57 Se f.eks. *Jussila mot Finland*, søkenummer 73053/01, storkammerdom av 23. november 2006. et sentralt spørsmål var her om klager hadde rett til muntlig og offentlig rettergang i en sak om tilleggsatt. EMD kom til at tilleggsatt var straff etter Engelkriteriene, og at ordlyden i EMK art. 6 nr. 1 foreskrev muntlige og offentlige forhandlinger. Likevel ble det ikke konstatert krenkelse, og sentralt i begrunnelsen var følgende: «There are clearly 'criminal' charges of differing weight. What is more, the autonomous interpretation adopted by the Convention institutions of the notion of a 'criminal charge' by applying the Engel criteria have underpinned a gradual broadening of the criminal head to cases not strictly belonging to the traditional categories of the criminal law... Tax surcharges differ from the hard core criminal law, consequently, the criminal head guarantees will not necessarily apply with their full strengths» (avsnitt 43). EMD relativiserte her den i utgangspunktet absolutte rettigheten til muntlig og offentlig rettergang.

58 Högsta Domstolen brukte manglende oppfølging av signaler fra domstolen som argument for å underkjenne det tresporede sanksjonssystemet: «Det måste då också vägas in att rettsutvecklingen i Europadomstolen sedan år 2009 inte har föranlett de lagstiftningsåtgärder som hade kunnat förväntas», dommens avsnitt 58.

59 Hans Petter Graver: «Høyesterett på kollisjonskurs?», Kronikk i *Dagbladet* den 2. november 2005; Thomas Frøberg: «EMDs praksis som rettskilefaktor», *Jussens Venner* nr. 3/2007 s. 176–194 på s. 182 og Jon Petter Rui: «EMK-retten frem mot 2020», *Tidsskrift for Strafferett* nr. 4/2010 s. 365-383 på s. 377–380.

60 Avsnitt 58.

dem alle i et prinsipp eller i generelle retningslinjer. Konkret hva gjelder EMK P7 art. 4, er et sentralt moment at EMD har endret tolking, både av *bis* og *idem* flere ganger. Avgjørelsene har heller ikke alltid vært særlig prinsipielle og klargjørende. Når man er i en situasjon med uklar og/eller vinglende praksis fra EMD, og det i det andre loddet i vektskålen ligger en ordning etablert ved lov og med lang praksis, er det etter mitt syn på sin plass å be om en avklaring fra EMD før domstolene går til det skritt å sette til side nasjonal lovgivning. Dette gjøres ved at nasjonale domstoler går i en *dialog* med EMD. En dialog må naturligvis bestå i at staten forklarer den nasjonale ordningen det kan bli tale om å sette til side, samt hvilke konsekvenser det vil få. Det sentrale i en slik dialog, og som man har sett lite av fra de nordiske landene, er imidlertid å påpeke svakheter ved EMDs egen rettspraksis, herunder manglende klarhet og grundighet i drøftelsene av prinsipielle spørsmål samt at praksis har vært inkonsistent og selvmotsigende. I tillegg kan den nasjonale domstolen fremme en oppfatning om hva som vil være en hensiktsmessig tolking av konvensjonen. Ansvaret for en slik dialog har både landets øverste domstol, samt det organ som prosederer saken for EMD. EMD har selv oppfordret til slik dialog.⁶¹ Blant annet Storbritannia har den siste tiden relativt hyppig benyttet seg av denne muligheten. EMD har uttrykkelig uttalt i domspremissene at de har satt stor pris på en slik dialog, og på bakgrunn av dialogen endret lang og fast praksis.⁶²

En slik dialog kunne ha vært opprettet når det gjelder tolkingen av straffebegrepet i EMK P7 art. 4. Straffebegrepet er aldri blitt drøftet av EMDs storkammer i noen bredde, slik domstolen gjorde med *idem* i *Zolotukhin*. Drøftelsen av *bis* i *Zolotukhin* er mangelfull og kortfattet. EMD har ikke fått forelagt seg de argumenter, som taler for en snevrere tolking av *bis*. Mange land, som har tilsvarende tosporede forfølgningssystemer som i Norge og Sverige har ikke ratifisert Protokoll 7.⁶³ Etter min oppfatning er det tvilsomt om disse landene ville akseptert EMDs avgjørelse av *bis*, slik den er i dag, uten en grundig dialog med EMD.

3) Bør nasjonale domstoler i Norden adoptere EMDs måte å avgrense *idem* på, eller bør det anlegges egne, nasjonale retningslinjer?

Tese 3: EMDs avgrensning angir en minstestandard, og avgrensingen gjøres svært snevert. I hvert fall bør det, når begge forfølgningene er straffesaker etter intern rett, anlegges en videre avgrensning av *idem* enn den som fremkommer av *Zolotukhin*.

3. EU-rettslig *ne bis in idem*

3.1. CISA art. 54

Den danske versjonen av Schengenkonvensjonen art. 54 har slik ordlyd:

«En person, over for hvem der er afsagt endelig dom af en kontraherende part, kan ikke retsforfølges af en anden kontraherende part for de samme straffbare handlinger, dersom sanktionen, i tilfælde domfældelse, er fuldbyrdet, er ved at blive fuldbyrdet eller ikke længere kan kræves fuldbyrdet efter den dømmende kontraherende parts lovgivning.»

61 Solemn hearing of the European Court of Human Rights on the occasion of the opening of the judicial year, Friday 27. January 2012. Address by Sir Nicholas Bratza, President of the European Court of Human Rights, s. 4–5.

62 *Al-Khawaja og Tahery mot Storbritannia*, søkenummer 26766/05; 22228/06, storkammerdom av 15. desember 2011.

63 Protokoll 7 er ikke ratifisert av Nederland, Storbritannia og Tyskland. Frankrike har gjort en reservasjon ved ratifikasjon, som medfører at P7 art. 4 kun får anvendelse for saker som er straffesaker etter intern rett. Det samme har visstnok også Italia, Portugal og Østerrike, se *Aklagaren mot Hans Akerberg Fransson*, forslag til avgjørelse fra generaladvokat Cruz Villalón, sak C-617/10, avgitt den 12. juni 2012 avsnitt 72.

Artikkelen gir anvisning på en transnasjonal *ne bis in idem*-regel innen Schengenområdet. Selv om de nordiske land har ulik tilknytning til Schengen, er det på det rene at art. 54 i praksis er bindende for samtlige nordiske land. EU-domstolen har også kompetanse til å avgi tolkingsuttalelser om forståelsen av artikkelen, og det foreligger i dag et ikke ubetydelig antall dommer fra EU-domstolen som trekker opp grensene for denne «europarettlige» *ne bis in idem*-regelen.⁶⁴ Formålet med CISA art. 54, og et viktig tolkingsprinsipp, er at den skal «sikre EU-borgernes frie bevegelighet innenfor Unionen og derigjennom fremme den europeiske integrasjonen gjennom opprettelse av et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet».⁶⁵

Ad. bis: EU-domstolen har lagt til grunn at frifinnelser og domfellelser avsagt av en nasjonal domstol i et Schengen-land skal tillegges *ne bis in idem*-virkning i samtlige andre Schengen-land. Domstolen har også uttalt at avgjørelser truffet av påtalemyndigheten i et Schengen-land og som konstaterer at siktede er straffskyldig, er til hinder for ny forfølgning av samme forhold i et annet Schengen-land.⁶⁶ Det vi kaller forelegg og påtaleunntalser i Norge vil dermed sperre mot en senere straffeforfølgning i hele Schengenområdet. Med bakgrunn i EU-domstolens svært dynamiske og formålsorienterte tolking, tror jeg også det er sannsynlig at domstolen, når den får mulighet til det, kommer til å utvikle et autonomt straffebegrep ved tolkingen av art. 54, slik EMD har gjort.⁶⁷ Som vi skal se, har EU-domstolen ved tolkingen av EUCH art. 50 lagt til grunn at forvaltningsavgjørelser, som anses som straffesaker etter Engelkriteriene, skal tillegges sperrevirkning etter artikkelen. En slik tolking av CISA art. 54 vil i så fall medføre at avgjørelser truffet av forvaltningsorganer i Schengenområdet, som anses som avgjørelser om straff etter EU-domstolens straffebegrep, skal tillegges sperrevirkning mot ny forfølgning i samtlige Schengen-land.

Ad. idem: På samme måte som EMD, har EU-domstolen slått fast at rettslig identitet (*idem crimen*) ikke er et relevant kriterium ved avgrensning av omfanget av en avgjørelses sperrevirkning. Det er videre på det rene at EU-domstolen anlegger en svært vid avgrensning av *idem*. Den dommen som kanskje går lengst i så måte er *Giuseppe Francesco Gasparini m.fl.*⁶⁸ Saksforholdet var her at selskapet Minerva SA hadde innført olivenolje av dårlig kvalitet fra Tunisia og Tyrkia, til Portugal. Selskapet unndro olivenoljen fortolling i Portugal. Selskapet utstedte videre falske fakturaer, som gav inntrykk av at oljen var produsert i Sveits. Deretter solgte og markedsførte Minerva oljen i Spania, og da som høykvalitets sveitsisk olivenolje.

Minerva ble først tiltalt i Portugal for overtredelse av tollovgivning, men ble frifunnet fordi forholdet var foreddet. Da en spansk etterforskningsdommer fikk høre om frifinnelsen, igangsatte han etterforskning av Minerva for ulovlig markedsføring av olivenoljen i Spania. Tiltale ble tatt ut, og den spanske domstolen forela EU-domstolen spørsmål om frifinnelsen i Portugal for overtredelse av tollovgivningen var til hinder for straffeforfølgning i Spania for overtredelse av markedsføringslovgivningen.

EU-domstolens avgjørelse sammenholdt med generaladvokatens uttalelse⁶⁹ viser følgende: Hvis det portugisiske selskapet allerede ved innførselen til Portugal hadde bestemt seg for markedsføring av olivenoljen i Spania eller hadde gjennomført den kort tid etter den ulovlige innførsel, ville den ulovlige innførselen til Portugal og den etterfølgende ulovlige

64 Et søk på EU-domstolens hjemmeside viser at det er avsagt 11 dommer som gjelder tolkingen av CISA art. 54.

65 *Rui 2009* s. 132 med videre henvisninger.

66 *Op.cit.* s. 212–216.

67 *Op.cit.* s 185.

68 Sak C-467/04, dom av 28. september 2006.

69 Sak C-467/04, forslag til avgjørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsatt den 15. juni 2006 avsnitt 152–154.

markedsføringen i Spania bli ansett som samme faktiske handling etter art. 54. Etter norsk straffeprosessrett er det helt klart at innførselen til Portugal og markedsføringen av oljen i Spania anses som to ulike faktiske handlinger. Grunnen er at det ikke er tilstrekkelig tidsmessig sammenheng mellom innførselen til Portugal og markedsføringen i Spania. Det samme vil jeg tro er tilfellet etter dansk rett. Ut fra de fremstillinger jeg har lest om finsk og svensk straffeprosess, ser det for meg ut som at det samme er tilfellet her.⁷⁰

Saken illustrerer godt hvilken drivkraft *ne bis in idem*-prinsippet vil komme til å bli for det videre straffesakssamarbeidet innenfor Schengen. For å gå klar av *ne bis in idem* og å kunne straffe Minerva både for overtredelsen av tollovgivningen og den ulovlige markedsføringen, måtte portugisiske og spanske myndigheter ha samarbeidet ved straffeforfølgningen. Vi ser altså at *ne bis in idem*-regelen i art. 54 vil fungere som en «motor» for økt straffesakssamarbeid innen Schengenområdet. Men ville samarbeid vært tilstrekkelig for å kunne straffeforfølge Minerva både for tollovertredelsen i Portugal og brudd på markedsføringslovgivningen i Spania? Ved et samarbeid måtte man valgt straffeforfølgning enten i Portugal eller Spania. En forutsetning for effektiv straffeforfølgning i Portugal ville ha vært at Minervas markedsføring i Spania var straffbar også i Portugal. Og hvis Spania ble valgt som forfølgingsland, måtte overtredelsen av tollovgivning i Portugal vært straffbart i Spania. Dette er bare ett av flere eksempler på at *ne bis in idem*- prinsippet også vil fungere som en pådriver for tilnærming og harmonisering av den materielle strafferetten innen Schengenområdet. Dette er en logisk konsekvens av det overordnede formålet med Schengenkonvensjonen, nemlig å skape et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet innenfor Schengenområdet.

3.2. EUCH artikkel 50

Den danske versjonen av EUs charter om grunnleggende rettigheter har slik ordlyd:

«Ingen skal i en ny straffesag på ny kunne stilles for en domstol eller dømmes for en lovovertrædelse, for hvilken den pågældende allerede er blevet endelig frikendt eller domfældt i en af Unionens medlemsstater i overensstemmelse med lovgivningen.»

