

Förhandlingarna vid

**Det 36 nordiska
juristmötet**

**i Helsingfors
15–17 augusti 2002**

Del I

Utgivna av lokalstyrelsen för Finland

ISBN 952-91-4754-6 (del 1)
ISBN 952-91-4756-2 (hela verket)

Gummerus Kirjapaino Oy
Jyväskylä 2002

Förord

Detta band innehåller referaten för sektionsmötena vid det 36 nordiska juristmötet. Den finska lokalstyrelsen beslöt av praktiska skäl att ge ut detta första band av möteshandlingarna redan före mötet. Referaten finns också tillgängliga på mötets hemsida (www.congrex.fi/njm2002). Den som så önskar kan göra utskrifter av dem.

Mötets program omfattar i likhet med tidigare års program inledande och avslutande plenarsessioner samt sektionsmöten. Denna gång ordnas 28 sektionsmöten, vilket inverkar på sidantalet i detta band. Föredragen ingår inte i denna volym.

De nordiska juristmötenas lokalstyrelse för Finland önskar de nordiska juristerna välkomna till det 36 nordiska juristmötet.

Anja Tulenheimo-Takki
ordförande

Innehåll

<i>Reijo Aarnio</i>	
Integritetsskydd i arbetslivet	7
<i>Arne Gunnar Aas</i>	
Aktivt försvar	23
<i>Anders Agell och Peter Lødrup</i>	
Äktenskapsrätten och successionsrätten i de fem nordiska länderna. Om möjligheterna och nyttan av lagharmonisering.	37
<i>Hans-Gunnar Axberger</i>	
Processens offentlighet – värn eller hinder?	87
<i>Inge Lorange Backer</i>	
Miljöskydd och ekonomiskt utnyttjande – principen om hållbar utveckling	113
<i>Knut Bergo</i>	
Selskapenes handel med egne aksjer – børs- og aksjerettslige aspekter	143
<i>Hans Henrik Brydensholt</i>	
De nordiske landes bidrag til udviklingen af forvaltnings- og retssystemer i tredje lande	167
<i>Oluf Engell</i>	
Editionspligt, discovery og andre metoder til fremskaffelse af bevis	201
<i>Per Furberg</i>	
Tjänster och portaler på Internet – konvergensproblem och normkonflikter	217
<i>Hans Petter Graver</i>	
Formålstjenlige privatrettslige former for offentlig virksomhet	239
<i>Jesper Lau Hansen</i>	
Sanktioner mod insiderhandel og kursmanipulation	265
<i>Ketilbjørn Hertz</i>	
Forbrugerens stilling inden for ehandel – særligt med hensyn til lovvalg og værneting	297
<i>Mikael Hidén</i>	
Brottsbekämpning och grundrättigheterna	317
<i>Torgny Håstad</i>	
En europeisk civillag och den nordiska kontraktsrätten	339

<i>Lára V. Júlíusdóttir</i> Förändrat familjemönster – finns det behov av nya regler om egendomsordning och arv?	367
<i>Heikki Kanninen</i> Nationell tillämpning av EG:s konkurrensrätt	381
<i>Jens Kristiansen</i> Gennemførelse af EU's arbejdsret – kollektive aftaler eller lovgivning?	399
<i>Kirsti Kurki-Suonio</i> Barnets bästa – hur kan detta säkras i social- och familjerättsliga procedurer?	417
<i>Raimo Lahti</i> Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter?	431
<i>Viðar Már Matthíasson</i> Social försikring, private forsikringer eller erstatning, kollektive eller individuelle løsninger	445
<i>Kevät Nousiainen</i> Kvinnorättens betydelse i Norden	465
<i>Anne Rutberg och Rolf Skog</i> Användning av optioner för belöning av anställda: privat- och skatterättsliga frågor	481
<i>Ørnulf Røhnebak</i> Ytringsfrihet på internett	505
<i>Are Stenvik</i> Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder	529
<i>Sven Unger</i> Professionsansvar för advokater och andra rådgivare – omfattning, försäkringsmöjligheter och friskrivningsklausuler	569
<i>Jens Vedsted-Hansen</i> Udlændingelovgivning og menneskerettigheder	587
<i>Suzanne Wennberg</i> Tillsammans och i samförstånd – ett nytt begrepp för gärningsmannaskap	613
<i>Fredrik Wersäll</i> Åklagare och polis som domare	639

Reijo Aarnio

Integritetsskydd i arbetslivet

Integritetsskydd i arbetslivet

Av dataombudsmannen *Reijo Aarnio*, Finland

I personuppgiftslagen ingår allmänna bestämmelser om dataskyddet, vilka som sådana tillämpas också i arbetslivet. Utöver detta anknyter till dataskyddet i arbetslivet ett flertal varandra kompletterande bestämmelser såsom grundrättigheterna, arbetsrätten, tjänstemannarätten, arbetarskyddet och straffrätten. I Finland trädde som första land i Europeiska Unionen i kraft en särskild lag om integritetsskydd i arbetslivet (477/2001). Den trädde i kraft 1.10.2001 – efter andra försöket. Enligt lagbestämmelsen om ikraftträdandet skulle arbetsgivarna och arbetstagarna tillsammans före 31.3.2002 diskutera om behandlingen av personuppgifter på arbetsplatserna. Dataskyddet har blivit en konkret del av vardagen på arbetsplatserna.

Reijo Aarnio (f. 1955) tog sin examen vid juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet år 1981. Han arbetade därefter inom den privata sektorn i olika expert- och ledningsuppdrag. Han medverkade som sakkunnigledamot i den kommitté som beredde personuppgiftslagen.

Reijo Aarnio tillträdde som dataombudsman 1.11.1997. Dataombudsmannens mandatperiod är fem år. Han är också medlem av bl.a. ledningsgruppen för datasäkerhet i statsförvaltningen, delegationen för teleförvaltning och arbetsgruppen för arbetsförhållande frågor.

1. Arbetslivet och dataskyddet; allmänt

För befolkningen i arbetsför ålder har ca hälften av den vakna tiden på ett eller annat sätt att göra med arbetet. Arbetet eller avsaknaden av sysselsättning är av väsentlig betydelse för människans fysiska och psykosociala välbefinnande. Vår utkomst, våra sociala relationer och rentav vår hälsa är åtminstone delvis förknippade med vårt arbetsliv. Å andra sidan berörs i dag alla människor i arbetsför ålder, både äldre och yngre, av problem som har att göra med orkande och utslagning.

Arbets- och tjänsteförhållandena är en hierarkisk relation mellan arbetstagare och arbetsgivare som innefattar bestämmande- och ledningsrätt. Till kriterierna för ett arbetsförhållande hör i sig, att arbetstagaren förbinder sig att utföra arbete mot lön under arbetsgivarens ledning och övervakning. Integritetsskyddet och i synnerhet skyddet av personuppgifter avser för sin del att balansera upp relationen mellan parterna, mellan den registrerade och den registeransvarige. Vi kan notera, att dataskyddet i arbetslivet orsakar ett spänningstillstånd mellan arbetsförhållandets parter.

Ett personaladministrativt mantra som brukar upprepas av organisationernas

ledning är att personalen är organisationens viktigaste resurs. Man måste ta väl hand om personalen och utvecklandet av personalen. Olika projekt som upprätthåller arbetsförmågan och orkandet förefaller att ha kommit för att stanna som en del av arbetslivets vardag. En orsak till detta torde också vara snedvridningen av den europeiska befolkningsstrukturen; exempelvis i Finland uppnår uppskattningsvis 25 % av befolkningen i arbetsför ålder pensionsåldern före år 2010. Det har framförts uppskattningar, att konkurrensen om yrkeskunnig arbetskraft kommer att skärpas i rekryteringen. Detta kan för sin del påverka bl.a. nationella invandrarpolitik.

Den stora utmaningen för personaladministrationen, leadership, är att lyckas med att motivera personalen till att verka framgångsrikt för att organisationen skall uppnå sina målsättningar. De konsulter i ledarskap som har utnyttjats som hjälp i detta arbete har i sin undervisning stött sig på t.ex. den gamla goda Masslowska behovshierarkin. Enligt Masslow är människans högsta mål att kunna förverkliga sig själv samt att bli föremål för respekt och uppskattning. När det är möjligt att uppleva sådana känslor, arbetar organisationens personal motiverat och samtidigt effektivt. Masslow framförde utan att själv veta det, vilket framgår senare, en tämligen god analogi till dataskyddet. Som slutsats kan konstateras, att i arbetslivssammanhang är dataskyddet en del av en god personaladministration och även mera generellt en del av ett gott ledarskap; en del av en god arbetslivs-kvalitet. Ett dataskydd som genomförs på hög nivå stöder således organisationens verksamhet. Den kan rentav vara en konkurrensfördel för organisationen.

Förändringstakten i samhället och näringslivet är för närvarande snabb. Näringsstrukturen förändras så att andelen för dataarbete och dataproduktion ökar. Organisationerna bildar nätverk, deras inbördes växelverkan ökar och datainfra får en framträdande roll. Kunnandet och behärskan det av innovationer har blivit en väsentlig del av den nationella konkurrenskraften på den globala marknaden. Å andra sidan är processerna allt mera sårbara. Databrottslighet och -sjukdomar utgör ett allt klarare hot. Dataskyddet har blivit en ny industribransch. Arbetet utförs i nya former och på nya sätt; distansarbete, teamarbete och mångprofessionellt samarbete blir allt vanligare. Till arbetsgivarnas verksamhet anknyter ett ökande behov av att samla in personuppgifter om arbetstagarna. Till integritetsskyddet hör emellertid en så stor rätt som möjligt för den arbetssökande, arbetstagaren och tjänstemannen att känna till och besluta om behandlingen av hans egna personuppgifter och innehållet i de uppgifter som samlas in, samt rätt att bli bedömd på basis av riktiga och felfria personuppgifter. Av denna anledning är det viktigt för arbetslivets parter att känna till hur eventuella konflikter gällande behandlingen av personuppgifter skall avgöras på arbetsplatserna.

2. Integritetsskydd i arbetslivet; finns det?

Det har emellanåt framförts uppfattningar, att normerna gällande integritetsskyddet inte skulle tillämpas i arbetslivet. Trots det har i den Europeiska människorättsdomstolens rättspraxis klart tagits den ställningen, att principerna för integritetsskyddet bör tillämpas också på arbetstagare och att integritetsskyddet inte enbart begränsar sig till livet där hemma.

I fallet *Niemitz vs. Tyskland* var det fråga om myndighetens rätt att göra en inspektion i den klagandes kontor. Myndigheten hävdade, att artikel 8 i den europeiska människorättskonventionen inte var tillämplig i fallet, eftersom man enligt myndigheten kan göra en klar skillnad mellan å ena sidan privatlivet och hemmet, och å andra sidan yrkesutövande, affärsrörelse och affärsutrymmen. Domstolen tog en annan ställning. Enligt den hör till respekten för privatlivet som en del möjligheten att skapa och utveckla mellanmänniskliga relationer. Enligt domstolen fanns det ingen anledning varför privatlivet borde avgränsas utanför yrkes- och affärsverksamhet. Tvärtom; domstolen ansåg, att för största delen av människorna innebär arbetslivet en stor, om inte den största möjligheten att utveckla sina kontakter till omvärlden. Denna sin åsikt stödde domstolen också på samma sätt som kommissionen med att det inte alltid är möjligt att göra en klar åtskillnad mellan vilka aktiviteter som hör enbart till arbetslivet och vilka inte.

I fallet *Halford vs. Storbritannien (UK)* beslöt den europeiska människorättsdomstolen, att ett uppsnappande av arbetstagarnas telefonsamtal bröt mot artikel 8 i den europeiska människorättskonventionen. Ms Halford hade i sin användning två telefoner, av vilka den ena var avsedd för privat bruk. Inga begränsningar hade uppställts för användningen av dessa telefoner och hon hade inte fått några instruktioner angående deras bruk. Klaganden besvärade sig över arbetsgivarens förfarande till människorättsdomstolen. UK hävdade, att på den kommunikation som klaganden ringde från sin arbetsplats kunde inte ovan nämnda artikel 8 i konventionen tillämpas, eftersom hon inte borde ha haft något motiverat skäl att ens förvänta sig att hennes integritet skulle respekteras vad gällde dessa samtal. Domstolen konstaterade emellertid, att det är klart att oberoende av om samtal rings från hemmet eller arbetsplatsen, kan artikel 8 i människorättskonventionen tillämpas.

Det bör konstateras, att uttrycket "kommunikation" inte innefattar enbart korrespondens till pappers, utan också utsänd och emottagen elektronisk kommunikation.

3. Vad är integritetsskyddet?

Med stöd av det ovan sagda är det uppenbart, att integritetsskyddet och skyddet för konfidentiell kommunikation är en gällande rättighet också i olika sammanhang i arbetslivet. Svaret är ändå inte tillfyllest; begreppet integritetsskydd måste också ges ett innehåll.

Utveckling

Den första skriftliga uppgiften om en strävan att trygga en persons integritet baserar sig på den på ön Kos bosatta läkaren och läraren Hippokrates' ed. I den ed som läkarna svär i den dag som är förbinder sig läkarna att respektera patientens integritet och att inte avslöja uppgifter som gäller honom. Hippokrates' ed är ett ca 2 400 år gammalt fenomen. Den avspeglar behovet av att mellan patienten och den läkare som vårdar honom skapa ett förtroligt förhållande som stöder vården.

Sedermera framhöll den stora revolutionen i Frankrike och USA:s självständighetsförklaring fri- och rättigheternas betydelse. I den angloamerikanska rättskulturen har rätten till integritet ofta definierats som rätten att få hålla sig för sig själv och vara i fred.

Ohyggligheterna under andra världskriget gav upphov till en motiverad fruktan för en systematisk registrering av medborgarna. Å andra sidan har Förenta Nationerna uttryckt sin oro för att i världen årligen föds uppskattningsvis 40 miljoner barn, vilkas födsel inte på något sätt registreras. När dessa barn önskar utnyttja sina medborgerliga rättigheter är de "luft", personer utan medborgerskap.

Informationssystemens utveckling från centralanläggningsmiljöer till decentraliserade system har utökat databehandlingskapaciteten snart sagt obegränsat. Detta har för sin del ändrat den traditionella "storebrors"-strukturen i riktning mot en situation, där den registrerade inte längre har kunnat veta vem som samlar in personuppgifter om honom och för vilket ändamål. I synnerhet det globala datanätet, internet, har gett upphov till oro. Enligt gjorda undersökningar har ett av de viktigaste hindren för att den elektroniska handeln skall utvidgas varit konsumenternas oro för sina personuppgifter (och kreditkortsuppgifter). Emellertid är ett centralt syfte med Europeiska Gemenskapernas allmänna dataskyddsdirektiv just att avlägsna hindren för att information skall kunna flöda fritt mellan medlemsstaterna. Man bör också märka den allmäneuropeiska utvecklingen i fråga om grundrättigheterna. När de på den europeiska människorättskonventionen baserade grundrättigheterna traditionellt har bedömts vertikalt, utgående från relationen mellan medborgaren och staten¹, har man numera börjat granska frågan också som ett horisontellt inbördes fenomen mellan fysiska och civilrättsliga juridiska personer.

Definition

Allt sedan Hippokrates' dagar har man försökt definiera integriteten eller privatlivet som fenomen – dock utan att lyckas med detta. Juris doktor Sami Mahkonen har djärvt gått in för att presentera en sådan definition. Han har till hjälp tagit

¹ samma utveckling har vad avser diskussionen om de grundläggande rättigheterna ägt rum också i Finland.

begrepp som utgör motsatspar: självbestämmanderätt och kollektivism, offentlighet och hemlighållande, isolation och sociala relationer samt integritet och tillgänglighet.² Integriteten rör sig innanför dessa motsatspar. Vi kan notera, att integriteten som fenomen, eller snarare det hur vi upplever vår integritet, alltid är beroende av tidpunkten, platsen, situationen och personen själv. Var och en av oss upplever sin egen integritet på olika sätt vid under olika tider och i olika situationer. För att citera en finsk författare: "Det är svårt att bedöma en annans känslighetsläge".³ Man kunde föreställa sig att det åsamkar lagstiftaren stora svårigheter, det kunde antas förklara de emotionella spänningar som ofta anknyter till dataskyddet, och det kunde ställa de myndigheter som övervakar lagarna inför den överordnade maktpositionen att vara den som skall ange lagens tolkning.

Vad är då integriteten? I regeringens förslag till den finländska personuppgiftslagen, varmed EG:s allmänna dataskyddsdirektiv (EG 95/46/EG) implementerades som en del av vår nationella lagstiftning, konstateras: "Det föreslås inte att i lagen inskrivs en särskild definition av integritetsskyddet". Det blir emellertid lättare att närma sig fenomenet, om vi håller i minnet, att det är fråga om rätten till integritet. Man bör alltså understryka ordet "rätten". I dataskyddet, eller rättare sagt integritetsskyddet är det fråga om en alla fysiska personer tillkommande rättighet – snarare sagt ett kluster av rättigheter, som består av:

- rättigheten att inverka på och besluta om behandlingen av personuppgifter som gäller en själv⁴,

Det s.k. informerade samtycket är en grundläggande förutsättning för behandlingen av personuppgifter. Det kan anses bestå i, att beslutsfattaren dvs. i detta fall den registrerade får tillräckligt med information som grund för sitt beslutsfattande och att den registrerade frivilligt själv ger sitt samtycke.

- rättigheten att känna till hur ens uppgifter behandlas; vem som samlar in, lagrar och använder uppgifter som gäller den registrerade och för vilket ändamål behandlingen sker

I detta sammanhang är det skäl att fästa särskild uppmärksamhet vid ovan nämnda rättighet. Ett av arbetslivets största problem har ansetts vara den dåliga interna informationsgången i organisationerna. Det är kanske rentav överraskande att

² Mahkonen, Sami, Oikeus yksityisyyteen. Borgå 1997. Werner Söderström lakitieto Oy – WSLT. 159 s. ISBN 951-670-015-2.

³ Huovinen, Veikko. Havukka-ahon ajatteliija.

⁴ speciella situationer i arbetslivet, särskilt arbetstagarens underordnade ställning i förhållande till arbetsgivaren, har gett upphov till kritiska bedömningar av samtycke-instrumentets användningsmöjlighet som grund för behandlingen av personuppgifter i arbetslivet. Se WP 29:s Opinion 8/2001

att den centrala ratio för dataskyddet är att utöka *öppenheten* mellan den registrerade och den registeransvariga.

Denna öppenhetsprincip innebär, att arbetsgivaren alltid måste kunna motivera varför arbetstagarnas personuppgifter behandlas. Denna princip kan ytterligare indelas som följer:

- a) arbetstagarna bör informeras om behandling av personuppgifter som gäller dem,⁵
 - b) arbetstagaren har rätt att kontrollera uppgifter som gäller honom själv, t.ex. resultaten av lämplighetstest och karriärutvecklingsplaner,
 - c) den registeransvarige bör göra behövliga anmälningar om behandlingen av personuppgifterna till de övervakande dataskyddsmyndigheterna.⁶
- Rättigheten att ordna sitt privatliv utan att utomstående ogrundat tar befattning med det

Punkt f i 7 artikeln i EG:s dataskyddsdirektiv är i detta avseende särskilt viktig. Enligt den bör medlemsstaterna bestämma om, att personuppgifter kan behandlas endast (f) "om behandlingen är nödvändig för ändamål som rör berättigade intressen hos den registeransvarige eller hos den eller de tredje män till vilka uppgifterna har lämnats ut, utom när sådana intressen uppvägs av den registrerades intressen eller dennes grundläggande fri- och rättigheter som kräver skydd under artikel 1.1."

Det är viktigt att märka, att lagstiftaren när han utnyttjar sin lagstiftningsrätt är i central ställning som garant för dataskyddet. En oreglerad registerföring har ansetts innebära risken, att det uppkommer en med demokratiska principer oförenlig, utanför samhällelig kontroll stående maktutövning. Lagstiftningen om skydd för personuppgifter slår för var och en fast en viss själslig integritet och ett område som hör till den "själsliga hemfridens" krets, där var och en fritt kan bilda sig sin åsikt och sålunda bereda sig på att enligt sitt övervägande delta i det samhälleliga beslutsfattandet och påverkandet. Integritetsskyddet angränsar således till rätten att få information och till yttrandefriheten. Dataskyddet stärker och tryggar att de grundläggande rättigheterna förverkligas. Man kan kanske något överraskande observera, att i detta avseende är integritetsskyddet och offentlighetsprincipen inte nödvändigtvis konträra målsättningar; utan den ena kan inte heller den andra fungera.

⁵ I Finland omfattas enligt 4 § lagen om integritetsskydd i arbetslivet (477/2001) insamling av personuppgifter när någon anställs och under ett anställningsförhållande dessutom av det samarbetsförfarande som avses i lagen om samarbete inom företag (725/1978) och lagen om samarbete inom statens ämbetsverk och inrättningar (651/1988).

⁶ Om register som förs av personalförvaltningen behöver i Finland inte göras anmälan till dataombudsmannen. Däremot bör en registerbeskrivning alltid uppgöras och hållas tillgänglig.

Frågan om arbetsgivarnas rätt att läsa de anställdas e-post eller följa med de anställdas rörelser på nätet är i många avseenden intressant, åtminstone har den lett till en livlig debatt. I den förda diskussionen har arbetsgivarnas företrädare lyft fram de behov, med stöd av vilka de anser sig ha en sådan rätt. Denna diskussion började i Finland ungefärligen vid samma tid som lagen om integritetsskydd och dataskydd inom televerksamhet trädde i kraft 1.7.1999.⁷ Ändamålet med lagen om dataskydd inom televerksamhet är att för kommunikation med e-post säkerställa samma konfidentiella karaktär som har gällt för traditionella brev⁸. Min egen uppfattning är, att e-posten är konfidentiell. Den är skyddad med ett system för personliga lösenord och användarkoder. Detta ger en koppling till bestämmelserna om skydd för personuppgifter. Är det alltså sakligt motiverat och lagligt att läsa e-postmeddelanden som sänts till en annan? I fråga om kommunikationens konfidentiella karaktär är det i sista hand domstolen som är behörig att göra denna avvägning. Om det således är förbjudet att läsa ett meddelande med stöd av bestämmelserna om kommunikationens konfidentiella karaktär, kan inte heller behandlingen av personuppgifter som anknyter till denna aktivitet vara sakligt motiverad.

- Rättigheten att bli bedömd på basis av felfria och behövliga uppgifter

Denna rättighet uttrycker för sin del kvalitetsprincipen inom dataskyddet. När man bedömer behovet i samband med en granskning av huruvida behandlingen av personuppgifterna är laglig, skall som mätare inte användas endast den registransvariges egen bedömning, utan bedömningen måste basera sig på ett objektivt konstaterat behov. Personuppgifterna kan anses vara behövliga med tanke på behandlingens ändamål, när de är *vederbörliga och väsentliga och inte alltför omfattande* i förhållande till det ändamål för vilka de har insamlats och hur de senare behandlas. Det bör också märkas, att när dessa principer tillämpas, borde de alla kunna tillämpas samtidigt. Ett vanligt problem som jag har stött på i det praktiska arbetet med att övervaka lagen, är att ofta något till dataskyddet hörande fenomen granskas ur en enda paragrafs synvinkel och så, att frågan "Tösgörs" från behandlingen av personuppgifter som helhet.

Insamlade personuppgifter bör alltid användas enbart för det ändamål som har definierats före insamlingen av uppgifter påbörjas (principen om ändamålsbundenhet)

I synnerhet när det gäller mångfalden av situationer i arbetslivet har relevanskravet väckt rentav passionerad diskussion: när är drogtester behövliga och

⁷ Lagen om integritetsskydd vid telekommunikation och dataskydd inom televerksamhet (565/1999). Med lagen implementerades EG:s direktiv om dataskydd inom televerksamhet (97/66/EG) som en nationell lag.

⁸ Se Finlands Grundlag 10 §

motiverade, får arbetsgivaren läsa e-postmeddelanden och hurudana uppgifter om arbetssökande kan samlas in vid rekrytering? Man har också undrat om samtycket åsidosätter relevanskravet? Allra först kunde det verka som om i vågskålarna endast funnes samtycket och relevansen. Så är emellertid inte fallet, för det gäller att också beakta förpliktelseerna med avseende på planering, information och i övrigt god sed vid behandling av personuppgifterna. Det sistnämnda är lagens syfte, och för att uppnå detta måste den registeransvarige sörja för att hela informationshanteringsprocessen och ”uppgifternas livscykel / uppgifternas livslängd” är lagenliga. Avsikten har alltså varit, att den registeransvarige aldrig ens skall råka i en situation, där denna frågeställning aktualiseras. Samtycke åsidosätter inte relevansen!

Till uppgifternas art anknäver också två andra element, nämligen begreppet fel (selfrihetskrav) och lagringstiden. Med fel avses *med tanke på avsikten med behandlingen av personuppgifterna* felaktiga, onödiga, bristfälliga eller föråldrade uppgifter. Detta leder för sin del till att den registeransvarige aktivt måste upprätthålla sina register, och å andra sidan till det, att skyldigheten att på förhand planera behandlingen av personuppgifterna förutsätter, att den registeransvarige redan på förhand definierar uppgifternas lagringstid eller den till behandlingen av personuppgifterna anknutna mekanism med hjälp av vilken kvaliteten hos uppgifterna bevakas. I situationer i arbetslivet har kunnat märkas, att exempelvis olika slags lämplighetsbedömningar är mycket besvärliga med tanke på dataskyddet; lämplighetstesterna har måhända laddats ner från internet, frågorna kan vara helt främmande och onödiga med tanke på arbetsuppgiften⁹, och det finns inga garantier för att testresultaten är korrekta.

Emedan det inom dataskyddet i adb-termer uttryckt är fråga om ett ”kluster av rättigheter”, borde också de använda datasystemen stöda detta. Datasystemens kvalitet kan anses bestå av tre element: den använda tiden, det betalda priset och de egenskaper som fås med investeringen. Att systemet fungerar lagenligt är en *kvalitetsgenskap* som i sista hand respektive organisations ledning svarar för. Dataskyddet som rättighet är inte bundet till viss slags teknik eller tekniska lösningar, men teknologin kan och bör stöda dataskyddets förverkligande.

- Rättigheten att kunna lita på en tillräcklig nivå hos dataskyddet

Innebörden i denna skyldighet för den registeransvarige är, att den registeransvarige vidtar behövliga och tillräckliga tekniska och organisatoriska åtgärder för att säkerställa att behandlingen av personuppgifter är skyddad för otillåten använd-

⁹ Dataombudsmannens byrå har fått kännedom om lämplighetstester, där av personerna har frågats t.ex. om deras etniska ursprung: ”är du en nordamerikansk indian?”

ning, ändring, förstörelse och att utomstående inte får tillgång till personuppgifterna.¹⁰

Det bör märkas, att denna dataskyddsförpliktelse i praktiken leder till användning av olika tekniska övervakningssystem, också sådana, med hjälp av vilka man tekniskt kan övervaka arbetstagarna. Att skydda sig för virus, vilka i värsta fall kan ödelägga uppgifterna i personregistret, kan föranleda ett behov av att kontrollera exempelvis e-postsystemen. Detta förefaller att eventuellt stå i konflikt med kommunikationens konfidentiella natur. Rättspraxis kommer säkert att i sinom tid lösa också denna fråga.

Bedömning

Behandling av personuppgifter och registerföring är på ovan beskrivet sätt nödvändiga delar av både den privata sektorns och den offentliga förvaltningens verksamhet. Reglerna om och principerna för dataskydd har till uppgift att visa på lösningsmodeller för situationer där integritetsskyddet och samhällets övriga medlemmars och aktörers behov av uppgifter råkar i konflikt; hur ett acceptabelt jämviktsläge uppnås mellan parternas rättigheter.

Hur väl systemen för reglering av personuppgifter fungerar och vinner allmän acceptans beror inte bara på hur väl man förmår balansera olika till informationen och dess tillgänglighet anknutna värden, utan också av hur väl de registeransvariga och andra som deltar i behandlingen av personuppgifter förstår lagstiftningens målsättningar och de grundläggande mänskliga rättigheter som ligger bakom regleringen.¹¹

Systemet för skydd av integriteten och privatlivet kan anses bestå av två delar: å ena sidan ett *i efterhand fungerande* system med straffrättsliga sanktioner och å andra sidan ett *på förhand* inverkande dataskydd som gäller automatisk behandling av personuppgifter och registerföring. Vi kan således konstatera, att principerna för dataskyddet är en oskiljaktig, men samtidigt genom sin styrande effekt mycket modern del av den informationsjuridiska rättsskyddsmekanismen. För den registeransvarige anger ovan nämnda principer gränserna för det tillåtna och acceptabla, samtidigt som de fungerar som "trafikmärken" som styr verksamhets-sättet. I detta avseende hänvisar jag till exempelvis skyldigheten att planera verksamheten, skyldigheten att skydda uppgifterna och skyldigheten att utbilda personalen.¹²

¹⁰ I den finländska personuppgiftslagen har försummelse av dataskyddet kriminaliserats. Likaså kan brott mot tystnadsplikten gällande personuppgifter leda till straffrättsliga sanktioner.

¹¹ Se nedan avsnittet: juridiska instrument.

¹² Personuppgiftslagen har använts som hjälp bl.a. vid när man bett om offerter på leveranser av datasystem.

Till vad behövs egentligen dessa rättigheter och rättsprinciper som skyddar integriteten? I Finland publicerades rätt nyligen en undersökning som klargjorde medborgarnas attityder till dataskyddet.¹³ Något generaliserat var undersökningens resultat, att medborgarna inte är särskilt bekymrade över sitt eget dataskydd. De vill emellertid *veta* när deras uppgifter behandlas och av vem. Finlänarna vill också *delta* i beslutsfattande som gäller dem själva. Det är viktigt att märka, att svarsgivarna troligtvis mestadels ovetande i förenklad form beskrev dataskyddets karaktär och huvudsakliga innehåll! Man kan också anta, att lagen om integritetsskydd i arbetslivet för dataskyddet allt närmare människornas dagliga liv. Integritetsskyddet är således en oskiljaktig del av den goda *livskvalitet* som hör till oss alla.

4. Grunderna för integritetsskyddet

Jag har ovan beskrivit grundprinciperna för integritetsskyddet sådana som de ingår i **EG:s allmänna dataskyddsdirektiv** (*Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter*). Det skall ju också tillämpas på behandling av personuppgifter i olika situationer och för olika ändamål i arbetslivet. För närvarande övervägs emellertid inom EU behovet av ett särskilt direktiv om dataskydd i arbetslivet. Vad kunde ett särskilt direktiv komma med, som inte redan ingår i det allmänna? I Finland trädde som första land i Europa i kraft en särskild lag om integritetsskydd i arbetslivet (*Lagen om integritetsskydd i arbetslivet 477/2001*). I samband med dess stiftande framfördes även ytterst kritiska kommentarer om hela behovet av en speciallag. Å andra sidan har också framförts åsikter om behovet av att omvärdera funktionsdugligheten för principerna i direktivet om dataskydd.¹⁴

Den juridiska grunden för dataskyddet är mycket stabil. Likaså visar den vid EU-toppmötet i Nice år 2000 godkända politiska deklarationen¹⁵ om de grundläggande rättigheterna, att det bland medlemsstaterna råder ett starkt engagemang för dataskyddet. Artikel 7 i ovannämnda deklaration lyder som följer: "**Respect for private and family life.** Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications." Artikel 8 för sin del lyder: "**Protection of personal data.** 1. Everyone has the right to protection of personal data concerning him or her. 2. Such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other

¹³ Statistikcentralen (Nurmela, Heinonen, Ollila, Virtanen). Matkapuhelin ja tietokone suomalaisen arjessa. Helsingfors 2000. Översikter 2000/2.

¹⁴ Anförande av professor Simitis, kallad det europeiska dataskyddets "fader", vid den 22:a världskonferensen om dataskydd i Venedig.

¹⁵ *The Charter of Fundamental Rights of The European Union*

legitimate basis laid down by law. Everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified. 3. Compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.”

Den europeiska människorättskonventionen

Som jag ovan framfört, har den Europeiska människorättsdomstolen motiverat också sina med situationer i arbetslivet anknutna utslag med artikel 8 i den europeiska människorättskonventionen. Denna artikel skyddar privatlivet, familjelivet, hemmet och korrespondens. Det bör märkas, att även om också artikel 8 skyddar individens privata krets, har denna artikel i många fall också ansetts förutsätta positiva åtgärder av staterna i syfte att trygga rättigheterna¹⁶. Registrering av personer och överlåtande av registeruppgifter som rör personens privatliv har ansetts innebära intrång i privatlivet enligt artikel 8. I fallet Leander ansåg den europeiska människorättsdomstolen emellertid med stöd av artikel 8 punkt 2, att marginalen för statens inhämtande av uppgifter tillät att ur den svenska skyddspolisens register, vars innehåll Leander inte kunde få bekanta sig med till den del detta gällde honom själv, gavs uppgifter till arbetsgivaren. Domstolen ansåg, att detta var acceptabelt med hänsyn till statens säkerhet och även överensstämmande med relativitetsprincipen med beaktande av den till systemet hörande parlamentariska övervakningen¹⁷. Det kan nämnas, att i Finland träder den 1.9.2002 i kraft en förnyad lag om säkerhetsutredningar.

Europarådets konvention om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter (28.1.1981)

Syftet med dataskyddskonventionen är att vid automatisk databehandling av personuppgifter för varje individ trygga hans rättigheter och grundläggande friheter och i synnerhet hans rätt till integritet oberoende av personens medborgerskap eller hemort. Dataskyddskonventionen tillämpas på automatiskt behandlade personregister och automatisk behandling av personuppgifter på den offentliga och den privata sektorn.¹⁸

Konventionen innehåller bestämmelser om med hjälp av adb behandlade personuppgifters art, särskilda grupper av data, dataskydd, ytterligare åtgärder till skydd för den registrerade, undantag och begränsningar samt om straff och rättsmedel. Personuppgifter som behandlas med hjälp av adb bör vara korrekt och lagligt insamlade och behandlade. Personuppgifterna bör lagras för fastställda

¹⁶ se Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus. Lakimiesliiton kustannus. ISBN 951-640-542-8 s. 308.

¹⁷ Se i fotnot 16 nämnda verk.

¹⁸ I Finland försattes konventionens bestämmelser i kraft med en lag och förordning (269/1992 och 270/1992) från 1.4.1992.

och lagliga ändamål och de får inte användas på ett sätt som strider mot de nämnda ändamålen. Uppgifterna bör vara tillräckliga, de bör ha anknytning till ärendet, och de får inte vara för omfattande med tanke på användningsändamålet. Enligt konventionen bör man också i övrigt sörja för uppgifternas kvalitet. Behandlingen av känsliga uppgifter bör basera sig på nationell lag.

Europarådet har med stöd av dataskyddskonventionen utfärdat åtminstone tio specificerande rekommendationer.

Europarådets rekommendation Nr R (89) 2 till medlemsstaterna om skydd för personuppgifter som insamlas i samband med arbetsförhållande

Europarådets ministerkommitté utfärdade denna rekommendation år 1989. Ändamålet med rekommendationen är att förenhetliga databehandlingspraxis i medlemsländerna så, att i dem beaktas hur arbetstagarnas och arbetssökandes grundläggande rättigheter, i synnerhet integritetsskyddet, förverkligas. När personuppgifter med anknytning till arbetsförhållandet insamlas och används bör arbetstagarens integritet och respekten för människovärdet tryggas liksom även arbetstagarens möjlighet att knyta och upprätthålla sociala och personliga kontakter på arbetsplatsen.

Personuppgifterna bör enligt rekommendationen anskaffas från arbetstagaren eller arbetssökanden själv. Ifall det är nödvändigt att ty sig till någon källa utom arbetsförhållandet, bör om saken meddelas åt arbetstagaren. Rekommendationen innehåller också anvisningar om bl.a. behandlingen av uppgifter som rör hälsotillståndet och om lämplighetstestning av arbetstagarna.

Europarådets konvention till skydd för mänskliga rättigheter och individens människovärde på området för biologi och medicin, Bioetikkonventionen

Europarådet godkände denna s.k. bioetikkonvention på hösten 1996. Ändamålet med konventionen är att skydda alla människors människovärde och individualitet samt att för envar utan diskriminering trygga respekten för deras integritet och övriga rättigheter och grundläggande friheter vid tillämpning av biologi och medicin.

Principer i konventionen är prioritet för individens intresse och välbefinnande, professionella krav, jämbördig tillgång på hälsovårdstjänster, samtycke till medicinska åtgärder, integritetsskydd och rätt att granska uppgifter som gäller en själv.

I bioetikkonventionen ingår bestämmelser om prognostiserande gentest, dvs. sådana test med vilka man kan klarlägga en senare utbrytande ärftlig sjukdom eller en ökad disposition för att insjukna i en ärftlig sjukdom i ett senare skede av livet. De tillåtna gentesterna avgränsas i konventionen till ändamål som rör hälsan eller till hälsan anknuten vetenskaplig forskning. Med detta har man uttryckligen velat förbjuda sådana gentester vilka görs i samband med anställning och vid beviljande av försäkringar. Att göra ett prognostiserande gentest vore möjligt endast i vissa exceptionella fall.

I konventionens 11 artikel förbjuds alla slag av diskriminering på grund av ärftliga faktorer hos en person.

Europarådets konvention Nr R (97) 5 till medlemsstaterna om dataskydd för medicinska data

Också i denna konvention ges anvisningar i synnerhet om skydd och behandling av data som insamlas med hjälp av genetiska test.

Internationella arbetsorganisationens (ILO) instruktioner

Organisationen godkände sina instruktioner om skydd för arbetstagarnas personuppgifter år 1996. Instruktionerna är inte bindande för medlemsstaterna.

Enligt instruktionerna får arbetstagarna inte ge upp sin rätt till integritet. Med detta har man velat uppmärksamma arbetstagarnas beroende av sitt arbetsförhållande. Enligt instruktionerna är rätten till integritet inte absolut utan den bör avvägas mot konkurrerande offentliga intressen i den nationella lagstiftningen.

I instruktionernas förklaringsdel har konstaterats, att mängden av och arten för de uppgifter som insamlas varierar med arbetets art, arbetstagarnas ställning eller fattade beslut som kan inverka t.ex. på strukturella förändringar i företaget. Instruktionerna innehåller inte heller någon detaljerad förteckning utan endast de principer vilka är avsedda att säkerställa öppenhet i behandlingen av personuppgifter som gäller arbetstagarna och att arbetstagarna är medvetna om de personuppgifter som arbetsgivaren insamlar.

Övriga normer att beakta

Diskriminering är förbjuden. Arbetsgivaren bör bemöta arbetstagarna och arbetsökande jämlikt så, att ingen ogrundat försätts i en avvikande ställning jämfört med andra på grundval av börd, religion, ålder, politisk eller facklig verksamhet eller andra med dessa jämförbara orsaker. Om diskriminering på grundval av kön bestäms i lagen om jämställdhet mellan kvinnor och män (609/1986).

Diskriminering har kriminaliserats i strafflagen. Likaså skall bestämmelserna om otillåten avlyssning och observation tillämpas också på arbetsplatserna. Att beakta är också de normer som uppställs i lagstiftningen om företagshälsövård.

5. Avslutningsord

I EU:s övriga medlemsländer har tillsvidare inte stiftats lagar om integritetsskydd i arbetslivet. Särskilda situationer i arbetslivet och särskilda grupper av data, såsom uppgifter som rör hälsotillståndet, har emellertid delvis intagits som en del av speciallagstiftningen. En tredje handlingsmodell är att tillämpa branschspecifika uppförandekodexar (förfaringsregler).

Slutligen vill jag för övervägande lyfta fram två frågor: kan arbetsmarknadens

parter i en anda av självstyrelse avtala om integritetsskyddet t.ex. i kollektiv- eller tjänstekollektivavtalen? Kan arbetsgivaren rikta till arbetstagaren från arbetsförhållandets synpunkt negativa sanktioner, ifall arbetstagaren inte samtycker till begränsningar i arbetstagarens integritetsskydd som arbetsgivaren kräver med stöd av sin rätt till ledning?

Jag svarar nekande på bägge frågorna. Med mina frågor vill jag emellertid peka på, att gränsdragningen mellan dataskyddet och arbetslivets övriga normer inte alltid nödvändigtvis är entydig. Frågan kommer att ge anledning till mycket att begrunda också i framtiden.

Arne Gunnar Aas

Aktivt forsvar

Aktivt forsvar

Av advokat Arne Gunnar Aas, Norge
Advokatfirmaet Hjort DA

"Det aktive forsvar" er en populær betegnelse på en bestemt utøvelse av forsvarergjeringen. Det aktive forsvar kan vanskelig definieres, men kan best illustreres ved eksempler. Forsvarerens rolle springer ut fra prosessuelle prinsipper og advokatetikk og er i liten grad bestemt av formelle lovregler på etterforskningsstadiet.

Det tradisjonelle syn på forsvarerens rolle har vært påvirket av en straffeprosess der den fulle kontradiksjon og den reelle partsprosess først virket på hovedforhandlingsstadiet.

Artikkelen tar for seg praktiske eksempler på det aktive forsvar på forskjellige stadier av en straffesak, herunder hvilke råd en forsvarer kan gi sin klient, aktivt forsvar i rettssalen, forholdet til klausulerte dokumenter og bruk av media. Den største utvikling kan man spore på etterforskningsstadiet. Internasjonale rettskilder har utviklet den nasjonale rett slik at det i dag er større fokus på kontradiksjon og partsprosess på etterforskningsstadiet. Dette påvirker grensene for og nødvendigheten av det aktive forsvar.

Arne Gunnar Aas er cand. jur. fra 1977 (Universitetet i Oslo). Han har arbeidet som politifullmektig 1978–1980 og som dommerfullmektig 1980–81. Siden 1981 er han advokat i Advokatfirmaet Hjort DA. Arne Gunnar Aas er fast forsvarer i Oslo tingrett og Borgarting lagmannsrett og har møterett for Høyesterett fra 1993.

1 Innledning

Advokatens rolle er i liten grad styrt av lovfestede regler. Forsvarerens rolle er snarere forutsatt enn regulert. Grensen for forsvarerens arbeid vil da særlig avhenge av to forhold; straffeprosessuelle prinsipper og advokatetikk.

Etter norsk straffeprosesslovgivning skal straffbare forhold anmeldes til og etterforskes av politiet, jf strpl. §§ 223 og 225.

Formålet med etterforskningen er å bringe på det rene om et straffbart forhold har skjedd og i så fall finne frem til den ansvarlige. Likeså skal etterforskningen klarlegge hvorvidt de øvrige vilkår for tiltale og straff er tilstede. Etterforskningen skal skje både til gunst og til skade for mistenkte og skal gjennomføres så raskt som mulig, jf strpl. § 226 tredje ledd.

Tradisjonelt har forsvarerens oppgave konsentrert seg om eksaminasjon og prosedyre under hovedforhandlingen. Forsvarer har således påstartet sitt virke etter at sakens dokumenter med påtalemyndighetens tiltalebeslutning og bevisoppgave er mottatt jf strpl. § 265. Slik er fortsatt situasjonen i de tilfelle der forsvareroppgaget utføres av en av domstolens faste forsvarere. Dette vil være

situasjonen der tiltalte ikke har hatt et eget forsvarerønske og det ellers ikke er foretatt rettergangsskritt på et tidligere stadium som har medført forsvareroppnevning.

Dette kan utledes av at vi i vår prosess har ett anklagerprinsipp. Det er bare påtalemyndighetene som kan bringe en sak inn for domstolene og det er politiet som bringer bevisene inn for retten. Det har tradisjonelt sett vært liten grad av reell partsprosess på disse stadiene av en straffesak. Den fulle kontradiksjon har vært forbeholdt rettsforhandlingen og i særlig grad hovedforhandlingen.

I de senere år har det imidlertid vært en utvikling mot at forsvarer på et tidligere stadium er kommet inn i saken. Dette kan det være flere årsaker til. For det første har det skjedd en økende bruk av varetektsfengsel der siktede har krav på forsvarer etter strpl. § 98.

For det andre synes domstolene i økende grad å være innstilt på oppnevning av forsvarer under etterforskningen på skjønnsmessig grunnlag etter strpl. § 100 annet ledd, særlig i saker med stort omfang, høy kompleksitet, betydelig mediainteresse eller der siktedes personlige forhold gjør det særlig påkrevet med forsvarerbistand i etterforskningsfasen. Også den generelle velstandsutvikling har ført til at private forsvarere i større grad benyttes i etterforskningsfasen. Også i straffesaker der næringslivet er involvert ser man økende bruk av forsvarerbistand i innledningsfasen av etterforskningen. Dette gjelder særlig i økonomiske straffesaker, miljøkriminalitet og innenfor bygnings- og entrepriseområdet.

Videre ser man en utvikling der internasjonale rettskilder har rokket ved det tradisjonelle syn. Prinsippene om kontradiksjon og "equality of arms" er gitt større gjennomslagskraft under hele gangen av en straffesak ved den europeiske menneskerettsdomstol enn det som har fulgt av tidligere norsk praksis. Både FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon utgjør i dag en del av norsk rett, se menneskerettsloven §2 og straffeprosessloven §4.

Dette påvirker graden av partsprosess i hele straffeprosessen – og dermed også forsvarerens rolle.

Det forhold at forsvarere ofte kommer inn i saken på et tidligere stadium har ført til en debatt knyttet til forsvarergjerningen. Avdøde h.r. advokat Alf Nordhus innførte begrepet "aktivt forsvar" som et ideal. Dette begrep skulle til dels stå i motsetning til det mer tradisjonelle, passive forsvar som beskrevet innledningsvis. Begrepet "aktivt forsvar" lar seg vanskelig definere. Mens det passive forsvar særpreges ved at etterforskningen overlates til politiet mens forsvarer i retten konsentrerer seg om å få frem det som taler til fordel for tiltalte særkjennes det aktive forsvar av kritisk engasjement og kontroll av etterforskningen, arbeid med å fremskaffe supplerende eller alternativt bevismateriale, bruk av alternative sakkyndige og i visse tilfeller private etterforskere, og for øvrig en generell skepsis til å akseptere sakkyndigerklæringer og andre autoriteter. I tillegg særkjennes det aktive forsvar av økende deltagelse i mediaomtale.

Det er i dag enighet om at en forsvarer skal være aktivt kritisk til politiets og påtalemyndighetens arbeid uten å engste seg for å støte mot autoriteter eller opinion. Spørsmålet blir imidlertid hvor langt den aktive forsvarer kan gå i sitt forsvarervirke for å ivareta klientens interesser.

Lovverket er relativt taust om forsvarerrollen. I særlig grad gjelder dette i etterforskningsfasen. Medvirkning til uriktig forklaring, fjerning av bevis m.v. rammes klart av straffelovens bestemmelser. Likeledes har domstolen bestemmelser som i visse tilfelle kan anvendes på forsvarers opptreden, blant annet domstollovens § 200 som hjemler bøteleggelse av forsvarer for forsømmelig eller utilbørlig forhold under rettergang.

Når rammene for det aktive forsvar diskuteres vil det normalt være spørsmål om god advokatskikk som står sentralt.

I Sverige, Danmark og Finland finnes det – i motsetning til i Norge – formelle lovregler om den generelle advokatrollen. I utformingen av rollen peker reglene mot den gode "advokatsed" og "advokatskik". For eksempel heter det i Finlands lag om advokater av 12. desember 1985 i § 5 at:

"Advokat skall redbart och samvetsgrant utföra honom anförtrödda uppdrag samt i all sin verksamhet iakttaga god advokatsed."

For å finne noen nærmere beskrivelse av god advokatskikk enn advokatens egen samvittighet, må man se hen til advokatenes egne interne regelverk. I innledningen til de danske advokatetiske regler vedtatt av "Advokatrådet" heter det: "*Advokatens opgave er at fremme retfærdighed og modvirke uret.*" En liknede rettesnor finner man i de norske reglene. Det er galt å tro at dette innebærer at advokaten i den enkelte sak kun skal ha den materielle sannhet som mål. Hensikten er etter mitt syn å finne frem til spilleregler som i sin anvendelse vil fremme rett og hindre urett. Dersom forsvareren utnytter favor defensionis prinsippene slik at man får en frifinnelse på tross av den "materielle sannhet" er dette likevel en avgjørelse som fremmer rett og hindrer urett. Det ligger grunnleggende hensyn som bærer rettssamfunnet bak en slik "buffer" til gode for den som står tiltalt for straff.

Den Norske Advokatforening har sine advokatetiske regler. Disse er gitt med virkning som forskrift og brudd på reglene vil kunne medføre disiplinære forføyer. I tillegg har advokatforeningen den 19.11.99 vedtatt retningslinjer for forsvarere som tar standpunkt til en del av de aktuelle problemstillinger. Disse retningslinjer baserer seg på og er en utdyping av regler for god advokatskikk men er ikke en del av advokatforskriften som likevel forutsettes fulgt.

En oppnevnt forsvarer som går ut over grensene for god advokatskikk vil av domstolen kunne entlediges som forsvarer.

2 Ulike sider av aktivt forsvar

Begrepet aktivt forsvar kan med fordel splittes opp i ulike spørsmål/problemstillinger:

1. I hvilken grad kan politiets etterforskning møtes av tilsvarende aktivitet fra forsvarers side.
2. Hvilke råd kan forsvarer gi sin klient, eventuelt andre, på de ulike stadier av en straffesak.
3. Aktivt forsvar i rettssalen, herunder forsvarers forhold til siktedes standpunkt om skyld/straff.
4. Forsvarers forhold til klausulerte dokumenter.
5. Forsvarers bruk av media under en straffesak.

Ad 1: Etterforskning fra forsvarers side.

Som nevnt i innledningen er det særlig på dette stadiet av en straffesak man ser en utvikling i faktiske forhold og rettskildebildet som gjør at man kanskje må revurdere det tradisjonelle syn på forsvarerens rolle. Det er da ikke overraskende at det er her vi kan se det største sprik i holdninger til emnet.

Utgangspunktet må være strpl. § 225 som angir at etterforskning iverksettes og utføres av politiet.

Imidlertid vil det ofte oppstå tilfeller der forsvarer har behov for å gå politiets etterforskning nærmere etter i sømmene, eller der forsvarer ønsker å innhente ytterligere dokumenter og/eller supplerende/alternative opplysninger fra mulige vitner som eventuelt ikke er avhørt av politiet.

Påtalemyndigheten har ved flere anledninger motsatt seg at forsvarer kontakter aktuelle vitner. Denne motstand synes å være begrunnet i følgende momenter:

- fare for påvirkning av vitnene
- forsvarer har intet krav til objektivitet i motsetning til politiet
- dersom det i slike vitnesamtaler kommer frem opplysninger til ugunst for siktede/tiltalte, har forsvarer verken rett eller plikt til å bringe disse videre
- forsvarer vil kunne få et advokatetisk problem ved at han ikke kan prosedere på et faktum han vet er uriktig
- det vil vanskelig kunne etterspores hvilke faktiske opplysninger i saken forsvarer har foreholdt vitnet
- forsvarer kan risikere å måtte avgi forklaring om hvilke opplysninger vitnet er foreholdt
- strpl. § 242 gir kun rett til dokumentinnsyn for forsvarer og mistenkte og samtaler med mulige vitner vil kunne stride mot strpl. § 129 om at vitner ikke bør gjøres kjent med andre mulige vitners forklaringer før eventuelt under hovedforhandlingen

Mot denne argumentasjon taler hensynet til likhet mellom forsvarer og påtalemyndighet som også bør innebære en selvstendig rett for forsvarer til å innhente supplerende bevis. EMK artikkel 6 nr. 1 stiller krav om "fair trial". En viktig side av dette hensyn må være "equality of arms" som også må gjelde på etterforskningsstadiet. Dette prinsipp er slått fast i blant annet Neumeisterdommen, Series A no. 8 1968 para 22. Prinsippet gjelder fra det tidspunkt en person er "charged" som etter domstolens praksis forstås som det tidspunkt det foreligger en mistanke som påvirker den mistenktes livssituasjon, se Eckledommen, Series A no. 51 1982. Avgjørelsen tyder på at beskyttelsen etter konvensjonens artikkel 6 nr. 1 inntreffer allerede før den mistenkte har status som siktet etter strpl. § 82. Forsvarer bør derfor kunne forlange etterforskningskritt før siktelse er uttatt etter prinsippet om "equality of arms". Den nasjonale lovgivnings definisjon av mistenkt, siktet, tiltalt m.v. er i tidligere avgjørelser ikke tillagt avgjørende vekt.

Den Norske Advokatforenings syn er nedfelt i Retningslinjer for forsvarere pkt. 3.5, som lyder:

"Forsvareren har adgang til å henvende seg til enhver som kan bidra til sakens opplysning, uavhengig av om vedkommende er avhørt av politiet eller oppgitt som påtalemyndighetens vitne."

Riktignok synes retningslinjenes pkt. 3.5 å legge opp til at forsvarer skal begjære etterforskning gjennom politiet til avhør av vitner eller foreta andre begjærte etterforskningskritt etter strpl. § 241 og kun i særlige tilfelle selv foreta undersøkelser av etterforskningsmessig art. Dette kan imidlertid ikke forhindre at forsvarer tar kontakt med aktuelle vitner for å klarlegge om de har noe å tilføre saken. Likeledes må forsvarer ha anledning til å oppta skriftlige og underskrevne erklæringer fra slike vitner dersom dette anses tjenlig. Slike opptegnelser kan imidlertid ikke kreves fremlagt som dokument i retten. Det naturlige vil være å oversende den skriftlige erklæring til politiet med anmodning om avhør der erklæringens innhold bekreftes. Dette gjelder særlig der forsvarer frykter at vitnet under hovedforhandling vil fragå den skriftlige erklæring.

Forsvarer kan ikke anses pliktig til å varsle påtalemyndigheten på forhånd om slik aktuell etterforskning. Forsvarer må således, dersom vitnet har opplysninger av betydning for saken, stå fritt til å vurdere hvorvidt politiet bør anmodes om å foreta formelt avhør av vitnet eller om klienten er best tjent med å føre vitnet opp på sin bevisoppgave uten nærmere informasjon til påtalemyndigheten om hva vitnet skal forklare seg om. Dersom vitnets forklaring kan føre til at tiltale ikke blir reist eller tiltalebeslutning trekkes tilbake, bør klientens interesse tilsi at politiet anmodes om å foreta formelt avhør. Forsvarers behov for en "spektakulær" frifinnelse i retten må ikke spille inn.

Forsvarers kontakt med mulige vitner må ha form av informasjonsinnhenting og ikke utilbørlig påvirkning. Forsvarer må likeledes være klar over at slik

uformell forsvarerkontakt med mulige vitner vil kunne fremstilles i et negativt lys fra påtalemyndighetens side, og dette bør være en del av den avveining forsvarer må foreta når han velger fremgangsmåte for slik etterforskning.

Dersom det under forsvarers etterforskning fremkommer opplysninger til skade for klienten, har forsvarer verken rett eller plikt til å fremlegge disse opplysninger for påtalemyndigheten. Dette er opplysninger som er betrodd ham i egenskap av forsvarer og vil derfor være dekket av forsvarers taushetsplikt etter strpl. § 144.

I de senere år har det vært flere saker der forsvarer har engasjert private sakkyndige i en verserende straffesak, eventuelt som supplement til rettslig oppnevnt sakkyndig etter strpl. § 139. Dette vil normalt være aktuelt i alvorligere straffesaker. I en særlig stilling står gjenopptagelsesaker. Det ligger i slike saker ett særlig incitament for forsvareren till å innhente nye bevis. Dette var tilfellet blant annet i Torgersen-saken som dreide seg om gjenopptagelse av en mye omtalt drapssak fra 50-årene. Et sentralt bevis i den dømmende saken var et bitemerke i offerets kropp. I gjenopptagelsessaken engasjerte forsvarer privat sakkyndig med rettsodontologisk bakgrunn for å bestride det fellende bevis. Det kan også være aktuelt innenfor økonomisk kriminalitet, miljøkriminalitet eller bygning/enterpriserett.

Forsvarer kan begjære oppnevnt privat sakkyndig som allerede har påstartet sitt arbeid eller velge å la den private sakkyndige forbli privatengasjert. I sistnevnte tilfelle kommer strpl. § 149 til anvendelse og innebærer at den private sakkyndige avgir forklaring som vitne, og kan være tilstede under forhandlingen og avgi forsikring etter bestemmelsene for oppnevnte sakkyndige. Imidlertid vil den private sakkyndige ikke ha rett til å stille spørsmål til parter, vitner og andre sakkyndige uten at dommeren har gitt særskilt tillatelse til dette.

Det kan oppstå spørsmål om forsvarer kan gi privatengasjert sakkyndig innsyn i saksdokumentene, idet slik innsynsrett i utgangspunktet er begrenset til forsvarer og mistenkte etter strpl. § 242. Etter mitt syn må denne bestemmelse tolkes slik at den gir mulighet for forsvarer til å la den private sakkyndige få innsyn i saksdokumentene uten at påtalemyndigheten må underrettes eller gi sin godkjenning til dette. Et slikt standpunkt må kunne forankres i kravet til "fair trial" etter EMK artikkel 6.1 og er for øvrig en nødvendig forutsetning for at retten til bruk av privat sakkyndig skal ha et formål. I Bönisch-dommen Series A no 92 1985 ble det ansett å være et brudd på prinsippet om "equality of arms" at sakkyndig vitne for forsvaret ikke kunne opptre på samme vilkår som sakkyndig vitne for påtalemyndighetene.

Jeg kan heller ikke se behov for å regulere forsvarers adgang til å engasjere private etterforskere i større grad enn det som gjelder for private sakkyndige. Også spørsmålet om den private etterforskers innsynsrett i dokumentene bør behandles på samme måte som for private sakkyndige. Dog er tvil knyttet til det forhold at det ikke foreligger noen konsesjonsordning/kvalitetskrav for private etterforskere, hvilket imidlertid diskuteres i Norge. En kontroll vil her ligge i

domstolenes vurdering av spørsmålet om utgifter til private etterforskere må anses som en nødvendig del av forsvarerutgiftene i henhold til strpl. § 438. Det vises om dette blant annet til avgjørelse i RT 1999 side 1598. Saken dreiet seg om erstatning for uberettiget forfølgning. En som var frifunnet for voldtekt fikk dekket 500.000,- av ett krav på nærmere 1,5 millioner som skrev seg fra utgifter til bruk av privatetterforsker i sin sannsynliggjøring av sin uskyld.

Ad 2: Hvilke råd kan forsvarer gi sin klient, eventuelt andre, på de ulike stadier av en straffesak.

Utgangspunktet må være at en forsvarer ikke har plikt til å fremskaffe eller viderebringe opplysninger/dokumenter m.v. til skade for sin klient, jf ovenfor.

Forsvarer er en partsrepresentant og skal ivareta sin klients interesse innenfor de grenser som lov om god advokatskikk tillater.

På den annen side har forsvarer ikke anledning til å bidra til uriktig forklaring eller rydde bevis av veien. Innenfor disse utgangspunkter må forsvarers etiske grenser vurderes.

Noen utgangspunkter bør nevnes:

- a) Forsvarer må ha anledning til å råde sin klient til ikke å avgi forklaring til politiet eller retten under etterforskningen eller under den senere hovedforhandling. Denne rådgivning må utelukkende ha klientens interesse for øyet og må skje etter en nærmere drøftelse med klienten der mulige konsekvenser av et slikt standpunkt blir belyst av forsvarer. Således vil nektelse av å avgi politiforklaring kunne medføre at etterforskningen forsinkes og at påtalemyndigheten eventuelt vil begjære varetektsfengsling i en innledende fase av etterforskningen.

I Norge har det vakt reaksjoner fra påtalemyndighetenes side der forsvarer har rådet sin klient til ikke å forklare seg. Etter straffeprosessloven § 93 annet ledd kan rettens formann gjøre siktede oppmerksom på at "det kan bli ansett å tale mot ham" dersom han ikke vil forklare seg. Begge eksempler viser at den inkvisitoriske prosess, der siktedes forklaring er det sentrale bevis, på mange måter er gjeldende ved siden av anklagerprosessen. I anglo-amerikansk rett anses den siktedes rett til taushet som en selvfølgelig rettighet og vernet mot selvinkriminering har der en mer fremtredende rolle. I den grad prosessordningen er i utvikling mot en renere anklager- og partsprosess vil denne type aktive forsvar nok bli vanligere. Den europeiske menneskerettighetsdomstol har tolket EMK art 6 sitt krav om "fair trial" til å omfatte siktedes vern mot selvinkriminering. Jeg viser her blant annet til dommer av Den europeiske menneskerettighetsdomstol av 25. februar 1993 i saken Funke mot Frankrike (EMD = REF00000394) og av 17. desember 1996 i saken Saunders mot Storbritannia (EMD = REF00000595). Dette er også et steg i denne retning.

- b) Spørsmålet er videre om forsvarer kan råde klientens nærstående familie til å benytte sin rett til ikke å avgi forklaring etter strpl. § 122.

Jeg finner det etisk betenkelig at forsvarer aktivt tar kontakt med et slikt formål uten å være spurt om dette av de aktuelle vitner. Derimot må det være akseptabelt på forespørsel å gjøre oppmerksom på retten etter strpl. § 122 og hvilke konsekvenser en eventuell forklaring vil kunne få for forsvarers klient.

- c) Lignende problemstilling kan komme opp i forhold til andre vitner. Spørsmålet blir om en forsvarer kan kontakte aktuelle vitner og råde dem til å benytte sin rett til å nekte politiforklaring etter strpl. § 230. På samme måte som nevnt ovenfor under pkt. b), bør forsvarer ha anledning til på forespørsel å opplyse om et vitnes rett til å nekte forklaring og likeledes konsekvensene av en eventuell politiforklaring for forsvarers klient.

Derimot må en forsvarer kunne rådgi et vitne til å nekte å avgi forklaring til politiet uten at vedkommende har forsvarer tilstede. Et slikt råd verken forhindrer eller vesentlig forsinker politiets etterforskning samtidig som vitnets rett etter straffeprosessloven ivaretas. Et slikt råd vil særlig være aktuelt der vitnet kan risikere selv å bli trukket inn som mistenkt/siktet i saken.

- d) Dersom det fremkommer at forsvarers klient har avgitt en uriktig forklaring og ønsker å endre denne i et nytt politiavhør må forsvarer ha anledning til å råde sin klient til, av forsvarertaktiske årsaker, først å avgi en slik ny forklaring på et bestemt senere tidspunkt under etterforskningen eller under eventuell hovedforhandling. Forsvarer kan imidlertid ikke råde klienten til å fastholde en uriktig forklaring dersom klienten selv ønsker å endre denne, men må ha anledning til å gi uttrykk for konsekvensene for klienten ut fra den nye forklarings innhold.

- e) Ikke sjelden får forsvarer spørsmål fra klienten knyttet til innholdet av vedkommendes forklaring.

Etter å ha mottatt saksdokumentene vil forsvarer ofte kunne konstatere at siktedes politiforklaring dårlig stemmer med de øvrige bevis i saken. I konferanse med siktede er det påkrevet for forsvarer å foreholde siktede dette faktum og utbe hans forklaring på de ømtålige punkter. Ikke sjelden blir forsvarer spurt om hva siktede bør svare på aktuelle spørsmål. Her bør forsvarer være forsiktig idet han ikke kan gi annet råd enn at klienten må fortelle sannheten. Han må således ikke ordlegge seg på en måte som oppleves av siktede som et råd om å forklare seg uriktig.

Derimot må forsvarer kunne forklare konsekvensen av at klienten velger å endre forklaring og må likeledes kunne gi uttrykk for sin vurdering av de straffemessige konsekvenser av siktedes forklaring, også der siktede ber om dette i forhold til en alternativ forklaring. Der siktedes forklaring ikke stemmer med de foreliggende bevis for øvrig må forsvarer ha anledning til å gi uttrykk for at bevisene kan forstås på flere måter og at det kan finnes ulike forklaringer på dette. Dette innebærer å presentere ulike forklaringsalternativer og klienten

vil kunne velge det alternativ som er gunstigst for ham selv om dette skulle være objektivt uriktig.

Selv om en slik utspørringsmetode kan sies å bidra til en uriktig forklaring vil likevel en slik utspørringsmåte kunne være nødvendig strategi i forsvarerarbeidet.

Ad 3: Aktivt forsvar i rettssalen, herunder forsvarers forhold til siktedes standpunkt om skyld/straff.

De motforestillinger som melder seg mot bruk av "det aktive forsvar" vil stå svakere på dette stadiet av en straffesak. Behandlingen i rettssalen er fullt ut kontradiktorisk og underlagt åpen domstolskontroll. Det er først her regelverket legger til rette for den egentlige "partsprosess".

Jeg har tidligere behandlet spørsmålet om hvor langt forsvarer i forhold til det offentlige kan gå i sitt forsvar. Det oppstår også spørsmål om hvor langt forsvarer kan gå i forhold til det standpunkt siktede selv inntar med hensyn til skyld/straff.

Et utgangspunkt er klart. Dersom siktede nekter straffeskyld er forsvarer bundet av dette standpunkt selv om han mener dette er håpløst og uklokt ut fra de foreliggende bevis. Siktede har rett til å kreve at forsvarer ikke faller ham i ryggen. Dette syn er nedfelt i retningslinjene for forsvarere punkt 2.3.

Tiltaltes erkjennelse av straffeskyld er derimot ikke nødvendigvis bindende for forsvarer. Dette må gjelde både der forsvarer mener tilståelsen er avgitt på uriktig faktisk grunnlag og i de tilfelle der forsvarer mener de øvrige straffbarhetsvilkår ikke er tilstede. For det første tilfelles vedkommende kan vises til en kjent drapssak i Norge der siktede hadde avgitt en detaljert tilståelse og fastholdt denne under hovedforhandlingen mens forsvarer prosederte på at tilståelsen var uriktig hvilket førte til at siktede ble frifunnet.

I tillegg kan man tenke seg den situasjon at forsvarer mener tilståelsen er fremkommet ved hjelp av tvang/trusler og lignende fra andre impliserte i saken eller at andre straffeutelukkende omstendigheter er tilstede.

Et særskilt spørsmål er det om forsvarer er bundet av siktedes standpunkt om at han ikke ønsker å påberope seg sin sykdom.

Dette er vanskelig, idet et viktig hensyn er at siktede ved en frifinnende dom på grunn av sinnsykdom vil ha dette som et belastende stempel videre i livet.

Likevel er det slik at det overordnede hensyn for en forsvarer må være å hindre at en siktet domfelles uten at lovens vilkår for straff er tilstede. Jeg vil derfor mene at forsvarer på dette punkt ikke kan være bundet av sin klients standpunkt.

Et annet spørsmål er hvor langt forsvarer kan gå i å inkriminere andre medtaltale mot sin klients ønske. Dersom dette gjøres for å forhindre at egen klient domfelles på uriktig faktisk eller rettslig grunnlag må dette aksepteres. Er imidlertid begrunnelsen for utelukkende å fordele den samlede straffeskyld på flere gjerningsmenn bør siktedes ønske om å holde andre involverte utenfor saken respekteres av forsvarer.

I den aktuelle og meget omtalte trippelldrapssaken (Orderudsaken) i Norge ville en av de tiltalte entledige sine forsvarere dersom de ikke garanterte at de ikke ville prosedere subsidiært mot en medtiltalt som var hans kone. Hans forsvarere ville ikke gi en slik garanti, retten ga ham ikke rett og saken fortsatte med disse forsvarere mot hans vilje.

Forsvarer kan heller ikke være bundet av siktedes standpunkt med hensyn til bevisførselen. Dersom det er aktuelt å innkalle et forsvarervitne som siktede av personlige grunner ønsker å holde utenfor saken kan dette ikke være et standpunkt som nødvendigvis er bindende for forsvarer. Motsatt kan heller ikke forsvarer være pålagt å innkalle forsvarervitner dersom han mener vitnet ikke vil kunne tilføre saken opplysninger av betydning.

Videre kan det oppstå spørsmål om forsvarer kan anføre straffeutmålingsmomenter mot klientens ønske. Dette kan gjelde spørsmål om oppvekstforhold, rusbelastning eller fordeling av skyldgrad mellom flere tiltalte. I slike tilfelle bør forsvarer respektere sin klients standpunkt. Derimot kan forsvarer ikke være bundet av siktedes ønske om ubetinget fengselsstraff i en situasjon der forsvarer mener betinget dom eventuelt samfunnstjeneste bør være et bedre alternativ. På dette punkt bør forsvarer imidlertid vise stor tilbakeholdenhet.

Ad 4: Forsvarers forhold til klausulerte dokumenter.

Strpl. § 242 hjemler rett for mistenkte og hans forsvarer til innsyn i sakens dokumenter dersom det kan skje uten at etterforskningen skades. Offentlig forsvarer, men ikke mistenkte, kan likevel ikke nektes adgang til dokumenter som fremlegges eller har vært fremlagt i rettsmøte.

Jeg mener å kunne registrere et økende antall tilfeller der forsvarers innsynsrett gjøres betinget av at han aksepterer ikke å forevise dokumentene for sin klient. Dette gjelder også dokumenter som fremlegges i rettsmøte.

Denne utvikling er beklagelig og gjør forsvarervervet vanskelig.

Etter mitt syn bør en forsvarer møte et slikt pålegg med krav om fullt innsyn i dokumentene etter strpl. § 242 med rett til å gjennomgå disse dokumenter med siktede og således kreve spørsmålet om klausulering av dokumentene vurdert av forhørsretten etter strpl. § 242 første ledd første setning.

Dersom forhørsretten opprettholder klausuleringen må rettens avgjørelse respekteres dersom forsvarer selv velger innsyn. Spørsmålet blir imidlertid om forsvarer bør velge det standpunkt selv ikke å akseptere innsyn så lenge dokumentene ikke kan gjøres kjent for siktede. Et slikt standpunkt kan være riktig fordi det vanskeliggjør samarbeidet og tillitsforholdet mellom forsvarer og klient når visse dokumenter kun er kjent for forsvarer. Således er det prinsipielt problematisk for en forsvarer å ha "hemmelige" opplysninger overfor klient i en periode av etterforskningen. Forsvarerarbeidet vil likeledes i en slik situasjon være særdeles vanskelig idet grensen mellom tillatte og klausulerte opplysninger kan være vanskelig å trekke.

På den annen side vil forsvarers valg om ikke å akseptere innsyn i dokumentene så lenge disse ikke kan gjøres kjent for klienten føre til at forsvarerarbeidet blir vanskeliggjort i en periode og at en totalvurdering derfor må føre til at klienten er best tjent med at forsvarer får tilgang til opplysningene. Man kan tenke seg fengslingsmøter der møtende aktor påberoper klausulerte dokumenter som fengslingsgrunn uten at forsvarer har anledning til kontroll eller imøtegåelse. Under varetektsperioden vil forsvarer ha liten oversikt over sakens bevismessige stilling og en forsvarlig oppfølging av klienten i denne perioden vil derfor være svært vanskelig.

I henhold til Retningslinjer for forsvarere pkt. 3.1 pålegges forsvarer kun å godta dokumentinnsyn med pålegg om taushetsplikt overfor klienten dersom klienten samtykker til dette. Det er således nødvendig at forsvarer informerer og drøfter situasjonen med siktede og gir råd i denne forbindelse. Det kan ikke være riktig for forsvarer å følge et prinsipielt standpunkt her. Forsvarer er forpliktet til å vurdere sin strategi i forhold til hva klienten samlet sett er tjent med og gi råd til klienten med dette utgangspunkt.

Ad 5: Forsvarers bruk av media under en straffesak.

Kriminalstoff har i mange år vært omgitt av stor offentlig interesse og utgjør en sentral del av nyhetsbildet.

Det synes å være en utvikling mot stadig økende bruk av media fra påtalemyndigheten- og forsvarersiden både under etterforskning og i tilknytning til hovedforhandling. I Norge har man ikke regler om "contempt of court" som forhindrer slike utspill som lett kan oppfattes som forhåndsprosedyre og forsøk på å påvirke den senere rettsprosess.

For påtalemyndigheten har Riksadvokaten forsøkt å regulere forholdet til media gjennom et rundskriv fra 1981. Advokatforeningen har i sine retningslinjer pkt. 5 regulert forsvarers forhold til media.

Utgangspunktet for forsvarers "bruk" av media må være det som tjener klientens interesse. Normalt vil det være slik at siktede i de fleste tilfelle ønsker minst mulig offentlig omtale av sin sak og at etterforskning og rettsprosess blir raskest mulig gjennomført og med minst mulig offentlig oppmerksomhet. Det blir da et tankekors at så mange straffesaker gis bred omtale i media både under etterforskning og under hovedforhandling.

Forsvarers bruk av media er etter mitt syn uetisk dersom dette ikke skjer

- a) med klientens samtykke
- b) ved ivaretagelse av klientens interesse

Dersom disse to forutsetninger er oppfylt må det være opp til forsvarer å vurdere hensiktsmessigheten av å uttale seg om saken til media. Det er på dette punkt stor

ulikhet i praksis blant forsvarere og man kan lett få inntrykk av at enkelte forsvarere lar egen profilering styre bruk av media.

På den annen side må det konstateres at enkelte forsvarere forsømmer sin plikt til å korrigere eller balansere informasjon som allerede er offentlig og således ikke ivaretar sin klients interesser på dette punkt.

Et forhold som det kunne passe å reise her er de tilfeller der forsvareren går i identifikasjon med egen klient. Det vil, særlig i profilerte saker der mye står på spill, være en fristelse å påberope seg sin egen personlige overbevisning. I den nevnte trippelldrapssaken i Norge (Orderudsaken) gikk to av de fire tiltalte forsvarere ut i pressen og kunngjorde at de var personlig overbevist om sin klients uskyld.

Dette er, etter min mening, et eksempel på "aktivt forsvar" som klart ligger utenfor det som bør være del av advokatgjerningen. Identifikasjon bryter med selve advokatrollen som representant og vil på sikt undergrave det krav enhver har på et forsvar. I engelsk advokatur ville det være et utilgivelig feilgrep å påberope egen personlig overbevisning. Dette syn er også fremholdt med styrke i en rekke eldre nordiske fremstillinger om advokatrollen.

3 Avslutning

Det er grunn til å tro at utviklingen av det aktive forsvar vil fortsette. Etter mitt syn er det uheldig dersom denne utvikling går så langt at man nærmer seg en partsprosess som i sivile saker.

Kravet til etterforskningens kvalitet og fremdrift må ikke påvirkes av forsvarers rett til et aktivt forsvar av sin klient. Strpl. § 226 fastslår at etterforskningens formål er å klarlegge både det som taler mot og det som taler til fordel for mistenkte. Dette utgangspunkt må man ikke rokke ved.

Forsvarers mer aktive innsats må heller ikke føre til at tilliten til forsvarer svekkes slik at han i økende grad identifiseres med sin klient og derved ikke får større troverdighet enn det siktede selv tillegges.

Norges justisminister har fremført kritikk mot forsvarere som råder tiltalte til ikke å forklare seg til politiet og har tatt skritt for å undersøke hvordan situasjonen er på dette området i utlandet. Generelt må sies at dette er et område det er vanskelig å lovregulere og jeg kan heller ikke se at det skulle være grunnlag for en lovregulering av forsvarers opptreden. Begrensningene vil måtte settes av domstolene gjennom sin prosessledelse og gjennom de advokatetiske krav som settes til forsvarergjerningen.

Anders Agell och Peter Lødrup

Äktenskapsrätten och successionsrätten i de fem
nordiska länderna.
Om möjligheterna och nyttan av
lagharmonisering.

..

Äktenskapsrätten och successionsrätten i de fem nordiska länderna.

Om möjligheterna och nyttan av lagharmonisering.

av professor *Anders Agell*, Sverige och professor *Peter Lødrup*, Norge
i samarbete med Linda Nielsen, Urpo Kangas och Svend Danielsen

1. Våra direktiv. Metodfrågor i arbetet.

1.1 Direktiven och undersökningens genomförande

Denna sammanfattande rapport utgår från två böcker om vardera över 300 sidor, en om äktenskapsrätt av Anders Agell och en om successionsrätt (arvrätt, testamentsrätt och boutredning) av Peter Lødrup. Böckerna och rapporten har utarbetats under samarbete inom en projektgrupp och på grundval av direktiv från den nordiska ministerkommittén i juni 1998 för en studie av familjerätten och successionsrätten (projektnummer 71.01.21.00). För genomförandet av studien utsågs professorerna Agell (Uppsala), Lødrup (Oslo) och Linda Nielsen (Köpenhamn). Till gruppen har adjungerats professor Urpo Kangas (Helsingfors). Sedan Linda Nielsen blivit rektor för Köpenhamns universitet har också adj. professorn, landsdommer Svend Danielsen (Köpenhamn) inträtt som adjungerad medarbetare med inriktning på arvsrätten och en blivande bok om barnrätt. I det nu aktuella arbetet avser Linda Nielsens medverkan enbart äktenskapsrätten och Svend Danielsens enbart arvsrätten.

Enligt direktiven skulle studien syfta till att

1. redovisa de viktigaste olikheterna i rättsreglernas utformning, tillämpning och syften,
2. klargöra vilka olikheter som kan vålla praktiska problem, t.ex. vid flyttning mellan länderna, liksom hur vanligt det är att sådana problem uppkommer,
3. beskriva i vilka frågor det från praktiska utgångspunkter finns ett behov av ett nordiskt lagstiftningssamarbete,
4. att skapa en bild av vilka frågor som med hänsyn till gällande rätt i de nordiska länderna kan lämpa sig för nordiskt lagstiftningssamarbete på kort, medellång och lång sikt.

Rättsjämförelserna i de båda böckerna har gjorts så pass ingående att lagharmonisering skall kunna diskuteras utan ytterligare förstudier. Av språkskäl har det dock inte varit möjligt att studera finsk och isländsk rätt med samma noggrannhet som vi har eftersträvat för Danmark, Norge och Sverige. Medverkan av professor Kangas har dock i hög grad underlättat framställningen om finsk rätt.

Grundläggande rättsprinciper är likartade i de nordiska ländernas äktenskapslagar, men samtidigt föreligger det ett stort antal skillnader. Den gemensamma lagstiftningen från 1920-talet har glidit isär genom lagstiftning i varje land. Inom arvsrättens område har det aldrig förelegat en nordisk identitet. Särskilt en efterlevande makes ställning och förhållande till släktarvingarna har kommit att regleras på ett varierande sätt.

Vår strävan har varit att vid rättsjämförelsen uppmärksamma vilka skäl som kan tala för och emot olika alternativ. En sådan inriktning leder ibland till slutsatsen att en lösning är att föredra framför en annan. Vid lagharmonisering kan man dock inte enbart sträva efter att välja mellan regler eller att sammanjämka olika regler. Lagstiftningen måste utformas med ledning av vad som är rättspolitiskt lämpligt med tanke på äktenskap och arv i våra dagar. Äktenskapen är ofta inte livsvariga som förr i världen, omgiften är vanliga och makarna har inte sällan barn var för sig.

En jämförelse av olika lösningar inom Norden ökar bedömningsunderlaget och bör kunna leda till bättre, harmoniserade regler än när ett land agerar för sig. Vad som "utan jämförelse" framstår som bäst i vart och ett av flera länder, kanske inte längre verkar vara "efter jämförelse" bäst. Ibland kan lagstiftaren välja mellan ganska likvärdiga alternativ. Rättsolikheten kan då framstå som särskilt omotiverad.

Helt oavsett harmoniseringsfrågorna hoppas vi att de båda böckerna om rättsläget i de fem nordiska länderna skall visa sig nyttiga inte bara för lagstiftarna utan även för den praktiska rättstillämpningen genom den rättsjämförande information som här lämnas. Någon lika ingående och omfattande undersökning har i varje fall inte genomförts tidigare.

1.2 Skälen för lagharmonisering

I våra direktiv efterlystes svar på frågan huruvida existensen av olika nationella regler kan medföra nackdelar när nordiska medborgare flyttar från ett nordiskt land till ett annat. Vidare betonades att "den nordiska familjerätten" har stor betydelse för vår kulturella och sociala samhörighet liksom för att stärka de nordiska ländernas inflytande i internationella sammanhang.

Vi har gjort ett visst försök att genom rundfrågor till myndigheter, advokater m.fl. utröna vilka praktiska nackdelar som kan uppkomma när en familjerättslig eller arvsrättslig fråga aktualiseras på ett gränsöverskridande sätt. Utfallet av detta försök blev emellertid magert och begränsades till upplysningar om t.ex. svårigheten att verkställa indrivning av underhållsbidrag i ett annat land. Vi kan med andra ord inte redovisa några större praktiska nackdelar som svar på fråga 2 i våra direktiv. Ett säkrare svar på empiriskt grund skulle förutsätta en större undersökning än vad vi kunnat åstadkomma. Emellertid anser vi att frågor om gränsöverskridande tillämpningsproblem knappast berör de största nackdelarna av olika nationella lösningar.