Denne *ne bis in idem*-regelen gjelder både hvor to forfølgninger har foregått i en og samme stat, og der den ene forfølgningen har skjedd i én stat, mens den andre i en annen EU-stat. En begrensning av anvendelsesområdet er at regelen kun kommer til anvendelse når medlemsstatene implementerer EU-lovgivning, jf. EUCH art. 51. EU-domstolen har ikke kompetanse til å overprøve om lovgivning som ikke er EU-relevant er i samsvar med charteret.⁷¹

Ad. bis: EU-domstolen har i *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*⁷² uttalt seg om tolkingen av *bis*. Fransson ble først ilagt tilleggsatt, og etter at vedtaket var blitt endelig ble han straffeforfulgt for grovt skattesvik. Haparanda tingsrätt, som behandlet straffesaken, stilte EU-domstolen spørsmål blant annet om vedtaket om tilleggsatt var å anse som en avgjørelse med sperrevirkning, jf. EUCH art. 50. Domstolen viste til den tidligere dommen *Bonda*,⁷³ og uttalte at nasjonale domstoler skulle foreta en vurdering av forvaltnings sanksjonen opp mot

70 Bengt Lindell/Hans Ekelund/Petter Asp/Torbjörn Andersson: *Straffprocessen*, Uppsala 2005 s. 197 og Dan Frände: *Finsk straffprocessrätt*, Helsingfors 2009 s. 439–443.

71 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, sak C-167/10, dom av 26. februar 2013 avsnitt 19.

72 Sak C-167/10, dom av 26. februar 2013 avsnitt 19.

73 *Lukasz Marcin Bonda*, sak C-489/10, dom av 5. juni 2012 avsnitt 37.

Engelkriteriene.⁷⁴ Det kan etter dermed legges til grunn som forholdsviss sikkert at *bis* tolkes likt i EUCH art. 50 og EMK P7 art. 4.⁷⁵

Ad. idem: EU-domstolen har ennå ikke uttalt seg om tolkingen av *idem* i EUCH art. 50. Siden EU-domstolen vil legge til grunn samme beskyttelsesnivå for grunnleggende rettigheter som det som følger av EMK-retten, vil *idem* i alle tilfeller avgrensnes minst like vidt som i EMK P7 art. 4, jf. *Zolotukhin*. Det er et åpent spørsmål om EU-domstolen vil adoptere den svært vide avgrensningen av *idem* som domstolen har gjort ved tolkingen av CISA art. 54.

3.3. Spørsmål/teser

1) Vil EU-domstolen adoptere det vide straffebegrepet (*bis*), nærmere bestemt bruke Engelkriteriene, ved tolkingen av CISA art. 54?

Tese 4: En slik tolking er best i samsvar med det overordnede formål, som er å etablere et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet i Schengenområdet. Dette vil også gi konsekvens og harmoni mellom de forskjellige *ne bis in idem*-reglene, samt at retts tekniske hensyn taler for en slik løsning. Min tese er imidlertid at dette ikke vil bli gjort, og heller ikke bør gjøres. Vi har da en situasjon hvor et forvaltningsvedtak som er straff etter Engelkriteriene fra ett land, vil sperre for ny straffe- og forvaltningsmessig forfølgning i en annen medlemsstat. En samordning for å forhindre gjentatt forfølgning fremstår som svært vanskelig i praksis. Det er grunn til å minne om at man innen Schengen har store problemer med å koordinere de rene straffeforfølgninger for å forhindre gjentatt forfølgning.⁷⁶ På den annen side kan det ikke fullt ut være opp til medlemsstatene å «definere bort» sakstyper fra vernet mot transnasjonal forfølgning. Den beste løsningen ville vært å legge et snevert straffebegrep til grunn, slik som det er tatt til orde for ovenfor (Dobbeltforfølgningskriterier, legislative-prerogative-presumtion à la U.S. Supreme Court).

Tese 5: Et slikt snevrere straffebegrep burde også vært lagt til grunn ved tolkingen av EUCH art. 50. EU-domstolen legger til grunn at samtlige medlemsstater i EU nå skal tillegge forvaltningsavgjørelser som anses som en straffesak etter Engelkriteriene sperrvirkning (når den ene forfølgningen gjøres med hjemmel i lovgivning som implementerer EU-rett). Dette vil medføre relativt store problemer for en rekke stater, som har tosporede sanksjonssystemer. Det er grunn til å minne om at mange stater ikke har ratifisert Protokoll 7, eventuelt gjort reservasjoner mot EMK P7 art. 4 nettopp på grunn av at de ikke ønsket å gi avkall på sine tosporede sanksjonssystemer.⁷⁷ Med EU-domstolens tolking kommer nå likevel *ne bis in idem*-prinsippet inn «bakveien». Min prognose er at når rettsoppfatningen fra *Bonda* og *Åkerberg Fransson* slår inn over disse landene, vil EU-domstolen måtte ta bruken av Engelkriteriene ved tolkingen av EUCH art. 50 opp til ny vurdering.

⁷⁴ Avsnitt 35.

⁷⁵ Likedan *Asp 2013* og John A. E. Vervaele: «Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?», *Utrecht Law Review*, nr. 4/2013 s. 211–229 på s. 220.

⁷⁶ *Lorena Bachmeier Winter*: «Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law», *Utrecht Law Review*, nr. 4/2013 s. 127–146, gir på s. 127–129 en oversikt over noen av de problemer som i dag eksisterer. Se også *Vervaele 2013* s. 220–221.

⁷⁷ Protokoll 7 er ikke ratifisert av Nederland, Storbritannia og Tyskland. Frankrike har gjort en reservasjon ved ratifikasjon, som medfører at P7 art. 4 kun får anvendelse for saker som er straffesaker etter intern rett. Det samme har visstnok også Italia, Portugal og Østerrike, se *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, forslag til avgjørelse fra generaladvokat Cruz Villalón, sak C-617/10, avgitt den 12. juni 2012 avsnitt 72.

2) Hvilken avgrensning av *idem* bør EU-domstolen følge ved tolkingen av EUCH art. 50?

Tese 6: Rettstekniske hensyn tilsier at avgrensningen av *idem* bør gjøres på samme måte som ved tolkingen av CISA art. 54. Avgrensningen av *idem* i CISA art. 54 blir imidlertid for vidtrekkende. Grunnen til den vide avgrensningen i CISA art. 54 er at *ne bis in idem*-prinsippet skal fungere som en integrasjonsmotor, og skape et felles område med frihet, sikkerhet og rettferdighet. Formålet med EUCH art. 50 er å gi et grunnleggende rettighetsvern. Artiklene har også ulikt anvendelsesområde. CISA art. 54 gjelder kun transnasjonale forfølgninger, mens EUCH art. 50 også gjelder rent interne forfølgninger (når den ene forfølgningen gjøres med hjemmel i lovgivning som implementerer EU-rett). Siden avgrensningen av *idem* i CISA art. 54 vil være videre enn i flere EU land (herunder Danmark og Sverige), vil situasjonen bli at *idem* må avgrenses svært vidt når lovgivning som implementerer EU-retten er i spill, mens et snevrere vil gjelde når forfølgningene har grunnlag i lovgivning som ikke implementerer EU-rett. Rettstekniske hensyn vil ikke veie særlig tungt, siden EU-domstolen allerede opererer med en snevrere avgrensning av *idem* ved tolkingen av det ulovfestede *ne bis in idem*-prinsippet innen konkurranseretten, enn ved tolkingen av CISA art. 54. I konkurranseretten brukes både *idem factum* og *idem crimen* som avgrensningsmomenter.⁷⁸

78 Vervaele 2013 s. 217–218.

Når bør man varetektsfengsle?

Statsadvokat *Jens Røn*, Danmark

Når bør man varetæktfængsle?

Statsadvokat *Jens Røn*, Danmark

Brugen og omfanget af varetægtsfængsling er et tilbagevendende spørgsmål, som optager både fagfolk og politikere, medier mfl. Der er tale om en grundlæggende afvejning mellem hensynet til individets retssikkerhed og hensynet til kriminalitetsbekæmpelsen. Der kan opstilles nogle grundsynspunkter bag anvendelse af varetægtsfængsling, herunder først og fremmest hensynet til straffesagens gennemførelse. Andre hensyn kan være præventive grunde og hensynet til befolkningens retsfølelse. Den faktiske brug af varetægtsfængsling afhænger både af de gældende lovreger og den praktiske tilgang til anvendelsen af varetægtsfængsling i retssystemet. Når det gælder varigheden af varetægtsfængslinger, er en traditionel juridisk regulering nærliggende, men lige så væsentlig er det organisatoriske fokus på at effektivisere og målrette sagsgange og processer i bl.a. politiet og anklagemyndigheden. Herudover har alle retsvæsenets aktører – dvs. også domstole og forsvarere – et ansvar for at begrænse varigheden af varetægtsfængslinger mest muligt. Og måske kan man se nærmere på mulighederne for at anvende alternativer til varetægtsfængsling.

1. Indledning

Temaet er i programmet for Det Nordiske Juristmøde meget rammende formuleret som et spørgsmål: hvornår bør man varetægtsfængsle? Brugen og omfanget af varetægtsfængsling er nok ét af de mest diskuterede spørgsmål inden for straffeprocessen, og der er gennem årene taget flere forskellige initiativer i bl.a. Danmark med det formål at begrænse omfanget af varetægtsfængslinger. Senest fremgår det af det nuværende regeringsgrundlag fra oktober 2011, at den danske regering ønsker at nedbringe omfanget af varetægtsfængslinger.

Brugen af varetægtsfængsling – og dermed spørgsmålet om, hvornår man bør varetægtsfængsle – kan anskues fra flere synsvinkler.

Man kan behandle spørgsmålet stringent juridisk: Hvad går reglerne ud på, og er betingelserne for varetægtsfængsling opfyldt i den konkrete sag? Det vil som regel være tilgangen for de professionelle praktikere – dommeren, anklageren, politibetjenten, forsvareren. Og selv om han eller hun nok sjældent anskuer det juridisk, er det også de spørgsmål, som trænger sig på for den sigtede, som måske står over for at blive varetægtsfængslet. Tilgangen er i princippet den samme, når man mere teoretisk beskriver og analyser, hvad der er gældende ret på området.

En anden tilgang er den mere retspolitiske, som handler om, i hvilket omfang man bør varetægtsfængsle. Det tema rejser en række spørgsmål, hvor nogle svar kan hentes i faglige og juridiske overvejelser, mens andre må hentes i grundlæggende retspolitiske og retssikkerhedsmæssige hensyn og valg.

Jeg vil i dette oplæg søge at pege på nogle hovedsynspunkter, som kan indgå i de videre drøftelser på Nordisk Juristmøde om brugen af varetægtsfængsling. Det er ikke tanken at søge at give en udtømmende gennemgang eller ”at komme til bunds” i de enkelte synspunkter. Mine bemærkninger vil i vidt omfang tage udgangspunkt i det system, som jeg kender bedst, og jeg vil derfor starte med en helt kort oversigt over varetægtsfængsling i Danmark. Jeg

vil ikke foretage en nærmere sammenligning med reglerne i de andre nordiske lande, men bemærker blot, at reglerne på en række punkter bygger på de samme hovedprincipper, men at der samtidig er en række forskelle på landenes ordninger. Jeg vil derefter vende mig mod nogle hovedsynspunkter, når det gælder brugen af varetægtsfængsling, navnlig *hvornår* der kan ske varetægtsfængsling og *hvor længe*. Jeg vil afslutningsvis søge at opstille nogle teser, der kan danne grundlag for en videre drøftelse af brugen af varetægtsfængsling.

Jeg har valgt at afgrænse bemærkningerne til varetægtsfængsling inden dom i første instans. Varetægtsfængsling efter dom (under eventuel anke eller indtil straffuldbyrdelse kan iværksættes) falder udenfor.¹ Det samme gør f.eks. regler om varetægtsfængsling ved overtrædelse af vilkår i betingede domme² og fængsling efter regler i udlændingelovgivningen.³ Jeg har desuden valgt at koncentrere mig om varetægtsfængsling som sådan, og spørgsmålet om anvendelse af isolationsfængsling falder dermed også udenfor.

2. Varetægtsfængsling i Danmark⁴

2.1. Den danske retsplejelov (§ 762, stk. 1) opstiller en række betingelser for, hvornår der kan ske varetægtsfængsling under behandlingen af en straffesag. Der gælder dels nogle generelle krav, som skal opfyldes i alle sager, dels nogle alternative betingelser, hvor blot mindst én skal være opfyldt.

Varetægtsfængsling kan kun ske, hvis der er tale om kriminalitet af en vis grovhed (kriminalitetskravet). Der skal være tale om en lovovertrædelse, hvor strafferammen er mindst fængsel i 1 år og 6 måneder (og som er undergivet offentlig påtale). Det giver mulighed for varetægtsfængsling for en række overtrædelser af straffeloven, f.eks. tyveri, simpel vold, brugstyveri af bil og hærverk.

Det afgørende er strafferammen for lovovertrædelsen og ikke den straf, som kan forventes udmålt i den konkrete sag. Varetægtsfængsling kan dog kun ske, hvis straffes kan ventes at blive fængsel i mere end 30 dage (§ 762, stk. 3). Der kan altså ikke ske varetægtsfængsling i sager om mindre alvorlige lovovertrædelser.

Varetægtsfængsling forudsætter, at der er begrundet mistanke mod den pågældende (mistankekravet). Dette krav er bl.a. beskrevet sådan, at der skal foreligge objektive data, som med betydelig styrke peger mod sigtede som skyldig, og at sandsynligheden for, at sigtede har begået forbyrdelsen, skal være større end sandsynligheden for, at sigtede er uskyldig.⁵

Varetægtsfængsling kan kun ske, hvis det er i overensstemmelse med proportionalitetsgrundsætningen, som er lovfæstet i § 762, stk. 3. Varetægtsfængslingen må ikke stå i misforhold til den forvalgte forstyrrelse af sigtedes forhold, sagens betydning og den retsfølge, som kan forventes, hvis han eller hun findes skyldig. Det kan f.eks. være konkrete omstændigheder vedrørende den sigtedes personlige forhold, som gør varetægtsfængsling til

1 Den danske retsplejelovs § 769.

2 Den danske retsplejelovs § 763.

3 Den danske udlændingelovs § 35.

4 Der findes en righoldig litteratur om reglerne om varetægtsfængsling. Der kan bl.a. henvises til Kommenteret Retsplejelov (9. udgave, 2013), bind III, s. 183 ff., Eva Smith mfl.: Straffeprocessen (2. udgave, 2008), s. 536 ff., Eva Smith: Straffeproces – grundlæggende regler og principper (7. udgave, 2013), s. 66 ff., og Hans Gammeltoft-Hansen: Strafferetspleje, bind II (1989), s. 128 ff.

5 Se f.eks. Eva Smith mfl.: Straffeprocessen, s. 538. Jørgen Jochimsen: Grundlovsforhøret (2010), s. 139 ff., indeholder en nærmere gennemgang af mistankekravet bl.a. ved forskellige forbyrdelser.

et uforholdsmæssigt indgreb så som sigtedes alder eller sygdom eller forhold hos nærtstående.⁶ Varetægtsfængsling er som nævnt udelukket, hvis straffen ikke ventes at overstige 30 dage, men også herudover skal der lægges vægt på den forventede sanktion, hvilket især kan få betydning ved spørgsmålet om forlængelse af en varetægtsfængsling. Nævnes kan her også EMRK artikel 5, stk. 1, litra c, jf. stk. 3, hvorefter enhver, der er fængslet, har ret til at få sin sag pådømt inden for en rimelig frist eller blive løsladt.

Varetægtsfængsling kan herefter ske, hvis mindst én af følgende fængslingsbetingelser er opfyldt (indikationskravet - § 762, stk. 1, nr. 1–3): flugtfare, gentagelsesfare eller påvirkningsfare (kollusionsfare). I alle tre tilfælde er kravet, at der er ”bestemte grunde” til at antage, at faren er til stede.

2.2. Den danske retsplejelov indeholder desuden en anden regel om varetægtsfængsling, den såkaldte retshåndhævelsesarrest (§ 762, stk. 2). Hensynet til retshåndhævelsen skal her forstås som hensynet til befolkningens almindelige retsfølelse.⁷

Retshåndhævelsesarrest kan anvendes i to forskellige situationer. Det er i begge tilfælde et krav, at der er en særlig bestyrket mistanke mod den sigtede. Denne betingelse er søgt beskrevet på forskellig måde, f.eks. som ”en meget høj grad af sikkerhed for den sigtedes skyld”, eller at ”kravene til mistankens styrke bør nærme sig de bevisskrav, der fordres for at domfælde”.⁸

For det første kan retshåndhævelsesarrest anvendes ved alvorlige forbrydelser, hvor der er mindst 6 års fængsel i strafferammen, og hvor hensynet til retshåndhævelsen efter oplysningerne om forholdets grovhed skønnes at kræve, at sigtede ikke er på fri fod (§ 762, stk. 2, nr. 1). Højesteret har for nylig fastslået, at varetægtsfængsling forudsætter, at den pågældende konkret må forventes idømt en straf på mindst 1 års fængsel.⁹ Varetægtsfængsling kan eksempelvis ske i sager om drab, meget grov vold eller voldtægt.

Historisk har bestemmelsen sin baggrund i sag fra 1937, hvor fire mænd havde voldtaget en kvinde. De fire blev hurtigt anholdt og tilstod forbrydelsen. Der var derfor efter de dagældende regler ikke grundlag for at varetægtsfængsle gerningsmændene, da der hverken var flugtfare, gentagelsesfare eller påvirkningsfare. Som begrundelse for at indføre reglen anføres i forarbejderne:¹⁰

”Naar alle regner med Sigtedes Brøde og altsaa imødeser en alvorlig strafferetlig Indskriden over for ham, kan det efter Omstændighederne virke meget anstødeligt, at Folk dog i Forretnings- og Omgangslivet maa se paa og taale hans frie Færden. Selv om Skylden og dens Følger endnu ikke er fastslaaet ved endelig Dom, kan dette fremkalde et Indtryk af manglende Alvor og Konsekvens i Haandhævelsen, der egner sig til at forvirre Retsbevidstheden.”

For det andet kan retshåndhævelsesarrest anvendes ved overtrædelse af en række nærmere angivne forbrydelser (bl.a. vold og trusler mod offentlige ansatte, vold og trusler mod vidner, vold og visse seksualforbrydelser), hvis lovovertrædelsen efter oplysningerne om forholdets grovhed kan ventes at ville medføre en ubetinget fængselsstraf på mindst 60 dage, og hensynet til retshåndhævelsen skønnes at kræve, at sigtede ikke er på fri fod (§ 762, stk. 2, nr. 2). Denne

6 Se f.eks. Kommenteret Retsplejelov, s. 197 f.

7 Se herom bl.a. Eva Smith mfl.: Straffeprocessen, s. 552 ff.

8 Eva Smith mfl.: Straffeprocessen, s. 555, og Kommenteret Retsplejelov, s. 191 f.

9 UIR 2012.1088 H.

10 Gengivet fra Eva Smith: Straffeproces – grundlæggende regler og principper, s. 81.

del af bestemmelsen er forholdsvis ny (fra 1987) og er siden blevet ændret flere gange, hvor det er blevet muligt at anvende denne form for retshåndhævelsesarrest ved nogle yderligere lovovertrædelser.

2.3. Afslutningsvis vil jeg kort nævne nogle statistiske oplysninger, som kan belyse de danske forhold om varetægtsfængsling:¹¹

År	Samlet antal varetægtsfængslinger	Antal langvarige varetægtsfængslinger (dvs. mere end 3 måneder)	Andel langvarige varetægtsfængslinger	Gennemsnitlig varighed af langvarige varetægtsfængslinger
2010	5.641	1.764	31,3 %	6,8 måneder
2011	5.558	1.618	29,1 %	5,8 måneder
2012	5.503	1.427	25,9 %	6,0 måneder

Det anføres normalt, at andelen af varetægtsfængslede er højere i Danmark end i de øvrige nordiske lande – og mig bekendt uden, at der umiddelbart er konstateret en nærmere forklaring på denne forskel. Nedenstående tabel (som naturligvis alene giver et øjebliksbillede) til illustration:¹²

	Antal indsatte pr. 100.000 indbyggere (2008/09)	Andel varetægtsfængslede ift. antal indsatte (2006/07)	Andel varetægtsfængslede ift. antal indsatte (2008/09)	Antal varetægtsfængslede pr. 100.000 indbyggere (2008/09)
Danmark	66	23 %	36 %	24
Finland	67	13 %	17 %	11
Norge	70	(ingen tal)	24 %	17
Sverige	74	21 %	20 %	15

3. De grundlæggende hensyn

3.1. En drøftelse af, hvornår man bør varetægtsfængsle, må tage udgangspunkt i, hvilke grundlæggende eller overordnede hensyn som kan – og bør – begrunde anvendelse af varetægtsfængsling. Heri ligger samtidig en forudsætning om, at varetægtsfængsling i et eller andet omfang må være en del af et retssystem, som ønsker effektivt og målrettet at bekæmpe kriminalitet. Varetægtsfængsling er samtidig et meget alvorligt straffeprocessuelt tvangsindgreb. Noget af det mest indgribende, staten kan foretage sig, er at berøve borgerne deres frihed – og det gælder i særlig grad på et tidspunkt, hvor den pågældende ikke er blevet fundet skyldig af en domstol.

11 Rigsadvokatens redegørelse for anvendelsen af langvarige varetægtsfængslinger i 2011 og 2012, <http://www.an-klagemyndigheden.dk/nyheder/Documents/redegoerelse-langvarige.pdf>.

12 Justitsministeriets besvarelse af spørgsmål nr. 553 (Alm. del – folketingsåret 2009-10) fra Folketingets Retsudvalg.

Som det allerede er påpeget af andre, bliver afvejningen mellem hensynet til en effektiv kriminalitetsbekæmpelse og forfølgning af straffesager og hensynet til den enkelte borgers retssikkerhed derfor meget tydelig, når det gælder anvendelsen af varetægtsfængsling.¹³ Det vil dog ikke uden videre være dækkende at betegne dette som en afvejning mellem kriminalitetsbekæmpelse og retssikkerhed. Når det gælder behandling af straffesager, kan retssikkerhedsbegrebet siges at indeholde flere dimensioner.

I den enkelte straffesag er der et tungtvejende hensyn til den sigtedes/tiltaltes retssikkerhed ved straffesagens behandling – f.eks. afspejlet i de grundlæggende krav til en retfærdig rettergang i EMRK artikel 6. Afhængig af, hvad man vil lægge i retssikkerhedsbegrebet, kan der i den konkrete straffesag også være et hensyn til den forurettede. Set fra den forurettedes synsvinkel vil jeg tro, at de fleste forurettede vil anse det som en del af deres retssikkerhed, at gerningsmanden til forbrydelsen bliver straffet – f.eks. at gerningsmanden til en voldtægt bliver straffet. Det leder samtidig videre til en bredere retssikkerhedsforståelse for borgerne i samfundet – den retssikkerhed, som ligger i, at forbrydelser bliver retsforfulgt, så skyldige bliver straffet, og uskyldige ikke bliver det. Retssikkerhedsbegrebet kan således ansues både ud fra individsynspunktet (f.eks. den sigtede i straffesagen) og ud fra et samfundsmæssigt perspektiv (borgernes interesse i, at forbrydelser bliver retsforfulgt).

Professor, dr.jur. Eva Smith har om afvejningen mellem individets retssikkerhed og kriminalitetsbekæmpelse bl.a. anført:

”Vurderingen af, hvorledes disse to hensyn skal afvejes, er afhængig af iagttagereens livsopfattelse i vid forstand og af den almindelige retsopfattelse i samfundet. I 70’erne, som var præget af økonomisk vækst, eksperimenteren og nytænkning på mange områder, blev den personlige frihed betraget som et betydeligt gode, og det var derfor helt i tidens ånd, at man i 1978 strammede de almindelige varetægtsfængselsbetingelser med et krav om, at der i hvert enkelt tilfælde skulle være ”bestemte grunde”, der indicerede en varetægtsfængsling. [...]

I løbet af 80’erne og 90’erne er andre tendenser vundet frem, og mens slagordet i 70’erne var af- og nedkriminalisering, rejser der sig nu mange røster for strengere straffe og kraftige reaktioner mod kriminalitet. Et eksempel på denne tendens er gennemførelsen af retshåndhævelsesarresten efter § 762, stk. 2, nr. 2 [”60-dages-reglen” omtalt ovenfor i afsnit 2.2.] [...]. Lignende bestemmelser var flere gange foreslået i løbet af 80’erne, men først i 1987 lykkedes det at samle et flertal for lovændringen i Folketinget.”¹⁴

3.2. Med inspiration fra de danske regler om varetægtsfængsling, jf. afsnit 2 ovenfor, kan man pege på nogle hovedsynspunkter bag reglerne om varetægtsfængsling.

Det skal understreges, at en drøftelse af, hvilke hensyn som kan begrunde brugen af varetægtsfængsling, ikke i sig selv siger noget om rækkevidden af de enkelte hensyn. Konstateringen af, at varetægtsfængsling f.eks. kan begrundes i hensynet til at undgå, at den sigtede vil flygte, giver ikke i sig selv svaret på, hvornår der kan ske varetægtsfængsling med denne begrundelse – ”hvor meget eller hvor lidt der skal til”.

Et væsentligt hensyn er – og må være – straffesagens efterforskning og gennemførelse. Synspunktet er, at varetægtsfængsling kan være nødvendig for at sikre, at straffesagen kan

13 Se f.eks. Eva Smith mfl.: Straffeprocessen, s. 536 ff.

14 Eva Smith: Straffeprocessen – grundlæggende regler og principper, s. 66 f.

gennemføres, og at den sigtede – hvis han eller hun er gerningsmanden – bliver straffet.

Dette hensyn ligger bag varetægtsfængsling som følge af flugtfare, dvs. at den sigtede vil flygte fra straffesagen ("unddrage sig forfølgningen eller fuldbyrdelsen", jf. retsplejelovens § 762, stk. 1, nr. 1). Her sigter varetægtsfængsling til at sikre den sigtedes fysiske tilstedeværelse under straffesagen og en eventuel senere straffuldbyrdelse.

Hensynet til straffesagens gennemførelse ligger også bag varetægtsfængsling som følge af påvirkningsfaren, dvs. at den sigtede vil søge at påvirke efterforskningen og den videre behandling af sagen ("vanskeliggøre forfølgningen i sagen, navnlig ved at fjerne spor eller advare eller påvirke andre", jf. § 762, stk. 1, nr. 3). Fængsling skal her sikre, at den sigtede ikke søger at gribe ind i sagens opklaring.