På grundval av nordiska konventioner från 1930-talet om äktenskapsrätten och arvsrätten tillämpas som huvudregel hemvistlandets lag på nordiska medborgare. Denna reglering har byggt på att de rättsliga lösningarna i stort sett är desamma runt om i Norden, och att det inte spelar någon större roll vilket lands lag som tillämpas. Numera – d.v.s. sjuttio år senare – brister denna förutsättning i åtskilliga fall. Efter ett långvarigt äktenskap kan det ha stor betydelse för de ekonomiska verkningarna av skilsmässa eller den ena makens död, om makarna några år före äktenskapets upplösning flyttat låt oss säga från Malmö till Köpenhamn, från Oslo till Göteborg eller från Helsingfors till Stockholm. Enligt vår mening är det för mannen och hustrun, liksom för deras arvingar, otillfredsställande att en flyttning utlöser tillämpning av andra regler än de som man tidigare haft att räkna med under lång tid.¹ En komplikation kan även uppkomma om en make äger egendom i ett annat nordiskt land än där makarna har hemvist (t.ex. en fritidsfastighet), vilket kan tänkas utlösa andra regler om äganderätt och förfoganderätt för en ägarmake än som i övrigt gäller för makarnas äktenskap.

Det finns många andra situationer, som aktualiserar lagval inom Norden och som därför också kan utlösa skilda rättsverkningar till fördel för den ena eller andra parten vare sig det gäller äktenskap, arv eller andra familjerättsliga mellanhavanden. På grundval av våra böcker skulle det vara möjligt att kartlägga lagvalsreglernas betydelse i olika situationer, men en systematisk sådan undersökning har vi inte haft tillfälle att genomföra. Som ytterligare exempel på effekter av flyttning från ett land till ett annat kan nämnas att underhåll mellan makar efter skilsmässa (liksom för den delen underhåll till barn) kan hamna under ett nytt regelsystem såvida en redan underhållsberättigad person flyttar från ett land till ett annat, att reglerna om barns laglott ("tvangsarv"/"pliktdel") skiljer sig åt mellan länderna liksom att kusiner har arvsrätt enbart enligt norsk rätt.

Slumpeffekter på grund av människors flyttning inom Norden eller på grund av gränsöverskridande familjerelationer utgör enligt vår mening det viktigaste praktiska skälet för lagharmonisering. Samma synpunkter kan visserligen föras på tal i förhållande till vilka länder som helst, men resonemanget är särskilt närliggande inom en så pass homogen kulturkrets som den nordiska.

Vad som nu sagts leder över till det andra och kanske större skälet för lagharmonisering, nämligen värdet av en nordisk, kulturell gemenskap och av att de nordiska länderna kan tala med en stämma i ett vidare internationellt samarbete. Detta intresse blir särskilt påtagligt om materiell lagharmonisering även familjerätten och arvsrätten skulle aktualiseras inom EU. För övrigt kan en europeisk

¹ Byte av hemvist inom Norden utlöser omedelbart byte av tillämplig äktenskapslag medan tillämpningen av arvsreglerna i den avlidnes nya hemland kan skjutas upp. För den händelse att en medborgare i ett nordiskt land bytt hemvist senare än fem år före dödsfallet skall nämligen i fråga om arv efter honom lagen i hans hemland tillämpas, om det yrkas av arvinge eller testamentstagare vars rätt berörs.

lagharmonisering tänkas ske stegvis genom att modellagar utarbetas som förebilder för nationell lagstiftning, ett förfarande som motsvarar vad som i enskilda frågor förekommit på initiativ av Europarådet.

I tillägg till våra direktiv kan det också påpekas, att en ambitiös lagharmonisering av äktenskapsrätten kan aktualisera frågan om äktenskapets ställning i de nordiska länderna och därmed giftermålsfrekvensen skulle kunna stärkas. Det senare skulle medföra fördelar i olika hänseenden, som vi här måste lämna därhän.

1.3 Betydelsen av begrepp och termer

Vid lagharmonisering är det önskvärt, i viss utsträckning nödvändigt, att man använder en genomtänkt begreppsbildning och terminologi.

Det är välkänt att särskilt termerna i de väst-nordiska lagarna – "fælleseje"/"felleseie" (giftorättsgods på svenska) liksom "særeje"/"særeie" (enskild egendom på svenska) – ganska ofta orsakar missförstånd. I de danska och isländska lagarna talas det på ett än mera tvivelaktigt sätt om makars "formuefelleskab" och vardera makens "bodel".

Denna traditionella terminologi kan fungera bland användare som ofta sysselsätter sig med äktenskapsrätten. Närmare besett är den dock språkligt missvisande och lockar till missuppfattningar. Så har varit fallet alltsedan den nordiska äktenskapslagstiftningen på 1920-talet byggdes på principerna att vardera maken äger sin egendom och har sina skulder, men att övervärdet av vardera makens egendomen skall likadelas vid bodelning ("skifte" i Västnorden, "avvittring" i Finland). Följande missuppfattningar tycks vara vanliga, inte bara bland lekmän utan t.o.m. bland jurister som inte sysslar med familjerätt: "Fælleseje" förväxlas med "sameje" (samäganderätt). "Særeje" (enskild egendom) antas felaktigt också ha med äganderätten att göra. Begreppet förmodas leda till en makes egendom inte kan åtkommas av den andra makens borgenärer ("kreditorer"), fastän klassificeringen helt saknar betydelse för skuldansvaret. Vad som nu sagts gäller i viss mån även motsatsparet giftorättsgods och enskild egendom enligt svensk terminologi.

Det förekommer i alla de nordiska länderna att makar ingår avtal genom äktenskapsförord ("ægtepagt"/"ektepakt") i tro att förvandlingen av egendom till en makes enskilda har betydelse för skuldansvaret. I stället visar sig vid en framtida bodelning en annan och kanske inte avsedd effekt, nämligen att egendomen enligt avtalets ordalag skall undantas från likadelningen.

Förslag har framställts både i Danmark (av "ægteskabsudvalget" år 1974) och i Norge (av "ekteskapslovutvalget" år 1987) att ändra terminologin. Förslagen har dock inte vunnit politiskt gehör. Några argument har varit: Välkända termer fyller ett värde. Om de missförstås behövs upplysning. Det är svårt att finna bättre termer.

Det finns dock inga hållbara skäl för att behålla en terminologi vilken redan genom de språkliga uttrycken är ägnade att föra tanken i fel riktning och som visat

sig vilseledande i praktiken. Alldeles särskilt gäller detta "fælleseje" och "særeje", som förväxlingsbart med samäganderätt resp. äganderätt, liksom också termerna "formuefelleskab" och "bodeler" i dansk och isländsk rätt.

Ett ytterligare skäl för en ny samnordisk terminologi ger svårigheterna att översätta de nuvarande beteckningarna till andra språk, särskilt engelska. Dessa svårigheter är besvärande i ökande grad på grund av immigrationen till de nordiska länderna samt dessutom i ett allmänt internationellt samarbete. Det finns exempel på att översättningar av likartade regler i de nordiska länderna glidit isär.²

I fortsättningen av denna rapport kommer giftorättsgods/"fælleseje" att omtalas som *delningsegendom* och enskild egendom/"særeje" som *sidoegendom*, d.v.s. egendom vars värde inte skall delas. Denna terminologi innebär en försöksballong och inte något slutligt förslag till vad som skulle kunna vara den bästa terminologin.

Vid rättsjämförelser – och än mera vid försök till lagharmonisering – kan det aktualiseras ett behov av en genomsyn inte bara av de använda termerna utan även av de begrepp, som används i lagen eller det juridiska språket i övrigt. Detta har betydelse med tanke på en efterlevande makes rättsställning. Enligt den västnordiska regleringen kan en efterlevande make ha rätt att sitta i s.k. oskiftat bo. Denna närmast äktenskapsrättsliga begreppsbildning – "fælleseje" lämnas tillsvärdare oskiftat – har i realiteten arvsrättslig betydelse. Behovet av genomsyn av begreppsbildningen ökar, när jämförelser görs med vad som i Sverige och Finland omtalas som en efterlevande makes rätt att i vissa fall överta den avlidnes kvarlåtenskap ("dödsbo" enligt västnordisk terminologi) med vad som brukar kallas för "fri förfoganderätt". Vill man harmonisera reglerna om en efterlevande makes rättsställning, en svår men fullt tänkbar uppgift, är det önskvärt att man är beredd att ompröva inte bara gamla termer utan även gamla begrepp. Begreppen och termerna är viktiga redskap för skapande av ändamålsenliga och någorlunda lätt begripliga rättsregler.

Det finns skäl att understryka begreppsbildningens och rättssystematikens betydelse när det gäller makars egendomsförhållanden liksom utformningen av successionsrätten. Lagreglerna utgör ett komplicerat "maskineri" där olika delar samverkar. Inom familjerätten och successionsrätten gör sig numera den politiska viljan gällande tidigt i lagstiftningsprocessen. Det är olyckligt om detta förhållande skulle medföra att rättsystematiska och rättstekniska frågor får en otillräcklig uppmärksamhet till förfång för lagstiftningens allmänna kvalitet.

1.4 Vilken lagharmonisering är realistisk?

Såvida det finns en politiska vilja att samordna äktenskapsrätten och arvsrätten inom Norden, borde det gå att uppnå en betydande lagharmonisering. Särskilt

² Se sålunda redogörelserna för den danska, norska och svenska lagstiftningen i Hamilton & Standley (eds.), *Family Law in Europe*. Butterworths, London 1995.

tydlig skulle harmoniseringen bli om de nordiska lagarna disponerades och utformades på ett likartat sätt. Även utan en så långtgående strävan skulle dock regelinhålllet kunna samordnas i de flesta hänseenden.

Det går inte att bedöma vilken lagharmonisering som är möjlig att uppnå utan att ett allvarligt harmoniseringsförsök har gjorts. En beredskap i varje land för att ompröva nationella lösningar är naturligtvis nödvändig om harmonisering över huvud taget skall vara möjlig. Den sociala och kulturella miljön är dock så likartad inom Norden att det borde gå att överbrygga de flesta skillnader. Olika existerande lösningar kan ha byggt på i huvudsak likartade grundvärderingar.

En svårighet är kanske att det i tre av länderna finns ganska nya äktenskapslagar, nämligen den svenska "Äktenskapsbalken" av år 1987, den norska "ekteskapsloven" av år 1991, och den isländska "Ægteskabsloven" (på isländska "Hjúskaparlög") av år 1993. Den finländska äktenskapslagen av år 1929 har ävenledes undergått successiva förändringar men inte blivit föremål för någon helt samlad översyn. Mest orörd är den danska lagstiftningen från 1920-talet, även om det skett en del lagändringar på senare tid.

En politiska vilja till lagharmonisering skulle dock kunna bryta igenom motståndet mot varje ändring av sådana nationella ståndpunkter vilka intagits under de senaste 15 åren. Som redan antytts kan också en regelbildning, som antagits ganska nyligen, tänkas bli förbättrad med ledning av en rättsjämförande diskussion inom Norden.

Visserligen har det i modern tid inte har förelegat någon långtgående rättslikhet inom successionsrätten i de nordiska länderna. Emellertid är samma rättspolitiska frågor viktiga överallt, särskilt avvägningen mellan efterlevande make samt den avlidne makens barn (dels gemensamma barn, dels särkullbarn) och övriga släktingar. En förutsättningslös diskussion borde kunna leda till betydande lagharmonisering även inom arvsrättens område. Med "förutsättningslös" menar vi att sakfrågorna sätts i centrum, och att de gällande reglerna analyseras som möjliga alternativ men utan nationella låsningar. Detta gäller såväl begreppsbildning och terminologi som det materiella regelinhålllet. Om man i de olika länderna intar positionen, att en redan existerande regelbildning, som fungerar tillfredsställande, inte kan komma ifråga för omprövning, kan det inte bli någon lagharmonisering för såvitt inte likartade regler på lång sikt påtvingas de nordiska länderna genom en framtida utveckling inom EU.

Frågan är om det egentligen finns några så bestämda rättsuppfattningar i de olika länderna, att lagharmonisering av det skälet inte skulle vara lämplig? Med tanke på de kulturella och sociala förhållandena samt de liknande grundvärderingar, som ligger bakom de existerande lagarna, är det i varje fall svårt att tro att uppfattningar hos gemene man skulle tala emot lagharmonisering inom Norden. Kunskaperna om rättsläget är antagligen också dåliga bland folk i allmänhet.

Skulle det finnas en politisk vilja att på grundval av våra böcker igångsätta ett målinriktat arbete för nordisk lagharmonisering aktualiseras olika frågor om

planläggningen med hänsyn till både val av uppgifter och sammansättningen av beredningsgrupper för ändamålet. Enligt våra direktiv skall vi inte uttala oss om dessa organisationsfrågor. Däremot borde vi söka ge bild av vilka frågor som med hänsyn till gällande rätt i de nordiska länderna kan lämpa sig för nordiskt lagstiftningssamarbete på kort, medellång och lång sikt. Urvalet av frågor för behandling beror dock i hög grad på valet av övergripande strategi.

Såvida man vill uppnå en långtgående lagharmonisering, och också ser en sådan möjlighet som realistisk, bör man antagligen omedelbart ge sig i kast med de mest centrala frågorna. Dit hör för äktenskapsrättens del vad som i denna sammanfattning (under 2.3.1) kallas för "byggstenarna", särskilt frågorna om giftorättens ("fællesejets"/"felleseiets") täckningsområde, makarnas avtalsmöjligheter och eventuell särbehandling av makarnas bostad och bohag. På arvsrättens område är frågorna om en efterlevande makes ställning det mest centrala ämnet med tanke på såväl avvägningen mellan maken och den dödes släktarvingar i olika arvsklassen som den rättstekniska utformningen av regelsystemet. Frågan om makes arvsrätt sammanhänger för övrigt så nära med omfattningen av giftorätten, att problemen lämpligen behandlas i ett sammanhang. Till samma ämnesområde hör också de frågor om ändamålsenlig begreppsbildning och terminologi vilka redan berörts ovan (1.3). Ett försök till lagharmonisering, som börjar med de centrala, rättspolitiska frågorna, underlättar antagligen en harmonisering av en del andra, mindre centrala bestämmelser.

En annan principiellt viktig fråga gäller bröstarvingars ("livsarvingars") rätt till laglott ("tvangsarv", "pliktdel"). Den frågan aktualiserar i sin tur spörsmål om avräkning av s.k. förskott på arv m.m. och laglottens ställning med tanke på gåvor under en arvlåtars livstid.

Man kan emellertid också tänka sig en alternativ strategi, som i första hand inriktas på rättstekniska frågor utan större rättspolitiskt intresse. Som exempel inom äktenskapsrätten kan nämnas äktenskapshindren samt ogiltighet eller återgång av äktenskap, som någon ingått på grund av tvång, svek eller psykisk störning (nedan 2.1), underhållsbidrag mellan makar efter äktenskapsskillnad (2.2), formerna för avtal om egendomsordningen liksom för gåvor mellan makar (2.3.1.d), makars rättshandlande under äktenskapet (2.3.2.a) samt de praktiskt mycket viktiga reglerna om det materiella innehållet och genomförandet av bodelning ("skifte"/"avvittring") vid äktenskapets upplösning (2.3.3). Inom successionsrätten kan nämnas frågor om upprättande (nedan 3.5.1–2) och om tolkning (3.5.4) av testamenten, om inbördes testamenten (3.5.3), om framställande eller bestridande av successionsrättsliga anspråk (3.5.7) samt om preskription (3.6.1–2).

Valet av strategi sammanhänger också med vad man anser om de praktiska nackdelarna av variationer inom Norden samt även med värdet av att få fram enhetliga nordiska lösningar med tanke på det europeiska perspektivet. Anlägger man det senare perspektivet kan förutsättningarna för äktenskapsskillnad (nedan 2.1) få ett ökat intresse.

2. Äktenskapsrätten

2.1 Ingående och upplösning av äktenskap

Reglerna om äktenskapets upplösning är principiellt och praktiskt betydelsefulla. Att vi ändå i stort sett går förbi dem i denna sammanfattning beror på att skilsmässoreglerna överallt i Norden bygger på att en makes önskan att upplösa äktenskapet skall respekteras.³ För medborgarnas rörlighet inom Norden spelar de då inte så stor roll att skilsmässoreglerna utvecklats något olika, sedan först *Sverige* 1974 och senare även *Finland* lämnat systemet med hemskillnad ("separation") som ett förstadium till äktenskapsskillnad. I stället gäller i Sverige och Finland ett krav i vissa fall på s.k. betänketid om ett halvt år, innan en domstol på grundval av en ansökan får meddela dom på äktenskapsskillnad. I Sverige har betänketiden begränsats till främst två fall, dels då en make har vårdnaden om barn under sexton år, dels då endast en av makarna vill skiljas. Om två barnlösa makar vill skiljas kan de alltså uppnå omedelbar äktenskapsskillnad.

För medborgarna spelar det heller inte någon avgörande roll att separationstiden varierar mellan de väst-nordiska länderna liksom att kraven på betänketid utformats något olika i Finland och Sverige. Likaså har det mindre betydelse för medborgarna att själva skilsmässoförfarandet har en olikartad utformning genom möjligheten för makar, som är eniga om sin önskan att upplösa äktenskapet, att i de väst-nordiska länderna få till stånd separation och skilsmässa genom ett administrativt förfarande.

I våra dagar möter lagstiftaren ett dilemma vid utformningen av villkoren för skilsmässa. Å ena sidan är det bra om reglernas utformning kan motverka en del kanske onödiga skilsmässor. Å andra sidan är det önskvärt att den juridiska svårigheten att genomgå en skilsmässa inte avhåller människor från att över huvud taget ingå äktenskap. Skulle man inom Norden vilja söka få till stånd en alldeles enhetlig äktenskapslagstiftning, och därvid ha i tankarna att "marknadsföra" äktenskapets fördelar framför samboende utan äktenskap, borde även de materiella förutsättningarna om ingående och upplösning harmoniseras. En sådan harmonisering av skilsmässoreglerna skulle också kunna ha ett visst exempelvärde inom Europa, där i flera länder reglerna framstår som förlegade med tanke på att antalet samboende par, som aldrig gifter sig, har stigit. Frågan om det är möjligt att harmonisera förutsättningarna för skilsmässa diskuteras ganska ingående i boken om äktenskapsrätt.

Beträffande upplösningen av äktenskap kan det också noteras, att regler om återgång ("omstødelse") finns kvar bara i *Danmark* och på *Island*. Enligt den *norska* ekteskapsloven har i stället införts bestämmelser om äktenskapets *ogil-*

³ För en mera fullständig rättsjämförelse se Agell, Nordisk äktenskapsrätt. En rättsjämförande undersökning av dansk, isländsk, finsk, norsk och svensk rätt med diskussion av reformbehov och harmoniseringsmöjligheter (cit. Agell), 2002, 2 kap.

tighet i vissa fall. I de *svenska* och *finska* lagarna har däremot återgångsmöjligheten helt försvunnit, och en make måste i motsvarande fall ansöka om omedelbar äktenskapsskillnad. Vid lagändringen bortsåg dock lagstiftaren, åtminstone i Sverige, från de ekonomiskt olämpliga rättsverkningar som blir följden av äktenskapet, om en make skulle avlida så kort tid efter en vigsel att ansökan om äktenskapsskillnad på hans eller hennes vägnar inte hunnit aktualiseras! Även ur mera principiella synpunkter var det förhastat att avskaffa möjligheten att angripa bristerna i en makes ingående av ett äktenskapsavtal. Detta avtal, som kommer till stånd genom viljeförklaringarna under vigseln, utgör underlaget för tillskapandet genom vigselföräktarens förklaring, att kontrahenterna blivit äkta makar, av äktenskapet som ett s.k. statusförhållande, d.v.s. ett förhållande som får rättsverkan först genom myndighets beslut.

Det finns skillnader inom Norden även när det gäller hindren för ingående av äktenskap. Skillnaderna förefaller på det hela taget ganska onödiga, men reglerna förbigås ändå i denna sammanfattning.

2.2 Underhållsskyldighet mellan makar och f.d. makar

Överallt i Norden tycks underhåll till frånskild make bara utgå i en mindre grupp av fall och då vanligtvis enbart för en övergångstid. Efter långvariga äktenskap förekommer dock underhåll utan tidsbegränsning. Även om denna utveckling varit likartad i de nordiska länderna, kan det finnas variationer. För uttalanden här om skulle det behövas en sociologisk undersökning.

Makars och f.d. makars inbördes underhållsskyldighet aktualiserar många delfrågor. Den rättstekniska utformningen av bestämmelserna varierar starkt. Detta är olyckligt med tanke på t.ex. möjligheten att ett underhållsbidrag, som fastställts i ett nordiskt land, blir föremål för omprövning i ett annat. Regelsystemet redovisas och diskuteras närmare i den bok på vilken denna rapport bygger.⁴ Bl.a. aktualiseras frågor om skillnaden mellan den generella underhållsförpliktelsen under äktenskapet och förutsättningarna för underhåll efter skilsmässa, tidpunkten för övergången från det förra till det senare rättsläget, möjligheten att fastställa underhållsbidrag antingen genom avtal eller myndighetsbeslut, möjligheten att få till stånd omprövning av tidigare avtal eller beslut om underhåll.

Ibland har lagstiftarna intagit rakt motsatta positioner. Exempelvis kan makar enligt *norsk* rätt fritt få till stånd omprövning av ett avtal om underhållsbidrag efter skilsmässa, medan ett motsvarande avtal enligt *dansk* rätt kan åsidosättas bara om "det på grund af væsentligt forandrede forhold vil vare urimeligt at opretholde aftalen" (ÆL § 53 st. 1). Överhuvudtaget står den danska regelbildningen, som bygger på en lång historisk tradition, i en särställning genom rättstekniska lösningar av speciellt slag. Detta förhållande behöver dock inte i sig innebära

⁴ Se Agell 3 kap.

avvikande materiella resultat. Ett allmänt intryck av den juridiska litteraturen och dess redovisning av rättspraxis i de olika länderna är dock att underhåll efter skilsmässa antagligen bestäms mera generöst i *Danmark* än åtminstone enligt svensk rätt, som torde ha den mest restriktiva inställningen. *Sverige* är möjligen det enda land som aldrig medger underhåll efter äktenskapsskillnad för täckning av s.k. tillväjningsbehov eller andra behov, som inte orsakats av långvarigt äktenskap utan utlösts av en oförmåga till egenförsörjning som varit oberoende av äktenskapet.

De många tekniska skillnaderna i utformningen av reglerna om underhåll framstår som ganska onödiga samtidigt som de försvårar jämförelser av den faktiska rättstillämpningen. Om man så vill bör den rättstekniska utformningen kunna harmoniseras, åtminstone i stort sett.

2.3 Makars egendomsförhållanden

2.3.1 "Byggstenarna"

a. Vilken egendom bör omfattas av delningsrätten? Behovet av jämningsregler

Den kanske viktigaste principen i det nordiska systemet för makars egendom är att vardera maken äger sin egendom men att den andra maken kan ha ett anspråk på del i egendomens värde vid en framtida bodelning ("skifte" enligt västnordisk terminologi, "avvittring" enligt finlandssvensk). Bodelning kan bli aktuell inte bara vid äktenskapets upplösning utan också, i varierande grad i de nordiska länderna, även under bestående äktenskap. Enligt lagens dispositiva regler är överallt i Norden *all* egendom som en make äger delningsegendom (d.v.s. enligt gällande terminologi "fælleseje"/"giftorättsgods"), låt vara att det kan finnas "särskild" egendom som utan vidare får undantas från bodelning ("forlodds-egendom" enligt västnordisk terminologi).

Det förhållandet att även egendom, som en make ägt före äktenskapet eller fått genom arv eller gåva, är delningsegendom, har orsakat ett behov av "skevdelning" för att minska delningsrättens täckningsområde bl.a. med hänsyn till den höga skilsmäsofrekvensen i våra dagar. De existerande skevdelningsbestämmelserna inom Norden är ganska olika. Ytterligheterna är – om vi enbart håller oss till reglernas ordalag – å ena sidan den *danska* bestämmelsen ("fællesboskifteloven" § 69 a), som förutsätter att likadelning skulle vara "åbenbart urimelig" med hänsyn till att äktenskapet varit kortvarigt, och å andra sidan den *norska* bestämmelsen (ekteskapsloven § 59). Denna tillåter ett undantagande från den värde-mässiga delningen av "verdien av formue som klart kan føres tilbake til midler som en ektefelle hadde da ekteskapet ble inngått eller senere har ervervet ved arv, eller ved gave fra andre enn ektefellen". I *alla länderna utom Sverige* öppnar lagtexterna dörren för en sådan skillnad mellan olika slags egendom som markerats i den norska lagen. (Jfr även den *finska* ÄL § 103 b, den *isländska* 1ÆL § 104 st. 1 och den *svenska* ÄktB 12 kap. 1 §.)

Man kan nog säga att den rättspolitiska värderingen om vad som är lämpligt helt har kastats om i den *norska* regeln från 1991 jämförd med den 22 år äldre *danska* lagbestämmelsen av år 1969. Den *svenska* bestämmelsen från 1987 hänvisar visserligen till vad som är skäligt men bygger samtidigt på en stegvis utbyggnad av delningsrättens tillämpningsområde under början av äktenskapet. Den regleringen omöjliggör ibland vad nog de allra flesta bedömare skulle anse vara en skälig bodelning, om bedömningen vore helt fri. (Se särskilt *NJA* 1998 s. 467).⁵

Inom projektgruppen råder det enighet om att det numera finns goda skäl att begränsa delningsrättens täckningsområde. I *Norge* har man tagit ett viktigt steg i den riktningen, men den principiella omläggningen är maskerad genom att el. § 59 utformats som en regel om s.k. skevdelning av egendom, som en make ägt före äktenskapet eller ärvt eller fått i gåva av tredje man. Enligt vår mening är det principiellt bättre att utan förbehåll bygga på att egendom av detta slag inte skall vara föremål för delning, såvida inte makarna bestämt annorlunda genom avtal i form av äktenskapsförord ("ægtepagt"/"ektepakt"). Därigenom kan man undvika en onödig skillnad mellan olika slags sidoegetendomar.

Flera skäl talar för en begränsning av delningsegendomen i äktenskapet när uppemot hälften av alla ingångna äktenskap upplöses genom skilsmässa. Det finns inte något övertygande ändamålsskäl för att egendom, som en make ägt före äktenskapet, ärvt eller fått i gåva, enligt *huvudregeln* skall vara delningsbar vid äktenskapets upplösning.

Synpunkten förstärks av att andelen *omgiften* av alla giftermål har ökat, något som i sin tur sammanhänger med den ökade skilsmässofrekvensen. Vid omgiften är de nya makarna normalt äldre och har redan vid äktenskapets ingående mera egendom än som gäller förstagångsäktenskap. Egendomligheten att äktenskapet som sådant medför en delningsrätt i egendom, som en make ägt före äktenskapet, blir då särskilt tydlig.

Det finns en grundläggande svaghet även i den nuvarande regeln att *egendom, som en make fått genom arv eller gåva av tredje man*, blir delningsegendom om inte arvlåtaren eller givaren uppställt ett villkor om att egendomen skall vara enskild ("særeie"). Eftersom tredje man kan bestämma egendomens karaktär i mottagarens äktenskap, är det naturligt att utforma den dispositiva lagregeln i enlighet med vad arvlåtare eller givare i allmänhet kan antas önska. Den nuvarande regeln, att egendomen blir delningsegendom hos mottagaren, uttrycker antagligen fel presumtion. Det verkar troligare att en arvlåtare eller givare i allmänhet,

⁵ I rättsfallet tillerkändes en 48-årig man 300.000 kr. motsvarande en fjärdel av hustruns ärvda förmögenhet. Denna bestod främst av en villafastighet i vilken hustrun, som var 20 år yngre än mannen, skulle kvarbo med de tre gemensamma barn som kvinnan fött. Parterna hade varit samboende i 1 ½ och gifta i 2 ½ år. Enligt norsk rätt -- liksom enligt de flesta europeiska rättsordningar -- skulle mannen inte ha fått något alls.

t.ex. när egendom går över från föräldrar till barn, skulle önska att egendomen betraktas som sidoegendom och inte som delningsegendom i mottagarens äktenskap.

Ett ytterligare skäl för en omläggning berör behandlingen vid skilsmässa av *pensionsrättigheter* vare sig det är fråga om försäkringar eller pensioner på annan grund. Det är svårt att se något skäl för delning av pensionsrättigheter, som en make intjänat före äktenskapet. När det däremot gäller sådana ojämnheter i makarnas pensionsförhållanden, som kan ha skapats av arbetsfördelningen mellan dem under äktenskapet, kan det finnas goda skäl för delning av pensionsrättigheter som intjänats under äktenskapet. En likabehandling vid bodelning av alla pensionsrättigheter, oavsett när de intjänats, är däremot principiellt olämplig.

En annan fördel av en begränsning av delningsrättens täckningsområde bör vara att makarnas *behov av att ingå äktenskapsförord* ("ægtepagt") kommer att minska. På motsvarande sätt behöver inte heller föräldrar ta initiativ till föreskrifter i gåvobrev och testamenten, att egendom som tillfaller barn skall vara sidoegendom. I detta sammanhang bör dock noteras ett par argument som ibland anförs till stöd för den rådande ordningen. Det framhålls att delningsanspråkens obegränsade tillämpningsområde innebär ett enkelt och lättillämpat system, och att makar som vill ha en begränsning av delningsanspråken bör träffa avtal därom.

Häremot kan dock invändas följande: Lättillämplighet är ett eftersträvanvärt tilläggsvärde vid lagstiftning, men lättillämpligheten bör inte få styra över en regels ändamålsenlighet. Vidare bör lagens dispositiva grundregel om delningsrättens täckningsområde utformas utan hänsyn till att makarna kan träffa avtal genom äktenskapsförord. En sådan möjlighet bör makarna ha oavsett vilken grundläggande delningsrätt, som gäller enligt lagen. Det har knappast något argumentationsvärde att hänvisa till avtalsmöjligheten när man diskuterar utformningen av lagens dispositiva huvudregel. För övrigt är det också en välkänd synpunkt, att upprättande av äktenskapsförord inte är det som två blivande makar främst vill tänka på.

Slutligen skulle en fördel av en begränsning av delningsrättens täckningsområde vara att skevdelningsreglerna för att minska delningsanspråken skulle bli överflödiga. Man skulle tillskapa *ett för skilsmässa och makes död enhetligt tillämpningsområde* för delningsrätten. Därigenom skulle man också komma ifrån de delvis olika skevdelningsregler som nu finns för dels skilsmässa, dels dödsfall i *Danmark och Sverige*. (I *Finland, Island och Norge* är däremot de ovan nämnda skevdelningsreglerna tillämpliga både vid skilsmässa och en makes död.)⁶

Den här skisserade begränsningen av delningsrätten skulle innebära en anpassning till den vanligaste ordningen på den *europiska kontinenten*. En skillnad är dock att all egendom, som en make förvärvar under äktenskapet på annat sätt än genom arv eller gåva, då vanligen anses vara samägd mellan makarna.

⁶ Se härom närmare Agell 15.2.2 och 15.6.1.

En begränsning av delningsrättens täckningsområde innebär att den skälighetsbedömning av varierande slag, som nu styr reglerna om skevdelning i *fyra av de nordiska länderna*, skulle ersättas av krav på bevisbörda och bevisvärdering för att en make enligt lagens huvudregler skall få från bodelning undanta egendom eller kvarstående egendomsvärden med stöd av han ägt egendom ägt före äktenskapet eller fått egendom genom arv eller gåva. Vi vill ingalunda påstå att denna prövning är problemfri. *Norsk* rätt erbjuder emellertid genom utformningen av el. § 59 och dess tillämpning erfarenheter – på gott och ont – för samnordisk diskussion av vad som skulle kunna vara en lämplig utformning av nya lagregler.

Till slut bör ytterligare ett förhållande betonas. Även om lagstiftningen utformas för att begränsa det äktenskapliga delningsanspråkets täckningsområde kommer det att finnas ett kvarstående behov av undantagsregler eller specialregler.⁷ Det går knappast att utforma regleringen av makars egendom vid skilsmässa och dödsfall utan ett nyanserat regelsystem som kan fånga in de stora variationer i faktiska förhållanden, som äktenskapen i realiteten kan uppvisa. Bl.a. kan det, om delningsrättens tillämpningsområde principiellt begränsas, finnas behov av att kunna utvidga området i alla eller vissa långvariga äktenskap.⁸ Vad som här sagts borde dock kunna öppna dörren för överväganden som både har rättspolitiska skäl för sig och som skulle möjliggöra nordisk lagharmonisering med utgångspunkt i den viktigaste frågan om makars egendomsförhållanden.

b. Frågan om samäganderätt till makars bostad och bohag.

Om två makar tillsammans köper bostad eller bohag (eller för den delen annan egendom) av tredje man, blir egendomen samägd av dem. Även om egendomen förvärvats av en make ensam, kan makarna tänkas bli samägare, om de träffat avtal om en sådan rättsföljd. I *Sverige* finns det en ganska omfattande rättspraxis om denna möjlighet. Även om makarna inte träffat något uttryckligt avtal om att de skulle bli samägare, har en sådan överenskommelse mer eller mindre presumrats när en make lämnat ett ekonomiskt tillskott för möjliggörande av den andra makens köp av bostad eller bohag. I svensk rätt blir emellertid ett avtal om fastighetsköp bindande först om det skett i skriftlig form (se Jordabalken 4 kap. 1 §). Någon samäganderätt för den make, som lämnat ett tillskott för den andra makens fastighetsköp, anses därför inte uppkomma förrän en del i fastigheten överlåtits genom ett skriftligt avtal från den ena maken till den andra. En sådan skriftlig överlåtelse är också nödvändig för att samäganderätten skall få sakrättsliga ("tingsretlige") verkningar mot makarnas borgenärer ("kreditorer"). Samma rättsverkningarna kan dock också åstadkommas genom en lagakraftvunnen dom,

⁷ Jfr härtill Agell 15.3 och 15.6.2.

⁸ Det kan också diskuteras om egendom som makarna förvärvat genom arbete under äktenskapsliknande samboende före äktenskapet bör omfattas av delningsrätt.

om den make som köpt fastigheten inte frivilligt överlåter en del av fastigheten till den andra maken.

Formkravet för fastighetsköp har alltså haft stor betydelse för den *svenska* rättsutvecklingen om samäganderätt för makar. Rättsutvecklingen i *Finland* är likartad även om rättspraxis är mera sparsam. I *Danmark* har samäganderätsfrågorna spelat en mindre roll, eftersom rättspraxis sedan mera än tjugo år tillbaka avvisat att på svaga grunder anta att samäganderätt avtalats mellan makarna. I stället har en make, vars insatser stärkt den andra partens ekonomi, kompenseras genom ett krav direkt i pengar. (Det ledande rättsfallet, som avser sambosförhållanden, är *UfR 1980.480 H.*)

I *Norge* har rättsutvecklingen gått särskilt långt i antagandet av samäganderätt för makar till bostad och bohag m.m., även när samäganderätten *inte* kan byggas på något antagande om ett avtal mellan makarna. Principen, som fastlades av Høyesterett i en berömd s.k. "husmordom" (*Rt 1975 s. 220*), har senare lagfästs i Ekteskapsloven § 31 st. 3: "Ved vurderingen av hvem som har ervervet eiendeler som har tjent til ektefellenes felles personlige bruk, som felles bostad og vanlig innbo, skall det legges vekt på en ektefelles arbeid i hjemmet". Enligt lagregeln kan samäganderätt grundas på att en makes arbete i hemmet anses ha haft en *indirekt* ekonomisk betydelse för den andra makens förvärv av bostad eller bohag. Vid sidan av lagregeln gäller enligt norsk rättspraxis en liknande möjlighet att ta hänsyn till en makes *indirekta* insatser för den händelse att båda makarna har inkomster. Karakteristiskt för denna reglering är att samäganderätten uppkommer på grund på lag och rättspraxis utan att det antas föreligga något vare sig uttryckligt eller underförstått avtal om samäganderätt mellan makarna.

El. § 31 st. 3, liksom den motsvarande regeln enligt rättspraxis, har praktisk betydelse i ett par olika fall. Ett sådant föreligger om bostad eller bohag, som en make anskaffat, skulle vara enskild egendom enligt en "ektepakt". Såvida bostaden eller bohaget är "felleseie" (giftorättsgods) skall egendomen däremot ingå i bodelning ("skifte"), och äganderätsfrågan kan sakna betydelse. Antagandet av samäganderätt kan emellertid ändå innebära ett särskilt skydd för den make som gjort indirekta ekonomiska insatser för den andra makens egendomsförvärv, nämligen vid exekutiva åtgärder från borgenärerna ("kreditorerna") till den senare maken. I norsk rätt har det redan före tillkomsten av el. § 31 st. 3 ansetts möjligt att ge den make som kan åberopa samäganderätt ett sådant borgenärs-skydd, såvida den andra maken blir föremål för utmätning eller försätts i konkurs. Detta har varit möjligt därför att de sakrättsliga ("tingsretlige") principerna i norsk rätt innebär en *genomsyn* av makarnas inbördes rättsförhållande.⁹ Även om

⁹ För att en fastighetsköpare skall få skydd mot säljarens borgenärer krävs "tinglysning" ("lagfart"), något som också är fallet i *Danmark*. I *Sverige* och *Finland* uppkommer skyddet däremot redan genom det formenliga köpeavtalet. Inskrivning av fastighetsförvärvet genom "lagfart" är visserligen obligatorisk men behövs inte för köparens skydd mot säljarens borgenärer.

mannen skulle stå som inskriven ägare av fastigheten, kan hustrun på grund av den antagna samäganderätten få skydd till sin andel mot mannens borgenärer. Detta anses inte vara möjligt i de andra länderna.

Oavsett allmänna sakrättsliga ("tingsrettslige") principer avviker det skydd till en samägandeandel i bostad och bohag, som en make i den beskrivna norska regelbildningen kan uppnå mot den andra makens borgenärer, mot uppbyggnaden av de nordiska, äktenskapsrättsliga regelsystemet angående makars egendom. Enligt detta system innebär en makes anspråk på del i giftorättsgods/"felleseie", som den andra maken förvärvat, inte äganderätt utan ett krav på likadelning vid äktenskapets upplösning. Det delningsanspråket står tillbaka för föreliggande borgenärsanspråk.

Förutsättningarna för samäganderätt bedöms generöst enligt norsk rättspraxis. Helt undantagsvis kan en make till och med i efterhand få del i samäganderätten till en bostadsfastighet, som den andra maken tidigare förvärvat, nämligen i samma mån som insatser för familjeekonomin (genom hemarbete eller förvärvs-inkomster) anses ha bidragit till att den dittillsvarande "ägmaken" kunnat göra avbetalningar på lån i fastigheten.

Det är svårt att tro att den norske lagstiftaren skulle ha infört el. § 31 st. 3 utan "husmorsdommen" 1975 som förebild.¹⁰ Samma lagbestämmelse kan inte väntas bli införd i de andra länderna. Vid försök till lagharmonisering kanske det ändå kunde vara möjligt att finna en alternativ regelutformning med beaktande av både ekonomiska realiteter och önskemålet om en någorlunda lättillämpad lagreglering, som sätter makars bostad och bohag i en särställning. Därigenom kanske man skulle kunna tillgodose en makes behov av skydd till en andel i denna egendom mot den andra makens borgenärer, i varje fall borgenärer som tillkommit efter förvärv av egendomen i fråga.¹¹ Uppgiften är emellertid komplicerad genom att den också berör frågor om formen för fastighetsköp och om borgenärsskydd i olika fall enligt sakrättsliga ("tingsrettslige") principer och exekutionsrättsliga bestämmelser.

c. Makarnas avtalsfrihet. Behandlingen av surrogat och avkastning

Gränsen mellan delningsegendom och sidoegendom kan förändras genom avtal om egendomsordningen ("äktenskapsförord" i *Sverige* och *Finland* resp. "ægtepagt"/"ektepakt" i de *väst-nordiska* länderna). Avtalsmöjligheten aktualiserar två frågor angående dels det materiella innehållet i ett sådant avtal, dels frågor om avtalets form. De sistnämnda delfrågorna har särskilt stor betydelse såvida

¹⁰ Høyesteretts ställningstagande i fallet *Rt 1975 s. 220* hade för övrigt inte betydelse för fördelningen av fastighetens värde – den var "felleseie" (giftorättsgods). Tvisten gällde nämligen vem som "införskaffat" fastigheten i äktenskapet. Detta "införskaffande" var betydelsefullt för hustruns rätt att enligt skifteloven § 50 få överta fastigheten.

¹¹ Till hela frågan om samäganderätt för makar se Agell 5.1–5.3.

”æktepagt”/”ektepakt” måste användas för gåva mellan makar. Så är det alltså i de *väst-nordiska* länderna men inte i *Finland* och *Sverige*.

Detta delavsnitt gäller enbart det möjliga innehållet i ett avtal om egendomsordningen. Formkravet vid dels avtal om egendomsordningen, dels gåvor mellan makar, skall behandlas senare.

I inget nordiskt land har makarna en total frihet att avtala bort lagens dispositiva regler, framförallt inte att avtala bort principen av likadelning av delningsegendomens totala nettovärde. I övrigt föreligger det stora variationer i gällande rättsläge. (Utgångspunkterna ges i RVL § 28, ÄL § 41, IÆL § 74, el. § 42 och ÄktB 7 kap. 3 §.) Som framgår av lagtexterna ges makarna stor avtalsfrihet i *Norge* (alltsedan lagändringar 1937), *Danmark* (genom ”særejereformen” 1991) och *Island* (genom 1993 års äktenskapslag). I alla länderna är det möjligt för makarna att dra gränsen mellan delningsegendom och sidoegendom på olika sätt för skilsmässa och dödsfall, även med inriktning på vem av makarna som kommer att avlida först, och i alla länderna är det också möjligt att tidsbegränsa avtalets verkningar. Åtskilliga andra variationsmöjligheter kan här lämnas därhän.

De *svenska* och *finska* lagbestämmelserna är mera kortfattade. De nämner bara att egendom genom avtal kan förvandlas till sidoegendom och återförvandlas till delningsegendom genom ett nytt avtal. Även i *Sverige* och *Finland* är det dock möjligt att rikta in avtalet på viss bestämd egendom eller på all delningsegendom, som en make eller båda makarna äger. Genom ett avgörande år 2000 (*HD 2000:100*) har den finska högsta domstolen accepterat att makarna avtalat att egendom skulle vara makes enskilda vid skilsmässa men gifterättsgods vid ena makens död. Domskälen tycks öppna dörren för avtalsfrihet även i andra hänseenden. Kvar på en restriktiv linje står endast *Sverige*, där möjligheten för makarna att genom avtal skilja mellan dödsfall och skilsmässa konsekvent avvisats med bl.a. synpunkten att avtalsmöjligheterna skall vara enkla att överblicka.

En särskild lagbestämmelse i *svensk* rätt (ÄktB 12 kap. 2 §) gör det dock möjligt för en efterlevande make att efter den andra makens död avge en förklaring om att en tänkt bodelning skall genomföras så att vardera sidan skall behålla sitt gifterättsgods. Resultatet blir med andra ord detsamma som om makarna haft enskild egendom vid dödsfall, trots att egendomen skulle behandlats som gifterättsgods vid skilsmässa. I *finsk* rätt finns en liknande regel som ÄktB 12:2, nämligen ÄL 103 § 2 st. 2 p. ÄktB 12:2 är en omstridd rättsregel genom att den låter den efterlevande maken ensam råda över den avlidnes delningsanspråk.¹² Bestämmelsen blir särskilt svåracceptabel och också överflödigt, om området för vad som är delningsegendom begränsas till vad makarna förvärvat under äktenskapet på annat sätt än genom arv eller gåva.

Vid en bedömning av möjligheterna att harmonisera makarnas avtalsfrihet om egendomsordningen med beaktande av rättspolitiska argument kan svensk rätt

¹² Se närmare Agell 8.2.6, 10.3.2 (slutet), 15.2.2 och 15.6.1

knappast väljas som grundmodell, eftersom avtalsfriheten i Sverige är så mycket mera begränsad än i de andra länderna. Man kan dock fråga sig i vad mån det bör finnas en principiellt motiverad yttergräns för avtalsfriheten. I *Finland* och *Sverige* påpekas ibland att makar inte bör kunna avtala t.ex. att en makes vid varje tidpunkt inestående tillgodohavande på ett bankkonto skall vara sidoegendom ("enskild egendom"). En liknande tanke brukar i *dansk* rätt omtalas som ett *specifikationskrav*, d.v.s. sidoegendomen skall preciseras på ett godtagbart sätt.

Det är möjligt att en generell begränsning av delningsrättens täckningsområde skulle kunna underlätta en harmonisering av avtalsmöjligheterna. Om delningsegendomen begränsas kan det, i varje fall i långvariga äktenskap, finnas ett behov av att utöka delningsegendomens täckningsområde, medan nuvarande äktenskapsförord oftast går ut på att minska delningsrätten. Också avtal med den senare inriktningen kan dock ibland tänkas vara naturliga även om delningsrättens täckningsområde begränsas.

För övrigt sammanhänger behovet av avtal om egendomsordningen, liksom makars önskan att skilja mellan skilsmässa och dödsfall, med hur reglerna om arv (inklusive s.k. "oskiftat bo") utformas i lagstiftningen. Så till exempel skulle en grundlig omprovning i de väst-nordiska länderna av efterlevande makes ställning medföra andra förutsättningar för reglerna om makars avtal om sin egendom än dem som låg till grund för den *danska* "særejereformen" av år 1990.

Avslutningsvis skall här även beröras klassificeringen av dels *surrogat* (eller substitut), som kommit i stället för ursprunglig sidoegendom (en bil har förvandlats till pengar på banken eller till en segelbåt), dels *avkastning* av sådan egendom. *Surrogat* blir överallt i Norden enskild egendom. Däremot behandlas *avkastning* på olika sätt. I *Finland* och *Sverige* gäller alltså den ursprungliga, samnordiska lösningen, att avkastning av enskild egendom presumeras bli giftorättsgods. I alla de tre *väst-nordiska* länderna har man däremot gått över till principen att även avkastning av "særeje" blir "særeje", såvida inte makarnas avtal eller villkoret av tredje man kan ges en annan, individuell tolkning.

Inom ramen för nuvarande regelsystem torde den väst-nordiska modellen ha de bästa skälen för sig. Om en nordisk lagharmonisering inriktas på en principiell begränsning av vad som är en makes delningsbara egendom behöver emellertid hela frågan om surrogat och avkastning av sidoegendom övervägas på ett mera grundläggande sätt.¹³

På tal om makars avtal om egendomsordningen kan det avslutningsvis påpekas att sådana avtal kan behöva jämkas eller helt sättas åt sidan om innehållet är oskäligt ("urimelig"). (Detsamma gäller för övrigt bodelningsavtal.) Här om finns något varierande lagbestämmelser, även om det numera skett en anpassning till de huvudtankar som finns i 36 § avtalslagen, en bestämmelse som i sin struktur är

¹³ Till hela avsnitt c) i texten här ovan se vidare Agell 8 kap.

likartad i alla de nordiska länderna. De äktenskapsrättsliga bestämmelserna borde kunna harmoniseras bättre än för närvarande.

d. Formkrav för äktenskapsförord ("ægtepagt"/"ektepakt") och för gåvor mellan makar

Den nu angivna rubriken aktualiserar flera olika frågor. Formkravet för ett äktenskapsförord angående makars egendomsförhållanden angår också, men är inte identiskt med, förutsättningarna för att makarna skall vara bundna inbördes av sitt avtal. En gåva mellan makarna aktualiserar både avtalsrättslig giltighet, formkrav och förutsättningarna för gåvomottagarens skydd mot givarens borgenärer.

I *Finland och Sverige* avser lagbestämmelserna om äktenskapsförord numera i princip enbart makarnas avtal om egendomsordningen i äktenskapet. Gåvor mellan makar, som kan ha betydelse för makarnas borgenärer och även för andra tredje män, har blivit föremål för en särskild reglering. I de *väst-nordiska länderna* gäller däremot alltså att en gåva mellan makar skall ske i form av "ægtepagt"/"ektepakt". Frågan om man bör i lagstiftningen göra en skillnad mellan formen för gåvor mellan makar och formen för äktenskapsförord om egendomsordningen har så pass principiell karaktär, att den kan tas upp här.¹⁴

I alla länderna gäller ett krav på skriftlig form för avtal om egendomsordningen. I övrigt har föreskrifterna glidit isär. Detta gäller frågorna om medverkan av vittnen, om registrering och om offentliggörande. Vid en eventuell harmonisering av dessa bestämmelser – ja oberoende av harmoniseringsfrågan – borde följande gälla för ett äktenskapsförord om egendomsordningen. Ett skriftligt avtal (med eller utan vittneskrav) bör vara giltigt även om registrering förekommer enligt bestämmelser som har karaktären av ordningsföreskrifter. Det finns ingen anledning att ett sådant avtal, som inte berör tredje mans intressen, skall vara allmän handling eller offentliggöras. – Registreringen kan ge underlag för kontroll av innehållets laglighet. Enligt nuvarande praxis torde kontrollen variera mellan länderna. Kontrollfrågan tål att diskuteras.

Också en gåva mellan makar kräver som huvudregel särskild form i alla länderna. I de väst-nordiska länderna gäller, som redan framgått, reglerna om "ægtepagt"/"ektepakt" även för gåvor. För *norsk* rätt märks dock att gåvan visserligen kan vara giltig mellan parterna utan registrering av "ektepakten", men att gåvan blir giltig mot givarmakens borgenärer först genom "tinglysing".

Enligt den *svenska* Äktenskapsbalken blir en gåva mellan makar bindande mellan dem, såvida den fullbordats eller registrerats vid domstol. För verkan mot

¹⁴ För en mera ingående redogörelse se Agell 8.3 om formkravet för avtal om egendomsordningen och kap. 9 om gåvor mellan makar. I texten här ovan har en del frågor om gåvor helt förbigåtts, bl.a. frågor om återvinning av gåvor mellan makar i givarens konkurs liksom om borgenärsers direktkrav mot gåvomottagaren. Se därom Agell 9.3.

givarens borgenärer är registrering av gåvan nödvändig; gåvan skall också "offentliggöras" (publiceras) men underlåtet offentliggörande saknar rättslig betydelse. Skulle en gåva innehålla en föreskrift om att egendomen skall bli den mottagande makens enskilda egendom, krävs dock äktenskapsförord i den delen.

Även i den *finska* äktenskapslagen har gåvor mellan makar fått en fristående reglering, som till sin innebörd liknar den svenska. För giltighet mellan makarna räcker det dock alltid att ett gåvolöfte är bindande enligt de allmänna reglerna därom. I den finska lagen har man också uttryckligen bibehållit en möjlighet till gåva genom äktenskapsförord såvida "avtalsparterna i äktenskapsförordet har meddelat att lösöre har givits i gåva i samband med äktenskapsförordet".

Vissa gåvor kan dock vara giltiga utan formkrav, nämligen "sedvanliga gåvor" i *dansk, finsk* och *isländsk* rätt, "gaver som må anses vanlige" enligt den *norska* och "en personlig present" enligt den *svenska* lagen. Å andra sidan är möjligheten av gåvolöften för framtiden begränsade, även om formkravet iakttas. Även i detta hänseende föreligger det nationella variationer, som inte kan redovisas här.

När det gäller gåvor mellan makar, är frågan om skyddet för borgenärerna den allra viktigaste frågan även om förutsättningarna för bundenhet mellan makarna också har principiell och praktisk betydelse. Registrering av gåva mellan makar fyller en principiell viktig funktion för gåvans verkan mot givarmakens borgenärer, medan effekten av publicering är mera slumpartad. För givarens bundenhet mot den andra maken är rättsläget splittrat genom att sådana gåvor inte kräver äktenskapsförord i Sverige och Finland. Kanske kan denna modell, då man i fråga om formkraven skiljer mellan avtal om egendomsordningen och gåvor, erbjuda en pedagogisk fördel genom en ökad klarhet i begreppsbildningen.

2.3.2 Valda frågor om makars egendomsförhållanden under äktenskapet

a. En makes representationsrätt

(1) I alla de nordiska äktenskapslagarna är *en makes rätt att förfoga över sin egendom utan den andra makens samtycke* begränsad när det är fråga om makarnas gemensamma hem (bostad och bohag).¹⁵ Det finns emellertid variationer. Så t.ex. gäller rådighetsinskränkningar i *dansk* rätt inte bara familjens permanentbostad utan även fritidsbostad. Också egendom, som ingår i den andra makens näringsverksamhet omfattas i dansk rätt. Även i *isländsk* och *finsk* rätt gäller rådighetsinskränkningar angående den andra makens arbetsredskap samt lös egendom, som är avsedd för barnens personliga bruk. I den *svenska* Äktenskapsbalken finns det kvar en rådighetsinskränkning för varje fastighet, som är giftorättsgods ("delningsegendom"), även om den inte alls används för bostadsändamål. Regeln kan ses som en kvarleva från äldre tid.

I den mån bostadsändamålet är avgörande för en rådighetsinskränkning, gäller

¹⁵ Se till detta avsnitt närmare Agell 7 kap.

varierande krav på bostadsändamålets betydelse i förhållande till fastighetens användning för annat ändamål. Även uppräknningen av de rättshandlingar, som kräver den andra makens samtycke varierar. Likaså varierar detaljreglerna om när samtycke är överflödigt, och om när samtycke inte kan inhämtas. Detaljskillnader finns även i fråga om tiden för väckande av talan vid domstol om ogiltigheten av en rättshandling, som företagits utan makes samtycke.

Av rättspolitiskt intresse vid försök till harmonisering är främst vilken egendom, som skall omfattas av rådighetsinskränkningar, och vilka förfoganden som skall kräva samtycke av make. I det förra hänseendet blir det fråga om en avvägning mellan å ena sidan en makes intresse av att den andre maken inte utan samtycke gör sig av med, pantsätter eller på annat sätt förfogar över egendom av visst slag och å andra sidan "ägarmakens" intresse av att kunna ekonomiskt utnyttja sina tillgångar. Skyddet för permanentbostad och bohag tillgodoses i alla länderna, och därvidlag är det nog klart att avvägningen mellan makarnas intressen utfaller till förmån för en rådighetsinskränkning.

Trots det sociala skyddssyftet bakom rådighetsinskränkningarna är sidoegendom (enskild egendom/særeje) alltså undantagen från regleringen i *Danmark* samt, i ett specialfall, i *Sverige*, nämligen när egendom är enskild på grund av villkor av tredje man. I de övriga länderna spelar det inte någon roll om egendom av det relevanta slaget är en makes delningsegendom eller sidoegendom. Rådighetsinskränkningarna tillgodoser ett socialt skyddsbehov vilket inte har att göra med undantagandet av egendomen från värdemässig likadelning vid bodelning. För övrigt är underlaget svagt för en generell förmodan om att det skulle strida mot viljan hos tredje man, som uppställt villkoret om enskild egendom/særeje, att kräva makes samtycke för förfoganden över sådan egendom, som tillgodoser ett socialt behov för familjen. Den modernare modellen verkar ha de bästa skälen för sig. I övrigt verkar de många rättstekniska skillnaderna ganska omotiverade.

(2) Andra frågor om makes rättshandlande under äktenskapet gäller den ena makens möjlighet att i ett par olika typfall företa *rättshandlingar med verkan för den andra maken*. Dels är det fråga om en möjlighet att på grund av bestämmelser om s.k. hushållsfullmakt binda båda makarna genom avtal, som en make ingått för familjens behov. Bestämmelser finns i *alla länderna utom Sverige*. Dels är det fråga om en makes rätt att agera för en sjuk eller bortovärande makes räkning genom att uppbära bankmedel m.m. Bestämmelser härom finns i *Danmark, Island och Sverige, men inte i Finland och Norge*. Frågan är om dessa regler behövs och hur de då bör utformas jämfört med en tillämpning av allmänna regler om fullmakt och handlande för annans räkning (s.k. negotiorum gestio). Som synes varierar förekomsten av familjerättsliga bestämmelser i dessa frågor, och det gör också bestämmelsernas utformning i förekommande fall.¹⁶ Lagharmonisering borde vara möjlig samtidigt som frågorna har begränsad praktisk betydelse.

¹⁶ Se närmare Agell 6.1.2 och 6.1.4.

b. "Bosondring" eller bodelning

Endast *dansk* och *isländsk* rätt har kvar en särskild bestämmelse om en makes rätt till "bosondring" (boskillnad på svenska) under äktenskapet, när den andre maken vanvårdat sina ekonomiska angelägenheter eller råkat i konkurs. Denna reglering har upphävts i de andra länderna. Enligt den *finska* äktenskapslagen kan emellertid en make, såvida den andra maken försatts i konkurs, inom ett år yrka i domstol, att ingendera maken skall ha giftorätt i den andres egendom. (Giftorätt torde dock kunna återinföras genom äktenskapsförord.) I den *norska* lagen finns en bestämmelse till särskilt skydd för familjebostaden. En make kan ha krav på delning av all makarnas egendom i det speciella fallet att "den andre ektefellen har vanskjøttet sine økonomiske forhold slik at det har ført til alvorlig fare for at familien vil miste det felles hjemmet" (el. § 57 st. 1 c).

Enligt *isländsk*, *norsk* och *svensk* rätt kan makar emellertid frivilligt komma överens om att bodelning skall ske under äktenskapet, något som kan utnyttjas för att omfördela äganderätten till makarnas tillgångar. På *Island* kan en begäran till rätten om "bosondring" utnyttjas i detta syfte. I *Norge* kan makar avtala genom "ektepakt" att det skall ske en frivillig bodelning under äktenskapet. I *Sverige*, slutligen, kan makar skriftligen anmäla till rätten att de önskar genomföra en bodelning under äktenskapet; anmälan registreras och kungörs.

I *Sverige* har bodelning under äktenskapet fått en ganska stor praktisk betydelse som ett sätt att utan betalning av gåvoskatt föra över äganderätten till egendom från den ena maken till den andra. I *Norge* utnyttjar makar praktiskt taget aldrig möjligheten till bodelning under äktenskapet. Det finns inte motsvarande incitament som i *Sverige*, eftersom en makes förvärv av egendom genom gåva (eller arv) från den andra maken inte medför någon skatteplikt.

Konsekvensen av "bosondring" under äktenskapet i *Danmark* och *Island* blir att makarna för framtiden enbart har sidoegendom ("særeje"). I *Norge* har det antagits att rättsläget bör vara detsamma enligt en tolkning av "ektepakten" om bodelning. I *Sverige* antas däremot att vad vardera maken får vid bodelningen under äktenskapet, liksom vad han eller hon senare förvärvar, blir delningsegendom ("giftorättsgods"). Denna lösning anses grundad på bodelningens syfte att omfördela äganderätt till egendom mellan makarna, samtidigt som förvandlingen av egendom från giftorättsgods till enskild egendom förutsätter avtal genom äktenskapsförord.¹⁷

De nu behandlade reglerna borde kunna harmoniseras.

2.3.3 Bodelning ("skifte"/"avvittring") vid äktenskapets upplösning

a. Bodelningens allmänna struktur

(1) I samband med äktenskapets upplösning genom skilsmässa (eller "separation") skall det ske en bodelning ("skifte" enligt västnordisk, "avvittring" enligt

¹⁷ Till detta avsnitt om bodelning under äktenskapet se närmare Agell 10.3.4.

finsk-svensk terminologi). För detta förfarande finns ett omfattande regelsystem, med ganska stora variationer mellan länderna.¹⁸ Här skall först uppmärksammas sådana frågor som angår bodelningsförfarandets allmänna genomförande.

Vad som kommer att sägas har i de flesta hänseenden tillämpning inte bara vid bodelning på grund av *separation eller skilsmässa* utan också vid bodelning ("skifte") i anledning av *en makes död*. I det senare fallet behövs ofta inte någon bodelning. Så förhåller det sig i de *väst-nordiska länderna* om den efterlevande maken skall kvarsitta i s.k. oskiftat bo. I *Sverige* och *Finland* kan, beroende på vilka släktingar som finns efter den döde maken, den efterlevande maken också ha rätt att överta all makarnas egendom genom en kombination av giftorätt (delningsanspråk) och arvsrätt. Inte heller då behövs en bodelning och en formell bodelning är enligt härskande rättsuppfattning inte heller möjlig i denna situation.

(2) I alla länderna kan makar träffa *avtal* om bodelningen. Såvida makarna inte kan komma överens skiljer sig formerna åt. I *Sverige* och *Finland* är första steget för lösning av en tvist, att allmän domstol förordnar en s.k. bodelningsförrättare ("skiftesman") (vanligen en erfaren advokat). Denne skall söka förlika parterna men måste, om inte det lyckas, själv fatta ett skriftligt beslut om bodelningen. Detta beslut kan en make överklaga till domstol. – I de *väst-nordiska länderna* kan en bodelning alltid hänskjutas till "skifteretten" för avgörande genom s.k. offentligt skifte (som motsats till privat skifte genom avtal). Eftersom handläggningen i "skifteretten" ombesörjs av en ensam domare, är genomförandet av bodelningen nog inte så väsenskielt från den *svensk-finska* modellen med en bodelningsförrättare. – Det finns knappast något behov av harmonisering av de olika formerna för genomförandet av en bodelning på annat sätt än genom avtal.

(3) För makarnas avtal om bodelning gäller ett krav på *skriftlig form* i *Sverige* och *Finland*. I det senare landet skall makarnas underskrifter bestyrkas av vittnen, men det kravet har avskaffats i Sverige. I *Danmark* och *Norge* uppställs däremot över huvud taget inte något krav på skriftform för avtal om "skifte". I praktiken är dock skriftliga avtal vanliga, om bodelningen gäller betydande värden. Den *isländska* lagen av år 1993 har det mest långtgående formkravet. Bodelningsavtalet skall stadfästas "for en sysselmand eller en dommer" (IÆL § 95).

(4) Bodelning (skifte) innebär att det skall ske en likadelning av nettovärdet av vardera makens delningsegendom. Bodelningen måste gälla *makarnas tillgångar och skulder per en bestämd dag*, den "relevanta" eller "kritiska" dagen, "skæringstidspunktet" (danska, på norska med stavningen "skj-"). Tillgångar och skulder hos en make, vilka uppkommer efter den dagen, skall inte ingå i bodelningen.¹⁹

I *dansk* rätt gäller alltså den ursprungliga, samnordiska lösningen från 1920-talet, d.v.s. att dagen för beslut om "separation" eller skilsmässa är avgörande.

¹⁸ Se för en närmare redogörelse Agell 10–17 kap.

¹⁹ Till vad som nu skall sägas om andelsbestämningen se närmare Agell 11 kap.

(Det krävs inte att beslutet vunnit laga kraft.) I *Sverige, Finland och Island* är, med en lätt variation i regelutformningen, dagen för ansökan om äktenskapsskillnad (på Island alternativt dagen för ansökan om "separation") avgörande. Även i *Norge* kan ansökningsdagen bli "skjæringstidspunkt", men det finns ett alternativ, nämligen den dag "da samlivet ble brutt, dersom dette skjedde først" (el. § 60 st. 1 a). De modernare lösningarna bygger alla på att den kritiska dagen bör motsvara tidpunkten för det faktiska upphörandet av makarnas ekonomiska gemenskap. Valet av dagen för ansökan om äktenskapsupplösning utgör en förenklad modell för att finna denna dag.

I den ursprungliga, samnordiska lagstiftningen ingick en särskild möjlighet att jämka avtal om bodelning eller underhåll som makar ingått inför en förestående upplösning av äktenskapet, d.v.s. före den tidpunkt då bodelning i sin helhet kunde genomföras. Skälet till regeln var antagandet att en make inför äktenskapets upplösning kunde vara ur psykisk balans, vilket ansågs skapa ett särskilt behov av en jämningsregel. Sedermera har mera allmänna jämningsregler införts, men den ursprungliga regeln finns alltså kvar i *dansk rätt* (ÆL § 58).

Den historiska utgångspunkten ledde i *svensk* rättspraxis till mycket bryderi angående s.k. föravtal till det slutliga bodelningsavtalet. Numera har det, på ett sätt som saknar motsvarighet i de andra länderna, uttryckligen föreskrivits, att ett föravtal (t.ex. om en makes övertagande av viss egendom) får träffas tidigast "inför en omedelbart förestående äktenskapsskillnad" (9 kap. 13 § ÄktB). Ett sådant avtal skall, liksom det slutliga bodelningsavtalet, vara skriftligt. Endast ett skriftligt föravtal är följaktligen bindande makarna emellan, men först ett senare, slutligt bodelningsavtal efter ansökan om skilsmässa får verkan mot makarnas borgenärer. – Varken den *danska* eller den *norska* lagen uppställer något krav på att ett avtal om "skifte" skall vara skriftligt, men skriftliga avtal är ändå vanliga.

(5) Valet av kritisk tidpunkt för vilka tillgångar och skulder som skall ingå i bodelningen besvarar inte utan vidare frågan, vilken dag som skall läggas till grund för *värderingen* av tillgångarna eller skulderna.²⁰ Mellan den kritiska dagen ("skæringstidspunktet") och ett genomförande av bodelningen kan det förflyta åtskillig tid under vilken en tillgång liksom en skuld kan minska eller öka i värde.

Enligt *dansk, finsk och svensk* rättspraxis knyts *värderingen* av tillgångar och skulder till den dag då makarna träffar ett avtal om att hela bodelningen är genomförd (eller en så närliggande dag som möjligt, då "boet är utrett"). Tanken är att en likadelning kan bli rättvis bara om den bygger på aktuella värden vid den slutgiltiga bodelningen, som då tänkes i ett steg omfatta all makarnas egendom.

I *norsk* rätt har emellertid införts andra bestämmelser. Beräkningen av makarnas tillgångar och skulder som underlag för hälftindelning av nettovärdena anknyts till "skjæringstidspunktet". Därmed skapas ett underlag för ett omedel-

²⁰ Se om värderingsfrågorna närmare Agell I 1.4–7.

bart bestämmande av storleken på det ekonomiska utjämningsanspråket mellan makarna. När en make skall *behålla* egendom, som han redan äger, anknyts värderingen till "skjæringstidspunktet". I andra fall "skall verdsettelsen ved offentlig skifte knyttes til verdien på utlodningstidspunktet, og ved privat skifte til verdien da det ble bestemt hvem som skal overta eiendelen" (el. § 69 st. 2).

Genom att värdet av tillgångar och skulder per den kritiska dagen blir avgörande för hälftindelningen kan *norsk* rätt sägas förverkliga tanken, att makarnas ekonomiska mellanhavanden skall upplösas vid samma tidpunkt. I princip förvaltar vardera maken därefter sina tillgångar och skulder enbart i sitt eget intresse. Att en tillgång som senare överförs till den andra maken skall värderas på nytt, skyddar samtidigt den make som mottar egendomen mot värdedövsämringar. Genom denna regelkonstruktion tycks man ha kommit ifrån de problem som i de andra länderna orsakas av en makes plikt att redovisa för förvaltningen av sin egendom mellan den kritiska dagen och bodelningen.²¹ Eftersom redovisningsplikten orsakar avsevärda besvär i de andra länderna är detta en stor fördel.

(6) På tal om bestämmande av vardera makens (kvantitativa) andel av delningsegendomens värde bör nämnas även en bestämmelse om *skuldavräkning* i *norsk* rätt, som avviker från vad som gäller i de andra länderna.²² Enligt den norska *ekteskapsloven* (el. § 58) skall emellertid skuldavräkning ske på både "felleseie" och "særeie" när en skuld inte har använts för "erverv eller påkostninger" av egendom av någotdera slaget. Skulden skall då avräknas inte på delningsegendomen, som i de andra länderna, utan proportionellt med ledning av värdet av vardera egendomstypen. Som exempel har nämnts studieskulder och andra skulder vilka tagits för konsumtion. Projektgruppen är positivt inställd till denna lösning, som markerar att sidoegendom lika väl som delningsegendom kan och bör användas för konsumtion under äktenskapet.²³

(7) När väl andelsbestämningen (den "kvantitativa" beräkningen) genomförts, återstår vad som kallas *lottläggningen* (svensk terminologi), *utjämningen* (finsk terminologi) eller den *kvalitativa* egendomsfördelningen (väst-nordisk terminologi).²⁴ Talet om lottläggning eller kvalitativ fördelning antyder att det skall ske en fullständig fördelning mellan makarna av deras delningsegendom. Huvudregeln är emellertid att en make, som på grund av den kvantitativa beräkningen skall utge utjämning till den andra maken, kan välja mellan att utge egendom eller pengar. Utformningen av de olika, grundläggande lagbestämmelserna pekar på en viss vacklan hos lagskrivarna om vilket fall som egentligen borde sättas först. För

²¹ Se om redovisningsplikten närmare Agell 12 kap.

²² Se om skuldavräkning Agell 11.6.

²³ Samma tanke avvisades visserligen i förarbetena till den svenska Äktenskapsbalken med argumentet, att problemet snarare var att egendom gjorts till enskild i en omfattning som medför svårigheter vid bodelning. Argumentet är enligt vår mening egendomligt och ohållbart.

²⁴ Se närmare Agell 16 Kap.

betalning av s.k. skifteslikvid gäller något varierande bestämmelser, bl.a. i fråga om möjligheten att bevilja en make uppskov med erläggande av utjämningspengar. I de väst-nordiska länderna finns också en sällan använd och något omdiskuterad möjlighet att under "skiftet" framtvinga försäljning av egendom för att undvika att make påtvingas egendom som han inte vill ha.

När en make har rätt att överta egendom från den andra maken talar man om "kryssande uttaksrett" i de väst-nordiska länderna och en "tagerätt" i Finland. Överallt i Norden sätts familjebostaden i centrum för regleringen. Denna varierar ändå ganska mycket på motsvarande sätt som de ovan beskrivna reglerna om inskränkningar i en ägarmakes rådgighet över sin egendom under bestående äktenskap. Dansk rätt medger övertagande på grund av behov även av familjens sommarbostad liksom av egendom som används för näringsverksamhet. I regleringen om övertagande på grund av behov märks också samma – enligt vår mening diskutabla – begränsningar i fråga om enskild egendom/"særeje" som för Danmark och Sverige redan berörts ovan på tal om inskränkningar i en makes rådgighet över sin egendom under äktenskapet.

I tillägg till bestämmelserna om övertagande av bostad och bohag på grund av en makes behov, kan uppmärksamheten också fästas på ett par bestämmelser i dansk och norsk rätt (ÆL § 55 st. 2, resp. el. § 68). Dessa regler möjliggör att en make, regelmässigt den som efter skilsmässan skall bo tillsammans med barnen, kan få en bruksrätt (hyresrätt) i en bostadsfastighet som tillhör den andra maken. En sådan lösning kan ha en klar social betydelse, om en make inte har råd att lösa till sig fastigheten.

b. Särregler för personliga och andra rättigheter ("forloddsegendom"), pensionsrättigheter. Vederlagregler.

(1) I den ursprungliga samnordiska lagstiftningen fanns likartade bestämmelser om undantagande från bodelning av dels egendom som tjänade uteslutande en makes (eller barnens) *personliga bruk*, dels *rättigheter som inte får överlåtas eller eljest är av personlig art*. (Enligt väst-nordisk terminologi är det fråga om "forlodsrettigheder", som en make får undanta från bodelningen.) Dessa bestämmelser kvarstår oförändrade i sina huvuddrag men de uppvisar samtidigt en rad skillnader i detaljregleringen. Vidare har det tillkommit vissa regler, t.ex. en möjlighet i de västnordiska länderna att från bodelning undanta *utbetalda invaliditetsersättningar* i form av skadestånd eller försäkringsersättning. Det är anmärkningsvärt att någon generell sådan möjlighet inte finns i svensk eller finsk rätt.²⁵

(2) Inom ramen för frågan om vilken egendom som på grund av sin karaktär får undantas från bodelning utgör behandlingen vid skilsmässa av en makes

²⁵ Se närmare Agell 13 kap.

pensionsrättigheter den mest betydelsefulla frågan. Pensionsrättigheter och pensionskapital kan vara många makars största förmögenhetstillgång. Inte i något nordiskt land har ämnet fått en samlad reglering. Än mindre har det varit föremål för samnordiska överväganden. Utgångspunkterna för lagharmonisering är så till vida dåliga, särskilt som frågorna är tekniskt invecklade och kan angripas på olika sätt. Ämnet är emellertid socialt viktigt. I Tyskland finns sedan ett par decennier ett genomarbetat system för delning mellan makar av alla slags pensionsrättigheter, som en make intjänar under äktenskapet, s.k. "Versorgungsausgleich". Även i flera andra länder har man lagstiftat om pensionsdelning. Man kan inte räkna med att lagharmonisering inom Norden skall kunna åstadkommas inom ramen för ett allmänt försök att harmonisera äktenskapsrätten. Frågorna kräver särskilda överväganden. Inte desto mindre vill vi här anföra några synpunkter.

Å ena sidan gäller att kapitalförsäkringar och livränteförsäkringar som huvudregel dras in i bodelning som vilken tillgång som helst. Å andra sidan behandlas enligt en annan huvudregel pension i de allmänna socialförsäkringssystemen liksom pension direkt på grund av anställning som värden vilka får undantas från bodelningen. Behandlingen av makars pensionsförmåner bygger tydligen på två olika, formaljuriska utgångspunkter, vilka man i någon mån sökt överbygga genom varierande regler för att skapa en ökad rättvisa mellan makarna.²⁶

I själva verket kan dock åtskilliga frågetecken sättas till de formaljuridiska uppdelningen av vilka pensionsrättigheter som enligt huvudreglerna skall resp. inte skall dras in i bodelning. Iögonfallande är att pensionsförmåner genom livförsäkring på det hela taget behandlas olika beroende på om försäkringen tecknats av en make själv eller av arbetsgivaren. Djupare sett är emellertid också *likställandet* med andra förmögenhetstillgångar vid bodelning av en sådan försäkring, när den tecknats av en make personligen, också diskutabel eftersom försäkringen är tänkt att tillgodose pensionsbehov genom utbetalningar i framtiden. Alldeles särskilt tvivelaktigt är det att i en bodelning mellan makarna dra in en pensionsförsäkring till den del som den inköpts av en make redan före äktenskapet. Den diskrepansen skulle man dock komma ifrån genom en minskning av delningsegendomens täckningsområde.

Det finns pensionsförmåner på grund av socialförsäkring, anställning eller avtal om livränteförsäkring vilka är starkt knutna till mottagarens person, samtidigt som förmånen är livsvarig. *Livsvarigheten* gör att rättigheten vid bodelning mellan makar knappast bör behandlas som en tillgång vilken som helst, eftersom man inte vet när den berättigade personen kommer att avlida. Den anställdes *försörjningsbehov* kan ge ytterligare skäl för att förmånen anses ha personlig karaktär. Även det förhållandet att en pensionsförmån *inte går att överlåta* innan den förfallit till betalning, har ansetts tala emot att den skulle dras in i bodelning.

²⁶ Se närmare översikten hos Agell 13.6.

Oavsett dessa synpunkter finns det inte något generellt, rättstekniskt hinder mot att, om det bedöms rättspolitiskt lämpligt, en förmån av det nämnda slaget skulle kunna *delas* mellan makarna.

Om man vill överväga en samordning av reglerna för delning av makars pensionsrättigheter torde det – vare sig detta sker i nordiskt samarbete eller på nationell bas – vara nödvändigt att ta ett funktionellt och inte ett formaljuridiskt totalgrepp på problemen. Man bör med andra ord inte utgå från gamla och kanske mindre lämpliga begrepp i sammanhanget och i stället utgå från vilka syften som reglerna bör tillgodose. Överväger man en omläggning av dagens splittrade reglering, måste naturligtvis de funktionella utgångspunkterna kombineras med en strävan att utforma ett klart och helst lätthanterligt regelsystem.

Det gällande rättsläget i de olika länderna besvärar av motsägelsefulla utgångspunkter och lösningar. Det är inte så säkert att ett nytt, heltäckande system behöver bli mera invecklat. Kanske borde regelsystemet tvärtom kunna förenklas om ändamålet för en lagreglering blir att skapa rättvisa mellan makarna genom delning av alla former av pensionsförmåner vid äktenskapsskillnad. En eventuell ny reglering hör rimligtvis hemma i antingen äktenskapslagarna eller i en fristående lag om makars pensionsrättigheter.

Ett särskilt skäl till överväganden om delning av pensionsrättigheter mellan makar kan vara att utvecklingen inom EU redan medfört ett behov av överflyttning av redan intjänad pensionsrätt från ett regelsystem till ett annat.

(3) I de nordiska äktenskapslagarna finns s.k. *vederlagsregler*. Närmare besett är det fråga om delvis olikartade fall. Begreppet vederlagskrav sammanhålls av rättsföljden. Rättsfakta varierar.

Till en början möter frågan om en make under äktenskapet har någon allmän plikt att även i den andra makens intresse vårda sin delningsegendom (giftorättsgods/"fælleseje"), och om försumlighet därvidlag kan ge upphov till vederlagskrav för den andra maken. En mera begränsad fråga är om en makes utnyttjande av sin delningsegendom för att öka värdet av sin sidoegendom (enskilda egendom/"særeje") ger den andre maken ett krav på vederlag. Gränsdragningen mellan delningsegendom och sidoegendom aktualiserar också frågan huruvida kompensation skall lämnas vid medelsanvändning i så att säga "andra riktningen", d.v.s. när en make använt sin enskilda egendom till förkovran av sitt eget giftorättsgods. En besläktad fråga är om en make kan få kompensation för den händelse att hans eller hennes insatser ökat värdet av den andre makens egendom, i första hand sidoegendom, som inte skall delas mellan makarna.

En lagharmonisering kan diskuteras på grundval av de varierande lösningar som kartläggs i boken.²⁷

²⁷ Se närmare Agell 14 kap.

c. Verkan av bodelning gentemot makarnas borgenärer ("kreditorer")

Frågor om förhållandet mellan en make och den andra makens borgenärer har ett samband med allmänna, sakrättsliga ("tingsretlige") principer i varje land. Vissa frågor vid bodelning kan dock ses som familjerättsliga problem.²⁸

(1) En första fråga gäller vid vilken tidpunkt som en make vinner *skydd mot den tidigare ägarmakens borgenärer* till sådan egendom, som han eller hon fått överta vid bodelningen (en fastighet, en bil, bohag). Två huvudmodeller är möjliga. Man kan tillämpa sakrättsliga principer för varje slag av överlåtten egendom för sig eller man kan för all egendom, som omfattas av bodelningen, välja en enhetlig tidpunkt. *Svensk* rättspraxis bygger klart på den andra regelmodellen, eftersom ett skriftligt bodelningsavtal har avgörande betydelse. Modellen medför en klar och enkel princip, men den hänger nära ihop med formkravet för bodelning. Rättsläget är något oklart i *Finland* och *Norge* och särskilt oklart i *Danmark*, där den ställda frågan inte alls tycks ha uppmärksammats.

(2) En andra fråga gäller makarnas avtalsfrihet vid bodelning. En make får inte genom *eftergift* sätta sig ur stånd att betala sina skulder. I *Danmark* råder alltså uppfattningen att en eftergift, som borgenärerna inte behöver respektera, kan bestå i *antingen* överförande av för mycket egendom till den andra maken eller avstående från anspråk på delning av den andra makens överskott. I *Finland*, *Norge* och *Sverige* kan däremot numera enbart överförande av för mycket egendom till den andra maken, inte avstående från utjämningsanspråk, föranleda anspråk från borgenärernas sida.

(3) I alla länderna kan en eftergift vid bodelning utlösa anspråk på *återvinning* ("omstødelse") av bodelningen, helt eller delvis, om den make som gjort eftergiften går i konkurs. I *Norge* och *Sverige* finns dessutom en särskild möjlighet för de borgenärer som fanns vid bodelningen, och vars intressen följaktligen då blev åsidosatta av makarna, att rikta direktkrav mot den make som gynnats. Denna senare möjlighet har kanske inte så stor praktisk betydelse, eftersom återvinning i konkurs torde vara vanligare, men den kan ha principiella skäl för sig och erbjuda en smidig lösning.

Återvinning av bodelning i en makes efterföljande konkurs regleras genom fristående bestämmelser i *Finland* och *Sverige* men behandlas som ett specialfall av gåva i *dansk* och *norsk* rätt. Återvinningsfristerna, som varierar ganska starkt, får visserligen ses i samband med andra fall av återvinning i konkurs. Oavsett detta förhållande kan det noteras, att återvinningsfristen enligt *finsk* och *svensk* rätt börjar löpa först om en bodelningshandling ingetts till rätten för registrering och kungörande. Detta innebär både att en exakt tidpunkt för beräkningen tillhandahålls och att återvinning kan ske utan tidsbegränsning om bodelningshandlingen inte blivit registrerad.

²⁸ Se närmare Agell 17 kap. Isländsk rätt har dock inte kunnat studeras.

(4) Vid bodelning mellan en make och den andres konkursbo har traditionellt gällt, att konkursboet kan kräva delning av den andra makens överskott. Denna reglering gäller alltså i *Danmark* men har övergetts i *Finland*, *Norge* och *Sverige* på samma skäl som kan anföras mot att avstående av del i den andra makens överskott behandlas som eftergift vid bodelning. Mot konkursboets intresse kan invändas, att en make inte är betalningsskyldig för den andra makens (konkursgäldenärens) skulder. En rätt för borgenärerna till den andra maken att få del i överskottet, när bodelning råkar bli aktuell under konkurs, innebär ett slumpartat gynnande av dem.