Varetægtsfængsling begrundet i gentagelsesfare, dvs. faren for at den sigtede fortsætter med at begå kriminalitet ("på fri fod vil begå ny lovovertrædelse af den foran nævnte beskaffenhed", jf. § 762, stk. 1, nr. 2), er også i nogle tilfælde begrundet i et hensyn til at gennemføre straffesagen. Hvis den sigtede fortsætter med at begå kriminalitet, kan det i visse tilfælde blive vanskeligt at få afsluttet efterforskningen og få sagen behandlet i retten. Der må "trækkes en grænse", så der kan blive gjort op med de strafbare forhold, som indtil nu er begået. Det gør sig selvstændigt gældende ved mere omfattende kriminalitet, f.eks. et mønster af seriekriminalitet (eksempelvis et stort antal tyverier).

Begrundelsen for varetægtsfængsling som følge af gentagelsesfaren kan herudover findes i et retshåndhævelseshensyn eller et præventivt hensyn til at undgå fortsat kriminalitet (om man vil: den almindelige retssikkerhed for borgerne i samfundet). Hvis der er den tilstrækkelige mistanke om, at den sigtede har begået kriminalitet, og der er grund til at frygte, at han eller hun vil fortsætte med at begå lovovertrædelser, kan der være et samfundsmæssigt behov for her og nu at forhindre den pågældende i at begå yderligere kriminalitet.

Der kan i nogle tilfælde også foreligge et mere konkret beskyttelseshensyn. Det kan være i forhold til den enkelte forurettede, f.eks. hvis den sigtede tidligere er straffet for vold eller trusler mod den pågældende, og der er grund til at frygte, at kriminaliteten vil fortsætte. Eksempelvis gentagne vold eller trusler mod en tidligere ægtefælle/samlever eller gentagne trusler mod et vidne i en tidligere straffesag mod tiltalte.

Et beskyttelsesbehov i bredere forstand kan foreligge ved forbrydelser med større samfundsmæssige konsekvenser, og hvor der er en særlig risiko for, at den sigtede skal fortsætte med at deltage i forbrydelsen. Det kan f.eks. være tilfældet ved omfattende uroligheder, hvor der er risiko for, at de pågældende vil vende tilbage og fortsat deltage i urolighederne.¹⁵

En anden side af det generelle beskyttelsesbehov, som man undertiden støder på, er brugen af varetægtsfængsling over for visse kriminelle personer eller grupperinger ud fra synspunkter om chok- og/eller inkapaciteringseffekt. Den pågældende skal væk fra gaden her og nu ud fra en tanke om, at det kan være med til at stresser og presse de pågældende kriminelle grupperinger og/eller simpelt hen genere den kriminelle forretning. Samtidig bliver den pågældende hindret i at begå kriminalitet, mens han eller hun sidder varetægtsfængslet. Navnlige det sidste synspunkt kan have vidtrækkende konsekvenser, herunder hvis man overfører tankegangen til en diskussion om strafniveauer for bestemte forbrydelser.

3.3. Når det gælder den varetægtsfængsling, som i Danmark betegnes retshåndhævelsesarrest, jf. afsnit 2.2 ovenfor, skal begrundelsen ikke findes i straffesagens behandling og gennemførelse.

15 Se herom Eva Smith mfl.: Straffeprocessen, s. 544 ff., som også gennemgår eksempler på varetægtsfængsling i disse tilfælde.

Som nævnt menes der med retshåndhævelse her befolkningens retsfølelse.

Der kan føres en lang og vanskelig debat om, hvad der ligger i befolkningens retsfølelse, og hvordan den skal fastlægges i forhold til en konkret straffesag. Og spørgsmålene vil vist være langt flere end svarene.

Når det gælder de alvorligste personfarlige forbrydelser, f.eks. drab eller voldtægt, vil de fleste formentlig se et behov for, at den sigtede ikke uden videre sættes på fri fod, indtil straffesagen kan afgøres – uanset at der hverken er flugtfare, gentagelsesfare eller påvirkningsfare. Jeg minder om den historiske baggrund for de danske regler om retshåndhævelsesarrest. Dermed kan der siges at være et kerneområde for, hvornår der (i hvert fald) er behov for retshåndhævelsesarrest. Og det gælder, uanset om man vedkender sig behovet for retshåndhævelsesarrest og har udtrykkelige regler herom, eller om man søger at anvende andre fængslingsbetingelser i disse situationer, f.eks. flugtfare.

Et vanskeligere spørgsmål er, hvor langt behovet for retshåndhævelsesarrest i øvrigt rækker. Som det fremgår af afsnit 2.2 ovenfor, går den danske retsplejelov noget længere i den retning, når det gælder personfarlig kriminalitet mv., hvor der kan ske varetægtsfængsling af hensyn til retshåndhævelsen i tilfælde, hvor der forventes en straf helt ned til 60 dages fængsel. Men det er stadig en forudsætning, at hensynet til retshåndhævelsen konkret skønnes at kræve en varetægtsfængsling. Og der er i det praktiske retsliv mange voldssager, hvor der ikke sker varetægtsfængsling, selv om den forventede straf overstiger 60 dages fængsel.

Man kan rejse en lang række forskellige spørgsmål – og blot til illustration og videre overvejelse: I hvilket omfang afspejler ”befolkningens retsfølelse” egentlig befolkningens opfattelse – eller er det opfattelsen hos et politisk niveau eller i mediebilledet? Og er det i givet fald repræsentativt for befolkningen? Hvordan udvikler befolkningens retsfølelse sig over tid og i lyset af generelle samfundsmæssige tendenser (politiske, kulturelle, økonomiske mv.) – og hvordan finder en sådan udvikling i givet fald vej til retssalene? Hvad betyder det f.eks., at vores syn på vold og andre personkrænkelser formentlig har ændret sig gennem de seneste 10-20 år? Har den finansielle krise ændret vores syn på alvorlig økonomisk kriminalitet – og hvad betyder det i så fald for befolkningens retsfølelse og muligheden for varetægtsfængsling af hensyn til retshåndhævelsen i sager om grov økonomisk kriminalitet?

Og man kan spørge, om det ud fra en generel betragtning er jurister, som er de bedst egnede til at vurdere befolkningens retsfølelse, selv om det er – og må være – opgaven i den konkrete sag, hvor der er spørgsmål om varetægtsfængsling.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har anerkendt, at hensynet til opretholdelse af den offentlige orden, som har betydelige ligheder med den ovennævnte retshåndhævelsesarrest, i særlige tilfælde kan begrunde en frihedsberøvelse. Det er ikke tilstrækkeligt, at forbrydelsen generelt set er alvorlig, men der må påvises konkrete forhold, der gør, at netop den pågældende mistænkte løsladelse må antages at krænke retsfølelsen.¹⁶

4. Brugen af varetægtsfængsling

Ovenfor er søgt beskrevet nogle hovedhensyn bag reglerne om varetægtsfængsling. Som allerede nævnt giver disse hovedhensyn imidlertid ikke det fulde svar på, hvornår man rent

¹⁶ Se bl.a. Eva Smith mfl.: *Straffeprocessen*, s. 556 ff., Peer Lorenzen mfl.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer – artikel 1–9* (3. udgave, 2011), s. 334 f., og Jon Fridrik Kjølbro: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere* (3. udgave, 2010), s. 320.

faktisk varetægtsfængsler – og i hvilket omfang man bør gøre det.

Når de hensyn, der kan begrunde varetægtsfængsling, er fastlagt, er det næste væsentlige spørgsmål, hvilke betingelser der nærmere skal opstilles for anvendelsen af varetægtsfængsling. Det er langt fra alene et lovt teknisk spørgsmål om, hvordan reglerne udformes på den mest hensigtsmæssige måde – så præcist som muligt, samtidig med at der i vidt omfang må være tale om en konkret vurdering af den enkelte sag.

En nærmere stillingtagen til, hvornår der bør kunne varetægtsfængsle, hænger tæt sammen med den tidligere nævnte afvejning mellem hensynet til den enkeltes retssikkerhed over for hensynet til kriminalitetsbekæmpelsen. Udtrykt på en anden måde, så forudsætter besvarelsen af spørgsmålet en værdimæssig/retspolitisk stillingtagen til, hvordan de forskellige hensyn skal afvejes over for hinanden i de forskellige situationer. I Danmark har denne debat nok navnlig knyttet sig til spørgsmålet om retshåndhævelsesarrest, men også reglerne om de traditionelle fængslingsgrunde – flugtfare, gentagelsesfare og påvirkningsfare – bygger på en sådan afvejning.

Kriminalitetskravet (mindst 1½ års fængsel i strafferammen), mistankekravet (begrundet mistanke) og den nærmere udformning af de tre alternative indikationsbetingelser (bestemte grunde til at antage) er med til at fastlægge, hvornår der kan ske varetægtsfængsling. Hvis man vil begrænse brugen af varetægtsfængsling, er der altså flere skruer at dreje på.

Det giver sig selv, at lovgivningsmagten kan dreje på disse skruer. Men også anklagemyndighedens og domstolenes praksis kan – inden for rammerne af de gældende regler – være med til at dreje på skruerne. Jeg antager, at det i en nordisk retstradition vil blive set som en fortolkning og udfyldning af de gældende regler, altså en nærmere fastlæggelse af, hvad der er gældende ret. Det ændrer dog ikke ved, at f.eks. den danske Højesterets afgørelse om, at varetægtsfængsling af hensyn til retshåndhævelsen (retsplejelovens § 762, stk. 2, nr. 1) forudsætter en forventet straf på mindst 1 års fængsel, er med til – for nu at bruge det udtryk – at dreje skruen i en bestemt retning.¹⁷

Man kan overveje flere andre spørgsmål, som kan afklares i retspraksis, og som er udtryk for fortolkning og anvendelse af reglerne om varetægtsfængsling, men som samtidig præger og/eller afspejler tilgangen til brugen af varetægtsfængsling.

Man kan til illustration af synspunktet overveje, hvad en endnu mere globaliseret verden og udviklingen i det europæiske arbejdsmarked med personer, som bor i et land og arbejder i et andet, betyder for anvendelsen af varetægtsfængsling af hensyn til flugtfaren. Varetægtsfængsling begrundet i flugtfaren er i Danmark navnlig anvendt over for udlændinge uden fastere tilknytning til landet. Der er næppe nogen, som vil varetægtsfængsle af hensyn til flugtfaren, fordi en sigtet i København vil vende tilbage til sin bopæl i Nordjylland. Hvordan vil – eller bør man – håndtere en lignende situation, hvor en svensker, som er sigtet i Danmark, meget naturligt agter at vende tilbage til sin bopæl i Nordsverige – eller hvis en tysker eller polak lige så naturligt ønsker at vende tilbage til sit hjemland?

Både den juridiske og retspolitiske vurdering vil afhænge af samarbejdet og forholdet mellem de pågældende lande. Eksempelvis er der et tæt samarbejde mellem de nordiske lande om behandling af straffesager, herunder om overførsel af strafforfølgning og en enkel mekanisme for udlevering (den nordiske arrestordre). Tilsvarende er samarbejdet i EU udbygget med eksempelvis den europæiske arrestordre om udlevering af EU-borgere. Hvad

17 Det bemærkes, at der for Højesterets afgørelse formentlig var ved at udvikle sig en forståelse af, at varetægtsfængsling efter denne bestemmelse kunne ske ved en forventet straf på 8-10 måneders fængsel. Se f.eks. betænkning nr. 1496/2008 om retshåndhævelsesarrest i sædelighedssager, s. 13 ff.

betyder dette samarbejde for anvendelsen af varetægtsfængsling af hensyn til flugtfare?¹⁸ Svaret kan både anskues som en juridisk fastlæggelse af, hvad der er (blevet) gældende ret, og som udtryk for en vurdering af, i hvilket omfang man bør varetægtsfængsle.

Et andet tema, som har været drøftet i den danske juridiske teori, er varetægtsfængsling af hensyn til påvirkningsfare.¹⁹ Også her er der spørgsmål, som kan skues fra forskellige synsvinkler. Det gælder f.eks. betydningen af, at sigtede ikke vil afgive forklaring eller samarbejde i øvrigt om sagens opklaring. Det kan selvsagt på ingen måde i sig selv begrunde en varetægtsfængsling af hensyn til påvirkningsfare – den sigtede benytter sig jo blot af sin ret til ikke at inkriminere sig selv. Det udelukker dog næppe, at sådanne forhold kan indgå i vurderingen af, om den sigtede vil søge at påvirke efterforskningen. Spørgsmålet (som dog angår varetægtsfængslingens varighed) kan videre være rækkevidden af hensynet til påvirkningsfare. Kan en varetægtsfængsling af hensyn til påvirkningsfare eksempelvis udstrækkes helt til hovedforhandlingen (og måske helt til en eventuel ankebehandling) under henvisning til, at det først er under selve hovedforhandlingen, at beviserne (de afgivne vidneforklaringer) ligger fast? Hvilken betydning har det her, at vidnerne forklaringer kan være fastlagt gennem flere politiafhøringer, når politirapporterne normalt ikke kan anvendes som bevis under hovedforhandlingen? Og i hvilket omfang kan hensynet til fortsat varetægtsfængsling imødegås ved f.eks. anteciperet bevisførelse, hvor vidner afhøres inden hovedforhandlingen for at sikre beviset?²⁰

Et andet spørgsmål, som undertiden dukker op, er betydningen af anklagemyndighedens vurdering af, hvornår en person fremstilles i retten med anmodning om varetægtsfængsling. Umiddelbart må spørgsmålet besvares med henvisning til, at anklagemyndigheden på grundlag af gældende regler og retspraksis konkret vurderer, om der kan være grundlag for varetægtsfængsling, og at det herefter er retten, der tager stilling til, om der skal ske varetægtsfængsling.