Konkursboets delningsrätt kan i *norsk* rätt sättas åsido genom *konkursgäldenärens* förklaring att han helt eller delvis avstår från anspråk på den andra makens egendom. I *finsk* och *svensk* rätt ges däremot *den andra maken* en fristående möjlighet att förklara att delning av egendom inte skall äga rum. *Finsk* rätt innehåller dessutom en ännu mera långtgående möjlighet för den andra maken att genom en ensidig förklaring under konkurs sätta giftorätten ur spel för framtiden. Det kan ifrågasättas om inte de *svenska* och *finska* lösningarna går för långt. Den ”andra maken” ges, i varje fall om lagbestämmelserna tillämpas enligt ordalagen, befogenhet att ensidigt åsidosätta konkursgäldenärens giftorättsanspråk, även om giftorättsanspråket kan tänkas vida överstiga vad som skulle behövas för täckning av hans skulder.

3. Arveretten

3.1. Innledning

3.1.1. Om det nordiske samarbeidet på arverettens område

Det nordiske samarbeidet på arverettens område har ikke vært så omfattende som på ekteskapsrettens. Målsettingen synes ikke i like stor grad å vært en lovgivning som – så langt det var mulig – har ensartede regler. For de senere års endringer i de nordiske arvelover har det ikke skjedd noe samarbeid i det hele tatt.

Den nordiske arveretten har imidlertid en lang rekke felles trekk og en felles struktur, selv om de enkelte land har valgt ulike løsninger for mange sentrale spørsmål. Det går av historiske årsaker et klart skille mellom arvelovgivningen i *Finland* og *Sverige* på den ene side, og på den annen side lovgivningen i *Danmark*, *Island* og *Norge*. Det er derfor ofte berettiget å skille mellom øst-nordisk og vest-nordisk rett.

3.1.2. Terminologi²⁹

Til det som er sagt i 1.3 om betydningen av begreper og ensartet terminologi, kan for arveretten tilføyes: I *Finland* og *Sverige* angir ordet ”successionsrett” det som

²⁹ Se nærmere Peter Lødrup, *Nordisk arverett. En rettssammenlignende studie av dansk, islandsk, finsk, norsk og svensk rett med drøftelser av reformbehov og harmoniseringsmuligheter* (cit. Lødrup), 2002, 1.4.

i *Danmark, Island og Norge* kalles "arverett". "Arvsrätt" er i svensk språkbruk den del av "successionsrätten" som omfatter slektens og ektefellens arverett, mens retten til arv etter testament kalles "testamentsrätt". "Testamentsarvingen" i vest-nordisk terminologi blir følgelig "testamentstagare" i svensk språkdrakt. Av andre ulikheter kan nevnes at "universell testamentstagere" i *norsk* rett vil være "loddeier", i *dansk* "arving", mens "universalarving" i vest-norden betyr enearving.

3.1.3. Grunnleggende synspunkter ved arverettens utforming

Ved vurderingen av såvel arverettens utforming som harmoniseringsspørsmålene må utgangspunkt være at lovgivningen må velge de hovedregler som antas å passe på flertallet av arvesituasjoner. Det er den som vil avvike fra disse som må ha byrden ved å opprette testament. Men ved utformingen av hovedreglene kan det legges vekt på at andre alternativer står åpne for den arvelater som ønsker en annen løsning enn den som er lovens normalregel.

3.2. Slekten arverett

3.2.1. I det vesentlige en felles struktur³⁰

Lovens arvetavle ("arvsordningen") bygger i nordisk rett på de samme prinsipper, og er, med to unntak for norsk rett lik, i alle de nordiske land. Den inndeles slekten i arvegangsklasser, og første arvegangsklasse er arvelaterens avkom (arvelaterens parentel). Annen arvegangsklasse er arvelaterens foreldre og deres avkom, mens tredje arvegangsklasse er besteforeldrene og deres avkom. Arven går ikke til en fjernere klasse sålenge det finnes arvinger i en nærmere. Innen hver arvegangsklasse fordeles arven etter linjer; med like meget til hver linje. Med unntak av Norge, begrenses arveretten i tredje arvegangsklasse til besteforeldrenes barn. Arvelaterens fettere og kusiner har således ikke arverett – arven går til staten (eller "allmänna arvsfonden") hvor arvelateren ikke etterlater seg nærmere slektninger.

3.2.2. To norske særregler

Spørsmålet om arvelaterens fettere og kusiner skulle strykes fra arvetavlen ble vurdert under arbeidet med arveloven fra 1972. Man fant imidlertid – selv om de allerede hadde mistet sin arverett i de øvrige nordiske land – at besteforeldrenes barnebarn fortsatt forsvarte sin plass som arvinger etter loven. Innen prosjektgruppen er det en positiv holdning til deres arverett, og det nevnes en rekke eksempler som taler for den. Men dette spørsmålet henger sammen med tredje arvegangsklasses arverett i det hele.

³⁰ Lødrup 2.2–2.6.

Fetters og kusiners arverett i *Norge* betyr lite ut fra et harmoniseringshensyn – nordisk rettsenhet vil her måtte bero på hvilken løsning man synes er den kvalitatativt beste.

Det andre unntaket i norsk rett fra den nordiske rettsenhet er av mindre prinsipiell betydning. Det er en særregel for arveretten hvor foreldrene ikke var gift med hverandre da arvelateren døde, såfremt han døde før fylte 18 år. Denne regelen er etter prosjektgruppens syn materielt sett uheldig.

3.3. Livsarvingenes pliktdel

3.3.1. Pliktdelens kvantitative ramme³¹

Livsarvingens pliktdel (dansk "tvangsarv", svensk "laglott") kan – selv om det er to sider av samme sak – vurderes som regler som sikrer livsarvingene en del av etterlatenskapene, eller som regler som om testasjonsfrihet. I nordisk rett er det den førstnevnte angrepsvinkel som ligger til grunn i arvelovgivningen.

Gjennom tidene er pliktdelen stadig blitt redusert – allerede i 1845 ble den i *Sverige* satt til en halvpart av arvelaterens formue, en brøk som i dag er gjeldende rett også i *Danmark* og *Finland*. Den andre halvpart – som med utgangspunkt i dansk språkbruk vil bli kalt "frierarven" – kan arvelateren fritt disponere over ved testament. I *Island* og *Norge* er pliktdelen på to tredjedeler – et enstemmig Storting forkastet i 1971 et forslag om å redusere den til en halvpart.

Men i norsk rett har pliktdelen en beløpsbegrensning: Den er for hvert av arvelaterens barn begrenset til NOK 1 mill; og for hvert barnebarn til NOK 200 000.

I *dansk* og *norsk* rett er det regler om forlodsrett for barn i visse tilfelle. Denne forlodsretten er en (skjønnsmessig) pliktdelsrett til fordel for "barn som ikkje har fått oppfostringa si fullenda på den tid arvelataren dør", som er den norske formulering. I så fall har barnet (men ikke fjernere livsarvinger) krav på et beløp forlods til sikring av livsopphald og utdanning dersom dette er rimelig. I *Danmark* er regelen begrenset frem til barnet fyller 21 år.

I *Norge*, men ikke i *Danmark*, er det også gitt forlodsrett "til ein sum i buet" til et hjemmeværende barn som uten rimelig vederlag har gjort "serleg mykje for arvelataren".

3.3.2. Pliktdelens kvalitative grenser³²

Pliktdelsreglenes kvalitative begrensninger reiser særlig tre spørsmål:

- Har arvelateren adgang til å testere over de enkelte eiendeler han etterlater seg, så lenge livsarvingen i kroner og øre får den verdi som pliktdelen skulle tilsi?

³¹ Lødrup 3.2.

³² Lødrup 3.3.

- Kan arvelateren i testament bestemme at en livsarving skal motta sin pliktdel i bestemte gjenstander som er i boet, eller har disse alltid krav på å få sin pliktdel i kontanter?
- Kan arvelateren gi en livsarving en fortrinnsrett til bestemte eiendeler?

I *finsk* og *svensk* rett er den overveiende hovedregel at pliktdelsretten refererer seg til en verdi, og ikke til bestemte gjenstander. Dette innebærer at så lenge livsarvingen i verdi mottar den "laglott" han har krav på, har han fått sitt. Har f.eks. arvelateren testamentert bort en gjenstand hvis verdi overstiger halvparten av arven, kan testamentsarvingen kreve gjenstanden mot å gjøre opp differansen i kontanter. Dette betyr at *finsk* og *svensk* rett ikke har kvalitative begrensninger i testasjonsretten.

Dette er annerledes i *dansk*, *islandsk* og *norsk* rett. I utgangspunktet kan ikke arvelateren disponere over eiendeler hvis verdi overstiger den testasjonsfrie del, med mindre det er særskilt hjemlet ved lov. Hvis en eiendel i verdi overstiger pliktdelen, er den "utenfor testators rådighetssfære," som det gjerne uttrykkes i norsk rett. Dette innebærer bl.a. at testamentsarvingen til en gjenstand som i verdi overstiger den testasjonsfrie del, ikke kan kreve den mot å innbetale det overskytende i kontanter. For slike eiendeler kan det heller ikke påheftes forkjøpsrettigheter eller bruksrettigheter m.v., selv om disse ikke medfører at den verdi som testamentsarvingen mottar krenker pliktdelen.

Når som i *finsk* og *svensk* rett pliktdelsregelen er begrenset til en verdiregel, kan arvelateren fritt fordele eiendeler mellom livsarvingene. En slik fordeling kan i *dansk*, *islandsk* og *norsk* rett bare skje innenfor friarven. Har således arvelateren bestemt at livsarving A skal ha eiendom X, kan livsarving B protestere hvis X i verdi overstiger den testasjonsfrie del. Her er det imidlertid ett unntak: Innen vedkommende livsarvings arvelodd kan også arvelateren gi en livsarving fortrinnsrett til bestemte eiendeler.

Arvelateren har således – i noe ulik grad – en frihet til å fordele eiendeler mellom livsarvingene, og vedkommende har altså krav på å beholde eiendelen. Men dette betyr ikke at livsarvingen har plikt til å motta sin arv på denne måten. I *alle de nordiske land* kan arvingen si nei takk, jeg ønsker min pliktdelsarv utbetalt i kontanter.

3.3.3. Noen beregningsspørsmål³³

Her skal nevnes tre spørsmål.

Hvis boets nettoformue forandrer seg (stiger eller synker) i tiden fra dødsfallet til skiftet er avsluttet, oppstår spørsmålet om hvilket av disse tidspunkter som skal legges til grunn ved beregningen av livsarvingenes pliktdel. Slike verdi-

³³ Lødrup 3.7.

variasjoner er særlig praktiske hvor en del av boets aktiva består av verdipapirer, særlig aksjer. Men hvis bobehandlingen trekker ut, kan man lett oppleve at f.eks. faste eiendommer i boet stiger eller synker i verdi. Boet kan også ha inntekter, f.eks. renter av obligasjoner eller utbytte av aksjer, og dermed øke i verdi.

Etterlater arvelateren seg bare slektsarvinger, er det verdien på utlodningstidspunktet (skiftets avslutning) som er avgjørende. Her skal de alle ha en brøk, og det er i realiteten intet alternativ. Dette må også gjelde hvis det blant arvingene er en som ved testament skal ha en brøk.

Tvil oppstår først når det er spørsmål om et legat – et gjenstandslegat eller sumlegat – er fundert, dvs. om det som er testamentert bort ligger innenfor den brøkdel arvelateren fritt kan råde over ved testament (frieren). Her har *finsk* og *svensk* rett tatt det standpunkt at det også her er verdien ved skiftets avslutning som er avgjørende, mens det i *Danmark*, *Island* og *Norge* er verdien ved arvelaterens død som skal legges til grunn – verdiendringer under bobehandlingen påvirker således ikke den rett legataren har ervervet ved arvelateren død, og var legatet da ikke fundert, kan det ikke bli det senere.

Om forsikringer som utbetales ved arvelaterens død bemerkes: Med unntak for *dansk* rett, er hovedregelen i de øvrige nordiske land at livsforsikringer som utbetales etter arvelaterens død skal tilfalle den begunstigede fullt ut. Det regnes således ikke med til avdødes etterlatenskaper ved pliktdelens beregning. Denne regelen gjelder dog ikke hvis det vil være klart urimelig overfor ektefelle og livsarvinger. I *finsk* rett er det en særlig regel for det tilfelle at forsikringspremiene har stått i misforhold til forsikringstakerens økonomi, da kan forsikringspremiene (dog ikke utover forsikringsbeløpet) legges til boet ved pliktdelens beregning.

Hvor arvelateren har gitt gaver i sin livstid, oppstår spørsmålet om pliktdelen skal vernes ved at verdien av slike gaver skal legges til den masse pliktdelen skal beregnes av.

I *dansk*, *islandsk* og *norsk* rett er det ingen særlige regler utover den generelle rammen for dødsdisposisjonene som verner livsarvingenes pliktdelskrav, og da kreves det også at formene for testamenter er overholdt.

I *Finland* og *Sverige* har man imidlertid sett det slik at livsarvingenes pliktdel også trenger vern mot enkelte livsdisposisjoner.

For *svensk* rett er utgangspunktet at hvis arvelateren "i livstiden" har gitt bort eiendom "under sådana omständigheter eller på sådana villkor att gåvan till syftet är at likställa med testamente", skal gavens verdi legges til de verdier som finnes i boet "vid laglottens beräkning". Hvis gaven overstiger det som arvelateren fritt kunne testere over, plikter mottakeren å gi den tilbake til dødsboet.

I *Finland* går som nevnt vernet for pliktdelen lenger enn i de øvrige nordiske land. Der er det først en regel som ligger nær opp til svensk rett; gaven er å likestille med testament. Dette er gaver som arvelateren har "gett nära sin död". Dette er altså gaver som er oppfylt før dødsfallet, og tidsrommet mellom oppfyllelsen og dødsfallet har vesentlig betydning. Ved beregningen av pliktdelen skal

boet derfor gis et "kalkylerande tillägg". Ved siden av slike gaver hvor "syftet är at likställa med testamente" som det heter i lovteksten, opererer finsk rett også med såkalte "favoriserande gåvor." Pliktdelen er også vernet overfor gaver og gavesalg som er gitt til arvelaterens avkom eller dettes avkom (herunder adoptivbarn) eller deres ektefeller, og "som uppenbarligen givits i syfte att gynna mottagaren till skade för till laglott berättigad arvinge". I så fall skal boets masse ved pliktdelens beregning tillegges verdien av gaven da den ble gitt. Hensikten med denne bestemmelsen er å hindre forfordeling av en slektsgren eller familieenhet.

3.3.4. *Vurderinger – harmoniseringsspørsmål*

Reglene om livsarvingers pliktdel viser betydelige ulikheter mellom de enkelte land.

Reglene om pliktdelens størrelse kan neppe vurderes uavhengig av de senere års diskusjon om berettigelsen av pliktdelsregler slik de er utformet i nordisk rett i dag. Her kan bare enkelte momenter trekkes frem.³⁴

Det er grunn til å understreke at en drøftelse av pliktdelen ikke er en drøftelse av spørsmålet om livsarvingers plass i arvetavlen ("arvsordningen") – den er selvskreven med de begrensninger som følger av den gjenlevende ektefelles rettigheter. Det er heller ikke spørsmålet om å bryte bånd om samhörighet og nærhet, eller å svekke den likhet mellom livsarvinger i arvemessig henseende som de fleste foreldre finner verdifull. Problemet om pliktdel og dens utforming oppstår hvor denne samhörighet og nærhet ikke er tilstede, og hvor arvelateren derfor ønsker å styre arven til andre. Er det arvelaterens ønske som skal styre hvem som skal arve ham, eller skal rettsordenen for arvegangen bryte den fri disposisjonsrett som enhver har når det gjelder livsdisposisjoner?

Pliktdelsreglene må vurderes mot det faktum at de "barn" som i dag arver sine foreldre, for det store flertalls vedkommende er mennesker som er over 50 år. Et argument som har veiet tungt for bevaring av pliktdelsregler for livsarvinger er dette: Den eldre generasjon skal ikke med trussel av at de ikke vil få arv påvirke den yngre generasjons personlige valg (av bl.a. ektefelle, utdanning og levestett ellers). Dette synspunkt har neppe stor betydning i dag – allerede arvingens alder ved arvefallet må tas i betraktning her.

I Norge ble det som argument for å bevare en pliktdel på 2/3 anført at en reduksjon til 1/2 at etterlatenskapene ville vanskeliggjøre et generasjonsskifte av landbrukseiendommer og næringsvirksomhet ellers. Dette virker merkelig; det er åpenbart at det er pliktdelsreglene som her skaper problemene. Det er også paradoksalt at dette argument ble fremført i Norge, hvor pliktdelen har sin sumbegrensning for hvert barn til 1 mill. kroner – dette "hullet" i pliktdelen får jo nettopp betydning for slike generasjonsskiftet.

Et argument som for mange veier tungt for pliktdelsreglenes bevaring er

³⁴ En bredere vurdering er gitt i Lødrup 3.5.

hensynet til likhet mellom livsarvingene – arvelateren skal ikke kunne i vesentlig grad forfordle en eller flere av dem. Dette spørsmålet kommer særlig på spissen hvor det er flere barnekull, og hvor det da kan være en tendens i å tilgodese siste kull. Dette hensynet til tilnærmet likhet kan neppe begrunne pliktdel hvor det bare er én livsarving, eller hvor alle får like meget eller like lite. Hertil kommer at ulikhet mellom livsarvinger lett kan skapes gjennom både den betydelige testasjonsfrihet og retten til å gi livsgaver (dette er særlig utpreget for *dansk, islandsk* og *norsk* rett). Det er således ikke slik at den likhet – som de fleste foreldre ønsker – i fordelingen mellom livsarvinger, i særlig grad er vernet hvor den ikke er ønsket fra arvelaterens side. For norsk retts del kommer begrensningen i hvert barns pliktdel til 1 mill. kroner inn i bildet her – de formuende arvelatere kan således fordele millionene slik de måtte ønske, såvel mellom livsarvinger som til andre. Det kan heller ikke anses for rimelig at det ikke skal være adgang for foreldre med livsarvinger i voksen alder å bestemme at det de etterlater seg skal tilfalle et bestemt formål – ”barna har nok likevel”.

At mindreårige livsarvinger kan trenge beskyttelse mot at de gjøres arveløse, synes derimot klart. Noe stort spørsmål er dette neppe, idet de færreste foreldre vil gå til et slikt skritt. Hvor langt man her skal gå både aldersmessig og økonomisk, vil være et vurderingsspørsmål. Om livsarvingen bør sikres midler til utdannelse utover foreldres vanlige forsørgelsesplikt, kan være et åpent spørsmål.

Et særlig problemfelt er barn født av en ugift mor, som tidligere gjerne ble betegnet som ”uekte” eller ”utenekteskapelige barn”, og hvor det normalt ikke var noen sosial kontakt, eller bare en beskjeden kontakt, mellom faren og barnet. At disse i det forrige århundre ble sikret arverett etter faren og farsslekten, står i dag som en selvfølge, og bidro åpenbart positivt til å bedre deres sosiale posisjon. I dag er forholdene ikke helt de samme. Få kvinner føder i dag et ”uønsket” barn, samtidig som de aller fleste barn som fødes av en ugift mor har en far som er samboer med moren. Barn født utenfor ekteskap må således i dag som den overveiende hovedregel hva disse spørsmål angår, vurderes på linje med felles livsarvinger ellers.

Reglene om pliktdel må videre vurderes mot de betydelige ulikheter det er i de enkelte familiers økonomi og hva aktiva består i – det er forskjell på gjennomsnittsfamilien med bolig og andre eiendeler til felles bruk, og næringseierdommer og større formuer. Hva gjennomsnittsfamilien angår, er det særlig boligen m.v. som kan skape en konflikt mellom særkullsbarn og en gjenlevende ektefelle. Pliktbudsreglene kan her hindre at gjenlevende makter å bli boende uansett hva førstavede måtte ha ønsket. Her er den prioritering av gjenlevende som gjøres i *finsk* rett et alternativ til de øvrige land – også særkullsbarna må respektere bruksrett til bolig og innbo som gjenlevende har rett til, og denne retten gjelder også særreie-eiendom.

Ved vurderingen av pliktreglene bør det også erindres at de bare er en del av et større regelverk, hvor særlig formuesordningen mellom ektefellene og

ektefellenes avtalemuligheter gjør at disse i stor grad kan påvirke den masse pliktdelen skal beregnes av.

Hvis man fortsatt skal ha pliktdelsregler for livsarvinger i tilnærmet den form de har i dag, er det pliktdelsbrøken og eventuelt sumbegrensninger som må vurderes. En harmonisering må naturlig nok innebære at pliktdelen i *Island* og *Norge* blir redusert til en halvpart (eller en mindre brøk hvis det kan aksepteres generelt), og at beløpsbegrensninger som i *norsk* rett blir kombinert med en brøk.

Etter prosjektgruppens syn bør pliktdelsreglene slik de er i alle de nordiske land harmoniseres og gis enn annen, og mer begrenset form enn den de har i dag. Forlodsretten for barn som skal sikre dekning av utgifter til underhold og utdanning, har fått liten praktisk betydning. I *Norge* foreligger det ingen trykt praksis om den og i *Danmark* sies det at den har fått en "krank skæbne" og at den "nu rent faktisk længe har været gået helt af brug". På den annen side er forlodsregelen i fordel for hjemmевærende barn av en viss betydning. De særlige regler om forlodsrett for barn som er gitt i dansk og norsk rett, betyr lite i praksis, og bør vurderes opphevet. Her bør dog merkes at forlodsretten eller et tilsvarende vern for uforsørgede barn bør vurderes utbygget, men dette spørsmålet må vurderes i sammenheng med pliktdelsreglenes generelle utforming.

Også når det gjelder den kvalitative rådighet er reglene ulike. Pliktdelens begrensning av testasjonskompetansen over de enkelte eiendeler (den kvalitative testasjonskompetanse) i *Danmark*, *Island* og *Norge* har intet motstykke i *finsk* og *svensk* rett. Her bør imidlertid harmonisering være mulig. Prosjektgruppen mener at den *finske* og *svenske* løsning om at pliktdelen er en verdiregel, har de beste grunner for seg. Det muliggjør i sin alminnelighet at arvelateren kan gi en livsarving rett til, men ikke plikt, til å overta bestemte eiendeler. Det skjer således ikke noen forfordeling av enkelte livsarvinger ved en kvalitativ frihet. En kvalitativ frihet vil øke mulighetene for gjenlevende ektefelle til å overta den felles bolig. At en arvelater gis frihet til å fordele eiendeler mellom livsarvinger så lenge disse i verdi får det pliktdelen tilsier, fremstår også som rimelig.

Verdsettelsesreglene er i første rekke av teknisk-juridisk karakter, og her byr *svensk* rett på regler som bryter med det som er alminnelig akseptert ellers i Europa. Når det gjelder spørsmålet om legatet er fundert, står valget mellom å se det i forhold til boets verdi ved dødsfallet, eller verdiene da boet skal fordeles. Svaret bør bero på rasjonelle overveielser om hvem som skal ha risikoen for verdiendringer og forholdet mellom arvingene og legataren, herunder hvem som har innflytelsen over bobehandlingen.

3.3.5. Avkortning i arv – arveforskudd³⁵

For spørsmålet om gaver som er gitt livsarvinger skal være gjenstand for avkortning ved giverens død, har de nordiske land valgt tre ulike konstruksjoner.

³⁵ Lødrup 3.8.

I *Danmark* bygger loven på en avtalekonstruksjon; avkortning må avtales i forbindelse med at gaven ytes. I *finsk* og *svensk* rett skal avkortning skje med mindre noe annet er bestemt av arvelateren eller må anses forutsatt. I *Norge* er regelen den motsatte: Avkortning skal ikke skje med mindre noe annet er bestemt av arvelateren eller må anses forutsatt. Også ellers er det ulikheter av betydning, bl.a. ved vurderingen av om avkortningsbeløpet skal regnes med ved beregningen av pliktdelen, og om når avkortning kan bestemmes.

Innen prosjektgruppen er det enighet om at ved valget av den beste løsning, er den danske modellen, subsidiært den norske, å foretrekke.

3.4. Arvelateren etterlater seg ektefelle³⁶

3.4.1. De ulike problemstillinger

Reglene om den gjenlevende ektefelles stilling er meget forskjellige i de nordiske land. Også her kan det tales om en øst-nordisk og vest-nordisk modell med betydelige ulikheter, noe som ikke minst har historiske årsaker. Men innen de enkelte land har man også valgt ulike løsninger på sentrale spørsmål.

Hovedproblemene er disse:

- Når skal det ved førstavedes bortgang foretas et skifte mellom gjenlevende og førstavedes arvinger – og i hvilken utstrekning skal gjenlevende ha en valgrett? Spørsmålet kan også formuleres som under hvilke vilkår kan gjenlevende overta avdødes etterlatenskaper uten å skifte med dennes arvinger?
- Hvilke særlige rettigheter av arvemessig og annen karakter skal gjenlevende ha hvis det skiftes etter førstavedes bortgang?
- Hvilke av avdødes eiendeler er det som kan overtas av gjenlevende hvor det ikke skiftes ved førstavedes død?
- Bør det settes begrensninger og i tilfelle hvilke for lengstlevendes disposisjonsrett ved livsdisposisjoner over hele boet?
- Hvilke av førstavedes arvinger skal ha krav på arven etter førstavede (sekundærarverett, rett til etterarv) når det senere skal skje et oppgjør, normalt ved lengstlevendes død?
- Hvordan skal reglene for delingen mellom de to arvingegrupper utformes?
- Skal det oppstilles særlige regler for gjenlevendes testasjonsrett når avdøde ikke etterlater seg livsarvinger?

Før disse problemstillinger blir nærmere behandlet, er det naturlig å trekke frem at "uskiftet bo" er det rettsinstitutt som i *vest-norden* kommer sentralt inn i bildet, og hvis rettsinnhold berører de fleste av de spørsmål som er nevnt ovenfor. Valget

³⁶ Lødrup 4–7.

mellom å skifte straks eller å overta boet til uskifte, er et reelt valg gjenlevende står overfor, og hvor svaret ikke er gitt.

I *øst-norden* må det skilles mellom *svensk* og *finsk* rett. I *Sverige* er i utgangspunktet gjenlevende avdødes enearving. Men da testasjonsretten er begrenset av hensyn til førstavdødes arvingers rett til etterarv, sies det gjerne at gjenlevende arver med fri disposisjonsrett – ”fri förfoganderätt”; underforstått at denne retten bare gjelder livsdisposisjoner. I *Finland* er dette regelen overfor førstavdødes arvinger i annen arvegangsklasse, idet førstavdødes livsarvinger har krav på sin arv straks. Her er det imidlertid et vesentlig forbehold: Gjenlevende har krav på en bruksrett til boligen og innboet – det må livsarvingene – såvel særkullsbarn som felleseie – respektere, selv om pliktdelen krenkes. Ved arv med ”fri förfoganderätt” er den rettslige konstruksjon at gjenlevende beholder halvparten av felleseiet som eier, og overta avdødes del som arv.

”Uskifte” og arv med ”fri förfoganderätt” har således den samme funksjon og tjener det samme formål. Men arv med ”fri förfoganderätt” stiller gjenlevende og dennes arvinger i en betydelig bedre stilling enn uskifte.

Ved vurderingen av de regler om nå skal fremstilles, må det erindres at avdødes etterlatenskaper er det som tilfaller hans dødsbo etter at det har skjedd en deling av felleseiet mellom dette og gjenlevende ektefelle.

3.4.2. Gjenlevende ektefelles arverett og minimumsvern³⁷

Hvis det skal skiftes etter førstavdødes bortgang (og det er praktisk hvor avdøde har særkullsbarn eller gjenlevende ønsker det), er gjenlevendes stilling betydelig bedre i *vest-norden* enn i *øst-norden*. Den gjenlevende ektefelle har da i *vest-norden* krav på arv etter avdøde på linje med førstavdødes arvinger. I *Danmark* og *Island* arver gjenlevende 1/3 hvor avdøde har livsarvinger, ellers alt. I *Norge* arver gjenlevende 1/4, ellers 1/2. I *Finland* og *Sverige* har gjenlevende ingen arverett hvor det skal skiftes ved avdødes bortgang. Av dette kan det sies at man i *vest-norden* har en ”to-sporet” struktur: En selvstendig arverett hvor det skiftes etter førstavdødes død, og som er et alternativ til uskifte.

Men gjenlevende kan – alt etter de konkrete forhold – komme bedre ut i øst-skandinavia enn i vest-skandinavia, idet han har rett til å kreve at hver part beholder hele sin del av felleseiet; noen tilsvarende rett til å kreve dette har ikke avdødes arvinger. Hvor gjenlevende er den ”rikeste”, kan dette gi betydelige fordeler.

I *alle de nordiske land* har gjenlevende ektefelle et visst vern mot livsarvingenes pliktdelsrett og/eller mot testamentariske disposisjoner fra avdødes side. I *Danmark* og *Island* er gjenlevendes pliktdel hvor det også er livsarvinger 1/6 av boet, overfor utarvinger henholdsvis 1/2 og 2/3. I *Norge* har gjenlevende krav på

³⁷ Lødrup 4.4.2.

en ubetinget minste arv på 4 ganger folketrygdens grunnbeløp (i 2002 vel NOK 200 000) overfor livsarvinger og 6 ganger grunnbeløpet overfor arvinger i annen arvegangsklasse. I *Danmark* har gjenlevende krav på minst DKR 180 000 (i 2002) (gjerne kalt "suppleringsarv") og i *Sverige* minst SEK 157 000 (2002) (4 ganger "basbeløpet", kalt "basbeløpsregelen"). Men i motsetning til i *Norge* skal i *Danmark* og *Sverige* dette beløpet inkludere gjenlevendes egne midler, inklusive eventuelle særreiemidler. Dette gjør at disse reglene får mindre praktisk betydning enn minste arvsregelen i *Norge*. En samlande løsning kan her være at man bygger på det dansk/svenske system, men med en betydelig heving av beløpet. Det vil klargjøre regelens funksjon som en behovsregel som sikrer gjenlevende et rimelig minimum. Samtidig må vurderes om ikke førstavedes arvinger – som i *Danmark* og *Sverige* – bør beholde sin arverett etter førstavede.

Prosjektgruppen er enig om at det vest-skandinaviske "tosporde" system har klare fordeler. Hvor det skal skiftes ved førstavedes bortgang, er det behov for den styrkelse av gjenlevende stilling som det innebærer. For øvrig er det prosjektgruppens syn at det i de øvrige spørsmål som er nevnt ovenfor bør en harmonisering være mulig. Her ligger det an til en prinsippdrøftelse om forholdet mellom gjenlevende ektefelle og særlig livsarvingene, ikke minst særkullsbarn. Her fremstår det finske regel om gjenlevendes ubetingede bruksrett til bolig og innbo i en særstilling.

3.4.3. Avdødes etterlatenskaper skal deles ved hans død

De regler som er omhandlet i forrige avsnitt kommer altså til anvendelse hvor det skal skiftes etter førstavedes død. Dette kan i alle de nordiske land bero på gjenlevendes eget ønske, men er som påvist der mindre attraktivt i øst-norden enn i vest-norden.

Ellers avgrenses retten til uskifte og arv med "fri förfoganderätt" av at avdødes særkullsbarn alltid har krav på sin arv straks. For *Finlands* del må som nevnt alle arvinger etter avdøde respektere gjenlevendes bruksrett til bolig og innbo. Utover dette gjelder det i *svensk* rett ingen skranker for gjenlevendes rett til arv med "fri förfoganderätt". Også avdødes særreie går inn i den masse som gjenlevende arver, og i *Finland* gjelder bruksretten til bolig og innbo også hvor dette har vært avdødes særreie.

Selv om uskifteretten i *Danmark*, *Island* og *Norge* ikke omfatter avdødes særreie, kan ektefellene *Danmark* avtale skilsmisssærreie og i *Norge* at særreie ikke skal gjelde ved død. Ektefellene kan således avtale den løsning for særreiet under ekteskapet som følger av *svensk* rett. Hertil kommer at ektefeller i *Norge* kan bestemme at gjenlevende skal kunne overta særreiemidler i uskifte.

Innen prosjektgruppen er det enighet om at gjenlevendes rettigheter bør frigjøres fra skillet mellom felleseie og særreie, og således som i *svensk* og *finsk* rett bli likestillet. Ønsker ektefellene en annen løsning vil muligheten for å avtale dette stå åpen.

I vest-norden har ikke gjenlevende rett til uskifte hvis han er insolvent eller satt under vergemål. Likeledes skal et etablert uskifte skiftes hvis gjenlevende inngår nytt ekteskap. Slike begrensninger i rett til arv med "fri förfoganderätt" eksisterer ikke i *Finland* og *Sverige*. Her er det i prosjektgruppen enighet om at plikten til å skifte ved nytt ekteskap bør falle bort. De oppgjørsregler som da skal legges til grunn på det senere skifte bør utformes i tråd med de svenske lovbestemte regler. Om retten til arv med "fri förfoganderätt" bør bestå hvor gjenlevende er insolvent eller er under vergemål, bør vurderes på selvstendig grunnlag.

3.4.4. Gjenlevende arver med "fri förfoganderätt" eller overtar boet i uskifte – særregeln i finsk rett³⁸

I *Sverige* er gjenlevendes disposisjonsrett uten begrensninger av noen art – det samme er tilfelle i *Finland* overfor arvinger i annen arvegangsklasse.

Slik er det ikke i *Danmark*, *Island* og *Norge*. Selv om gjenlevende har en eiers rådighet over det uskiftede bo, er retten til å gi gaver begrenset, og i *Norge* er det helt forbudt å gi gaver som består i fast eiendom, samtidig som arvingene i visse tilfelle ved utilbørlig råden over uskifteboet kan kreve at dette skiftes.

Etter prosjektgruppens syn bør man ta utgangspunkt i *svensk* rett, men vurdere å sette visse begrensninger for disposisjoner som på en illojal måte tilgodeser egen slekt.

3.4.5. Delingen ved lengstlevendes død³⁹

Hvor ektefellene har hatt fullstendig felleseie, skal det ved lengstlevendes død skje en likedeling mellom de to ektefellers arvinger.

Har ektefellene hatt fullstendig særeie under ekteskapet, blir det i *Sverige* (og i *Finland* overfor annen arvegangsklasse) forholdstallet ("kvotdelene") mellom verdiene av de to særeier som gir delingsnormen, og som eventuelt må justeres hvor det har vært delvis særeie. Dette blir delingsforholdet også etter *norsk* rett hvor gjenlevende har overtatt særeie i uskifte etter avtale mellom ektefellene. Her må merkes den tidligere omtalte rett gjenlevende ektefelle har til å kreve at egen del av felleseiet holdes utenfor delingen. I *Sverige*, men ikke i *Finland*, påvirker dette "kvotdelene" ved lengstlevendes død. Hvor det i *Danmark* og *Norge* har være bestemt skilsmisssæreie, vil det alltid skje likedeling ved lengstlevendes død.

En harmonisering vil måtte ta stilling til om det *finsk/svenske* system ved "kvotdeler" skal legges til grunn (med adgang for ektefellene til å bestemme en mer lik delingsnorm), eller om likedeling skal være hovedregelen for eiendeler som under ekteskapet har vært særeie (med adgang for ektefellene til å bestemme

³⁸ Lødrup 5.6.

³⁹ Lødrup 6.

”kvotdeler”). Etter prosjektgruppens syn har den *svensk/finske* løsning her de beste grunner for seg.

En konsekvens av det syn i *finsk/svensk* rett at av det som overtas med ”fri förfoganderätt” dels er arv, dels en eierandel av felleseiet, er at forøkelse av eiendelene som skyldes gjenlevendes arbeidsinnsats m.v., i sin helhet skal tilfalle lengstlevendes slekt. Løsningen her må etter prosjektgruppens syn vurderes på selvstendig grunnlag uten noen forankring i en bestemt begreppsdannelse.

Det som etter dette skal tilfalle lengstlevendes slekt, har denne fri testasjonsrett over (med forbehold for livsarvingenes plikt del). Men når det i *Danmark* ikke blir noe uskifte fordi det ikke er arvinger i første arvegangsklasse, har man tatt konsekvensen av det og gitt lengstlevende testasjonsrett over hele boet, og førstavedes arvinger får kun arv om det ikke er opprettet slikt testament, og lengstlevende ikke har giftet seg igjen eller har livsarvinger. Dette er en vesentlig forskjell mot de øvrige lands rett hvor førstavedes arvinger i annen arvegangsklasse er beskyttet mot at gjenlevende ved testament disponerer over deres etterarv. Den danske løsningen er nok kontroversiell, og peker seg ikke ut som et opplagt grunnlag for harmonisering.

3.4.6. Oppsummering – konklusjoner⁴⁰

En reform av gjenlevende ektefelles stilling bør etter prosjektgruppens syn ta utgangspunkt i opphevelsen av instituttet ”uskiftet bo”, idet det erfaringsmessig har lagt bindinger på en friere vurdering av de enkelte løsninger. En analyse av gjenlevendes stilling bør ta utgangspunkt i den rekke av enkeltspørsmål som det er redegjort for ovenfor. Her må man også ta hensyn til regler om ektefellers formuesforhold som vil danne grunnlaget for løsningen av flere av de spørsmål som reiser seg. Det svenske struktur kan her være et utgangspunkt for vurderingene, eventuelt supplert med enkelte av de regler som gjelder ved uskifte.

3.5. Arv etter testament

3.5.1. Formkravene – notartestament – nødtestamenter – tilbakekall⁴¹

I alle de nordiske land er de formkrav som stilles til gyldig testament i de alt vesentlige de samme. Men det er visse ulikheter, som det er grunn til å vurdere nærmere.

Detaljene er det liten grunn til å komme inn på her. Men formkravets utgangspunkt er at testamentet må opprettes skriftlig. I overvær av to vitner som er tilstede samtidig skal testator underskrive testamentet, eller hvis det allerede er

⁴⁰ Lødrup 7.

⁴¹ Lødrup 9.2.

underskrevet, skal han vedkjenne seg underskriften. Vitnene skal være tilstede etter testators ønske, vite at de bekrefter en testasjon og underskrive testamentet. Er disse formkrav oppfylt, er testamentet gyldig opprettet.

Vitnene skal i de vest-nordiske land være fylt 18 år.

På to punkter er det grunn til å trekke frem *dansk* rett. Her er det for det første ikke et ubetinget krav at testator underskriver testamentet; det er tilstrekkelig at han overfor vitnene vedkjenner seg det. For det annet kan notartestamentet komme i stedet for vitnetestamentet, noe som også gjelder *Island*. Notartestamentet opprettes for notaren, normalt en dommer (i *Island* sysselmannen) og underskrives av ham. I praksis dominerer notartestamentene; i Danmark er det antatt at 95 % av alle testamenter er notartestamenter. Notartestamentene muliggjør en sentral registrering av testamenter, hvor skifterettene kan få opplyst om det foreligger et testament etter en avdød.

Det er i nordisk rett to former for nødtestamenter. Det muntlige testament med to vitner, og det skriftlige testament uten vitner – dette siste er dog ikke gyldig i *Island*. Formene for slike testamenter er i det vesentlige felles, men det er enkelte ulikheter i detaljene.

Reglene om krav til form ved testamenters opprettelse og tilbakekall bygger i de nordiske land i det vesentlige på de samme grunnprinsipper. Men i en rekke enkeltheter er det forskjeller som er lite begrunnet – *norsk* rett skiller seg ut her. Harmoniseringsmulighetene synes store, og felles regler vil ha en verdi i seg selv. Det må også antas at av enkeltreglene fremstår noen som kvalitativt bedre enn andre. Dette er i det alt vesentlige teknisk-juridiske regler uten noen prinsipiell interesse.

Dette kan illustreres ved noen eksempler:

Forholdet mellom vitnenes tilstedeværelse og testators underskrift på testamentet viser tre mindre varianter. Reglene om innholdet av den påskrift som bõgis på testamentet har i alle land en felles kjerne, men er forskjellige i detaljutformningen. De ulikheter som finnes i reglene for nødtestamentene kan også elimineres – at *Island* ikke godtar det skriftlige testament uten vitner er den eneste ulikhet av vesentlig betydning.

Det har større betydning at *dansk* rett godtar vedkjennelse av et ikke underskrevet testament. Selv om dette i prinsippet omfatter tilfelle hvor testator har skriveferdigheten i behold, betyr regelen i praksis at personer som er ute av stand til å sette sitt navn eller annet identifikasjonstegn på dokumentet, kan få opprettet testament innen lovens klare ramme. Et harmoniseringsgrunnlag kunne være å begrense vedkjennelsen av testamentet til slike tilfelle. Kan man skrive, bør det også kreves at testator egenhendig underskriver testamentet.

Vitnene må i *dansk*, *islandsk* og *norsk* rett være fylt 18 år, mens *finsk* og *svensk* rett har en grense på 15 år. Hvorvidt harmonisering av aldersgrensen er ønskelig og gjennomførbart, vil det nok herske ulike meninger om. Men når vitnenes underskrift skal ha bevisverdi for bl.a. at testator var testasjonsfør, bør det kreves

en modenhet som neppe personer på femten år har. Her er 18 år en naturlig grense.

Habilitetsreglene for vitner byr på to ulikheter: *Sverige* og *Finland* går ikke så langt som de øvrige land i å la en disposisjon bli ugyldig når den er til fordel for en person eller institusjon vitnet har en tilknytning til. *Danmark* og *Norge* har i motsetning til *Finland*, *Island* og *Sverige* ikke har regler om ugyldighet hvor vitnet står testator nær. På dette punkt synes det å være naturlig med ensartede regler. Ugyldighetsregelen i de tre sistnevnte land er begrunnet i de påvirkningsmuligheter de som står testator nær måtte ha, selv om testasjonen umiddelbart skulle svekke vitnenes egne arvemuligheter.

Det kan videre være grunn til å harmonisere reglene om tilbakekall og endring av testamenter. Her er det særlig *norsk* rett som står i en særstilling ved at man ikke godtar tilbakekall som er gyldige etter *de øvrige lands* rett. Hvorvidt reglene her bør strammes noe inn – f.eks. ved krav om skriftlighet eller økede beviskrav for tilbakekall, er spørsmål som i en slik sammenheng bør vurderes.

Den *islandske* og *danske* ordning med notartestamenter bør overveies innført i de øvrige land. Vitnetestamentet bør imidlertid beholdes som alternativ – den rotfestede tradisjon her kan vanskelig brytes over tvert. Det har også sin funksjon som forløper for et notartestament, bl.a. i tilfelle hvor testators helsetilstand skaper risiko for at han dør før et notartestament kan opprettes.

3.5.2. Om testasjonshabilitet – noen andre spørsmål

Den alminnelige aldersgrense for å opprette testament er i alle de nordiske land 18 år. Men det er enkelte unntak, som er forskjellig utformet. Men unntak av *norsk* rett kan enhver som er gift, opprette testament, og har man fylt 16 år kan man i *svensk* rett råde ved testament over selververv; her er grensen i *Finland* 15 år. I *Norge* kan enhver som har fylt 16 år med Justisdepartementets samtykke testere over hele sin formue. Noen grunn til å ha slike ulikheter, er det neppe. En kombinasjon av *svensk* og *norsk* rett kan være en løsning; at det finnes en mulighet for personer til å testere over hele formuen hvor han ikke har slektsarvinger, er etter prosjektgruppens syn naturlig.

3.5.3. Gjensidige testamenter⁴²

At ektefeller testerer til fordel for hverandre, er utbredt i alle de nordiske land, selv om behovet for det er mindre i dag enn tidligere. Reglene har noe ulik form i de nordiske land, og tilbakekallsreglene er unødig innviklede. Fordelingen av eiendelene ved lengstlevendes død skaper i alle de nordiske land tvister som burde kunne unngås med en endret lovgivning.

⁴² Lødrup 9.6.

3.5.4. *Tolking av testamenter*⁴³

Reglene om tolking av testamenter er i det vesentlige de samme i alle de nordiske land. Testamentet skal tolkes subjektivt; oppgaven er å klarlegge arvelaterens ønsker.

I de enkelte lands arvelover er det i ulikt omfang oppstillet tolkingsregler; regler som skal legges til grunn hvor arvelaterens ønsker ikke kan bringes på det rene. De *danske* og *islandske* arvelovene inneholder få slike regler, mens *Finland*, *Norge* og *Sverige* lovene har funnet slike regler fordelaktige. Dette betyr imidlertid neppe at det er store ulikheter i praksis mellom de enkelte land – de lovbestemte tolkingsregler er i det vesentlige i overensstemmelse med hva men ellers ville kommet frem til.

Etter prosjektgruppens syn er det en fordel med slike tolkingsregler i loven, og at en harmonisering her ikke skulle by på problemer.

3.5.5. *Om adgangen til å gjøre en testasjon ugjenkallelig m.v.*⁴⁴

I *øst-nordisk* rett er det ikke adgang til å gjøre en testasjon ugjenkallelig – arvelateren kan heller ikke forplikte seg til ikke å opprette testament. *Vest-nordisk* rett står på det motsatte standpunkt: Arvelateren kan på avtalerettslig grunnlag, men i testaments form, binde seg til ikke å tilbakekalle eller endre en testasjon, og han kan også forplikte seg til ikke å benytte seg av testasjonsfriheten. Etter en analyse av behovet for å kunne binde seg her, er prosjektgruppen av den oppfatning at de *vest-nordiske* løsninger er de beste.

Slike disposisjoner kan være et ledd i et gjensidig bebyrdende forhold, og hvor arvelateren gjerne får en ytelse mens han ennå lever. Arvelateren får f.eks. stell og pleie, mot at den som pleier ham skal få et bestemt beløp etter hans død, som godt kan være større enn verdien av det arbeid som ytes. Men løftet kan være ensidig; det er ikke noe vilkår at arvelateren får noe tilbake. Et ikke upraktisk eksempel er at arvelateren forplikter seg til å testamentere en landbrukseiendom til en slektning, mot at denne utdanner seg til agronom, eller til ikke å opprette testament hvor denne slektningen er den eneste arveberettigede etter ham. I forbindelse med separasjon og skilsmisse kan en ugjenkallelig testasjon, f.eks. til et barn, inngå som ledd i oppgjøret. Et annet tilfelle er særkullsbarnet som samtykker i at stemor eller stefar får sitte i uskiftet bo, men på betingelse av at vedkommende forplikter seg til å testamentere bestemte ting til særkullsbarnet. Et annet eksempel kan være fellesbarnet som samtykker i uskifte med særeie (i *Norge*), på den betingelse av at gjenlevende forplikter seg til ikke å opprette testament.

⁴³ Lødrup 9.7.

⁴⁴ Lødrup 9.5.5.

3.5.6. Om livs-og dødsdisposisjoner⁴⁵

I utgangspunktet gjelder kravet om testaments form og at disposisjonen ikke må krenke pliktdelen for dødsdisposisjonene. I alle de nordiske land foreligger det en dødsdisposisjon hvor en person yter en gave som først skal oppfylles etter at han er død. Men i de *vest-nordiske* land gjelder dette også hvor gaven ytes på dødsleiet. I *Finland* og *Sverige* derimot krever ikke slik gaver testaments form, men de må respektere pliktdelen hvis gaven må anses likestillet med testament, dvs være gitt "för dödsfalls skuld". En annen ulikhet er at gaver som var forutsatt oppfylt før døden, hverken krev eller form eller respekt for pliktdelen i *vest-norden*, mens den i øst-norden hvis giveren dør før oppfyllelsen ikke kan kreves oppfylt av dødsboet. Det er også en del andre ulikheter mellom øst- og vest-norden.

Etter prosjektgruppens syn bør det være mulig med ensartede regler her. Med et visst forbehold for *finsk* retts "favoriserande gåvor", er de av mindre prinsipiell betydning. Vurderingen er må naturlig nok skje i sammenheng med pliktdelsreglenes utforming generelt.

3.5.7. Regler for å bestride testamenters gyldighet⁴⁶

I alle de nordiske land er hovedregelen at et testament – med enkelte forbehold som varierer noe mellom de nordiske land – skal legges til grunn for oppgjøret med mindre testamentets gyldighet blir bestridt. Men reglene for å kreve testamentet satt til side er meget forskjellige. I *finsk* og *svensk* rett er det særlige regler om "delgivning" og "klander" av testamenter, og som også byr på enkelte ulikheter. "Testamentstageren" skal underrette ("delge") – og her gjelder ingen frister – hver arving om at han gjør testamentet gjeldende, og her gjelder strenge regler. Hvis testamentets gyldighet skal bestrides, må den som vil gjøre dette reise "klandertalan" innen seks måneder etter at testamentet er meddelt arvingen. En del innsigelser mot testamentet faller utenfor disse reglene. – I *finsk* og *svensk* rett er det videre gitt særlige regler om "jämkning" av testamentet hvor det hevdes at livsarvingenes pliktdel er krenket – et slikt "laglottskrav" om "jämkning" må fremsettes innen seks måneder etter at testamentet er "delgitt".

I vest-norden er reglene mindre formelt bygget opp. Den som i *Norge* som vil bestride et testaments gyldighet må gjøre det innen seks måneder etter at han fikk rede på at han 1. fikk kunnskap om testamentet, 2. fikk rede på at testator var død, og 3. om grunnlaget for ugyldigheten. I *dansk* rett er det ikke gitt regler om disse spørsmålene, mens regelen i *Island* er at testamentsarvingen må gjøre sin rett gjeldende så snart som mulig.

⁴⁵ Lødrup 10.

⁴⁶ Lødrup 9.8.2.

Behovet for harmonisering av regler som dette er kanskje ikke så stort. Men når de nordiske land har så forskjellige løsninger, kan en nærmere vurdering av de materielt beste løsninger være berettiget.

3.6. Noen fellesspørsmål

3.6.1. Foreldelse – frister for å gjøre arveretten gjeldende⁴⁷

Arveretten foreldes i alle de nordiske land ti år etter arvelaterens død – dette gjelder både arv etter loven som etter testament. I Danmark er dog fristen fem år hvis boet er behandlet av bobestyrer.

Med unntak av *Norge*, er det ikke satt noen frist for å gjøre gjeldende arveretten etter et testament. Ved siden av den ovenfor nevnte foreldelsesregel kan passivitetsvirkninger ramme den som med kunnskap av sin testamentsarverett forholder seg taus. I *Norge* må derimot en som er arving etter testament gjøre sin rett gjeldende overfor skifteretten innen seks måneder etter at han fikk kunnskap om testamentet og om at arvelateren er død. En slik regel har sin parallell til de svenske regler om "bevakning" av testamenter som etter tre hundre års levetid ble opphevet for ca. 20 år siden.

I tillegg til de spørsmål om som er drøftet ovenfor 3.5.6. er det i *Finland* og *Sverige* gitt regler om frister for en ukjent arving for gjøre arveretten gjeldende, hvis ikke den skal gå tapt. Disse regler om "preskripsjon av rätt att taga arv eller testamente" har ikke paralleller i vest-norden. Reglene her er utførlige tare sikte på å innkalle vedkommende, og i den forbindelse kan det sette frister for å gjøre retten gjeldende. Prosjektgruppen har det syn at forsøk på en harmonisering vil kunne lede opp til løsninger som materielt sett er å foretrekke.

3.6.2. Tap av arveretten⁴⁸

Det er i alle de nordiske land gitt regler om tap av arveretten hvor arvingen har forvoldt arvelaterens død, eller en hvis død forøker hans arvelodd. Vilåårene for dette er noe forskjellig utformet, men en harmonisering her vil neppe skape problemer. Den vesentligste forskjell er at arveretten *øst-nordisk* rett automatisk faller bort hvis lovens krav er oppfylt, mens spørsmålet i *vest-norden* blir mer konkret vurdert av retten i det enkelte tilfelle. Men fullstendig bortfall er i praksis den overveiende hovedregel.

3.6.3. Disposisjoner over ventet arv (avkall på arv)⁴⁹

Hovedregelen i alle de nordiske land er et en arving ikke kan disponere over arv han har i vente. Det vesentlige unntak er at han kan gi avkall på den. Vilåårene for

⁴⁷ Lødrup 11.2.

⁴⁸ Lødrup 11.5.

⁴⁹ Lødrup 11.3.

et slikt avkall og virkningene av det er imidlertid noe forskjellige. Det synes ikke være noe grunn til at de ikke kan være ensartet.

3.7. Arvens overgang til arvingene (boutredning og arvskifte)⁵⁰

Fremstillingen av reglene om saksbehandlingen er kortfattet; disse reglene er lite egnet for harmonisering. Men de materielle regler som er av betydning for fordelingen av etterlatenskapene har en annen karakter. Dette gjelder spørsmål om forsørgelsesplikt for dødsboet, fordelingen av de enkelte eiendeler og verdsettelsesspørsmål i forbindelse med dette. Disse reglene er av ulik karakter, og bør vurderes i forbindelse med en harmoniseringsdrøftelse.

⁵⁰ Lødrup 12.

Hans-Gunnar Axberger

Processens offentlighet – värn eller hinder?

Processens offentlighet – värn eller hinder?

Av jur. dr Hans-Gunnar Axberger, Sverige

I referatet diskuteras de funktioner offentliga förhandlingar vid domstolar fyller. Funktionerna beskrivs som kontrollfunktionen, rättsbildningsfunktionen, legitimitetsfunktionen och demokratifunktionen. Några av dessa är kanske mindre viktiga numer, än de tidigare varit, medan andra vuxit i betydelse. Sammantagna är skälen för offentliga rättegångar idag lika starka som tidigare.

Offentlighetsregleringens bieffekter tas upp, inklusive motstående intressen. I referatet påpekas att offentlighet och öppenhet kan ges olika former – mer eller mindre aktiva – och att detta i förening med modern teknik gör att en reglering för att tillgodose offentlighetsprincipens funktioner kan se ut på skiftande sätt. Det väsentliga är att funktionerna tillgodoses, inte på vilket sätt detta sker.

Massmediernas roll behandlas, bl.a. frågan om massmedierna kan anses representera medborgarna så att insyn för massmedia kan ersätta insyn för allmänheten, en fråga som besvaras nekande.

Framställningen avslutas med en diskussion kring "TV-sända rättegångar". I referatet bejakas själva tekniken. Men den måste användas i offentlighetsprincipens tjänst och kontrolleras av lagstifaren och domstolarna. Förnuftigt använd kan såväl TV som nyare teknik tillgodose de funktioner offentlighetsregleringen är till för att fylla. Teknikens användning bör även kunna underlätta domstolars hantering av en del säkerhetsproblem, utan att offentlighetsfunktionen blir nämnvärt lidande.

Hans-Gunnar Axberger, född 1952, är jur. dr och docent i straffrätt (1985). Han har tjänstgjort vid bl.a. Stockholms tingsrätt, advokatbyrå och Brottsförebyggande rådet. Han har medverkat i ett flertal statliga utredningar, bl.a. som ledamot och huvudsekreterare i Granskningskommissionen i anledning av mordet på Olof Palme. Hans-Gunnar Axberger har publicerat rättsvetenskapliga arbeten om tryck- och yttrandefrihet, ekonomisk brottslighet, brottsprovokation, det allmänna rättsmedvetandet m.m. Han är verksam som fristående skribent och har haft flera uppdrag med anknytning till massmedia, bl.a. som Allmänhetens Pressombudsman, PO, (1990–92) samt styrelseledamot i Tidnings AB Marieberg, Dagens Nyheter och Expressen (1995–2000).

*

Ljusets välsignelse

Idén att allmänna angelägenheter skall avhandlas i öppenhet synes väl förankrad i alla rättskulturer med vilka de nordiska jämför sig. Den är också av gammalt datum. Det mesta av det vi ännu uppfattar som modernt i dessa hänseenden har tänkts och formulerats sedan sekler. Öppenhetsidéerna ingår därvid i samma idétradition som tryckfriheten. I Sverige markeras detta av att de fanns sida vid

sida i vår första, kortlivade tryckfrihetsförordning från 1766. Det grundläggande i detta idéarv är föreställningen om upplysningens välsignelse. Många samhällsliga orosmoment tar gestalt i mörkret, men löses upp i ljuset, är den vackra tanken. Om detta skaldade Johan Henric Kellgren för länge sedan i en rimmad saga:¹

I tjocka mörkret, hör han här
Den dumma hopen disputerar
Med mycken hetta (som man plär,
När man förstår sig ingendera)
Vad *Form* på Källarstugan är?
Vad *Färg* på Möblerna? med mera.

Till slut, när en och ann betänkt,
Hur uppåt väggarna befängt
Det var, att uti blindhet sänkt
Om Form och Färgor resonera
(Ty *vara blind*, och *icke se*,
Var ett och samma, tyckte de;)
Så ropte en, så ropte flera:
Ljus in!

Den som tjänat några decennier i nutidens rättsväsende kan nog i mångt och mycket hålla med om att offentlighetens ljus, låt vara bjärt och bländande ibland, har sin välsignelse. I mörkret, stavat sekretess eller konfidentialitet, tar skuggor konspirationens och misstrons gestalt. Den som bara tycker sig kunna se skiftningar i grått blir ändå ett rov för tvivel – hur känna skuggans gestalt när allt ikring är mörker? Och varför är det för övrigt mörkt, om slöjorna lyftes skulle vi ju alla kunna se – det är alltså inte meningen att vi skall kunna se? Om meningen är att vi inte skall kunna se, måste där finnas något att dölja! Alltså måste skuggan i det grå vara ett spöke – och spöken alltså finnas.

Det sägs att ljuset har ett pris. I varje fall är det stundom obehagligt att stå i. När det släcks återopas alltid det allmänna bästa. Vad mörkret skyddar – förutom aktörernas bekvämlighet – vet man dock sällan noga. Frågan är om också det allmänna bästa betalar ett pris för ljuset. Slutligen skall vi inte glömma att det finns de som lever av ljuset – kanske är det de, medierna, som är det verkliga ljusets fiender?

¹ Ljusets fiender, 1792, här citerad från Johan Henric Kellgren, Skrifter I. Poesi och Prosa, utgiven av Svenska Akademien 1995, s. 179.

Rättssäkerhet, effektivitet och kontroll

Den svenska offentlighetsprincipen motiveras numera sällan med hjälp av någon djupare analys; den och dess företräden tas för givna. Nästintill slagordsmässigt upprepas ofta tre grundtankar. Offentlighetsprincipens syften är att garantera *rättssäkerheten* samt *effektiviteten i förvaltningen* och i *folkstyret*.² Det är i och för sig i stort sett självförklarande. Men man kan beträffande det sistnämnda tillägga att det torde syfta på att offentlighetsprincipen är en nödvändig förutsättning för att medborgarna skall kunna inhämta information som grund för sina politiska ställningstaganden och inför sitt deltagande i allmänna val.

I texter av rättskällekarakter händer det att tankarna utvecklas något. Till en början är det vanligt att motivera offentlighetsintresset med att det utgör en *förutsättning för tryckfriheten*. Det är naturligtvis riktigt att tryckfrihetens utövande underlättas av en vidsträckt öppenhet i allmänna angelägenheter. Det brukar också framhållas att den svenska tryckfrihetsförordningen (TF) enligt ett av sina ändamålsstadganden skall främja fritt meningsutbyte och allmän upplysning (lokutionen finns i såväl första som andra kapitlets inledande paragraf). Som motiv för hela den genomgripande offentlighetsprincipen är detta dock inte mer än en inledande, närmast tautologisk anmärkning: offentlighet behövs för att offentlighet skall råda. Men det förtjänar självfallet att uttalas, att tillgång till information om allmänna angelägenheter är en förutsättning för att den medborgerliga yttrandefriheten skall bli fullödig och kunna fylla en för samhället nyttig funktion.

Därutöver brukar *kontrollfunktionen* lyftas fram. Därmed avses att öppenheten möjliggör insyn i allmänna angelägenheter. Genom denna insyn kan allmänheten kontrollera att statliga och kommunala verksamheter bedrivs i enlighet med lagar och demokratiskt fattade beslut samt i övrigt på ett rimligt sätt. I allmänheten inkluderas då förstås inte bara enskilda medborgare utan också massmedier, företag och organisationer, liksom den offentliga sektorn som helhet. Offentlighetsprincipen gör så att säga de allmänna verksamheterna genomskinliga, synliga för varandra och envar. Detta erbjuder kontrollmöjligheter, men är också i sig själv ett slags kontroll, eftersom den som har att sköta sina uppgifter under sådan insyn kan förmodas uppfatta sig som kontrollerad. Denna upplevelse, att så att säga arbeta inför öppen ridå, med ljuset riktat mot sig och utan klar bild av vem som sitter på parketten och iakttar, är sannolikt viktigare än den kontroll som faktiskt sker. Det är som i kriminalpolitiken: laglydnaden beror mer av den upplevda upptäcktsrisken än av den reella.

Som motivering för något så i statens liv ingripande, och för de allmänna verksamheterna på många sätt besvärande, som offentlighetsprincipen, kan dessa

² Jfr det senaste betänkandet i ämnet (Offentlighetsprincipen och den nya tekniken), där det om handlingsoffentligheten sammanfattningsvis heter att dess "klassiska" syften är att garantera rättssäkerheten, effektiviteten i förvaltningen och effektiviteten i folkstyret" (SOU 2001:3 s 51).

komprimerade tankeuttryck tyckas vara en aning torftiga. Ett skäl till detta är naturligtvis det som redan framskymtat, nämligen att det mesta i detta idégods funnits med länge och föreställs som självklarheter. Det finns en risk att sådana självklarheter stelnar och förlorar vitalitet. De blir en del av ett byråkratiskt landskap, där de fornminnesmärks som runor och annat som inte får röras; ställvis står de i vägen och ställvis blir de rundningsmärken.

En första uppgift är alltså att fundera något kring hur allt en gång var tänkt och varför. Från den utgångspunkten kan det sedan vara lämpligt att fråga sig vad som är sig likt från förr och vad som har ändrats. Mot den bakgrunden kan det bedömas hur dagens offentlighetsfrågor bör ställas och besvaras. Med tanke på debattämnet är det även lämpligt att snäva in perspektivet och koncentrera den fortsatta framställningen till den del av offentlighetsprincipen som kallas förhandlingsoffentligheten eller, mer precist, frågan om öppna rättegångar.

Ögonkast i backspegeln

Rättsliga återblickar är akademiskt äventyrliga, åtminstone om de sträcker sig långt tillbaka i tiden. Man skall, har jag erfarit, vara försiktig med att uttala sig om det förflutnas rättsliga seder och tänkesätt utifrån en läsning av de stadganden från äldre dagar som man kan finna på bibliotekens hyllor, där anakronismens dolda fallor lurar. Jag skall därför begränsa mig till några flyktiga anmärkningar.³

Man torde inte behöva gå så långt tillbaka i historien för att fråga om offentlighet, i bemärkelsen icke sekretessbelagd, skall förlora sin mening. Att härads ting en gång hölls under bar himmel och att det därför troligen saknades förutsättningar att hindra åhörarens närvaro är förvisso intressant att veta. Av betydelse för utvecklingen är också att öppenhet i en mer primitivt inrättad värld så att säga var den "naturliga utgångspunkten", liksom muntlig handläggning. Embryon till offentlighetskrav av modernt slag fanns i medeltida svenska lagar, såsom när det i Upplandslagen stadgades "Då är ting, när sexton män äro tillstädes utom domare och länsman, två från varje åtting". Kravet att minst ett visst antal män måste närvara för att giltigt ting skulle få hållas fanns i flera lagar och omnämns i en rättshistorisk skrift som inslag av "offentlig insyn".⁴

³ Allmänt om historiken, se framställningen i Edelstam, Offentlighet och sekretess i rättegång. Principen om förhandlingsoffentlighet (2001), s. 39 ff. Se även Johan Hirschfeldt, 1766 års tryckfrihetsförordning och offentlighetsprincipens utveckling, i Förvaltningsrättslig tidskrift 1998, s. 1 ff. samt översikterna i SOU 1947: 60 s. 65 ff. och SOU 1988:64 s. 19 ff.

⁴ Göran Inger, Svensk rättshistoria (1980), s. 52. Den återgivna delen ur Upplandslagen är citerad från Åke Holmbäck och Elias Wessén. Svenska landskapslagar (1979), (Upplandslagen) s. 195. Enligt Alf Bohlin lär hela offentlighetsprincipen ha sitt ursprung i menighetens aktiva deltagande i de medeltida härads- och landstingen (Bohlin, Allmänna handlingar [1988], s. 17). Möjligen är det inte hela sanningen; de idéer, som drivit fram handlingsoffentligheten har mer med insyn att göra, än med aktivt deltagande. Menighetens aktiva deltagande vid tingen synes besläktat med nämndemannaväsendet, som det så småningom utvecklades till.

Historien om offentlighet och slutenhet kan inte ta sin början förrän det finns ett val mellan det ena och det andra. Mycket tyder på att det tog lång tid innan man inom rättslivet började ha särskilt bestämda meningar kring detta. Föga förvånande tycks det ha varit frågan om att stänga åhörare ute som sysselsatte lagstiftaren först (snarare än att garantera menigheten närvarorätt).

Äldre tiders "sekretessintressen" synes ha haft moraliska utgångspunkter. Det gällde att förhindra att människor via rättegångar fick kännedom om anstötliga beteenden som t.ex. tidelag, vilket talar för att man räknade med spridningseffekter (i tidelagsfallen oönskade). Huruvida det fanns något överlagt önskemål om att i omvänt syfte ge offentlighet åt det som avhandlades verkar svårare att uttala sig om. I analogi med äldre tiders syn på straffets funktion kan det dock tänkas att föreställningar om "allmänprevention" hade viss betydelse, dvs. det bedömdes önskvärt att folk fick kännedom om vilka beteenden som bestraffades och hur. I bruket av offentliga, grymma straff låg vad man med dagens språkbruk skulle kunna kalla en aktiv offentlighetsstrategi; straffet verkställdes publikt – *androm till varnagel*.

"Offentlighetsprincipen" som generell grundsats dök liksom den grundlagsstadgade tryckfriheten upp tidigt i den svenska rättshistorien (själva termen är dock av ganska sent datum). Någon tydligt utarbetad, bakomliggande ideologi, till hjälp för den som söker svaret på vad den tidens lagstiftare ville åstadkomma med sin offentlighet och tryckfrihet tycks svår att uppvisa. Erik Fahlbeck konstaterade på sin tid att den första tryckfrihetslagstiftningen inte präglades av "någon doktrinär ideologi" och beskrev den i stället som "den legislativa frukten av det frihetstida mösspartiets strävanden att komma tillrätta med hattpartiets politik och ämbetsmannavälde".⁵ Handlingsoffentligheten var en direkt reaktion mot regimens sekretessvälde. Mot den bakgrunden betraktade han offentlighetsprincipen som ett kontrollmedel över styrelse och förvaltning, "en bestående vinning av den frihetstida maktkampen mellan hatt- och mösspartierna".⁶ Som kontrollmedel hade den även beskrivits av de tryckfrihetssakkunniga, när de lade fram förslaget till den tryckfrihetsförordning, som alltför är gällande – syftet med offentlighetsprincipen var "att möjliggöra en allmän upplysning rörande samhällsförhållanden och en fri kritik av dessa".⁷

De rättsliga källornas historia visar det som redan påtalats, nämligen att tankar om öppenhet gick hand i hand med tryckfriheten. Från artonhundratalets början finns många vittnesbörd om ett offentlighetstänkande som i likhet med den tidens tryckfrihetsideologi är närmast identiskt med de idéer som idag är förhärskande.

⁵ Erik Fahlbeck, *Tryckfrihetsrätt*, 1951, s. 5 f.

⁶ A.a., s. 63. Skildringar från perioden finns i Hilding Eeks arbete *Om tryckfriheten* (1942), s. 159 ff. Där pekas bl.a. på ett förbud från 1759, mot att publicera redogörelser för svensk eller utländsk rätt, med motiveringen att det vore "drägligare att uti sådana ämnen vara utan all kunskap än av oriktiga och falska begrepp intagen".

⁷ SOU 1947:60 s. 73.

Önskemålet att med hjälp av en öppenhet i rättssaker kontrollera rättskipningen framträder således redan vid denna tid. Detsamma gäller ambitionen att folket via öppna rättsförhandlingar skall bibringas kännedom rättens innehåll.⁸ Dessutom framskymtar tanken att allmänheten via offentliga rättegångar skall lära sig hur det faktiskt går till i domstolarna, underförstått att det går rätt och riktigt till och att rättskipningen således är att lita på.⁹

Slutligen kan den som blickar bakåt fråga sig om handlingsoffentlighetens och förhandlingsoffentlighetens rottrådar från början är desamma. Möjligen rör det sig om två plantor, som så småningom vuxit samman. De har mycket, men inte allt, gemensamt.

Rättegångsoffentlighetens ändamål

Om man utgår från dessa fragment av äldre rättspolitiskt tänkande och lägger till en del av det som enligt ovan brukar lyftas fram i dagens lagstiftningsärenden om offentlighetsprincipens syften kan följande funktioner i ett system med öppna rättegångar utläsas.

Kontrollfunktionen. Genom öppenheten kan det kontrolleras att rättegångar är rättvisa och att domstolarna dömer enligt lagarna. Det handlar alltså om *fair trial* och legalitet.

Rättsbildningsfunktionen. Via offentlig rättskipning kan allmänheten tillgodogöra sig rättens bud och taga lärdom av dem.¹⁰ Denna funktion kan sägas bestå av två delar, dels kunskapsbildning, dels normbildning. Det är dock lämpligt att hålla samman detta, eftersom det kan antas finnas ett samband mellan det ena och det andra.

Legitimitetsfunktionen. Genom att förhandlingar hålls i full öppenhet vinner rättskipningen och med den hela rättsordningen legitimitet i allmänhetens ögon.

⁸ Denna funktion är nära förknippad med det som inom straffrätten kallas moralbildning och därvid utgör en del av allmänpreventionen, dvs. tanken att lagen och dess verkställande i form av bestraffning statuerar normerande exempel och därmed påverkar samhällsmedborgarnas moral. Som vetenskapliga teorier betraktade är de spekulativa och svåra att belägga eller vederlägga; att de haft och har stor rättspolitisk betydelse är däremot ovedersägligt.

⁹ Edelstam anger t.ex. att en lagutskottsmotivering för ett förslag om förhandlingsoffentlighet år 1823 var att "aktningen för Lagarna och förtroendet till Domaremakten måste ökas och befästas" (a.a., s. 48). Samma tanke fanns i Lagkommitténs förslag till rättegångsbalk året innan. Där hette det att offentliga rättegångar skulle medföra att "aktningen och tillgivenheten för lagarna sprida sig, förtroendet för Domaremakten befästas, intresset för rätt och ordning tillväxa" (a.a., s. 43, gammalstavning här bortredigerad i bägge citaten). – Av dessa uttalanden (och kanske även av denna framställning) kan man få intrycket att svenska domstolar historiskt sett hållit öppna förhandlingar i större omfattning än som faktiskt är fallet. Överrättsprocessen var skriftlig fram till nittonhundratalets mitt och rättskipningen i förvaltningsmål är det i hög grad ännu.

¹⁰ Inom processrätten förekommer benämningen "handlingsdirigeringsfunktionen", en för detta sammanhang dock onödigt teknisk term.

Legitimitetsfunktionen kan synas sammanfalla med kontrollfunktionen, men det gör den inte. Legalitet och "juste" handläggning är nödvändiga förutsättningar för legitimitet, men inte tillräckliga – det räcker inte att rättvisa skipas, det måste också synas att så sker (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*). Föreställningen bakom en legitimitetsfunktion är att offentligheten avtäckar verkligheten. Den underförstådda tanken måste alltså vara att medborgarna utan offentlighet lätt blir offer för vanföreställningar av olika slag. Möjligen kan man i legitimitetsfunktionen också läsa in ett kontrollinslag: genom insynen tvingas domstolarna aktivt förtjäna allmänhetens förtroende.¹¹

Som så ofta när man via en teoretisk analys skall försöka bena ut syfte och mening bakom en rättslig reglering visar det sig alltså att de funktioner man tycker sig kunna urskilja är besläktade med och går i varandra. Analysen här kan förfinas, men det sker till pris av en minskad överskådlighet och en ökad överlappning. Henrik Edelstam, som arbetar med en mer detaljerad begreppsapparat, noterar just en sådan "avsevärd överlappningseffekt".¹² De mesta av det han läser ut torde rymmas under de övergripande funktioner som här tagits upp.

En ytterligare aspekt, som han själv räknar "till de mest centrala av offentlighetsprincipens olika funktioner" bör dock lyftas fram.¹³ Han kallar den på goda grunder *demokratifunktionen*. Som jag tolkar framställningen avses med detta offentlighetens betydelse som förutsättning för den allmänna debatten och den påverkan denna i sin tur har på den demokratiska beslutsprocessen. Så beskriven är detta en ny funktion i förhållande till hur samhället fungerade i de tidevarv då offentlighetsprincipen föddes. Framför allt kan det sägas att dagens demokratiska beslutsprocesser närmast konstitutionellt förutsätter en mycket omfattande öppenhet i allmänna angelägenheter. I praktiken är det också denna funktion som avses när det i modernare lagförarbeten talas om offentlighetsprincipens betydelse för effektiviteten i folkstyret (jfr ovan); man kunde lika gärna säga demokratins effektivitet.

Demokratifunktionen är i alla händelser mycket viktig även när det gäller öppenheten inom rättslivet. Som den demokratiska rättsordningen fungerar är det ju inte domstolarnas sak att korrigera en till sitt innehåll bristfällig lag. Det är den politiske lagstiftarens uppgift att ändra lagar som riktigt tillämpade leder till önskat resultat. I detta statsmakternas samspel är offentlighet och opinionsbildning kring enskilda rättssaker nödvändiga inslag.

Denna funktion sträcker sig väsentligt längre än till de rättsfrågor som behand-

¹¹ Jfr ett annat av Edelstams citat, ännu inte antikt, som de tidigare, men dock med god patina, från processkommissionens betänkande från år 1926 (SOU 1926:32 s. 23): "För den plikttrogne och samvetsgranne domaren är offentligheten en förmån, då den bereder honom tillfälle visa, hur han fyller sitt maktpåliggande värv." (A.a., s. 453)

¹² A.a., s. 94

¹³ A.a., s. 109.

las i ett visst mål. Per Olof Ekelöf beskrev med visst engagemang den mer vittgående betydelse rättegångsoffentligheten har i "en progressiv demokrati".¹⁴

"Emellertid kan även ett skäl av helt annan art anföras för att principen om rättskipningens offentlighet fortfarande bör upprätthållas. För en progressiv demokrati är det av fundamental betydelse att allmänhetens hålls underkunnig om förhållandena i samhället. Dessa kan alltid förbättras, men varje reform måste omfattas av gillande av breda befolkningslager eller åtminstone av en majoritet i det folkvalda parlamentet. Detta system förutsätter att eventuella missförhållanden blir allmänt uppmärksammade och ställda under offentlig debatt, vilket i sin tur kräver en upplysningstjänst av enorm omfattning. Medborgarnas värdering av de bestående samhällsförhållandena måste grundas på fakta och inte på lösa rykten, vilkas riktighet ej kan kontrolleras. Att säkerställa detta är en av tidningspressens – tredje statsmaktens – viktigaste uppgifter.

I Tryckfrihetsförordningen sägs tryckfriheten skola 'säkerställa ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning' samt att detta syftemål även skall främjas genom fri tillgång till allmänna handlingar. Jag skulle vilja ifrågasätta om det icke främst är ur denna synvinkel man har att värdera kriminal- och rättegångsreportagen. Dessa må ibland vara rena sensationsjournalistiken, men de fäster dock allmänhetens uppmärksamhet vid förhållanden som kan behöva rättas till genom ny lagstiftning eller på annat sätt. Och härvid är det mera sällan fråga om brister i polis-, åklagare-, och domstolsorganisationen, som exemplifierats genom handläggningen av det föreliggande målet, utan långt oftare om sådana *som framgår av vad som avhandlats inför rätta*. Titt och tätt blottas genom utredningen inte bara i brottmål utan även i tvistemål förhållanden, som är värda att ställas under debatt och bli föremål för reformer."

Ändamålen omprövade

De tre förstnämnda funktionerna/grundtankarna bakom regeln att rättegångar bör vara öppna för allmänheten har alltså funnits med mer eller mindre från början, dvs. från den tid då det blir meningsfullt att skilja mellan offentligt och sekretessbelagt på det sätt vi idag gör. De finns också kvar i dagens rättsliga "diskurs". Demokratifunktionen hör förstås demokratin till och i den meningen har den inte funnits med lika länge. Men bland föreställningarna om fria tankar, utbyte av upplysningar och rätten att få uttala sin mening finns naturligtvis även denna funktion med som mer än ett embryo; tryckfrihetens idé förebådar demokratin.

Kan man då säga att något hänt under resans gång, som bör föranleda en omprövning av dessa tankars bärkraft? Rättslivet har naturligtvis både utvecklats och moderniserats. Men de grundläggande sociala mekanismer, som styr rätten och domstolarnas roll i det mänskliga samhället, torde – trots att så mycket i de yttre förhållandena stöpts om – ändå vara ganska oförändrade.

¹⁴ Ekelöf, Rättegång I, sjätte upplagan (1980), s. 122 f (kursiveringen från originalet).

Kontroll, kunskapsspridning och legitimitet är grundläggande också i dagens rättsliv. Däremot kan det nog hävdas att dagens rättsväsende, med dess aktörers höga utbildningsnivå och dess sofistikerade flerstansprövning i en demokratisk, konstitutionell kontext tillgodoser sina *kontrollbehov* på andra sätt än genom att låta medborgarna utöva insyn.¹⁵ Det behöver inte betyda att insynsbehovet försvinner, men väl att dess relativa betydelse som kontrollfunktion minskar. Insynen bidrar alltså fortfarande i betydande grad till kontroll, men den är långtifrån det viktigaste kontrollinstrumentet. På samma sätt kan det hävdas att information idag sprids på annat sätt än på artonhundratalet och att behovet av ”direkt” offentlighet i *rättsbildningens* tjänst därmed inte längre är detsamma. Det är nog ingen nödvändig förutsättning för spridande av kunskap om hur domstolar dömer och hur det går till när de håller rättegång, att envar på plats skall kunna bilda sig en uppfattning om detta. Att rättegångsoffentligheten likväl bidrar till en sådan funktion är förstås uppenbart.

Och om vi med *demokratifunktionen* menar tillgången till information om hur lagarna tillämpas i enskilda fall som underlag för ifrågasättande debatt och reformer av skilda slag kan inte heller detta sägas förutsätta att rättegångar hålls offentligt. Offentlighet kan naturligtvis bidra till en sådan funktion och kanske vitalisera debatten, men någon oundgänglig förutsättning är det inte fråga om, givet att handlingsoffentligheten är garanterad. Den vidare funktion, som Ekelöf åsyftade (jfr citatet ovan), har dock själva förhandlingsoffentligheten som grundläggande förutsättning.

Det skulle betyda att kontroll- och rättsbildningsfunktionerna inte – och delvis inte heller demokratifunktionen – kräver öppna rättssalar; dessa behov kan tillgodoses på andra sätt.

En alldeles för sällan uppmärksammas sida av offentlighetsregleringen är de *bieffekter*, numera i form av tämligen fasta sedvänjor, som den givit upphov till.

¹⁵ Ekelöf ställde sig ganska kallsinnig till ”kontrollfunktionen”. Offentlighetsprincipen saknade inte varje värde från kontrollsynpunkt, ansåg han, men detta var knappast den väsentligaste fördelen med en offentlig rättskipning. Han jämförde den med den kontroll som lekmannainflytandet i domstolarna utgör (ett inflytande som han misstrodde, men godtog som demokratiskt inslag). Endast grova misstag av det slag domstolar i äldre tid kunde göra sig skyldiga till kan upptäckas den vägen. ”I våra dagar ligger det till på annat sätt. De fel som förekommer inom domstolsväsendet kan nästan undantagslöst upptäckas endast av den juridiskt skolade. Att parterna biträds av advokater har därför långt större betydelse ur kontrollsynpunkt än att allmänheten äger tillträde.” Det hör till Ekelöfs resonerande stil att lämna läsaren i viss tvekan inför budskapets tydlighet; han anför i sammanhanget även att allmänhetens kontroll över domstolarnas verksamhet genom ”revolutionerande förändringar på nyhetsförmedlingens område” blivit effektivare: ”Gåve en domares handläggning av en huvudförhandling anledning till grava anmärkningar, stode dessa att läsa i tidningspressen dagen därpå.” (Ekelöf, a.a., s. 121). Skall man försöka sig på en sammanfattning av Ekelöfs uppfattning om offentlighet i rättskipningen, synes det lämpligt att anknyta just till hans syn på nämndemännens funktion, som han ansåg överskattad och tvivelaktig men demokratiskt nödvändig. (Ekelöfs uppfattning finns refererad i Axberger, *Lekmannainflytandet i domstolarna*, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1993, s 212 ff.)

Svensk förvaltning idag har inslag av informell muntlighet, som inte kan förstås annat än som en andra sida av krav på diarieföring och tillgänglighållande.

Envar som sysslat med i en eller annan mening känsliga ärenden inom statsförvaltningen vet att man skall passa sig för att sätta en del saker på pränt, ibland för att de är viktiga, ibland för att de är oviktiga, men alltid för att de riskerar att missbrukas och försvåra tjänstens fullgörande. Det kan gå så långt att den som t.ex. kommunicerar i skrift i stället för via telefon anses illojal – eller lite korkad. Vi borde i större grad och på fullaste allvar ställa frågan om inte offentlighetsregleringen ibland medför att saker som borde dokumenteras för legitim kontroll och andra framtida behov (bl.a. historisk forskning) förblir odokumenterade på grund av en befogad oro för att informationen i ett kortare tidsperspektiv skall missbrukas. Det finns en punkt på skalan där större grad av dokumentations- och arkiveringsskyldighet, med de möjligheter till revision i efterhand det möjliggör, är viktigare än omedelbar offentlighet. Nota bene: det är ingen principiell omprövning som här efterlyses, bara ett mer levande och eftertänksamt förhållningssätt till det i sammanhanget rationella. De kloka tankar som fött en bra princip faller i glömska om den aldrig får sättas i fråga. I stället uppstår då det inledningsvis skisserade stelnade byråkratiska landskapet, med dess mer eller mindre fundamentalistiskt vårdade fornminnen.

Inte heller rättegångsoffentlighet är alla gånger det allena saliggörande. Det har redan sagts att flera av de behov offentligheten skall tillgodose kan uppfyllas på andra sätt. Det är mer än tänkvärt att en av de privata skiljeförfarandenas oftast framhållna fördelar är att de inte är offentliga. Det är som bekant en rätt betydande del av den civilrättsliga tvistelösningen i Sverige som hanteras på detta sätt – när parterna själva får välja. Att kraven på legalitet och korrekta procedurer skulle vara lägre ställda i dessa sammanhang torde ingen hävda. Däremot är det naturligtvis en förlust för rättsbildningen att avgörandena i så ringa grad blir allmänt tillgängliga.

De intressen som direkt står emot förhandlingsoffentligheten i domstolar har annars i huvudsak med två väl kända aspekter att göra: utredningsintresse och personvärn.

Huruvida *utredningsintresset* – att domstolen får ett så bra underlag för sitt avgörande som möjligt – gagnas eller skadas av förhandlingsoffentligheten är sammantaget svårt att avgöra. En ibland diskuterad följd av offentligheten är att den skulle bidra till att parter och vittnen håller sig till sanningen.¹⁶ Samtidigt diskuteras den motsatta möjligheten: offentligheten gör framträdande personer osäkra eller rädda. Vetskapen om rättsprocessers långtgående offentlighet torde också kunna avhålla människor från att överhuvudtaget ge sig till känna i sammanhang där en rättsprocess kan ligga i händelseutvecklingens förlängning.

¹⁶ Ekelöf, a.a., s. 121 och Edelstam, a.a., s 104 ff.

Sådana faktorer är svårbedömda och måste balanseras mot att offentligheten även leder till inflöde av information. Att utredningsintresset kan motivera undantag från offentligheten är under alla omständigheter klart.

Sådant som har med *personvärnet* att göra är lättare att bedöma. Offentligheten i en rättegång utgör nog för parter och vittnen nästan alltid sten på en redan tung börda. I viss utsträckning får människor därvid så att säga skylla sig själva. Men i de flesta fall är det ett bekymmer att personer, som rättsväsendet är i behov av för de upplysningar de kan lämna, genom rättegångens offentlighet utsätts för vad de upplever som integritetskränkningar. Den avvägning som rättsordningen på denna punkt sedan länge uttrycker, är att detta är ett pris som den enskilde måste betala; offentligheten är alltför värdefull för att kunna sättas åt sidan till förmån för den enskildes upplevelse av obehag. Man bör dock vara vaksam på att det i slutändan är utredningsintresset som äventyras.¹⁷ Denna offentlighetens avigsida kan variera beroende på offentlighetens form (se om detta strax nedan). Det är t.ex. uppenbart att riskerna för personvärnsskador och därmed även utredningsskador skulle kunna öka vid "TV-sända" rättegångar.

Det finns slutligen skäl att diskutera om processens offentlighet kan vara kontraproduktiv i förhållande till de funktioner den är tänkt att fylla. Rättsbildningsfunktionen förutsätter, förutom att rättskipningen fungerar som den skall, att den massmediala rapporteringen uppfyller vissa krav. Botemedlet om den inte gör det är i och för sig inte att stänga rättssalarna, vilket antagligen bara skulle förvärra saken. Från legitimitetssynpunkt kan rättsrapportering inte sällan vara kontraproduktiv, dvs. skapa misstro mot rättsväsendet, genom att rapporteringen är felaktig eller osaklig. Inte heller här är botemedlet dock minskad offentlighet. Detsamma gäller demokratifunktionen. Det kan naturligtvis vara så att förändringskrav drivs fram utifrån missuppfattningar om vad som faktiskt förekommit i en rättsak. Men det är snarare ett argument för mer information än för slutenhet.

Passiv och aktiv offentlighet

Offentligheten är en princip, ett ställningstagande för öppenheten som utgångspunkt och med slutenhet som undantaget. Detta kan tyckas som ett antingen-eller. Men offentlighet kan förekomma i många nyanser.

Offentligheten kan från avsändarperspektivet vara passiv eller aktiv. Den svenska offentlighetsprincipen är helt och hållet passiv. Den innebär att handlingar hålls tillgängliga för den som frågar och att förhandlingar hålls öppna för

¹⁷ Det för svensk del mest illustrativa exemplet på en konflikt av detta slag är förhören med målsäganden Lisbeth Palme, under utredningen och rättegångarna om mordet på hennes make. Målsägandens önskan att undvika offentlighet fick där kännbara konsekvenser för utredningsresultatet, se SOU 1999:88 (Brottsutredningen efter mordet på statsminister Olof Palme), s. 719 ff och 761 ff.

den som önskar tillträde.¹⁸ Själva principen innefattar inget moment av aktiv spridning. Tvärtom framställs passiviteten ofta som dygd, det gäller t.ex. när domstolar låter bli att utfärda pressmeddelanden (annat än helt undantagsvis då detta är nödvändigt av praktiska skäl).

En aktiv öppenhet innebär att domstolar och myndigheter inte bara håller sina handlingar tillgängliga och förhandlingssalar öppna utan också agerar för att medborgarna kontinuerligt får kunskap om vad som sker och hur verksamheterna fungerar. Det är uppenbart att en sådan "aktiv öppenhet" kan komma i konflikt med de intressen som bär upp själva öppenhetskravet. Den kan nämligen lätt förvandlas till eller i vart fall förväxlas med informationsstyrning, där syftet med aktiviteten är att ge en viss bild av verksamheten, dvs. det hela får drag av "marknadsföring".

Den passiva öppenheten är från den sistnämnda synpunkten att föredra. Men hur man skall ställa sig till passiv respektive aktiv offentlighet är också beroende av de ändamål man vill att offentligheten skall tillgodose. Det måste med andra ord bedömas utifrån de funktioner som tidigare diskuterats.

Mottagarens – eller medborgarens – aktiva utrymme i offentlighetsregleringen kan också skifta. Den mest passiva formen av förhandlingsoffentlighet råder när envar får närvara, men ingen i efterhand avrapportera vad som förevarit. Det förekommer, inte i Sverige men i andra länder, att offentligheten i domstolar inskränks på detta sätt, dvs. åhörarna får vara kvar men massmedia åläggs referatförbud. Det kan vara totalt eller gälla i delar.

De närvarandes handlingsfrihet kan inskränkas på flera sätt. I Sverige råder t.ex. fotograferingsförbud i rättssalen, vilket ju naturligtvis är en inskränkning i öppenheten, en inskränkning som medför att bilder från rättssalen, stillbilder eller rörliga, inte kan återges (ett slags referatförbud, faktiskt). På liknande sätt kan rätten att göra och återge ljudupptagningar begränsas. I svensk rätt föreligger förslag om att införa viss videoupptagning av förhör.¹⁹ Sådan upptagning kan genom handlingsoffentligheten tänkas bli offentlig i viss utsträckning. Det innebär att bilder från rättssalen kan komma att återges i efterhand.

Man kan alltså gå från minimalistisk öppenhet – rätt för envar att närvara, men

¹⁸ Den mest passiva offentligheten kan sägas vara den där enbart "passiv" handlingsoffentlighet råder. Den kan i sin tur vara ganska omfattande, beroende på hur mycket som dokumenteras. Förhandlingsoffentlighet är i hög grad en definitionsfråga – vad är en förhandling? De rättegångar vi betraktar som offentliga har ju regelmässigt slutna inslag, framför allt överläggning till dom. En verksamhet utan förhandlingsoffentlighet kan i princip vara mer offentlig än en med sådan öppenhet. Förhör under förundersökning är inte offentliga men förhørsprotokollet, som senare kan bli offentligt, kan nämligen exakt återge vad som förevarit – kanske finns det till och med på band – och därvid innebära en mer tjänlig offentlighet än ett icke dokumenterat förhör i en öppen domstolsförhandling. På samma sätt kan ett förvaltningsärende uppfylla högt ställda krav på offentlighet utan att det överhuvudtaget hållits någon offentlig förhandling. Det kan sägas gälla handläggningen i de svenska förvaltningsdomstolarna.

¹⁹ Ds 2001:36. Genomförs förslaget innebär det att det s.k. fotoförbudet (RB 5 kap. 9 §) genombryts.

för ingen att i efterhand yppa vad som förevarit samt en domstol som icke lägger två strån kors för att information om dess verksamhet skall nå ut – till maximalistisk – rätt för envar att närvara och dokumentera det som sker samt en domstol som aktivt informerar om förhandlingar m.m. och dessutom främjar spridning via media, t.ex. genom att lägga ut material på internet eller underlätta sändning av ljud och bild från rättsalen. Det finns sammanfattningsvis en rätt betydande mängd parametrar att överväga då man diskuterar inte bara om öppenhet skall råda i rättslivet utan också *vilka former av öppenhet* som är lämpliga och ändamålsenliga, liksom *hur domstolarna själva skall förhålla sig* till den information som sprids om verksamheten. Det torde nämligen vid en jämförelse med de offentlighetens funktioner, som redan berörts, vara tydligt att de implicerar ett förhållningssätt inte bara till principfrågan utan också till dessa olika parametrar.

Offentligheten är en funktion, ingen rättighet

I vems intresse upprätthålls offentlighetsprincipen i allmänhet och domstols-offentligheten i synnerhet? Det ligger nära till hands att jämföra med de medborgarliga fri- och rättigheterna, t.ex. yttrandefriheten. Dess idéhistoria har alltså varit offentlighetstankens följeslagare, men här föreligger en i sammanhanget väsentlig skillnad.

Yttrandefriheten har en rättighetssida och en funktionssida. Rättighetssidan är envars andliga frihet att hysa åsikter, tankar m.m. och göra dem offentliga. Denna frihet kan härledas och motiveras på skilda sätt, men den har ingen funktion, utan hör till varje människas rätt till ett eget liv och en egen värdighet. Funktionssidan är det konstitutionella behovet av att yttrandefrihet råder i samhället. Funktionen kan härledas och motiveras på lite olika sätt. I mångt och mycket sammanfaller det med de funktioner som här ovan diskuterats med offentlighetsprincipen som utgångspunkt. Yttrandefrihetens funktion är dock vidare, vilket hänger samman med att den också är en individuell rättighet; rättighet och funktion hör ihop, som två sidor av samma mynt.

Offentlighetsprincipen är däremot ingen rättighet i denna mening; den tillhör överhuvudtaget inte de mänskliga rättigheterna. Den är så gott som helt funktionell.²⁰ Offentlighetsprincipen är således inte "rättighetsstyrd". Den är ett instrument för vissa ändamål (bl.a. för skydd och upprätthållande av mänskliga rättigheter). Vad särskilt gäller domstolsoffentligheten upprätthålls den dels i rättskipningens eget intresse, dels i dess huvudmans, statens, intresse och dels slutligen i hela det konstitutionella samhällssystemets intresse. Men inte heller den upprätthålls som en mänsklig rättighet.

²⁰ Man kan hävda att envar medborgare/skattebetalare i denna sin egenskap har en rätt till insyn i de gemensamma angelägenheterna och att offentligheten i denna mening är en rättighet. Någon med yttrandefriheten jämförbar andlig frihet är det dock inte fråga om.

Legitimitetsfunktionen

Den uppmärksamme läsaren noterade att framställningen släppte ämnet om rättegångsoffentlighetens funktioner med ett konstaterande att kontroll- och rättsbildningsfunktionerna, liksom till viss del demokratifunktionen, inte nödvändigtvis behöver tillgodoses genom rättegångsoffentlighet, det kan ske på andra sätt. Däremot sades inget om legitimitetsfunktionen och resterande delar av demokratifunktionen.

Det är dags att återvända till detta. Legitimitetsfunktionen är den avgörande för rättegångsoffentlighetens betydelse. Här har inget förändrats av tidens gång, annat än att behovet av legitimitet – förväntningarna på legitimitet – har ökat med samhällets demokratisering. Med detta har följt en minskad auktoritetstro, vilket i grunden är sunt. Men när auktoriteten inte längre självklart åtföljer maktens befattningar ställs nya krav på befattningshavarna, som måste visa det som tidigare kanske mer kunde tas för givet. Öppenhet i makt- och tvångsutövning och därmed rättskipningen är idag ett så självklart inslag att slutenhet i sig innebär legitimitetsrisker. Kommer sedan till detta direkta missförhållanden eller misstankar om missförhållanden uppstår snabbt legitimitetsförluster som ibland blir så allvarliga att de måste hanteras extraordinärt, t.ex. genom särskilda utredningar av Justitiekanslern eller av riksdag och regering tillkallade kommissioner.

Vad slags rättslig offentlighet är det som legitimiteten kräver? I första hand den enklaste formen dvs. "passiv" öppenhet. Vetskapen om möjligheten för envar att närvara är viktigare än hur många som utnyttjar möjligheten. Offentlighet fyller med andra ord en viktig funktion även om rättssalarnas åhörarplatser mestadels står tomma. Det innebär att den rättegångsoffentlighet som idag råder uppfyller de grundläggande kraven. Det sammanhänger också med att öppenheten för medborgarna tillika är en öppenhet för massmedierna. Som offentligheten idag fungerar kan den i praktiken sägas innebära att massmedierna utövar medborgarnas insyns rätt.

Därför bör man dock inte dra slutsatsen, att medborgarnas insyn kan ersättas av massmediernas, vilket något skall beröras i följande utveckling.

Massmedierna som ställföreträdande allmänhet?

I den typ av rättsärenden där offentlighetsbehovet typiskt sett är som störst – dvs. de rättegångar som tilldrar sig omfattande allmänt intresse – har det alltmer kommit att fungera så, att massmedierna tränger ut allmänheten. Domstolar förfar i dessa i och för sig fåtaliga fall så, att man i samråd med massmediernas företrädare reserverar större delen av åhörarplatserna för journalister, som sålunda tilldelas bestämda platser. Ett mer eller mindre symboliskt antal platser lämnas till den köande allmänheten. Den till förstone naturliga tanken bakom detta är att massmedierna "representerar" allmänheten och genom sin rapportering tillgodo-

ser offentlighetsintresset. Det är dock en flyktig tanke, som inte håller för en närmare granskning.

För det första förutsätter den på ett allmänt plan något som inte föreligger, nämligen ett slags uppdelning av de presumtiva åhörarna, där de som på ett eller annat sätt är knutna till ett massmedium förutsätts vara kompetenta att utöva sitt åhörarskap för allmänhetens räkning. Men från offentlighetssynpunkt kan det inte graderas om den ena åhöraren fyller en viktigare funktion än den andre. Vad är det t.ex. som säger att en 23-årig allmänreporter bör ha tillträde till rättssalen före professor Per Olof Ekelöf när målet mot den man som åtalats för mordet på statsminister Olof Palme skall avhandlas?²¹ Offentligheten har sitt värde just i att den *inte* kan delas upp på detta vis, att göra det vore lika främmande som att gradera väljarnas röster efter utbildning, förmögenhet eller något annat irrelevant kriterium.

För det andra förutsätter den en legaldefinition av journalistyrket, något som sällan torde förekomma i demokratiska stater. *The freedom of the Press is the freedom of everybody* är en fundamental utgångspunkt i all pressfrihetsdoktrin. Att avgränsa tryckfriheten till journalister är just en sådan begränsning som aldrig kan accepteras om friheten skall anses föreligga. I Sverige finns inte tillstymmelse till reglering, som kan hjälpa en rättstillämpande myndighet att med rättslig konkretion avgöra vem som är journalist och vem som inte är det. Sloge vi in på den vägen skulle det vara naturligt att även i övrigt begränsa offentligheten på det sättet – varför hålla diariet öppet för den anonyme herr Vemsomhelst när hans rättigheter kan utövas av en legitimerad journalist?

Problemet med för många åhörare kan bara lösas som ett rent ordningsproblem och då enligt kriterier som inte gör skillnad mellan den ene och den andre. I praktiken torde det inte finnas någon annan sorteringsmöjlighet än den urgamla principen om att förste man till kvarn får först mala. Under normala omständigheter borde detta också kunna fungera. I modern tid synes emellertid framför allt antalet medierepresentanter ha ökat.²² Till detta kommer säkerhetsproblem, som ställer krav på såväl förhandlingssal som bevakning med inpasseringskontroll m.m.

I målet mot den man som 1988 åtalades för mordet på Olof Palme tillämpade

²¹ Per Olof Ekelöf publicerade några mycket intressanta artiklar i *Upsala Nya Tidning* i anledning av Stockholms tingsrätts förhör med Lisbeth Palme; på något sätt lyckades han uppenbarligen ta sig in i rättssalen (jag betvivlar att han tillhörde de köande och journalist var han ju inte). I det nedan omtalade JO-ärendet var en av de personer ur allmänheten, som inte hade beträffs tillträde till rättegången och anmält saken till JO, författaren Pertti Poutiainen, som sedermera medverkade till en både ambitiös och värdefull granskning av hela brottsutredningen efter statsministermordet (Poutiainen & Poutiainen, Inuti labyrinten. Om mordet på Olof Palme, 1995). Från offentlighets-synpunkt är det omöjligt att väga värdet av att en "privatperson" som Pertti Poutiainen bereds tillträde till en förhandling mot värdet av att en nyhetsreporter gör det.

²² Jag har inget empiriskt underlag för detta, men hypotesen är alltså att det är ett ökat antal medierepresentanter som kommit att tränga ut en till omfånget i vart fall inte växande intresserad allmänhet.

domstolarna en långtgående kvotering; cirka nittio procent av åhörarplatserna i rättssalen tilldelades massmedierna (sex personer bereddes tillträde till rättssalen i tingsrätten). Saken kom under JO:s granskning, varvid JO i princip godtog hur domstolarna hanterat problemet.²³ Omständigheterna kring detta mål var unika och domstolarna ställdes inför ett flertal svårigheter. Mot den bakgrunden var JO:s förståelse attityd rimlig. Principen är likväl felaktig, av de skäl som redan anförts. En kvotering mellan "journalister" och "allmänhet" där de förra prioriteras på de senares bekostnad bör inte läggas till grund för en rättslig praxis.

Offentlighet åt alla

Hur skall då problemet lösas, i ett de lege ferenda-perspektiv? Det måste betraktas som ett nytt problem, som kräver nya överväganden, dvs. det är inte självklart att det kan lösas inom de gamla ramarna.

De gamla ramarna innebar till en början att det tillhörde de absoluta sällsyntheterna att åhörarplatserna inte räckte till. Behovet av fördelning av platser mellan olika massmedier torde vara en relativt ny företeelse. Det betyder att de utrymmen och resurser i övrigt som fanns i domstolarna räckte till, även om det kanske kunde bli trångt och till och med fullt ibland. Idag kan man regelmässigt redan på förhand i vissa mål säga att det kommer att bli "fullsatt" och att såväl en platsfördelning på förhand som säkerhetsarrangemang är nödvändiga.

Samtidigt finns det moderna möjligheter att påverka ramarna för domstolarnas arrangemang. Detta utnyttjade redan Stockholms tingsrätt i målet om statsministermordet, där förhandlingen "direktsändes" för visning i en intilliggande lokal, som rymde ungefär lika många platser som förhandlingssalen (samtliga dock tilldelade medieföreträdare).²⁴ Arrangemang av det slaget bör föregå "kvotering av offentligheten". Med hjälp av modern teknik borde det vara relativt enkelt för åtminstone större domstolar att organisera bort detta problem (och mindre domstolar kan, som de redan idag ibland gör av säkerhetsskäl, hysa in sig hos de större vid behov). Om "direktsändning" i bild av det slag Stockholms tingsrätt använde anses alltför resurskrävande bör ljudöverföring övervägas. Det bästa bör i detta sammanhang inte vara det godas fiende och som rättegångsoffentlighet torde ljudöverföring kunna fungera utmärkt. Ljudet kan för övrigt distribueras via internet, som i princip också kan användas för bildöverföring.

Dessa "nya ramar", dvs de möjligheter modern teknik erbjuder, har inte betydelse bara för förverkligandet av offentlighetssynpunkter. De kan också erbjuda verktyg för en anpassning av offentlighetsfunktionen till de nackdelar öppenheten innebär. Som redan framgått finns det flera nyanser av offentlighet. Detta kan användas för att t.ex. skydda personers integritet, så att bildöverföring ibland inte

²³ JO 1992/93 s. 39 ff.

²⁴ Stora delar av rättegången sändes även i radio.

medges eller begränsas (under ett förhör visas t.ex. inte den hörde utan bilden visar rättsens ledamöter medan ljudet upptar utsagan). Även avvägningar i sekretesskyddet i övrigt kan nyanseras med hjälp av modern teknik. Möjligheterna här är mycket stora; i princip vore det tänkbart att helt ersätta förhandlingsoffentligheten med en ”medierad” offentlighet – medierad i rättskipningens regi, nota bene, inte överlämnad till massmedial bearbetning.

De möjligheter att erbjuda allmänheten tillgång till det som sker vid rättegångar, som nyare teknik tillhandahåller, är också av intresse från säkerhetssynpunkt. Ett tillgodoseende av offentlighetsprincipen genom en på ett eller annat sätt medierad tillgänglighet kan bidra till att underlätta säkerhetsarrangemang till förmån för vittnen, parter och domstolsledamöter. Därmed skulle man kunna undvika att det våld och hot om våld som förekommer kring rättegångar leder till onödigt långtgående begränsningar av offentlighetsintresset.

Tilläggs kan, att det inte bara är tekniken som är ny, med den har även nya regleringar kommit till. Lagstiftning kring personvärnsfrågor, som personuppgiftslagen (”PUL”) måste beaktas. I ett de lege ferenda-perspektiv får det dock förutsättas att svårigheter av det slaget kan bemästras.

Diskussionen om TV-sända rättegångar

Denna korta framställning spänner över ett antal komplicerade ämnen, vars konturer knappt ens har kunnat skisseras. Frågan om rättsprocessens offentlighet är en fundamental samhällsfråga. Dess besvarande förutsätter en uppfattning om rättslivets mening och dess roll i samhället. I det moderna samhället har offentlighetsaspekter alltmer blivit detsamma som massmediala aspekter. Man kommer då in på massmediernas roll och deras sätt att fungera, vilket är minst lika fundamentalt. Kombinerar man sedan dessa ting har man inte bara ett avhandlingsämne, utan ett helt forskningsprojekt.

I denna debatt kan det inte bli tal om att på det sättet vidga perspektiven till det näst intill ogripbara. I stället är det angeläget att avgränsa och konkretisera. Ett sätt att göra det är att avsluta översikten med en specifik fråga, som så att säga redan är på samtidens läppar och som många jurister nog spontant förknippar med debattrubriken, nämligen den om rättegångar bör kunna återges i TV.

TV-sända rättegångar är inte *science fiction*. Det förekommer framför allt i USA, dock icke alls genomgående och på något för landet som helhet konsekvent sätt. Grundprincipen är att enskilda domstolar i vissa stater på begäran kan medge att en TV-station får sända från en rättegång. Domstolen ställer därvid upp villkor av skilda slag för hur sändningen får gå till, hur stationens personal får bete sig i rättssalen osv.²⁵ TV-sändning från rättegångar förekommer även i Europa, t.ex. i

²⁵ En översikt över hur detta fungerar i USA finns i Edelstam, a.a., s. 472 ff

Italien. Bland kända TV-rättegångar kan Haag-tribunalens förhandlingar i mål mot åtalade krigsförbrytare som t.ex. Slobodan Milosevic nämnas. Det är av visst intresse att denna domstol, som inrättats i vår samtid, till synes naturligt valt att använda TV-mediet för att tillgodose sitt offentlighetsintresse.

I Sverige är ämnet snudd på tabu-belagt. De diskussioner i ämnet som förekommer kan vara näst intill vulgära i sin avståndstagande ytlighet. ("Vi skall väl inte ha det som i *Amerika*", "Vi skall väl ändå inte *släppa in* TV i rättsalen", etc.) Av någon anledning tycks en del av den svenska juristkåren förutsätta att utsändning av rörliga bilder från en rättegång måste vara detsamma som att förvandla rättsalen till en sämre kvällstidningsredaktion och ersätta avkunnade domar med löpsedlar. Om detta vore hotbilden, skulle det vara lätt att instämma i avståndstagandet.

Utförlig argumentation för användandet av ny teknik i offentlighetens intresse framförs dock alltmer enfatiskt. Hovrättslagmannen och förre statssekreteraren i Justitiedepartementet Krister Thelin argumenterar i framställningen *Sverige som rättsstat* (2001) ingående för ett användande av TV och ny teknik i rättsväsendet:²⁶

"Offentligheten bör också i svenska domstolar vidgas genom att den elektroniska tekniken används fullt ut. Ljud- och bildåtergivning kan nu göras på ett sätt som inte stör vare sig ordningen i rättsalen eller processen i övrigt. Var och en skall i framtiden själv kunna svara för den demokratiska medborgarkontrollen utan att lita enbart till mediernas referat. Med ökad direktinsyn blir mediernas roll inte överflödigt, men kan inriktas mer på förklaring än referat."

Henrik Edelstams omfattande arbete *Offentlighet och sekretess i rättegång* (2001) kan läsas som en lång, lärorik argumentation för varför man åtminstone bör överväga TV-sända rättegångar. Bokens sista hundra sidor handlar mer eller mindre uttryckligt om detta och dess avslutning lyder:²⁷

"Min tanke är således att effekterna av den ökning av offentligheten som användning av TV innebär, skulle kunna bli övervägande positiva. Bl.a. skulle den direkta insynen i rättskipningen kunna ge upphov till att allmänheten fick bättre kunskaper om och ökat intresse av rättskipningen, något som i sin tur utgör en förutsättning för en livaktig debatt om detta centrala samhällsområde. Förutsatt att allmänheten uppfattar rättskipningen som rättvis och fungerande, bör man också kunna uppnå ett ökat förtroende för denna. Möjligheten att sända huvudförhandlingar i TV skulle också kunna bidra till att flytta tyngdpunkten i massmedias rapportering till det skede i rättegången som i rättsligt avseende är det avgörande, nämligen huvudförhandlingen. För att uppnå dessa positiva effekter förutsätts dock att massmedia fortsätter att – på samma sätt som nu sker – ta ett

²⁶ Thelin, *Sverige som rättsstat*, 2001, s. 131 ff.

²⁷ Edelstam, a.a., s. 519.

eget aktivt ansvar för vad som skall publiceras eller sändas. Därutöver krävs att förutsättningarna för upptagningen regleras närmare, antingen genom regler meddelade genom lag eller förordning eller genom att rätten ges behörighet att för varje tillfälle meddela de närmare förutsättningarna för upptagningen.

TV är ett hittills oöverträffat medium när det gäller offentlighet. Den stora genomslagskraft som TV-mediet kommit att få, gör att vi måste fråga oss om det verkligen kan anses föreligga någon verklig offentlighet i de fall då TV-mediet inte ges tillträde. Meningen med vår svenska offentlighetsprincip måste ju vara att ge allmänheten verkliga möjligheter till insyn och information även i den del av maktutövningen som rättskipningen utgör.”

En grundläggande förutsättning för Edelstams resonemang är de roller han tilldelar de i sammanhanget styrande normsystemen, som han indelar i det processuella respektive det massmediala. Till det förra hör det som reglerar rättegångsförhandlingens offentlighet eller rättare sagt möjligheterna att inskränka denna (lyckta dörrar, upprätthållande av ordning, fotoförbud m.m.). Dessa regler förenas av att de läggs till grund av en förhandsbedömning av vad som skall vara offentligt i rättssalen. (Edelstam noterar att svenska domstolar, till skillnad från vad som är fallet på andra håll, inte har befogenhet att inskränka möjligheten att publicera uppgifter om det som offentligen förevarit.) Det massmediala normerna anläggs i efterhand, till avgörande av vad av det offentliga som bör publiceras. Till detta normsystem räknar han ärekränkingsbestämmelserna, Radio- och TV-lagen, de pressetiska reglerna samt de villkor regeringen ställer upp när den meddelar etermedieföretag sändningstillstånd. I resonemanget, som inte kan göras rättvisa på det korta utrymme som här står till buds, läggs stor vikt vid vad Edelstam uppfattar som en återhållsamhet från massmediernas sida vad gäller publicering av namn och bild på enskilda personer. Tanken är att det massmediala normsystemet i betydande grad förhindrar spridning av sådant som blir offentligt vid rättegångar.²⁸

Jag ställer mig för egen del skeptisk till denna ”dualistiska” konstruktion, där den egentliga offentlighetsregleringen förutsätter betydande, mer eller mindre frivilliga, begränsningar i den massmediala offentligheten.

Det grundläggande skälet till det är praktiskt: man kan helt enkelt inte till den grad Edelstam gör förlita sig på ”det massmediala normsystemet”. Han fäster stor vikt vid ”rekvisit” som ”oavvisligt allmänintresse” i Radio- TV-lagen och ”uppenbart allmänintresse” i de pressetiska reglerna. Därvid läser han dem som de skulle tillämpas av domstol i rättsliga former. Men de tillämpas av nämnder (Granskningsnämnden för Radio och TV respektive Pressens opinionsnämnd) i en inte särskilt förutsebar praxis. Det rör sig om avsiktligt fria intresseavvägningar, utan överprövningsmöjlighet, där allmänintresset ställs mot publicitetsskadan i det

²⁸ Se t.ex. a.a. s. 446 f.

enskilda fallet och där orden "oavvisligt" respektive "uppenbart" har låg specifik vikt. Tillämpningen är dynamisk, dvs. den förändras över tid och är mer styrd av omständigheter i det enskilda fallet än av behovet av normativ ordning. Detta inte sagt som något kritik mot vare sig normerna eller de tillämpande instanserna. Systemen är konstruerade för att befrämja en ansvarsfull "yttrandefrihetsetik", inte för att reglera yttrandefrihetens legala gränser. Dessa saker har förstås ett samband men är också väsensskilda; man kan inte bunta ihop dem.

För rättegångsoffentligheten, i princip också för dess följdverkningar, måste lagstiftaren ta fullt ansvar. Detta kan inte delegeras till massmedierna. Det som sker vid rättegångar är ytterst ett utslag av tvångsmakt och en funktion av statens våldsmonopol. Det är lagstiftarens sak att väga det som måste ske mot de skadeverkningar åtgärderna innebär för dem som berörs samt att beakta de viktiga funktioner som offentligheten har bl.a. för rättskipningens legitimitet. Om lagstiftaren överväger att låta TV-medier filma och sända från rättssalen är det också lagstiftarens ansvar att tillse att detta sker på ett från lagstiftarens synpunkt välavvägt sätt.²⁹ Om lagstiftaren anser att vissa saker inte bör visas, bör lagen innefatta begränsningar som förhindrar detta. Principiellt sett är det mest tilltalande om sådana begränsningar görs i offentlighetslagstiftningen. Utgångspunkten bör vara att det som är offentligt får publiceras.³⁰

Av i princip de skäl Henrik Edelstam anför bör rättsväsendet likväl inta en mer positiv attityd till möjligheten att tillåta/använda TV-mediet i rättssalen. Även om en del av offentlighetens funktioner enligt ovan numera kan äga en mindre relativ betydelse för rättslivets del kvarstår dess fundamentala betydelse från legitimitets- och demokratisynpunkt. Allt som därvid anförts till stöd för offentligheten kan även anföras till stöd för TV-mediets användning – och omvänt: allt, eller nästan allt, som kan anföras mot möjligheten att sända TV-bilder från rättssalen är också argument mot offentlighetstanken som sådan. Reservationen gäller TV-mediets genomslagskraft, som kan påkalla vissa begränsningar i hur det får användas och till värn för enskilda personer som uppträder inför rätta.

TV-mediet måste dock tillåtas/användas med förnuft. En första fråga är just om man bör tala om *tillåta* eller *använda*. TV-journalister bör inte tillåtas arbeta på samma sätt i en rättssal som de kan göra på gator och torg. Bortsett från självklara ordningssynpunkter skulle detta från personvärns- och utredningssynpunkt leda

²⁹ En nyanserad diskussion i ett likartat ämne förs i departementspromemorian *Hovrättsprocessen i framtiden* (Ds 2001:36 s. 102 ff). I promemorian föreslogs att förhör i tingsrätt skall tas upp på videon och diskussionen i fråga gällde hur sådana videoinspelningar skall hanteras från offentlighetssynpunkt.

³⁰ Därmed inte sagt att en uppgifts offentlighet alltid skulle kunna åberopas mot varje anspråk på att dess publicering är olaglig, men lagstiftningen bör inte vid regleringen av offentlighetsfrågor utgå från att massmedia är förhindrade att publicera sådant som därvid inte bedömts vara i behov av sekretesskydd.

till onödiga risker, som man inte behöver ta för att uppnå de från offentlighetssynpunkt eftersträfvade fördelarna. Det finns alltså ingen anledning att avstå från tämligen strikta regler för hur TV-bevakning skall kunna ske. Offentlighetsfunktionen – inte den enskilda TV-stationens intressen – skall styra. Det är med andra ord fråga om att *använda* TV-mediet, snarare än att tillåta det. Den som skall använda det är på ett abstrakt plan lagstiftaren, som bör ange regler för användningen, och på ett konkret plan domstolarna, som har att tillämpa dessa regler i enskilda fall.

Överhuvudtaget bör enligt min mening rättsväsendet och domstolarna mer aktivt gripa sig an offentlighetsfrågorna och utöva befäl inom det område man har ansvar för. Det finns ingen anledning att bildligt talat huka bak skranket inför instormande TV-fotografer eller på annat sätt lägga sig platt för massmedierna. Däremot bör domstolarna i offentlighetsprincipens anda anpassa sin verksamhet efter tidens anda och ny teknik, givetvis med beaktande av personvärnsintresset. Det som här sagts om TV-mediet gäller även för ljudsändningar och distribution via internet.

Det gäller även det som tidigare i framställningen diskuterats kring passiv och aktiv offentlighet. Det ligger ju som framgått i offentlighetens funktioner, att kunskap om rätten och dess tillämpning skall spridas. Man bör åtminstone fundera över om det finns något som just inom rättsväsendet behöver göras för att ge rättsbildningsfrågorna genomslag i det larmande brus som karakteriserar ”informationssamhället”. Rättslivets egenart torde i och för sig begränsa utrymmet för aktiva informationsstrategier (bl.a. kan domstolarna lätt riskera att beskyllas för att inte behandla mål och parter lika). En del lär dock gå att göra, om inte annat åtgärder som visar att domstolarna bejakar rättegångsoffentligheten och vill se den använd.

Till missförstånds undvikande skall också sägas, att en del av det som här diskuterats redan sker i svenska domstolar. Domstolsväsendet är i flera stycken påfallande modernt och har anpassat sig utmärkt till ny teknik m.m. Det är kanske mest frågan om TV-bilder och det outgrundliga fotoförbudet som det tycks ha gått troll i.³¹

³¹ Fotoförbudets outgrundlighet tar sig bland annat uttryck i att det är förbjudet att fotografera i rättssalen, som är den enda naturligt offentliga platsen i en domstol, medan fotografering får ske i resten av domstolsbyggnaden och kring densamma. Att vittnen och parter skulle vara skyddsföremålen ter sig alltså inte uppenbart. Är det männe domarna själva, med sina egna ingångar till rättssalarna, som skyggas? En minst lika rimlig ordning vore i princip den motsatta, kompletterad med ett fotoförbud när ordföranden förklarar att förhandling pågår.

Slutsatser

Offentlighetsprincipen är inte en mänsklig rättighet och har inte som sådana ett inslag av självändamål. Den konstitutionellt påbjudna offentligheten fyller vissa funktioner. Det är dessa funktioner som avgör hur offentlighetsprincipen i praktiken skall förverkligas. Om samhällsförhållandena ändras kan även behovet av dessa funktioner ändras. Nya tider kan också innebära nya krav på offentlighetens former.

Offentlighetens funktioner kvarstår från den tid de föranledde oss att anamma en offentlighetsprincip. Några är kanske mindre viktiga idag, medan andra vuxit i betydelse eller kommit till senare. Skälen för offentliga rättegångar är därvid sammantagna lika starka idag som någonsin förr.

Det finns numera stora möjligheter att till offentligheten förmedla det som sker i rättskipningen. En gång kunde insyn bara utövas genom personlig närvaro. Nu är det inte längre så. Upptagning och distribution via ljud och bild kan ske enkelt, via radio, TV och internet. Tekniskt sett skulle medborgarna alltså kunna ta del av det som sker vid en rättegång på flera olika sätt.

Massmedierna utövar i praktiken till stor del den insyn som allmänheten erbjuds genom rättskipningens öppenhet. Det påkallar en anpassning av offentlighetens former till den teknik genom vilken massmedierna kan utföra denna uppgift.

I rättsaker som tilldrar sig stort intresse är den form av offentlighet som förverkligas genom envars rätt att närvara vid rättegången inte möjlig att upprätthålla annat än symboliskt. Om det finns praktiska möjligheter att med användande av ny teknik ersätta den öppenhet som därvid går förlorad bör sådan teknik i offentlighetsprincipens anda komma till användning. Det kan t.ex. ske genom ljud- och/eller bildöverföringar till angränsande lokaler, via etersändningar (radio/TV) eller via tråd (internet). Med dagens teknik är trånga rättssalar inget hållbart argument för att begränsa den öppenhet som är möjlig att erbjuda.

”Informationssamhället” karakteriseras av att informationsutbudet är stort och att det är svårt både att höra och göra sig hörd. Rättskipningens offentlighet bärs bl.a. upp av tanken att medborgarna skall få kännedom om rätten och dess tillämpning samt ges möjlighet att förhålla sig till detta (rättsbildnings-, legitimitets- och demokratifunktionerna). Dessa funktioner kräver ett mer aktivt förhållningssätt hos rättsväsendet i ”informationssamhället” än vad som tidigare gällde. Ett sätt för rättsväsendet att anpassa sig till dessa krav är att bl.a. genom användande av ny teknik underlätta för allmänheten att använda offentlighetsprincipen.

TV-sända rättegångar är bara en av de möjligheter som tekniken erbjuder. TV-tekniken innefattar – liksom annan bildöverföring – större risker för personvärnet och kvaliteten i det underlag som domstolen genom en huvudförhandling får för sitt ställningstagande. Dess användning kräver därför särskilda överväganden och begränsande regler. Därvid är det lagstiftarens och domstolarnas sak att se till att

tekniken kommer till användning på sådant sätt att den tjänar offentligheten utan att äventyra rättsliga intressen. Det torde då vara uteslutet att låta fotografer arbeta med journalistiska metoder, dvs. förflytta sig runt i salen, filma än den ene än den andre etc. Vad det skulle kunna bli fråga om är en tämligen fast ljud- och bildupptagning, av ungefär den typ som förekommer från Riksdagens sessioner (kanske än mer återhållsam).

TV-sända rättegångar, i bemärkelsen TV-stationer som sänder program med ljud och bild från verkliga rättegångar, kan med dessa utgångspunkter endast förekomma genom att stationen i fråga använder sig av den offentlighet lagstiftaren och den enskilda domstolen beslutat om. I vad mån TV-stationer finner sådana sändningar vara av intresse och verkligen sänder ligger naturligtvis utanför rättsväsendets och den enskilda domstolens kontroll.³² Det är ju däremot inte fallet om en domstol skulle ha möjlighet att lägga ut ljud och/eller bild från en rättegång på internet. Då blir materialet tillgängligt utan något förmedlande massmedieföretag.

*

Vad som här förespråkas är alltså, för att anknyta till inledningen: "*Ljus in!*" Johan Henric Kellgren fortsatte sin saga med att låta *Ljusets fiender* komma till tals, även med ett och annat välfunnet argument, för att sedan genmäla, att ljuset liksom så mycket annat gott, skall användas med sans och måtta. Om jag uttryckt mig som jag önskat, är det också denna framställnings budskap. Vad som sägs mot sagans slut, om regentens redskap för att tygla missbruk, bör dock läsas *mutadis mutandis*:

Man lyssnar; *Lucidor* har ordet:
 "I Män och Bröder" – var hans tal –
 "Det finns en Lag, av Himlen stiftad,
 För bruket av allt jordiskt gott:
 Att utan Vishet, Gräns och Mått
 Skall själva Dygden bli ett brott,
 Och själva Sällheten förgiftad.
 Vad nyttigt kan ej skadligt bli?
 Sömn stärker – sömn blir *Letargi*;
 Mat föder – mat ger *Obstruktioner*;
 Öl värmer – öl gör *Stranguri*;
 Skratt muntrar – skratt blir *Konvulsioner*;
 (— —)

³² Med tanke på att materialet är gratis för massmediet i fråga och att det inte rör sig om "prime-time" finns det skäl att tro att det skulle kunna föreligga ett inte obetydligt massmedialt intresse.

Och vad den våda
Beträffa må, som yppas kan
Av Ljusets vårdslösa hantering;
Har däremot en klok Regering
Två goda medel i sin hand:
Spön – tjänlige att fruktan väcka
Hos den försumliga och fräcka;
Och *Sprutor* – färdige att släcka
I hast den gruvligaste brand.”

Diskussionspunkter

1. Har ändamålen med domstolsoffentligheten ändrats och finns det nya sådana?
2. Hur skall domstolsoffentligheten förverkligas i framtiden?
3. Bör TV-sända rättegångar tillåtas?

Inge Lorange Backer

Miljöskydd och ekonomiskt utnyttjande –
principen om hållbar utveckling

Miljöskydd och ekonomiskt utnyttjande – principen om hållbar utveckling

Av ekspedisjonssjef dr. jur. Inge Lorange Backer, Norge

Prinsippet om bærekraftig utvikling er grunnleggende for å forene miljøvern og økonomisk virksomhet. Det ble understreket i Brundtland-kommisjonens rapport fra 1987 og i den nordiske statsministerdeklarasjonen fra 1998 om et bærekraftig Norden. Referenten er bekymret for at målet om en bærekraftig utvikling er kommet i skyggen av andre utviklingstendenser i de nordiske og internasjonale samfunn, som også har gjort seg gjeldende på det rettslige plan.

Referatet inviterer til en bred diskusjon og idédugnad om hvilke konsekvenser målet om en økologisk bærekraftig utvikling har og bør ha for rettsystemene i Norden. Referenten regner bærekraftig utvikling som et rettsprinsipp og mener at "bærekraftig rettsutvikling" kan settes opp som et mål og en målestokk for rettstilstanden. Han går inn for å foreta en gjennomgåelse av lovgivningen med bærekraftig rettsutvikling for øye. Domstolene og offentlig forvaltning må legge vekt på miljøhensyn i rettsanvendelse og skjønnsutøving. Målet om bærekraftig utvikling har ikke bare betydning for det regelverk som direkte gjelder miljø og naturressurser, men også for generelle regler som retter seg til økonomiske aktører i egenskap av forbrukere, produsenter, innovatører eller transportører. Det er nødvendig å overveie nye rettslige virkemidler i tillegg til de gamle, og det bør overveies å styrke miljøinteressertes muligheter for å håndheve regelverk til beste for miljøet.

Inge Lorange Backer er født 1946. Han er cand. jur. fra 1972 og dr. jur. (Oslo) fra 1987 på avhandlingen Naturvern og naturinngrep – Forvaltningsrettslige styringsmidler. Han har arbeidet som dommerfullmektig og i Miljøverndepartementet, og var professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo 1987–94. Siden 1995 er han ekspedisjonssjef for Justisdepartementets lovavdeling.

1 Innledning

Forholdet mellom miljøvern og økonomisk virksomhet er nå å regne som en klassisk problemstilling. I hvilken grad skal miljøhensyn vike for økonomisk virksomhet, eller i hvilken grad må økonomisk virksomhet tilpasse eller begrense seg av hensyn til miljøet? I 15 år har begrepet bærekraftig utvikling (hållbar utveckling, bæredygtig udvikling) utgjort et overordnet konsept for miljøvern og økonomisk utvikling. Hvilke rettslige konsekvenser har det?

Jeg redegjør først for begrepet bærekraftig utvikling, om det kan regnes som et rettslig prinsipp, og om det også kan være en målestokk for rettsutviklingen (2–4).

Deretter inviterer jeg til en diskusjon av konsekvensene i forhold til utnytting av naturressurser, forbruks-, produksjons- og transportmønsteret i våre samfunn (5–9). Etter det tar jeg opp spørsmål om rettslige virkemidler for å fremme en bærekraftig utvikling, knyttet til miljøavgifter, miljørettigheter og håndhevingsmidler (10–12).

Miljøproblemene lar seg ikke løse bare i nasjonal eller nordisk sammenheng. Utslipp til luft og vann bidrar til grenseoverskridende forurensning. Vandrende bestander av fisk, fugl og annet vilt kjenner ikke landegrenser. Jeg konsentrerer meg likevel om den nordiske lovgivers og rettsanvenders situasjon, men vil til slutt kommentere utsiktene til en nasjonal, bærekraftig rettsutvikling i lys av internasjonalisering (13).

Helt til slutt trekker jeg ut noen av spørsmålsstillingene i form av teser til diskusjon (14).

2 Begrepet bærekraftig utvikling

Begrepet bærekraftig utvikling ble for alvor etablert gjennom Brundtlandkommisjonens rapport fra 1987.¹ Fra kommisjonsrapporten kan vi trekke ut følgende definisjon av begrepet: En utvikling som møter dagens behov uten å redusere fremtidige generasjoners valgmuligheter for å få dekket sine behov. Dette ble stilt opp som et mål for samfunnsutviklingen, nasjonalt og internasjonalt.

I Norden vedtok statsministrene og de politiske ledere for de selvstyrende områdene (Færøerne, Grønland og Åland) i november 1998 deklarasjonen om et bærekraftig Norden. På grunnlag av statsministerdeklarasjonen har Nordisk ministerråd utarbeidet strategien "Bæredygtig utvikling – en ny kurs for Norden".²

Brundtland-kommisjonens definisjon stiller først og fremst krav om solidaritet i tid og rom. Den betyr at vi skal utnytte naturressursene på en slik måte at vi ikke belaster fremtidige generasjoner, og slik at vi ikke hemmer andre nasjoners velferd. Begrepet har front mot den kortsiktige uttømming og belastning av naturressursene.

Begrepet bærekraftig utvikling fanger opp miljøhensyn fordi miljøbelastning i forskjellige former – forurensning, tap av biologisk mangfold osv. – vil redusere fremtidige generasjoners valgfrihet. Befolkningsøkningen vil i seg selv medføre større press på naturmiljøet og bety at hver enkelt av oss må belaste miljøet mindre for at ikke den samlede miljøbelastning skal øke dramatisk.

¹ Our Common Future (1987). Rapporten er behandlet i forskjellige offentlige dokumenter i de nordiske land, jf. for Norge først St. meld. nr. 46 (1988–89).

² Publisert i serien TemaNord 2001:505. Statsministerdeklarasjonen (Oslo, 9. november 1998) er her inntatt s. 5–6.

Men begrepet bærekraftig utvikling dekker ikke nødvendigvis alle slags miljøhensyn.³ For det første har begrepet et visst antroposentrisk preg. Prinsippet om bærekraftig utvikling kan gå godt sammen med det syn at naturen har egenverdi eller at andre livsformer har verdi på linje med mennesket, men det kan like gjerne bygge på det syn at naturen er til for menneskets skyld. For det annet har begrepet en viktig levestandarddimensjon med henblikk på utviklingslandene. Og for det tredje fanger begrepet best opp de miljøbelastninger som reduserer tilgangen på naturressurser eller svekker naturens selvfornyende prosesser. Kulturminnevern, beskyttelse mot støy og andre nærmiljøhensyn kan derfor falle på siden av begrepet.

Det trenger altså ikke være noe fullstendig sammenfall mellom det å fremme en bærekraftig utvikling og det å ivareta ulike miljøhensyn. For diskusjonen på det 36. nordiske juristmøte ser jeg ikke grunn til å skille skarpt mellom bærekraftig utvikling og ivaretagelse av miljøhensyn. Begge synsvinkler vil stille krav til økonomisk virksomhet.

I den nye nordiske strategien heter det at en bærekraftig utvikling inneholder tre gjensidig avhengige dimensjoner: en økonomisk, en sosial og en miljømessig dimensjon.⁴ Begrepet har vist seg slagkraftig i den offentlige debatt, og det er derfor dem som har villet løsrive det fra miljøhensyn for å ta det til inntekt for andre formål, kanskje særlig av økonomisk karakter. Den nordiske statsminister-deklarasjonen legger vekten på den miljømessige dimensjon, og det er den økologisk bærekraftige utvikling som jeg har for øye.

3 Er bærekraftig utvikling et rettslig prinsipp?

Er bærekraftig utvikling bare et mål for samfunnsutviklingen, eller kan det også regnes som et rettslig prinsipp av generell rekkevidde? Det forutsetter at det har en eller annen form for rettslig grunnlag, og medfører at det har visse rettsvirkninger. Svaret kan avhenge av hva vi mener med et "prinsipp", f.eks. om det innebærer en sammenfatning av gjeldende regler eller har selvstendig rettslig betydning. Som rettslig prinsipp kan det ha betydning i to retninger: ved å styre regelutviklingen, og ved å påvirke rettsanvendelsen.

De siste femten år har gitt atskillig rettskildemateriale som forankring for et prinsipp om bærekraftig utvikling. Noen ganger er begrepet nevnt uttrykkelig, andre ganger er det sentrale elementer som kommer til uttrykk. Det er omtalt som et prinsipp eller mål i EF-traktaten art. 6 og i fortalet til EØS-avtalen. Klare utsagn i form av "soft law" kan sammen med holdepunkter i forskjellige konvens-

³ Se om forholdet mellom miljøhensyn og bærekraftig utvikling Hans Chr. Bugge: Forurensningsansvaret (Oslo 1999) s. 65–69.

⁴ TemaNord 2001:505 s. 6.

joner og statspraksis summere seg opp til et folkerettslig prinsipp.⁵ Den nordiske statsministerdeklarasjonen fra 1998 om bærekraftig utvikling hører med i bildet.

Alt dette har i seg selv interesse for nordisk rett. Her finner vi miljøhensyn eller sentrale elementer i begrepet nedfelt i grunnlovsbestemmelser i den norske grunnlov § 110 b, som ble vedtatt rett før Rio-konferansen i 1992, og i den finske grundlag 20 §. Bærekraftig utvikling er ofte tatt inn i formålet eller de overordnede bestemmelser i miljølovgivningen, som i den svenske miljöbalken (1:1 MB) og den danske naturbeskyttelsesloven (§ 1). Også i annen lovgivning kan vi finne begrepet nedfelt i formålsbestemmelsen, som i Norge i kommuneloven, fiskeoppdrettsloven og genteknologiloven.⁶ Det forekommer også at begrepet er gjort til et kriterium ved forvaltningsavgjørelser, som i den norske genteknologiloven § 10 annet ledd.

Dette materialet gir god grunn til å anse bærekraftig utvikling som et rettslig prinsipp. Legger vi til grunn at vi bare får en bærekraftig utvikling om det gjennomsyrrer alle sektorer i samfunnet,⁷ står vi overfor et allment rettsprinsipp.

4 Bærekraftig rettsutvikling

4.1 Rettsreglene kan bidra til bærekraftig utvikling ved å pålegge, belønne eller legge føringer i retning av atferdsmønstre som er bærekraftige. Det kan følge av regelverket selv, eller ved at det åpner for at myndigheter kan treffe bærekraftige vedtak og individer opptre i pakt med prinsippet om bærekraftig utvikling. Men selv om rettsreglene gjør det mulig å handle bærekraftig, er det ikke sikkert at det skjer. Det kan også forekomme rettsregler som hemmer eller hindrer bærekraftig atferd.

På denne bakgrunn kan man også karakterisere et lands rettssystem (og den enkelte regel) som mer eller mindre bærekraftig. Endres rettsreglene slik at de fremmer bærekraftig utvikling i større grad enn før, er det naturlig å snakke om en *bærekraftig rettsutvikling*. Som annen rettsendring kan den skje ved ny lovgivning, ved forvaltningens myndighetsutøving, og ved domstolenes rettsanvendelse.⁸ Jo større gjennomslagskraft prinsippet har i domstolene og forvaltningen, desto mer nærliggende er det å snakke om en "bærekraftig rettsanvendelse".

⁵ Se Patricia W. Birnie and Alan W. Boyle: *International Law and the Environment* (Oxford 1992) s. 123.

⁶ Se fra Danmark lbkg. nr. 835 av 1. november 1997, for Sverige 1:1 MB (SFS 1998:808) og for Norge lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner § 1, lov 14. juni 1985 nr. 68 om oppdrett av fisk, skalldyr m.v. § 1 og lov 2. april 1993 nr. 38 om framstilling og bruk av genmodifiserte organismer § 1.

⁷ Se f.eks. den nordiske statsministerdeklarasjonen fra 1998, der det i punkt 8 heter: "Prinsipen om hållbar utveckling bör fortsatt integreras i arbetet inom alla samhällssektorer."

⁸ Jeg lar her alternativet publikumssedvaner ligge, dels fordi de generelt spiller mindre rolle i nåtidens samfunn enn før, dels fordi de ikke synes så aktuelle i forhold til bærekraftig utvikling. Men er det riktig å se helt bort fra muligheten av et sedvaner som fremmer bærekraftig utvikling i en sektor, f.eks. innenfor en bestemt næringsgren, kan få rettslig betydning?

Behovet for slike endringer i rettsreglene avhenger naturligvis av hvor langt vi er kommet i å løse viktige miljøproblemer og legge til rette for en bærekraftig utvikling. Noen miljøproblemer er vi i ferd med å legge bak oss. Vi har f.eks. stanset bruken og tilførselen av enkelte miljøfarlige stoffer som PCB (polyklorerte bifenyler), og redusert utslippene av bly. Men vi bærer fremdeles med oss en kjemisk arv fra forrige århundre, bl.a. i form av avfallsdepoter, og nye kjemiske stoffer kommer til i stadig økende takt. Tap av biologisk mangfold og klimændringer er hovedspørsmål på den internasjonale dagsorden. Miljøproblemene skyldes ikke bare enkeltstående kilder og virksomheter, men at hele vår livsførsel – iallfall i Vesten – tærer på miljøet og naturressursene. Den levestandard med tilhørende miljøbelastning som vi tillater oss, kan ikke alle andre på jorden få uten at det blir for mye for kloden. Den nordiske strategien for bærekraftig utvikling erkjenner at vi ikke har grunnlag for å si at tilstanden – og utviklingsprosessene – i dag er bærekraftige, hverken i de nordiske land eller i globalt perspektiv. Det må følgelig skje endringer i våre samfunn for at vi skal ha en bærekraftig utvikling.

I rettsstater som de nordiske er det forutsetningen at slike endringer skjer på grunnlag av rettsregler innenfor rammen av vårt rettssystem. Enten må vi ta i bruk gamle rettsregler på en ny måte, eller vi må få i stand nye rettsregler. Alternativet – at den nødvendige omlegging kommer i stand uten bruk av rettsregler – forutsetter at aktørene på helt frivillig grunnlag handler i pakt med prinsippet om bærekraftig utvikling, selv om det går på tvers av andre interesser. Det er ingen rimelig antakelse når vi ser på deres handlemåte i dag, som i stor grad blir bestemt av hva som på helt eller relativt kort sikt vil være mest økonomisk lønnsomt for dem.⁹

Vi kan derfor si at en bærekraftig utvikling forutsetter en *bærekraftig rettsutvikling*, hvor rettsreglene – og rettssystemet i stort – fremmer og ikke hemmer en bærekraftig utvikling. I virkeligheten er det behov for en bred gjennomgåelse av lovgivningen med dette for øye.¹⁰

Det er dem som vil hevde at det ikke bare trengs videre utvikling av eksisterende rettssystemer, men helt nye rettslige paradigmer.¹¹ Jeg kommer til å være mer konkret, men er åpen for at det er overordnede trekk som fortjener en kritisk vurdering. Det er også dem som har spurt om den demokratiske, parlamentariske styreform med forholdsvis korte valgperioder er egnet til å få i stand slik lovgivning som kanskje er nødvendig for en bærekraftig utvikling.¹² Jeg legger til grunn

⁹ Lena Gipperth: Lagstiftning eller självreglering i miljörätten, Svensk Juristtidning 2001 s. 280–92, peker imidlertid på at det ikke er noen absolutt motsetning mellom lovgivning og selvregulering.

¹⁰ I Norge ble en slik utredning signalisert i St. meld. nr. 58 (1996–97) s. 25–26, men det er hittil ikke fulgt opp.

¹¹ Slik forstår jeg f.eks. Lars D. Eriksson: Environmental Rights as a Constitutional Problem, Retfærd 1994 s. 98–108, og Anne Bahr Christophersen: På vei mot en grønn rett? (Oslo 1997).

¹² Se Thomas Chr. Wyller: Demokratiet og miljøkrisen (Oslo 1999).

at vi – om vi vil det – kan fremme og realisere en bærekraftig utvikling innenfor rammen av våre styresett, og inviterer ikke til en diskusjon om statsstyrets utforming som vilkår for en bærekraftig utvikling.

4.2 Det er to hovedgrunner til at den bærekraftige rettsutvikling først og fremst bør skje gjennom ny lovgivning. Den ene er at bærekraftig utvikling ikke er en entydig situasjon – det kan være forskjellige veivalg og samfunnsforhold som fører dit, og i et demokratisk samfunn bør dette valget foretas av folkevalgte organer. Den annen grunn er at begrepet bærekraftig utvikling er mest opplysende på det aggregerte og internasjonale nivå. Det kan gi dårlig veiledning i enkeltsaker og enkeltstående rettslige spørsmål, selv om miljøhensyn lettere kan tilsi en bestemt løsning. Ofte er det ikke det enkelte inngrep, men summen av en rekke tiltak som medfører en problematisk belastning av naturen. Hvilke skal man da kunne godta? Skulle man basere seg på prinsippet bærekraftig utvikling alene, uten konkretisering i regelverket, ville det føre til stor rettsusikkerhet.

Selv om vi legger til grunn at rettsutviklingen først og fremst bør skje ved lovgivning, finnes det spørsmål og alminnelige rettsprinsipper som lovgiverne i liten grad tar seg av, og gjeldende regelverk og fortolkningsprinsipper gir i mange tilfelle rom for å ivareta hensynet til miljø og bærekraftig utvikling selv om dette ikke er fremhevet direkte. Aksepterer vi bærekraftig utvikling som et rettslig prinsipp, må det få konsekvenser for rettsanvendelsen. I forvaltningens skjønnsutøving må prinsippet gjøre at det er lovlig – og vel også plikt til – å ta miljøhensyn i saker der vedtaket har konsekvenser for miljøet. Likeledes må prinsippet om bærekraftig utvikling og miljøhensyn påvirke forståelsen av skreven og uskreven rett.¹³

I Norge har Høyesterett lagt dette til grunn i flere dommer. Et fremtredende eksempel er dommen om Lunner Pukkverk (Rt. 1993 s. 528). Der var det slik at pukkverket måtte ha konsesjon etter forurensningsloven, mens tungtransporten til og fra pukkverket ikke var konsesjonspliktig i seg selv. Slik pukkverket lå til, var det tungtransporten som voldt miljøproblemer i denne saken, ikke selve driften ved pukkverket med uttak og knusing av stein. Spørsmålet var da om man kunne legge avgjørende vekt på ulempene ved transporten når man vurderte en konsesjonssøknad for pukkverket. Høyesterett fant at det kunne man – og la dermed grunnen for en helhetlig miljøvurdering, i stedet for å bygge på et forvaltningsrettslig spesialitetsprinsipp.¹⁴

4.3 Mange lover gir forvaltningsorganer fullmakter til etter fritt skjønn å treffe vedtak som ivaretar miljøhensyn. Men en åpen fullmakt gir liten veiledning om

¹³ Dette er hovedtemaet i Bertil Bengtsson: Miljöbalkens återverkningar (Stockholm 2001).

¹⁴ Dansk rett synes å innta en mer restriktiv holdning til dette spørsmålet, jf. Ellen Margrethe Basse (red.): Miljøretten (København 2001) bind I s. 130–34.

hva den bærekraftige avgjørelsen skal gå ut på, og loven har som regel også andre hensyn for øye enn bare miljøhensyn – ikke minst i næringslovgivningen. Selv der miljøhensynet står sentralt, er det ikke gitt at det skal følges til ytterste konsekvens, f.eks. uten hensyn til hvor store byrder som pålegges private parter.

Det kan også være at en fullmakt ikke blir brukt fordi det stilles krav om at forvaltningsorganet må kunne påvise at det omsøkte tiltaket vil volde konkrete ulemper for miljøet for å legge avgjørende vekt på dette. Den norske sivilombudsmannen har i mange saker, f.eks. om byggetiltak i strandsonen, lagt til grunn en slik tenkemåte ved å stille krav om at forvaltningen må foreta en helt konkret vurdering av den aktuelle søknaden. Dette kan kanskje bidra til konkret rettferdige løsninger, men gjør lett at man taper det overordnede mål av syne og kan hindre forvaltningen å bruke fullmakten til å skape en generell praksis overfor tiltak som etter sin art kan skade miljøet.

Et tankevekkende eksempel på unnlatt bruk av fullmakter kan hentes fra en norsk sak om internasjonalt båtrace i Oslofjorden ("Oslo Gold Cup"). Formel 1-båter fyller fjordbassenget en sommerhelg med fart og med støy som ingen tilskuermasse kan overdøve. Det er tre forskjellige lover og myndigheter som kunne tenkes å stanse løpet: en forskrift etter produktkontrollloven (Statens forurensningstilsyn og Miljøverndepartementet), havneloven (Kystverket) og politiloven (politiet og Justisdepartementet).¹⁵ Forskriften etter produktkontrollloven var uten tvil det mest nærliggende grunnlaget for å avslå en tillatelse.¹⁶ Bestemmelsen i Grunnloven § 110 b ville være en nærliggende støtte for et avslag. Når det ikke ble resultatet, kan årsaken være at forurensningsmyndighetene mente at et enkelt løp om året ikke ville ha nevneverdig betydning for forurensningssituasjonen, iallfall ikke sammenlignet med forurensningskilder som er lovlige nok. Men det man ikke kan si, er at løpet bedret forurensningssituasjonen og fremmet en bærekraftig utvikling. Støyen er øredøvende og eksosutslippene ikke til å se bort fra, enda de slett ikke kan måle seg med den samlede rushtrafikken. Selv om man ikke ville stanse igangværende virksomhet på slikt grunnlag, kan det spørres om man ikke – med støtte i Grunnloven § 110 b og prinsippet om bærekraftig utvikling – burde ha satt foten ned for et nytt tiltak, som båtracet var. Og videre: Skulle det være uten betydning at arrangementet bidro til å etablere en praksis og skape idealer som går stikk i strid med en bærekraftig utvikling?¹⁷

¹⁵ Båtracet fant sted første gang i 1997. Opprinnelig avsto politiet å gi tillatelse av hensyn til fuglelivet. Men i klageomgangen fordunstet den politiske viljen til å opprettholde avslaget, og etter en viss omlegging av traseen veide heller ikke hensynet til fuglelivet så tungt.

¹⁶ Forskrift 7. juli 1989 nr. 545 om forbud mot bruk av fritidsfartøy uten effektiv lyddempning i eksossystemet.

¹⁷ Etter racet i 2001 ga en av deltakerne, den norske industrileder Bjørn Rune Gjelsten, tvert om uttrykk for at han håpet offshore blir en ny folkesport (Aftenposten 12. august 2001).

4.4 Både ved uttak av naturressurser og ved annen miljøpåvirkning kan det være usikkert hva naturen tåler før det inntre endringer – f.eks. i form av redusert evne til selvfornyelse. Usikkerheten har vært tydelig f.eks. når det gjelder klimaspørsmål og forvaltning av fiskebestandene. Naturvitenskapelig forskning kan bringe større klarhet, slik havforskningen kan gjøre ved undersøkelser av bestandsstørrelsene, og slik klimaforskningen har gjort når det gjelder virkningene av utslipp til atmosfæren. Det kan likevel være usikkerhet ved forskjellige forskningsresultater.

Skal regelverket fremme bærekraftig utvikling, kan man ofte stå foran den situasjon at det er usikkert hvordan virkningene av menneskelige tiltak og inngrep vil bli. Bør lovgiverne da vedta en regulering som avskjærer oss fra umiddelbare goder og kanskje viser seg unødvendig, eller bør de avstå fra regulering og håpe på at alt går godt? Spørsmålet melder seg både ved uttak av naturressurser og ved forurensning, ofte i form av spørsmål om hvor lovgiverne skal sette grensen for tillatt virksomhet.

Her kommer *føre vår-prinsippet* (forsiktighetsprinsippet) inn. I den form som det fikk i Rio-erklæringen fra 1992, innebærer det at mangel på full vitenskapelig sikkerhet ikke skal brukes som argument for å unnlate å treffe tiltak for å unngå alvorlig og uopprettelig miljøskade (prinsipp 15). I nordisk lovgivning er det – til dels med andre ord – lovfestet f.eks. i den svenske miljöbalken og den norske svalbardmiljøloven. Prinsippet er også knesatt i EF-traktaten og EØS-avtalen.¹⁸

I EF- og EØS-retten kan føre vår-prinsippet bli hjemmel for tiltak som ellers ville være utelukket, f.eks. fordi det vil være en handelshindring som strider mot de grunnleggende friheter etter traktaten. Prinsippet gjør da tjeneste som et kompetansegrunnlag. Rekkevidden av føre vår-prinsippet i en slik sammenheng er belyst av EFTA-domstolen i en sak om Norge kunne forby corn flakes med visse tilsetningsstoffer, med den begrunnelse at produktet i lys av vanlig næringsinntak i Norge kunne innebære en helsefare.¹⁹ EFTA-domstolen fastslo at det er opp til den enkelte stat å avgjøre hvilket risikonivå den vil akseptere, og at føre vår-prinsippet kan legges til grunn når staten tar stilling til om dette risikonivået blir overskredet. Men vurderingen må skje på vitenskapelig grunnlag og uten forskjellsbehandling, og vernetiltaket (her et importforbud) må i samsvar med EØS-rettens proporsjonalitetsprinsipp være forholdsmessig. En rent hypotetisk risiko vil da ikke være nok til å begrunne forbud, men det kan legges vekt på sumvirkingen av det aktuelle tiltaket og andre påvirkningsfaktorer. Er det sannsynlig med betydelig skade dersom den først inntre, kan det treffes vernetiltak etter føre vår-prinsippet selv om risikoen ikke lar seg fastslå nærmere.

¹⁸ Se 2:3 MB, lov 15. juni 2000 nr. 79 om miljøvern på Svalbard § 7, EF-traktaten art. 174 nr. 1 og EØS-avtalen art. 73 nr. 2.

¹⁹ Dom 5. april 2001 i sak E-3/00 ESA mot Norge, se særlig avsnitt 25–32.

– Så langt som i denne dommen må føre vår-prinsippet iallfall strekkes hvis det skal gi god beskyttelse for de miljøverdier som det skal hegne om.

4.5 Føre vår-prinsippet har på sett og vis fått sitt motstykke i et krav om *kostnads-effektive løsninger*. Det er ofte slik at (aggregerte) miljømål kan nås med innsats på forskjellige felter og med ulike doseringer av tiltakene. I valget av løsning kan det i praksis bli stilt strenge administrative krav til utredning av hva som gir mest for minst penger. Så lenge ikke dette er klarlagt, blir det ikke truffet noe vedtak. Men når det ikke innføres nye miljøkrav fordi det ikke blir enighet om hvem som skal bære byrdene, fortsetter miljøbelastningen som før.

4.6 For en lovgiver som skal fremme en bærekraftig utvikling, vil det være et mål at det man kan kalle "*naturens tålegrense*" blir respektert, så menneskelig virksomhet ikke fører til uopprettelige miljøskader. Men bør lovens grense svare til naturens tålegrense i de tilfelle hvor man kan fastlegge eksakt hvor den går? I så fall forutsetter lovgiverne at alle etterlever loven. En enkelt lovovertrjedelse kan da være tilstrekkelig til å utløse de miljøskadene som man skulle unngå. Vi vet fra andre rettsområder hvor urealistisk det er å regne med 100 % etterlevelse til enhver tid. Som Staffan Westerlund har pekt på, er dette i seg selv en grunn til å legge inn en ekstra sikkerhetsmargin i de miljøkrav som stilles.²⁰

4.7 En bærekraftig utvikling vil kreve markerte endringer i dagens forbruks-, produksjons- og transportmønstre. Hvordan skal vi få til det? Her blir det både spørsmål om å finne ut hvilke tiltak eller mønstre som er bærekraftige (se under 5–9), og hvilke beslutninger som skal til for å ta de bærekraftige tiltakene i bruk.

Vårt samfunnssystem er forholdsvis desentralisert når det gjelder beslutninger som påvirker produksjons-, transport- og forbruksmønstre. Mønstret er langt på vei resultatet av en stor mengde avgjørelser truffet av en lang rekke forbrukere og produsenter, innenfor rammen av samfunnsmessige beslutninger. Skal man endre dette mønstret, er det forskjellige veier å gå:

- Beslutninger om produksjon og forbruk kan bli sentralisert til instanser som sikrer at beslutningene blir i samsvar med bærekraftig utvikling. Planøkonomien i de tidligere kommuniststatene var et eksempel på en slik sentralisering. Erfaringene med en slik modell derfra gir liten grunn til optimisme, selv om målet om bærekraftig utvikling ikke lå til grunn for planøkonomien.
- Man kan bevare desentrale beslutninger, men i stedet søke å trekke opp bindende rammer for dem, som bidrar til å sikre en bærekraftig utvikling. Dette kan ses som den klassiske forvaltningsrettslige strategien.

²⁰ Staffan Westerlund: En hållbar rättsordning (Uppsala 1997).

- Man kan søke å påvirke den enkelte beslutningstaker i et desentralt system på annen måte enn ved å sette bindende rammer. Typisk blir det da snakk om å appellere til egeninteressen eller overbevise med informasjon. I denne sammenheng kan referansetesting – sammenligning mellom forskjellige aktører når det gjelder miljøprestasjoner – være et virkemiddel. I så fall kan det trenges regler om testingen og om tilgang for allmennheten til testmetoder og testresultater.

5 Uttak og utnytting av naturressurser

5.1 En viktig side ved en bærekraftig utvikling ligger i å disponere naturressursene med tanke på fremtidige generasjoner.

Prinsippet er lettest å anvende på fornybare ressurser, som biologiske ressurser. Der betyr det at uttaket ikke må overstige tilveksten eller fornyelsen. Slik har vi ikke alltid disponert. Skogvernlovgivningen er en følge av det.

Det er ikke sikkert at lovgivningen i dag er tilstrekkelig. Monokultur i skogen kan være lønnsomt i industrielt perspektiv, men reduserer det biologiske mangfold. Ikke bare avvirkningsmengden, men også avvirkningsmåten har betydning for hvordan uttaket virker inn på levekårene for andre arter i skogen. Fiskeriene viser hvordan usikre anslag for bestandene kan føre til for høye fiskekvoter som medfører et overfiske og reduksjon av bestanden. Stadig mer effektive høstingsteknikker og konkurranse mellom forskjellige nasjoner og grupper av fiskere skaper et press på bestandene. Vi har åpenbart ikke kommet i mål når det gjelder å gjennomføre en bærekraftig forvaltning av fiskebestandene.

Når det gjelder naturressurser som ikke er fornybare (lagerressurser), er det vanskeligere å si hva prinsippet om bærekraftig forvaltning innebærer. Her vil jo ethvert uttak redusere hva som står til rådighet for senere generasjoner, f.eks. når det gjelder petroleum. Om velferdshensyn tilsier at en lagerressurs tas i bruk, kan bærekraftprinsippet tilsi et varsomt uttakstempo. Hensynet til en bærekraftig utvikling kan også komme inn ved å sette krav om å kombinere utvinning med undersøkelser for å finne nye reserver, slik at den kjente beholdning til enhver tid er noenlunde konstant, eller ved utviklingsarbeid for å finne substitusjonsmuligheter. Det er ikke så mange slike regler i lovgivningen i dag. Vi har i stedet en tendens til å sette vår lit til at substitusjonsmulighetene kan finnes når knappheten nærmer seg.

På den annen side er bærekraftig bruk ikke det samme som vern. Det skal være mulig å høste av det naturlige overskudd når høstingen ikke skjer ved metoder som volder skader på naturmiljøet. Dette er viktig for utviklingsland for at de skal kunne utvikle sin velferd. Er det grunn til at et annet regime skal gjelde f.eks. for hval- og selarter som tåler en viss beskatning?

5.2 Ved inngangen til det 21. århundre står det klart at utnytting av biologiske ressurser vil bli et nytt og viktigere økonomisk satsingsområde. De genetiske ressursene er i ferd med å bli kartlagt, men så langt er bare en liten del tatt i bruk. Bioteknologien kan bli viktigere enn informasjonsteknologien.

Dette vil reise nye rettslige spørsmål. Tilsier det velferdsmessige potensiale som ligger i økt utnytting av genetiske ressurser at det bør være fri adgang til å søke etter biologiske ressurser (bioprospektering), slik det er for mineraler etter bergfrihetens prinsipp? Når ressursen er funnet og beskrevet, bør finneren da ha noen enerett til utnytting? Bør grunneieren ha noen rett til funnet eller inntektene av det, eller vil dette virke som en tilfeldig fordel for en grunneier der en genressurs blir funnet? Og skal staten ha en fortrinnsrett til genetiske ressurser på sitt territorium i forhold til utlendinger? For de nordiske land kan dette være viktigst i forhold til utviklingslandene, siden størstedelen av jordens genetiske ressurser finnes i tropiske områder. Konvensjonen om biologisk mangfold (Rio de Janeiro, 1992) som alle de nordiske land har ratifisert, tilsier at dette er en utfordring som vi ikke lenger kan la ligge.²¹

5.3 Spørsmål om vern eller omdisponering av arealer og biotoper står sentralt med sikte på en bærekraftig utvikling.

Både samfunnsmessige behov og utsikten til økonomisk gevinst skaper ofte et press for å ta arealer og biotoper i bruk til nye tiltak. Ett av formålene med uttrykkelige vedtak om vern er å demme opp for slikt press, og vernevedtaket kan stå sterkere imot hvis det henter støtte fra internasjonale forpliktelser.²² I den økonomiske kalkylen som ligger til grunn for nye tiltak, blir det ofte ikke satt noen pris på verdiene i naturmiljøet, eller tapene blir så langsiktige at de lett kan neglisjeres om de neddiskonteres til nåverdi. Også ved en bred forvaltningsmessig vurdering før det gis eller nektes tillatelse, vil økonomien ofte veie tungt. Dette har fått noen til å spørre om det bør innføres en form for naturavgift, slik at den som belaster uberørt natur, må betale en avgift for det. Så langt er ideen ikke kommet lenger enn til skrivebordet. Derimot skal regler om miljøkonsekvensvurderinger sikre at følgene for naturmiljøet av en omdisponering blir minst like godt belyst som fordelene ved tiltaket.²³ Utfallet av forvaltningssaken avhenger riktignok ikke bare av at argumentene kommer på bordet, men også av hvilken vekt de har i forhold til hverandre. Miljøkvalitetsnormer og omhyggelig utformete avvei-

²¹ Med et globalt perspektiv er mange spørsmål om bioprospektering tatt opp i Hanne Svarstad and Shivcharn S. Dhillon (eds.): *Responding to bioprospecting* (Oslo 2000).

²² Som f.eks. våtmarksområder utpekt etter Ramsarkonvensjonen 2. februar 1971 (Conventions on Wetlands of International Importance).

²³ Se særlig EUs direktiv 85/337/EØF, som endret ved direktiv 97/11/EF. En bred nordisk og internasjonal diskusjon av miljøkonsekvensutredninger finnes i Ellen Margrethe Basse (red.): *Miljøkonsekvensvurdering – i et retlig perspektiv* (København 1996).

ningsnormer som legger vekt på miljøhensyn, kan da bidra til å fremme en bærekraftig utvikling.

Noen biotoper er avhengig av en viss virksomhet dersom de skal bli opprettholdt (f.eks. for at slåttemark og setervoller ikke skal gro igjen). Utelukker vernet slik virksomhet (f.eks. tradisjonelle driftsformer i landbruket) kan det i virkeligheten bli en fiende av de verdier det skal verne. I slike tilfelle kan det ligge an til en kombinasjon av vern og fortsatt drift.

Blir et område vernet, vil økonomisk virksomhet i området bli begrenset eller utelukket. Skal grunneieren da ha rett til erstatning eller kompensasjon? Spørsmålet kan ses under synsvinkelen vernet for eiendomsretten, med konstitusjonelle eller menneskerettslige overtoner.²⁴ Men jo sterkere konstitusjonelt eller menneskerettslig vern den individuelle eiendomsretten har, desto lavere prioritet kan det medføre for miljøhensyn på kort og lang sikt. Eller står vi overfor et rent økonomisk fordelingsspørsmål?

Rettspolitisk kan det sies at fellesskapet bør bære utgiftene til å ta vare på miljøet og fremme en bærekraftig utvikling, slik at man ikke rammer den enkelte grunneier. Et slikt syn tar utgangspunkt i at grunneieren skal kunne benytte til egen økonomisk vinning de naturverdier som finnes på hans eiendom, og at det virker vilkårlig sammenlignet med andre grunneieres situasjon om en grunneier får vernet sitt område uten noen kompensasjon. Mot dette kan det sies at grunneieren får innrette seg etter de rammer som naturen setter. Den som eier skrin jord, må finne seg i dårlig avkastning og begrensede bruksmuligheter sammenlignet med naboen som har god jord og høy bonitet. Annerledes er det egentlig ikke når en grunneier har sårbar natur eller nøkkelbiotoper på sin eiendom.

Grunneieren har en nærhet til eiendommen som det kan være viktig å mobilisere for å ta vare på verdiene i naturmiljøet der, og en slik medvirkning kan det bli vanskeligere å oppnå hvis grunneieren ikke får noen slags kompensasjon. Der det er et reelt valg mellom vern på forskjellige, likeartede eiendommer, kan det virke vilkårlig om den ene må begrense sin virksomhet, mens de andre kan fortsette for fullt. Men ikke alt som kan betraktes som tap, fortjener å bli erstattet. Hvis tapet skyldes at grunneieren ikke får sette i verk et tiltak som bare er lønnsomt med offentlig tilskudd, er det knapt noen mening i å gi erstatning. Samfunnets formål med tilskuddet er jo å opprettholde en virksomhet som samfunnet ikke finner ønskelig på det området som vernes. For erstatningsspørsmålet er det videre grunn til å skille mellom igangværende og ny virksomhet på eiendommen, selv om grensen mellom igangværende og ny virksomhet kan være vanskelig å trekke f.eks. i jord- og skogbruk.

Å innta det standpunkt at det skal være rett til erstatning for enhver nedgang i eiendomsverdien eller inntektsmulighetene som følge av områdevern (eller andre

²⁴ Det konstitusjonelle innslag virker for tiden mest tydelig i svensk rett, på bakgrunn av regeringsformens bestemmelse (2:18 RF).

miljøreguleringer), vil i praksis gjøre at miljøverdier går tapt. Selv om fellesskapets kasse er stor, viser all erfaring at det er skarp konkurranse om de tross alt begrensede midlene. Erstatning til grunneiere og andre for vern av naturmiljøet har ingen fortrinnsrett i kampen om offentlige budsjetter.

6 Bærekraftig utvikling på forbrukersiden

Etter økonomisk tankegang er det forbrukernes²⁵ valg som bestemmer produksjonen av varer og tjenester. Med en slik forutsetning kan miljømessige forbrukervalg bidra aktivt til å fremme en bærekraftig utvikling. Hvordan legger rettsreglene til rette for dette?

6.1 La oss først se på noen aspekter som vanligvis forbindes med privatretten.

a) Det rettslige utgangspunkt er selvsagt at bestilleren står fritt til å velge blant tilgjengelige varer og tjenester (med forbehold for offentligrettslige reguleringer). Bør det iallfall til storkunder stilles krav om å ta miljøhensyn under anskaffelsesprosessen? Et eksempel på at det er gjort overfor offentlige organer, er den norske lov 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser, der § 6 bestemmer at de "skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssykluskostnader og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen".²⁶ Som man ser, gjelder denne plikten for planleggingen, og dermed begrenser den neppe det offentliges kontraktsfrihet. Loven gir også smått med midler til å håndheve bestemmelsen – at det er adgang for et overordnet organ til å gi pålegg for å få oppfylt loven, kan neppe innvirke på medkontrahentens posisjon der avtalen allerede er inngått.

b) Er det tale om individuelt bestemte ytelser, er utgangspunktet for ytelsen de spesifikasjoner som bestillingen angir. Gjør bestilleren bruk av anbud, kan anbudsrettslige regler føre til at eventuelle miljøkrav må spesifiseres i anbudsgrunnlaget for at bestilleren skal kunne legge vekt på slike kriterier når valget mellom anbudene skal treffes. Det forutsetter at bestilleren har den nødvendige miljøinnsikt allerede når anskaffelsen blir planlagt gjennom anbudsinnbydelsen. Men kanskje er det først når de konkrete anbud foreligger, at det blir lett å se at anskaffelsen kan ha miljøkonsekvenser. Da er det nok for sent å legge vekt på miljøhensyn som ikke er nevnt i anbudsgrunnlaget (om man ikke forkaster alle anbud for å lyse ut på ny). Anbudsrettens regler legger altså større vekt på økonomi enn på miljø.²⁷

c) Gjelder det generiske ytelser, er tanken at summen av forbrukernes

²⁵ Som det fremgår nedenfor, snakker jeg her om "forbrukere" i en langt videre forstand enn vanlig.