Der kan imidlertid tænkes flere forskellige varianter af denne situation. Nogle ”rene” eksempler kan være, at anklagemyndigheden vurderer, at der ikke er grundlag for varetægtsfængsling og derfor løslader den sigtede, eller at anklagemyndigheden vurderer, at der er grundlag for varetægtsfængsling, men rettens vurdering er en anden, og retten derfor løslader den sigtede. Der kan herudover tænkes en række forskellige grænsetilfælde, hvor betingelserne for varetægtsfængsling for så vidt *kan* være opfyldt, men hvor anklagemyndigheden vurderer, at den sigtede ikke skal fremstilles for en dommer. Der kan eksempelvis være en række grænsetilfælde ved vurderingen af, om gentagelsesfare eller påvirkningsfare er så konkret, at den kan begrunde en varetægtsfængsling. For at pege på nogle yderpunkter kan det nok gøre en forskel, om anklagemyndigheden her vil ”prøve grænser af” eller har en mere forsigtig tilgang.

5. Varetægtsfængslingens varighed

5.1. I afsnit 4 var tilgangen, hvornår der overhovedet kan ske varetægtsfængsling. Et andet lige så væsentligt spørgsmål er varigheden af en varetægtsfængsling. Det er centralt både for

18 Se også Morten Broberg i Advokaten 9/2010: Varetægtsfængsling og EU-retten.

19 Se bl.a. Eva Smith mfl.: Straffeprocessen, s. 546 ff.

20 Se f.eks. den danske retsplejelovs § 747, stk. 3: Retsmøde med henblik på at sikre bevis kan endvidere afholdes efter anmodning, hvis 1) sigtede er varetægtsfængslet, herunder i isolation, 2) sikringen af bevis vil kunne få betydning for spørgsmålet om varetægtsfængslingens eller isolationens ophævelse, og 3) væsentlige praktiske hensyn ikke taler imod.

den enkeltes retssikkerhed og ud fra et mere overordnet samfundsmæssigt hensyn – i begge tilfælde er hensynet, at en person selvsagt ikke skal være varetægtsfængslet i længere tid end højest nødvendigt.

Når det gælder varigheden af varetægtsfængslinger, har fokus nok navnlig været på de langvarige varetægtsfængslinger. I Danmark sigtes der her til fængslinger, som varer mere end 3 måneder, og der er taget flere initiativer for at søge at begrænse de langvarige varetægtsfængslinger. Udviklingen i langvarige varetægtsfængslinger inden for de seneste tre år fremgår af tabellen i afsnit 2.3. ovenfor.

Lovgivningsmæssigt er en af de centrale ændringer inden for de senere år, at der er indført frister for, hvor længe en varetægtsfængsling som udgangspunkt må vare.²¹ Hvis strafferammen for den pågældende forbrydelse er indtil 6 års fængsel, må en varetægtsfængsling som udgangspunkt ikke vare mere end 6 måneder. Hvis strafferammen er 6 års fængsel eller derover, må en varetægtsfængsling som udgangspunkt højst vare 1 år. Hvis den sigtede er under 18 år, er grænserne kortere, henholdsvis 4 og 8 måneder. Disse frister må kun overskrides, hvis retten finder, at der foreligger særlige (eller hvis den sigtede er under 18 år: helt særlige) omstændigheder.

Hvis man meget konsekvent ønsker at begrænse de (meget) langvarige varetægtsfængslinger, kan det være fristende at indføre ufravigelige frister for en varetægtsfængslings varighed, så anklagemyndigheden efter et bestemt tidsrum enten må rejse tiltale eller løslade den sigtede. En sådan ordning blev da også overvejet i Danmark, da de nævnte regler blev indført. Man afviste dog en sådan model, og hovedsynspunktet er, at der kan forekomme meget omfattende og langvarige efterforskninger i alvorlige straffesager, hvor det vil være stødende, hvis den sigtede skal løslades, selv om efterforskningen endnu ikke er afsluttet. Skal man f.eks. løslade en formodet drabsmand, selv om der stadig er risiko for, at han vil søge at flygte eller at påvirke vidner i sagen? Et modargument er selvfølgelig, at politiet og anklagemyndigheden så må sørge for at afslutte efterforskningen mv., så der kan rejses tiltale inden fristens udløb, så en løsladelse ”undgås”. Den fremtidige debat om indførelse af ufravigelige frister for varigheden af varetægtsfængslinger vil nok bl.a. afhænge af, hvordan de langvarige varetægtsfængslinger udvikler sig.

Der er også taget andre initiativer for at begrænse langvarige varetægtsfængslinger. Der er indført en mulighed for anteciperet bevisførelse, hvis f.eks. en indenretlig afhøring af et vidne kan betyde, at grundlaget for fortsat varetægtsfængsling bortfalder.²² Der er desuden indført et krav til anklagemyndigheden om, at enhver begæring om fortsat varetægtsfængsling skal fremsættes skriftlig over for retten og skal indeholde en nærmere begrundelse for begæringen om fortsat fængsling.²³ Herudover er der indført en ordning, hvor politikredsen skal forelægge en fortsat varetægtsfængsling for den regionale statsadvokat, hvis politikredsen vil anmode om varetægtsfængsling ud over de ovennævnte lovbestemte frister.²⁴

Når man ser på varigheden af varetægtsfængslinger og i den forbindelse på det samlede antal ”varetægtsdage”, må man ikke overse de øvrige (kortere) varetægtsfængslinger. De samme grundlæggende hensyn til både den enkeltes retssikkerhed og det samfundsmæssige hensyn til at sikre, at sigtede ikke sidder varetægtsfængslet i længere tid end højest nødvendigt,

21 Den danske retsplejelovs § 768 a. Se herom bl.a. betænkning nr. 1492/2007 om begrænsning af langvarige sigtelser og varetægtsfængslinger, s. 138 ff.

22 Den danske retsplejelovs § 747, stk. 3.

23 Den danske retsplejelovs § 764, stk. 1.

24 Rigsadvokatmeddelelse nr. 6/2008 om langvarige varetægtsfængslinger, afsnit 6.2.

gør sig også gældende her – selv om hensynene kan forekomme mere påtrængende, jo længere fængslingen varer.

I forhold til de kortere varetægtsfængslinger er det dog ikke i samme grad nærliggende som ved de langvarige fængslinger f.eks. at søge at opstille mere eller mindre ufravigelige frister. Derimod kan f.eks. krav til anklagemyndighedens og rettens begrundelser for fortsat fængsling også spille en rolle her.

5.2. Det kan for jurister nok være nærliggende at søge at regulere (begrænse) varetægtsfængslingers varighed – både de kortere og længere – ved at bruge de midler, som jurister nu engang er vant til: lovregler, frister, skrappe betingelser, forelæggelsesordninger osv. Spørgsmålet er dog, om det nødvendigvis er den bedste og mest effektive måde at angribe problemet på. Personer med en anden uddannelsesmæssig baggrund og erhvervs erfaring vil nok se efter andre løsningsmuligheder.

Et væsentligt tema er her noget så praktisk som arbejdsgange og processer i bl.a. politiet og anklagemyndigheden. De fleste organisationer vil formentlig hævde, at arbejdsgange, strukturer og processer er de optimale og strømlinet mest muligt ud fra de opgaver, som organisationen skal varetage. Enhver organisationskyndig vil over for det synspunkt – og som regel med rette – hævde, at der altid kan gøres noget bedre, og at der er steder, hvor tingene kan gøres hurtigere og mere effektivt, uden at det går ud over den faglige kvalitet i opgaveløsningen.

Med andre ord: Vil man gøre noget ved varigheden af varetægtsfængslinger, må lovgivning og anden regulering suppleres af en systematisk analyse og gennemgang af arbejdsgange og processer bl.a. i politiet og anklagemyndigheden. En hurtig og effektiv behandling af sager, hvor den sigtede er varetægtsfængslet, tilgodeser både de grundlæggende retssikkerhedshensyn og hensynet til den bedst mulige udnyttelse af myndighedernes ressourcer.

Disse overvejelser er baggrunden for, at Rigsadvokaten i Danmark i midten af 2012 iværksatte et leanprojekt med fokus på at få kortere varetægtsfængslinger. På grund af pilotprojekter i to af Danmarks 12 politikredse er en ny grundlæggende driftsmodel for behandling af sager, hvor den sigtede er varetægtsfængslet, i løbet af 2013 blevet implementeret i landets øvrige politikredse. Hovedtanken er bedre planlægning og styring af sagerne. Det er dog endnu for tidligt at sige noget mere præcist om effekten af den nye ordning.

5.3. Endelig skal det understreges, at det er et fælles ansvar for alle retssystemets aktører, dvs. også domstolene og forsvarerne, at undgå langvarige varetægtsfængslinger – og i øvrigt mere generelt bidrage til, at varigheden af varetægtsfængslinger begrænses mest muligt.

For blot at nævne nogle elementer, så bør der mellem anklagemyndigheden og domstolene være ordninger, som sikrer en effektiv berømmelse af straffesager, så man får begrænset ”ventetiden” mest muligt fra sagens afslutning hos politiet og anklagemyndigheden indtil behandlingen i retten. Det kan f.eks. ske ved at bruge forhåndsberømmelser i større sager, dvs. hvor sagen berammes til hovedforhandling i retten, selv om der endnu ikke er rejst tiltale. Der bør også være faste aftaler/procedurer mellem anklagemyndigheden og retterne for en effektiv berømmelsesproces, der kan sikre, at berømmelse sker hurtigst muligt, og at senere aflysninger af retsmøder så vidt muligt undgås.

Forsvarerne har også et ansvar for, at sager med varetægtsfængslede ikke trækker unødigt ud. Der er et væsentligt hensyn at tage til den sigtedes frie forsvarervalg, jf. også

EMRK artikel 6, men dette valg kan ikke være undtagelsesfrit. Det må være en forudsætning, at den ønskede forsvarer har tid og mulighed for at varetage sagen, herunder møde i hovedforhandlingen, inden for rimelig tid. Hvis dette ikke er tilfældet, bør forsvareren af egen drift sige fra – og alternativt må retten have mulighed for at afvise den pågældende forsvarer. Et retssamfund har her et selvstændigt ansvar for, at en sigtet ikke er varetægtsfængslet længere tid end nødvendigt.²⁵

6. Alternativer til varetægtsfængsling

Afslutningsvis vil jeg kort berøre et helt andet tema, som også hænger sammen med brugen af varetægtsfængsling, og hvornår man bør fængsle: brugen af alternativer til varetægtsfængsling (i Danmark kaldet varetægtssurrogater).

Den danske retsplejelov indeholder en bestemmelse med en række alternativer til varetægtsfængsling, hvis varetægtsfængslingens formål kan opnås ved disse mindre indgribende foranstaltninger (og hvis den sigtede samtykker).²⁶

I Danmark er brugen af disse alternativer til varetægtsfængsling i praksis stort set begrænset til de situationer, hvor den sigtede som følge af ung alder (dvs. under 18 år) eller sygdom, herunder navnlig behov for psykiatrisk behandling, må anbringes et andet sted end i sædvanligt arresthus, dvs. enten i særligt sikret institution for unge eller på en (rets) psykiatrisk afdeling. Ved disse varetægtssurrogater er den sigtede – ligesom ved en sædvanlig varetægtsfængsling – frihedsberøvet, men frihedsberøvelsen sker under andre rammer.

Lovens muligheder for, at den sigtede f.eks. undergives et nærmere bestemt tilsyn, møder hos politiet på bestemte tidspunkter, deponerer sit pas eller stiller en økonomisk sikkerhed (kaution), anvendes derimod stort set ikke i praksis. Der er i Danmark heller ikke mulighed for at anvende såkaldt elektronisk fodlænke som alternativ til varetægtsfængsling – enten i form af elektronisk overvågning på bopælen på samme måde som ved fuldbyrdelse af fængselsstraf på bopælen eller i form af løbende GPS-overvågning af, hvor den pågældende befinder sig.

Et synspunkt mod anvendelse af sådanne alternativer til varetægtsfængsling vil ofte være, at man netop *ikke* kan tilgodesee formålet med varetægtsfængslingen. Hvis hensynet er, at den sigtede ikke må påvirke vidner, så er det ikke en effektiv hindring at pålægge den pågældende meldepligt hos politiet eller tilbageholde den pågældende på bopælen med en elektronisk fodlænke. Hvis der er risiko for, at den sigtede vil flygte, så er en bestemmelse om tilsyn eller inddragelse af pas ikke nødvendigvis særlig effektiv. Og kaution, som anvendes i mange andre lande, kan meget hurtigt få social slagside, hvis den økonomiske sikkerhed skal have en sådan størrelse, at den virker ”afskrækkende” i forhold til at udeblive fra senere retsmøder i sagen.

Men måske kan der alligevel være noget at hente ved at se nærmere på brugen af alternativer til varetægtsfængsling?

25 Se den danske retsplejelovs § 733, stk. 2, hvorefter retten kan nægte at besikke den ønskede forsvarer, hvis dennes medvirken vil medføre en forsinkelse af betydning for sagens fremme. Se herom bl.a. Kommenteret retsplejelov, s. 92 ff., og betænkning nr. 1492/2007 om begrænsning af langvarige sigtelsler og varetægtsfængslinger, s. 120 ff.