²⁶ Se om loven og dens forhold til anbudsreglene Hans Petter Graver: Miljøkrav etter den nye anskaffelsesloven, Lov og Rett 2001 s. 131–51.

²⁷ Anbudsrettens regler blir bestemt både av internasjonale regler (innenfor EØS og WTO), nasjonal lovgivning og standardkontrakter, og det er rom for nyanser. Se Lasse Simonsen: Prekontraktuelt ansvar (Oslo 1997) s. 645 flg. (om miljøhensyn mest eksplisitt s. 694–95), jf. også Kai Krüger: Norsk kjøpsrett (4. utg., Bergen 1999) s. 120 og 210.

etterspørsel kan påvirke masseproduksjonen av varer og tjenester i en miljøgunstig retning. Det er nok lettest å oppnå hvis det er tale om miljølemper som vil ramme kjøperen selv. Forutsetningen er at kjøperen er klar over produktets miljøvirkninger. Er det da bare spørsmål om å få forbrukerne til å handle med miljøtanken i bakhodet og utstyre varene med miljøinformasjon? Ett problem med å basere seg på dette er at reelle valg først kan skje når varen eller tjenesten faktisk blir tilbudt: Forbrukeren kan avslå et tilbud som er på markedet, men det er vanskeligere å få gitt et signal om å få frem et nytt, mer bærekraftig tilbud.

I valget mellom de varer og tjenester som finnes på markedet, er nok mange forbrukere mer opptatt av funksjonalitet, økonomi og status enn av økologisk bærekraft. Og produsentene vil søke å påvirke forbrukerne gjennom sin markedsføring. Så store ressurser som tas i bruk til reklame, får vi tro har en effekt. Da må man spørre seg om det må stilles krav til reklamen for å fremme en bærekraftig utvikling og ivareta miljøhensyn. Bør det f.eks. være lovlig med reklame som spiller på en bruk som ikke er lovlig av hensyn til miljøet? Hvis hovedregelen (som i Norge) er forbud mot motorisert ferdsel i terrenget,²⁸ bør man da tillate suggererende reklamebilder av snøscootere på vidda i strålende sol og firehjulstrekkere på vei ut i elva? Eller må miljøhensyn her vike, ikke bare for næringsfriheten, men også for ytringsfriheten?

d) Den miljøbevisste forbruker bør kunne motsette seg en ytelse som ikke holder rimelig miljøstandard. En slik ytelse bør kunne regnes som en mangel som kan gi forbrukeren misligholdsbeføyelser, selv om det ikke er tatt miljøforbehold i kjøpsavtalen.²⁹ Da vil kjøperen kunne heve kjøpet av hagemøbler produsert av tropisk tømmer når det viser seg at de ikke er sertifisert som forenlig med bevaring av regnskogen. Det kan nok gi kjøperen mulighet til å bruke miljøhensyn som påskudd til å heve et kjøp som hun eller han er misfornøyd med av helt andre grunner. Så lenge ytelsen objektivt sett ikke holder en rimelig miljøstandard, tilsier likevel målet om bærekraftig utvikling at det bør være uten betydning om forbrukeren subjektivt har andre grunner for å påberope seg mangelen. En mer tungtveiende innvending er at en regel om miljømangler som mislighold kan skape rettsusikkerhet for yteren og stimulere til prosesser. Skal man f.eks. kunne heve et bilkjøp eller kreve prisavslag dersom modellen har høyere utslipp av støy og avgasser enn andre modeller? Og hvor mye høyere må utslippene være for å anse det som en mangel? Denne innvendingen svekkes vesentlig hvis reglene om miljømangler knyttes til offentligrettslige miljøkrav – f.eks. når motorgressklipperen ikke oppfyller de støygrenser som forskriftene setter – eller til miljøkrav som kjøperen har spesifisert.³⁰

²⁸ Jf. lov 10. juni 1977 nr. 82 i utmark og vassdrag.

²⁹ Jf. Thomas Wilhelmsson: Bidrag til en grön köprätt, i Peter Blume og Hanne Petersen (red.): Retlig Polycentri (København 1993) s. 19–36 og Bengtsson: Miljöbalkens återverkningar s. 209–17.

³⁰ Se som eksempel på at lovgivningen lar offentligrettslige miljøkrav få slike konsekvenser den norske bustadoppføringslova 13. juni 1997 nr. 43 §§ 7 første ledd og 25.

6.2 Det synes vanskeligere i våre samfunn å påvirke forbrukernes valg ved direkte reguleringer.

Riktignok lar det seg gjøre å forby bruk av klart miljøfarlige produkter, særlig hvis det finnes funksjonelle alternativer. Men ligger miljøproblemet i det samlede forbruk av et produkt eller en tjeneste ved fri etterspørsel, er det ikke lett å få satt en grense (et tak) for forbruket.³¹ Skal man innføre en grense, blir det spørsmål om hvordan de tilgjengelige produkter skal fordeles blant forbrukerne. Nåtidens overflodssamfunn har liten erfaring med den rasjonering som man tidligere kunne ha ved vareknapphet. Og vil rasjonering på grunn av "miljøknapphet" møte mindre aksept enn ved vareknapphet? Under enhver omstendighet vil det være en utfordring å få til en rasjonering som gir en rettferdig fordeling uten omfattende administrasjon.

Man gjør derfor klokt i å se seg om etter alternativer. Å bruke *miljøkvalitetsnormer*³² i stedet for forbruksgrenser kan ha den fordel at det gjør det klarere hvilke mål vi er ute etter å realisere, og fastsettingen av miljøkvalitetsnormene åpner mer direkte for en diskusjon om hvilken miljøstandard vi ønsker. Problemet med å fordele forbruket opp til den grensen som miljøkvalitetsnormen setter, består imidlertid. Og når normen blir overskredet, oppstår spørsmålet om hvem som skal treffe tiltak, og hvilke tiltak, for å få den overholdt.

Prising kan brukes til å fremme miljøvennlig nøysomhet. Hvem skal da sørge for å sette prisen så den ivaretar miljøhensyn? Det er her bruk av avgifter kommer inn i bildet – se under 10. Det er også andre problemer med pricing som virkemiddel. Det varierer hvor priselastisk etterspørselen etter et produkt eller en tjeneste er. Og pricing kan få fordelingsvirkninger som man reagerer mot i nordiske solidaritetssamfunn. I sin ytterste konsekvens innebærer jo bruk av prisinstrumentet at de rikeste har frihet til å forurense.

Andre sider ved prisfastsettingen kan det være lettere å regulere i et bærekraftperspektiv. Kvantumsrabatter er et vanlig fenomen som stimulerer mer til overforbruk enn til forsiktig husholdning. For yteren kan transaksjonskostnadene pr. produktenhet være mindre ved store kvanta enn ved små, så mellom partene kan en kvantumsrabatt være økonomisk rasjonell. Men hvis det samlede forbruk er et miljøproblem, taler det for at prisen i stedet bør stige med økende forbruk. Energiforsyning er et nærliggende eksempel: Ved levering til husholdninger bør prisen settes etter en rimelig tariff for et begrenset forbruk til å dekke basisbehov,

³¹ I 1970-årene opererte Stortinget med et tak for flytrafikken på Fornebu, som den gang var Oslos hovedflyplass. Hovedbegrunnelsen lå i hensynet til nærmiljøet, og grensen hadde ikke fått noe bindende rettslig uttrykk. Da trafikken nærmet seg taket, så man stille bort fra det.

³² Miljøkvalitetsnormer kan anta forskjellige former. Typisk angir de grensen for forekomsten av et bestemt forurensende stoff i naturmiljøet eller for visse miljøbelastninger (f.eks. støy målt i db(A) i en viss avstand fra støykilden). I bærekraftperspektiv kan det være vel så nærliggende å knytte en miljøkvalitetsnorm til forekomsten av en bestemt art i et visst miljø ("miljøindikatorer").

og så etter en høyere tariff for overforbruk. Kan vi vente at energiverkene innfører slike tariff, eller bør det lovfestes i energilovgivningen?

7 Bærekraftig utvikling i produsentleddet

7.1 Produsentleddet har stor betydning for en bærekraftig utvikling. Men kanskje er det også her en tendens i våre samfunn til å rendyrke rollene. For noen tiår siden var spørsmålet om ikke bedriftene måtte ta sterkere miljøhensyn som et ledd i sin ordinære virksomhet. Nå kan det se ut til at det dominerende syn er forretningsmessig drift for å maksimere overskuddet – innenfor de rammevilkår av miljømessig og annen art som samfunnet har satt. Kan hende skyldes det en hardere konkurransesituasjon i et globalisert marked. Men hvis dette innebærer konkurranse på pris og ikke på miljø, er det neppe noen fordel for en bærekraftig utvikling. Konsekvensen blir lett at da må miljøhensyn ivaretas gjennom krav som myndighetene setter til selskapene.

7.2 Ofte understreker man behovet for at myndighetene sørger for stabile rammebetingelser for næringslivet. Men prinsipielt kan man spørre om ikke næringslivet bør forholde seg til og akseptere miljømessig usikkerhet på linje med markedsmessig usikkerhet. Forventningen om stabile rammebetingelser kommer under press hvis målet om en bærekraftig utvikling gjør det nødvendig å endre praksis i næringslivet i dag, og næringslivets aktører – av konkurransehensyn eller andre grunner – ikke selv treffer de miljøgunstige beslutninger som trengs.

Da kan miljømål gjøre det nødvendig å innføre eller skjerpe generelle reguleringer, og å skjerpe individuelle krav til næringsutøverne. For å unngå konkurransevridning er generelle reguleringer å foretrekke fremfor individuelle krav. Men det sier seg selv at kravene må kunne rettes mot de sektorer som lettest kan oppfylle dem, selv om utslag i prisene kan tenkes å medføre at en del av etterspørselen i stedet går til andre sektorer. Individuelle innstramninger kan være nødvendig der virksomheten bygger på en tillatelse gitt etter individuell vurdering. Ikke minst er det i mange tilfelle de lokale resipientforhold eller den regionale situasjon som har betydning for miljøvirkningene av en virksomhet.

Det bør derfor være en vid adgang til å omgjøre og endre vilkårene som er satt av miljøhensyn i en tillatelse til næringsvirksomhet. Hvis man tar målet om bærekraftig utvikling alvorlig, kan det på den annen side være behov for å begrense adgangen til å lempe på fastsatte vilkår dersom en slik lemping vil ha nevneverdige negative virkninger for naturmiljøet. Den usikkerhet som en vid omgjøringsadgang kan medføre for næringsutøverne, bør reduseres ved å konkretisere miljømålene og sikre god tilgang til opplysninger om miljøsituasjonen.

Innføring av omsettelige utslippskvoter – som rettslig sett er en begrenset rett eller tillatelse til å belaste miljøet – vil først og fremst være et middel til kostnads-effektiv utnytting av den utslippsfriheten som de forskjellige virksomhetene får.

Omsetteligheten kan stimulere den enkelte virksomhet til å klare seg med mindre enn sin utslippskvote og selge det overskytende, men gir ikke i seg selv noen sikkerhet for at de samlede utslipp blir redusert. Siden kvotene skal kunne omsettes fritt, må forutsetningen fra miljøsynspunkt være at det dreier seg om utslipp der virkningene ikke er avhengige av de lokale eller regionale resipientforhold. Dette betyr at det først og fremst er ved globale luftforurensninger at et system med utslippskvoter kan være egnet, og derfor er det spørsmålet om reduksjon av klimagassutslipp etter Kyoto-protokollen³³ som har satt fart i diskusjonen om utslippskvoter. Når kvoteordningen skal gjennomføres nasjonalt, vil det imidlertid være nødvendig både å vurdere bl.a. prinsippene for tildeling av kvoter, kontrollproblemene – hvordan sikre at ingen går ut over sin kvote når kvoten stadig skifter eier? – og hvordan man skal gjennomføre suksessive reduksjoner ved inndragning av kvoter.

7.3 Et karakteristisk trekk er at stadig mer økonomisk virksomhet skjer i regi av aksjeselskaper. Hvor fritt står aksjeselskapets styrende organer til å ta miljøhensyn og fremme bærekraftig utvikling hvis det går på bekostning av aksjonærenes utsikt til større overskudd?

Det er nok sjelden at vedtektene for det enkelte selskap løser spørsmålet. Da kan det hevdes at aksjeselskapets formål prinsipielt er å skaffe sine eiere – aksjonærene – størst mulig overskudd.³⁴ Med et slikt syn blir det fort urettmessig i forhold til aksjonærene om styre og direktør tar miljøhensyn som ikke er forretningsmessig motivert. Er dette forenlig med tanken om at en bærekraftig utvikling må gjennomsyre alle sektorer?

Spørsmålet kan ha forskjellig rekkevidde for forskjellige selskaper. Det kan illustreres med etableringen av et eget statsaksjeselskap i Norge for forvaltning av statens eierandeler i petroleumsvirksomheten, jf. petroleumsløven³⁵ kap. 11. Her heter det at styret skal sørge for en forsvarlig forvaltning "i samsvar med forretningsmessige prinsipper" (§ 11–6). Betyr det at styret er avskåret fra å ta økologiske hensyn, f.eks. når det gjelder å gå i gang med leteboring etter gass utenfor Finnmark (Snøhvit-feltet)? Et så vidtrekkende spørsmål – enten det gjelder å gå i gang eller å avstå – må nok styret forelegge for generalforsamlingen (dvs. statsråden) etter lovens særregler om det. Men hvis det er spørsmål som styret avgjør selv, kan det da legge avgjørende vekt på økologiske hensyn? Slik loven er utformet, gir den iallfall ikke styret noen oppfordring til å gjøre det.

Spørsmålet er om miljøhensyn og hensynet til en bærekraftig utvikling overhodet inngår som et nødvendig element i "forretningsmessige prinsipper". Moderne regnskapslovgivning stiller krav om å redegjøre for miljøforhold i selskapets

³³ Protokoll 11. desember 1997 til FNs rammekonvensjon 9. mai 1993 om klimaendringer.

³⁴ Se Clas Bergström og Per Samuelsson: *Aktiebolagets grundproblemer* (Stockholm 1997).

³⁵ Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet, som endret ved lov 18. mai 2001 nr. 23.

årsberetning eller regnskap. Et stykke på vei kan derfor svaret være ja, særlig hvis selskapet opererer i miljøbevisste omgivelser. Da vil det selskap som forurensrer unødig, kunne tape anseelse med økonomiske konsekvenser. Om det faktisk går slik, kan avhenge av om forbrukermakten er reell og blir brukt på bærekraftig måte. Et selskap kan komme til å gjøre sitt for å motvirke en negativ effekt. Satt på spissen kan aktiv PR-innsats være et alternativ til forurensningsbekjempelse.

Dette resonnementet innebærer at miljøopplysninger om en næringsvirksomhet vil ha forretningsmessig betydning. Vil de da falle inn under lovgivningens bestemmelser om taushetsplikt for forretningshemmeligheter? Disse bestemmelsene kan være formulert på forskjellige måter som kan gjøre det mer eller mindre nærliggende at de omfatter miljøopplysninger. Gjør de det, vil det begrense den forbrukermakten som det ble vist til ovenfor. Men – muligens med unntak for opplysninger som røper selve produksjonsprosessen – bør nå Århuskonvensjonen av 1998 som utgangspunkt gjøre at taushetsplikt om forretningsmessige forhold ikke omfatter miljøopplysninger.³⁶

Uansett er det etter mitt syn urealistisk å tro at forretningsmessige prinsipper *alltid* åpner for å legge vekt på en bærekraftig utvikling, og at denne muligheten vil bli brukt. De internasjonale legemiddelprodusentenes holdning til prisingen av medisin mot hiv og til produktkopier i utviklingsland, særlig i Afrika, skulle være nok til å vise det.

7.4 Også utviklingen av nye generelle konsepter for næringsdrift kan trenge til en miljømessig vurdering, gjerne i form av en miljøkonsekvensutredning. "Just in time"-konseptet er et eksempel. Poenget er å begrense lagerhold mest mulig ved å sikre løpende tilførsel av de innsatsfaktorer som trengs i produksjon og salg. Bedriftens lagerutgifter blir mindre, og likviditeten bedre. Men miljøet betaler en pris. I skogbruksnæringen kan det føre til hogst og utkjøring over hele året, ikke bare vinterstid når mark og biotoper tåler mest. Generelt legger "just in time"-konseptet opp til en strøm av små transporter som øker den samlede miljøbelastning ved samferdsel. I våre økonomiske systemer er det nærliggende å se det som en utfordring for næringslivets organisasjoner å foreta miljøkonsekvensutredninger av slike nye konsepter før de tas i alminnelig bruk i næringslivet.

8 Bærekraftig nyskaping

8.1 Mye av den produksjonen som foregår, tilfredsstiller anerkjente behov. Det forekommer også produksjon som kan virke irrelevant i et bærekraftsperspektiv,

³⁶ Se konvensjon 25. juni 1998 om tilgang til miljøinformasjon, allmennhetens deltakelse i beslutningsprosesser og adgang til klage og domstolsprøving på miljøområdet. For norsk del gir Grunnloven § 110 b annet ledd om retten til miljøinformasjon et solid argument for denne løsning.

og som beslaglegger produksjonsressurser som kunne ha vært brukt bedre. Men å treffe tiltak mot "overflødig" produksjon kommer lett på tvers av forventninger om individuelt mangfold og behovstilfredsstillelse.

Livssyklusprinsippet – prinsippet om å vurdere produkter fra vuggen til graven – er et viktig bidrag til en bærekraftig utvikling. Det trenger jo ikke være produksjonen eller bruken av et produkt som er det store miljømessige problemet, men disponeringen etter bruk eller frembringelsen av innsatsfaktorer i produksjonen. Avfallsproblemet er naturligvis en hovedårsak til at atomenergien ikke regnes som bærekraftig. Men det vil ikke alltid være like lett å gjennomføre livssyklusprinsippet i praksis, siden et produkt kan bli utnyttet på forskjellige måter og innsatsfaktorene i produksjonen kan ha blitt fremskaffet på mer eller mindre bærekraftig vis.

Når det søkes om utslippstillatelse til forurensende produksjon, kan det da legges vekt på miljøproblemer knyttet til råstoffene og på om produktet skaper et miljøproblem ved bruk eller som avfall? Kan myndighetene avslå utslippstillatelse av slike grunner, selv om produksjonen i seg selv ikke trenger å volde utslipp av betydning, eller sette nærmere vilkår for å motvirke disse ulempene, f.eks. om krav til innsatsfaktorene? Det beror i første hånd naturligvis på hva forurensningslovgivningen selv tar direkte høyde for. Men det vil også spille en rolle hvilken vekt man gir prinsippet om bærekraftig utvikling. I Norge vil det være nærliggende med en bekreftende svar i lys av Grl. § 110 b og forurensningslovens formålsparagraf, som ikke stenger for dette, og på bakgrunn av Høyesteretts betraktningssmåte i Rt. 1993 s. 528. Men bør man gå så langt? I praksis kan det være vanskelig å få kontrollert vilkår om forhold som innehaveren av tillatelsen selv ikke har noen rådighet over (f.eks. fremtidig bruk). Dessuten kan det spørres hvor mye det bidrar til bærekraftig utvikling om en nordisk bedrift blir nektet tillatelse pga. innsatsfaktorene i produksjonen, dersom de samme innsatsfaktorer i stedet blir brukt et annet sted i verden. Skal vi legge avgjørende vekt på eksemplets makt når vi i Norden setter krav til våre egne virksomheter?

8.2 Det trengs både nye produksjonsprosesser og nye produkter for å redusere miljøbelastningen og dekke de behov som en bærekraftig utvikling forutsetter. Hvordan kan rettsregler bidra til dette?³⁷

Å gå rett på sak med *rettslig bindende pålegg* er ikke så enkelt. Det er vanskeligere å pålegge noen å gjøre det ukjente enn det kjente. Men i utslippstillatelser etter forurensningslovgivningen har man ofte utslippsgrenser (funksjonskrav) som ikke lar seg overholde med dagens teknologi, og som forutsetter en utvikling av nye produksjonsprosesser eller rensetiltak. Det blir derfor bestemt at

³⁷ Jeg legger ikke her opp til å diskutere om patentsystemet er eller kan bli egnet til å fremme en bærekraftig produktutvikling. I utgangspunktet er det ikke-diskriminerende, i den forstand at det kan brukes like godt på miljøskadelige som på miljøvennlige oppfinnelser.

disse utslippsgrensene først får virkning på et senere tidspunkt. Lykkes ikke bedriften med sitt utviklingsarbeid, får man spørsmål f.eks. om fristutsettelse.³⁸

En annen mulighet er å pålegge en bransje eller flere bedrifter i fellesskap å forestå utviklingsarbeid. Det vil kreve en egen lovhjemmel,³⁹ der man samtidig må vurdere hvilke rettssubjekter et slikt pålegg skal omfatte og det innbyrdes ansvarsforhold mellom dem.

Når det kommer *ny teknologi*, kan man spørre om ikke den primært bør brukes til å fremme en bærekraftig utvikling. I den norske genteknologiloven heter det at utsetting av genmodifiserte organismer bare kan godkjennes når det ikke foreligger fare for miljø- og helsemessige skadevirkninger, og at det ved avgjørelsen skal legges "vesentlig vekt på om utsettingen har samfunnsmessig nytteverdi og er egnet til å fremme en bærekraftig utvikling" (§ 10 annet ledd). Jeg mener for min del at genmodifisering for å gi oss ferske jordbær i januar ikke oppfyller disse kriteriene, men må antakelig konstatere at kriteriene så langt har gjort lite i praksis for å sikre at genteknologien fortrinnsvis blir tatt i bruk som et middel til bærekraftig utvikling.

Et annet middel til å iverksette nye tiltak kan være å bruke *samfunnseide produksjonsbedrifter* til dette. Det kan jo hevdes at hvis det skal være noen mening med statseide bedrifter, så må det være for å kunne gjøre noe annet enn det man forventer av det private næringsliv. Da vil det nettopp være nærliggende å benytte statseid virksomhet til miljømessig utviklingsarbeid. Tendensen i de senere år har imidlertid gått i motsatt retning. Statlige (og vel også kommunale) bedrifter organiseres mer og mer som selvstendige selskaper som skal konkurrere på like fot med private og med rammebetingelser på linje med dem. Fokus på det regnskapsmessige resultat kan lett ta oppmerksomheten bort fra miljøvirkningene. Dersom reglene i EF og EØS ikke tillater særskilte organisasjonsformer for offentlige foretak med særskilte formål samtidig som de deltar i det private marked, begrenser det muligheten for slike virkemidler til bærekraftig utvikling.⁴⁰

I forhold til private foretak og bransjer vil det være mest nærliggende med *avtaler* om forskning og utviklingsarbeid for å fremme bærekraftig produksjon. Kan slike avtaler utløse en større skapende innsats i den private sektor enn et offentligrettslig pålegg gjør? Når det gjelder motytelsen fra det offentlige i slike

³⁸ Har bedriften fulgt opp pålegget med et rimelig forsknings- eller utviklingsarbeid, vil det sjelden være noen grunn til å avslå en slik fristutsettelse – selv om man inntar det syn på omgjøringsadgangen som jeg har skissert under 7.2.

³⁹ Den norske forurensningsloven (lov 13. mars 1981 nr. 6) hadde opprinnelig i § 11 en slik lovhjemmel, men den ble opphevet før loven trådte i kraft i 1983.

⁴⁰ ESA har gitt uttrykk for at den norske statsforetaksloven (lov 30. august 1991 nr. 71) strider mot EØS-avtalens bestemmelser om statsstøtte fordi lovens §§ 51 og 53 medfører et statlig subsidiært garantiansvar overfor kreditorene etter oppløsning av statsforetaket. En slik garantiordning kan være meget tjenlig nettopp når foretaket skal utvikle nye produkter på bakgrunn av et mål som går langt ut over det å maksimere overskudd.

avtaler, kan man imidlertid komme opp i problemer. En forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet – f.eks. løfte om utslippstillatelse til bruk av den nye produksjonsprosessen når den er ferdig utviklet – kan bli problematisk hvis ikke kravene til prosessen i utslippssammenheng er klart spesifisert. Er motytelsen penger, må man vokte seg så det ikke blir å betrakte som et tilskudd som kan rammes av reglene om statsstøtte i EF og EØS.

9 Bærekraftig transport

Vårt transportmønster, både i næring og fritid, illustrerer godt behovet for nye virkemidler til å fremme en bærekraftig utvikling. Det er tydelig hvordan friheten til å konkurrere kan føre til en overkapasitet som belaster miljøet. Flyselskapene har kjempet om hvem som skulle forblø økonomisk, forbrukerne har heiet på for å få lavere billettpriser, og miljøet har fått merke utslippene.

Om samferdselslovgivningen har miljøhensyn med i formålsparagrafen (slik det er med den norske lov 4. juni 1976 nr. 63 § 1 nr. 3), er det grunn til å spørre om det har gitt konkrete utslag. I et samfunn basert på mobilitet, frihandel og konkurranse er det vanskelig å få minimalisert miljøulempene fra transport. I praksis er det problematisk med direkte reguleringer rettet mot de enkelte transportere. Det er i mange tilfelle tvilsomt hvor priselastisk etterspørselen etter transport er, og atskillig taler for at prisen i mange tilfelle betyr mest for valget av transportform. Under den forutsetning blir det viktig å sikre at de mest miljøvennlige transportformer kan konkurrere prismessig.

Siden det er vanskelig å regulere de enkelte transportere ut fra miljøhensyn, bør man i stedet legge avgjørende vekt på miljøhensyn når *infrastrukturen* anlegges. Dette skaper for det første et behov for samordnet transport- og arealplanlegging som kan redusere transportbehovet (i praksis mest for arbeidsreiser) og minske de miljømessige ulempene fra transport i nærmiljøet. For det annet er det behov for å utvikle infrastrukturen for de mest miljøvennlige transportformene – typisk å utvikle jernbanenettet minst i takt med hovedveinettet. Overhodet vil en effektiv kollektivtransport gjennomgående gi en bedre miljømessig dekning av transportbehovet enn individuelle transportere. Anvendt på transport tilsier derfor målet om bærekraftig utvikling at man tilrettelegger for kollektivtilbud og begrenser tilretteleggingen for individuelle transportere.

Rettslig kan det gjøre at man bør avskaffe eller begrense krav om parkeringsplasser, særlig for arbeidsreiser, i samband med nybygging. Rettslig tilrettelegging av kollektive tilbud vil være mer av en ny utfordring. Betyr det at kommunene bør påta seg eller pålegges en rettslig forpliktelse til å utvikle og holde ved like et kollektivt tilbud? Bør det tas betaling for bruken av veier (veiprisering)? Bør disse inntektene – og kanskje eiendomsskatten – brukes til å finansiere et kollektivt transporttilbud?

10 Miljøavgifter

I de senere årene har miljøavgifter vært fremholdt som et viktig virkemiddel til å fremme en bærekraftig utvikling. Det er nok flere årsaker til dette. En av dem kan være en viss reguleringstretthet, som kan henge sammen med at vi i Norden etter hvert har fått løst mange av de mest åpenlyse forurensningsproblemene. Det kan også henge sammen med at miljøproblemer som nå står sentralt på dagsordenen, skyldes sumvirkningen fra mange enkeltstående påvirkningskilder. Endelig gir bruk av avgifter fremfor direkte reguleringer pliktsubjektene større frihet til selv å velge tilpasning, og det er ikke sjelden å møte det syn at det krever mindre ressurser hos det offentlige å administrere en avgiftsordning enn direkte reguleringer.

Men det er mange grunner til at miljøavgifter ikke er noe generelt svar på miljøproblemene. Er det konkurranse om å redusere skattetrykket, kan miljøavgiftene lett komme i klemme. Gjelder det en tidsbegrensning for avgiftsvedtak – etter den norske Grunnloven § 75 må de fornyes hvert år – inviterer det både til lobbyvirksomhet og til å se avgiftene som middel til å saldere statsbudsjettet. Hvis etterspørselastisiteten er liten for det avgiftsbelagte produktet – som den kan se ut til å være for bensin – har avgiften liten miljømessig virkning. Iallfall blir det slik hvis avgiftsprovenyet går inn i den store statskassen og ikke blir øremerket til miljøformål, noe finansdepartementer pleier å motsette seg på det sterkeste. Mer prinsipielt kan avgiften lett oppfattes som et signal om at ”du har lov hvis du bare betaler”, og da blir den mindre holdningsskapende enn direkte reguleringer. Nullutslipp er vanskelig å sikre med avgifter, og avgifter er vanskelige å bruke når det er stor forskjell på resipientenes sårbarhet. De kan også ha fordelingsvirkninger som gir en sosial slagside – man kan nevne kjøring i distriktene med svakt kollektivtilbud og barnefamiliernes kjøring til barnehager. Kontrollproblemer er det også ved avgifter. Men overfor økonomisk rasjonelle aktører – først og fremst i næringslivet – kan et avgiftssystem bidra effektivt til å redusere miljøbelastningen dersom det er hensiktsmessig utformet.

11 Trenger vi miljørettigheter?

11.1 Et karakteristisk trekk ved rettssystemet i vestlige land er at det er individorientert. Det er gjennomgående nålevende enkeltindivider som har rettigheter og som beskyttes mot inngrep. Egeninteressen kan styre vår rettslige handlefrihet. Miljøet er en utpreget fellesinteresse. Offentlig forvaltning må ha støtte i loven for å pålegge individer plikter, og det er i beste fall et åpent spørsmål om domstolene på rent ulovfestet grunnlag vil være villige til å stille opp miljømessige plikter. Er det tale om å endre et forvaltningsvedtak, har private parter som har fordel av vedtaket, som regel sterkere beskyttelse enn de allmenne interesser – typisk miljøhensyn – som er tilgodesett.

Her er det i utgangspunktet en klar ulikevekt, som er blitt mer merkbar ettersom vi ser at menneskelig virksomhet kan true naturmiljøet. Noe er gjort for å rette den opp. Bør vi gå lenger i å etablere individuelle miljørettigheter?

11.2 Naturmiljøet er langt på vei felles. Vann- og luftkvaliteten er den samme for alle som oppholder seg på stedet og respekterer ikke eiendomsgrenser mer enn trekkende arter gjør det. Det gir derfor liten mening å snakke om subjektive særretter til ren luft og rent vann. Gjelder det en vanlig rettighet, kan rettighetshaveren gi avkall på den, eventuelt mot vederlag. En slik rettighet vil være et dårlig virkemiddel for å realisere en bærekraftig utvikling med vekt på solidaritet med fremtidige generasjoner og andre stater.

Man kan likevel tenke seg materielle miljørettigheter som individet kan påberope seg uten å kunne gi avkall på dem. Innholdet av slike rettigheter kan bygge på spesifikk lovgivning – medregnet miljøkvalitetsnormer – eller utledes av mer generelle prinsipper. I begge tilfelle kan den nasjonale lovgiver vedta hvilket innhold retten skal ha for fremtiden.

Beskyttelse mot lovgiverne kan individet få ved grunnlovfestede eller menneskerettsbaserte miljørettigheter. I begge tilfelle vil det som regel bli tale om å trekke slutninger fra meget generelle prinsipper til konkrete miljøkrav. I naboforhold har Den europeiske menneskerettsdomstol ved enkelte anledninger trukket slike slutninger fra bestemmelsene i den europeiske menneskerettskonvensjon. Den har ansett nattflyvning på Heathrow flyplass for å være i strid med den rett til respekt for sitt privatliv som naboene har etter EMK art. 8.⁴¹ Uansett om man har sympati for resultatet, kan man spørre om dette er avveininger som bør foretas av en domstol i stedet for av folkevalgte nasjonale organer, se under 13. Jeg anser det viktigere at man ikke tolker og anvender regler på en måte som strider mot miljøhensyn, enn at miljøspørsmål blir gjort til menneskerettigheter.

11.3 Det er vanskelig å utforme materielle miljørettigheter. Miljøkrav som ledd i en bærekraftig utvikling berører mange sider ved samfunnet og bør vedtas av folkevalgte organer eller under deres ansvar. Men det er viktig å sikre at miljøinteresserte kan ta aktivt del i beslutningsprosessene og bidra til håndhevingen av vedtatte miljøkrav. Dette gir grunnlag for *prosessuelle rettigheter*.

Når det gjelder individrettigheter, ligger tyngdepunktet internasjonalt nå på å utvikle prosessuelle rettigheter fremfor materielle. Også i de nordiske land har det vært en utvikling når det gjelder å gi foreninger, grupper av interesserte og enkeltindivider rett til å klage over forvaltningsvedtak og påtaleavgjørelser eller reise sivil søksmål i miljø saker.⁴² Utviklingen blir påskyndet av Århuskonven-

⁴¹ Dom 2. oktober 2001 i sak *Hatton and Others v. UK* (application no. 36022/97). Dommen er nå bragt inn for domstolens storkammer.

⁴² I nordisk rettslitteratur se senest Roberth Nordh: *Talerätt i miljömål* (Uppsala 1999) og Per Henrik Lindblom: *Miljöprocess I-II* (Uppsala 2001–02).

sjonen av 1998. Gruppesøksmål, som overveies aktivt i flere av de nordiske land, kan bl.a. være et middel til å håndtere mange små miljøbelastninger som til sammen har merkbar effekt.⁴³ I en videre utvikling kan det også være spørsmål om miljøinteresserte bør kunne kreve at forvaltningsorganet gjør bruk av sin kompetanse til å gi pålegg for miljøformål, på samme måte som forvaltningen er forpliktet til å behandle en søknad.

12 Håndhevingsspørsmål

12.1 For å sikre at miljøkrav til økonomiske virksomheter blir etterlevd, er en flersidig strategi i bruk: internkontroll, myndighetskontroll, og miljøinteressertes kontroll.

Bruken av internkontrollsystemer bygger dels på at bedriften selv er nærmest til å holde oppsikt med at den følger de fastsatte krav, og på at internkontroll kan være et middel til å internalisere miljøkravene i bedriftskulturen, dels på at offentlige myndigheter har begrenset kapasitet til å føre kontroll. Men faren for egeninteresse gjør at internkontroll aldri må bli enerådende, og bør tilsi åpenhet om internkontrollen i forhold til den miljøinteresserte allmennhet.

Miljøinteresserte bør ha vid adgang til å bruke rettsmidler mot avgjørelser som vil innvirke på miljøsituasjonen og til å kreve tiltak mot virksomheter som ikke overholder de fastsatte krav. Det bør ikke være regler om at bare offentlige myndigheter kan anmelde eller begjære påtale for straffbare overtredelser.⁴⁴ Men miljøinteressertes prosessuelle rettigheter i håndhevingen bør ikke være noen sovepute for offentlige myndigheter. Skulle man overlate håndhevingen til interesserte enkeltpersoner og foreninger, vil man kunne oppleve at den enkelte velger å sitte på gjerdet og satse på at andre tar seg av håndhevingen ved ulovlige miljøkrenkelser.

12.2 Når det gjelder miljøinteressertes håndhevingsmuligheter for domstolene, er det et særskilt reformbehov. Århuskonvensjonen krever i artikkel 9 at miljøinteressertes tilgang til domstolene ikke må bli hindret av at det vil være urimelig tyngende økonomisk. I mange tilfelle vil det være mangel på likevekt mellom de ressurser som en bedriften kan bruke til å ivareta sine interesser, og den økonomiske stilling som de miljøinteresserte enkeltindivider eller foreninger er i. Det kan gi større likevekt om det etableres et fond eller annen ordning som kan gi tilskudd til sakførselen i miljø saker av prinsipiell eller stor betydning.

⁴³ Gruppesøksmål (kollektive søksmål) ble diskutert på det 33. nordiske juristmøte (København 1993) etter innledning av Peter Møgelvang-Hansen, se bind I s. 223–30 og bind II s. 691–707. I nordisk rettslitteratur se først og fremst Per Henrik Lindblom: Gruppptalan (Stockholm 1989).

⁴⁴ I norsk rett bestemmer skogbruksloven (lov 21. mai 1965) § 52 at det bare er skogoppsynet som kan begjære påtale for overtredelser av loven, også når det gjelder bestemmelser fastsatt av hensyn til naturvern og friluftsliv.

En rettsavgjørelse om lovligheten av et naturinngrep vil ofte ha liten interesse hvis inngrepet er satt i verk før dommen foreligger. Mange inngrep kan ikke gjøres om, og iallfall vil det være et spill av ressurser. Den miljøinteresserte kan noen ganger frykte at hensynet til å unngå bortkastede ressurser kan virke inn på avgjørelsen om tiltaket er lovlig, dersom det allerede er satt i verk. Det kan derfor være viktig å få stanset iverksettingen gjennom regler om midlertidige forføyninger. Men det kan være meget risikabelt for den miljøinteresserte dersom det inntreffer erstatningsansvar for inntektstap og annet forsinkelsestap ved en pålagt stans i påvente av rettslig avklaring, om søksmålet til sist ikke fører frem. En ordning med objektivt ansvar for slikt tap – som etter den norske tvangsfullbyrdselsloven⁴⁵ – harmonerer ikke med Århuskonvensjonens regler.

13 Nasjonal, bærekraftig rettsutvikling i internasjonaliserings tid

Det er to utviklingstrekk som preger rettssystemet for tiden: internasjonalisering og rettsliggjøring av samfunnet.

Internasjonaliseringen viser seg aller mest gjennom menneskerettighetene og konkurranse- og frihandelsavtaler. Ingen av dem har miljøet og fremtidige generasjoner spesielt for øyet. Begge er rettet mot nålevende individer og økonomiske aktører.

En bærekraftig rettsutvikling kan møte hindringer ved at nye miljøregler må innordne seg mer generelle prinsipper. Både regelverket om frihandel i WTO-avtalen og de fire friheter i EF og EØS reiser spørsmål av denne type, og det samme gjelder forbudet mot statsstøtte. Skal dette f. eks. være til hinder for å gripe inn mot en ikke bærekraftig produksjon (f.eks. nedhogging av regnskog) ved å forby importen av produktet og dermed redusere eller fjerne markedet og incitamentet til produksjonen? Frihandelsreglene har riktig nok visse reserverasjoner for miljømessig motiverte tiltak.⁴⁶ Et stykke på vei kan det hevdes at prinsippene om frihandel og fri bevegelse samt forbudet mot statsstøtte ikke er til hinder for å sette miljøkrav, men bare setter grenser for måten miljøkrav blir satt på. Det kan også diskuteres om frihandel fremmer eller hemmer en bærekraftig utvikling, og svaret kan kanskje ikke gis generelt og uten kvalifikasjoner. Likevel må man se i øynene at både omfattende frihandelsavtaler og de fire grunnleggende friheter i EU og EØS kan begrense utviklingen av nye rettslige virkemidler til å fremme en bærekraftig utvikling. Miljøhensyn blir vurdert opp mot konkurransehensyn, der en forholdsmessighetstest kan bli avgjørende for om

⁴⁵ Se tvangsfullbyrdselsloven 26. juni 1992 nr. 86 § 3–5, jf. også § 15–6 om sikkerhet for erstatningskravet.

⁴⁶ Se om forholdet til WTO-avtalen Ole Kristian Fauchald: *Environmental Taxes and Trade Discrimination* (London 1998).

miljøtiltaket blir akseptert. Arbeidet med MAI-avtalen, den multilaterale avtalen om investeringsbeskyttelse,⁴⁷ kunne ha ført til ytterligere usikkerhet og begrensninger i statenes muligheter til å innføre nye miljøkrav uten å betale erstatning for de tapte muligheter for avkastning for en investor som miljøhensyn kan føre til.

Det er en stigende erkjennelse av at de internasjonale regelverk om handel og miljø ikke er godt nok harmonisert. Men det er langt fra enighet om en harmonisering skal skje med utgangspunkt i handelsregelverket eller miljøregelverket. Det er altså et spørsmål om vi har – eller kan få – et regelverk om frihandel og investeringsbeskyttelse som virker hemmende på arbeidet for en bærekraftig utvikling.

I den grad det er tilfellet, kan effekten bli dobbelt merkbar fordi handelsregelverket er koblet sammen med de mest effektive håndhevingsorganer som det internasjonale rettssamfunn kjenner. Jo mer disse tar utgangspunkt i konkurransehensyn og den mulige virkning på samhandelen som miljøtiltak kan ha, desto lettere kan det skje at miljøhensyn og bærekraftig utvikling kommer i den rettslige bakgrunn. Selv om det internasjonale miljøregelverket er sterkt utviklet gjennom de siste 30 årene, er det grunn til å spørre om det ikke er en ulikevekt hvis man skal ta bærekraftig utvikling på alvor.

Rettsliggjøringen innebærer at stadig flere samfunnsspørsmål og verdivalg defineres som rettslige, og domstolene får myndigheten til å avgjøre dem endelig. Mens en nasjonal domstols avgjørelse av et ordinært lovtolkings spørsmål kan gjøres om for fremtiden ved en lovendring, er det vanskelig å få justert kursen etter en bindende avgjørelse truffet av en internasjonal domstol, fordi internasjonale forhandlinger eller lovgivningsorganer normalt krever enstemmighet.

Med et mål om en bærekraftig rettsutvikling, ligger svaret da i internasjonale miljødomstoler og effektive håndhevingsorganer? Det kan være. Men det oppstår snart alvorlige problemer med samordningen av internasjonale, sektoriserede domstoler og håndhevingsorganer. Iallfall, vil man da kanskje si, trenger vi nasjonale domstoler som gir gjennomslag til konstitusjonelle prinsipper av miljørettslig karakter. Heller ikke dette er problemfritt. For hvilken demokratisk legitimitet har domstoler – nasjonale eller internasjonale – sammenlignet med folkevalgte organer, og er det riktig å overlate til jurister i siste instans å bestemme hvor veien mot en bærekraftig utvikling skal legges?

14 Noen teser til diskusjon

Fremstillingen foran reiser en lang rekke spørsmål som kan fortjene diskusjon. Noen av dem kan sammenfattes i følgende teser:

⁴⁷ Forhandlingene i regi av OECD ble avsluttet i 1998, men spørsmålene blir nå tatt opp igjen i regi av WTO.

Tese 1: Bærekraftig utvikling kan i dag bli hemmet av lovverket utenfor miljøretten. De nordiske land bør få i stand en fullstendig gjennomgåelse av lov- og forskriftsverk for å fremme en bærekraftig utvikling.

Tese 2: Bærekraftig utvikling er i Norden et rettslig prinsipp som domstolene må ta i betraktning ved rettsanvendelsen.

Tese 3: Det kompetente forvaltningsorgan må kunne ta miljøhensyn og fremme en bærekraftig utvikling uten å bli hindret av noe forvaltningsrettslig spesialitetsprinsipp.

Tese 4: Miljøhensyn kan påberopes av parter og beslutningstakere også i kontraktsretten og selskapsretten.

Tese 5: Eiendomsretten må utøves under hensyntaken til naturmiljøet. En grunneier bør som utgangspunkt tåle at eierrådigheten blir begrenset av miljøhensyn, men kan ha krav på erstatning når pågående virksomhet blir begrenset.

Tese 6: Krav om kostnadseffektivitet må ikke hindre bruk av føre vår-prinsippet.

Tese 7: Næringsdrivende må forholde seg til og akseptere miljømessig usikkerhet på linje med markedsmessig usikkerhet.

Tese 8: Det trengs nye rettslige virkemidler for å sikre bærekraftig nyskaping og infrastruktur.

Tese 9: Miljøinteresserte og deres organisasjoner må ha et vidt spekter av virkemidler til å sikre at miljøkrav blir overholdt, uten at de behøver å løpe en betydelig økonomisk risiko.

Tese 10: Det er ubalanse i internasjonale domstoler og håndhevingsorganer når det gjelder å sikre miljøhensyn i forhold til andre hensyn. Miljøkrav bør fortrinnsvis fastsettes av de lovgivende myndigheter.

Knut Bergo

Selskapenes handel med egne aksjer –
børs- og aksjerettslige aspekter

Selskapenes handel med egne aksjer – børs- og aksjerettslige aspekter

Av advokat Knut Bergo, Norge

De norske aksjelovene fra 1997 åpner for at selskapene kan foreta erverv av egne aksjer tilsvarende inntil 10 prosent av aksjekapitalen. Dette reiser særlige spørsmål i børsnoterte selskaper; bl.a. med hensyn til håndteringen av informasjonsplikt overfor børs, bruk av innsideinformasjon, likebehandling av aksjonærer og forbudet mot kursmanipulerende aktiviteter. De nye aksjerettslige regler ble i liten grad utformet med tanke på de børsnoterte selskaper. Det kan spørres om børsen bør innføre strengere regler; bl.a. hva gjelder selskapenes mulighet for å foreta kjøp og salg som ikke skjer etter at et tilbud er rettet mot samtlige aksjonærer på like vilkår. Dette reiser særlige spørsmål i oppkjøpsfaser. I mindre og illikvide selskaper kan det generelt være grunn til betydelig forsiktighet med kjøp av egne aksjer over børs, siden dette kan påvirke prisingen i markedet.

Knut Bergo er født 1967, can.jur. i Oslo 1991 og dr.juris. samme sted 2002. Bergo har siden januar 2000 vært partner i advokatfirmaet Wikborg, Rein & Co. Han har skrevet en rekke artikler og bøkene "Oppgjør- og rettsvern i Verdipapirsentralen" (1990), "Børs- og verdipapirrett" (1997), Høyesteretts forarbeidsbruk (2000) og "Tekst og virkelighet i rettskildelæren" (doktoravhandling, utgis 2002).

1. Innledning – oversikt over de selskapsrettslige regler

Norske aksjeselskaper var lenge avskåret fra å handle med sine egne aksjer, men dette ble endret i den nye aksjeloven av 13. juni 1997 nr 44 (asl.) og allmennaksjeloven av samme dato nr 45 (asal.) – i det følgende også kalt "aksjelovene".

Utgangspunktet er nå etter aksjelovens § 9–2 at et selskap kan erverve egne aksjer inntil man når en beholdning med samlede pålydende verdi lik 10 prosent av aksjekapitalen; selskapet kan med andre ord kjøpe tilbake 10 prosent av sin aksjekapital. Forbudet mot at et selskap tegner egne aksjer er derimot videreført for begge selskapskategorier, jf aksjelovene § 9–1.

Aksjelovene oppstiller en del ytterligere vilkår for selskapenes rett til å erverve egne aksjer. Det fremgår av aksjelovene § 9–3 at vederlaget som betales ikke må overstige den frie egenkapital etter den sist fastsatte balanse. Det kan etter samme bestemmelse heller ikke foretas erverv av egne aksjer utover hva som er forenlig med god forretningsskikk under tilbørlig hensyn til tap som er inntruffet etter balansedagen eller som må forutsettes å inntreffe; de midler som kan benyttes til å erverve egne aksjer er altså de samme som kan deles ut som utbytte.

Aksjelovene inneholder tilsvarende begrensninger for datterselskapers erverv av aksjer i morselskap, og for selskapenes pant i egne aksjer eller aksjer i morselskap, men dette er ikke tema her.

Beslutning om erverv av egne aksjer må treffes av selskapets styre, og krever en særskilt fullmakt fra generalforsamlingen, jf aksjelovene § 9–4. Fullmakten må gis med flertall som for vedtektsendringer, og krever altså 2/3 flertall av den representerte og stemmeberettigede aksjekapital. Den kan gis for inntil 18 måneder, og må angi det maksimale pålydende for de aksjer som kan erverves. Det siste er forstått slik at fullmakten kan lyde på for eksempel 50 prosent av aksjekapitalen; styret kan altså fortsette å kjøpe med hjemmel i samme fullmakt etter at man har kjøpt 10 prosent og solgt disse igjen (eller eventuelt slettet aksjene, jfr pkt 3). Fullmakten må også angi det høyeste og laveste beløp som kan betales for hver aksje. Å angi det laveste beløp virker lite meningsfullt med sikte på kjøp, men kravet til beløpsangivelse må like fullt forstås slik at det kun gjelder selskapenes kjøp og ikke for deres salg.

Aksjelovene § 9–4 krever ikke en særskilt fullmakt for salg av egne aksjer: Har styret først fått fullmakt til kjøp, kan aksjene også selges av styret uten ytterligere samtykke fra generalforsamlingen om ikke annet fremgår av fullmakten. Aksjelovene § 9–4 krever at generalforsamlingen i fullmakten skal angi ”på hvilke måter erverv og avhendelse av egne aksjer kan skje”. Dette kan imidlertid ha form av en ren ”blankofullmakt” som overlater til styret å beslutte hvordan erverv og avhendelse skal skje. Som jeg kommer til, har dette en viss betydning for de børs- og verdipapirrettslige regler.

Selskapene kan etter aksjelovene § 9–6 i visse tilfeller lovlig erverve egne aksjer utover 10 prosentgrensen, herunder ved gave, tvangsinnndriving av fordring og overtagelse av virksomhet ved fusjon (et selskap fusjonerer med et selskap som eier aksjer i det overtakende selskapet). I så fall skal selskapet så snart som mulig og senest innen to år enten å selge de aksjer som overstiger 10 prosentgrensen eller slette aksjene. Ved andre (og ulovlige) erverv utover denne grensen skal selskapet straks og senest innen tre måneder avhende eller slette aksjene, jf § 9–7.

Jeg skal i det følgende ikke diskutere aksjelovens alminnelige regler, utover en særlig problemstilling i pkt 3 (sletting av lovlig ervervede aksjer). Jeg skal i stedet fokusere på en del spørsmål som oppstår ved de børsnoterte selskapers handel i egne aksjer. Siden disse selskapene alle er allmennaksjeselskaper, er det asal, som angir de selskapsrettslige rammer for slik handel. I det følgende er det imidlertid de børs- og verdipapirrettslige spørsmål som står i høysetet, og jeg vil konsentrere meg om særlig fire problemstillinger:

- Forholdet til forbudet mot innsidehandel, jf pkt 4
- Likebehandlingskrav ved selskapenes handel med egne aksjer, jf pkt 5
- Forholdet til forbudet mot kursmanipulasjon, jf pkt 6
- Handel med egne aksjer i oppkjøpssituasjoner m.m., jf pkt 7.

Før jeg går inn på de juridiske vurderinger, kan det imidlertid være hensiktsmessig med en kort oversikt over den legislative begrunnelsen for at selskapene skal kunne handle med egne aksjer og behandle et aksjerettslig spørsmål med en viss interesse for de børsrettslige spørsmål.

2. Hvilke formål har selskapenes handel med egne aksjer?

Lovforarbeidene trekker frem en del grunner til at et selskap bør kunne erverve og sitte med en beholdning av egne aksjer:

1. Rett til å erverve egne aksjer gir selskapene større fleksibilitet ved utdeling av overskudd.

Et tilbakekjøp av aksjer fra samtlige aksjonærer som forholdsmessig ut fra deres eierposisjoner ville være en ren parallell til utdeling av utbytte. Tanken er at selskapet ved å tilby å kjøpe tilbake egne aksjer kan la aksjonærene få velge om de vil ta ut en del av overskuddet i kontanter ved å selge aksjer til selskapet, eller i stedet øke sin reelle eierandel ved at selskapet kjøper andre aksjonærers aksjer. Fremsetter selskapet et tilbud om tilbakekjøp vil man typisk få en situasjon der noen av aksjonærene velger å realisere helt eller deler av sine aksjer ved å akseptere tilbudet, mens de resterende ved ikke å selge vil øke sin reelle eierandel. De er jo eksponert for selskapets andel av egne aksjer i samme utstrekning som de eier aksjer. I realiteten er deres andel økt tilsvarende som dersom selskapet ganske enkelt hadde slettet aksjene man kjøpte tilbake – fra de gjenværende aksjonærers ståsted hva gjelder risiko og gevinstmulighet ved utvikling i aksjekursen, spiller det ingen rolle om tilbakekjøpte aksjer slettes eller beholdes av selskapet med sikte på senere salg.

I fleksibiliteten ligger også at et tilbakekjøp kan ha skattemessige periodiseringseffekter. Har selskapets aksjer falt i kurs for eksempel i tiden etter en større emisjon, vil et tilbakekjøp kunne utløse tapsfradrag på de selgende aksjonærenes hånd. En utdeling av kontanter i form av utbytte vil derimot utløse beskatning for aksjonærene etter reglene om utbyttebeskatning. Med det kommende norske skatteregimet, der reglene om utbyttebeskatning er opphevet, har dette kun betydning for kildeskatten for utenlandske aksjonærer.

2. Derimot vil en beholdning fra selskapet ha den realitet for aksjonærene at styret ved å selge egne aksjer kan bringe nye aksjonærer inn i selskapet. Forarbeidene fremhever da også at selskapet kan ha nytte av å ha en beholdning av egne aksjer, med tanke på oppfyllelse av opsjonsordninger for ansatte (salg til ansatte). I samme gate ligger tanken om at selskapene kan ha nytte av å ha en "lagerbeholdning" av egne aksjer med sikte på fusjoner med og erverv av andre selskaper. Her som ellers vil et alternativ være en emisjon vedtatt av generalforsamlingen eller av styret i henhold til fullmakt.

3. I forarbeidene nevnes også at det noen ganger kan være særlige grunner til å la selskapene erverve egne aksjer. Man trekker bl.a. frem at en avvikling av et ansettelsesforhold der den ansatte eier aksjer, eventuelt kan lettes ved at selskapet kjøper tilbake vedkommendes aksjer. Noen ganger kan man tenke seg at ansatte har en plikt til tilbakesalg av aksjer, som eventuelt går inn i en "pool" til fordeling på andre ansatte.

Et eksempel i samme gate som nevnes i forarbeidene er at selskapet kan kjøpe ut en misfornøyd aksjonær, som et alternativ til en innløsningsprosess. For ordinære aksjeselskaper åpner asl. § 4–24 for innløsning i en del slike tilfeller, mens dette for allmennaksjeselskaper kan ha større selvstendig betydning, siden asal. ikke har tilsvarende regler (derimot åpner § 12–7 for vedtektbestemt innløsning). Dermed kan at et selskaps erverv av egne aksjer også lette generasjonsskifter og andre oppsplittinger på aksjonærsiden, hvor noen vil ut og andre vil bli, og de som blir igjen ikke har penger til å kjøpe ut de andre. Her ville imidlertid en utdeling av utbytte og påfølgende nyemisjon gjøre den samme nytten, og 10 prosent-grensen vil uansett sette en klar ramme for hvilke aksjonærkonflikter som kan løses.

4. Et poeng som iblant fremmes er at kjøp av egne aksjer gjør det mulig for selskapet raskt å "plassere" overskuddskapital i et presumptivt bedre investeringsobjekt, nærmere bestemt selskapets egne aksjer. Har selskapet overskuddskapital i et lengre perspektiv, bør dette vel helst permanent tilbakeføres til aksjonærene, så dette har nok mer for seg der selskapet ikke trenger pengene i dag, men eventuelt senere (hvorpå man igjen vil selge aksjene). Alt dette er vel og bra fra et finanstereotisk perspektiv, gitt at selskapets egne aksjer er det beste plasseringsobjektet i så måte (hvilket ikke minst avhenger av aksjens likviditet). Men det er et spørsmål om dette egentlig er et legitimt formål i børsnoterte selskaper, siden det lett kan påvirke kursen.

"Plasseringen" i egne aksjer har en noe spesiell karakter, ved at aksjonærene verken blir rikere eller fattigere av om kursen på selskapets beholdning senere går opp eller ned. Dette ser man klarest ved at loven som et alternativ åpner for at egne aksjer kan slettes fremfor å avhendes, jf nærmere i pkt 3. Selskapet mister da et "asset" som styret kan disponere, men sett fra en eiersynsvinkel spiller det ingen rolle, siden deres eierandel øker tilsvarende. Dette gjør selskapets erverv av egne aksjer til et egnet instrument for aksjonærene til å holde opp og eventuelt påvirke kursen på egne aksjer, gitt at det skjer med midler som uansett skulle tilbakeføres aksjonærene. Aksjonærene "taper" riktignok kontanter de ellers ville fått tilbakeført, men oppnår samtidig at "salgspress" i aksjen tas ut i markedet.

I lovforarbeidene er det antydnet at selskapenes handel med egne aksjer kan bidra til å utjevne kursbevegelser og dermed stabilisere prisdannelsen. Men handel med egne aksjer kan også påvirke kursen, og spørsmålet er om selv en mer

moderat kurspleie er et lovlig formål i børsnoterte selskaper, jf nærmere nedenfor.

Fleksibilitet ved utdeling av utbytte er et godt argument for erverv av egne aksjer, men det kan ellers stilles spørsmål ved hvor godt rettspolitisk begrunnet det er å la selskapene få handle med egne aksjer – aksjelovene inneholder temmelig mange andre virkemidler for å fremme de formål som er skissert ovenfor. Men generelt er kanskje ikke motforestillingene mot handel i egne aksjer særlig sterke, så lenge det skjer innenfor de rammer lovene fastsetter og som skissert ovenfor (herunder at vederlaget må betales av fri egenkapital som uansett kan deles ut som utbytte).

I børsnoterte selskaper gjør det seg imidlertid gjeldende særlige hensyn, og det er disse og de rettsregler de knytter seg til som er temaet i det følgende. Først skal jeg imidlertid gjøre en "ekskurs" til et mer generelt og aksjerettslig problem, men som har en viss betydning for hvordan handel med egne aksjer kan fungere som et virkemiddel for bl.a. kurspåvirkning.

3. Kan selskapet også slette lovlig ervervede aksjer?

En nedsettelse av selskapets aksjekapital med en utdeling til selskapets aksjonærer må omfatte samtlige aksjonærers aksjer, med mindre lov- eller vedtektsbestemte innløsningsregler kommer til anvendelse.

Aksjeloven § 12-1 første ledd nr 2 fastslår at nedsettingsbeløpet ved en kapitalnedsettelse kan brukes til "sletting av egne aksjer etter kapittel 9". Samtidig fremgår det av samme bestemmelse at nedsettingsbeløpet kun kan benyttes til de formål som fremgår av loven. Aksjeloven kapittel 9 åpner direkte for sletting av aksjer i to tilfeller: (i) hvor selskapet gjennom en særlig ervervsform har en beholdning av egne aksjer som overstiger 10 prosent av aksjekapitalen, jf § 9-6 annet ledd, og (ii) hvor egne aksjer er ervervet i strid med de alminnelige reglene, jf § 9-7 annet ledd.

Et særlig spørsmål er om adgangen til sletting av egne aksjer er begrenset til de nevnte tilfeller eller om sletting av egne aksjer også kan skje hvor selskapet på lovlig måte har ervervet egne aksjer innenfor rammen på 10 prosent av aksjekapitalen ("frivillig sletting").

Ordlyden kan sies å peke i retning av at frivillig sletting ikke kan skje. Mads. H. Andenæs: Aksjeselskapsrett side 379 synes tilsvarende å legge til grunn at frivillig sletting ikke er tillatt når han skriver at "det siktes her til sletting av egne aksjer etter §§ 9-6 annet ledd og 9-7 annet ledd", med henvisning til Ot.prp. nr 39 (1996-97) side 2. Proposisjonen omhandler endringer i annen lovgivning som følge av ny aksjelovgivning og det fremgår at tillegget til § 12-1 første ledd – "sletting av egne aksjer etter kapittel 9" – ble tatt inn i lovteksten for å gjøre det klart hvilket nedsettelsesformål som skal benyttes ved kapitalnedsettelse gjennom sletting av egne aksjer, samt å presisere at reglene om kreditorvarsel må følges. Forarbeidene tar imidlertid ikke direkte stilling til spørsmålet om hvorvidt

adgangen til å slette egne aksjer er begrenset til tilfeller hvor det etter aksjeloven foreligger en plikt til sletting.

Allmennaksjelovens alminnelige forarbeider omfatter bl.a. Ot prp nr 23 (1996–97). Her fremgår det på side 164 i merknadene til § 12–1 at det ved de nye reglene om kapitalnedsettelse

ikke er meningen å gjøre endringer i gjeldende lovs regler om forbudet mot (etter forslaget her: begrensningene i) selskapets adgang til å erverve egne aksjer, for så vidt ervervet skjer mot en tilsvarende nedsetting av aksjekapitalen, jf Martinussen/ Aarbakke: Aksjeloven med kommentarer (annen utgave, Oslo 1996) side 257. Etter departementets syn er det ikke nødvendig å presisere dette i lovteksten.

I den nevnte kommentarutgaven til aksjeloven av 1976 fremhevet Martinussen/ Aarbakke at et aksjeselskap på tross av det kategoriske forbudet mot å erverve aksjer i § 7–2, står fritt til å erverve egne aksjer mot en tilsvarende nedsettelse av aksjekapitalen. Forfatterne mente også at dette var klart forutsatt i denne lovens § 6–4. Det siste kan det vel stilles spørsmål ved, men det sentrale er departementets forståelse som et utgangspunkt for den nye loven. Sett i sammenheng gir dette visse holdepunkter for at meningen med bestemmelsen i aksjelovene § 12–1 første ledd nr 2 ikke var å begrense selskapenes adgang til å erverve egne aksjer med en etterfølgende frivillig sletting ved nedsetting av aksjekapitalen.

I enkelte sammenhenger har Høyesterett valgt å se bort fra lovens ordlyd og i stedet videreføre den eldre rettsstilling, når man i forarbeidene ikke har funnet klare holdepunkter for at en rettsendring er tilsiktet, se min bok *Høyesteretts forarbeidsbruk* (Oslo, 2000) side 206 flg. med en rekke eksempler. I dette tilfellet har vi altså visse holdepunkter for at man nettopp ikke ønsket å frata selskapene fleksibilitet i så måte, og den tryggeste konklusjonen er vel at selskapene står fritt til å slette aksjer som er ervervet lovlig innenfor 10 prosent grensen.

For aksjonærenes risikoprofil spiller det ingen rolle – de er like rike uansett om selskapet blir sittende med aksjene eller ikke. Den eneste realitet i et tilbakekjøp ligger i at det går penger ut av selskapet ved ervervet, mens den etterfølgende kursutviklingen på selskapets aksjer er dem økonomisk sett irrelevant – de har samme indirekte og direkte eierandel som om selskapet allerede i utgangspunktet hadde innløst aksjene. En påfølgende slettelse medfører kun at selskapets styre får en mindre lagerbeholdning av egne aksjer å arbeide med.

Hensynet til kreditorene er ikke til hinder for en frivillig sletting – selskapet blir verken mer eller mindre solid ved at dets beholdning av egne aksjer nulles. For selskapet kan derimot en slik adgang være hensiktsmessig, bl.a. fordi det gir mulighet for skatteplanlegging: Kjøper selskapet opp 10 prosent av egne aksjer og kursen så går ned, kan aksjene selges i markedet med tapsfradrag for selskapet. Går kursen opp kan aksjene slettes, uten at det utløser gevinstbeskatning for selskapet eller andre.

En annen konsekvens av en adgang til frivillig sletting, er at et selskap steg for steg kan kjøpe tilbake store deler av sin egen aksjekapital. Selskapet kjøper eksempelvis opp 10 prosent av aksjene, som deretter slettes, hvorpå selskapet eventuelt erverver nye 10 prosent og så videre, eventuelt med hjemmel i den samme, stående fullmakten fra generalforsamlingen. Dette betyr at erverv av egne aksjer blir et mer effektivt virkemiddel for kurspåvirkning; selskaper med full kvote må ikke først "dumpe" aksjer i markedet før det kan fortsette sitt tilbakekjøp. Dette kan være betenkelig i børsnoterte selskaper, men slike hensyn kan ikke ha bæring etter aksjeloven; spørsmålene det reiser må løses ut fra børsrettslige rammer, jf nedenfor i pkt 6.

4. Likebehandlingskravet i børsretten

Allmennaksjeloven § 4-1 (1) slår fast at "alle aksjer gir lik rett i selskapet". Bestemmelsen oppfattes av noen som grunnlaget for en alminnelig "likhetsgrunnsetning" i aksjeretten. Prinsipperklæringen gjelder imidlertid retten etter den enkelte aksje og ikke rettsstillingen for den enkelte aksjonær, og aksjeloven gir mange eksempler på at det naturlig nok er forskjeller i rettigheter mellom aksjonærene. En aksjonær som eier aksjer over ett visst nivå har typisk større rettigheter enn mindre aksjonærer (med 10 prosent kravet for rett til å kreve granskning i selskapet etter § 5-25 som den laveste terskel), og ikke minst er andelens størrelse sentral for stemmeretten. Men formodentlig må man legge såpass i det formelle likhetsprinsippet at forskjellsbehandling til enkelte aksjonærs fortrengsel ikke kan skje, med mindre loven hjemler det eller saklige grunner taler for det. Det siste følger også indirekte av de såkalte "generalklausulene" i asal. § 5-21 og 6-28, som bl.a. forbyr disposisjoner som er egnet til å gi visse aksjonærer en urimelig fordel på andre aksjonærers eller selskapets bekostning.

For børsnoterte selskaper gjelder det et antatt strengere likebehandlingskrav etter børsforskriften § 23-8, som slår fast følgende:

§ 23-8. Likebehandling

Utstedere av finansielle instrumenter skal likebehandle innehaverne av deres finansielle instrumenter. Utsteder må ikke utsette innehaverne av de finansielle instrumentene for forskjellsbehandling som ikke er saklig begrunnet ut fra utsteders og innehavernes felles interesse.

I forbindelse med omsetning eller utstedelse av finansielle instrumenter eller rettigheter til slike, må utsteders styrende organer, tillitsvalgte eller ledende ansatte ikke treffe tiltak som er egnet til å gi dem selv, visse innehavere av finansielle instrumenter eller tredjemenn en urimelig fordel på bekostning av andre innehavere eller utsteder. Det samme gjelder ved omsetning eller utstedelse av finansielle instrumenter eller rettigheter til slike innen konsern som utsteder inngår i.

Annet og tredje punktum er antatt å angi de rettslig relevante normer, mens første punktum mer er en prinsipperklæring, jf Bergo: Børs- og verdipapirrett side 187.

Et *salg* av egne aksjer reiser mange av de samme problemer som ved emisjoner: Bør aksjonærene alltid ha fortrinnsrett, eller skal det åpnes for unntak? Tilsidesettelse av fortrinnsrett til nytegning kan besluttet av et flertall som for vedtektsendringer etter asal. § 10–5, men generalklausulene (reglene om myndighetsmisbruk) setter grenser for hvor langt flertallet kan gå i å frata minoriteten fortrinnsrett. Disse bestemmelsene medfører at et selskap ikke kan fravike aksjonærenes fortrinnsrett med mindre dette er saklig begrunnet og ikke representerer en urimelig fordel for noen på en eller flere aksjonærers bekostning.

Normalt vil en tilsidesettelse være lettere å begrunne i forhold til emisjoner mot tingsinnskudd (og herunder fusjoner) enn for kontantemisjoner, men en kontantemisjon kan etter omstendighetene også skje uten fortrinnsrett, for eksempel dersom selskapet akutt trenger å bli tilført midler eller det er andre særlige hensyn som tilsier at en mindre aksjonær eller aksjonærgruppe ikke bør få motsette seg en emisjon. Spørsmålet er om man i børsnoterte selskaper må kunne stille enda strengere krav, herunder at aksjonærenes fortrinnsrett ikke kan fravikes dersom noen aksjonærer gis adgang til å tegne, med mindre man etablerer en tilsvarende ordning for alle de andre: Dersom noen (typisk større) aksjonærer inviteres i en rettet kontantemisjon kan det være grunn til å praktisere såkalte "claw-back" modeller eller etterfølgende emisjoner der de som ikke ble med gis anledning til å opprettholde sin eierandel. Som vi skal se synes imidlertid Oslo Børs å mene at salg av egne aksjer som hovedregel kan skje som ordinære markedsoperasjoner over børs.

Selskapenes *kjøp* av egne aksjer reiser særskilte utfordringer i forhold til likebehandlingsprinsippet. Dette er som sagt et alternativ til utdeling av utbytte, og man kunne derfor prinsipielt hevde at selskapet bør rette et tilbud om kjøp til alle aksjonærer, slik at de kan velge om de vil ta "utbyttet" i kontanter eller få en økt, reell aksjeeksponering. Det kan imidlertid hevdes at selskapets aksjonærer prinsipielt alltid har mulighet til å "cashe inn" aksjer ved å selge over børs, og den rådende oppfatningen er at et selskap kan foreta kjøp (og salg) som ordinære transaksjoner over børs uten å bryte med likebehandlingskravet, såfremt handelen skjer til børskurs eller en for selskapet gunstigere kurs.

Dette synspunktet er bl.a. kommet til uttrykk i Oslo Børs' sirkulære om handel med egne aksjer (Børssirkulære nr. 2/99):

Oslo Børs antar at markedets krav til gjennomsiktighet og likebehandling som utgangspunkt best sikres ved at selskapets transaksjoner i egne aksjer foretas over børs. For selskaper som er sekundærnotert ved Oslo Børs, kan det vanskelig innføres et krav om at transaksjonene må gå over Oslo Børs dersom primærbørsen har andre regler som er i konflikt med et slikt krav.

Det må vurderes konkret hvorvidt det også i andre tilfeller er saklig grunn til å fravike

utgangspunktet om handel i egne aksjer skal skje over børs. For eksempel passer et slikt utgangspunkt dårlig for bruk av selskapets beholdning av egne aksjer som vederlag i forbindelse med oppkjøp mv. Utgangspunktet passer heller ikke for selskapenes handel av mindre poster relatert til aksjeordninger for ansatte.

Det understrekes at handel over børs eller til børskurs ikke nødvendigvis vil være tilstrekkelig dersom det er begrenset eller ingen likviditet i selskapets aksjer.

Handel over børs eller til børskurs sikrer normalt at handelen ikke bryter med kravet til likebehandling og kan virke preventivt i forhold til ulovlig innsidehandel og kursmanipulering. Avvik fra børskursen bør ha en saklig begrunnelse.

Med henvisning til Ot.prp. nr. 23 (1996–97), s. 102 antar Oslo Børs at det ikke i alminnelighet kreves at selskapet, ved erverv av egne aksjer, skal gi tilbud til samtlige av sine aksjonærer. Det kan på samme måte heller ikke stilles opp noen generell regel om at eksisterende aksjonærer skal ha fortrinnsrett ved selskapets kjøp av egne aksjer.

Det kan spørres hvor godt grunnlag Oslo Børs har for sin referanse til Ot.prp. nr. 23 side 102 – departementet uttaler seg generelt, og ville vel neppe reagert om børsen praktiserte et noe strengere likebehandlingskrav for børsnoterte selskaper. Men den vanlige oppfatningen er at selskapets handel som hovedregel kan skje "over børs", ved at dets kjøps- eller salgsordre registreres på ordinær, anonym basis.

Herfra er det to unntak – ett i hver retning så å si:

1. Som det fremgår av sitatet mener Oslo Børs at det etter omstendighetene kan være saklig grunnlag for å foreta en handel utenfor børs (og uten at det fremsettes et tilbud til alle aksjonærer). Børsen gir et par eksempler på dette, men meningen synes ikke å være at disse er uttømmende.

Forutsetningen må her være at selskapet ikke kan selge til under gjeldende børskurs eller kjøpe egne aksjer til over gjeldende børskurs. Det er vanskelig å se en saklig grunn til å gjøre unntak fra dette, med mindre handelen skjer som følge av innløsning av opsjoner eller terminkontrakter eller lignende, forutsatt at kontraktene ble inngått på saklig kommersielt grunnlag.

2. Børsen gir i rundskrivet også uttrykk for at selskapene skal være forsiktig selv med å foreta handel over børs dersom aksjen er lite likvid, slik at det i realiteten bare er de som mottar og aksepterer selskapets tilbud som faktisk får selge eller kjøpe aksjer til denne kurs. I slike unntakstilfeller må handelen skje ved at det fremsettes et tilbud alle aksjonærer kan benytte seg av.

Det er mulig at Oslo Børs er i ferd med å utvikle og skjerpe inn det siste unntaket. Børsen kritiserte i en sak fra 1999 et selskap (Avantor ASA) som etter først å ha kjøpt tilbake aksjer fra større aksjonærer i en "book building" prosess fremsatte et tilsvarende forholdsmessig tilbud til de øvrige aksjonærer, men med en kort akseptfrist. Børsen la i denne saken vekt på at ikke alle aksjonærer fikk reell mulighet til å akseptere tilbudet. Det er mulig at denne bekymringen skyldtes at selskapet her først lot større aksjonærer få et direkte tilbud. Også ved kjøp over

børs vil bare et fåtall aksjonærer i praksis få med seg tilbudet (i praksis bare de som har salgsordre inne hos megler eller selv løpende følger markedet), men slike tilfeller har ikke samme element av aktiv forskjellsbehandling fra selskapets side.

Etter mitt syn er det generelt grunn for de børsnoterte selskapene til å avstå fra å handle egne aksjer over børs eller ved private transaksjoner utenfor børs dersom selskapet har grunn til å tro at aksjene handles til en kurs ikke samtlige aksjonærer kan oppnå for en forholdsmessig tilsvarende andel av aksjer. I slike tilfeller bør selskapene, om man vil anvende "beste børspraksis", fremsette et tilbud til sine aksjonærer på en betryggende måte, slik at alle får anledning til å delta.

Et aspekt i så måte er at et kjøp av aksjer kan ha som hensikt eller som en av selskapet anerkjent effekt å øke aksjekursen, jfr pkt 6 om kursmanipulasjon. Konsekvensen av slike kjøp i markedet skulle i så fall kunne bli at de "ekskluderte" aksjonærer vil kunne selge til minst like god kurs, og likebehandlingsprinsippet er således mindre problematisk ved slike øvelser.

Selskapets egne aksjer gir ikke stemmerett og skal heller ikke regnes med når beslutninger krever samtykke fra alle aksjonærer, fra en viss del av selskapskapitalen eller av den representerte kapital i en generalforsamling, jf aksjelovene § 5-4 (3). Tilsvarende skal man se bort fra selskapets egne aksjer etter § 4-25, som gir et selskap eller en annen aksjonær med aksjer som representerer mer enn 90 prosent av aksjene, rett til å kreve tvangsovertakelse av de øvrige aksjonærers aksjer. Eier selskapet selv 10 % av aksjene, vil således grensen for slike utkjøp i praksis være 81 %.

Særlige spørsmål knytter seg til selskapenes handel med egne aksjer i situasjoner der dette kan påvirke stemmefordelingen mellom aksjonærgrupperinger (for eksempel ved salg av egne aksjer til en slik gruppe eller tilbakekjøp som medfører at en aksjonærgruppering når over 50 % eller 2/3 av den stemmeberettigede kapital, eller over 90 % slik at det er grunnlag for overtakelse ved tvang.

Generelt bør man i slike tilfeller være svært forsiktige med egenhandel utenfor børs som ikke rettes mot alle aksjonærer, og begrense det til situasjoner der det klart er i selskapets interesse og dermed aksjonærenes fellesinteresse. Med "fellesinteresse" sikter jeg her til forhold knyttet til aksjonærenes eierinteresser i selskapet. At en eller flere aksjonærer har særinteresser som tilsier at de ikke ønsker gjennomført en transaksjon (for eksempel et oppkjøp) som maksimerer alles felles aksjeverdier er en annen sak, som ikke uten videre bør avholde selskapet fra å påvirke situasjonen.

Selskapenes posisjoner i egne aksjer reiser særlige problemstillinger i forhold til reglene om tilbudsplikt i vphl. kapittel 4, jf § 4-1 som pålegger den som gjennom erverv blir eier av mer enn 40 % av aksjene i et børsnotert norsk selskap å fremsette et tilbud om kjøp til de øvrige aksjonærer, eller selge seg ned. Det utløser åpenbart ikke tilbudsplikt dersom en aksjonær for eksempel eier 37 prosent av aksjene, og selskapet så kjøper tilbake 10 prosent av aksjene.

Riktignok vil aksjonæren da kontrollere 41,1 % av den stemmeberettigede kapitalen, men tilbudsplikt forutsetter at det skjer et "erverv" fra vedkommende aksjonær. Spørsmålet er kanskje ikke like opplagt når selskapet på forhånd eier 10 %. En aksjonær som kjøper seg opp til 40 prosent vil da reelt sett kontrollere 44,4 % av den stemmeberettigede kapital. Problemstillingen er ikke berørt i rundskriv, men Oslo Børs har i praksis lagt til grunn at man også i disse tilfellene skal regne med den formelt stemmeberettigede kapitalen og dermed også selskapenes egen beholdning av prinsipielt stemmeberettigede aksjer. Dette betyr at aksjonæren ikke får tilbudsplikt før han overstiger 40 prosent av den stemmeberettigede kapitalen, inkludert selskapets egen posisjon.

5. Innsidehandel og undersøkelsesplikt – informasjonsplikt og meldeplikt

Forbudet mot innsidehandel i lov om verdipapirhandel av 19. juni 1997 nr 79 ble endret sommeren 2001. Hovedbestemmelsen i § 2-1 har nå følgende ordlyd:

§ 2-1. Misbruk av innsideopplysninger

Tegning, kjøp, salg eller bytte av finansielle instrumenter som er eller søkes notert på norsk børs eller norsk autorisert markedsplass eller tilskyndelse til slike disposisjoner, må ikke foretas av noen som har opplysninger om de finansielle instrumentene, utstederen av disse eller andre forhold som er egnet til å påvirke kursen og som ikke er offentlig tilgjengelig eller allment kjent i markedet. Tilsvarende gjelder inngåelse, kjøp, salg eller bytte av opsjon- eller terminkontrakt eller tilsvarende rettigheter knyttet til slike finansielle instrumenter eller tilskyndelse til slike disposisjoner.

Første ledd gjelder bare ved misbruk av opplysninger som nevnt i første ledd. Første ledd er ikke til hinder for normal utøvelse av tidligere inngått opsjon- eller terminkontrakt ved kontraktens utløp.

Første ledd gjelder ikke disposisjoner som foretas på vegne av en stat, når disposisjonen er et ledd i vedkommende stats penge- og valutapolitikk.

Det er grunn til å merke seg at det ikke lenger kreves at opplysningene er av "presis" karakter. Det er heller ingen begrensning til opplysninger om forhold som kan antas å ha *vesentlig* betydning for kursen. Dette er som kjent minstekravet etter EØS-direktivet om bekjempelse av innsidehandel, og det er ved siden av Norge kun Danmark som ikke har en vesentlighets-reservasjon i sitt regelverk om innsidehandel. Med tanke på visse forarbeidsuttalelser og myndighetenes klare målsetting om å få en mer effektiv bekjempelse av innsidehandel i Norge, er det grunn til å tro at den norske innsidebestemmelsen kan utvikle seg til å bli den strengeste i Europa. I forarbeidene (Ot.prp. nr 80 (2000–2001) s. 22) refererer departementet til Kredittilsynets høringsnotat som dannet bakgrunn for forslaget, der det het at bedømmelsen skal bygge på

en objektivisert vurdering av hvorvidt den konkrete opplysningen etter sin art og viktighet i alminnelighet må antas å være egnet til å påvirke den alminnelige fornuftige investors oppfatning eller vurdering av verdien på instrumentene om opplysningen ble kjent i markedet. [...] Avgjørende er hvordan man kan forvente at den alminnelige fornuftige investor oppfatter opplysningen.

Lovendringen innebærer at det skal mindre til nå enn tidligere før det foreligger innsideinformasjon i lovens forstand. Om praktiseringen av bestemmelsen i forhold til relevante utviklingsprosesser knyttet til et selskap som har børsnoterte finansielle instrumenter (den såkalte "pipeline" problematikken) uttales det følgende i Kredittilsynets Rundskriv 22/2001 på s. 3, der de nye bestemmelsene kommenteres:

Lovendringen vil innebære at tidspunktet for når det foreligger innsideinformasjon ved begivenheter som innebærer en utviklingsprosess (for eksempel overtakelsestilbud, fusjoner, emisjoner) vil kunne inntre tidligere.

Forbudet i § 2-1 mot handel når man innehar innsideinformasjon må holdes atskilt fra det børsnoterte selskapets informasjonsplikt overfor Oslo Børs etter børsloven § 5-7 jf børsforskriften § 5-2, som omfatter opplysninger om forhold som må antas å ha en "ikke uvesentlig betydning for kursen" på selskapets aksjer. Her er "pipeline" problematikken en kjent problemstilling i forhold til selskapenes informasjonsplikt, jf Bergo: Børs- og verdipapirrett side 145 flg (særlig side 159 flg). Tidligere kunne man i en betydelig utstrekning bygge på børsens praksis knyttet til informasjonsplikten ved vurderingen etter vphl. § 2-1, jf forarbeidene og den såkalte Nora-dommen fra 1993, der dette ble slått fast. Det skulle da generelt litt mer til før at det forelå "innsideinformasjon" som omfattet av bestemmelsen ("vesentlig betydning for kursen") enn for å utløse informasjonsplikt. Nå vil derimot en innsidesituasjon foreligge i flere situasjoner og/eller på et tidligere tidspunkt enn informasjonsplikt overfor børsen.

Typetilfeller som vil omfattes er opplysninger om at det foreligger en realistisk mulighet for kapitalutvidelser, fusjoner, fisjoner, tilbud om kjøp av aksjer, at selskapet er like ved å inngå eller si opp viktige kontrakter eller foreta kjøp eller salg av verdifulle aktiva, at det foreligger større tap på fordringer eller skadetilfeller eller forsikringsutbetalinger eller viktige produktlanseringer, reklamasjoner fra kunder eller mot leverandører, samt rettstvister og andre konflikter. Videre vil opplysninger om kommende regnskapstall være svært sensitive, særlig i situasjoner der man vurderer å sende ut en "profit warning" fordi tallene avviker fra det som er forventet av markedet.

Ved selskapenes handel med egne aksjer vil det avgjørende være om noen av personene som deltar i beslutningen om eller utførelsen eller gitt råd om handelen (jf § 2-1), har innsideinformasjon. Selskapet kan ikke likestilles med enhver person i foretaket som måtte ha innsideinformasjon.

En beslutning om handel skal etter aksjelovene treffes av styret, og i den grad personer som har deltatt i styrebehandlingen har kjennskap til innsideinformasjon vil dette være å anse som et straffbart misbruk av innsideinformasjon for disses del. Det samme gjelder for administrerende direktør og andre som måtte være involvert i handelen. Siden "toppnivået" i selskapet i praksis må være involvert i egenhandelen og for å unngå kritikk og være på den sikre siden, bør handelen begrenses til perioder kort etter en regnskapsfremleggelse og være basert på undersøkelser internt som viser at det ikke foreligger innsideinformasjon i foretaket.

I den anledning er det grunn til å peke på vphl. § 2–3, som pålegger primærinnsiderne en særlig undersøkelsesplikt før de foretar handel. Dette gjelder også når de handler på andres vegne, og herunder på selskapets vegne.

§ 2–3. Undersøkelsesplikt

Før styremedlem, medlem av kontrollkomité eller revisor tilknyttet utstederforetaket foretar eller tilskynder til tegning, kjøp, salg eller bytte av finansielle instrumenter som er utstedt av foretaket, skal vedkommende foreta en forsvarlig undersøkelse av om det foreligger opplysninger som nevnt i § 2–1 første ledd om de finansielle instrumentene eller utstederen av disse i foretaket. Første punktum gjelder tilsvarende for varamedlem og observatør til styret i utstederforetaket. Første punktum gjelder også tilsvarende for ledende ansatt i foretaket og ledende ansatt og styremedlem i foretak i samme konsern som normalt kan antas å få tilgang til opplysninger som nevnt i § 2–1 første ledd.

Undersøkelsesplikten gjelder også ved inngåelse, kjøp, salg eller bytte av opsjon- eller terminkontrakt eller tilsvarende rettigheter knyttet til finansielle instrumenter utstedt av foretaket samt ved tilskyndelse til slike disposisjoner.

Særlige spørsmål knytter seg til selskapenes informasjonsplikt om egenhandel, og som vi skal se reiser dette også problemstillinger i forhold til innsidehandelsforbudet:

Utgangspunktet er at børsen og markedet vil få et varsel om at selskapet kan komme til å erverve egne aksjer, ved at styrets forslag til fullmakt og generalforsamlingens vedtak om fullmakten må sendes inn til børsen og offentliggjøres i markedet, jf børsforskriften § 4–4.

Videre følger det av vphl. § 3–1 at selskapet senest innen børsåpning neste dag må melde fra om utført handel i egne aksjer:

§ 3–1. Meldeplikt for tillitsvalgte og ansatte i utstederselskaper

Personer som nevnt i § 2–3 første ledd skal straks gi norsk børs og autorisert markeds plass hvor aksjene er notert, melding om kjøp, salg eller tegning av aksjer utstedt av selskapet eller av selskaper i samme konsern. Det samme gjelder for selskapets handel med egne aksjer. Foretak som eier børsnoterte aksjer i et annet foretak eller aksjer i et annet foretak som er notert på autorisert markeds plass, og som på grunn av eierskapet er representert i

vedkommende foretaks styre, må gi melding ved handel i slike aksjer. Meldingen skal sendes senest innen åpningen av børsen eller markedsplassen dagen etter at kjøp, salg eller tegning har funnet sted.

Jeg pekte ovenfor på bestemmelsene om selskapenes informasjonsplikt overfor børsen, jf børsloven § 5–7 (§ 4–7 i den forrige børsloven) og børsforskriften § 5–2. Et særlig spørsmål er om selskapet kan ha plikt til informere børsen og dermed markedet om styrets beslutning om å benytte sin fullmakt til å foreta kjøp eller salg av egne aksjer; altså informere om planene før handelen skjer. Om dette sier Oslo Børs følgende i sitt rundskriv:

Oslo Børs legger som utgangspunkt til grunn at selskapet ved å gi melding i henhold til vphl. § 3–1 om at det har handlet med egne aksjer, har oppfylt sin plikt til å informere markedet. I den grad opplysninger om handelen er kurssensitiv etter børsforskriften § 5–2, må en melding om handelen være avgitt "umiddelbart". (Man kan i slike tilfeller ikke basere seg på den alternative fristen i vphl. § 3–1 om melding før åpning neste dag.)

Selskapenes beslutning om erverv av egne aksjer vil kunne omfattes av informasjonsplikten etter børsloven § 4–7, jf børsforskriften § 5–2 første ledd i den grad selskapenes handel med egne aksjer er en kvalifisert kurssensitiv opplysning. Det må derfor på vanlig måte konkret vurderes om forholdet omfattes av informasjonsplikten. Vurderingen kan etter omstendighetene være forskjellig fra selskap til selskap. Den omstendighet at generalforsamlingen gir slik fullmakt, vil markedet være kjent med gjennom innkallingen til generalforsamlingen, jf børsforskriften § 4–4 og gjennom resultatet i form av beslutninger truffet på generalforsamlingen, jf børsforskriften § 4–4.

Det er vanskelig å gi konkrete eksempler på når det foreligger informasjonsplikt etter børsforskriften § 5–2, men informasjonsplikt etter børsforskriften § 5–2 første ledd kan for eksempel oppstå dersom det erverves aksjer i et ellers illikvid marked for selskapets aksjer. Et annet eksempel er at det knyttet til selskapets økonomiske situasjon er kursrelevant når midler benyttes til å erverve aksjer. Det kan også være kursrelevant at selskapet gjennom erverv eller salg av egne aksjer kan endre de forskjellige eiergrupperingers innflytelse over selskapet ved at aksjer enten ikke kan stemmes for eller at slike aksjer kan stemmes for på ny.

Jeg er enig i at det i eksemplene i siste avsnitt lett kan tenkes at en forutgående offentliggjøring av selskapets planer om kjøp eller salg vil kunne påvirke kursen på aksjene. En annen sak er at det lett vil rammes av forbudet mot prismanipulasjon (jf nedenfor i pkt 6) hva gjelder det første eksemplet, og av forbudet mot forskjellsbehandling hva angår det siste eksemplet (jf ovenfor i pkt 4).

Det er imidlertid grunn til å spørre mer generelt om markedets reaksjoner dersom man visste om selskapenes planer i forkant, så lenge det dreier seg om mer enn marginale volumer som knapt vil påvirke omsetningen på børs. Dette berører et mer generelt problem – spørsmålet om i hvilken grad større kjøps- eller salgsinteresser i markedet kan være informasjonspliktig informasjon etter børsregelverket eller innsideinformasjon som omfattet av vphl. § 2–1:

Uansett om det er selskapet eller en annen investor som planlegger å legge inn en større ordre på børs, så ville rasjonelle aktører i markedet gjerne posisjonert seg dersom man hadde hatt kjennskap til forholdet. Noen ville kanskje selv kjøpt aksjer ut fra en forventning om kursstigning, mens potensielle selgere ville økt prisen på sine salgstilbud. Vi kan for eksempel tenke oss at det gjennomsnittlige handelsvolum på børsen for en aksje er 0,5–1,0 % av selskapets aksjekapital. Dersom selskapet så ønsker å kjøpe tilbake 1–2 % av aksjekapitalen ved en kortvarig operasjon på børsen (for eksempel over 2–3 dager), så er det opplagt at det kan påvirke kursen i et kortsiktig perspektiv.

Forholdet er derfor at selskapet på linje med en hvilken som helst annen aktør med handleplaner vil kunne ha en sterk interesse i å ikke måtte fortelle markedet om detaljene om kjøpsplanene. Men samtidig synes det vanskelig å forsvare at dette ikke "er egnet til å påvirke kursen" på aksjene, jf § 2–1, og etter omstendighetene kan man også se for seg en ikke uvesentlig kurseffekt dersom planene ble kjent, jf børsforskriften § 5–2.

Når det gjelder forholdet til § 2–1 er det grunn til å peke på Kredittilsynets Rundskriv 22/2001, hvor det heter at

kjennskapen til andre aktørers transaksjonsbeslutninger, for eksempel kjennskap til tegningsinteressen i en emisjon eller kunnskap om en større ordre i annenhåndsmarkedet, (vil) raskere være innsideinformasjon etter lovendringen.

Man må som før kunne legge til grunn at det generelt sett ikke er "misbruk av innsideinformasjon" å foreta handel, selv om opplysningen om ens egen transaksjons-beslutning utgjør en kursrelevant opplysning. Vi kan for eksempel tenke oss en større aksjonær som har besluttet å "dumpe" alle sine aksjer, eller en oppkjøper som har besluttet å overta alle aksjene i et selskap. Dersom markedet hadde fått vite om dette på forhånd, er det nærliggende å tenke seg at mange ville justert sine kurser. Men like fullt må aksjonæren kunne legge sin ordre ut i børsystemet uten å måtte fortelle om sin strategi; en aktør må ikke utligne informasjonsforskjellen knyttet til egne strategier og planer for å unngå å bli innsidehandler.

På samme måte må det etter mitt syn forholde seg med selskapets egne handler. Markedet ville kanskje ha endret sine kurser mer eller mindre sterkt om man visste om selskapets planer før handelen skjedde, men det er uansett ikke "misbruk av innsideinformasjon" å handle uten å si ifra på forhånd.

På samme måte forholder det seg med primærinnsidernes beslutninger om å kjøpe eller selge aksjer i et selskap. Også dette er noe markedet i mange tilfeller ville ha tillagt vekt, om man ble informert på forhånd. Men også en primærinnsider må kunne bestemme seg for å kjøpe og selge og utføre dette uten å måtte gi forhåndsbeskjed. Dette betyr også at primærinnsideren (og selskapet) heller ikke behøver å informere motparten i handelen, men kan forholde seg til at han har etterfølgende meldeplikt etter § 3–1.

Dette er også kommet til uttrykk i Oslo Børs' rundskriv (som riktignok gjelder innsidehandelsreglene før lovendringen), der man sier følgende:

Det er intet krav til at motparten på forhånd skal gjøres oppmerksom på at det er selskapet som foretar handelen. En parallell kan her trekkes til handler foretatt av primærinnsiderne i selskapet, som må antas å ha samme tilgang til innsideopplysninger som selskapet som sådan. Lovgiver har heller ikke funnet grunn til å pålegge primærinnsidere å opplyse sine motparter om sin rolle i selskapet når de foretar kjøp eller salg av selskapets aksjer.

Tilsvarende følger av Kredittilsynets kommentarer i rundskrivet, som skissert ovenfor. Det man her drøfter er betydningen av at man har kunnskap om andre aktørers transaksjonsbeslutninger. For andre potensielle investorer (som for eksempel primærinnsiderne) kan kunnskap om styrets beslutning om å foreta egenhandel opplagt skape en innsidesituasjon: En primærinnsider som utfører såkalt "frontrunning" eller "siderunning" parallelt med selskapet, bryter dermed ikke bare med sin lojalitetsplikt overfor selskapet (han eller hun kan komme til å påvirke kursen i en for selskapet negativ retning), men gjør seg etter omstendighetene også skyldig i innsidehandel.

6. Kursmanipulasjon

Den sentrale regel om kursmanipulasjon eller markedsmanipulasjon er forbudsbestemmelsen i vphl. § 2–6, som har følgende ordlyd:

§ 2–6. *Forbud mot kursmanipulering*

Ingen må søke uredelig å påvirke kursen på et finansielt instrument som er notert på norsk børs eller norsk autorisert markedsplass.

Som uredelig påvirkning regnes for eksempel å spre uriktige eller villedende opplysninger, eller inngå fiktive avtaler med det formål å:

- 1 få noen til å tegne, kjøpe eller selge finansielle instrumenter eller rettigheter til finansielle instrumenter, eller å avstå fra dette,
- 2 påvirke tegningskurs, eller
- 3 påvirke bytteforholdet ved sammenslåing eller deling av selskaper.

Bestemmelsen er straffesanksjonert etter vphl. § 14–3, og i likhet med innsidehandelsforbudet i § 2–1 er strafferammen bøter og/eller fengsel i inntil 6 år. Straff forutsetter uaktsom eller forsettlig overtredelse. Vphl. § 2–6 reiser flere tolkningsproblemer, og det kanskje alvorligste er at det er usikkerhet med hensyn til om bestemmelsen krever påvirkningshensikt, jf formuleringen "søke... å påvirke". Nå benyttes riktignok denne typen formulering i norsk strafferett for også å markere at forsøk på overtredelse er straffbart, men den mest nærliggende forståelsen av ordlyden er vel at det dekker begge deler: Det kreves påvirk-

ningshensikt, samtidig som forsøk (der man foretar visse handlinger i den hensikt å påvirke kursen) omfattes. Forarbeidene viser at man også ville ramme mislykkede påvirkningsforsøk, men fokuserer samtidig på de intenderte kurspåvirkninger. At det generelle skyldkravet i vphl. § 14–3 er forsett og uaktsomhet, betyr ikke nødvendigvis at dette holder for alle deler av den objektive gjerningsbeskrivelsen (bl.a. er det en klar oppfatning at formuleringen ”har opplysninger” i § 2–1 medfører at det kun er den som positivt har innsideinformasjon, men likevel handler, som kan straffes for innsidehandel).

Det er grunn til å peke på at det foreligger brudd på § 2–6 selv om hensikten er å stabilisere og ikke endre kursen, dersom først midlene som benyttes er uredelige. Videre er det ikke av betydning for straffbarheten om den som står for påvirkningsforsøkene oppriktig mener at hans operasjoner skal føre kursen til dens rette leie (”jeg ville bare korrigere det forhold at aksjen var klart underpriset i markedet”), men dette kan eventuelt være et moment ved uredelighetsvurderingen.

Adgangen til å handle i egne aksjer innebærer risiko for at også utstederselskapet kan forsøke å påvirke markedskursen for aksjen, for eksempel ved at selskapet kjøper tilbake aksjer i nedgangstider. Handles det aksjer på børs til over siste omsetningskurs vil kursen kanskje fortsette å stige i første fase, ved at flere handler på samme eller høyere nivå (”det skjer noe i ASA-aksjen”). Etter at markedet har fått melding etter § 3–1 om at selskapet står bak kursoppgangen vil nok kursen igjen korrigeres, med mindre markedet leser det som et signal på at selskapet har sterk tro på egen fremtid. Man hører i blant som begrunnelse for et tilbakekjøp at ”aksjen er underpriset” og at ”selskapets egen aksje utgjør det beste plasseringsalternativet i markedet for selskapets overflødige kapital, og den type begrunnelse for et tilbakekjøp antyder nokså klart at hensikten er å påvirke kursutviklingen i markedet. Det mest forbausende om dette lykkes, er kanskje at markedet lar seg påvirke. En annen og viktigere og eventuelt også mer varig effekt av tilbakekjøp er at foreliggende salgsinteresser i markedet blir ”tatt bort” på de aktuelle nivåene, slik at aksjekursen av den grunn kan stige eller i det minste stabilisere seg.

Også salg av egne aksjer vil kunne påvirke kursen, men da tilføres det aksjer i markedet, og kursen vil typisk kunne falle i etterkant eller alternativt hindres en kurssigning. Selskapet vil typisk ikke ønske at kursen på ens aksjer faller, og på samme måte som ”short salg” utført av selskapene hører salg med kurspåvirkningshensikt til sjeldenhetene (med forbehold for kortsiktige stabiliseringstiltak, jf nedenfor). Også selskapets egenkapitaltransaksjoner (og særlig emisjoner og fusjoner) kan påvirke kursen ved at det totale antall aksjer endres, men her som ved et salg av egne aksjer er dette gjerne en utilsiktet, men forutsatt virkning, som oppveies av at selskapet tilføres kapital.

Selskapenes kurspleie er således en problemstilling som særlig oppstår ved tilbakekjøp. Eksempelene som gis på uredelig kursmanipulasjon i vphl. § 2–6

annet ledd er ikke særlig dekkende i forhold til denne problematikken, siden det ikke er snakk om å gi uriktige eller villedende opplysninger eller om å inngå fiktive avtaler. Riktignok er selskapets beholdning av egne aksjer en "nullitet" sett i forhold til de gjenværende aksjonærene (de har samme risikoen uansett om aksjene nulles eller ikke), men det er ikke det samme som å si at selskapets tilbakekjøp er uten realitet; realiteten er at det øker de gjenværende aksjonærenes eksponering tilsvarende som om de selv kjøpte seg forholdsmessig tilsvarende opp. Faren med selskapenes egne aksjekjøp er at det kan fungere som et greit "spleiselag" i situasjoner der ingen enkeltaksjonær ønsker å eksponere seg ytterligere i aksjen med det volum som skal til for å ta bort salgspress og påvirke kursen.

Vphl. § 2–6 annet ledd er imidlertid ikke uttømmende, og også andre operasjoner kan være å anse som uredlige, når hensikten er å påvirke kursen. Bestemmelsens tredje ledd er knyttet til eksemplene i annet ledd og angir tre typetilfeller der en investor kan tenkes å ha særlig interesse i å påvirke kursen. Det kan ikke antas å være uttømmende. Tredje ledd er neppe uttømmende – en kurspåvirkning som omfattet av første ledd er ulovlig uansett om den har andre formål – men så vidt som alternativ nr 1 er formulert, spiller dette neppe stor rolle. Man kunne kanskje tro at et tilbakekjøp for å øke tegningskursen (nr 2) er mindre praktisk, for det blir jo å redusere kapitalen med sikte på senere å øke den. Men i blant hører man om noen som vil kjøpe tilbake for å holde kursen med sikte på en senere emisjon. At selskapene kan ha interesse i å kjøpe tilbake egne aksjer for å påvirke bytteforholdet ved fusjoner, bør ikke overraske noen. Mer overraskende er det at dette faktisk skjer i praksis, og eventuelt også kombineres med at selskapet selger av aksjer det måtte ha i den potensielle fusjonspartner.

Oslo Børs berører i sitt rundskriv forholdet til vphl. § 2–6 og andre relevante bestemmelser (som børslovens og børsforskriftens regler om at kursnoteringene skal reflektere den reelle markedsverdien for aksjene), og sier bl.a. at

selskapene (bør) generelt være tilbakeholdne med erverv av egne aksjer samtidig som selskapet selger aksjer som tidligere er ervervet eller gjennomfører en emisjon som retter seg til en videre krets. Dette vil forhindre at utsteder foretar såkalte "matched orders", som gir et falskt bilde av aksjens likviditet og prisdannelse.

Jeg er enig i børsens synsmåter med hensyn til hva de børsnoterte selskaper bør avstå fra, men i forhold til § 2–6 berører dette et generelt problem; om reelle handler med kurspåvirknings-hensikt overhodet kan rammes av bestemmelsen. Etter mitt syn må det klare utgangspunktet være at det er fullt lovlig å "kjøre" en aksje, så sant det skjer i form av reelle handler som meldes til markedet i tråd med lovverket, jf meldepliktreglene i vphl. § 3–1 og flaggeplikten etter vphl. § 3–2 (hvor det laveste nivå som utløser flaggeplikt er 10 prosent. Tilsvarende er det ikke redelig kurspåvirkning å "selge short" selv om hensikten med øvelsen er å presse kursen nedover, såfremt short posisjonen er reell nok.

Flaggingsreglene skal anvendes på konsolidert basis, jf vphl. § 1–5, slik at egne posisjoner skal legges sammen med bl.a. konsernselskapers og posisjoner eid av andre investorer man har et forpliktende aksjonærsamarbeide med. Et rent "kurskjøringssamarbeide" medfører ikke grunnlag for konsolidering, men i den grad det mer eller mindre stilltiende er et slikt samarbeide og samarbeidspartene erverver over 10 % av aksjene uten å flagge, er karakteristikken "uredelig" nærliggende.

Men spørsmålet er om selskapet selv (og verdipapirforetak, som også er forutsatt å ha en mer nøytral rolle i markedet, med mindre de klart tilkjennegir egne posisjoner) er underlagt strengere begrensninger: Det er etter mitt syn ikke gitt at selskapet (og meglerforetakene) bør ha samme frihet som hvilken som helst investor til å kjøre aksjen. Et moment i så måte er at selskapets egenhandel nettopp er et slikt risikopulveriserende "spleiselag" der flere aksjonærer (de gjenværende) nyter godt av kurspåvirkende operasjoner.

Rettssituasjonen er ikke klar på dette feltet, med forbehold for at det har utviklet seg en klar praksis for at selskapene må kunne involvere seg i kursstabiliserende operasjoner i forbindelse med emisjoner og eventuelt også andre egenkapitaltransaksjoner. Kursstabilisering ved emisjoner er først og fremst et amerikansk fenomen, men det seneste tiåret har vi sett dette også i det norske markedet ved enkelte anledninger, primært i store emisjoner ledet av internasjonale tilretteleggere. Selskapet vil gjerne kunne ha en rolle i slike operasjoner, både ved å ta over aksjer som kjøpes opp i markedet og ved å tilby aksjer for levering dersom tilretteleggerne må selge for å holde kursen nede (såkalte "Green shoes", som kan bestå av egne aksjer eller emisjonsfullmakter). Oslo Børs kommenterer slike ordninger i rundskrivet, og sier følgende:

I forbindelse med kursstabilisering ved emisjoner har det vært reist spørsmål også i forhold til børsloven § 4–5¹ som angir at kursen på et verdipapir skal gi uttrykk for den aktuelle markedsverdi. Poenget for børsen er at slike ordninger praktiseres på en tilfredsstillende måte mht forhåndsvarsel, "arms length", omfang og periode og at slike ordningers formål er å tilrettelegge for en langsiktig markedsutvikling, som ikke skal hemmes av en "overaktiv" gruppe av aksjetegnere. En ordning som kun skal bidra til et slikt formål med en naturlig overgang mellom en emisjonskurs i førstehåndsmarkedet og en langsiktig markedskurs i annenhåndsmarkedet, kan etter omstendighetene vanskelig sies å være i strid med børsloven p§ 4–5. Oslo Børs har til hensikt å utgi et eget sirkulære om kursstabilisering som vil utdype denne problemstillingen.

Noe sirkulære om kursstabiliseringsordninger er ennå ikke kommet, men Oslo Børs har i praksis gitt uttrykk for klare synspunkter på hvordan ordningene skal foregå med hensyn til varsel, kursrammer og varighet. Om det virkelig er så

¹ Referansen gjelder den tidligere børslov av 1988 – se nå børsloven av 17. november 2000 nr 80 § 5–1.

berettigede hensyn som taler for at kursen bør kunne stabiliseres etter emisjoner, er en annen sak.

For øvrig gir Oslo Børs uttrykk for at det bør utvises "betydelig forsiktighet" med hensyn til kurspleie fra selskapene side:

Kort oppsummert understreker Oslo Børs betydningen av at handel med egne aksjer skjer i størst mulig åpenhet, slik at mistanke om kursmanipulering og ulovlig innsidehandel unngås. Handel med egne aksjer bør ha en saklig begrunnelse og være i selskapets interesse. Formålet for instituttet har vært å åpne for en mer effektiv utnyttelse av kapitalen. På bakgrunn av at grensene for ulovlig kursmanipulasjon er vanskelige å trekke, anbefales det at selskapene utviser betydelig forsiktighet med å drive kurspleie gjennom erverv av egne aksjer. Det skal imidlertid bemerkes at faren for at selskapet skal kunne manipulere aksjekursen på en ulovlig måte dempes gjennom selskapets meldeplikt om enhver transaksjon i egne aksjer, jf vphl. § 3-1.

Jeg er enig i mye kan oppnås med åpenhet, og profesjonelle aktører i markedet bør generelt være i stand til å vurdere betydningen av forhold som at selskapets tilbakekjøp er årsak til en kursstigning eller at selskapets egne transaksjoner utgjør en stor del av omsetningsvolumet for aksjen på børsen i et lengre perspektiv (slik forholdet er med noen selskaper). Men det er ikke alltid at slike korreksjoner gjøres. Børsens formål er å sikre at kursnoteringene foregår på en måte som avspeiler de reelle verdiene, og en noe klarere profil overfor selskaperenes egenhandel kunne kanskje være på sin plass. Børskursen skal fungere som en indikator på markedsverdien, ikke minst for de investorer som ikke har mulighet for å undersøke hvilke transaksjoner som ligger bak.

Uansett hvor den juridiske grensen går, er det liten grunn for de børsnoterte selskapene til å begi seg inn på egenhandel som med rimelig sannsynlighet vil påvirke kursen på børsen. Tilbakekjøp av aksjer skal i første rekke være et raskt og effektivt middel for "frivillig" tilbakebetaling av ledige midler til aksjonærene. Dersom et kjøp over børs ikke kan skje uten at kursen med rimelig sannsynlighet vil stige eller det meste av selgerinteressen bli borte i et noe lengre perspektiv, bør øvelsen unnlates. Et kjøp som påvirker kursen på børsen er et dårlig utført tilbakekjøp, og ligger selskapet inne med en større kjøpsordre enn markedet viser seg å kunne mestre på siste børskurs bør operasjonen stanses. Om dette ennå ikke er gjeldende rett, så er det iallfall god børspraksis, etter mitt syn.

Teser til diskusjon:

- Bør børsnoterte selskaper avstå fra kjøp og salg over børs samt andre handelsformer som ikke skjer etter at tilbud er rettet til samtlige aksjonærer på like vilkår?
- Er handel med egne aksjer overhodet på sin plass i mindre og illikvide børsnoterte selskaper?

- Bør de børsnoterte selskapene tillates å utføre kursstabiliserende operasjoner, og hvor går grensen mot ulovlig kursmanipulasjon?
- Bør selskapene innføre selvbegrensninger eller bør børsen innføre strengere regler enn det aksjelovene tillater?

Forkortelser:

Vphl. – lov om verdipapirhandel av 19. juni 1997 nr 79.

Børsloven – lov om børsvirksomhet av 17. november 2000 nr 80.

Hans Henrik Brydensholt

De nordiske landes bidrag til udviklingen af
forvaltnings- og retssystemer i tredje lande

De nordiske landes bidrag til udviklingen af forvaltnings- og retssystemer i tredje lande

Af landsdommer *Hans Henrik Brydensholt*, Danmark

Det fremhæves, at bistand til tredje lande på det juridiske felt ikke kan have karakter af eksport af egne retssystemer. Bistandsarbejde kræver evne til at sætte sig ind i fremmede kulturer og til at indgå i kreative dialoger. De nordiske lande har relativt betydelige bistandsprogrammer. Selv om det fortsat kun er en lille del, der går til retssektorprogrammer, er det dog et område, der er under kraftig udvikling. Hele det "bløde" bistandsområde vedrørende udvikling af menneskerettigheder, demokratisering, god regeringsførelse og folkelig deltagelse er blevet kritiseret for at arbejde med uklare målsætninger. Det kan umiddelbart være vanskeligt at se disse projekters sammenhæng med det overordnede mål, der angives som fattigdomsbekæmpelse.

En væsentlig del af artiklen består i en redegørelse for arbejdet med decentraliseringsprojekter i Uganda og Tanzania, domstolsreformer i Uganda, Mozambique og Albanien og en mæglingsorganisation i Albanien.

På grundlag heraf vurderes nordiske juristers forudsætninger for at arbejde med bistandsprojekter, hvor opgaven ikke er eksport af eller undervisning i egne retssystemer, men skabelsen af nye systemer på grundlag af kreativ dialog.

Hans Henrik Brydensholt, der er født i 1932, blev cand.jur. i 1956 fra Københavns Universitet. Herefter ansat i justitsministeriet, hvor han blev chef i strafferetskontoret. Desuden arbejdet som advokat med møderet for landsretten i 1966. 1971–1980 direktør for Kriminalforsorgen. Fra 1980 dommer i Østre Landsret. Formand for en række permanente udvalg og branche ankenævn. Forfatter til bøger og artikler om juridiske og ledelsesmæssige problemstillinger. Siden 1993 rådgiver på Danida-projekter inden for retssektoren. I 2001 valgt som ad-litem dommer til krigsforbrydertribunalet i Haag.

1. Indledende bemærkninger. Bistand er ikke systemeksport.

1.1 Grønland

Nordiske lande har indenfor egne grænser stor erfaring med udviklingsbistand. Vi har i Danmark en sådan erfaring i forhold til Grønland. Indtil 1953 var Grønland en dansk koloni med en dualistisk retsplejeordning. Derboende danskere blev behandlet efter dansk ret, medens grønlænderne var undergivet traditionel ret (sædvaneret) med egne domstole, beklædt af lægmænd (kredsdommere).

Efter statusændringen ved 1953-grundloven er grønlændere og danskere på Grønland under det samme retssystem. Systemet er fortsat karakteriseret ved

lokale lægmandsretter, men idealet er, at de skal anvende den formelle (skrevne) danske ret, og at de derfor skal trænes i dette system.

I forhold til levestandarden i den grønlandske befolkning, har landet selv meget få ressourcer. Den økonomiske overførsel, der sker fra Syddanmark til Grønland er der for så vidt ikke andet at sige til, end at det er en naturlig konsekvens af den omstændighed, at Grønland er en del af det danske rige. Og derved en del af den udligning, der generelt finder sted mellem de forskellige regioner og kommuner.

Trods den massive overførsel er der i Grønland mange tegn på social elendighed. Drikkeriet er stort og alkohol og skydevåben er altid en ulykkelig kombination. Den grønlandske kriminallov er vistnok den eneste straffelov, der ikke har bestemmelse om straf, men kun kender til "foranstaltninger", der skal tjene et specialpræventivt formål. Uanset navnet er der alligevel relativt mange frihedsberøvede i Grønland.

De overvejelser, der for øjeblikket foregår i den Grønlandske Retskommission vil munde ud i, at der sker en yderligere tilnærmelse mellem det grønlandske retssystem og systemet i det øvrige Danmark. Det grønlandske hjemmestyre vil samtidig få afgørende indflydelse på den fremtidige ordning. Det er den eneste tænkelige udvikling. Der vil stadigvæk ske massive overførsler fra Syddanmark til Grønland. Det er simpelthen nødvendigt. Men der er ikke nogen garanti for, at den fortsatte bistand løser de tunge problemer. Det kan være nemmere at give end at modtage hjælp.

1.2 Et genoprettende retssystem

I Grønland har man forsøgt sig med et specialpræventivt orienteret straffesystem. I et andet nordligt territorium, i Canada, har man udviklet en form for genoprettende retssystem. I sin artikel: "Paradigmaskift – fra straffende ret til genoprettende ret" (Juristen, 2001, s. 205 ff) beskriver Beth Grothe Nielsen med udgangspunkt i et lille indiansk samfund i Canada og en principiel afgørelse fra den canadiske højesteret et anderledes reaktionssystem: "Community Holistic Circle Healing" (CHCH). Den udviklede "healing strategy" ses som en kombination af traditionel og vestlig viden, fra hævn og gengældelse til heling og genopretning. Derved bliver CHCH en del af en udvikling, der kan ses mange steder, det, der benævnes "restorative justice".

1.3 En ny kombination af kendte retssystemer.

At anvende et genoprettende retssystem overfor strafbare handlinger indebærer en glidning fra strafferet til civilret. Handlingen betragtes ikke længere som noget, der har brudt "Kongens fred", og som offentlige myndigheder derfor må tage sig af, men som et forhold, der må løses direkte mellem de involverede parter: offer, gerningsmand og lokalsamfundet. Det er en udvikling navnlig den norske krimi-

nolog, professor Nils Christie har talt om meget længe. Jeg vil senere i artiklen give eksempler på, hvorledes man i en række Danida projekter har arbejdet på at støtte udbygning af retssystemer, der kombinerer genoprettende systemer og for os mere almindelige vestligt orienterede systemer.

1.4 Partnerskab.

Nøgleordet i dansk udviklingsbistand er partnerskab. Regeringen fremlagde i 1999 et udkast til en ny strategi for Danmarks udviklingsbistand og resultatet blev et strategidokument, der bærer titlen "Partnerskab 2000". De tider, hvor man anså sigtet med udviklingsbistand for at være en overførsel af vore egne systemer til modtagerlandene er forbi. Nu er det erkendt, at udvikling kun kan skabes i lande, der er besjælet af vilje til ændring og selv er aktive i formulering af mål og midler. Som det hedder i Danida jargon: "Support must be demand driven, not donor driven". Medvirken i bistandsarbejdet kræver ikke kun faglig ekspertise; men nok så meget evne til at sætte sig ind i fremmede kulturer og til at indgå i kreative dialoger. Det åbner mulighed for nye kombinationer af lokalt forankrede systemer og systemer, der er indrettet på at tjene en globaliseret verdens behov.

2. Tendenser i international udviklingsbistand.

2.1 Bistandens omfang.

De Forenede Nationer tilstræber at udfylde rollen som normsættende institution på bistandsområdet. Målet er efter en FN vedtagelse at donorlandene skal yde 0,7 % af deres bruttonationalindkomst i bistand til udviklingslandene.

Dette mål er imidlertid kun opfyldt af Danmark, Norge, Sverige, Luxemburg og Holland. Yderligere må det beklageligvis konstateres, at bistandsniveauet er faldende.

Finlands bistand var i 1998 på 0,32 pct. af nationalindkomsten.

Det er karakteristisk for de nordiske lande, at en meget stor del af bistanden går til Afrika syd for Sahara. Det afspejler det overordnede mål for indsatsen, der er "fattigdomsbekæmpelse".

USA's bistand var i 1998 kun på 0,1 pct. af nationalindkomsten. Heraf gik henimod en trediedel til Israel.

2.2 Bistandens fordeling mellem multinationale organisationer og bilateral støtte. De multinationale organisationers renommé.

Den danske bistand er fordelt nogenlunde ligeligt mellem tilskud til multilaterale organisationer (FN, Verdensbanken, Den internationale valutafond, osv.) og bilateral støtte. Dette er imidlertid ikke den sædvanlige fordeling. OECD's rapporter viser, at det i gennemsnit er således, at donorlandene betaler omkring 30 % af

deres bistand til de multilaterale organisationer. Og andelen, der betales til disse organisationer, er for nedadgående.

FN-systemet indtager fortsat en særlig normativ position indenfor udviklingsområdet. Omvendt kritiseres FN-organisationerne generelt for deres ineffektive administration og manglende strategiske fokusering.

Verdensbanken vurderes generelt positivt, især efter de senere års fokusering på de sociale dimensioner af den økonomiske udviklingsproces. Banken arbejder ud fra sammenhængende strategier for de enkelte lande "The comprehensive development framework". Banken har ofte fremhævet korruptionen i udviklingslandene som en hovedhindring for udvikling.

EU's europæiske fællesskabsbistand synes at indtage en stigende betydning. Fællesskabsbistanden har nu en størrelse svarende til omkring en trediedel af den engelske bistand og særligt Tyskland har i de senere år omallokeret midler fra de frivillige FN-bidrag til fællesskabet, således at Tyskland i dag her er den største bidragsyder. Generelt er donorerne imidlertid kritisk indstillede over for kommissionens administration af midlerne, og kravet om gennemgribende reformer er udbredt.

2.3 Fattigdomsbekæmpelse som universel målsætning, men manglende operationalisering.

Donorerne har typisk fattigdomsbekæmpelse som den overordnede målsætning for udviklingsarbejdet. Donorerne definerer fattigdom bredt. De fleste anvender en definition, som tager udgangspunkt i indkomst og forbrugsmuligheder og manglende opfyldelse af basale behov. Fattigdom kan defineres både i absolutte og relative termer. Der tages ofte udgangspunkt i studier af folks egen opfattelse af fattigdom. Fattigdom defineres ikke alene ud fra økonomiske termer, men fraværet af civile, politiske, sociale og kulturelle rettigheder udgør også elementer i definitionen.

Foruden en målsætning om fattigdomsbekæmpelse, arbejder de fleste donorer med målsætninger som demokrati og menneskerettigheder, miljø, social udvikling og økonomisk vækst. Målsætningerne er enten set som led i fattigdomsbekæmpelsen eller som sideordnede, selvstændige hovedmålsætninger.

Der er generelt tilslutning til den internationale målsætning om halvering af verdens fattigdom i 2015. Samt om adgang til sundhed og uddannelse, forbedring af kvinders vilkår og bæredygtig udvikling.

Alle donorer ser økonomisk vækst som vigtig, men den økonomiske vækst skal tilrettelægges, så væksten kommer de fattige til gode. Nogle donorer fremhæver en mere ligelig fordeling af samfundets goder som et centralt element i en fattigdomsstrategi. Der er imidlertid ikke noget konkret bud på, hvordan dette kan realiseres.

Der er blandt donorerne en stigende erkendelse af den private sektors

afgørende betydning for vækst og udvikling. Der er tale om et bredt spektrum af initiativer, der skal være med til at skabe et "enabling environment". Hertil hører opbygning af pålidelige statslige institutioner og et troværdigt retsvæsen. På dette område er Verdensbanken en aktiv multilateral aktør.

2.4 Manglende sammenhæng mellem donorlandenes udviklingspolitik og andre politikområder.

Ifølge OECD er der mange eksempler på manglende sammenhæng mellem erklærede mål for udviklingsbistanden og donorlandenes øvrige politik inden for handel, investeringer og landbrug. Kun få donorer synes at have en klar strategi for at sikre sammenhæng mellem udviklingspolitikken og andre policy-områder. Det nævnes, at fri adgang til de udviklede landes markeder ville være langt mere betydningsfuld for udviklingslandene, end den bistand, de nu modtager. For EU-landene ville det indebære ophævelse af landbrugsordningerne.

2.5 Bistanden koncentrerer om færre lande og færre sektorer.

For alle donorlande gælder, at bistandsindsatsen op gennem 1990-erne er blevet koncentreret om færre lande. For Danmarks vedkommende drejer det sig om ca. 15 såkaldte programsamarbejdslande. Yderligere er indsatsen i de enkelte samarbejdslande blevet koncentreret om bestemte sektorer, således at der er 3–4 sektorprogrammer i hver af landene. Det kan dreje sig om sundhedssektoren, landbrugssektoren, undervisningssektoren osv.

Selvom der er sket en koncentration af indsatsen, således at man fokuserer på bestemte sektorer, er man samtidig blevet opmærksom på behovet for en forstærket indsats på tværgående politikområder. Det kan dreje sig om områder som decentralisering, skattepolitik, embedsmandsreformer, korruptionsbekæmpelse osv. Der lægges vægt på opbygning af den offentlige forvaltning på både lokalt og centralt hold og der er fokus på korruptionsbekæmpelse som et særligt indsatsområde. Herved kommer også retsvæsenet ind i billedet. Derudover peges på nødvendigheden af at fokusere på folkelig deltagelse, så de demokratiske systemer, der etableres, ikke blot bliver tomme skaller.

Samarbejdet med et civilsamfund i bredere betydning er af afgørende betydning for bistandsprogrammernes succes. I forbindelse med støtten til det civile samfund er det klart, at betydningen af en fri og professionel presse ikke kan overvurderes.

Udviklingslandenes statsstrukturer og andre formelle strukturer er oftest skrøbelige. I nogle tidligere socialistiske lande er civilsamfundet i form af folkelige foreninger og organisationer praktisk taget helt fraværende. Til gengæld er der i mange tredje verdens lande fortsat en stærk uformel struktur, hvor landsbyformænd, klanældste og solidariteten i storfamilier spiller en afgørende rolle. Dette er af betydning, når vi senere ser på udviklingen af et effektivt retssystem i disse lande.

3. Udviklingspolitikens vage nøglebegreber.

3.1 Menneskerettigheder, demokratisering, god regeringsførelse og folkelig deltagelse.

Der blev i år 2000 offentliggjort en evaluering af den danske bistand på menneskerettigheds- og demokratiseringsområdet. Evalueringens hovedkonklusion var positiv, idet det blandt andet anføres, at kvaliteten af den danske bistand er blevet bedre i de seneste 10 år. Man havde forstået at udnytte de fordele, det giver, at Danmark er et lille land, som ikke på forhånd mistænkes for at have skjulte magtpolitiske interesser. Af kritik anføres manglende klarhed over, hvad menneskerettigheds- og demokratiseringsbistanden egentlig skulle opnå. Menneskerettigheds- og demokratibistanden bliver en stadig mere central faktor i udviklingsarbejdet. Der kan i den tredje verden iagttages en demokratiseringsbølge, hvor mange regeringer oplever et langt større pres med hensyn til menneskerettighederne, demokratisering, god regeringsførelse og folkelig deltagelse end for blot få år siden. Presset kommer fra borgernes side, men også presset fra donorlandenes side er steget. Når regeringer i udviklingslande tøver med demokratisering eller forsøger at sætte processen i stå mødes de hurtigere end tidligere med kritik og krav fra det civile samfund og med pres fra donorerne.

Deltagelse i det globale samarbejde som det foregår i FN, betyder accept af et fælles værdigrundlag, hvorved der for landene følger forpligtelser til at omsætte værdierne så de indgår i det enkelte lands retsgrundlag.

Der er imidlertid mange lande, hvor det ikke går godt. Nogle er stadig diktaturer og nogle er gået helt i opløsning. I mange lande er det uklart, hvem der i givet fald skal bære en demokratisk udvikling frem.

Et fundamentalt spørgsmål er, om den individbaserede menneskerettighedsopfattelse, vi har udviklet i vesten, er det eneste tænkelige grundlag for fattigdomsbekæmpelse og økonomisk udvikling i andre kulturer med en stærkere tradition for at tage udgangspunkt i det kollektive – eventuelt defineret ud fra storfamilie, klan eller stammetilhørsforhold.

De fleste af de udviklingslande, der i øjeblikket gennemfører demokratiseringsprocesser, er som tidligere nævnt skrøbelige multi-etniske samfund, hvor små ændringer kan få vidtrækkende negative følger. Det erkendes nu, at man i et givet samfund må tage hensyn til lokalt forankrede og traditionelt baserede konfliktløsningssystemer, selv om dette bygger på andre værdier end vore.

Samtidig med, at man må tage hensyn til lokale strukturer, må der meldes klart ud om de værdier, Danmarks udenrigs- og udviklingspolitik bygger på. Det findes ikke forsvarligt at anvende danske bistandsmidler til samarbejdspartnere, der ikke er villige til at indgå i en dialog og ærligt tilstræbe at fremme menneskerettigheder, demokratisering, god regeringsførelse og folkelig deltagelse. Det må erindres, at de værdier, der fra dansk side tages udgangspunkt i, ikke alene er danske men er internationalt sanktioneret gennem FN's resolutioner osv. I sidste

ende er det – siges det – dette fællesgrundlag, der giver os adgang til at stille krav til samarbejdspartnerne.

3.2 Retssektoren er kommet i focus.

Medens den danske bistand på menneskerettighedsområdet tidligere typisk drejede sig om støtte til gennemførelse af valg, støtte til NGO'er og støtte til dannelsen af en fri presse, er området nu langt videre. Bistand vil nu typisk omfatte indsatsområder som støtte til forfatningsarbejde, lovreformer, retsvæsen, politi, ombudsmandsinstitutioner, parlamentsstøtte, god regeringsførelse og decentralisering. I forbindelse med decentralisering bliver der også tale om støtte til lokale myndigheder (local government).

Det er min erfaring, at det er vanskeligt at arbejde for nødvendige domstolsreformer, hvis indgangsvinklen er menneskerettighedshensyn. Domstolsreformer forudsætter samarbejde med toneangivende repræsentanter for dommerstanden, og de vil være på vagt over for engagerede menneskerettighedsforkæmpers kritik af deres hidtidige retsudøvelse. Derimod kan man komme langt med projekter, hvor målene defineres som sikring af domstolenes uafhængighed, professionalisering, folkelige respekt og bekæmpelse af korruption. Og man kan nok ikke forestille sig noget, der i praksis er mere egnet til at højne det menneskeretlige niveau.

I mange tredjelande gennemføres der i disse år decentraliseringsprogrammer. Typisk er der tale om en årelang proces, der ofte tager udgangspunkt i en ny demokratisk forfatning, som tilsikrer lokalområderne politisk indflydelse og magt. Det er en vanskelig proces. Fagministerier og deres ansatte har vanskeligt ved at se fordelene ved at lokale folkevalgte – frem for som hidtil professionelle i et dekoncentreret system – får magt og ansvar i f.eks. sygehusvæsenet.

Det er vanskeligt at operationalisere en bistand, hvis overordnede mål ligger indenfor de her berørte ”bløde områder”. I f.eks. et vejsektorprogram er det lettere at vurdere, om der er sket de planlagte forbedringer i vejsystemet, og om det herved er blevet lettere for landbefolkningen at afsætte deres varer i byerne.

Ved målingen af et programs effektivitet, sonderer man mellem input, output, outcome og impact.

Ved input måler man om den assistance, der er planlagt, faktisk er ydet. F.eks. om de midler, der var afsat til bygning af nye retsbygninger, faktisk er brugt til formålet.

Ved output undersøger man om det antal hensigtsmæssige retsbygninger, der efter planen skulle være kommet ud af den økonomiske støtte, faktisk er skabt.

Ved outcome undersøger man om de overordnede mål er nået, f.eks. om der er sket en forudset nedgang af sager på venteliste.

Ved impact målinger undersøger man om de øgede aktiviteter i retsvæsenet også fører til opfyldelse af tilsigtede samfundsmæssige målsætninger i retning af

befolkningens øgede tillid til, at konflikter løses tilfredsstillende i retssystemet og at der på den måde sker en fredeliggørelse af samfundet.

I de nedenfor gennemgåede cases vil det i alle tilfælde fremgå, hvorledes opfyldelse af definerede mål må tillægges afgørende betydning i bistandsarbejdet.

3.3 Omfanget og evalueringen af den danske støtte til tredielandes retssector.

Danida offentliggjorde i år 2000 en rapport, som indeholdt et uafhængigt konsulentfirmas vurdering af den del af den danske bistand, der kan rubriceres under overskriften: Retsvæsen, forfatning og lovgivningsarbejde (Justice, Constitution and Legislation). Undersøgelsen dækkede årene 1990–1998, hvor støtten udgjorde:

- Legal sektor, dvs domstolsvæsen, justitsministerier m.v., 202 mio. DKr.
- Legal aid/advocacy, retshjælp til fattige og marginaliserede, 44 mio. DKr.
- Fair trial, støtte til NGO'er, 26 mio. DKr.
- Police (32 mio. DKr.)
- Parlament (59 mio. DKr.)
- Ombudsman (17 mio. DKr.)
- Constitutional processes (11 mio. DKr.)
- Human rights, (støtte til NGO'er af mere generel karakter, 64 mio. DKr.
- Unspecified (4 mio. DKr.)

Total 479 mio. DKr. (otte år).

I forhold til det samlede danske bistandsbudget, der er på over 12 mia. kr. årligt er den andel, der anvendes indenfor retssektoen, beskeden. Det fremgår imidlertid af rapporten, at mere end 80 % af de her oplyste bistandsmidler var brugt i periodens sidste år fra 1995–1998. Der er således tale om et bistandsområde i kraftig vækst.

Evalueringsrapporten fremhæver som områdets svage punkt: uklarhed i målsætningen. Rapporten identificerer 10 udtrykkelige eller implicite antagelser, der ligger bag støtten på retsområdet og viser, hvor løst et grundlag der er for disse antagelser:

Antagelse 1: Fremme af menneskerettigheder og demokrati indebærer udsigten til et bedre liv for hele menneskeheden.

Der henvises af Danida til de internationale konventioner på området. De er imidlertid for størstedelens vedkommende en kodifikation af vestlige liberale ideer om beskyttelsen og placeringen af individet. Dette kan være i uoverensstemmelse med hvorledes samfundet er organiseret i mange udviklingslande, hvor vægten ligger på individet som del af lokalsamfundet med dets værdier og struktur.

Antagelse 2: Udvikling af menneskerettigheder og demokrati giver økonomisk samfundsmæssig udvikling.

Heroverfor fremhæver rapporten, at der ikke er noget videnskabeligt belæg for en sådan forbindelse mellem menneskerettigheder og økonomisk udvikling. Det kan lige så vel antages, at økonomisk udvikling er afhængig af uddannelsesniveau, sociale netværk, handelsmuligheder osv.

Her kan jeg for egen regning henvise til udviklingen i det autoritære Singapore, hvor indkomsten pr. indbygger forlængst har overhalet England, og hvor f.eks. korruptionsniveauet er blandt de laveste i verden.

Antagelse 3: Et vist højt økonomisk udviklingsniveau er en forudsætning for borgernes udøvelse af deres rettigheder.

Evalueringsrapporten ser en vis modsætning mellem denne antagelse og den tidligere nævnte antagelse om at udvikling af menneskerettigheder og demokrati i sig selv skulle fremme en økonomisk udvikling.

Antagelse 4: Der er en indre sammenhæng mellem menneskerettigheder, demokrati og retssekterreform. Forbedringer på ét af de tre områder antages automatisk at føre til fremgang inden for de to andre områder.

Evalueringsrapporten finder, at det er en alt for bred og ukonkret antagelse. Demokrati vurderes ofte ud fra eksistensen af formelle regler vedrørende valg og flertallets magt. Der er ingen grund til at tro, at udvikling af den form for demokrati nødvendigvis vil indebære en omfattende række rettigheder for alle. Rettigheder indebærer jo netop begrænsning af flertallets magt specielt som denne kommer til udtryk i lovgivningsmagten. Styrkelse af domstolene tenderer til at flytte magt fra en demokratisk valgt lovgivningsmagt til dommere, der normalt ikke er udpeget på grundlag af folkelig støtte. Endvidere vil en professionalisering af det formelle juridiske system tendere mod at svække lokale uformelle konfliktløsningssystemer.

Antagelse 5: Udvikling af menneskerettigheder og demokrati skaber stabilitet i et samfund.

Heroverfor fremhæves, at bistand til udvikling af menneskerettigheder og demokrati uvægerlig vil være en trussel mod traditionelle magtstrukturer, der bygger på andre værdier. Man må endvidere være opmærksom på, at valgprocesser kan skærpe etniske modsætninger. Et demokrati i vestlig forstand er muligvis ikke lige så godt egnet til at forhandle og skabe kompromisser, som mere traditionelle strukturer har oparbejdet en evne til. Kaos kan være resultatet på kort sigt. Dette må afvejes overfor de langsigtede gevinster ved rettighedsstøtten.

Antagelse 6: Menneskerettighederne er universelle og ubetingede.

Heroverfor nævnes, at det ikke er ganske entydigt, hvilke rettigheder, der hentydes til. Efter tilblivelsen af "The Universal declaration of Human Rights" er der kommet andre rettigheder til. Udover de borgerlige frihedsrettigheder findes de sociale-økonomiske rettigheder, rettigheder for kvinder, børn, oprindelige folk, emigranter etc. Det er en illusion at tro, at alt kan fremmes på een gang. Det nævnes også, at rettighederne kan komme i konflikt med hinanden, f.eks. konflikten mellem ytringsfrihed og beskyttelse mod racistiske ytringer. Også kvindebeskyttelse og pornografi nævnes i den forbindelse. Man skal også være opmærksom på, at udbygningen af et formelt retssystem, der opfylder de formelle forudsætninger om fair trial som allerede nævnt kan være en fare for traditionelle konfliktløsningsmetoder, der i realiteten yder svage grupper langt bedre retsbeskyttelse end det formelle retssystem vil være i stand til i adskillige kommende generationer.

Antagelse 7: Støttede NGO'er skaber inden for det civile samfund pression for udvikling af menneskerettigheder og demokrati. Aktivt engagerede borgere er nødvendige for at sikre at statsinstitutioner lever op til deres formål.

Selv om evalueringsrapporten i al almindelighed finder, at disse synspunkter er korrekte gør man dog opmærksom på, at nogle NGO'er navnlig giver en personlig fordel for lederne, og det er ikke alle, der har nævneværdig tilslutning i den lokale befolkning. Der er også en del eksempler på, at NGO-erne selv ikke er udpræget demokratiske i deres ledelsesstruktur.

Antagelse 8: Betingelser i forbindelse med bistandsydelser er nyttige for at fremme menneskerettigheder og demokrati. Det er Danidas opfattelse, at 1990-erne har været en særlig gunstig tidsperiode for støtte til menneskerettigheder og demokratisk udvikling.

Heroverfor anføres det i evalueringsrapporten, at der ofte i politiske kredse i udviklingslande er en god del lip-service i forbindelse med deres tilslutning til human rights idealerne. Erfaringen viser, at oppositionen, når den selv kommer til magten, ofte er lige så autoritær som det styre, den afløste.

Antagelse 9: Danmark har en fordel som bistandsyder i forbindelse med udviklingen af menneskerettigheder og demokrati. Landet er kendt som en stærk støtte til FN- og har kun en beskeden fortid som kolonial magt. Som et lille land har Danmark ikke nogen skjult dagsorden, som hos modtagerlandene kan rejse spørgsmål om motiverne.

Heroverfor anføres, at den del af den danske bistand, der nu kanaliseres gennem EU – det drejer sig om ca. 14–15 % – videreføres gennem et system, som klart opfattes som havende en økonomisk og politisk dagsorden. I den forbindelse

er de danske motiver i ansøgerlandenes øjne ikke hævet over mistanke. Når Danmark generelt bliver meget positivt modtaget i bistandslandene, skyldes det snarere den danske støtte til frihedsbevægelser i en tidligere periode og den positive indstilling, man i den forbindelse havde overfor socialistiske regimer. Danmark har reelt det handicap, at landets juridiske ressourcebase ikke er kendt med strukturer og teknik indenfor retssystemet i de fleste af de lande, landet yder bistand til. Typisk er retssystemerne modellerede over den tidligere kolonimagts system. Det giver danskere en vanskelighed i forbindelse med støtte til domstolsvæsenet, forfatningsudviklingen og lovgivningsprocessen.

Antagelse 10: Kontrolinstitutioner som menneskerettighedskommissioner, ombudsmand og rigsrevision antages at medvirke til at regeringer optræder korrekt.

Antagelsen svarer til de erfaringer, der kan indhøstes i et land som Danmark. Men befolkningen i de udviklingslande, der har fået institutioner af denne karakter, oplever sjældent at de optræder uafhængigt i forhold til den centrale regeringsmyndighed. Derimod kan de måske virke efter hensigten i forhold til det lavere niveau af myndigheder.

Jeg vender senere tilbage til disse kritikpunkter.

4. Praktiske erfaringer fra bistandsprojekter.

Case nr. 1: Decentralisering i Uganda.

Ulandsbistanden har som nævnt i de senere år skiftet karakter, således at man i højere grad interesserer sig for udviklingen af bløde områder som kapacitetsopbygning i administration og retssystem, snarere end bygning af fabrikker og havne osv, ligesom man har koncentreret indsatsen om bestemte lande. Blandt dem er Uganda.

Som i andre tidligere kolonilande var den administration, Uganda overtog ved uafhængigheden i 1961, stærkt centralistisk og med mange engelskprægede forskrifter. Vel at mærke på det formelle plan. For man kan sige sig selv, at i et land, hvor 85 pct. af den 20 mio. store befolkning bor på landet, hvor man taler et hundrede forskellige sprog og kun et mindretal det officielle sprog, engelsk, og hvor trafikforholdene er ret elendige, ja, der er det begrænset, i hvilket omfang man fra centralt hold kan styre folks hverdag. Det er også begrænset, hvilket skattegrundlag der er i et sådant land, hvor indtægten er lav og naturaløkonomi er fremherskende. Manglende indkomster er derfor også en barriere for statens reelle mulighed for at bestemme samfundsudviklingen. Man kan derfor sige, at den omstændighed, at man nu gennem en kommunalreform ønsker at decentralisere magten fra det centrale til det lokale niveau, i nogen grad blot er et udtryk for en tilpasning af den formelle forvaltningsstruktur til den ordening, der allerede reelt gælder.

Det, Danida i begyndelsen af 1990'erne blev bedt om at bistå med, var at skabe en struktur, hvor mere og mere politisk og administrativ magt på en ordnet måde – men uden partier – kunne overføres til det lokale niveau. Man har udtrykt det på den måde, at opgaven er at udvikle en stat, der giver rum for kulturel pluralisme og forskellige forvaltningssystemer, men således, at det hele foregår inden for rammerne af respekt for loven og en fælles opfattelse af, at det er summen af de gældende regler og strukturer, der skaber en stat. (What is required is not a centralized state, but one that promotes cultural pluralism and multiple systems of governance. But all take place within the framework of the rule of law and a shared community and understanding that it is the totality of those rules and structures that constitute the state – International Conference on decentralization in East and West Africa, Kampala, Uganda, 19.–23. februar 1996).

Jeg blev i 1993 af Danida anmodet om at bistå med opgaven som senior legal advisor.

Det var nødvendigt at lave en lov, der dannede det retlige grundlag for en proces. Det var ikke muligt straks at afgøre, hvilken kompetence, der skulle forblive hos centrale myndigheder, og hvilken decentral myndighed, der skulle være den kompetente for decentraliserede opgaver. Der måtte laves en "enabling law", der gav de retlige rammer for gradvis overførsel af opgaver til distrikter og underliggende kommunale råd.

Der fandtes mig bekendt ikke nogen model for en sådan rammelov, der muliggjorde en gradvis overførelse af bestemte opgaver efterhånden som kommuneforvaltningerne blev udbygget, og hvor kompetenceoverførslen kunne ske forskelligt i forskellige dele af landet, ligesom det finansielle fundament for lokalstyret skulle sikres i takt med, at der blev overført opgaver til de enkelte lokalforvaltninger. Hertil kom, at den nye lovgivning ønskedes gennemført meget hurtigt.

Statute on Local Government blev udarbejdet og gennemført i løbet af 1993, således at den trådte i kraft pr. 1. januar 1994.

Da der ikke var noget forbillede for lovgivningen, og der ikke var nogen forudgående udvalgsbehandling, krævede processen dristig improvisation. Den særlige engelske lovteknik, der her skulle bruges, kendte jeg ikke meget til. Så her måtte jeg forlade mig på kontakterne i det ugandiske justitsministerium. Uganderne støttede sig igen på en udstationeret Ghanesisk lovkoncipist, idet alle common law lande mere eller mindre bruger samme teknik. Det var imidlertid ikke den formelle udformning, der gav de største vanskeligheder, men derimod traditionen for at skrive alt for mange detaljer ind i selve loven. Vil man have kommunalt selvstyre, må væsentlige spørgsmål nødvendigvis overlades til kommunalbestyrelsens politiske prioritering. Det skal dog siges, at loven i det store og hele opretholdt den allerede eksisterende struktur bestående af lokale "modstandsråd" (Resistance Councils), der var skabt af Yoweri Musevenis modstandsbevægelse, efterhånden som den vandt terræn. En reel ændring var, at

embedsmændene i fremtiden skulle ansættes af kommunalbestyrelsen og ikke ansættes centralt og udstationeres, men navnlig indebar loven, at meget væsentlige opgaver som skole- og helsevæsen umiddelbart blev overført til distrikterne med mulighed for delegation videre ned i det kommunale system (County, subcounty, parish, village), og at kommunalbestyrelserne fik eget skattegrundlag og en fast bloktilskudsordning.

Allerede året efter, i 1995, fik Uganda en ny, detaljeret forfatning, der indeholder et omfattende kapitel om kommunestyret. Dette afveg på nogle ret afgørende punkter fra den netop gennemførte lov. For eksempel skulle "distriktsborgmesteren" ikke fremtidigt vælges af distriktsrådene, men efter amerikansk forbillede direkte af vælgerne. Dette foranledigede en anmodning om bistand til formulering af en ændret Statute of Local Government.

Den nye lov blev udarbejdet i løbet af 1996.

Det er i Statute on Local Government fastslået som en retlig forpligtelse, at der, samtidig med at opgaver overføres til kommunale myndigheder, skal følge et tilsvarende tilskud med. Som udgangspunkt i form af bloktilskud som vil overlade det til kommunen – som led i en politisk prioritering – at bestemme, hvorledes pengene skal anvendes. Det ville altså efter denne regel være muligt for kommunen at anvende i hvert fald en del af de penge, den havde modtaget i forbindelse med overtagelse af undervisningsopgaver, til f.eks. vejformål.

For centrale fagministerier er der store betænkeligheder ved en sådan ordning. Undervisningsministeriet vil være betænkelig ved, at der på denne måde kan ske nedprioritering af skolegangen. Sundhedsministeriet og de øvrige fagministerier vil hver på deres områder nære tilsvarende betænkeligheder.

Der er da også i loven åbnet mulighed for, at overførsel af økonomi kan ske i form af øremærkede tilskud – conditional grants. Men hvor et decentralt kommunestyre, hvis det skal have nogen politisk realitet netop må bygge på, at det er det valgte lokale råd, der fastsætter prioriteringen ud fra lokale behov, har der i praksis vist sig en tendens til, at tilskud til de lokale råd sker i form af øremærkede midler.

Der er i loven også givet regler for en tredje form for overførsler. Såkaldte equalisating grants. Det er tilskud, der efter bestemte objektive kriterier skal give ekstra midler til udvikling af de fattigste distrikter. Men beklageligvis er denne del af loven aldrig blevet ført ud i livet.

Det, der er vanskeligt ved decentraliseringsprocessen i Uganda er, at der ikke er nogen stærk politisk magt på det decentrale niveau. Vi er i vore lande vant til, at kommunernes økonomi fastlægges ved de årlige forhandlinger mellem finansministeriet og magtfulde primær- og amtskommunale organisationer. Hvor også de kommunale organisationer har veludbyggede økonomiske sekretariater.

Det politiske modspil til de centrale fagministerier må i et land som Uganda komme fra andre centrale myndigheder. Som tidligere nævnt er præsident Museveni givetvis en støtte for decentraliseringen. Det måske tydeligste bevis herfor er,

at den kabinetsminister – Minister of Local Government – der er ansvarlig for gennemførelsen af decentraliseringen, er den, der har været minister længst.

Det blev forsøgt at udforme Statute on Local Government således, at der var et neutralt, sagkyndigt organ (Det kommunal-økonomiske råd), de lokale myndigheder kunne klage til, såfremt de centrale myndigheder ikke respekterede lovens krav om, at der samtidig med overførelse af opgaver til distrikter og kommuner skulle følge den nødvendige økonomi med. Men dette råd har ikke levet op til det, der var hensigten. Det er ikke stærke økonomiske vismænd, der er udpeget til institutionen. Rådet har ikke været til nogen nytte som voldgiftsinstitution mellem de decentrale og centrale myndigheder. Virksomheden har været domineret af undersøgelser af eventuelle misbrug af økonomiske midler (korruption) i distrikter og kommuner. Altså opgaver, som efter loven retteligt henhører under revisionen.

Den amerikansk inspirerede idé med at lade borgmesteren vælge direkte af vælgerbefolkningen og ikke af kommunalbestyrelsen har heller ikke været heldig. Det er rigtigt set, at et sådant valgsystem skaber en form for magtbalance, men det er ikke det, der er brug for i et skrøbeligt decentralt system. Der er allerede flere eksempler på, at modsætningen mellem borgmesteren og hans embedsapparat på den ene side, og kommunalbestyrelsen på den anden, har skabt et dødvande, hvor det ikke har været muligt at opnå enighed om budgettet. I et enkelt tilfælde har Præsidenten måttet bruge en bestemmelse i loven, der giver ham magt til at sætte et distrikt under central administration indtil der kan holdes nyvalg.

På længere sigt er den største tekniske vanskelighed, at det ikke er muligt i juridisk sprogbrug at angive, hvor grænsen skal gå mellem det lokale selvstyre og centrale organer.

Det er klart, at der f.eks. på skoleområdet må angives nogle minimumskrav, alle distrikter skal opfylde. For eksempel bestemmelser om undervisningssprog, undervisningstid og fag. Det er i loven udtrykt på den måde, at det påhviler de centrale ministerier at fastlægge "general rules and guidelines". Men hvor grænsen går, kan kun fastlægges gennem forhandling mellem de interesserede parter. De professionelle i fagministerierne vil søge at binde de lokale myndigheder mest muligt for at hindre, at deres område bliver nedprioriteret. Og de vil i det omfang, der er mulighed for det, sikre at de også har afgørende indflydelse på ansættelsesforhold.

Når alt det er sagt, er der dog igen tvivl om, at decentraliseringsprocessen stadig skrider frem. Som den engagerede minister siger: "We have passed the point of no return". Det har han utvivlsomt ret i under det nuværende politiske regime, hvor decentraliseringen støttes af en magtfuld præsident.

Case nr. 2: Decentralisering i Tanzania.

Også i Tanzania, er der i 1999 gennemført et lovkompleks om Lokalstyre. Det er ikke et rent Danida Projekt, men finansieret gennem fællesbidrag (basket

funding) fra en række donorlande. Jeg har her oplevet en mere tøvende holdning fra præsidentens og regeringens side, og mere kompakt modstand fra central-administrationen.

Der er i Tanzania end ikke forsøgt at indsætte en bestemmelse om et sagligt, neutralt organ, der kan virke som voldgiftsinstitut ved afgørelsen af, om der følger tilstrækkelige økonomiske midler med de opgaver, der lægges ud til distrikterne. I den lovskitse, jeg havde været med til at formulere fandtes der ganske vist en sådan bestemmelse, men bestemmelsen blev slettet ved kabinettets gennemgang.

For at gøre det hele endnu vanskeligere blev der ikke samtidig med at man med den nye styrelseslov overførte f.eks. folkeskole og sundhedsvæsen til lokalmyndighederne, foretaget ophævelse af sektorlovgivningen på de pågældende områder. D.v.s. at man stadigvæk har en parallellovgivning, hvor de centrale myndigheder og deres lokale, faglige institutioner (f.eks. skolekommissioner og sundhedskommissioner) fremstår som dem, der har kompetencen.

Det ville ikke være specielt vanskeligt at formulere de nødvendige ændringer på fagministeriernes område, såfremt der blot var politisk enighed om, hvordan ordningen skulle være. Problemet er imidlertid, at man har forestillet sig, at jurister som lovkoncipister kan udføre et arbejde, som klart er af politisk karakter. Man må jo ikke glemme, at der ligger en god del professionalisme og ærlige bevæggrunde bag de centrale myndigheders modstand imod at overlade området til ikke-professionelles mere eller mindre velbegrundede beslutninger. Det lokale fagpersonale er heller ikke uden videre tilhængere af at overgå til kommunal ansættelse.

Man er i decentraliseringsprocessen i Tanzania havnet i en kaotisk tilstand, som det formentlig vil tage år at få rettet op på.

Case nr. 3 Domstolsreform i Uganda.

Bortset fra politiet vurderer befolkningen i Uganda domstolene som værende det mest korrupte institutionssystem.

Da jeg i 1993 blev involveret i Danidas program vedrørende rehabilitering af det ugandiske domstolsvæsen, var dommerlønningerne så lave, at en dommer ikke kunne forsørge en familie uden at finde supplerende indtægtskilder. Det politiske system havde forståelse for, at andre foranstaltninger ville være virkningsløse, hvis dommerne ikke fik en "living wage". Der blev i 1995 gennemført en flerdobling af lønniveauet. Og selvom der samtidig skete en sanering af en lang række tilskud, betød det, at dommerne nu kan leve af lønnen og altså også har noget at miste, hvis de fortsat misbruger deres magt.

Domstolssystemet består af Magistrates Courts, High Court, Appeal Court og Supreme Court. I Magistrates Court er langt de fleste dommere såkaldte Lay Magistrates. De er ikke jurister, men har gennemgået et særligt 9 måneders kursus på Law Development Center. Der er dog også juridisk uddannede dommere knyttet til første instans. Det drejer sig om Chief Magistrates og Grade 1

Magistrates. Dommerne, der arbejder i de højere retter benævnes Judges og er alle fuldt uddannede jurister. Det er dog betydeligt under 100 af landets i alt 3–400 dommere, der er jurister. Det skal så igen sammenholdes med, at der er over 30.000 traditionelle, afrikanske lokalretter (Local Council Courts) i landet.

De få judges der er, optræder med parykker og henholdsvis røde og sorte kåber i straffesager og civile sager. De har naturligt nok et ønske om at opretholde den ophøjede status, der i England og tidligere engelske kolonier forbindes med dommere. Det kan dog være svært at fremstå pompøst med de miserable bygninger, som også High Court Judges er henvist til, når de bevæger sig ud i landet "on circuit". I Kampala derimod er High Court bygningen, hvor også højesteretspræsidenten og Appelretten har til huse, blevet istandsat. Her springer det så i øjnene, hvor lidt de fine retssale faktisk er i brug, så snart man kommer lidt op ad dagen. Chief Magistrates og de juridisk uddannede Magistrates aspirerer mod udnævnelse som Judges, med de privilegier dette indebærer. Såsom bil med chauffør og tjenestebolig med tjenere.

Lay Magistrates kan derimod ikke avancere, medmindre de gennemfører et juridisk studium. Det er der nogen, der gør, men det er kun muligt, hvis de gør tjeneste i eller i nærheden af Kampala, hvor universitetet er beliggende.

Den kompetence, der er tillagt de ustuderede dommere, er forsvindende lille. De kan behandle små bødesager og civile sager, hvor sagsgenstanden – som en af dem udtrykte det – svarer til prisen på en kylling, men ikke rækker til en høne. Herudover har de dog kompetence til at behandle sager, hvor retsgrundlaget er "traditionel ret". Det omfatter i og for sig vigtige sagsområder, som f.eks. tvister vedrørende jordbesiddelse og udnyttelsesretten til jord, men her har også de traditionelle lokalretter (Local Council Courts) jurisdiktion. Og i praksis foretrækker befolkningen at få deres tvister afgjort af dem.

Summa summarum behandles næsten alle konflikter i de tusindvis af små landsbydomstole – medens donorlandenes opmærksomhed er rettet mod et formelt domstolssystem, hvor hovedparten af dommerne alligevel er ustuderede uden særlig juridisk baggrund. En temmelig paradoksal situation, der imidlertid genfindes i mange andre u-lande. Der er i høj grad behov for, at der bliver skabt en ny domstolsstruktur, hvor det traditionelle konfliktløsningssystem integreres med et professionelt domstolsvæsen.

Den juridiske standard hos de universitetsuddannede Magistarets og Judges må siges at være god, selv om undervisningen på det juridiske fakultet ikke er tidssvarende og efteruddannelsesindsatsen hidtil har været beskednen. Det, jeg har fundet mest kritisabelt hos ugandiske dommere, har været mangelen på engagement over for opgaven med at få sagspuklerne ud af verden. Hvis en sag ikke kunne behandles på den berammede dag, nå ja, så måtte den blot udsættes. Selv i Afrika kunne dommeren jo ikke hekse.

Behovet for en retsreform.

I 1993 kunne vi konstatere, at der reelt ikke var nogen, der havde overblik over de enorme bunker af ubehandlede sager. Ganske vist eksisterede der fra gammel tid en forpligtelse for alle underretter til månedligt at indsende oversigtsskemaer ("Returns") til den administrative ledelse af domstolene, The Chief Registrars Office, der er placeret i High Court i Kampala. Men disse skemaer var særdeles uhensigtsmæssigt udformet, og desuden var de fleste embeder ophørt med at sende dem regelmæssigt. Var situationen ret uoplyst for underretternes vedkommende, var der ingen tvivl om, hvor katastrofalt det stod til i High Court. Et besøg her afslørede, at der var i tusindvis af ubehandlede sager tilbage fra slutningen af 1980'erne, og at der kom flere og flere til hvert år. Et blik ind i det rum, hvor sagerne lå, viste, at selvom de fleste var anbragt i sagsreoler, var der dog også en meterhøj bunke på gulvet af dokumenter, der på en eller anden måde var faldet ud af sager, og som ingen nu ville være i stand til at få placeret rigtigt. Hertil kom så, at der ikke var nogen plan for, i hvilken rækkefølge de mange ventende sager skulle behandles. Det er klart, at når der ikke er noget system at gå efter, vil der være rige muligheder for udefra at påvirke udvælgelsen med ufine midler. Enten således, at en interesseret part betaler for at få en sag fremmet, eller tværtimod for, at den forsvinder i mængden, eventuelt i papirbunken med uanbringelige dokumenter.

Det var min opfattelse, at det, uganderne havde anmodet om, nemlig nye bygninger, biler, uddannelse og hjælp til en mere rationel udnyttelse af personalet, ikke ville bevirke nogen afgørende forbedring af domstolenes evne til at få retssagerne behandlet, som de skulle. Det var selve retsplejeordningen, der måtte reformeres. Når man – som det er tilfældet – har en ordning, hvor jurisdiktionen mellem de forskellige instanser giver mulighed for, at stort set alle civile sager kan anlægges ved High Court som første instans, og hvor alle sager, der har dødsstraf i rammen, også skal føres i High Court – og man f.eks. har dødsstraf for seksuel omgang med piger under 18 år – er det ikke underligt, at mængden af ubehandlede sager ved High Court går over alle bredder.

Andre nødvendige ændringer var et andet system vedrørende retsafgifter. På grund af forudgående voldsom inflation var de gældende retsafgifter lige så urealistiske som de værdigrænser, der gjaldt for Lay Magistrates' jurisdiktion i civile sager. Det samme gælder bødesatser.

Men først og sidst måtte man have en retspleje, der ansporede dommerne til en aktiv rolle, herunder anvendelse af udvidede forberedende møder og disciplinerende indgreb over for advokater, der ikke medvirkede til at få sagerne behandlet og afsluttet på en rimelig effektiv måde.

De effektive lokale retter (landsbydomstole).

Local Committee Courts blev skabt i forbindelse med, at Yoweri Musevenis modstandsbevægelse i årene 1982–87 gradvis tilkæmpede sig herredømmet i

landet i kamp med Milton Obotes regeringshær. Når et område var erobret af Musevenis Resistance Movement, blev der i landsbyerne organiseret valg af en Resistance Committee (RC I) på 9 medlemmer, hvoraf mindst en trediedel skulle være kvinder. På sogneniveau valgte sognets forskellige RC I medlemmer i fællesskab en sognekomité RC II. For de større områder (sub-counties og counties) valgtes på tilsvarende måde RC III og RC IV. Det øverste nationale organ RC V udgjorde landets parlament.

En af de positive ting, der fremhæves ved "the movements" magtovertagelse, var soldaternes disciplinerede optræden, og at bevægelsen gennem RC systemet fik en bred folkelig forankring. Lokalkomiteerne fik også tillagt dømmende myndighed. Der blev i 1987 gennemført en lov, der regulerer denne virksomhed. Alle sager skal begynde på RC I niveau, og kan appelleres videre til RC II og til RC III. Herfra er der appel til Chief Magistrates Court og – dog kun med procestilladelse – videre til High Court. I komitésystemet var der således en feminstans ordning, som – hvis den var blevet brugt – hurtigt ville få systemet til at sande til. Men lykkeligvis bliver næsten alle sager afgjort i landsbyretterne. Disse er iøvrigt ved en ændring af den kommunale styrelseslov nu benævnt LC Courts (Local Committee Courts). På LC III niveau behandler hver af retterne faktisk kun 6–8 sager om året. Og kun en enkelt heraf går videre til Chief Magistrates Court.

Principielt er det kun civile konflikter, LC Courts kan behandle, dog med den undtagelse, at de også afgør sager om overtrædelse af kommunale regulativer (bye-laws). I lovens opregning af lokalretternes civile jurisdiktion bliver man imidlertid overrasket over at finde sager om vold (assault and/or battery), tilegnelse eller ødelæggelse af fremmed ejendom (conversion and/or damage to property), besvangrelse af en pige under 18 år (impregnation of a girl under 18 years of age), samt bortførelse (elopement) af en sådan pige. LC Courts kan altså behandle både vold og tyveri, men navnlig også defilement-sager, da man jo dårligt kan besvangre en pige uden at have haft samleje med hende. Og som tidligere nævnt er defilement i straffeloven belagt med dødsstraf.

De retsfølger, LC Courts kan anvende, er:

- forsoning
- udtalelse om, hvem der har ret i en strid (declaration)
- undskyldning
- erstatning
- tilbagelevering
- omkostninger og
- udlæg og tvangssalg til dækning af erstatningsbeløb.

Sagerne bliver afgjort hurtigt og i overværelse af den lokale befolkning, uden formalitet – men upartisk og på grundlag af almindelige retfærdighedsnormer

(guided by the principle of impartiality without fear or favour and adhere to the rules of natural justice). Loven præciserer, at begge parter skal have ret til at blive hørt, til at indkalde vidner og til at fremlægge deres beviser. Der findes også en almindelig regel vedrørende inhabilitet hos rettens medlemmer. Alt dette er måske knapt så bemærkelsesværdigt som bestemmelsen om, at en part ikke må lade sig repræsentere af en advokat, hvis ellers nogen skulle finde på det.

Retskilden er, bortset fra overtrædelse af bye-laws, den lokale sædvaneret.

Da jeg i 1993 ved indledningen af Danidas program til styrkelse af domstolene første gang stiftede bekendtskab med ugandiske dommere, gav de udtryk for en udtalt uvilje mod lokalretterne. De indebar jo en krænkelse af alle fine principper om magtadskillelse og menneskerettigheder. De, der afgjorde sagerne, havde naturligvis ikke begreb om de mest basale konventioner, ja, man kunne knap nok være sikker på, at de kunne læse og skrive, og i hvert fald ikke engelsk, der er det officielle retssprog. Rigtige dommere anså lokalretterne som et billigt surrogat for et professionelt domstolssystem. De så gerne LC Courts nedlagt.

Nedsættelsen af en domstolskommission.

Medens det ikke var vanskeligt at få justitsministerens tilslutning, var det først efter stort besvær og diplomatisk aktivitet, at det lykkedes at få de toneangivende dommere, herunder højesteretspræsidenten, overbevist om nødvendigheden af en domstolsreform. De mente, at de manglede ressourcer, men at systemet iøvrigt var, som et sådant system nu engang skulle være. Men resultatet blev, at der i 1994 af justitsministeren blev nedsat en domstolskommission – The Commission of Inquiry into the Judiciary – med en højesteretsdommer som formand.

Jeg skal ikke gå i detaljer med indholdet af den rapport, kommissionen afgav i 1995, men blot nævne, at betænkningen giver en meget åben beskrivelse af problemerne. Det understreges, at selv om der er et udtalt behov for fysiske forbedringer, vil det afgørende være en holdningsændring hos dommere og andre ansvarlige inden for retsvæsenet. Således at den enkelte påtager sig ansvaret for, at sagerne bliver afsluttet. Et vigtigt punkt er her en ændring af det hidtidige system, hvor det er justitssekretæren, der fordeler ugens sager til de tilstedeværende dommere, til et system, hvor sagerne straks bliver fordelt til en bestemt dommer, der så har ansvaret for både forberedelse og afslutning.

Fra problemformulering til forslag om ændringer.

Men ét er at få lavet en betænkning, noget andet at finde ud af, hvordan de forskellige forslag kunne blive omsat til noget, der kunne føres ud i livet.

Domstolene indtog det standpunkt, at de ikke kunne lade sig repræsentere i en arbejdsgruppe, der var en del af det administrative system. I det omfang, der skulle lovændringer til, måtte administrationen komme med sine forslag, som domstolene så kunne ytre sig over. Og i de mange tilfælde, hvor der var tale om

ændringer af de "rules", der laves af et udvalg med højesteretspræsidenten som formand, og som anviser, hvorledes sagsbehandlingen skal foregå, ville retterne ikke have nogen indblanding udefra. Nye forhandlinger førte så til en plan, hvorefter en eksisterende, men ikke arbejdende "rules committee" skulle aktiveres. Law Reform kommissionen under justitsministeriet skulle så tage sig af de forslag, der krævede lovændringer.

Danida projektets første fase løb 1995–99. I den periode kom man reelt ingen vegne med reformer. Programmet var koncentreret om fysisk rehabilitering af retsbygninger, rationalisering af den administrative sagsbehandling, indførelse af edb, og opbygning af undervisningsprogrammer for både dommere og administrativt personale. Bortset fra indførelse af IT i retterne, var programmet enkelt i sin målsætning. Man rørte ikke ved hverken roller eller organisation.

Anderledes luft under vingerne er der kommet i projektets anden fase, der startede i 1999 og løber fremt til 2002. Her har man taget fat i de strategiske overvejelser om, hvilke opgaver et retssystem skal kunne løse i fremtiden, og hvorledes systemet skal se ud for at løse disse opgaver. De vigtigste delelementer er at få skabt et forum for formulering af en sammenhængende retssektorpolitik (lokalt samarbejde mellem alle dele af retssystemet og en vis omstrukturering af justitsministeriet), at få professionaliseret det formelle domstolsvæsen (udfasning af lay magistrates og rekruttering og installering af jurister i stedet), og at få integreret LC Courts i det samlede retssystem.