26 Den danske retsplejelovs § 765. Se herom bl.a. Eva Smith mfl.: Straffeprocessen, s. 570 ff.

7. Afslutning – og et forsøg på nogle teser

Som det fremgår, så lægger de foregående afsnit ikke op til en håndfast konklusion eller besvarelse af spørgsmålet om, hvornår man bør varetægtsfængsle. Det har været tanken at slå nogle toner an og behandle nogle forskellige synspunkter, som kan indgå i en nærmere drøftelse af spørgsmålet. Jeg vil derfor afslutningsvis begrænse mig til at søge at opstille nogle teser, som kan indgå i den videre debat om, hvornår man bør varetægtsfængsle:

Tese 1: Den overordnede tese er, at anvendelsen af varetægtsfængsling, herunder varigheden af varetægtsfængsling, ud fra grundlæggende retssikkerhedsmæssige overvejelser, bør begrænses mest muligt.

Tese 2: Det er samtidig temmelig vanskeligt at udlede noget mere præcist om, hvad der ligger i ”begrænses mest muligt”. Det er i sidste ende en retspolitisk og ikke en juridisk afvejning, som må ses i nær sammenhæng med bl.a. politiske, økonomiske og kulturelle strømninger og ændringer i samfundet.

Tese 3: Der kan opstilles nogle grundhensyn bag reglerne om varetægtsfængsling, men disse hensyn siger ikke i sig selv noget nærmere om, hvornår der skal kunne varetægtsfængsles og hvor længe.

Tese 4: Ud over de traditionelle hensyn (flugtfare, gentagelsesfare og påvirkningsfare), som kan begrunde varetægtsfængsling, er der i praksis et reelt behov for i visse tilfælde at kunne fængsle også af hensyn til befolkningens retsfølelse – uanset om dette udtrykkeligt anerkendes i reglerne eller ej.

Tese 5: Spørgsmålet om, hvornår der i praksis varetægtsfængsles, må både besvares ud fra den gældende lovregulering og ud fra den praktiske tilgang i retssystemet, som har betydning for brugen af varetægtsfængsling (f.eks. hvornår der sker fremstilling af en sigtet i retten med begæring om varetægtsfængsling).

Tese 6: Det er nærliggende at søge at regulere (begrænse) varigheden af varetægtsfængslinger ved traditionelle juridiske værktøjer, men det er mindst lige så vigtigt at have en organisations-/virksomhedstilgang, hvor man ser på arbejdsgange, systemer og processer.

Tese 7: Det er et fælles ansvar for retssystemets aktører at søge at begrænse varigheden af varetægtsfængsler, dvs. både for domstolene, anklagemyndigheden, politiet og forsvarerne.

Tese 8: Og måske kan der være grund til at se nærmere på brugen af alternativer til varetægtsfængsling?

Selskapsstyring og antikorrupsjon

ØKOKRIM-sjef *Trond Eirik Schea*, Norge

Selskapsstyring og antikorrupsjon.

Hvordan skal selskaper styres for å unngå korrupsjon?

ØKOKRIM-sjef *Trond Eirik Schea*, Norge

Teksten redegjør for utviklingen av normer for antikorrupsjon gjennom Corporate governance og Corporate social responsibility, og enkelte internasjonale og nasjonale standarder og anbefalinger for selskapers samlede anti-korrupsjonstiltak. Dette beskrives som anti-korrupsjonsprogrammer, og hovedelementene i slike programmer drøftes. Ut fra et corporate governance-perspektiv har styret et viktig ansvar for selskapets antikorrupsjonsinnsats. Foruten ansvaret for å overvåke den administrative ledelsen, og ansvaret for intern kontroll og risikostyring, har styret en viktig funksjon ved å sette tonen for anti-korrupsjonsinnsatsen. Teksten munner ut i en tese om selskapenes egen oppfølging av sine anti-korrupsjonsprogrammer, og to teser om forbedring av regelverket.

1. Innledning. Om antikorrupsjon i Corporate governance og Corporate social responsibility

I løpet av de drøyt 20 årene som har gått siden FNs globale konvensjon mot korrupsjon (UNCAC) i 2003, har korrupsjonsdebatten i Norden og Europa dreid seg rundt ulike hovedtema. Ett tema de senere årene, har vært hvilke tiltak selskapene selv bør sette i verk for å forebygge korrupsjon. Ikke sjelden diskuteres dette som et spørsmål om hva selskapene må foreta seg for å gå fri fra straffansvar dersom korrupsjon skulle skje; i Norge og flere andre land er ordningen at straffansvar for selskaper beror på et skjønn.¹ Hva selskapet kunne ha gjort og har gjort for å unngå lovbruddet er ett av flere momenter som inngår i dette skjønnet. Men for selskapene har selvsagt spørsmålet om hva de kan og bør gjøre for å forebygge at korrupsjon skjer, langt bredere interesse enn som så: I det seriøse skandinaviske næringslivet er korrupsjon noe av det man minst av alt ønsker å oppleve.

Like fullt er det i løpet av de siste årene avdekket flere store korrupsjonssaker også i Norden. Dette er et beklagelig faktum – men det gir oss også et visst materiale for å reflektere over hva som er viktig for selskapenes eget anti-korrupsjonsarbeid. Hva virker, eller rettere sagt: hva var det som ikke virket godt der lovbruddene fant sted? Og på den andre siden: Hvilke tiltak gis det anvisning på i regler og normer som har kommet til? Disse spørsmålene er tema i det følgende.

Begrepen selskapsstyring og eierstyring leder tanken til det engelske begrepet Corporate governance, som kan forklares som prinsipper for hvordan selskaper bør ledes, organiseres og administreres, og hvilke interesser organiseringen skal tilgodese. Temaene er aksjeeieres rettigheter og rolle, styrets ansvar og administrerende leders rolle og ansvar. OECD fastsatte prinsipper for Corporate governance allerede i 1999. Begrepet brukes også i EUs Direktiv 2006/46/EF artikkel 1 nr 7, som tilføyer en ny artikkel 46a i EUs regnskapsdirektiv

¹ Straffeloven § 48 b bokstav c: «Ved avgjørelsen av om straff skal ilegges et foretak . . . skal det særlig tas hensyn til . . . c) om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtreddelsen.»

(78/660/EØF), med krav om at visse store selskaper i årsberetningen må gi en redegjørelse for forhold knyttet til foretaksstyringen («Corporate governance statement»). I den danske direktivteksten er Corporate governance oversatt til «virksomhetsledelse», og samme begrep brukes i årsregnskabsloven §§ 107 b og c, hvor rapporteringskravet finnes i dansk rett. I den svenske direktivteksten brukes begrepet «företagsstyrning», mens årsredovisningslagen i 6 kap 6-9 §§, som pålegger rapporteringsplikten for svenske selskaper, bruker «bolagsstyrning» (med den begrunnelse at den aktuelle bestemmelsen bare gjelder aksjeselskaper og ikke finansielle foretak). Den norske regnskapsloven § 3-3b bruker «foretaksstyring».

Foruten anbefalinger fra internasjonale organisasjoner og pålegg i nasjonal lovgivning, finner vi i alle nordiske (og de fleste andre europeiske) land komiteer med representanter fra bransjeforeninger og andre, som utarbeider nasjonale anbefalinger om eierstyring og selskapsledelse: Komitéen for god Selskapsledelse (Danmark), Kollegiet för Svensk Bolagsstyrning, Norsk utvalg for eierstyring og selskapsledelse.² Som sådan er dette en form for selvregulering, men etter flere lands børsregler er noterte selskaper i utgangspunktet pålagt å følge disse anbefalingene.

I Norge ble regnskapsdirektivets artikkel 46a implementert ved at regnskapsloven i 2010 fikk en ny § 3-3b som lyder slik:

«Regnskapspliktige som er utstedere med Norge som hjemstat etter verdipapirhandeloven § 5-4 og med verdipapirer notert på regulert marked, skal i årsberetningen eller i dokument det er henvist til i årsberetningen, redegjøre for sine prinsipper og praksis vedrørende foretaksstyring.

Redegjørelsen for prinsipper og praksis vedrørende foretaksstyring etter første ledd skal minst inneholde følgende opplysninger:

1. en angivelse av anbefalinger og regelverk om foretaksstyring som foretaket er omfattet av eller for øvrig velger å følge,
2. opplysninger om hvor anbefalinger og regelverk som nevnt i nr. 1 er offentlig tilgjengelige,
3. en begrunnelse for eventuelle avvik fra anbefalinger og regelverk som nevnt i nr. 1 ...»

For vårt formål er det ikke påkrevet med noen begrepsdefinisjon; «selskapsstyring» vil her bli forstått på samme måte som «Corporate governance». Søkelystet i det følgende vil være regler og anbefalinger om Corporate governance, snarere enn de ulike landenes aksjeselskapsrettslige og regnskapsrettslige regler. Vi vil, som utgangspunkt, ha de store typisk børsnoterte selskapene for øyet.

Bedriftenes ansvar for å unngå og motvirke korrupsjon, inngår i Corporate governance – men det kommer tydeligere fram i det vi gjerne kaller bedrifters samfunnsansvar – Corporate social responsibility (CSR) – som kan forklares som bedriftens integrasjon av sosiale og miljømessige hensyn i sin daglige drift på frivillig basis, utover å overholde eksisterende lover og regler i det landet man opererer. Kjernen i begrepet er hvilket ansvar bedrifter bør påta seg for mennesker, samfunn og miljø som påvirkes av virksomheten. Foruten antikorrupsjon er det gjerne menneskerettigheter, arbeidervern og miljøvern som omhandles. Veiledende retningslinjer for CSR finnes i blant annet FNs Global Compact (2000), OECDs Guidelines for Multinational Enterprises (2011) og ISO 26000 Social Responsibility (2010).³ I Norge

² Disse komiteene er medlemmer i European Corporate Governance Codes Network (www.ecgn.org).

³ Henholdsvis www.unglobalcompact.org, www.oecd.org og www.iso.org.

fikk regnskapsloven i 2013 en ny § 3-3 c som pålegger store selskaper til å rapportere om samfunnsansvar. Bestemmelsens første ledd lyder:

«Store foretak skal redegjøre for hva foretaket gjør for å integrere hensynet til menneskerettigheter, arbeidstakerrettigheter og sosiale forhold, det ytre miljø og bekjempelse av korrupsjon i sine forretningsstrategier, i sin daglige drift og i forholdet til sine interessenter. Redegjørelsen skal minst inneholde opplysninger om retningslinjer, prinsipper, prosedyrer og standarder foretaket benytter for å integrere de nevnte hensynene i sine forretningsstrategier, i sin daglige drift og i forholdet til sine interessenter. Foretak som har retningslinjer, prinsipper, prosedyrer og standarder som nevnt skal i tillegg opplyse om hvordan foretaket arbeider for å omsette disse til handling, gi en vurdering av resultatene som er oppnådd som følge av arbeidet med å integrere hensynene som er nevnt i første punktum i sine forretningsstrategier, i sin daglige drift og i forholdet til sine interessenter, og opplyse om forventninger til dette arbeidet framover.»

I det følgende drøftes først ulike tiltak selskaper kan treffe for å forebygge korrupsjon. Deretter knyttes noen bemerkninger til selskapets styrende organers rolle og ansvar i forhold til disse tiltakene.

2. Hvordan kan et selskap arbeide for å unngå korrupsjon overhodet? Hvilke forebyggende tiltak kan selskaper treffe for å hindre at selskapet, deres forretningsforbindelser, ansatte eller tillitsvalgte blir involvert i korrupsjon?

Hvilken virksomhet som drives, i hvilket omfang og hvor, varierer meget med ulike selskaper. Ulike bransjer, typer kontraktsmotparter, stedlig kultur og praksis mv medfører ulik grad og type korrupsjonsrisiko. Uttak av naturressurser i afrikanske stater fordrer andre forebyggingstiltak enn vareproduksjon for et lokalt marked. Men for de fleste selskaper av et visst omfang gjelder at god korrupsjonsforebygging ikke består av ett eller noen få enkelttiltak; det kreves en helhet av ulike tiltak som er forankret i selskapets styrende organer og integrert med forretningsprosessene. Denne helheten benevnes ofte som selskapenes anti-korrupsjonsprogram.

I løpet av de senere årene har det kommet til et stort og variert utvalg av mer eller mindre ferdig utarbeidede opplegg for anti-korrupsjonsprogrammer, både fra profesjonelle rådgivere, fra NGOer og internasjonale organisasjoner. Blant de viktigste har vært FNs anti-korrupsjonsportal TRACK (Tools and Resources for Anti-Corruption Knowledge), Transparency Internationals Business Principles for Countering Bribery (2003; revidert 2013)⁴ og OECD Good Practice Guidance on Internal Controls, Ethics, and Compliance (2010).

I slike dokumenter har et anti-korrupsjonsprogram gjerne følgende hovedelementer:

- Risikokartlegging og -vurdering
- Etske retningslinjer
- Prosedyrer og retningslinjer
- Opplæring/trening
- Internkontroll
- Rapportering/varsling
- Monitorering/evaluering

⁴ En norsk beskrivelse av et enkelt anti-korrupsjonsprogram basert på denne, men tilpasset skandinaviske forhold, er gitt i veilederen Beskytt din virksomhet (Transparency International Norge (2009). Se ellers Global Compact: A guide for anti-corruption risk-assessment (2013).