Som led i strategiarbejdet er der ved at blive lavet en detaljeret undersøgelse vedrørende forudsætningerne for en professionalisering. Her tegnes blandt andet en profil af hver enkelt lay magistrate, og det belyses, hvor den enkelte eventuelt kan finde alternativ beskæftigelse (nogle i anklagemyndigheden, andre i administrationen). Samtidig undersøges, hvilke muligheder en ændret faglig kompetence hos Magistrates åbner for en ny instansfølge, der kan aflaste den tilsandede High Court. Man kan måske også finde en særlig rolle for den ret overflødige Court of Appeal – måske som forfatningsdomstol. Reelt skulle den nedlægges, men den er indført ved den nye forfatning!

Også vedrørende LC Courts er der som led i strategiudviklingen lavet en undersøgelse. Den har været god nok til at overbevise alle – også dommerne i det formelle system – om nødvendigheden af at opretholde LC systemet. Det er hurtigt og effektivt, koster meget lidt for parterne og samfundet, anvender det lokale sprog, kræver ingen transport, er ukorrupt, og vurderes i det hele taget positivt af befolkningen. Systemet er da også meget brugt. Undersøgelsen tyder på, at måske 60.000 konflikter bliver løst af LC Courts hver uge.

Det kan så sammenholdes med et formelt system, der betragtes som fjernt, formelt, ineffektivt og plaget af korruptionssager.

LC Courts anvendelighed har ført til, at de behandler sager langt ud over den kompetence, loven egentlig tillægger dem. De er som tidligere nævnt ikke tiltænkt nogen særlig rolle i strafferetten, men der er eksempler på, at de

gennemfører mægling selv i drabssager. De respekterer heller ikke den værdigrænse, loven sætter for, hvor store sager de kan behandle. Kender de grænsen, ser de i hvert fald stort på den.

LC Courts mangler tvangsfuldbyrdsesmidler, men det synes ikke i praksis at være noget stort problem. Hele befolkningen delagtiggøres i afgørelsen, og det sociale pres er tilstrækkeligt til, at parterne handler, som de bliver pålagt.

Det er et problem, at mange landsbydomstole ikke fører nogen retsprotokol. Det gør det i tilfælde af appel umuligt for den overordnede LC Court at behandle sagen som en ankesag. Parter og vidner må høres på ny. Jeg har rejst det spørgsmål, hvad de gør, hvis der måske mange år efter måtte opstå diskussion om, hvorledes en af de mange tvister vedrørende jord faktisk er afgjort. Her er svaret, at det ikke er noget problem. For når en sådan tvist er afgjort, bliver der under hele lokalsamfundets opmærksomhed plantet en ganske bestemt træart, der markerer skellet. Og i dølgsmål at flytte et af disse træer er en frygtelig forbrydelse. Troen siger, at træet på ny vil skyde op på det gamle sted og afsløre forbryderen, der herved vil udsætte sig for hele lokalsamfundets forfølgelse.

Reform af loven om de lokale retter (landsbydomstole)

Efter gennemførelsen af undersøgelsen af LC Courts har opgaven været at lave en nænsom ajourføring af loven, der regulerer deres virksomhed. Der er opnået enighed om et lovudkast, der bibeholder de centrale regler om procesform og retskilder. Også organisationen er stort set bibeholdt, dog således at der på LC III niveau sker en adskillelse mellem den udøvende og dømmende magt. Her vil det ikke længere være kommunalbestyrelsen, men et særligt organ bestående af 5 personer, valgt af kommunalbestyrelsen blandt respekterede borgere, som ikke selv er medlem af noget politisk organ, der vil udgøre retten. Mindst to af medlemmerne skal være kvinder. En sag kan pådømmes af tre medlemmer, hvoraf mindst én skal være kvinde.

Det bliver obligatorisk for LC II Courts at føre simple retsbøger på det lokale sprog og for LC III Courts at føre retsbøger på engelsk, således at de ganske få sager, der appelleres videre til Chief Magistrates Courts, faktisk får mulighed for at blive behandlet som ankesager.

Der foreslås også en ordning, hvorefter LC III Courts kan søge generel vejledning hos områdets magistrater – der efter en professionalisering forudsættes at være i stand til at give en relevant hjælp under behørig respekt for LC Courts systemets særlige karakter.

Alt i alt må arbejdet med dette domstolsprojekt anses for vellykket.

Case nr. 4. Retsvæsenet i Mozambique.

Mozambique blev selvstændigt i 1975. I den portugisiske tid havde Mozambique – i lighed med alle andre kolonier – haft et dobbelt retssystem. Der var et formelt

system for de hvide, kalkeret af efter Portugal. Og et traditionelt, med landsbydomstole, hvor lokale høvdinge dømte efter sædvaneret.

Det nye styre ønskede at opbygge et ensartet, socialistisk samfund. Landet skulle samles, og med det formål måtte man bort fra et system, hvor hver stamme holdt sin egen samfundsopfattelse i hævd. Man ville skabe et nyt mozambiquansk retssystem. Parolen var, at lokalt valgte retter, der blev kaldt Community Courts, skulle afgøre sagerne på grundlag af såvel lokale traditioner som socialistiske værdier. Værdierne, der blev fremhævet, var retten til at udnytte jorden, udryddelse af analfabetisme og inddragelse af kvinderne i samfundsopbygningen.

Justitsministeriet i Maputo sendte observatører rundt i landet for at indsamle viden om, hvordan sager blev afgjort efter dette koncept. Tanken var så, at landets Højesteret på baggrund af de indsamlede afgørelser fra Community Courts skulle søge at fastlægge ensartede retningslinier for fremtidige afgørelser.

Desværre kom man aldrig så langt. Borgerkrigen mellem det socialistiske FRELIMO styre, og det sydafrikanske støttede RENAMO kom i vejen. Et eller andet sted i justitsministeriet samler de mange indsamlede sager støv. Tiden er løbet fra dem. Men måske ikke fra tanken.

Landsbydomstolene nedlægges, men består

Da Sovjetunionen brød sammen i slutningen af 1980'erne, faldt også FRELIMOs drøm om det særlige retssystem sammen. Og i 1991 blev loven om Community Courts ophævet. Tilbage var det formelle retssystem med en Højesteret i Maputo og ellers provins- og distriktsretter, hvis dommere i det store og hele var uden nogen juridisk uddannelse, og for distriktsdommernes vedkommende med en yderst begrænset sagskompetence.

Uanset at Community Courts således skulle være forsvundet, fortsætter de ikke desto mindre den dag i dag med at virke som lokale konfliktløsningsråd sammen med andre uformelle strukturer.

I 1997 blev med dansk støtte iværksat et forskningsprojekt "Administration of Justice in Mozambique", der blev udført af Center for Afrikanske Studier på Eduardo Mondlane Universitetet i Maputo i samarbejde med Center for Sociale Studier på det portugisiske Coimbra Universitet. Resultatet er meget positivt i forhold til det overlevede, uformelle system og tilsvarende meget kritisk over for det officielle system, der karakteriseres som fjernt og korrupt – og derfor ikke overraskende kun i begrænset omfang nyder befolkningens tillid. Det er måske mindre end 10 % af alle "retskonflikter", der bliver indbragt for det formelle retssystem. Langt de fleste løses i de uformelle strukturer.

De ulovligt indespærrede

Ud over øvrige svagheder er det formelle retssystem også præget af professionel udygtighed. Fængslerne er overfyldt med indsatte, der er anbragt på grundlag af

en fejlagtig retsforståelse. For at gøre noget ved det – men givetvis også drevet af behovet for at lette overfyldte fængsler for noget af presset – blev der i 1999 på centralt plan dannet en ”Kommission til at sikre legalitet”. Kommissionen består af Højesteretspræsidenten, Justitsministeren, Indenrigsministeren og Rigsadvokaten. Den centrale kommission har udsendt et fælles direktiv, der pålægger hver provinsdommer at sætte sig i spidsen for en provinskommission, der i øvrigt består af den ledende anklager, politichefen, kriminalpolitiets leder og provinsens fængselschef. Provinskommissionen har til opgave at gennemgå sagerne for hver enkelt indsat, og straks løslade dem, der sidder på et ulovligt grundlag. Samtidig er der givet pålæg om, at der hver måned skal ske indberetning til den centrale kommission om den lokale aktivitet.

Foranstaltningen har haft en dramatisk effekt. I nogle fængsler blev op imod halvdelen af fangerne straks løsladt. Men det skete jo noget pludseligt, og foranstaltningen har ikke været specielt populær i befolkningen.

Danidas fremtidige støtte til udviklingen af det uformelle system

Det nuværende Danida program vedrørende støtte til retssystemet udløber i 2002. Den første fase har mindet meget om Danidas domstolsprojekt i Uganda. Med et byggeprogram koncentreret om distriktsdomstolene, rationalisering af sagsbehandling, træning og støtte til lovreformer (Retsplejelove, straffelov og familielov). Der er ofret en del anstrengelser på at søge at ændre justitsministeriets rolle. Som det er nu, er justitsministeriet stort set kun ministerium for forskellige registre og fængsler. Arbejdet med lovreformer har ikke været præget af nogen særlig dynamik eller politisk opbakning.

Det er planen, at Danida skal fortsætte støtten i en ny 5-års periode, men at man i den nye fase vil ofre udviklingen af det uformelle konfliktløsningssystem speciel opmærksomhed. Det bliver et vigtigt element på ny at give Community Courts en legal basis.

Men det vil forudsætte, at den politiske magt accepterer at lokale retter til en vis grad bygger på stammetraditioner. Måske i form af den gamle FRELIMO-drøm om et system, der bygger på en analyse og raffinering af de løsninger, de nære samfund selv har udviklet. I modsat retning vil naturligvis trække ønsket om hurtigt at udvikle en national identitet.

Case nr. 5 Støtte til retssektoen i Albanien

Forudgående sonderinger

Efter i et par generationer at have levet under det mest stalinistiske system, noget europæisk folk har været udsat for, kom omvæltningen i Albanien i 1991. Forud var gået en folkelig opstand, hvor så at sige hele landets produktionsapparat blev ødelagt af befolkningen selv. Fabriksbygninger blev raseret, statsfarmes produk-

tionsmidler forsvandt, gartneriernes væksthuse blev smadret, og dyrkningen af jorden ophørte i stort omfang.

Albanien er et lille land, med en befolkning på størrelse med den danske. Men af dem er der kun 3,5 mio. i landet. Der er til stadighed over 1–2 mio., der opholder sig i udlandet, navnlig i Grækenland og Italien, hvor de arbejder ulovligt, uden arbejdstilladelse. Hertil kommer så 2 mio. albanere i Kosovo og mindst 0,5 mio. i Makedonien.

De albanere, der arbejder illegalt i andre lande, sender penge hjem til familien. Landet holdes økonomisk oppe af denne ulovlige trafik, af organiseret kriminalitet med tæt forbindelse til mafiaen i Italien og af donorstøtte.

Som tidligere nævnt fører Danmark en ulandspolitik, der går ud på at koncentrere støtten til et begrænset antal "samarbejdslande". Og for ikke igen at udtynke støtten har man i Danida været tilbageholdende med at give støtte til lande, der ikke har opnået denne særlige status. Danidas støtte til Albanien har derfor karakter af en "overgangsstøtte", der for det projekt, jeg har haft med at gøre, har løbet i årene 1995–1997 og efter planen skulle ophøre i 1998. Men på grund af den megen uro i og omkring Albanien blev det besluttet at fortsætte bistandsprogrammet i yderligere 3–4 år.

I 1994 blev jeg af Danida bedt om at tage en kort tur til landet for at se, om der for en bevilling i størrelsesordenen 3 mio. kr. for hele overgangsperioden kunne gøres noget for retsvæsenet.

Det krævede ikke mange sonderinger at fastslå, at retsvæsenet ikke fungerede. Dommerudnævnelserne var politisk bestemt – de tidligere dommere var for flertallets vedkommende blevet afskediget i 1991, og de nye var politisk knyttet til regeringspartiet, Det Demokratiske Parti. Det professionelle niveau var meget lavt – dommerne var udnævnt efter et juridisk kursus af 6 måneders varighed – og undersøgelser viste, at befolkningen ingen tillid havde til systemet, som de anså for at være gennemkorrupt.

En mæglings- og forsoningsinstitution.

Der var efter min vurdering ikke udsigt til, at udenlandsk hjælp ville gøre stort fra eller til. Der manglede den politiske vilje til forandring. Styret havde det retsvæsen, der svarede til dets behov.

På den anden side var det heller ikke rimeligt at overlade albanerne til det, der bliver resultatet, når intet andet fungerer: blodhævnen.

I Albanien findes der tre gamle landskabslove, der dog i grundtrækkene er ens. Denne "Kanun" angiver, hvad der skal bødes for forskellige lovovertrædelser, og hvilke ritualer, der skal iagttages for at opnå en forsoning.

Der er altså en gammel albansk tradition for at afgøre konflikter – selv drabssager – ved mægling. Det var derfor nærliggende, når jeg ikke mente, at bistand til det etablerede retsvæsen kunne nytte noget, så i stedet at støtte oprettelsen af et formaliseret mæglingssystem.

I den vestlige verden er mediation i civile sager og mægling (konfliktråd) i kriminelle sager i vælten, og det blev godt modtaget, da jeg i 1994 i Albanien foreslog, at man skulle skabe en symbiose af den gamle albanske tradition for mægling og den nyeste udvikling i den vestlige verdens juridiske tænkning. Ikke alene var den daværende justitsminister og højesteretspræsident – den sidste blev ganske vist snart efter afskediget og måtte gå i eksil i USA – men også ledende medlemmer af det oppositionelle socialistparti – de gamle kommunister, med på ideen.

Det, det gjaldt om, var at skabe et netværk af mæglere, der i hver deres lokale område var kendt som retskafne og dygtige mennesker, som beboerne havde tillid til. Disse udvalgte personer skulle så trænes i konfliktløsning. For at få etableret et netværk og et træningsprogram, og ikke mindst for at få systemet kendt og accepteret i befolkningen, var det nødvendigt at have en organisation. Og, for at få noget sådant etableret og for at få en godkendt modtager af udenlandsk støtte, er det efter albansk lov nødvendigt at etablere en Fond.

Det skete ved årsskiftet 1994/95. Den nye "Foundation for Mediation and Reconciliation of Disputes" blev præsenteret for offentligheden ved et større møde i februar 1995, hvor også professor Nils Christie fra Norge var indbudt som indleder.

Siden institutionen i 1995 begyndte sin virksomhed, er det blevet en sådan succes, at der i 1999 er gennemført en lov om alternativ konfliktløsning, der vil sikre det fremtidige juridiske grundlag for virksomheden.

Projektet er støttet fra flere sider. Fra norsk side har man således på initiativ af sammenslutningen af konfliktrådsledere betalt oprettelsen af et af de ialt 9 mæglingscentre, organisationen driver. Og Soros Foundation har betalt de løbende udgifter til gennemførelse af mæglingskurser i nu 22 skoler, hvor overskriften er "fred og tolerance".

Antallet af gennemførte konfliktløsninger har været i stærk stigning. I 2000 var tallet knapt 1.000, i 2001 omkring 1.800, og i 2002 er målet 3.000 løste sager. De fleste er konflikter om jord og fast ejendom, men der er også mange familieretlige og kriminelle sager. Og så løser man hvert år ikke helt få blodhævningssager. Det kræver, at man har mæglere, der er godt inde i de gamle traditioner og ceremonier. Og det kræver tid og tålmodighed. Men resultatet står jo så rigeligt mål med indsatsen.

Den fortsatte overgangsbistand til det almindelige albanske retssystem

Efter det regeringsskifte, der fandt sted i 1997, er der fra styrets side en erkendelse af det nødvendige i at lave en tilbundsående retsreform. De nordiske lande yder her en betydelig støtte. Der er en dansk politimester og en medarbejder fra justitsministeriet udstationeret i Tirana som rådgivere, og den albanske rigsadvokat har aftale med sin danske kollega om bistand i kampen mod den omsiggribende økonomiske kriminalitet. Den danske ombudsmand yder hjælp til

strukturering af en tilsvarende albansk institution. En udstationeret norsk statsadvokat er fast rådgiver for anklagemyndigheden. Andet kunne nævnes. Men det vanskeligste bliver arbejdet med at reformere domstolssystemet. Hvad gør man med et system, der ikke lever op til de mest basale krav, men som samtidig gør krav på uafhængighed? Selv om vi med tiden venter os meget af udvalgte unge albanske dommere, der har været på specielt tilrettelagte kurser i Danmark, er det længe at vente. For ikke at kaste sig ud i det helt uoverkommelige har man fra Danidas side koncentreret sig om at yde forholdsmæssig massiv støtte i et enkelt lokalområde – Dibra distriktet. Hvor man samtidig yder bistand til alle dele af retssystemet, men dog med domstolene i focus.

En strategi for en retssektorreform i Albanien

Retssektoren er et sammenhængende system, bestående af en række mere eller mindre selvstændige, men dog indbyrdes afhængige organer (justitsministerium, politi, anklagemyndighed, advokater, domstole, kriminalforsorg, m.v.). Afhængigheden viser sig derved, at det er det svageste led i kæden, der er bestemmende for effektiviteten i hele systemet. F.eks. er domstolene i deres arbejde afhængige af kvaliteten af det arbejde, der udføres af politi, anklagemyndighed, advokater, kriminalforsorg (forsorgserklæringer), for slet ikke at tale om det lovgrundlag, justitsministeriet har et hovedansvar for.

Hvis man skal udvikle retssystemet er det derfor nødvendigt med et organ, der kan anlægge et holistisk syn på retssektoren, herunder ved fordeling af ressourcer. Hvor vi i vore lande har udviklet et kooperativt netværk med justitsministeriet i centrum, savnes et sådant samordnende organ typisk i udviklingslande, hvor domstole og ofte også anklagemyndigheden rigoristisk hævder deres uafhængighed af andre – og specielt af ministeriet.

For at komme udenom denne vanskelighed har Danida i Albanien ydet støtte til opbygningen af et samarbejdsorgan, en art tænketank, der skal udarbejde sammenhængende strategiplaner for hele sektoren. Og samtidig inspirere hver enkelt af retssektorens institutioner til i sammenhæng hermed at udarbejde deres egne strategi- og arbejdsplaner.

Det er heldigvis i praksis ikke helt så indviklet, som det lyder. Men det rækker nok ikke med juridisk kunnen. At arbejde med sådanne systemudviklinger forudsætter også en vis interesse for og kendskab til virksomhedsledelse.

5. Opsummering af praktiske erfaringer

5.1 Decentralisering i Uganda.

Det har ikke været meget vanskeligt at få formuleret en kommunal styrelseslov, der skaber de retlige rammer for en gradvis overførelse af opgaver fra statens dekoncentrerede organer til distrikter og kommuner. Men man har ikke fundet en

forhandlingsmodel, der kan fastlægge, hvor grænsen går mellem de centrale myndigheders kompetence til at fastsætte normer og retningslinier og det kommunale selvstyre. Yderligere er forsøget på at skabe et system, der kan sikre, at der følger økonomiske midler med, når staten lægger opgaver ud til kommunerne, ikke lykkedes. Når det alligevel går nogenlunde godt med reformen, skyldes det opbakning fra en stærk – nogen vil sige autoritær – politisk leder.

5.2 Decentralisering i Tanzania.

Her har hele decentraliseringsreformen været uden tilstrækkelig styring. Det er endt med et kaotisk lovgivningsresultat. Livet går videre uden alt for meget hensyn til de nye kompetenceregler. Men der arbejdes videre med reformen.

5.3 Domstolsreform i Uganda.

Her er en reform igang, der kan blive et eksempel til efterfølgelse. Gennem arbejdet med "Legal Sector Reform" skabes en almindelig forståelse for, at retsvæsenet er et sammenhængende system (også budgetmæssigt), og ved integrationen mellem det formelle domstolsvæsen og et traditionelt konfliktløsnings-system, fremstår en ny afrikansk domstolsmodel. Strategisk planlægning, kreativ planlægning og politisk planlægning ser her ud til at kunne gå hånd i hånd.

5.4 Retsvæsenetsreform i Mozambique.

Her er intentionerne at følge en udviklingslinje i retning af den, der er set i Uganda. Men det er i hvert fald endnu ikke lykkedes at få den politiske magtbase integreret i processen på samme måde, og man er ikke rigtigt kommet ud over det dødvande, et domstolsvæsenes rigide uafhængighedsmanifestationer i forhold til de øvrige dele af retssektoeren, kan skabe. Men det er lovende, at Danida har planer om i en ny fase at støtte de eksisterende uformelle konfliktløsningsfora.

5.5 Retsvæsenetsreform i Albanien.

Mere end noget andet sted springer det i Albanien i øjnene, hvor fundamentalt det er for hele udviklingen, at der bliver givet befolkningen muligheden for at få løst deres utallige og dybtgående konflikter på en fredelig måde. Der er efter skiftet i 1997 i den politiske magtbase en vilje til retsvæsenetsreform. Blandt de ledende dommere er der også en vis forståelse for, at der må ske radikale ændringer. Hverken professionalismen, effektiviteten eller etikken er i orden. Men kreativiteten i dommerstanden er svag. Det er nok de mange år under det stalinistiske system, der gør sig gældende. Til gengæld yder den skabte konfliktløsningsinstitution allerede en meget god indsats.

6. Nordiske juristers forudsætninger for at medvirke i udviklingsarbejdet.

6.1 De nordiske lande er karakteriseret ved

- 6.1.1 at landene generet er foregangslande med hensyn til at yde udviklingsbistand
- 6.1.2 at landene i de undersøgelser Transparency International laver, er placeret blandt de mindst korrupte
- 6.1.3 at der er sket et skift i prioriteringen af udviklingsbistanden, således at der lægges mere vægt på "bløde" områder som f.eks. god regeringsførelse og udvikling af retssystemer
- 6.1.4 at landene i hvert fald ikke i nyere tid har været kolonimagter, og således ikke kan mistænkes for som en skjult dagsorden at ville bevare en post-koloniel indflydelse på retssystemet
- 6.1.5 at landene som handelsnationer har en vis tradition for omgang med andre lande, sprog og kulturer,
- 6.1.6 at landene har en udviklet offentlig sektor med stærkt kommunalt selvstyre
- 6.1.7 at landene er vant til bevillingsmæssigt og på anden måde at betragte retssystemets enkelte dele: politi, anklagemyndighed, domstole, kriminalforsorg som en sammenhængende sektor administreret under samme ministerium, justitsministeriet, der også har tæt forbindelse med advokatstanden. Nødvendigheden af en sammenhængende sektorpolitik er derfor let at indse. At domstolene nu administrativt er skilt ud med en særlig domstolsstyrelse er ingen alvorlig hindring for en holistisk opfattelse af systemet
- 6.1.8 at de nordiske landes jurister er præget af retssystemer med forholdsvis enkle procedureregler, kort magtdistance (få statussymboler), folkelig forankring (læggdommere). Endvidere har en del jurister erfaring fra flere juridiske felter (ingen "dommerskoler")
- 6.1.9 at de nordiske lande har en fleksibel holdning til alternative konflikt-løsningsinstitutioner. De har en gammel tradition for mægling (forligskommissioner) og en nyere praksis med alternativ konfliktløsning i forbruger- og brancheklagenævn og konfliktråd.

6.2 Nordiske juristers favorable baggrund.

De under 6.1 nævnte forhold skulle generelt set give interesserede nordiske jurister et godt udgangspunkt for at arbejde med i udviklingsprojekter, der er baseret på "partnerskab". Heroverfor må dog nævnes, at jurister fra vedkomme gamle kolonimagt uanset fortiden kan blive foretrukket som følge af sproget (f.eks. portugisisk i Mozambique) eller fortrolighed med det retssystem, udviklingslandet har overtaget (f.eks. common law i Uganda).

Det er imidlertid klart, at en succeshistorie som domstolsprojektet i Uganda og mæglingsinstitutionen i Albanien kan medvirke til at øge efterspørgslen efter lignende projekter.

7. Styrkelse af nordiske juristers faglige forudsætninger.

7.1 Der savnes et juridisk fagligt forum for erfaringsopsamling og teoridannelse på området. I hvert fald i Danmark er det et begrænset antal jurister, der har arbejdet med projekter på området, og endnu færre der har publiceret artikler inden for feltet.

På jurastudiet på Århus Universitet har afdelingen for retslære dog siden efteråret 2001 udbudt et kursusfag i "Menneskerettigheder og udviklingsbistand", hvor alle de i denne artikel nævnte problemer behandles.

7.2 Der er gennem møder på det danske Center for Menneskerettigheder gjort forsøg på at skabe et debatforum for "udviklingsjurister". De enkelte møder, der er holdt, har samlet omkring 10 deltagere.

7.3 Et focusområde for udviklingsbistand på det retlige område bliver integration mellem de formelle retsstrukturer og alternative konfliktløsningsinstitutioner. Dette arbejde vil forudsætte samvirke med andre faggrupper som f.eks. antropologer. Men samvirke mellem jurister og andre faggrupper er ikke noget ukendt. Det er velkendt indenfor eksempelvis kriminologien, og på forskellige sektorforskningsinstitutter (Dansk Udenrigspolitisk Institut og Dansk Center for Holocaust- og Folkedrabsstudier).

8. Egne konklusioner.

8.1 Ved decentraliseringsreformer er det afgørende nødvendigt – men ualmindeligt – at lovfæste et uafhængigt, økonomisk organ, der i tilfælde af tvist mellem den centrale regering og kommunalbestyrelsen kan bestemme, hvilket beløb, der skal følge med i forbindelse med overførsel af opgaver. Det drejer sig i og for sig om en politisk prioriteringsopgave, men udviklingslandene savner en tradition for at opnå politisk konsensus. Derfor er en "faglig" løsning nødvendig.

8.2 Ved decentraliseringsreformer må der på det højeste politiske niveau (f.eks. i kabinettet) være vilje til at give decentraliseringen gennemslagskraft over for linieadministrationens faglige argumentation for at bevare den reelle magt gennem fastsættelse af nationale standarder og vejledninger.

8.3 Det er nødvendigt, at skelne skarpt mellem menneskerettighedsprojekter og retssekterprojekter. Menneskerettighedsprojekter retter sig typisk imod at styrke

pressionsgrupper (NGO'er) overfor det etablerede system. Retssektorprojekter skal styrke det etablerede system. Erfaringen viser, at dommere og andre ikke vil have den fornødne åbenhed om systemets problemer, hvis de derved åbner for udefra kommende kritik.

8.4 Retssektoren er et sammenhængende system, og der må fastlægges en samlet strategi for udvikling af systemets enkelte dele (politi, anklagemyndighed, kriminalforsorg, advokatbistand m.v.). Eftersom det vil være uoverkommeligt for en enkelt donor at bistå med dybtgående reformer af alle disse institutioner, må der ske en donorkoordinering. En praktisk måde at gøre det på er – som det er sket med decentraliseringsprojektet i Tanzania og retssektorprogrammet i Uganda – at et antal donorer skyder penge i en fælles "basketfund". En alternativ metode er at der vælges et begrænset geografisk reformområde, som det er sket i Dibra i Albanien.

8.5 Hovedlinierne i en strategisk plan må være accepteret af alle parter inden bistanden til et retssystem sættes igang. Man må samtidig se på professionalisering og effektivisering af det formelle system og anerkendelse af alternative konfliktløsningsinstitutioner.

8.6 Der må indbygges betingelser i projektet. Det er populært at modtage fysisk hjælp i form af bygninger, udstyr og transportmidler, ligesom træningskurser er populære hos modtagerne. Mere af det samme er altid let at acceptere. Derimod er strukturreformer mindre populære. Det er derfor nødvendigt at stille betingelser om parallel fremdrift i projektets enkelte dele. I Uganda var det f.eks. nødvendigt af denne grund i en periode at bremse byggeaktiviteten.

8.7 Der må gives Verdensbanken ret i, at korruption – herunder i retsvæsenet – formentlig i en række lande er den væsentligste hindring for udvikling. Alle lande har stort set ensartede straffebestemmelser vedrørende aktiv og passiv korruption, ligesom mange har en Code of Conduct uden at det gør den store forskel. Der er heller ikke noget, der tyder på at en høj løn i sig selv hindrer korruption, hvis det øverste styre er gennemsyret af det. Omvendt er der grund til at antage, at såfremt dommere og andre med tilsvarende magt til at træffe selvstændige afgørelser ikke får en løn, der gør det muligt at have et normalt familieliv og betale for børnenes skolegang, vil det tvinge korruption frem. Det er således nødvendigt at betale retspersonalet en ordentlig løn, selv om den store lønspredning i sig selv blot vil gøre fattigdomsproblemet mere føleligt.

Litteratur:

Udenrigsministeriet, Danida:

Danmarks udviklingspolitik, Strategi, oktober 2000

Danmarks udviklingspolitik, Analyse, oktober 2000

Strategi for dansk støtte til civilsamfundet i udviklingslandene – herunder samarbejdet med de danske NGO'er, oktober 2000

Evaluation (by Christian Michelsen Institute), Danish Support to Promotion of Human Rights and Democratisation, Januar 2000

Evaluation (by Cowi), Justice, Constitution and Legislation, Jan. 2000

Tendenser i international udviklingsbistand, April 2000

Koordination i udviklingssamarbejdet, Maj 2000

Aktiv Multilateralisme, Maj 2000

Hovedproblemstillinger i den danske NGO-bistand, Maj 2000

Menneskerettigheder, demokratisering, god regeringsførelse og folkelig deltagelse, Maj 2000

The Role of Research in Danish Development Assistance, Maj 2000

Joanna Stevens:

Traditional and Informal Justice Systems, A Review of the Litterature prepared for Penal Reform International, March 1999, London.

Oluf Engell

Editionspligt, discovery og andre metoder til
fremskaffelse af bevis

Editionspligt, discovery og andre metoder til fremskaffelse af bevis

Af advokat *Oluf Engell*, Danmark

Med udgangspunkt i dansk retspleje redegøres for den nordiske model for partsedition, herunder de begrænsninger, som gælder i parter forpligtelse til at fremlægge bevismidler. Til sammenligning omtales de særlige ordninger med discovery i amerikansk og engelsk retspleje. Myndighedernes forpligtelse til at medvirke til sagens oplysning behandles med udgangspunkt i reglerne om offentlighed i forvaltningen. Som modstykke til de almindelige regler omtales nye særregler om bevissikring i sager om krænkelse af immaterialrettigheder.

Oluf Engell er født 1945, cand.jur. fra Københavns Universitet 1970, advokat og partner i Hjejle, Gersted & Mogensen, København, dommer i Arbejdsretten, censor ved Københavns Universitet, medlem af London Court of International Arbitration, European Council, bestyrelsesmedlem i erhvervsdrivende selskaber.

1. Indledning.

Det 8. nordiske Juristmøde blev afholdt i Stockholm i 1896, mens de store nordiske procesreformer var i støbeskeen. Et af de emner, der var genstand for udførlige drøftelser, var spørgsmålet om indførelse af regler om partsedition i civile retssager. Drøftelserne blev ført på grundlag af den svenske Juris Doktor Ernst Kallenbergs afhandling "Om förpliktelsen till edition i civilprocessen". Med meget lærdom gennemgår forfatteren udviklingen fra romerrettens "actio ad exhibendum" til samtidens europæiske procesordninger. Hans anbefaling er, at der for parter i civile retssager bør gælde "en processuell editionsskyldighed med vissa begränsningar". Begrænsningerne omfatter bl.a. dokumenter af "fullständigt intern karaktär, så som privata anteckningar och bref".

Korreferenten var højesteretssagfører Otto Liebe fra Danmark. Han var ikke retsvidenskabsmand, men praktisk jurist og advarede mod for vidtgående begrænsninger i editionspligten. De engelske regler om "discovery" omtales med interesse, men Liebe erkender, at de ikke uden videre lader sig indpasse i nordisk retspleje.

Drøftelserne angik både editionspligtens omfang og dens håndhævelse. Liebe omtaler en dom, som den danske Højesteret havde afsagt 15 år tidligere (Ugeskrift for Retsvæsen 1882, side 379), som viste svaghederne ved et stift og formelt system. Under anke til Højesteret havde en appellant med modpartens samtykke fremlagt en interessentskabskontrakt, som han havde nægtet at fremlægge i første

instans. Man må tro, at sagen måtte have fået et andet udfald i første instans, hvis kontrakten var blevet fremlagt. Den manglende edition kom nu appellantten til skade, idet Højesteret anfører, at

”... efter det processuelle Grundlag for Sagens Paadømmelse, som Indstævnte har vundet ved Citantens ovennævnte Vægning, vil Kontraktens Indhold ikke mod Indstævnets Protest her for Retten nu kunne tages i Betragtning.”

Højesteret mente sig nødt til obligatorisk at tillægge den manglende edition processuel skadevirkning. En tilsvarende afgørelse ville ikke kunne træffes i dag.

Drøftelserne på juristmødet i 1896 var et led i forberedelsen af de nordiske procesreformer. Når emnet nu er edition og discovery, er det ikke fordi tilsvarende reformer trænger sig på. Der vil næppe være fortalere for at lade de nordiske regler om edition erstatte af discovery efter amerikansk eller engelsk forbillede. Men der kan være grund til at drøfte, om der er behov for tilpasning og ajourføring af gældende regler.

Fremstillingen i det følgende begrænses til, hvad der gælder inden for den civile retspleje, og der tages udgangspunkt i danske regler, hvor andet ikke er anført. Selv om lovbestemmelserne ikke er identiske, er det nogenlunde ensartede principper, der gælder for partsedition i de nordiske lande.

2. Partsedition.

De danske regler om edition findes i retsplejelovens kap. 28 (§ 298–301): ”Om parternes og tredjemands forpligtelse til at fremlægges synbare bevismidler”.

Hovedbestemmelsen om partsedition i § 298, stk. 1, er bredt formuleret:

”Retten kan efter begæring af en part pålægge modparten at fremlægge dokumenter, der er undergivet hans rådighed, og som parten vil påberåbe sig under sagen, med mindre der derved vil fremkomme oplysninger om forhold, som han ville være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne ...”

Den efter ordlyden ganske vidtgående pligt til at fremlægge dokumenter, som modparten vil påberåbe sig, er i praksis undergivet en række begrænsninger.

Den første og fundamentale begrænsning er, at rettens pålæg om fremlæggelse af dokumenter ikke medfører nogen ”forpligtelse” i sædvanlig betydning, når pålægget rettes til en part. Hvis pålægget rettes til tredjemand, er det bindende. Tredjemand kan straffes, hvis han undlader at efterkomme pålægget, efter samme regler som den, der unddrager sig pligten til at møde og afgive forklaring som vidne. Når editionspålægget derimod rettes til en part, er retsstillingen en anden.

Parten afgør selv, om han vil efterkomme pålægget, eller om han ikke vil. Hvis rettens pålæg ikke efterkommes, og parten undlader at fremlægge de pågældende

dokumenter, er domstolenes eneste reaktionsmulighed at bringe den fakultative processuelle skadevirkning i anvendelse. Retten kan – men skal ikke – i sin bevisbedømmelse tillægge undladelsen virkning til fordel for modparten og eventuelt lægge modpartens fremstilling til grund for sin afgørelse. Det er imidlertid en bevisregel, ikke en strafsanktion. Modpartens fremstilling kan ikke lægges til grund, hvis den modbevises af, hvad der i øvrigt foreligger i sagen. En parts manglende edition behandles således efter samme regler som en parts nægtelse af at afgive partsforklaring.

Der kan i øvrigt sættes spørgsmålstejn ved, i hvilket omfang der knytter sig særskilte retsvirkninger til, at pålægget er givet af domstolen. Efter dansk procesret kan domstolene tillægge manglende opfyldelse af modpartens egne opfordringer – ”provokationer” – til at fremlægge dokumenter eller andre bevismidler processuel skadevirkning, uanset om opfordringen er fulgt op med et editionspålæg fra rettens side eller ej.

En yderligere begrænsning følger af kravet om, at den, der begærer edition, må identificere de dokumenter, der ønskes fremlagt, og konkretisere de kendsgerninger, der skal bevises ved hjælp af dokumenterne.

Det følger heraf, at man ikke kan bruge editionsreglerne til at gå på fisketur efter beviser eller med henblik på en undersøgelsespræget gennemgang af, hvad der måtte findes af papirer i modpartens arkiver. Kravet om identifikation og konkretisering må forvaltes med praktisk hensyntagen til, hvad der er muligt. Den norske Høyesterett har i en kendelse (NRt 1992, side 962) tilsluttet sig lagmannsrettens afgørelse og præmisser, hvorefter kravene til individualisering ikke må ”stilles så højt at det i urimelig grad vil være til hinder for en korrekt oplysning af saken”. Det gælder også efter dansk ret.

Tilbage står imidlertid, at et pålæg om partsedition bliver et slag i luften, hvis der ikke foreligger i hvert fald en vis sandsynliggørelse af, hvad der kan bevises ved hjælp af papirerne. Uden konkretisering og sandsynliggørelse bliver den fakultative processuelle skadevirkning en tom trussel. Anvendelsen af partsedition er således i dansk – og nordisk – retspleje undergivet en nyttig og begrænsende selvregulering.

Det medfører yderligere begrænsninger, at partsedition kun kan anvendes som led i bevisførelsen. De dokumenter, der begæres fremlagt, må angå sagens faktum, d.v.s. omstændigheder, der er genstand for bevis. Modpartens subjektive bedømmelse eller udenforståendes mere eller mindre sagkyndige vurderinger vil i almindelighed ikke være omfattet af editionspligten. Også her kan en norsk høyesterettsafgørelse tjene som eksempel (NRt 1970, side 1543). Baggrunden var en sag, som Saltens Dampskibsselskab A/S havde anlagt mod Staten v/ Samfærdselsdepartementet, fordi dampskibsselskabet var blevet frataget en færgekonscession. Dampskibsselskabet gjorde gældende, at afgørelsen var ugyldig, bl.a.

fordi den var vilkårlig og hvilede på et urigtigt grundlag. Dampskibsselskabet ønskede interne notater udarbejdet af embedsmændene fremlagt i sagen. Højesterets Kjæremålsudvalg bestemte, at kun de dele af notaterne kunne kræves fremlagt, som indeholdt faktiske oplysninger. De dele, som indeholdt vurderinger, kunne derimod ikke kræves fremlagt.

Som det fremgår af retsplejelovens § 298 kan der ikke gives editionspålæg, hvis der derved "vil fremkomme oplysninger om forhold", som modparten ville være "udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne". Efter retsplejelovens § 171, stk. 2, foreligger der ikke pligt til at afgive forklaring, hvis forklaringen antages at ville udsætte vidnet eller hans nærmeste for "straf eller tab af velfærd" eller påføre vidnet eller hans nærmeste "væsentlig skade".

I dansk retspraksis, som vist nok har paralleller i de øvrige nordiske lande, har domstolene gjort yderligere generelle indskrænkninger i anvendelse af editionspålæg. Som hovedregel vil danske domstole ikke give en part adgang til modpartens interne og fortrolige papirer. Et par eksempler kan illustrere dette.

En sag, der er gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1999, side 1028, drejede sig om, hvorvidt en bank i forbindelse med forlængelse af en kredit i realiteten havde givet afkald på en tidligere stillet kaution. Kautionisten ønskede, at retten skulle pålægge banken at fremlægge interne kreditindstillinger til belysning af dette. Højesteret afviste imidlertid editionsbegæringen dels med henvisning til, at der var tale om "interne og fortrolige arbejdsdokumenter, der som udgangspunkt ikke bør kunne kræves fremlagt under retssager", dels med henvisning til, at kreditindstillingerne ikke kunne antages at være af "afgørende betydning", og at der heller ikke i øvrigt forelå "sådanne særlige omstændigheder", at der var grundlag for at fravige udgangspunktet.

En anden sag fra samme år (Ugeskrift for Retsvæsen 1999, side 1720) drejede sig ligeledes om, hvorvidt en bank var forpligtet til at fremlægge interne og fortrolige dokumenter. I en sag om en mislykket aktieemission gjorde sagsøger gældende, at banken havde været bekendt med, at en positiv fondsbørsmeddelelse var urigtig. Samtlige medlemmer af bankens direktion blev indkaldt som vidner. Alle forklarede, at de ingen konkret erindring havde om det pågældende forhold. På denne baggrund pålagde Højesteret banken at fremlægge interne og fortrolige dokumenter med følgende præmisser:

"Selv om et pengeinstituts direktions orientering til bestyrelsen om bevilgede lån har karakter af interne og fortrolige dokumenter, der som udgangspunkt ikke kan kræves fremlagt under retssager, finder vi, at der på den anførte baggrund foreligger sådanne særlige omstændigheder, at det bør pålægges Bikuben Girobank at fremlægge "låneindstillingen".

Afgørelsen er således den undtagelse, der bekræfter hovedreglen. Som udgangspunkt kan interne og fortrolige dokumenter ikke kræves fremlagt. Udgangspunkt-

tet fraviges kun, når det må antages, at fremlæggelsen er af afgørende betydning, eller der i øvrigt foreligger særlige omstændigheder.

3. Discovery.

Reglerne om "discovery" i amerikansk og engelsk retspleje har en helt anden karakter end de nordiske regler om partsedition. Discovery er ikke alene eller først og fremmest et led i bevisførelsen, men derimod en særlig efterforsknings-procedure, der kan anvendes i civile retssager som led i sagernes forberedelse. Parterne er forpligtede til at medvirke, og medvirke loyalt. Hvis de ikke gør det, kan de straffes ("contempt of court").

De amerikanske regler om discovery findes i Federal Rules of Civil Procedure (FRCP), Rules 26–37. Reglerne har til formål at sikre parterne uhindret adgang til alt, hvad der findes af papirer, som kan være relevante, jfr. Rule 26(b)(1)FRCP:

"Parties may obtain discovery regarding any matter, not privileged, that is relevant to the claim or defense of any party, including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any books, documents, or other tangible things and the identity and location of persons having knowledge of any discoverable matter. For good cause the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence ..."

Undtaget fra discovery er, hvad der betegnes som "privileged matters", hvortil først og fremmest hører meddelelser mellem parterne og deres advokater.

Reglerne om "Production of Documents" (26(b)(1)FRCP) omfatter dokumenter og synbare bevismidler af enhver art, som vedrører sagen og kan have betydning for afgørelsen af parternes krav. Det er tilstrækkeligt at beskrive de ønskede dokumenter generisk. Der er ikke noget krav om nærmere identifikation af, hvad der ønskes fremlagt eller konkretisering af, hvad der ønskes bevist, og der gælder ikke nogen almindelig undtagelse for interne og fortrolige dokumenter. Kun i ganske særlige tilfælde kan dokumenter fritages helt eller delvis med henvisning til "confidentiality", navnlig for at undgå unødvendig offentliggørelse af forretningshemmeligheder m.v.

Pre-trial discovery omfatter endvidere "Depositions", herunder navnlig "oral depositions", som er stenografiske referater af afhøringer foretaget af parternes advokater. Afhøringerne sker under vidneansvar, men normalt uden rettens medvirken. Discovery omfatter tillige "written interrogatories", som er skriftlige spørgsmål og svar udvekslet mellem parternes advokater. Selv om det er advokaterne, der i almindelighed formulerer både spørgsmål og svar, skal svarene bekræftes af klienten under vidneansvar.

Formålet med Discovery er at give processens parter stort set uhindret adgang til al information, som er eller kan vise sig af betydning. I en ofte citeret udtalelse har den amerikanske højesteret formuleret det således (United States v. Procter & Gamble Co., 356US&677,682(1958)):

"Modern instruments of discovery ... make a trial less a game of blind man's bluff and more a fair contest with the basic issues and the facts disclosed to the fullest practical extent."

Der er næppe tvivl om, at amerikansk discovery er mere effektiv end nordisk partsedition, når det gælder om at fremskaffe så meget materiale som muligt, der kan være af blot nogen betydning for sagens afgørelse. På den anden side kan omkostningerne tidsmæssigt og økonomisk være meget betydelige. Og parterne kan tvinges til at bruge mange kræfter på at fremskaffe eller imødegå materiale, som senere viser sig kun at være af perifer betydning. Det kan føre til en styrkeprøve og favorisere den part, som er stærkest, og som kan mønstre de fleste ressourcer.

I 1994 udkom en europæisk rapport, redigeret af Marcel Storme med forslag til delvis harmonisering af procesretten indenfor EU: "Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne – Approximation of Judiciary Law in the European Union." Rapporten, der er inspireret af engelsk procesret, indeholdt bl.a. forslag til fællesregler om discovery. Hovedbestemmelsen (4.1.1.) er formuleret således:

"It shall be the obligation of every party to an action to serve on all other parties a list of the documents which are in his possession, custody or power, which relate to any question in issue in the action and which have not previously been communicated to those parties:

- (a) where a general rule of national law so requires or
- (b) where the court, after all parties have been given the opportunity to be heard, so orders."

Forslaget, der som internationalt kompromis er en mellemform mellem discovery og edition, går i forhold til nordisk tradition meget langt med kravet om, at parterne skal give hinanden lister over alle ikke kendte dokumenter, som "relate to any question in issue". Begrundelsen findes i bemærkningerne til forslaget:

"This article contains the fundamental provision of this part of the Directive and is intended to achieve its two principal purposes, namely, first, that a party to litigation shall have similar opportunities in all Member States to see the relevant documents which are accessible to his opponent and, secondly, that he shall be able to see not only those documents on which this opponent intends to rely but also those on which his opponent does not intend to rely notwithstanding their relevance to the litigation."

Forslaget ville ikke kunne gennemføres i Danmark uden gennemgribende ændringer af den samlede procesordning. Det bliver næppe nødvendigt. Forslaget vandt ikke tilslutning og er i dag formentlig kun af historisk interesse.

Af større aktuel interesse er formentlig den udvikling, der ses i England.

Lord Woolf, den gang Master of the Rolls, offentliggjorde i juli 1996 sin "Final Report – Access to Justice". Målet var en effektivisering og billiggørelse af den civile retspleje i England og Wales. Rapporten indeholder bl.a. forslag om begrænsning af "discovery of documents", som efter hans opfattelse har udviklet sig "disproportionate, especially in larger cases where large numbers of documents may have to be searched for and disclosed, though only a small number turn out to be significant".

Efter forslaget opdeles, hvad der findes af dokumenter, i fire kategorier:

"(1) the parties' own documents, which they rely upon in support of their contentions in the proceedings;

(2) adverse documents of which a party is aware and which to a material extent adversely affect his own case or support another party's case;

(3) documents which do not fall within categories (1) or (2) but are part of the 'story' or background, including documents which, though relevant, may not be necessary for the fair disposal of the case;

(4) Train of inquiry documents: these are documents which may lead to a train of inquiry enabling a party to advance his own case or damage that of his opponent."

Forslaget begrænser parternes forpligtelse til discovery – som nu skal hedde "disclosure" – til dokumenter af kategori (1) og (2). Ud over, hvad parterne selv fremlægger, skal der fortsat være mulighed for at begære "Specific Disclosure", omtrent svarende til partsedition i nordisk retspleje. Udlevering af dokumenter af kategori 3 og 4 – extra disclosure – kan kun kræves med rettens tilladelse, og efter at retten har foretaget "rigorous cost-benefit analysis".

I øvrigt foreslås parternes forpligtelse til disclosure vedrørende dokumenter af kategori (1) og (2) begrænset til dokumenter, som parterne umiddelbart har kendskab til, hvorimod parterne ikke længere skal være forpligtede til at foranstalte videregående eftersøgning af, hvad der måtte kunne fremfindes af papirer af mulig interesse.

Begrænsningen af disclosure til dokumenter, som parterne umiddelbart har kendskab til, er – forventeligt – blevet genstand for kritik. Afgrænsningen kan føre til vilkårlighed eller ligefrem opfordre parterne til at sætte kikkerten for det blinde øje. Selv om Lord Woolf erkender, at forslaget ikke lever op til teoretiske idealforestillinger, mener han, at det vil skabe "a realistic balance between

keeping disclosure in check while enabling it still to contribute to the achievement of justice”.

Selv om Lord Woolfs forslag tilstræber en væsentlig begrænsning i anvendelse af discovery (disclosure) i England, vil ordningen fortsat være principielt forskelligartet fra partsedition efter nordisk tradition. Dokumenter kan kræves fremlagt i videre omfang, og manglende fremlæggelse kan i princippet straffes.

4. Offentlighed i forvaltningen og aktindsigt.

Når det offentlige er part i en retssag, suppleres reglerne om processuel partsedition med de forvaltningsretlige regler om parter og andre borgeres ret til at blive gjort bekendt med dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en forvaltningsmyndighed som led i den administrative sagsbehandling. Hvad borgerne har krav på at blive gjort bekendt med, inden der verserer nogen retssag, kan naturligvis også kræves fremlagt eller udleveret med henblik på fremlæggelse under en retssag. Retten til aktindsigt gælder imidlertid ikke uden begrænsninger. Efter den danske offentlighedslov (§ 7) gælder bl.a., at retten til aktindsigt ikke omfatter ”en myndigheds interne arbejdsdokumenter”. Endvidere er visse dokumenter undtaget fra aktindsigt efter § 10 (statsrådsprotokoller, referater af møder mellem ministre m.v., brevveksling mellem ministre om lovgivning, dokumenter udvekslet i forbindelse med en myndigheds udførelse af sekretariatsopgaver for en anden myndighed, myndighedens brevveksling med sagkyndige til brug i retssager og materiale, der tilvejebringes som grundlag for offentlig statistik eller videnskabelig undersøgelse).

Når adgangen til aktindsigt ikke omfatter myndighedernes interne arbejdsdokumenter, bliver næste spørgsmål, om de interne dokumenter kan forlanges fremlagt i en retssag efter reglerne om partsedition. Den danske Højesteret har haft anledning til at tage stilling til spørgsmålet i en kendelse, der er gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1999, side 724.

Sagen drejede sig om gaveafgiftspligt i anledning af et rentefrit og uopsigeligt lån. Myndighederne havde først henlagt sagen som forældet, men skiftede senere standpunkt og anlagde retssag med påstand om betaling af gaveafgift. Gavemodtageren fremsatte begæring om, at det skulle pålægges ministeriet at fremlægge interne notater til belysning af, hvad der havde været den egentlige begrundelse for, at sagen tidligere var blevet henlagt. Højesteret pålagde Skatteministeriet at fremlægge de interne notater, men med følgende præmisser:

”Offentlige myndigheders interne arbejdsdokumenter er undtaget fra aktindsigt og kan som udgangspunkt heller ikke kræves fremlagt under retssager. Den begærede bevisførelse må imidlertid antages at være af afgørende betydning i relation til Vibeke Mogensens anbringende om, at skattemyndighederne efter forvaltningsretlige regler har været afskåret fra at genoptage sagen. Under hensyn hertil og når yderligere henses

til det usædvanlige forløb ved skattemyndighedernes sagsbehandling og til de i øvrigt foreliggende oplysninger, finder Højesteret, at der i denne sag foreligger sådanne særlige omstændigheder, at det i overensstemmelse med Vibeke Mogensens begæring bør pålægges Skatteministeriet at fremlægge dels notatet af 2. maj 1995 i sin helhed, dels de øvrige notater, som blev fremsendt til Kammeradvokaten ...”.

Selv om udgangspunktet således er, at der ikke påhviler det offentlige en editionspligt, der er videregående end pligten til at give aktindsigt, viser afgørelsen, at der under særlige omstændigheder, og når bevisførelsen må anses for at være af afgørende betydning, kan pålægges det offentlige en videregående pligt til partsedition.

Efter Højesterets kendelse fremlagde Skatteministeriet de pågældende notater. Det viste sig, at de var uden betydning for bevisførelsen. Men de afslørede, at det var ukorrekt, når skattemyndighederne havde gjort gældende, at dele af notatet, som tidligere havde været udeladt, ikke vedrørte den pågældende sag. Sagen endte i øvrigt med, at Skatteministeriet af grunde, som nådigt fortaber sig i det uvisse, valgte at opgive kravet og hæve sagen.

I almindelighed må det forventes, at det offentlige efterkommer domstolenes editionspålæg. Principielt er retsstillingen imidlertid den, at det offentlige ligesom private parter selv afgør, om man ønsker at efterkomme et editionspålæg, og domstolenes eneste reaktionsmulighed er at bringe den fakultative procesuelle skadevirkning i anvendelse. Når henses til det typisk ulige styrkeforhold mellem det offentlige og private parter og i betragtning af det offentliges forpligtelse til at sikre lovmæssig forvaltning, kan der være grund til at overveje en ændring, således at det offentlige har ubetinget – eller skærpet – pligt til at fremlægge dokumenter, som er omfattet af editionspålæg.

Retten til forvaltningsretlig aktindsigt omfatter som udgangspunkt alle dokumenter, der vedrører sagen. Der gælder ikke noget krav om individualisering af de dokumenter, man ønsker at få kendskab til, eller om konkretisering af, hvad der er formålet med den ønskede aktindsigt. Aktindsigt kan således anvendes til undersøgelsespræget gennemgang af, hvad der findes af dokumenter hos det offentlige, og til at fiske efter, hvad der findes af beviser. Men hvis man som part i en retssag begærer editionspålæg over for det offentlige, er udgangspunktet fortsat kravene om individualisering af de pågældende dokumenter og konkretisering af, hvad der ønskes bevist. I en nyere afgørelse har den danske Højesteret imidlertid vist, at der i særlige tilfælde kan slækkes på betingelserne, når det offentlige er modpart.

Afgørelsen er gengivet i Ugeskrift for Retsvæsen 1998, side 16, og drejede sig om editionsbegæring i en retssag om, hvorvidt Danmarks tiltrædelse af Traktaten om Den Europæiske Union var grundlovsstridig. Sagsøgerne var en kreds af EU-modstandere. Ved landsrettens dom var statsministeren blev frifundet. Under

ankesagen for Højesteret fremsatte appellanterne begæring om, at det skulle pålægges statsministeren at fremlægge hvad der fra en periode på 20 år måtte være af papirer, som kunne belyse bl.a., hvorledes regeringen og Folketinget tidligere havde behandlet spørgsmålet om grundlovmæssigheden af suverænitetssafgivelser. Højesteret, der tog editionsbegæringen til følge (med forskellige begrænsninger), anførte herom bl.a.:

”Højesteret finder, at det ved afgørelsen af spørgsmålet om suverænitetssafgivelsens grundlovmæssighed ikke på forhånd kan udelukkes at have betydning, hvorledes den overladte kompetence faktisk er blevet udnyttet, og hvorledes Regeringen og Folketinget i den forbindelse har behandlet spørgsmålet om forenelighed med traktatgrundlaget og med Grundlovens § 20. Indstævntes helt generelle indsigelse om manglende relevans må derfor afvises.

Det forhold, at en imødekommelse af begæringen vil nødvendiggøre gennemgang af et større antal sager vedrørende behandlingen i Danmark af forslag til EF-retsakter, kan ikke tillægges afgørende betydning i en sag af den foreliggende karakter. Der må herved også lægges vægt på, at indstævnte som offentlig myndighed har en naturlig forpligtelse til at medvirke til sagens oplysning.

Det formål, som fremlæggelsen skal tjene – at give et dækkende billede af udviklingen frem til tiltrædelsen af Traktaten om Den Europæiske Union – må imidlertid antages at blive tilstrækkeligt tilgodeset, selv om der foretages visse begrænsninger i appellantens begæring. Denne må endvidere præciseres på forskellige punkter med henblik på indstævntes opfyldelse af et editionspålæg. Højesteret imødekommer herefter editionsbegæringen med følgende begrænsninger og præciseringer ...”.

Editionspålægget indebar, at traditionelle krav om individualisering af dokumenterne og konkretisering af, hvad der ønskes bevist, i denne sag var reduceret til et minimum. Uden adgang til interne dokumenter, som almindelige borgere på forhånd ikke havde nogen mulighed for at specificere, ville sagsøgerne på forhånd være afskåret fra bevisførelse om, hvorledes regeringen og Folketinget tidligere havde behandlet og vurderet beslægtede spørgsmål. Man skal imidlertid nok være forsigtig med at drage for vidtgående konsekvenser af afgørelsen. Sagen angik forfatningsretlige spørgsmål af ganske særlig karakter.

Editionsreglerne er indrettet med henblik på bevisførelse om sagens faktiske omstændigheder. Derimod kan reglerne ikke anvendes til at skaffe sig indsigt i modpartens vurdering af retlige spørgsmål.

I sager med det offentlige som part, hvor indholdet af myndighedernes praksis har betydning, herunder f.eks. om hidtidig administrativ praksis er fraveget – eventuelt med tilbagevirkende kraft – kunne meget tale for at give domstolene mulighed for at pålægge det offentlige at fremlægge tidligere, relevante afgørelser, og til om nødvendigt at dokumentere grundlaget for gældende praksis, selv om det måtte betyde fremlæggelse af interne arbejdsdokumenter. Det kunne få

betydning f.eks. i skattesager, hvor private parter i realiteten er uden mulighed for på egen hånd at skaffe sig overblik over det offentliges forvaltning af reglerne – endsige for at efterprøve, om myndighedernes oplysninger om hidtidig praksis er korrekt og i enhver henseende fyldestgørende.

En forpligtelse til efter pålæg at redegøre for og dokumentere praksis ville ligge i forlængelse af officialmaksimen og minde om "interrogatories" efter de amerikanske regler om discovery. Uanset udtalelsen i højesteretsdommen fra 1998 i sagen vedrørende Den Europæiske Union om myndighedernes "naturlige forpligtelse til at medvirke til sagens oplysning" vil indførelse af en sådan ordning i Danmark formentlig kræve ændret lovgivning.

5. Trade-Related Intellectual Property Rights – en anomali.

Med virkning fra 1. april 2001 er der i Danmark – som tidligere i Finland og Sverige – indført nye og særlige regler om bevissikring ved krænkelse af immaterialrettigheder m.v.

Efter de nye regler i den danske retsplejelov (kapitel 57a) kan fogedretten efter anmodning fra en rettighedshaver eller andre, der er beføjet til at påtale krænkelse af immaterialrettigheder, træffe bestemmelse om, at der skal foretages undersøgelse med henblik på sikring af bevis, når det sandsynliggøres, at den, undersøgelsen rettes mod, erhvervsmæssigt eller i ikke ubetydeligt omfang har krænket immaterialrettigheder, og der er grund til at antage, at bevis for krænkelsen og krænkelsens omfang findes i de lokaler, der ønskes undersøgt. Afgørelsen træffes efter en summarisk proces. Fogedretten kan afslå anmodningen, hvis det antages, at undersøgelsen vil påføre skade eller ulempe, som står i misforhold til rettighedshaverens interesse, og undersøgelsen må ikke omfatte materiale, som den pågældende ville være udelukket fra eller fritaget for at afgive forklaring om som vidne.

Disse nye og specielle bestemmelser om bevissikring er af en anden karakter og mere vidtgående end traditionel nordisk partsedition. Der er tale om tvungen medvirken til fremskaffelse af "alt materiale, som må antages at være af betydning med henblik på at konstatere, om og i hvilket omfang krænkelse eller overtrædelser af immaterialrettigheder har fundet sted", herunder dokumenter, andre synbare bevismidler og oplysninger på edb-anlæg, edb-programmer og elektroniske lagringsmidler. Fogeden kan således på en parts begæring rykke ud og være behjælpelig med vidtgående privat efterforskning i civile sager, når sagen drejer sig om immaterialret.

Man må spørge sig selv, hvorfor der i sager om krænkelse af immaterialrettigheder skal gælde særlige regler, som fuldstændig bryder med, hvad der ellers gælder i den civile retspleje. I bemærkningerne til lovforslaget er som hovedbegrundelse anført følgende:

"Krænkelser af immaterialrettigheder mv. har efterhånden taget et meget betydeligt omfang, og der er væsentlige bevismæssige problemer i forbindelse med forfølgelsen af krænkelserne."

Uden for det internationale broderskab, som har specialiseret sig i Intellectual Property Rights, vil mange nok finde begrundelsen mindre overbevisende. Også på andre af erhvervslivets (eller den øvrige tilværelses) områder har krænkelserne "efterhånden taget et meget betydeligt omfang" og efterladt "væsentlige bevismæssige problemer".

Realiteten er, at de nye danske regler er gennemført efter pres bl.a. fra U.S.A., hvor procesformerne er andre og pligtmæssig medvirken til discovery et grundlæggende element i den civile retspleje. Det udenlandske pres fremgår indirekte, når der i bemærkningerne til lovforslaget henvises til "TRIPS-aftalen" (Agreement on Trade-Related Intellectual Property Rights) med følgende bemærkninger:

"Efter Justitsministeriets opfattelse opfylder de gældende danske regler om fagedforbud suppleret med reglerne om isoleret bevisoptagelse og ransagning TRIPS-aftalens krav med hensyn til foreløbige foranstaltninger, men det vil dog være hensigtsmæssigt at fjerne enhver tvivl om, hvorvidt Danmark lever op til TRIPS-aftalens krav. Dette er således også et mål med lovforslaget."

Det siger sig selv, at beskyttelse af immaterialrettigheder kræver internationalt samarbejde. Det forekommer imidlertid mindre indlysende, at det internationale samarbejde som en nødvendighed også skulle kræve fundamentale ændringer i national lovgivning om tilvejebringelse og sikring af bevis i civile retssager.

Man må håbe, at de nye regler kommer til at stå som en isoleret anomali og ikke spreder sig til andre retsområder.

6. Sammenfatning.

Den forudgående gennemgang kan sammenfattes i følgende fire hovedpunkter.

- Den nordiske model for partsedition er forankret i domstolenes bevisbedømmelse gennem reglerne om den fakultative processuelle skadevirkning. Det sikrer balancen mellem på den ene side kravet om, at editionspålæg efterleves, og på den anden side ønsket om at undgå at retssager vidtløftiggøres gennem privat, ufokuseret efterforskning og overdrevet bevisførelse.
- Indførelse af discovery efter udenlandsk forbillede, således at man i retssager har krav på så godt som uhindret adgang til modpartens arkiver, vil vanskeligt kunne indpasses i de almindelige rammer for nordisk retspleje. Omkostningerne i tidsmæssig og økonomisk henseende kunne – som man har set i England –

vise sig uforholdsmæssige og favorisere den part, som er stærkest, og som kan mønstre de fleste ressourcer, når meget står på spil.

- I sager, hvor det offentlige optræder som part, kan det overvejes at indføre pligt for forvaltningen til at efterkomme domstolenes editionsplæg og til videregående medvirken til sagens oplysning. Endvidere kan der være grund til at overveje regler om særskilt pligt for det offentlige til at oplyse og dokumentere egen administrativ praksis.
- Det må give anledning til betænkelighed, når der på specielle retsområder, in casu inden for immaterialretten, gennemføres særregler om tvangsmæssig bevissikring i strid med de principper, som i øvrigt er gældende i nordisk retspleje.

Sammenfatningen er ikke nogen objektiv konklusion, men udtryk for subjektive vurderinger, og formuleringerne af de fire punkter er tænkt som oplæg til debat.

Per Furberg

Tjänster och portaler på Internet –
konvergensproblem och normkonflikter

Tjänster och portaler på Internet – konvergensproblem och normkonflikter

Av jur.kand. Per Furberg, Sverige

De lagar som införts i Sverige för att reglera bl.a. portaler och andra webbplatser ger intryck av att ta sin utgångspunkt i enstaka webbsidor som enkelt kan knytas till en enda aktör. I praktiken speglar webbplatserna emellertid en helt annan verklighet där olika aktörer samverkar och gör uppgifter och tjänster tillgängliga inom ramen för vad användarna normalt uppfattar som en enda "elektronisk plats". Informationstekniken leder här till en sammansmältning (konvergens) av medier, verksamhetsområden, infrastrukturer och tjänster.

Lagstiftaren har bidragit till denna "gränslöshet" genom att i form av separata lagar införa nya regler, som i allt väsentligt grundas på EU-direktiv, utan att genomlysna hur regelverken skall samordnas och anpassas till den praktiska hanteringen av webbplatserna. Komplikationer uppkommer redan när det – med utgångspunkt från olika adressater för dessa lagar (den personuppgiftsansvarige, näringsidkaren, tjänsteleverantören etc.) – skall anges vem som tillhandahåller en viss webbplats eller tjänst eller bedriver en viss verksamhet. Det vore önskvärt att det nationella regelarbetet präglades av en större samsyn mellan olika områden och en närmare genomlysning av konsekvenserna av nya regler för de verksamheter som har att samtidigt tillämpa regelverken.

Per Furberg, född 1955, blev jur.kand. 1980 och rådman vid Göteborgs tingsrätt 1997. Han har varit sekreterare i bl.a. Utredningen om lagstiftningsbehovet vid tuldatoriseringen (1988–1989), Datastraffrättsutredningen (1990–1992), Redovisningskommittén (1994), IT-utredningen (1994–1996), Datalagskommittén (1996) och Utredningen om elektroniska pengar (1997–1998). Han är numera verksam vid Setterwalls Advokatbyrå.

Internet och world wide webb

Internet¹ och World Wide Webb² har på ett genomgripande sätt förändrat vårt sätt att kommunicera. Genom att ange en adress kan användare över hela världen sända och hämta data som finns på en webbserver.³ För detta ändamål tilldelas

¹ Det internationella datornät som har den största utbredningen och som bygger på TCP/IP, en standard för datakommunikation (Svenska datatermgruppens ordlista, version 20; definitionerna av tekniska begrepp är i det följande delvis hämtade från denna ordlista; se <http://www.nada.kth.se/dataterm>).

² World Wide Webb (www) är en funktion på Internet eller på ett intranät som medger att man enkelt kan hämta sammanlänkad information i form av text, bild och ljud.

³ En webbserver är en dator som har anslutits till Internet och förses med datorprogram som tillhandahåller gemensamma servicefunktioner, t.ex. datalagring och e-postkommunikation.

varje webbsserver en s.k. IP-adress som består av en nummerserie. Till IP-adressen kopplas ett domännamn för att Internet skall kunna ges en användarvänlig utformning.⁴ När domänadressen⁵ kompletteras så att en viss webbsida eller en viss elektronisk brevlåda pekas ut, brukar man tala om en webbadress respektive en e-postadress.⁶

På webbsidor presenteras text, ljud och fasta och rörliga bilder i olika kombinationer. Användaren kan enkelt förflytta sig mellan olika webbsidor eller inom en webbsida genom att klicka på en länk, som presenteras som en symbol, en bild eller ett markerat ord på en webbsida, och innehåller en webbadress. Med webbsida menas här den mängd information som man kan nå, utan att behöva gå vidare via en länk, vilket ofta motsvarar så mycket man kan se på skärmen samtidigt eller genom att rulla bilden.⁷

Den som har rätten till en domänadress och en webbserver kan, inom ramen för vissa allmänt vedertagna tekniska lösningar, agera oberoende av andra aktörer och välja vilka funktioner som skall göras tillgängliga via rättighetshavarens adresser.

Problemet

Användarna uppfattar ofta de webbsidor som nås via en domänadress eller via vissa webbadresser som en slags "elektronisk plats". Denna tanke kommer till uttryck i bl.a. Svenska datatermgruppens rekommendation att använda begreppet webbplats – i stället för "sajt" – som beteckning på samtliga webbsidor på en viss webbplats.⁸ Olika juridiska personer kan emellertid ha bestämmande inflytande och kontroll över olika webbsidor under *en* domänadress, t.ex. när olika företag bjuder ut sina produkter på olika webbsidor under samma domän. Ett annat exempel är hur koncerner brukar bedriva verksamhet på Internet via samma domänadress utan att det anges vilket rättssubjekt som tillhandahåller vad och ansvarar för vad. Det kan visserligen klarläggas för vem domännamnet har registrerats men det behöver inte vara den registrerade som tillhandahåller en viss

⁴ Domännamn registreras genom ett särskilt förfarande och består av det som står efter de dubbla snedstrecken i en webbadress men före ett eventuellt senare snedstreck och det som står efter @-tecknet i en e-postadress; t.ex. "www.setterwalls.se" och "@setterwalls.se".

⁵ Termen domänadress används här för att innefatta både IP-adressen och domännamnet.

⁶ Det är webbadressen som syns överst i webbläsarfönstret och som brukar anges i t.ex. annonser. Denna teckensträng identifierar unikt en resurs i webben, t.ex. en webbsida, en bild, en datafil etc. De angivna exemplen kan kompletteras t.ex. enligt följande: "www.setterwalls.se/img/menu/over/menu_2.gif" och "per.furberg@setterwalls.se".

⁷ Termen hemsida (jfr engelskans homepage) används däremot för flera helt olika begrepp såsom ingångssida, startsida, webbsida och webbplats och bör därför undvikas.

⁸ Enligt Svenska datatermgruppen finns sedan tidigare ett naturligt svenskt ordval för bl.a. det engelska ordet site som oftast översätts med plats. Därför behövs inte försvenskningen sajt som ibland används i betydelsen webbplats.

webbsida. Den registrerade kan ha upplåtit en rätt att tillhandahålla webbsidor på webbplatsen; jfr hur en lagfaren ägare av en fastighet, med viss fastighetsbeteckning och postadress, kan ha upplåtit lokaler på fastigheten till andra som driver verksamhet i lokalerna. Upplåtelser av rättigheter som används för att skapa "elektroniska platser" på Internet saknar emellertid de för var och en synbara avgränsningar som finns mellan olika lokaler i en byggnad.

Denna fördunkling av vem som tillhandahåller en viss webbsida och ansvarar för den verksamhet som bedrivs "där" blir särskilt påtaglig i anknytning till portaler. Med portal menas en webbsida som försetts med ingångar till ett *stort* utbud av webbsidor och som fungerar som huvudingång till en viss webbplats – en s.k. ingångssida eller förstasida⁹. Användaren kan snabbt "förflytta sig" till olika webbsidor genom att klicka på länkar i portalen. Detta ställer särskilda krav på avgränsningar för att användaren skall kunna uppfatta vem som tillhandahåller respektive webbsida och se när han "förflyttas" till en annan webbplats; jfr de problem som skulle uppkomma om en kund i en vanlig butik kunde ta ett skutt till en annan butik, utan att se vilken entré som passerats. I det följande används begreppet *portaltjänst* som beteckning på hela det utbud av webbsidor och tjänster som är knutna till den webbplats där portalen utgör ingångssida.

Utbudet av portaltjänster ökar och sådana tjänster har numera en nyckelroll i flera företags strategi. För att utforma portaltjänsten rätt behöver företaget emellertid veta bl.a. vilka civilrättsliga regler som gäller, i vilken utsträckning de funktioner som tillhandahålls via portaltjänsten omfattas av näringsrättsliga regler om t.ex. tillstånd och tillsyn och vilka regler om ansvar som blir tillämpliga. Sådana bedömningar försvåras av portaltjänsternas omfattning och komplexitet. Som exempel på frågor som tillhandahållaren av en portal behöver överväga kan nämnas följande. Vilken fördelning av ansvar gäller när flera juridiska personer samverkar inom en portaltjänst som utåt presenteras som en enda "elektronisk plats"? Kan samarbetet till och med resultera i ett bolagsförhållande? Skall webbplatsen från rättsliga utgångspunkter brytas ned i olika delar, t.ex. i olika webbsidor eller delar av webbsidor, och blir olika regelverk tillämpliga och olika personer ansvariga för dessa? Är det riktigt att dra en gräns mellan regler som tar sikte på själva webbplatsen och föreskrifter för de reglerade näringar som bedrivs där? Skall den som tillhandahåller webbplatsen uppfylla näringsrättsliga krav som gäller för en annan aktör, t.ex. den som tillhandahåller en betaltjänst med stöd av portaltjänsten eller marknadsför sina varor via den?

Den lagstiftning som kommit till med sikte på webbplatser ger intryck av att ta sin utgångspunkt i en miljö där varje webbplats består av enstaka webbsidor som enkelt kan knytas till *en* aktör och avgränsas från andras verksamhet. Det kan emellertid ifrågasättas om lagstiftningen ger de avgränsningar som behövs för

⁹ Ingångssida kan härvid, enligt Svenska datatermgruppen, användas i analogi med ingången till ett hus och förstasida i analogi med en tidnings förstasida; jfr däremot termen hemsida, not .

den mångfald av funktioner som en portaltjänst ger. Detta torde bli kännbart både för användare som skall ta tillvara sin rätt och företag som skall säkerställa att en webbplats följer kraven i författningsregleringen.

Andra komplikationer har samband med Internets globala karaktär. Frågor om internationell privat- och processrätt behandlas emellertid inte här.

En utveckling i traditionell miljö mot ett vidgat skydd för svagare parter

Den förmögenhetsrättsliga regleringen bygger i centrala delar på lagar som kom till under 1900-talets första del. Principen om avtalsfrihet sågs som grundläggande och restriktiviteten var stor, såväl i lagstiftning som i praxis, när det gällde att inskränka denna frihet för att skydda svagare part. Efterhand har inskränkningar emellertid gjorts i den *civilrättsliga* regleringen, dels genom generalklausulen i 36 § avtalslagen (AvtL), dels genom tvingande detaljbestämmelser i specialförfattningar; se bl.a. konsumentköplagen (1990:932; KköpL), konsumenttjänstlagen (1985:716; KtjL) och konsumentkreditlagen (1992:830; KkredL). Parallellt med denna utveckling har *näringsrättslig* reglering införts på allt fler områden. Medan den civilrättsliga lagstiftningen är inriktad på enskilda fall och ger anvisningar för hur konkreta tvister skall lösas tar den näringsrättsliga lagstiftningen sikte på att ge skydd för konsumenterna som kollektiv. Denna offentligrättsliga kontroll har kommit att omfatta allt fler verksamheter, även utanför den finansiella sektorn; nu senast regler om kvalificerade elektroniska signaturer och elektronisk handel. Den näringsrättsliga regleringen gör det möjligt att ingripa mot näringsidkare som missbrukar sin ställning. På vissa områden krävs dessutom myndighetstillstånd för att få bedriva verksamheten. Vissa lagar som t.ex. KkredL och lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (AvtvillkL) innehåller både civilrättsliga och näringsrättsliga regler och generalklausuler finns även inom näringsrätten; se 4 § (jfr 14 §) marknadsföringslagen (1995:450) och 3 § AvtvillkL och den osanktionerade regeln i 5 § KkredL om att iaktta god kreditgivningssed och ta till vara konsumentens intressen med tillbörlig omsorg.

Ett näringsrättsligt skydd har ansetts ha den "fördelen" att det blir möjligt att underlåta att direkt i lagtexten låsa fast detaljer om skyldighetens innebörd (prop. 1979/80:9 s. 35), t.ex. beträffande de alltmer omfattande reglerna om informationsskyldighet. De näringsrättsliga reglerna kan emellertid inte utan vidare åberopas som grund för civilrättsliga verkningar såsom ogiltighet eller rätt till skadestånd och i flera sammanhang har behovet av en god överensstämmelse mellan den civilrättsliga och näringsrättsliga regleringen påtalats; jfr 18 § KköpL och 9 § KtjL.¹⁰

¹⁰ Se t.ex. prop. 1975/76:81 s. 102 ff. och NJA 1999:54 s. 424.

Lagstiftaren har alltså – för att ge ett ökat civilrättsligt och näringsrättsligt skydd åt konsumenter och andra svagare parter – valt att tillskapa *nya lagar för varje delområde* och att inte annat än i yttersta undantagsfall ändra i centrala regelverk som t.ex. köplagen, skuldebrevslagen och avtalslagen. De nya lagarna har med tiden blivit omfattande och svåra att överblicka.

Regler för IT-miljö

Som en ny pusselbit tillkommer de snabba förändringar som Internet och World Wide Webb fört med sig för rutiner, dokumentation och transaktionsmönster. Behovet av enhetliga – helst globala regler – för elektronisk handel och skydd mot manipulationer och intrång av olika slag har föranlett initiativ inom bl.a. UNCITRAL, OECD, Europarådet och EU-kommissionen. Av intresse i detta sammanhang är EG-direktiven om

- konsumentskydd vid distansavtal (97/7/EG),
- ett gemenskapsramverk för elektroniska signaturer (1999/93/EG),
- vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den gemensamma marknaden (2000/31/EG; e-handelsdirektivet), och
- skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (95/46/EG).

Dessa internationella åtaganden har resulterat i nya svenska lagar med både civil- och näringsrättsliga regler; se

- lagen (2000:274) om konsumentskydd vid distansavtal och hemförsäljningsavtal (distansavtalslagen),
- lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer (signaturlagen),
- lagen om elektronisk handel och andra informationssamhällets tjänster (e-handelslagen; lagrådsremiss den 7 februari 2002), och
- personuppgiftslagen (1998:204; PUL).¹¹

På samma sätt som skyddsreglerna för traditionell miljö har alltså regler för IT-miljö *införts genom särskilda lagar*, inte genom att komplettera de centrala regelverken.

¹¹ Många andra författningar ställer också krav på information som är av betydelse för portaler och andra webbtjänster. Som exempel kan nämnas de särskilda föreskrifter om information till konsumenter som finns i konsumentkreditlagen (1992:830), konsumentförsäkringslagen (1980:38), lagen (1996:1006) om valutaväxling och betalningsöverföring och lagen (1999:268) om betalningsöverföringar inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

IT – konvergens och fragmentering

Den lagstiftning som kommit till för elektronisk handel och för att skydda mot manipulationer m.m. tar sikte på en miljö där uppgifter lagras och behandlas på samma sätt och med samma utrustning, oberoende av om data representerar program, räkenskaper, fotografier, material för marknadsföring, filmer, avtalshandlingar, webbsidor eller något annat. Dessa nya förutsättningar brukar från delvis teoretiskt perspektiv beskrivas så att gränser mellan aktörer, medier, verksamhetsområden, infrastrukturer, tjänster och tekniska hjälpmedel bryts igenom; s.k. *konvergens*. I anknytning till Internet och webbplatser upphävs delvis sådana självklara förutsättningar i traditionell miljö som verksamhetens begränsning till viss ort eller region och till vissa kategorier av varor eller tjänster. Nödvändigheten att förflytta sig fysiskt för att komma från en butik till en annan och mötet med butiksbiträden och annan personal ersätts med informationssystem.

Resultatet kan emellertid från juridiska utgångspunkter också beskrivas som en slags *fragmentering*. Tekniskt och praktiskt smälter visserligen kommunikations- och innehållstjänster, tekniska hjälpmedel och marknader delvis samman men digitaliseringen gör det också möjligt för nya aktörer att komma in på marknaden och att kombinera funktioner och tjänster på nya sätt. Dessa nya strukturer hämtar normalt sin rättsliga ram från avtal, dels om samverkan mellan företag som tillhandahåller (del-)tjänster, dels mellan tillhandahållare och slutanvändare. Den tidigare knytningen till en eller några få stora leverantörer har därför ersatts av en infrastruktur med många aktörer och rättsliga relationer som inte är enkla att överblicka. Detta blir särskilt påtagligt i anknytning till portaltjänster där tillhandahållare, under ett visst varumärke eller annat kännetecken som ofta är identiskt med domännamnet, kan samla tjänster för e-post, butiker för elektronisk handel, diskussionsgrupper, söktjänster, finansiella tjänster, tjänster för identifiering och signering och länkar till andra webbplatser m.m.

För användaren framstår en sådan portaltjänst normalt som en enda "plats" som tillhandahålls av en enda juridisk person. Vidare kan sådana kännetecken som varumärken flyta ihop med verksamhetens firma och flera juridiska personer kan ha förvärvat en rätt att använda samma kännetecken och (delar av) en webbplats. Detta påminner om varuhus som övergått från egen verksamhet till att upplåta sina lokaler till olika företag som var för sig och under olika firmor bjuder ut varor under ett för varuhuset gemensamt kännetecken. På samma sätt som adressen till en fastighet och ett kännetecken därigenom knyts till lokaler som hyrs av olika företag kan rättigheter upplåtas åt olika företag att använda en viss domänadress, med anknytande varumärke, samt var sitt (virtuellt) utrymme i ett s.k. webshotell.¹² Olika juridiska personer kan därmed tillhandahålla olika webb-

¹² Med webshotell menas en tjänst som innebär att ett företag upplåter utrymme för webbplats åt företag som inte har egen webbserver.

sidor, eller delar av webbsidor, på samma webbplats. Det finns emellertid inte någon motsvarighet på IT-området till jordabalkens begrepp "lägenhet" och anknytande regler och rättspraxis varigenom det kan avgöras vilken fysisk plats som ett (vagt utformat) hyreskontrakt omfattar och vilka skyldigheter nyttjanderättshavaren har med avseende på lägenhetens användning m.m. Det finns inte heller någon motsvarighet till detaljregleringen i 1–3 kap. jordabalken om fastighet och dess gränser, tillhör till fastighet och rättsförhållanden mellan grannar.