Det nærmere innholdet i et anti-korrupsjonsprogram vil variere mellom ulike selskaper. En del selskaper behandler anti-korrupsjonstiltak som del av mer overgripende programmer eller prosesser som skal sikre etterlevelse («compliance») av også andre normer, som konkurranseregler, skatt- og avgiftsregler, miljøregler osv. I det følgende drøftes de vanligste hovedelementene i anti-korrupsjonsprogrammer forfatteren er kjent med.

2.1 Risikokartlegging og -vurdering

Det første elementet i et anti-korrupsjonsprogram, er kartleggingen og vurderingen av risiko.⁵ Som det heter i Business Principles for Countering Bribery punkt 3.2; «The enterprise should design and improve its Programme based on continuing risk assessment». Risikokartleggingen og -vurderingen er programmets fundament, og har innflytelse på utformingen av alle de øvrige elementene i programmet.

Formålet med en slik risikokartlegging og -vurdering er å skaffe et realistisk, nyansert og oppdatert bilde av ulike typer risiki for at selskapet blir involvert i korrupsjon. Dette omfatter de omgivelsene selskapet opererer i, for eksempel land, bransje og kontraktsmotparter, men også selskapets interne forhold og egen praksis, for eksempel praksis med hensyn til representasjon, bruk av agenter. Kartleggingen kan skje på ulike måter, fra enkle kvalitative vurderinger til omfattende kvantitative analyser basert på et stort innhentet materiale.

Risikokartleggingen bør ikke være en engangsøvelse. For store selskaper kan det være riktig å gjennomføre risikokartleggingen årlig eller hvert annet år, med mindre det oppstår spesielle forhold som kan endre risikobildet vesentlig, for eksempel at selskapet starter operasjoner i nye markeder. Ved siden av en slik regelmessig full kartlegging, bør sider ved forretningsdriften som er spesielt risikable, følges opp kontinuerlig.

Risikokartleggingen bør også omfatte selskapets retningslinjer og rutiner for å forebygge korrupsjon, selskapets opplæring og trening som ledd i anti-korrupsjonsprogrammet osv.

Risikokartleggingen og -vurderingen bør dokumenteres.

Risikokartlegging og -vurdering kan representere vesentlige kostnader både i penger og tid. Derfor er det viktig at de avsatte ressursene brukes på en mest mulig effektiv måte. Samtidig gir en god risikokartlegging et viktig grunnlag for at hele anti-korrupsjonsprogrammet kan drives mest mulig ressurseffektivt.

2.2 Etsiske retningslinjer

Neste hovedelement i anti-korrupsjonsprogrammer som ofte beskrives, er selskapets forretningsetikk, gjerne beskrevet i etiske retningslinjer, code of conduct eller lignende. Slike dokumenter, som reflekterer selskapets verdigrunnlag, har ofte noen relativt enkle og grunnleggende regler om korrupsjon, typisk at selskapet har nulltoleranse for enhver form for korrupsjon, og at alle dets ansatte har ansvar for å unngå korrupsjon og ansvar for å melde ifra dersom de iakttar indikasjoner på at kolleger involverer seg i korrupsjon. I tillegg angir

⁵ I Norge er det ikke uvanlig å bruke begrepet «risikostyring» (engelsk: «risk management»), selv om «risk assessment» strengt tatt språklig sett oversettes best med «risikovurdering».

etiske retningslinjer gjerne også hva som er etisk riktig adferd i andre relasjoner, for eksempel konkurransebegrensende adferd.

Etiske retningslinjer fyller dermed i praksis to funksjoner: For det første kommuniseres normer for adferd til selskapets ansatte. For det andre kommuniserer selskapet, gjennom å presentere retningslinjene eksternt, sin nulltoleranse for korrupsjon.

Mange selskaper har etiske retningslinjer samlet i et eget dokument; ofte omfatter slike dokumenter også den enkelte ansattes forpliktelser med hensyn til å unngå korrupsjon. Men det er ikke tilstrekkelig at slike dokumenter utarbeides og distribueres: Det avgjørende er at de gjøres levende for alle relevante ansattegrupper, og at de på noe sikt definerer kulturen i selskapet. Dette forutsetter opplæring i formålet med retningslinjene, deres hovedinnhold, og ikke minst håndhevelse herunder framgangsmåte for rapportering av brudd mot retningslinjene.

En måte å sikre dette på, er å skape formelle arenaer for dialog rundt de etiske retningslinjene og praksis. En del store selskaper har slike arenaer for ledere og annet personell som er spesielt eksponert for korrupsjonsrisiko.

2.3 Andre retningslinjer og rutiner

Foruten etiske retningslinjer, bør det utarbeides mer utfyllende retningslinjer og rutiner for ulike problemstillinger knyttet til korrupsjon i ulike forretningstilfeller, basert på risikokartleggingen. Foruten å angi hva som er akseptabel praksis og hva som ikke er det, bør retningslinjene gi anvisning på hvordan problemer skal håndteres, hvem som skal ta stilling til framgangsmåte i eventuelle tvilstilfeller, hvordan praksis skal dokumenteres mv.

For øvrig bør alle vesentlige sider ved anti-korrupsjonsprogrammet beskrives, og det bør gå klart fram hvem som er ansvarlig for de ulike elementene i det.

Brudd mot de etiske retningslinjene og øvrige retningslinjer vil som regel kunne medføre reaksjoner for de impliserte, dette bør være regulert i og gå klart fram i retningslinjene.

2.4 Opplæring/trening

Selskapets opplærings av ansatte kan fylle flere formål: Dels tilføres de ansatte nye kunnskaper; dels er kan dette være en arena hvor ledelsen kan vise engasjement i anti-korrupsjon; dels kan de ansatte på denne måten bevisstgjøres og trenes til å reflektere over etiske dilemmaer i det praktiske arbeidet. Opplæring av ansatte bør omfatte alle viktige sider av selskapets anti-korrupsjonsprogram og de viktigste lovreglene som gjelder. Selskapets etiske retningslinjer gjøres trolig ofte til et hovedtema i slik opplæring.

Det er selvsagt at slik opplæring er viktig, og det kan være grunn til å anta at dette ikke er blant de elementene selskapene i praksis har kommet lengst med. Illustrerende i så måte er følgende uttalelse fra den norske hovedsammenslutningen for arbeidsgivere: «Det skjer altfor ofte at bedrifter etablerer etiske retningslinjer med korrupsjonsbestemmelser uten å følge dette opp med et program for iverksettelse. Det er en selvfølge at retningslinjene må gjøres kjent i organisasjonen, men dette må følges opp gjennom opplæring, trening og bevisstgjøring.»⁶

De ansattes engasjement i programmet vil, som i andre sammenhenger, bero på

⁶ Næringslivets Hovedorganisasjon, i samarbeid med Transparency International Norge; Antikorrupsjonstiltak i leverandørkjeden (2013).

utformingen av og kvaliteten i opplæringstiltakene. Antakelig vil opplæringsformer som workshops og diskusjoner som trener de ansatte i å foreta de rette vurderinger og beslutninger når vanskelige etiske dilemmaer oppstår, gi god læringseffekt. En del selskaper har tatt i bruk e-læring for deler av opplæringen og treningen av sine ansatte.

Opplæring bør, avhengig av vedkommende medarbeiders eksponering for korrupsjonsrisiko, ikke begrenses til for eksempel nyansettelse, men gjentas i passende intervaller.

Opplæringsaktiviteter kan med fordel omfatte underleverandører og eventuelle andre som har relasjoner til selskapet uten å være ansatt.

Selskapet bør ha notoritet rundt hvilke ansatte som har gjennomgått opplæringen, for eksempel i form av registrering i den enkelte ansattes personalmappe. Ikke sjelden munner også opplæringen ut i at den enkelte ansatte undertegner en forpliktelse til å etterleve retningslinjene.

2.5 Rapportering (varsling)

Selskapets engasjement for å motvirke korrupsjon forankres i ledelsen og går slikt sett ovenifra og nedover. Samtidig kan anti-korrupsjon bare bli vellykket hvis alle de ansatte som eksponeres for korrupsjon, kjenner til og tar ansvar for å etterleve retningslinjene. Dessuten er det ofte slik når korrupsjon finner sted, at flere enn de to partene i det korrupte forholdet kan se indikasjoner på at noe galt er i ferd med å skje. Derfor framholdes ofte rapportering mv fra de ansatte som et element i et godt anti-korrupsjonsprogram.

I Business Principles for Countering Bribery er anbefalingen formulert slik (punkt 6.5.1): «To be effective, the Programme should rely on employees and others to raise concerns and report violations as early as possible. To this end, the enterprise should provide secure and accessible channels through which employees and others should feel able to raise concerns and report violations («whistleblowing») in confidence and without risk of reprisal.» Det er altså tale om både rapportering av (mulige) regelbrudd, og kommunikasjon rundt bekymringer som ikke nødvendigvis knytter seg til et konkret forhold. Det bør være en klart kommunisert forventning til alle ansatte om at de tar ansvar for å rapportere brudd på de etiske retningslinjene.

I de danske anbefalinger for god selskapsledelse pkt 5.2 anbefales (i motsetning til de svenske og norske anbefalingene) at styret beslutter «hvorvidt der skal etableres en whistleblower-ordning med henblik på at give mulighed for en hensigtsmæssig og fortrolig rapportering af alvorlige forseelser eller mistanke herom».

For at ansatte skal ha tillit til en slik ordning, og bruke den aktivt, må de være tilstrekkelig sikre på at arbeidsgiver ikke vil møte en arbeidstaker som varsler med negative reaksjoner.⁷

Såkalte varsler-linjer («Whistleblower hotline») bør være godt kjent og enkelt tilgjengelig for ansatte. En del selskaper har etablert varsler-linjer som også kan brukes av andre berørte grupper, f eks kunder, leverandører og andre partnere.

7 I den norske arbeidsmiljøloven (lov 17. juni 2005 nr. 62) § 2-4 er varslere gitt et visst vern ved at arbeidstaker har rett til å varsle om «kritikkverdige forhold», samtidig som loven angir at fremgangsmåten ved varslingen skal være forsvart. Hvorvidt varslere i Norge har et tilstrekkelig rettslig vern, er gjenstand for debatt.

2.6 Internkontroll

Selskapets systemer for finansiell kontroll bør innrettes slik at det utgjør et godt og effektivt verktøy også i anti-korrupsjonsinnsatsen. Dette er i stor grad ivarettatt ved kravene i regnskaps- og bokføringslovgivningen om regnskapsrutiner, sporbarhet for betalinger med videre. Men risikokartleggingen kan vise at det er behov for registrering og rapportering også utover dette.

Internrevisjonens virksomhet bør planlegges og innrettes under hensyn til risikokartleggingen, slik at korrupsjonsutsatte sider av virksomheten blir gjenstand for revisjon. Det bør naturligvis være på plass kontrollrutiner og overvåkingsprogrammer med særlig fokus på de områdene hvor korrupsjonsrisikoen er høyest.

2.7 Monitorering/evaluering

Ettersom tiden går, vil det kunne komme erfaringer som viser svake eller manglende punkter i anti-korrupsjonsprogrammet. Videre vil det finne sted endringer i både selskapet selv og dets omgivelser. Derfor må anti-korrupsjonsprogrammet med jevne mellomrom tilpasses og forbedres.

Den anbefalte måten å gjøre dette på, er å ha et system som kontinuerlig registrerer viktige erfaringer og endringer, kombinert med periodevise gjennomganger. Det er avgjørende at det avsettes tilstrekkelig med ressurser og kompetanse til å gjøre dette.

Mange store selskaper benytter eksterne spesialister til å gjennomføre slike evalueringer. Det kan det være gode grunner for at selskaper iallfall med jevne mellomrom engasjerer eksterne spesialister for å gjennomgå programmet. Det kan blant annet være en effektiv måte å sammenholde programmet med (oppdatert) beste praksis for slike programmer.

2.8 Programmets virkeområde:

Leverandører, andre forretningspartnere, datterselskaper

Internasjonal debatt om korrupsjonsrisiko er opptatt av selskapers risiko for korrupsjon i deres leverandørkjeder; ikke minst risikoen for at leverandører bestikker beslutningstakere i selskapet for å komme i leverandørposisjon.⁸ Det er mulig denne problemstillingen ikke er av stor praktisk betydning for selskaper som har sine leverandører i Norden. Men leverandører bør uansett inngå i risikokartleggingen og, beroende på utfallet av denne, omfattes av de øvrige elementene i anti-korrupsjonsprogrammet.

For alle selskapets forretningspartnere – leverandører, agenter, konsulenter og andre – anbefales at selskapet foretar undersøkelser og gjør vurderinger for å skaffe rimelig sikkerhet for at forretningsforholdet ikke eksponerer selskapet for risiko for forutgående, pågående eller framtidig korrupsjon («due diligence», eller «integrity due diligence»), se for eksempel Business Principles for Countering Bribery pkt 6.2.1.3. Om dette etter en risikovurdering ikke finnes hensiktsmessig å gjennomføre i forhold til alle forretningspartnere, så bør selskapet iallfall ha kriterier for når due diligence skal gjennomføres.

Det er også anbefalinger om at selskapet sørger for at det i relasjon til ethvert annet selskap det inngår forretninger med, har kontraktsmessig grunnlag for å terminere samarbeidet dersom det andre selskapet involveres i korrupsjon, se BPFCEB 6.2.1.8.

⁸ Se UN Global Compact. Fighting corruption in the supply chain: A guide for customers and suppliers (2010) side 12.

Anbefalingen forsåvidt gjelder datterselskaper er at selskapets eget anti-korrupsjonsprogram i sin helhet implementeres også i datterselskaper det har kontroll over, se Business Principles for Countering Bribery pkt 6.2.11.

2.9 Proporsjonalitet mellom korrupsjonsrisiko og anti-korrupsjonstiltak

Hovedelementene i et anti-korrupsjonsprogram kan, slik de er presentert over, variere mye i omfang, og det er viktig for selskapet å finne en samlet løsning som balanserer den risikoen selskapet er eksponert for. Prinsippet om proporsjonalitet kommer klart til uttrykk i den nye britiske korrupsjonsloven, Bribery Act (2010), som kan sies å være det mest nyskapende og mest omtalte lovgivningsinitiativet i Europa på dette området.⁹ Loven oppstiller straffansvar for selskaper dersom korrupsjon finner sted, og selskapet ikke kan godtgjøre at det hadde adekvate prosedyrer for å forebygge slik adferd (section 7, «Failure of commercial organisations to prevent bribery»):

- (1) A relevant commercial organisation («C») is guilty of an offence under this section if a person («A») associated with C bribes another person intending—
 - (a) to obtain or retain business for C, or
 - (b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.
- (2) But it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.

«Adekvate prosedyrer» utgjør altså en straffrihetsgrunn. Begrepet er klargjort gjennom en offentlig veiledning¹⁰ som tar utgangspunkt i seks prinsipper.¹¹ Det første lyder slik: «Proportionate procedures: A commercial organisation's procedures to prevent bribery . . . are proportionate to the bribery risks it faces and to the nature, scale and complexity of the commercial organisation's activities.»

Et lignende proporsjonalitetsprinsipp vil etter mitt syn ganske sikkert bli lagt til grunn av norske domstoler, selv om spørsmålet hittil ikke har kommet på spissen i rettspraksis. Og prinsippets direkte rettslige betydning i forhold til spørsmålet om straffansvar, bør ha interesse også for selskapets vurdering av hvor omfattende et anti-korrupsjonsprogram skal gjøres.

3. Hvordan kan tiltak mot korrupsjon integreres i eierstyringen av selskapet?

Corporate governance omhandler stort sett relasjoner i trekanten mellom aksjeeiere, styre og daglig ledelse. I Norge betegnes forholdet mellom aksjeeiere og styre gjerne som eierstyring, mens forholdet mellom styre og daglig ledelse betegnes som selskapsledelse. Det er definitivt i det sist nevnte forholdet vi finner det meste av normer, anbefalinger og forventninger for så vidt gjelder anti-korrupsjon.

⁹ The Bribery Act 2010 Guidance, se <https://www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-guidance>.

¹⁰ The Bribery Act 2010 Guidance, se <https://www.gov.uk/government/publications/bribery-act-2010-guidance>.

¹¹ De øvrige gjelder henholdsvis foranking i toppledelsen, risikokartlegging, due diligence, kommunikasjon inkludert trening, og monitorering/evaluering.

Aksjeeiernes kanskje viktigste funksjon i så måte er først og fremst å sørge for at styret har en sammensetning som setter det i stand til å ivareta sin rolle. De kan også bruke sin innflytelse til å foranledige utskiftninger i selskapets styre dersom det ikke er nødvendig tillit til at styret er i stand til å ivareta sitt ansvar for selskapets anti-korrupsjonsarbeid.¹²

Blant hovedoppgavene for styret er det særlig overvåkingen av den administrative ledelsen, og systemene for intern kontroll og risikostyring, som har betydning. I tillegg kan styret ha en viktig kulturbyggende funksjon ved å være øverste ansvarlig for forvaltningen av selskapet samtidig som det forplikter seg med hensyn til anti-korrupsjon. Dette aspektet ligger til grunn for prinsippet om «Top-level commitment» i Bribery Acts «adekvate prosedyrer», jf ovennevnte veiledning: «The top-level management of a commercial organisation (be it a board of directors, the owners or any other equivalent body or person) are committed to preventing bribery . . . They foster a culture within the organisation in which bribery is never acceptable.» Styrene har med andre ord en avgjørende rolle i selskapenes anti-korrupsjonsinnsats, og forventningene til deres innsats må kunne sies å være høye.

Viktigheten av at styret holder høy etisk standard er for øvrig framhevet i OECDs Principles of Corporate Governance:

«The board has a key role in setting the ethical tone of a company, not only by its own actions, but also in appointing and overseeing key executives and consequently the management in general. High ethical standards are in the long term interests of the company as a means to make it credible and trustworthy.»¹³

En erfaring i FNs Global Compact er at forpliktende engasjement fra styret, ledelse og andre som har roller i selskapsstyringen, vanligvis er en suksesskritisk faktor for risikovurderingen. Uten slik forankring på øverste nivå kan risikovurderingen miste momentum, behandle visse områder mangelfullt eller lignende.¹⁴

Aksjeselskapsretten pålegger styret et tilsynsansvar for selskapets risikostyring og internkontroll.¹⁵ Å påse at selskapet har adekvat risikostyring og internkontroll, er blant styrets kjerneoppgaver. Dette omfatter tiltak som legger til rette for målrettet og effektiv virksomhet i selskapet og som gjør det mulig å håndtere ulike risiki, tiltak som bidrar til å sikre kvaliteten på intern og ekstern rapportering, og tiltak som bidrar til å sikre at selskapet opererer i samsvar med relevante lover, forskrifter og interne retningslinjer for virksomheten.

Dette tilsynsansvaret utdypes i de nordiske anbefalingene for eierstyring og selskapsledelse. Og selv om de varierer noe fra land til land, er det enkelte fellestrekk av interesse. For det første følger det av alle lands anbefalinger at en tilfredsstillende kontroll med selskapets etterlevelse av lover og regler som gjelder for selskapets virksomhet, inngår i risikostyringen og internkontrollen, og at styret bør se til at det finnes slik kontroll.

For det andre følger det av den norske anbefalingen at «internkontrollen og systemene bør også omfatte selskapets verdigrunnlag og retningslinjer for etikk og samfunnsansvar». De svenske anbefalingene sier at i styrets oppgaver inngår blant annet å «se till att erforderliga

12 Et spesielt eksempel: Et norsk selskap vedtok i januar 2014 et forelegg på foretaksstraff for korrupsjon. I et leserinnlegg i avisen Dagens Næringsliv 4. februar 2014 droftes eierskapet i selskapet av lederen for ansvarlige investeringer i KLP (en norsk pensjonskasse), som var en stor eier i selskapet. I leserinnlegget tas det til orde for at «selskapet er best tjent med en endring i selskapets styre».

13 Side 60.

14 UN Global Compact; A guide for anti-corruption risk assessment (2013) side 15.

15 For norsk retts vedkommende lov om allmennaksjeselskaper (13. juni 1997 nr. 45) § 6-12 og § 6-13.

etiske retningslinjer faststalls for bolagets opptrådande». ¹⁶ Altså omfattes også etiske retningslinjer av styrets tilsynsrolle med hensyn til internkontroll.

Også med hensyn til styrets rapportering til aksjonærene er det gitt anbefalinger. I følge Business Principles for Countering Bribery pkt 6.8.3 bør styret foreta en uavhengig vurdering av anti-korrupsjonsprogrammets egnethet og formidle sine funn i årsrapporten til aksjonærene. I dette ligger at styret regelmessig bør motta rapportering fra selskapets ledelse om programmets egnethet og tillstrekkelighet, og vurdere om det også bør innhentes eksternt gjennomgang og vurdering av programmet.

Med et så klart definert ansvar for selskapets samlede anti-korrupsjonsinnsats integrert i annet tilsynsansvar, er det interessant å se etter anbefalinger med hensyn til styrets størrelse og sammensetning. Slike er det ganske få av. Den svenske anbefalingen (punkt 4) er illustrerende: «Styrelsen ska ha en storlek och sammansättning som säkerställer dess förmåga att förvalta bolagets angelägenheter med integritet och effektivitet.» ¹⁷ Det er et interessant spørsmål om nordiske selskapsstyret strengt tatt er forspent med den kompetansen innen anti-korrupsjon som selskapenes risikoeksponering tilsier. ¹⁸

4. Avslutning: To teser om reguleringen, og en om selskapenes praksis

Økt internasjonal erkjennelse av korrupsjonens skadevirkninger, og skjerpet fokus på ikke minst de store selskapenes viktige rolle i korrupsjonsbekjempelsen, har ført til en rekke initiativ i form av anbefalinger for selskapsinterne anti-korrupsjonsprogrammer. Slike anbefalinger bygger på bred erfaring med hensyn til hvilke elementer som er viktige i slike programmer. Anbefalingene har etter hvert, gjennom blandt annet lovpålagte plikter om å rapportere om Corporate governance og Corporate social responsibility, fått en rettslig status som gir en sterkere oppfordring til å følge dem.

Tese 1: Selskapenes oppfølging av anti-korrupsjonsprogrammer bør bli bedre.

Tese 1 gjelder selskapenes egen praksis. De store nordiske selskapene har kommet godt i gang med å etablere anti-korrupsjonsprogrammer. Men selv om de ulike hovedelementene i slike programmer i utgangspunktet er innlysende og enkle, krever det langsiktig og dedikert arbeid for å få god effekt ut av helheten i programmene. Utfra offentlig omtale av de sakene vi har hatt de siste årene hvor store nordiske selskaper har vært involvert i mulig korrupsjon, må en kunne anta at det har vært manglende oppfølging av minst ett av de anbefalte elementene i et anti-korrupsjonsprogram, og at dette har muliggjort korrupsjonen. Selskapenes anti-korrupsjonsprogrammer som sådan framstår som gode, men noen steder bør oppfølging av programmene bli bedre.

Tese 2: Anbefalingene for god selskapsledelse bør bli fellesnordiske.

¹⁶ Henholdsvis NUES punkt 10, og Svensk kod för bolagsstyrning punkt 3.1.

¹⁷ Punkt 4. Den norske anbefalingen lyder (punkt 8) «Styret bør sammensettes slik at det kan ivareta aksjonærfellesskapets interesser og selskapets behov for kompetanse, kapasitet og mangfold.»

¹⁸ Forfatteren kjenner ingen systematisk undersøkelse av dette i Norden, men styremedlemmenes bakgrunn omtales ofte på selskapenes hjemmesider.

Det har, i løpet av relativt kort tid, kommet til ulike internasjonale anbefalinger, de enkelte nordiske land har sine ulike anbefalinger for god selskapsledelse, og både EU-regler og nasjonale rettsregler henviser i noen grad til disse anbefalingene – som er i stadig utvikling. Rettskilddebildet har blitt komplisert å forholde seg til, og det kan endog skape tilfældige forskjeller mellom nordiske selskapers praksis. Her kommer forskjellene i de ulike nordiske landenes anbefalinger for god selskapsledelse inn. På dette området kan man innen Norden i større grad enn i dag ha ens anbefalinger og rettsregler.

Tese 3: Alle nordiske land bør ha straffansvar for foretak ved korrupsjonslovbrudd, men selskapets egen anti-korrupsjonspraksis må få betydning for spørsmålet om ansvar skal ilegges.

En naturlig forlengelse av den utviklingen vi har hatt, vil etter mitt syn være å ha en strafferettslig regulering som fanger opp og hensyntar selskapenes anti-korrupsjonsprogrammer på en fornuftig måte. Det strafferettslige foretaksansvaret bør ikke svekke selskapenes insentiv til å holde seg med gode anti-korrupsjonsprogrammer og etterleve dem på en god måte – snarere tvert imot. I Norge er dette et godt stykke på vei ivare tatt ved den norske straffeloven § 48b bokstav c (se note 1): Har et selskap gjort alt som med rimelighet kan kreves for å unngå lovbruddet, skal det mye til for at selskapet straffes. Den svenske företagsboten (Brottsbalken 36. kapittel 7 §), som strengt tatt ikke er straff og som anvendes mest i saker om arbeidsmiljølovbrudd, har også et vilkår om «näringsidkaren inte har gjort vad som skäligen kunnat krävas för att förebygga brottsligheten». Den danske straffeloven, derimot, har intet slikt vilkår i reglene om straffansvar for juridiske personer i §§ 25 flg. Samtidig hevdes det fra ulike hold, iallfall i Norge, at forutberegneligheten for selskapene på dette punktet bør økes. Alle nordiske land bør ha straffansvar for foretak ved korrupsjonslovbrudd. Ansvaret bør bero på selskapets egen anti-korrupsjonspraksis slik at det gir en viss forutberegnelighet, og det bør være mest mulig likt i de nordiske landene.¹⁹ Det ligger til rette for en fellesnordisk lovutredning.

Til slutt: Selv det mest velfungerende anti-korrupsjonsprogram har sine begrensninger. Troen på at et godt program fullstendig eliminerer korrupsjonsrisikoen, er fåfengt. Som en framstående norsk industrileder uttalte:

«Det er bare personer som ikke har ledet denne typen internasjonale virksomheter som vil si at de aldri kunne bli innblandet i korrupsjon. Men det som skiller de gode selskapene fra de mindre gode, er holdningene og systemene de har for å unngå det.»²⁰

19 Se senest Dagens Næringsliv 19. april 2014 «Toppsjefene tør ikke melde korrupsjon».

20 Eivind Reiten, i avisen Aftenposten 18. januar 2014.