Anonymisering av användare och tillhandahållare

En användare som vill förstå gränser mellan webbplatser och webbsidor samt mellan olika juridiska personer som är verksamma via olika webbsidor (eller delar därav) är alltså hänvisad till den information och de allmänna villkor för användare som tillhandahålls via webbsidorna.¹³ Sådan information kan vara svår att överblicka och att finna bland de sidor som hör till *en* webbplats. Osäkerheten för den som särskilt letar efter sådant underlag kan bestå i om ytterligare material finns och vilka webbsidor som omfattas av lämnade uppgifter etc. Detta blir särskilt tydligt i de fall där flera juridiska personer presenteras under samma domänadress och på samma webbsidor, utan att den som avses ansvara för hela webbplatsen eller de som avses svara för olika delar av den pekats ut och knys till sina sidor.¹⁴

Anonymiseringen av *användare* "på nätet" har föranlett lagen (1998:112) om ansvar för elektroniska anslagstavlor (BBS-lagen). Syftet med BBS-lagen är att motverka brottslig spridning av information genom att en användare sänder uppgifter anonymt till t.ex. en diskussionsgrupp, där uppgifterna sprids, samtidigt som tillhandahållaren av tjänsten förhåller sig passiv, så att han inte kan straffas. Motsvarande komplikationer uppkommer när en användare, för att väcka talan mot en tillhandahållare, behöver veta vem eller vilka som tillhandahåller hela webbplatsen eller delar av den. Denna anonymisering av *tillhandahållare* av portaltjänster och andra mera begränsade tjänster kan också hindra tillsynsmyndigheternas verksamhet, t.ex. när tjänster som erbjuds via en webbsida innehåller uppgifter som omfattas av näringsrättsliga regler och hör till en viss myndighets tillsynsområde.

Svårigheten att bestämma en portaltjänsts omfattning och vem som ansvarar för vad behöver dock inte ha sin grund i brister i regelverken. Orsaken kan i många fall vara brister i den ordning och reda som uppfattas som en självklar

¹³ Att användare skulle få tillgång till avtalen mellan "webbplatsägare och hyresgäst" förefaller uteslutet.

¹⁴ Det finns till och med exempel på att bolagens struktur och inbördes relationer inom koncernen redovisas, utan att den fullständiga firman för det bolag som skall svara för webbtjänsten skrivs ut. Endast det kännetecken som är gemensamt i respektive bolags firma anges.

förutsättning för fungerande rutiner i traditionell miljö. Ytterst sett kan felaktiga eller ofullständiga uppgifter om firma och adress utgöra led i bedrägerier eller andra brottsliga förfaranden i traditionell miljö och situationen kan vara densamma i IT-miljön. Skillnaden är att möjligheterna att spåra vem som står bakom något som tillhandahålls via en portaltjänst kan vara mera begränsade och hindras av bl.a. Internets globala karaktär.

Regelverkens gränser mellan aktörer och tillämpningsområden

Utöver dessa delvis praktiska gränsdragningar aktualiseras frågor om tillämpningsområdet för olika regelverk i anknytning till webbplatser. De tre "lagren" av regelverk¹⁵ för traditionell miljö som beskrivits ovan kan bli tillämpliga också på verksamheter som bedrivs via portaler. Använda begrepp och gränsdragningar har emellertid valts utifrån historiska förhållanden och förankrats i traditionell fysisk miljö utan en tanke på Internet och webbplatser.¹⁶ När lagstiftning infördes på 1970- och 80-talen med sikte på automatisk databehandling (ADB) var regleringens tillämpningsområde i praktiken inskränkt genom att databehandling var så ovanlig. Tillämpningsområdet för dessa regler och ny IT-relaterad lagstiftning har emellertid vidgats efterhand och IT används nu på nära nog varje samhällsområde. Detta framträdde särskilt tydligt vid PUL:s ikraftträdande i oktober 2001 beträffande behandlingar av personuppgifter som påbörjats före ikraftträdandet den 24 oktober 1998. En ny regel infördes därvid i 8 § personuppgiftsförordningen (1998:1191) med ett generellt undantag från förbudet mot behandling av känsliga uppgifter för myndigheternas behandling av personuppgifter i löpande text, om uppgifterna har lämnats i ett ärende eller är nödvändiga för handläggningen av det. Myndigheternas ärendehandläggning och produktionen av beslut och protokoll måste fortgå även om inlagorna är elektroniska och en part skriver ovidkommande känsliga uppgifter och myndigheten kan naturligtvis inte ta bort känsliga uppgifter ur en inkommen elektroniska handling; dvs. manipulera den.

När nu ytterligare särregler till följd av EG-direktiv införs – som nya "lager" av bestämmelser – för bl.a. distansavtal, kvalificerade elektroniska signaturer och elektronisk handel, blir det en viktig uppgift att tydliggöra de nya gränserna för regelverkens tillämpningsområden. Denna uppgift synes emellertid delvis bli lämnad till rättspraxis och doktrin. Ett exempel är svårigheten att i den praktiska tillämpningen bestämma signaturlagens tillämpningsområde. Detta gäller både med avseende på vilka verksamheter som skall stå under tillsyn och för vilka fall

¹⁵ Se beskrivningen ovan av central civilrättslig lagstiftning, civilrättslig särreglering och näringsrättslig särreglering för skilda områden.

¹⁶ Som undantag kan nämnas BBS-lagen och förslagen till lagen om elektronisk handel och om ändring i grundlag för att ge ett ökat yttrandefrihetsrättsligt skydd för bl.a. webbplatser (prop. 2001/02:74 Yttrandefrihetsgrundlagen och Internet).

signaturlagens regler om skärpt skadeståndsansvar skall anses gälla. Ett annat exempel är vilka webbaserade verksamheter som omfattas av BBS-lagen. Ekot av de diskussioner som fördes i det lagstiftningsärendet hörs nu i arbetet med att införa e-handelsdirektivets regler angående tjänstelevererande mellanhänders ansvar. Den som skall tillämpa BBS-lagen och e-handelslagen ställs bl.a. inför frågan när det skall anses föreligga *flera till skillnad från en enda*

- elektronisk anslagstavla enligt BBS-lagen, och
- informationssamhällets tjänst¹⁷ enligt e-handelslagen.

I anknytning till portaltjänster kan detta formuleras som en fråga om vilka regler som gäller för hela webbplatsen och vilka som gäller för delar av den och hur gränser skall dras mellan ansvariga och ansvarsområden. Är det avgörande vem som tillhandahåller webbplatsen eller skall andra kriterier anses avgörande, t.ex. gränser baserade på vilken verksamhet som bedrivs och vad denna verksamhet omfattar? Frågan kan förtydligas genom att studera e-handelslagens, distansavtalslagens, BBS-lagens och bankrörelselagens (1987:617) adressater. Vem är *tjänsteleverantör*¹⁸ enligt e-handelslagen och täcker begreppen *näringsidkare*¹⁹ i distansavtalslagen och *tillhandahållare*²⁰ i BBS-lagen samma område? Kan till och med de näringsrättsliga skyddsreglerna på t.ex. det finansiella området anses ha samma tillämpningsområde med avseende på en portal? Vem eller vilka måste ha tillstånd när det finns krav på tillstånd för att få driva en viss verksamhet och beträffande vem eller vilka får myndigheten utöva tillsyn? I detta sammanhang kan nämnas att bankrörelse, enligt 2 kap. 3 a § bankrörelselagen, får bedrivas endast av bankens egen personal och i bankens egna lokaler. Innebär information på olika handelsplatser webbsidor om en banks Internettjänst för elektroniska betalningar och länkning till bankens webbplats för sådana betalningar att verksamheten på de olika webbplatserna omfattas av bankrörelselagens regler om tillstånd och tillsyn?

¹⁷ Enligt legaldefinitionen, en tjänst som utförs vanligtvis mot ersättning, på distans, på elektronisk väg och på individuell begäran av en tjänstemottagare.

¹⁸ Enligt legaldefinitionen i lagförslaget, en fysisk eller juridisk person som tillhandahåller någon informationssamhällets tjänst.

¹⁹ Enligt legaldefinitionen, en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten. Denna definition är i princip utformad som i lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och har samma innebörd som i andra konsumenträttsliga lagar (prop. 1999/2000:89 s. 76).

²⁰ Tillhandahållare är den som leder verksamheten där tjänsten erbjuds; dvs. den som kan bestämma över tjänstens användning, inklusive de tekniska och administrativa rutinerna. Frågan får enligt lagmotiven avgöras utifrån en samlad bedömning av vem eller vilka som har det bestämmande inflytandet och kontrollen över tjänsten. Om en juridisk person eller en myndighet tillhandahåller en anslagstavla gäller de allmänna principer om företagaransvar som har vuxit fram i praxis (prop. 1997/98:15 s. 10).

Sammanfattningsvis kan konstateras att nämnda regelverk, i vart fall genom vald terminologi, pekar ut olika adressater och att regelverkan har olika ändamål. Medan syftet med den föreslagna lagen om elektronisk handel något förenklat kan sägas vara att undanröja vissa hinder mot sådan handel som gällande rätt kan föra med sig, särskilt från internationella utgångspunkter, är syftet med BBS-lagen att motverka användningen av elektroniska anslagstavlor för brottslig spridning av information. Bankrörelselagen har istället till ändamål att bl.a. skydda finansiella system mot fallissemang. Berörda svårigheter att precisera regelverkens tillämpningsområden i anknytning till portaltjänster skulle något tillspetsat kunna formuleras som en fråga om de regler som kommit till med tanke på bl.a. Internet verkligen avgränsas genom objektiva kriterier som förmår att sortera på webbplatser. Portaltjänster och andra mera begränsade webbplatser kan inte behandlas som ett område sui generis utan måste inordnas i regelsystemet, såväl de lege lata som de lege ferenda. Sedvanliga tolknings- och tillämpningsprinciper måste gälla. Att vid denna tolkning, som utgångspunkt, statiskt bruka de gränser som berörda webbsidor eller webbplatser ger när de betraktas med en webbläsare kan knappast förenas med de skilda tillämpningsområden och ändamål för vilka de olika regelverken har tillkommit. En portaltjänst kan rymma mycket mer än en vanlig fysisk plats och kan varieras på helt andra sätt än ett traditionellt medium. De nya dimensioner detta för med sig behöver beskrivas och sorteras så att regelverkens tillämpningsområden blir tydliga.

Exemplet BBS-lagen

Det är först av motiven till BBS-lagen som det framgår att lagens tillämpningsområde är begränsat till tjänster där användaren inte bara kan ta del av andras meddelanden utan även sända egna meddelanden till andra; tillhandahållaren skall erbjuda meddelandeförmedling på ett sådant sätt att han eller hon framstår som den som driver en verksamhet, en "tjänst", inriktad på sådan förmedling. Portaltjänster inrymmer ofta en avdelning för sådan kommunikation. Det framstår härvid som naturligt att tillhandahållaren av webbsidan – inte en innehavare av en portaltjänst som tillhandahåller utrymme för att göra webbsidor tillgängliga på Internet – ses som ansvarig för denna webbsida. I lagmotiven anges emellertid webbhotell som exempel på en verksamhet som utgör en elektronisk anslagstavla i lagens mening, "dvs. när någon erbjuder användare att lägga upp egna informationsdatabaser i form av hemsidor och hemsidorna nås genom den som inrättat möjligheten att lägga upp hemsidorna" (prop.1997/98:15 s. 10). I traditionell miljö anses emellertid inte en fastighetsägare som endast hyr ut en lokal, som nås genom en trappuppgång som tillhandahålls av denne, bedriva verksamhet i lokalen, t.ex. om den används för att hantera inkommande och utgående pappersbaserade meddelanden. Frågan om vilket ansvar företag har som t.ex. tillhandahåller åtkomst till Internet och samtidigt visst utrymme åt kunderna

för webbsidor, i förening med länksystem o.l. från företagets webbsidor till kundernas, har föranlett en livlig debatt, särskilt i anknytning till tjänstelevererande mellanhanders frihet från ansvar enligt e-handelsdirektivet artikel 12–15 (dir. 2000/31 EG). I en promemoria med förslag till e-handelslag gjordes den bedömningen att det inte krävdes några ändringar i den straffrättsliga regleringen (Ds 2001:13). I lagrådsremissen föreslås emellertid en begränsning av ansvaret, för en tjänsteleverantör som överför eller lagrar information för annan, till gärningar som begåtts uppsåtligt.

Svårigheten att reglera en viss teknikrelaterad lösning för kommunikation via Internet, istället för att reglera en viss verksamhet, blir påtaglig. Om en enda elektronisk anslagstavla kan ses som alla de chat-sidor²¹ som en operatör länkar till – efter att ha erbjudit andra att i eget namn ”lägga ut” webbsidor med funktioner för t.ex. chat där kommunikationen bevaras så att den kan läsas av andra i efterhand – blir gränsen svårångad, särskilt i anknytning till portaler och samverkan mellan företag som tillhandahåller olika (del-)tjänster.

Konkurrerande regler

Ett klagande av de gränsdragningsfrågor som exemplifierats är emellertid inte tillräckligt. Eftersom verksamheterna knyts till webbsidor och möjligheterna är begränsade för användarna att läsa omfattande texter blir konkurrensen om utrymmet påtaglig. Detta gäller särskilt för portaler; dvs. sådana webbsidor som fungerar som ingångssida till ett stort utbud av webbsidor. Helst skall *allt* finnas på ”väl synlig plats”, vilket är en omöjlighet, och möjligheterna att presentera uppgifter i klickbara fält leder till en situation där endast den särskilt observante användaren ser när han passerar gränser mellan olika webbsidor och webbplatser, i den mån dessa gränser är tillräckligt tydliga för att kunna iakttas. Den flod av information som härvid kan möta användaren har delvis sina rötter i författningsregleringen. Detta beskrivs enklast genom ett exempel och för detta ändamål kan vissa regler om informationsplikt vara lämpliga.

Redan innan något köp via en portaltjänst blivit aktuellt kan olika regler aktualiseras enligt vilka fysiska eller juridiska personer måste informera om sitt namn/sin firma;

- enligt distansavtalslagen skall näringsidkaren ge information om sitt namn och sin adress m.m. (9 §),
- enligt e-handelslagen skall tjänsteleverantören ge information om sitt namn, sin adress i etableringsstaten och sin e-postadress m.m. (8 §),
- enligt BBS-lagen skall tillhandahållaren lämna information om sin identitet till var och en som ansluter sig till tjänsten (3 §),

²¹ Med ”chatta” menas att föra en skriftlig dialog i realtid via Internet.

- enligt yttrandefrihetsgrundlagen (YGL) skall, för varje tillhandahållande av en databas enligt YGL, en uppgift lämnas om verksamhetens namn och utgivare och vem som har utsett denne (förslag enligt prop. 2001/02:74),
- enligt PUL skall den personuppgiftsansvarige i samband med insamling av uppgifter om en person, t.ex. via en webbsida, självant lämna den registrerade information om bl.a. den personuppgiftsansvariges identitet (23–25 §§).

Dessa regler om uppgiftsskyldighet kan konkurrera, t.ex. om en portaltjänst innehåller en handelsplats, en area för chat och en databas som omfattas av det yttrandefrihetsrättsliga skyddet i YGL. I lagmotiven beskrivs detta bl.a. så att bestämmelserna om uppgiftsskyldighet i olika regelverk kompletterar varandra.

Beträffande sättet för att lämna information ges olika preciseringar. Enligt distansavtalslagen skall informationen ges klart och begripligt, i rimlig tid innan ett avtal ingås och med användande av metoder som är anpassade till det medel för distanskommunikation som används, varvid näringsidkaren skall ta särskild hänsyn till behovet av skydd för underåriga. Med att informationen skall ges ”klart” avses enligt motiven att konsumenterna normalt sett inte skall ha några svårigheter att ta del av den. Informationen skall t.ex. vara lätt att hitta på näringsidkarens hemsida vid marknadsföring på Internet (prop. 1999/2000:89 s. 85). På motsvarande sätt skall informationen, enligt e-handelslagen, ges i samband med tjänsten och finnas tillgänglig på ett enkelt, direkt och stadigvarande sätt. I motiven till BBS-lagen anges att en naturlig plats för den information som krävs enligt lagen torde vara på en inledande ”sida” som först möter användaren men att det inte kan krävas att användaren skall nås av informationen innan användaren kan använda sig av tjänsten (prop. 1997/98:15 s. 14 och 25). Även i andra lagar finns föreskrifter om att informera om vem man är. Föreskrifterna har emellertid inte kommit till med sikte på webbtjänster. Som exempel kan nämnas bestämmelsen i 5 § marknadsföringslagen om att det skall framgå vem som svarar för viss marknadsföring.

Dessa uttalanden ger ingen närmare ledning för hur man skall uppfylla skyldigheterna att informera om namn, identitet, utgivare eller personuppgiftsansvarig i anknytning till portaltjänster. Som exempel på vikten av att dessa informationsplikter uppfylls korrekt kan nämnas att en meddelare, som trott sig lämna uppgifter inom ramen för ett grundlagsskyddat medium men misstagit sig, kan efterforskas och åtalas enligt vanliga straffrättsliga och straffprocessuella regler.²²

Dessa regelverk innehåller också krav på att lämna andra uppgifter. Enligt 9 § distansavtalslagen skall näringsidkaren vid marknadsföring som syftar till distansavtal ge information om varans eller tjänstens huvudsakliga egenskaper, varans eller tjänstens pris

²² Det kan dessutom vara viktigt att det framgår om en webbsida omfattas av skydd enligt tryckfrihetsförordningen (TF) eller YGL, t.ex. till följd av olika ansvarskedjor.

inbegripet skatter och avgifter, leveranskostnader, sättet för betalning och för leverans eller fullgörande på annat sätt, ångerrätt, kostnaden för att ett medel för distanskommunikation används, om inte kostnaden är beräknad efter normaltaxa, den tid under vilken erbjudandet gäller och avtalets kortaste löptid, om avtalet avser återkommande leveranser av varor eller avser en tjänst som utförs fortlöpande. Enligt förslaget till e-handelslag skall tjänsteleverantören i samband med tjänsten ge information om organisationsnummer, registreringsnummer för mervärdesskatt och behörig tillståndsmyndighet. Anger tjänsteleverantören priser skall dessa anges klart och otvetydigt; jfr prisinformationslagen. Vid annonsering, skyltning och liknande marknadsföring beträffande kredit skall näringsidkare vidare, enligt 6 § KkredL, lämna information om den effektiva räntan för krediten och om det är fråga om kredit för förvärv av en särskild vara, tjänst eller annan nyttinghet, skall även kreditkostnaden och kontantpriset anges. Ytterligare uppgiftskrav tillkommer om kreditavtalet innebär en rätt för kredittagaren att fortlöpande utnyttja ett kreditutrymme. BBS-lagen föreskriver att information skall lämnas om i vilken utsträckning inkomna meddelanden blir tillgängliga för andra användare.

När dessa informationsskyldigheter ”staplas” på varandra blir behovet av avgränsningar uppenbart. Redan mängden av uppgifter kan göra materialet svårtillgängligt och om informationen ges i form av ett klickbart fält, som finns tillgängligt t.ex. längst ned på varje webbsida som hör till en webbplats, och leder till en gemensam sida med information kan tydliga avgränsningar leda till komplexa sammanställningar av uppgifter och hänvisningar till olika webbsidor eller kanske rent av delar av webbsidor.²³ Om informationen istället ges på olika webbsidor uppkommer frågan om vilken information som skall finnas var. Skall upplysningar som rör

- elektronisk handel, ges på varje webbsida med funktioner som omfattas av föreskrifterna i distansavtalslagen och e-handelslagen,
- meddelandeväxling som omfattas av BBS-lagen, ges på varje webbsida med funktioner för chat o.l.,
- insamling av personuppgifter, ges på varje webbsida där sådan insamling kan initieras,
- krediter och andra finansiella tjänster, ges enligt KkredL och annan tillämplig näringsrättslig reglering på varje webbsida som innehåller sådana uppgifter,
- databaser enligt YGL, ges för varje webbsida med anknytning till tillhandahållandet av en sådan databas (jfr webbsidor som skyddas enligt TF)?

Möjligen kan den bedömningen göras att lagstiftaren beträffande distansavtalslagen, e-handelslagen, BBS-lagen och YGL:s databasregel tänkt sig att informa-

²³ Här kan nämnas det som stod att läsa under rubriken ”Ang. informationssamhället” i Göteborgs Postens ”P.S.”. – Vi går ut med alldeles för mycket information! – Ajajaj! Det måste vi genast informera om!

tionsskyldigheten skall fullgöras på väl synlig plats på en webbsida, utan att gå närmare in på de gränsdragningssvårigheter som kan uppkomma i anknytning till portaltjänster och andra webbplatser där många funktioner samsas. Vissa praktiska frågor har dock uppmärksammats. Beträffande e-handel där mobil utrustning används som terminaler har uttalats att det inte alltid kan krävas att informationen finns omedelbart tillgänglig "på skärmen" och lämnas vid samma tillfälle och med samma teknik som den med vilken beställningen görs.²⁴

Föreskrifter om informationsskyldighet enligt PUL, KkredL, marknadsföringslagen och näringsrättsliga regler på det finansiella området synes ha kommit till utan en tanke på var informationen skall göras tillgänglig i anknytning till portaltjänster på Internet. Uppgiftsplikten har istället sannolikt uppfattats som en del av en fysisk eller juridisk persons verksamhet i en mer allmän mening.

Skall de praktiska komplikationerna hanteras på motsvarande sätt som när det enligt 5 § marknadsföringslagen föreskrivs att det tydligt skall framgå vem som svarar för marknadsföringen? Denna bestämmelse har tolkats så att enbart ett varumärke i undantagsfall kan godtas om det är väl etablerat bland konsumenterna. Bör detta synsätt utvidgas i anknytning till Internet och anses gälla generellt för t.ex. distansavtalslagen, e-handelslagen och BBS-lagen så att den juridiska personen inte behöver pekas ut på ett otvetydigt sätt eller så att det räcker att t.ex. en koncern pekas ut?

Finansiella tjänster – ett exempel

Tillförlitliga betaltjänster är av avgörande betydelse för elektronisk handel. Exempel på portaltjänster där det kan ifrågasättas vem som gör vad och "var" samt vilka aktiviteter som omfattas av regler om tillstånd och tillsyn kan hämtas från bankvärlden.

Bankrörelse skall, med undantag för uttag från konto utan bankbok, drivas av bankens egen personal och i bankens egna lokaler. Vissa tjänster, t.ex. betalningsförmedling, får emellertid efter tillstånd från Finansinspektionen tillhandahållas genom ombud, utanför bankens lokaler, förutsatt att banken svarar för verksamheten mot kunderna och att verksamheten bedrivs under kontrollerade och säkerhetsmässigt betryggande former (2 kap. 3 a § bankrörelselagen). Denna detaljreglering ifrågasattes av flera tunga remissinstanser (se prop. 1995/96:74 avsnitt 7.3.1). Man skulle nästan kunna tro att de redan år 1995 förutsåg den snabba utvecklingen av bank på Internet.

Ett sätt att förena portaltjänster med lagtexten är att, i enlighet med Finansinspektionens uttalanden i promemorian FI:s syn på Internettjänster (Dnr 01-876-301), hävda att Internet som kommunikationssätt medför att transaktioner som

²⁴ Lagrådsremiss den 7 februari 2002 till e-handelslag, avsnitt 7.5.2 och specialmotiveringen till 11 §.

tidigare genomfördes av de finansiella företagen *utförs av kunden*; de kontroller som kassapersonal tidigare utförde görs i IT-systemen. Därmed kan hävdas att banken bedriver *sin* verksamhet på föreskriven plats om datorer och andra tekniska hjälpmedel finns i bankens lokaler, där kunden "möts" elektroniskt. Genom tillstånd från Finansinspektionen att outsource IT-funktioner kan utrustningen placeras på säkrare plats, men lägg märke till att tillstånd enligt ordalydelsen i 2 kap. 3 a § bankrörelselagen för att bedriva bankens verksamhet på annan plats avser att *tillhandahålla tjänster genom ombud*. De teorier som förts fram om att se datorn som någon slags mellanman har mött ett svalt mottagande och det framstår som främmande att tänka sig ett tillstånd av Finansinspektionen där ett informationssystem anges som ombud i lagens mening. Dessutom kvarstår att bedöma var "bankens cyberspace" finns, sett med utgångspunkt från reglerna om platsen för verksamheten. Skall reglerna, i IT-miljö, endast anses gälla för datorer och andra fysiska föremål eller skall bankens webbsidor – där det är möjligt att utföra betydande finansiella tjänster och att lämna omfattande och specialiserad information – ses som bankens virtuella lokaler?

Detta kan exemplifieras med en affärsbanks portaltjänst där kunden kan logga in via bankens webbadress under toppdomänen ".se" men, vid viss användning, omdirigeras till en webbadress under toppdomänen ".fi". I övrigt ger domänadressen och webbsidorna intryck av att höra till samma webbplats. Någon fullständig firma för en bank synes emellertid endast anges under toppdomänen ".se" där uppgift om copyright lämnas, inte under t.ex. länken "Om banken". Syftet bakom denna "avidentifiering" är sannolikt att få koncernen att framstå som en enhet. Av en promemoria från Finansinspektionen om outsourcing framgår emellertid att tillstånd krävs för att lägga ut verksamhet även inom en koncern.²⁵ Denna promemoria speglar dock i övrigt en betydligt liberalare och mera realistisk syn än lagtexten på IT-verksamhet som bedrivs med hjälp av underleverantörer på annan plats än i bankens lokaler och med annan personal. Möjligen kan detta bero på att Finansinspektionens promemoria skrivits för tillståndspliktiga företag i stort, inte bara för banker. I promemorian (avsnitt 3.1) sägs nämligen att det redan av lag framgår att vissa verksamheter måste bedrivas av det företag som fått tillstånd. Sammanfattningsvis kan konstateras att bankrörelselagens regler om plats, knutna till "tjänster" som tillhandahålls genom "ombud", i sådan mån avviker från dagens tillämpningar för bl.a. bank på Internet att de framstår som otidsenliga.

²⁵ Finansinspektionens promemoria angående inspektionens preliminära inställning till tillståndspliktiga företags möjlighet att lägga ut delar av den verksamhet som står under tillsyn (outsourcing), senast uppdaterad 2001-10-04. Där anges att promemorian utgår från att det företag till vilket verksamhet skall läggas ut är en självständig juridisk person oavsett om företaget ingår i en koncern men att synsättet av praktiska skäl torde skilja sig väsentligt mellan att lägga ut verksamhet inom eller utom en koncern.

Nästa fråga är vilka verksamheter en bank får bedriva utöver den obligatoriska inlåningen på konto (2 kap 1 § bankrörelselagen). En detaljerad uppräknings av tillåtna verksamheter finns i 2 kap 2 § bankrörelselagen. Uppräkningen är emellertid inte uttömmande. Verksamheter som har ett naturligt samband med inlåning eller med uppräknade verksamheter är också tillåtna. Även i denna del kan exempel hämtas från en affärsbanks portal med ingångar till funktioner utöver sedvanliga banktjänster. Webbsidorna rymmer bl.a. en "marknadsplats" som enligt uppgifter på webbsidorna sköts av banken så att Internetbutiker "säljer sina produkter på marknadsplatsen". Banken erbjuder härvid s.k. direktbetalningar och uppmanar sälj företag att marknadsföra sin webbutik via bankens marknadsplats. Så sker också i betydande omfattning. På en webbsida rubricerad med det gemensamma kännetecknet i koncernbankernas firmor erbjuds t.ex. "mirakelpåsar" med vete, som sägs lindra smärta och spänningar. Den som klickar för att köpa påsen länkas till sälj företagets webbplats, där betalningar via banken anges som ett betalningssätt, i förening med en länk till bankens webbsida för sådana transaktioner.

Om banken skulle tillhandahålla delar av ett traditionellt torg med reklam för vissa varor och betaltjänster synes verksamheten inte kunna rymmas inom den uppräknings av verksamheter som ges i 2 kap. 2 § bankrörelselagen och ett naturligt samband med någon av de uppräknade verksamheterna torde inte heller föreligga. Frågan blir vari det naturliga sambandet består när banken vidtar motsvarande åtgärder via sin portaltjänst. En annan fråga är vem som i marknadsföringslagens mening skall anses svara för marknadsföringen av t.ex. mirakelkuddarna via bankens webbsida. Näringsidkare som inte står under tillsyn men vill tillhandahålla betaltjänster via Internet väljer vanligtvis en verksamhetsform som undgår den näringsrättsliga skyddsregleringen; t.ex. att avskilja betalarens och mottagarens medel enligt lagen (1944:181) om redovisningsmedel eller att endast ge kredit viss kortare tid.²⁶ Exemplet ovan kan möjligen ge intryck av att reglerade institut på motsvarande sätt tänjer gränserna för vilken verksamhet som får bedrivas när tjänster tillhandahålls "på nätet".

Webbplatser, aktörer och tillämpningsområden – ett exempel

En vanlig modell för e-handel bygger på en välbesökt portaltjänst som gör reklam för olika sälj företags varor och tjänster och länkar till respektive sälj företags webbplats, ofta kallad nätbutik, där sälj företaget ytterligare beskriver sina varor och tjänster och tillhandahåller funktioner för avtalsslut. Sälj företaget, som innehar nätbutiken, och portalföretaget, som innehar portaltjänsten, kan antingen

²⁶ Se regeringens beslut 4/1981-Amexco (se SOU 1994:66 s. 241 f. och 252 f.) av vilket följer att betalningsansånd i samband med betalkortsverksamhet inte ansetts vara kreditgivning.

ha avtalat om att portalföretaget skall marknadsföra nätbutiken via sin webbplats eller att portalföretaget skall upplåta ”plats” – en hel eller en del av en webbsida – åt ägaren av nätbutiken.²⁷ Frågan är vilken betydelse dessa bakomliggande juridiska konstruktioner får för vem som skall lämna information och för vem som anses vara ansvarig.

För att distansavtalslagen skall bli tillämplig krävs ett ”av näringsidkaren organiserat system” för att sluta distansavtal (1 §). Sannolikt kan begreppet ”system” inte tolkas som en enda webbsida eller webbplats utan får förstås i en mera abstrakt mening som inte torde hindra att det ingår en webbplats där marknadsföring sker och en annan webbplats där avtal sluts. Vid en tillämpning av bestämmelsen i 9 § distansavtalslagen, enligt vilken ”näringsidkaren”, vid marknadsföring som syftar till distansavtal, skall ge viss information, uppkommer frågan om begreppet ”näringsidkare” kan syfta på olika juridiska personer vid marknadsföring via en webbplats respektive avtalsslut via en annan webbplats. Avser regleringen i 9 § den som utför marknadsföringen eller den vilkens varor marknadsförs (jfr 10 § om information som ”näringsidkaren” skall ge när ett distansavtal har ingåtts)? Definitionen i 2 § distansavtalslagen av näringsidkare – en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten – ger ingen ledning i denna del. Sannolikt skall distansavtalslagen förstås så att informationsskyldigheten gäller för den som marknadsför sina varor, ägaren av nätbutiken, inte för innehavaren av portaltjänsten; jfr marknadsföringslagen vilken främst torde ta sikte på den juridiska person som marknadsför sina varor och tjänster, inte den som innehar mediet. Vid sådana förhållanden saknar den juridiska konstruktionen – om innehavaren av portalen ”annonserar” eller upplåter ”plats” – betydelse. Istället kvarstår sådana närmast praktiska frågor som om ägaren av nätbutiken måste se till att information enligt föreskrifterna i distansavtalslagen förs in på den webbplats där marknadsföringen sker och om det räcker med en länk från denna webbplats till information på nätbutikens webbplats.

Motsvarande frågor uppkommer i anknytning till den föreslagna e-handelslagens delvis konkurrerande regler. E-handelslagen föreslås gälla för ”informationssamhällets tjänster” och i specialmotiveringen nämns marknadsföring som exempel på en sådan tjänst. Regleringen tar sikte på den som är ”tjänsteleverantör”, dvs. fysisk eller juridisk person som tillhandahåller någon av informations-samhällets tjänster. Lagmotiven ger ingen närmare ledning för att bedöma vem som är tjänsteleverantör i exemplet med nätbutiken. Så mycket kan emellertid utläsas att det är den som tillhandahåller en tjänst online – jfr BBS-lagen som gäller för den som tillhandahåller en elektronisk anslagstavla. Möjligen är det den

²⁷ Sannolikt är det samma person som i praktiken kommer att utföra arbetet med att lägga ut materialet på nätet oberoende av vilken den juridiska grunden för åtgärden är.

tjänsteleverantör som tillhandahåller online-tjänsten där marknadsföringen sker – dvs. innehavaren av portaltjänsten – som är informationsskyldig enligt e-handelslagen för marknadsföringen av nätbutiken och dess varor och tjänster. Skulle denna slutsats vara riktig, samtidigt som de konkurrerande reglerna i distansavtalslagen skulle gälla för innehavaren av nätbutiken där aktuella varor och tjänster säljs, kommer de lagreglerade kraven på information i dessa två lagar att leda till att två olika juridiska personers firma skall anges; dels tillhandahållaren av webbplatsen där marknadsföringen sker, dels det företag som innehar nätbutiken. Vidare synes detta innebära att valet av juridisk konstruktion (tillhandahållande av en tjänst för annonsering eller av plats på en webbsida) kan bli av betydelse för att bedöma vem som skall informera.

När en kund har ”lagt varor i sin korg” i en nätbutik anges ofta flera alternativa betalningssätt, t.ex. postförskott, kontokortsbetalning och direktbetalning eller en annan betaltjänst som har utformats särskilt för Internet. Dessa betaltjänster brukar tillhandahållas av andra företag, ofta av finansiella institut som står under Finansinspektionens tillsyn. Det är vanligt att någon eller några av dessa betaltjänster marknadsförs av nätbutiken på dess webbplats och i vissa fall även i portaltjänsten genom att betaltjänstens positiva egenskaper framhävs på nätbutikens/portaltjänstens webbplats i förening med en länk till betaltjänstföretagets webbplats där kunden kan registrera sig och betala för varor och tjänster. En fråga är om innehavarna av portaltjänsten och webbbutiken – i de fall där båda marknadsför den betaltjänst som tillhandahålls via betaltjänstföretagets webbplats – på sina respektive webbsidor skall lämna information enligt e-handelslagen i egen-skap av ”tjänsteleverantörer”.

För vissa aktörer som tillhandahåller elektroniska betaltjänster gäller dessutom regler om tillstånd och tillsyn på det finansiella området. Dessa regler torde emellertid inte vara direkt tillämpliga på de tjänsteleverantörer enligt e-handelslagen, näringsidkare enligt distansavtalslagen och tillhandahållare enligt BBS-lagen som innehar en webbplats via vilken de förmedlar en finansiell tjänst som någon annan tillhandahåller. Kraven på att lämna information²⁸ enligt den näringsrättsliga regleringen för finansiella institut gäller därmed för instituten och Finansinspektionens rätt att granska och vidta åtgärder synes gälla endast institut som står under tillsyn. Frågan blir därvid vilka krav instituten måste ställa på tillhandahållare av webbplatser m.m. via vilka institutens finansiella tjänster marknadsförs eller tillhandahålls.

Till detta kommer frågan om vem som skall anses vara personuppgiftsansvarig för den insamling och de andra behandlingar av personuppgifter som sker vid olika webbplatser; portaltjänsten, nätbutiken eller betalningsförmedlingsföretaget? Vem eller vilka är det som ensam eller tillsammans med andra bestämmer

²⁸ Jfr de synnerligen omfattande kraven för fondbolag, som är skyldiga att tillhandahålla en särskild informationsbroschyr (7 kap. Finansinspektionens föreskrifter; FFS 1997:11).

ändamålen med och medlen för behandlingen av personuppgifter som kunderna lämnar och vilka anses vara personuppgiftsbiträden? Den som är personuppgiftsansvarig måste vid insamling av personuppgifter informera om bl.a. sin identitet (23 och 25 §§ PUL). Hur skall det i dessa olika led av behandlingar, för marknadsföring, köpeavtal, betalning, leverans etc., kunna avgränsas och informeras om vem som ansvarar för vad?

Slutord

De berörda skyldigheterna att informera om vem man är m.m. framstår, när de betraktas var för sig, som välmotiverade. Detsamma gäller för de krav som lagstiftaren i övrigt ställer på den som bedriver verksamhet i IT-miljö. Exempelen ovan på informationsskyldigheter enligt olika regelverk och samverkan mellan olika juridiska personer och olika webbplatser visar emellertid att lagregleringen – när regelverken ”staplas” på varandra i den komplexa Internetmiljön – blir svår att tolka och avgränsa. Detta gäller särskilt i anknytning till sådana omfattande webbplatser där portaler utgör ingångssidor. Medan användarna ofta uppfattar de webbsidor som nås via en domänadress eller en portal, och de länkar som används för att t.ex. genomföra ett köp av en vara eller en tjänst, som en enda ”elektronisk plats”, krävs tydliga gränser mellan verksamheter och webbplatser för en rätt tillämpning av berörda regelverk.

Det skulle visserligen, i de beskrivna exemplen, kunna hävdas att termer som konvergensproblem och normkonflikter framstår som förskönande omskrivningar för en brist på ordning och reda som aldrig skulle ha godtagits i traditionell miljö där det brukar ses som självklarheter att man skall kunna skilja mellan verksamheter och ”platser”. Lagstiftaren har emellertid bidragit till gränsdragningsproblemen genom att införa direktiv efter direktiv i nationell rätt, huvudsakligen genom att översätta direktivtexterna. På så sätt har flera lager av delvis överlappande regelverk skapats. Det vore önskvärt att det nationella regelarbetet präglades av en större samsyn mellan olika områden och närmare genomlysning av konsekvenserna av nya regler för de verksamheter som har att samtidigt tillämpa regelverken.

Portaltjänsterna och de nya tillämpningar som växer fram aktualiserar också behovet av att beakta olika aspekter av digitaliseringen. I vissa fall ersätts ett visst fysiskt utrymme av en elektronisk motsvarighet; fysisk plats/webbplats, traditionell butik/nätbutik, postlåda/e-postlåda etc. I andra fall ersätts ett fysiskt föremål av ett elektroniskt; dokument/elektroniskt dokument, mynt/digital värdeenhets i ett e-penningsystem etc. Andra aspekter som behöver beaktas är skillnaden mellan regler om *viss information* i fysisk miljö (t.ex. offentlighetsinsyn i pappersarkiv, jfr insyn i elektroniska arkiv) och regler om *sättet för intrång* (t.ex. bestämmelser om straff för hemfridsbrott eller intrång i förvar, jfr dataintrång). Internet och portaltjänster kan varieras så att alla dessa olika funktioner aktualiseras i

elektronisk form. Lagstiftaren bör ha ambitionen att samla upp dessa frågor till breda och samordnade lösningar utan ”kvävande” detaljreglering. Frågan är emellertid hur detta skall bli möjligt med den utvecklingstakt som råder med Internet och World Wide Webb som drivfjäder.

* * *

Hans Petter Graver

Formålstjenlige privatrettslige former for
offentlig virksomhet

Formålstjenlige privatrettslige former for offentlig virksomhet

Av professor, dr. juris *Hans Petter Graver*, Norge
Universitetet i Oslo

Når man i dag skuer ut over det offentliges aktiviteter, er det ikke lett å angi noe kjennetegn som forener dem alle, og som er egnet til å skille dem fra private aktiviteter. Det offentlige er en stor markedsaktør og er involvert i alle faser av økonomien fra utviklingsarbeid, produksjon, distribusjon, transport, salg og innkjøp. Mye av denne virksomheten drives verken på grunnlag av en særlig offentligrettslig kompetanse eller innenfor et legalmonopol. I det følgende gir jeg en oversikt over forskjellige sider ved offentlig virksomhet hvor man kan tale om privatrettslige former. For det første ser jeg på organisasjonsformer. Deretter på de midler som benyttes som grunnlag for virksomheten. For det tredje behandler jeg samspillet mellom offentlige og private aktører, i det private aktører brukes som deltakere i gjennomføringen av offentlig politikk.

Offentligrettslige former skiller seg tradisjonelt fra privatrettslige former på en del vesentlige punkter. Offentlig virksomhet i klassisk forstand er underlagt politisk styring, og samtidig underlagt rettsstatens krav i form av "rule of law" dvs. krav til legalitet, offentlighet og formalisert saksbehandling. Skillet mellom privatrett og offentlig rett er ikke skarpt. Skillene mellom formene i offentlig rett og privatrett består likevel fortsatt i legalitetskrav, krav til saksbehandling og vurderinger. Privatrettslige former er imidlertid ikke uberørt av krav om legalitet, saksbehandling og rettslig prøving, som for eksempel selskapslovgivningen og lovgivning om forsikrings- og finansavtaler. Krav til måten en virksomhet drives på, fremsettes i stigende grad ut fra hva virksomheten omfatter og kretsen av interesser som berøres, snarere enn om den er offentlig eller privat. De utfordringer samfunnet generelt og rettsvitenskapen mer spesielt står overfor består i å utvikle styrings- og kontrollmekanismer til erstatning for de som følger av generelle forvaltningsrettslige regler og av konkurransen i markedet.

Hans Petter Graver er født 1955, ble cand. jur 1980, dr. juris 1986 og har siden 1993 vært professor i rettsvitenskap ved Universitetet i Oslo. Han har også arbeidet i forbruker- og administrasjonsdepartementet med regelforenkling og modernisering av staten og vært advokat hos regjeringsadvokaten. 2000–2002 var han faglig leder for ARENA, forskningsrådets program for europaforskning. Graver har publisert bøker og artikler innen forvaltningsrett, europarett, retts sosiologi og rettsteori.

1. Fra velferdsstat til markedsstat

Privatrettslige former for offentlig virksomhet? Offentlig virksomhet kjennetegnes bl.a. gjennom måten den adskiller seg fra privat virksomhet på. Den skjer innenfor en styringstruktur med hele samfunnet som virkefelt, innenfor offentlige

institusjoner og på grunnlag av særlige offentlige kompetanser. Ut fra dette skulle en anta at en virksomhet som antar privatrettslige former ikke lenger er offentlig. Men er det så lett ved nærmere øyensyn å se hva som kjennetegner offentlig virksomhet? Kanskje er det heller et trekk ved offentlig virksomhet i dag at den er "institusjonsforvirret".¹

Våre forestillinger om offentlig virksomhet er en følge av hvordan det offentlige oppgaver og virkemidler utvikler seg. Fra et rettslig utgangspunkt ser vi dette som utvikling av den offentlige rett. I løpet av de seneste tiår har vi sett en ny omvelting av forvaltningsretten. Mens midten av det tyvende århundre ga oss omdanningen fra rettsstatens til velferdsstatens forvaltningsrett, har siste del av det samme århundre gitt omdanningen fra velferdsstaten til markedsstaten. Hierarkisk styring med utspring i folkevalgte organer var et sentralt kjennemerke for velferdsstatens forvaltningsrett. Hovedtrekk ved markedsstatens forvaltningsrett er desentral, bruker- og markedsorientert opptreden med uavhengige organer som konfliktløserne.²

Denne omveltningen fører også med seg at organiseringen av forholdet mellom det offentlige og det sivile samfunn endrer seg. Et viktig trekk ved velferdsstaten var blandingsøkonomien og dens korporative trekk – den "nordiske modellen" – eller det som av Gudmund Hernes ble betegnet som "forhandlingsøkonomien og blandingsadministrasjonen".³ Blandingsøkonomien består av sameksistensen av offentlige og private bedrifter hvor det offentlige deltar i markedet for å fremme politiske mål som distriktspolitikk, forsyningspolitikk eller fordelingspolitikk bl.a. ved å påvirke strukturen i produksjonen. Betegnende for blandingsadministrasjonen var organisasjonenes deltakelse og innflytelse i offentlig styring gjennom deltakelse i styrer og råd, utøvelse av delegerte oppgaver og gjennom offentlige høringsprosesser.⁴ De senere år har vi sett endringer og nedbygginger i organisasjonenes direkte deltakelse i forberedelse og iverksettelse av offentlige vedtak.⁵ Demokratisk deltakelse er også i ferd med å ta nye former både ved at forvaltningen er blitt mer åpen og at kontakt etableres direkte med dem som berøres uten

¹ Johan P. Olsen, Offentlig styring i en institusjonsforvirret tid, *Nytt Norsk Tidsskrift* Nr. 1 1998 s. 7–20.

² Se nærmere Hans Petter Graver, Mellom individualisme og kollektivism – forvaltningsretten ved inngangen til et nytt århundre.

³ Gudmund Hernes, *Forhandlingsøkonomi og blandingsadministrasjon*, Oslo 1978.

⁴ Se Trond Nordby, *Korporatisme på norsk 1920–1990*, Oslo 1994.

⁵ Se for Norge Tom Christensen og Morten Egeberg (red.), *Forvaltningskunnskap*, Oslo 1997 s. 188–189 og Danmark Carsten Henriksen, *Offentlig forvaltning lærebog i forvaltningslære*, København 1999 s. 298–299. I Sverige ble nedbyggingen konkret synliggjort gjennom at Svenska Arbetsgivarforening i 1991 formelt dro sine representanter ut av de sentrale embetsverkenes styrer, se Bo Rothstein og Jonas Bergström, *Korporatismens fall och den svenska modellens kris*, Stockholm 1999. Nordby derimot er mer tvilende til om det har skjedd en nedbygging av korporatismens grunnleggende trekk, se Nordby op.cit. s. 146.

å gå gjennom organiserte interesser.⁶ Det er sagt at velferdsstaten omformet grupper til pressgrupper og organisasjoner til politiske organisasjoner. I samme ånd kan det sies at markedsstaten har omformet borgere til opinion og parter til brukere og klienter.

Det er mange årsaker til de omveltninger som skjer. Dels er de en følge av endringer i forholdet mellom stat og marked og en økende grad av markedsorientering av samfunnet. Viktig er også den internasjonale påvirkning, ved at økonomien globaliseres og ved at forvaltningen påvirkes av ideer og krav fra andre land. Hos oss er EU en viktig formidler og pådriver som er særlig viktig på grunn av betydningen av rettslige virkemidler i den europeiske integrasjonsprosess.

Stilisert sett kan det skilles mellom offentlig og privat virksomhet langs en rekke dimensjoner. Offentlig virksomhet bedrives på grunnlag av den særlige heteronome offentlige kompetanse – befalingsmakten – som ikke tilkommer private. Relasjonene mellom objekter og subjekter innen myndighetsutøvelsen, mellom myndigheter og borgerne er vertikale, til forskjell fra de horisontale som kjennetegner privatretten. Selv arbeidsgiverens styringsrett forutsetter jo en arbeidsavtale hvor arbeidstakeren underkaster seg arbeidsgiverens ledelse.

Offentlig virksomhet angår normering av samfunnets ulike aktiviteter, fordeling av goder og byrder i samfunnet, kontroll med overholdelse av regler som innebærer bl.a. dømmende og fullbyrdende virksomhet, samt forsvar av samfunnet mot indre og ytre trusler. Siden også private kan normere, kontrollere, håndheve og tilby sikkerhet, er kjennetegnet på at virksomheten er offentlig særlig at den bedrives av offentlige organer i offentligrettslige former.

Offentligrettslige former skiller seg tradisjonelt fra privatrettslige former på en del vesentlige punkter. Offentlig virksomhet i klassisk forstand er underlagt politisk styring, og samtidig underlagt rettsstatens krav i form av "rule of law" dvs. krav til legalitet, offentlighet og formalisert saksbehandling. Beslutningstakerne er enten demokratisk valgt, oppnevnt av valgte organer på politisk grunnlag eller ansatt på grunnlag av objektive kriterier. Privatrettslige relasjoner bygger grunnleggende sett på markedsaktørenes autonomi og avtalefrihet både i forhold til hverandre og i forhold til andre. Selv om de fleste privatrettslige rettsområder både formelt og reelt avviker fra et slikt bilde, er det likevel store forskjeller mellom offentligrettslige og privatrettslige formers grunntrekk.

Offentlig virksomhet står til ansvar overfor representative politiske organer. Markedet er dessuten koblet ut ved at store deler av det offentliges virksomhet har vært formelt monopolisert. Dette gjelder ikke bare de klassiske øvrighetsoppgaver som politi og forsvar, men har også i stor grad vært tilfellet for den store tjenesteytende sektor som vokste frem med velferdsstaten innen bl.a. samferdsel-

⁶ Se Erik Oddvar Eriksen og Marit Skivenes (red.), *Deliberasjon og demokrati*, LOS-senter Rapport 0112 – Bergen 2001.

og sosial- og helsesektoren. I noen tilfelle har monopolet vært begrunnet i hensynet til orden og sikkerhet, i andre tilfeller i det offentliges inntjening gjennom sportler og vederlag. Senere har hensynet til måten virksomheten utøves på for å sikre bl.a. fordelingsrettferdighet og samsvar med andre offentlige prioriteringer kommet til.

I dag skiller offentlig virksomhet seg ofte fra dette bildet. Befalingsmakten er ikke lenger så selvsagt som grunnlag for lydighet. Stadig flere hevder at effektivitet, legalitet og formell korrekthet ikke er tilstrekkelig til å kreve underkastelse, men at legitime er bare de beslutninger som kan aksepteres, eller i det minste ikke forkastes, i en fri debatt.⁷ Offentlig ansvar og drift er heller ikke selvsagt som grunnlag for kvalitet og rettferdighet. Tvert imot hevdes det som regel nå at markedet er mer egnet til å fremskaffe den ønskede kvalitet med minst mulig ressursinnsats, uten skjulte overføringer (krysssubsidiering) fra en aktivitet til en annen.⁸ Offentlig virksomhet er med andre ord under press, både i retning av legitimering i den offentlig opinion og i retning av effektivisering i markedet. Felles for begge disse tendenser er at de trekker bort fra det klassiske byråkrati som idealtype.

Når man i dag skuer ut over det offentliges aktiviteter, er det ikke lett å angi noe kjennetegn som forener dem alle, og som er egnet til å skille dem fra private aktiviteter. Det offentlige er en stor markedsaktør og er involvert i alle faser av økonomien fra utviklingsarbeid, produksjon, distribusjon, transport, salg og innkjøp. Mye av denne virksomheten drives verken på grunnlag av en særlig offentligrettslig kompetanse eller innenfor et legalmonopol.

I avgrensningen av offentlig virksomhet, kan man ta et funksjonelt, strukturelt eller prosessuelt perspektiv.⁹ Det funksjonelle tar utgangspunkt i om virksomheten er konkurranseutsatt eller finansiert over offentlige budsjetter, det strukturelle i organisatorisk tilknytning og det prosessuelle i tilknytningen til offentlige beslutningsprosesser. En slik tilnærming innbyr ikke til skarpe avgrensninger. På mange områder drives privat aktivitet med betydelig offentlig finansiering. Det offentlige deltar på eiersiden ikke bare i regulær næringsvirksomhet, men i betydelig grad også i aktiviteter som tjener almene formål. Politisk styring og markedsstyring går på tvers av skiller trukket ut fra finansiering og eierskap, og er i seg selv ofte et spørsmål om grader snarere enn enten/eller.

Skillet mellom privatrett og offentlig rett er heller ikke skarpt.¹⁰ Skillene

⁷ Se for eksempel Erik Oddvar Eriksen, *Hvorfor deliberativt demokrati?* ARENA Working Paper 15/2001, også tilgjengelig via ARENAs hjemmeside <http://www.arena.uio.no/>

⁸ Se for eksempel *Monopoler for fall* Europeiske liberaliseringsprosesser og forvaltningsreformer, Statkonsult, Oslo 2001 s. 14–15.

⁹ Se nærmere Carsten Henriksen, *Offentlig forvaltning lærebog i forvaltningslære*, København 1999 kap. 3.

¹⁰ Se for en diskusjon Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle, *Indledning* i Basse og Zahle (red.) *To reguleringstraditioner Om sondringen mellem offentlig ret og privat ret*, Århus/København 1996.

mellom formene i offentlig rett og privatrett består fortsatt i legalitetskrav, krav til saksbehandling og vurderinger. Privatrettslige former er imidlertid ikke uberørt av krav om legalitet, saksbehandling og rettslig prøving, som for eksempel selskapslovgivningen og lovgivning om forsikrings- og finansavtaler. Krav til måten en virksomhet drives på, fremsettes i stigende grad ut fra hva virksomheten omfatter og kretsen av interesser som berøres, snarere enn om den er offentlig eller privat. Et ferskt eksempel finnes i det norske forslaget til lov om miljøinformasjon som inneholder forslag til regler om rett til å kreve miljøinformasjon både hos private som for eksempel jordbrukere så vel som industribedrifter og hos offentlige organer.¹¹

Slike forhold innebærer at selve problemstillingen "privatrettslige former for offentlig virksomhet" i seg selv inneholder en rekke uavklarte spørsmål. Det er til dels uklart hva som er privatrettslige former og til dels uklart hva som er offentlig virksomhet.

I det følgende gir jeg en oversikt over forskjellige sider ved offentlig virksomhet hvor man kan tale om privatrettslige former. For det første vil jeg se på organisasjonsformer. Deretter vil jeg se på de midler som benyttes som grunnlag for virksomheten. For det tredje vil jeg se på samspillet mellom offentlige og private aktører i det private aktører brukes som deltakere i gjennomføringen av offentlig politikk. Avslutningsvis vil jeg peke på enkelte generelle trekk og utfordringer knyttet til det forhold at privatrettslige former for offentlig virksomhet gjerne innebærer en frikobling både fra forvaltningsrettslig styring og markedsmekanismens økonomiske disiplin.

2. Organisering

En viktige gruppe privatrettslige former for offentlig virksomhet er bruk av privatrettslige organisasjonsformer. Den klassiske organisering av offentlig virksomhet er forvaltningsorganet. I en rekke tilfeller organiseres offentlig virksomhet utenfor denne formen. Dette er mest aktuelt når virksomheten i hovedsak består i annet enn offentlig myndighetsutøvelse. Aktuelle organisasjonsformer er rene privatrettslige former som aksjeselskap og stiftelser, men også organisasjonsformer som er spesialdesignet for offentlig virksomhet, i Norge statsforetak og såkalt særlovsselskap. Disse spesialutviklede organisasjonsformene er basert på privatrettslige selskaper, men med tilpasninger som er ansett nødvendige for offentlig virksomhet så som økonomisk ansvar og politisk styring.

Bruk av privatrettslige organisasjonsformer er ikke noe utpreget nytt fenomen. Den utbygging som skjedde etter siste verdenskrig som ledd i den statlige industripolitikken benyttet i stor grad aksjeselskapsformen som organisasjons-

¹¹ NOU 2001: 2 Retten til miljøopplysninger.

formen for det statlige engasjement, med etablering eksempelvis av Norsk Jernverk og Årdal Verk. Også særlovsformen ble benyttet, som for eksempel lov om Kongsberg Våpenfabrikk og Raufoss ammunisjonsfabrikk av 1947 og Norges kommunalbank av 1949.

Fra slutten av 1980-tallet skjøt endringer i organisasjonsformer for offentlig virksomhet på ny fart. Denne gang var det snakk om en ny type begrunnelse, hvor konkurranse og markedstilpassing på så mange offentlige styrings- og forvaltningsfelt som mulig ble et mål. De styringsmodeller som sto sentralt var hentet fra privat sektor; aksjeselskap, managementtenking og konsernmodeller med omorganiseringen av teleforvaltningen som et typeeksempel.¹² Viktige trekk i senere organisasjonsendringer har vært å løse opp i bindingene til sentrale myndigheter særlig for forretningsdrivende enheter samt rendyrking av organsiasjonsformer der forvaltningsmessige og kontrollerende funksjoner blir værende i sentraladministrasjonen mens forretningsmessige deler blir skilt ut til selskap.¹³

Synet på hva som er en hensiktsmessig organisasjonsform for offentlig virksomhet henger sammen med den generelle forvaltningspolitikken. I den første tiden etter krigen vektla man teknisk rasjonalitet og effektivitet og organisering for å fremme forretningsmessige og raske avgjørelser. Et skifte kom etter Kings Bay ulykken, gruveulykken på Svalbard i 1962, som førte til regjeringskrise i Norge i 1963. Ulykken og den politiske oppvasken etter denne førte til at tradisjonelle saksbehandlingsrutiner med vekt på kontroll, ansvarlighet, regelstyre og klare ansvars- og autoritetslinjer fikk større vekt. Forvaltningsreformbølgen som startet på 1980-tallet vektla målstyring og resultatorientering og en øket vekt på markedet. Denne tendensen er blitt forsterket gjennom 1990-tallets liberalisering og markedsorientering innenfor viktige sektorer innen energiforsyning, kommunikasjon og samferdsel som elektrisitetsforsyning, petroleumsutvinning, posttjenester, telekommunikasjon, kringkasting, luftfart og jernbane.

EU er en viktig pådriver i dette bildet. I utgangspunktet er traktatverket nøytralt i forhold til spørsmålet om offentlig drift og offentlig eierskap over kommersielle aktiviteter, se art. 295 som slår fast at "De ejendomsrettlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af denne traktat" (art. 125 EØS). I den utstrekning det offentlige driver kommersiell aktivitet eller øver innflytelse på virksomheter som driver kommersiell aktivitet krever likevel art. 86 EF (art. 59 EØS) at konkurransen ikke vrís eller påvirkes i strid med art. 81 og 82.¹⁴ Samtidig er adskilte

¹² Se Richard Hodnefjell, Statlige Fristillinger En studie av tilknytningsformer og strukturelle endringer i statlige virksomheter i perioden 1947–2000 LOS-senter Rapport 0110 – Bergen 2001 s. 64.

¹³ Hodnefjell op.cit. s. 149.

¹⁴ Se for en oversikt Jens Fejø, EU-konkurrenceret, 2. udg., København 1997 kap. IV. Et eksempel som gir en god illustrasjon er EF-domstolens dom i sak C-55/96 Job Centre coop. arl. Saml. 1997 side I-7119. Her ble det avgjort at et lovmessig forbud mot en aktivitet som det offentlige forholder seg til (arbeidsformidling) utgjør misbruk av dominerende stilling når "De offentlige arbeidsformidlingskontorer er klart ikke i stand til for alle slags virksomhed at imødekomme efterspørsglen på

offentlige enheter "virksomheter" i forhold til art. 87 slik at statsstøttereglene kommer til anvendelse.¹⁵ Det betyr at den konkurranseutsatte delen av virksomheten må holdes økonomisk adskilt fra de offentlige budsjetter, noe som selvsagt fremmer en markedstilpasset organisering av virksomheten. Innenfor de liberaliserte sektorer som samferdsel og tele har dessuten EU drevet omorganisering av forvaltningen frem gjennom direktiver som krever avskaffelse av offentlige monopoler og organisering av virksomhet uavhengig av offentlige myndighetsfunksjoner.¹⁶

Når det gjelder den nærmere utforming av måten å organisere offentlig virksomhet på utenfor forvaltningen, er utgangspunktet at organiseringen skal avspeile om selskapets virksomhet skal ivareta viktige samfunnsmessige oppgaver eller om det i hovedsak skal drive forretning. Hva som er en hensiktsmessig organisering er således avhengig av virksomhetenes rolle og plass i den offentlige politikk, og de aktiviteter den utøver. Ifølge gjeldende forvaltningspolitiske retningslinjer i Norge (St. meld. nr. 35 1991–92 Om statens forvaltnings- og personalpolitikk) bør *"statlig engasjement i næringsvirksomhet uten at det foreligger spesielle sektorpolitiske hensyn, organiseres som aksjeselskap"*, mens statsforetak anbefales *"dersom et statlig engasjement i forretningsmessig virksomhet også er et virkemiddel for å realisere sektorpolitiske mål"*.¹⁷

Praksis viser likevel relativt lite samsvar mellom de forvaltningspolitiske retningslinjer og valg av organisasjonsform. Et slående trekk er at særlov og sektorspesifikke løsninger ofte velges i større utstrekning enn de generelle retningslinjer ideelt sett åpner for. Årsakene til det manglende samsvar mellom generelle retningslinjer og praktisk gjennomføring kan med Johan P. Olsen grupperes i tre: Dels at hver store reformbølge anbefaler sin egen "universalmedisin", dels at de fleste reformer som blir gjennomført er sektor- og institusjonsspesifikke og dels at reformer sjelden fører til at gamle styrings- og organisasjonsprinsipper blir helt forenklede.¹⁸ Livets vitnesbyrd maner til tilbakeholdenhet med generelt å peke ut noen former som spesielt formålstjenelige fremfor andre. Det som med sikkerhet kan sies er at dette endrer seg over tid med nye ideologier og krav, og må ses i forhold til de konkrete oppgaver som skal løses.

arbejdsmarkedet; Private selskabers arbejdsformidlingsvirksomhed gøres faktisk umulig ved opretholdelsen af lovbestemmelser, der indeholder et forbud mod en sådan virksomhed, der er sanktioneret ved strafferetlige og administrative sanktioner; Den pågældende arbejdsformidlingsvirksomhed vil kunne omfatte andre medlemsstaters statsborgere eller områder." (premiss 38).

¹⁵ Se til illustrasjon EFTA-domstolens sak E-4/97 *Norwegian Bankers' Association mot EFTA Surveillance Authority* som dreide seg om Den Norske Stats Husbank og forholdet til art. 61 EØS.

¹⁶ Se for eksempel Kommisjonsdirektiv 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester (90/388/EØF) art. 2 og 7.

¹⁷ Sitert fra I godt selskap? Statlig eierstyring i teori og praksis, Statkonsult Rapport 1998:21 s. 7.

¹⁸ Johan P. Olsen, Offentlig styring i en institusjonsforvirret tid, Nytt Norsk Tidsskrift Nr. 1 1998 s. 12.

3. Virkemidler

En annen form for samspill mellom offentlig virksomhet og privatrettslige former er der privatrettslige virkemidler tas i bruk som ledd i offentlig virksomhet. Med privatrettslige virkemidler mener jeg her slike som kan disponeres i kraft av privatautonomien, dvs. faktisk og rettslig rådighet over eiendom og andre privatrettslige rettigheter. Her står vi overfor et spekter av ulike tilfeller fra situasjoner hvor det offentlige må dekke sine behov for arbeidskraft, varer og tjenester på markedet, hvor det offentlige bruker sin markedsrett til å gjennomføre eller styrke en bestemt politikk, hvor det offentlige bruker markedet som finansierings- og fordelingsmekanisme til der hvor offentligrettslige tiltak låner trekk fra privatrettslige institusjoner som avtalemekanismen. I siste gruppe faller både tilfeller hvor avtaleformen brukes som ledd i utøvelse av myndighet overfor private og der offentlige organer inngår avtaler med hverandre om fordeling og samordning av oppgaver og aktiviteter.¹⁹ I en egen gruppe faller bruk av avtaler i forbindelse med at private påtar seg å utføre bestemte offentlige oppgaver enten det er snakk om myndighetsutøvelse eller tjenester av almen betydning innen for eksempel helse-sektoren, energiforsyning eller avfallsbehandling. Spørsmål knyttet til dette behandler jeg nedenfor under overskriften bruk av private aktører i gjennomføring av offentlig politikk.

Sett fra en rettslig synsvinkel går det et hovedskille mellom offentlig bruk av privatrettslige former som ledd i utøvelsen av den private autonomi og som ledd i myndighetsutøvelse.²⁰ Hvor avtaleformen brukes som ledd i myndighetsutøvelse er det ikke sine privatrettslige rettigheter det offentlige rår over, men sin kompetanse til å utferdige pålegg eller gi fritak eller rettigheter til private. Typiske eksempler er avtaler knyttet til bruk av beskatningsmyndighet, bevilgningsmyndighet og reguleringsmyndighet og avtaler som knytter vilkår og plikter til tilde-ling av bevillinger og konsesjoner. De problemstillinger knyttet til avtaler om myndighetsutøvelse som særlig har vært diskutert i Norge, har vært spørsmålet om kravet til hjemmel for å inngå slike avtaler, og spørsmålet om det offentliges plikter skal bedømmes etter offentligrettslige eller privatrettslige regler.²¹ I det følgende går jeg ikke nærmere inn på myndighetsutøvelse og bruk av avtaler om denne, men holder meg til det offentliges bruk av ressurser og rettigheter på markedet med grunnlag i den private autonomi dvs. den alminnelige privatrettslige kompetanse.

¹⁹ Standardverket om rammene for den offentligrettslige kompetanse til å gi avtalemessige tilsagn om fremtidig myndighetsutøvelse og til å fatte vedtak i strid med slike tilsagn er i Norge Jan Fridthjof Bernt, *Avtaler med stat og kommune*, Bergen 1981.

²⁰ Se Lena Marcusson, *Avtal mellan det allmänna och enskilda* i Claes Sandgren (red.) *Utvecklingslinjer inom avtalsrätten*, Stockholm 1993 s. 51–64.

²¹ Se for en oversikt Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999 s. 229–248 med henvisninger.

I mange tilfelle kan det å bruke rene privatrettslige virkemidler og det å bruke myndighetsutøvelse være alternative måter å realisere politiske mål på. Dersom det offentlige ønsker en oppgave utført uten å gjøre det innenfor sin egen organisasjon, for eksempel å få dekket et transportbehov eller en renovasjonstjeneste innen en region, kan et alternativ være å spesifisere oppgaven og lyse den ut på anbud, dvs. kjøpe tjenesten av private operatører. Et annet alternativ kan være å tilby enerettigheter i det aktuelle markedet og gi konsesjon til en aktuell kandidat, dvs. bruk av klassisk offentlig myndighet. Konsesjonen kan tenkes gitt med det vilkår at et visst transportbehov eller en viss tjeneste blir dekket, eventuelt kombinert med offentlige tilskudd for å kompensere for den byrden som vilkåret representerer. Ofte brukes anbudsformen også i slike tilfelle, for å finne frem til en operatør som kan dekke behovet med lavest mulig offentlig tilskudd, se for eksempel tilfellet referert i Rt. 1998 s. 1398 Torghatten trafikksekselskap som gjaldt tildeling av konsesjon til å drive fergetrafikk.

Foruten den rettslige formen mellom det offentlige og den som utfører tjenesten, er det forskjeller mellom de to typetilfellene bl.a. i økonomisk risiko og ansvaret for tjenesten overfor mottakeren. Hvor det offentlige velger å løse en oppgave ved å kjøpe tjenester på markedet er det offentlige oppdragsgiver med ansvar for å definere tjenestens innhold og for at tjenesten holder det lovede nivå overfor mottaker. Viser det seg at tjenesten er utilstrekkelig for mottakerens behov, er dette en sak mellom det offentlige og almenheten. Spørsmålet om tjenestetilbudet er tilstrekkelig vil ofte først og fremst være et politisk spørsmål. Den som utfører oppdraget har bare ansvar for at oppdraget slik det er spesifisert blir utført. I det andre typetilfellet innskrenker det offentliges rolle seg til å sette rammevilkår. Det er konsesjonshaveren som styrer virksomheten innen disse rammene, har den fulle økonomiske risiko for den og kontraktsrettslig ansvar overfor mottakeren.

Hvorvidt mottakeren av tjenesten må forholde seg til et offentlig organ som yter tjenesten ved hjelp av private leverandører eller til et privat rettssubjekt som yter en tjeneste på grunnlag av en offentlig konsesjon vil således lett få betydning for tjenestemottakerens rettsstilling. Der det er det offentlige som leverer, vil andre synspunkter enn rent kontraktsrettslige påvirke bedømmelsen, selv der hvor ytelsen ytes av det offentlige mot betaling. Fra norsk praksis kan nevnes dommen i Rt. 1991 s. 858. En mor gikk til sak mot kommunen og krevde med grunnlag i reglene om kontraktsansvar erstattet det inntektstap hun hadde lidd ved at barnehagen hvor hennes barn hadde plass, måtte holde stengt på grunn av personalmangel. Kommunen ble frifunnet med den begrunnelse at "Et ulovfestet objektivi ansvar for følgene av personalmangel i barnehagene ville etter min mening bryte med gjeldende erstatningsrett innen området for offentlige tjenesteytelser, og vil ha konsekvenser som det er vanskelig å overskue".²² Hvor det er et privat foretak

²² Se nærmere Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999 s. 97.

som står for ytelsen vil det derimot være kontraktsrettslige regler som må gjelde for bedømmelse av ytelsens omfang, kvalitet og regularitet i den utstrekning slike spørsmål ikke er regulert i offentlige regler.

Valg av form har også andre konsekvenser. Velges den privatrettslige veien med å kjøpe tjenesten i markedet, blir både fremgangsmåten og valg av kontraktspart definert av reglene om offentlige anskaffelser. Velges kombinasjonen av konsesjoner og vilkår faller tildeling av konsesjon utenfor de fellesskapsrettslige regler om offentlige anskaffelser. Eventuell kompensasjon eller vederlag som det offentlige i slike tilfeller yter for at virksomheten utfører ellers ikke lønnsomme tjenester i det offentliges interesse skal til gjengjeld behandles etter statsstøttereglene og er dermed gjenstand for melding og eventuell godkjenning av hhv. Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan før den kan iverksettes.²³

Endringer i valg av form som en offentlig tjeneste ytes i betyr ikke uten videre at det kan velges andre arbeidstakere til å utføre tjenesten så lenge det er samme tjeneste som ytes. Dette følger av reglene om virksomhetsoverdragelse med utgangspunkt i EFs rådsdirektiv 77/187/EØF om virksomhetsoverdragelser, se for norsk retts del Rt. 1997 s. 1954 om et kommunalt vedtak om opprettelse av en skolefritidsordning som skulle etterfølge et privat drevet fritidstilbud som måtte innstille på grunn av økonomiske problemer.²⁴ Endringer i formen kan på den annen side innebære at de ansatte må finne seg i at de ikke lenger har stilling i det offentlige, se avgjørelsene i Rt. 2000 s. 2047 og s. 2058. Hovedregelen er at de ansatte ikke kan velge å bli hos sin tidligere arbeidsgiver når en virksomhet overdras, men mindre endringen har så inngripende negative endringer for arbeidstakerne at det må gjøres unntak. Etter Høyesteretts praksis er det ikke nok at arbeidsplassene i det offentlige er tryggere fordi det offentlige generelt er en stor arbeidsgiver som har ordninger med omplassering ved overtallighet. Konsekvensen av overføring av en virksomhet fra offentlig til privat regi er med andre ord at arbeidstakerne som hovedregel følger med og at de mister sin ansettelse i det offentlige.

Det offentlige er en stor bruker av varer og tjenester som ledd i sin virksomhet. Etterspørselen dekker hele spekteret fra varer og tjenester i samfunnet til drift av offentlige kontorer så som energi, kontormateriell, it-tjenster etc. til anleggs-

²³ Se EF-domstolens dom i sak 156/77 Kommisjonen mot Belgia, Saml. 1978 s. 1881.

²⁴ Førstvoterende uttalte bl.a.: "Jeg nevner her særlig EF-domstolens dom i sak C-29/91 (691J0029), Redmondsaken (1992), hvor den sentrale omstendighet var en ensidig beslutning fra en kommune om å innstille økonomisk støtte til et fond som ytet hjelp til forskjellige kategorier rusmisbrukere. I stedet ble gitt tilsvarende støtte til et annet fond, som benyttet pengene i lignende hjelpearbeide. Domstolen svarte benektende på spørsmålet om «den omstændighed, at beslutningen om overførselen blev truffet ensidigt af den offentlige myndighed og ikke som et resultat af en aftale indgået mellem denne og de subsidierede fonde, indebærer, at direktivet ikke finder anvendelse i denne sag.» Jeg nevner videre at EF-kommisjonen har fremsatt forslag til endring av ordlyden i direktivets art 1, slik at den ikke bare dekker overføring som følge av overdragelse, men også i henhold til blant annet «administrativ foranstaltning»."

tjenester for utbygging av infrastrukturanlegg så som veier, tunneller og flyplasser. I 1995 var omfanget av offentlige anskaffelser i Norge ca 151,5 milliarder kroner. Statens andel av dette utgjorde ca 68,5 milliarder kroner.²⁵ Offentlige innkjøp av varer og tjenester er underlagt lov 1999-07-16 nr 69 om offentlige anskaffelser. Større anskaffelser er underlagt fellesskapsreglene om offentlige anskaffelser.²⁶

Flere rettslige problemer oppstår i de tilfeller der det offentlige ønsker å utnytte sin posisjon på markedet som kjøper, eier eller selger for å fremme andre enn rent kommersielle formål, sagt med andre ord å utnytte sin markedsrett som ledd i varetakelsen av offentlige hensyn. Under velferdsstatens glansdager var utnyttelsen av markedsrett en naturlig del av det register av styringsmidler det offentlige rådde over, for eksempel ved bruk av offentlige kontrakter for å støtte lokalt eller nasjonalt næringsliv, offentlig finansiering for å fremme bestemte næringer eller distrikter og mer generell bruk av offentlige investeringer og kontrakter som ledd i den økonomiske politikk.²⁷ Et av de siste eksempler fra Norge er statens bruk av sin rådgivning over petroleumsressursene og eierinnflytelse over de norske oljeselskapene til å koordinere gassalg som ledd i ressursforvaltningspolitikken for å sikre langsiktighet og lønnsomhet for bl.a. å kunne bygge ut marginale gassfelt i Nordsjøen.²⁸

I dag er både de politiske og rettslige rammebetingelser for denne type styring annerledes. Offentlige virksomheter er generelt underlagt reglene i traktaten om det europeiske fellesskap og EØS-avtalen, se hhv. art. 86 og 59. For offentlige monopoler gjelder særlige regler i art. 31 og 86 (art. 16 og 59 EØS). Reglene i traktatene gjelder dessuten selvfølgelig medlemsstatenes og EFTA-statenes opptreden qua myndigheter. Dette innebærer at offentlig virksomhet rent generelt er underlagt lojalitetsplikten, diskrimineringsforbudet og forbudene mot restriksjoner på utøvelsen av de fire friheter. Disse reglene setter derfor skranker for hvordan det offentlige kan utnytte sin ressurser, sin eierrådighet og sin avtalekompetanse.²⁹

For det første setter de visse absolutte forbud idet det offentlige ikke kan fremme en politikk eller foreta handlinger som utgjør en vilkårlig forskjellsbehandling. Sekundærretten setter også absolutte skranker for offentlig kontrollert virksomhet enten reglene er korrekt gjennomført i nasjonal rett eller ikke.³⁰

²⁵ NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser.

²⁶ Se nærmere for dansk rett sett i lys av fellesskapsreglene og WTO reglene Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, København 1998.

²⁷ Se for en oversikt Torstein Eckhoff, *Statens styringsmuligheter særlig i ressurs- og miljøspørsmål*, Oslo 1983.

²⁸ Se Are Brautaset, Eirik Høiby, Rune O. Pedersen og Christian Fredrik Michelet, *Norsk gassavsetning Rettslige hovedelementer*, Oslo 1998.

²⁹ Se nærmere Finn Arnesen og Hans Petter Graver, *Rettslige sider ved Norges EU-rettede avtaler, Makt- og demokratiutredningen rapport nr. 19*, Oslo 2000 s. 157–182.

³⁰ Se EF-domstolens avgjørelse i sak 152/84 *Marshall mot Southampton and Sout-West Hampshire Area Health Authority*, Saml. 1986 s. 723 og senere avgjørelser.

For det andre er det krav om at tiltak som innebærer restriksjoner på de fire friheter eller som påvirker konkurransen i strid med konkurransereglene må kunne begrunnes i bestemte, almene hensyn og ikke gå lengre enn det som er nødvendig (proporsjonalitet). For den typen av tiltak som anses som statsstøtte, er lovligheten av tiltaket dessuten avhengig av en forhåndsgodkjenning fra Kom-misjonen eller ESA.

For det tredje gjelder i en del tilfelle klare krav til organisering og saksbehand-ling av det offentliges opptreden for å sikre bl.a. offentlighet, like konkurranse-vilkår og klagemuligheter. Reglene om offentlige anskaffelser utgjør et klart eksempel på dette. Det kan diskuteres hvilke grenser, om i det hele tatt, reglene i seg selv setter for de hensyn som offentlige myndigheter kan fremme gjennom de ressurser som brukes på anskaffelser.³¹ Det er imidlertid helt på det rene at saksbehandlingsreglene fører til at dersom det blir gjort på gal måte, vil bruk av innkjøpsressurser for å fremme hensyn innen sosial-, miljø- eller kulturpolitikken være ulovlig. Et annet eksempel er det krav til organisering og transparens som følger av Kommissionens direktiv 80/723/EØF om gennemsikneligheten af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder.

De fellesskapsrettslige reglene setter derfor vesentlige begrensninger for offentlig intervensjon i markedet gjennom økonomiske midler og bruk av markeds-makt. Statsstøtte og offentlige innkjøp reguleres gjennom omfattende saksbehandlingsregler og materielle regler for den styring som kan godtas. Andre tilfelle av bruk av ikke-kommersielle vurderinger, i den utstrekning de ikke er utelukket gjennom sekundærregler, omfattes av traktatreglene om de fire friheter og konkurransereglene.

4. Bruk av private aktører

En tredje form for samspill mellom offentlig virksomhet og private virkemidler er hvor det offentlige overlater til private aktører å gjennomføre offentlige oppgaver. Vi kan her skille mellom utøvelse av forvaltningsmyndighet og utførelse av faktiske handlinger som ledd i gjennomføringen av offentlige målsettinger.

Utøvelse av forvaltningsmyndighet krever en offentligrettslig kompetanse fastsatt i lov eller i medhold av lov. I enkelte tilfeller er private gitt forvaltnings-myndighet direkte i lov. I Norge har vi særlig eksempler på dette i landbruks- og fiskeriforvaltningen hvor organisasjonene i primærnæringene ble gitt regule-rings- og fordelingsoppgaver overfor næringen.³² Fra svensk rett kan nevnes

³¹ Se for sosiale hensyn Kai Krüger, Ruth Nielsen og Niklas Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, København 1998 og for miljøhensyn Hans Petter Graver, *Miljøkrav etter den nye anskaffelsesloven*, Lov og Rett 2001 s. 131–151.

³² Se Eivind Smith, *Organisasjoner i fiskeriforvaltningen*, Oslo 1979.

organisasjonenes tildeling av mesterbrev til håndverkere.³³ Det finnes også eksempel på delegasjon av oppgaver fra forvaltningen til private aktører. I Norge har det vært en diskusjon om hvovidt delegasjon av forvaltningsmyndighet krever uttrykkelig lovhjemmel, eller om det følger av den alminnelige adgang til delegasjon som ligger i en kompetanse til å utøve offentlig myndighet.³⁴ For de tilfelle at private organer utøver forvaltningsmyndighet i form av å treffe vedtak i forvaltningsrettslig forstand, bestemmer forvaltningsloven § 1 og offentlighetsloven § 1 at lovene fullt ut kommer til anvendelse ("privat rettssubjekt regnes som forvaltningsorgan i saker hvor det treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift").

Klare eksempler på at private utøver forvaltningsmyndighet er avgrensede og få. Større betydning i praksis og adskillig mer uklarhet knytter seg til tilfelle hvor private utfører oppgaver som ledd i gjennomføringen av offentlige målsettinger. Vi ser eksempler fra stadig flere områder på at det offentlige overlater til private å utføre virksomhet innen kontroll, tjenester av almen økonomisk betydning og velferdstjenester innen utdanning, helse og omsorg. Et hovedskille går mellom situasjoner hvor et område liberaliseres og situasjoner der private trekkes inn i utførelsen av en oppgave. Med liberalisering sikter jeg til tilfeller der en tidligere offentlig regulering eller et tidligere monopol avskaffes og hvor oppgaver helt ut overlates til markedet uten annen styring enn den generelle regulering av markedet, eventuelt kombinert med sektorspesifikk regulering. Et eksempel fra alle de nordiske land er liberaliseringen av radio og TV. Selv om formidling av TV-sendinger tidligere var forbeholdt staten, er det neppe treffende å si at de private aktørene i dag gjør det på vegne av staten. I en rekke tilfeller derimot er situasjonen en annen. Oppgavene utføres av private aktører, men på vegne av det offentlige som for eksempel kommunale renovasjonstjenester eller som ledd i det offentliges politikk som for eksempel private helseinstitusjoner som opererer innenfor offentlige helseplaner og -tilbud.

Et eksempel på privat utførelse av offentlige kontrolloppgaver er den periodiske kontroll med kjøretøy som bygger på Rådskdirektiv 96/96/EF. I Norge er kontrollplikten gjennomført ved Forskrift om periodisk kontroll av kjøretøy av 12. desember 1997. Forskriften § 4 bestemmer at periodisk kontroll kan utføres av "kontrollorgan godkjent av vegkontoret".³⁵ Kontrollorgan skal rapportere resul-

³³ Se Lena Marcusson, Avgränsningen av myndighetsområdet och de rättsliga aspekterna vid överlåtelse av förvaltningsuppgifter till enskilda i Basse og Zahle (red.) s. 57–79.

³⁴ Se Svein Eng, Plassering av offentlig kompetanse hos private – noen hensyn for og imot, LoR 1992.

³⁵ Direktivet åpner for kontroll gjennom autoriserte private verksteder og pålegger myndighetene å føre tilsyn med disse, se art. 2 "Den tekniske kontroll i henhold til dette direktiv skal udøves af staten, af offentlige særligt udpegede organisationer, eller af de organer eller virksomheder, der er udpeget af staten, herunder også behørigt autoriserede private organer, som virker under dens direkte tilsyn. Medlemsstaterne skal sikre, at kontrollen er objektiv og af høj kvalitet; dette gælder især, når der er tale om tekniske kontrolcentre, der samtidig virker som autoværksteder." Direktivet kan imidlertid neppe tolkes som et pålegg til medlemsstatene om å åpne for kontroll ved private aktører.

tatet av utførte kontroller til vegkontoret. Den som er uenig i kontrollorganets registrering av mangler, kan også kreve at vegkontoret mot vederlag foretar ny kontroll. Kontrollorganet treffer med andre ord ikke noe vedtak som ledd i kontrollen, med utfører det faktiske grunnlag for det vedtak som skal treffes av myndighetene.

Den kontrollen som et godkjent kontrollorgan utfører bygger ikke på noen overenskomst mellom det offentlige og det enkelte kontrollorgan (bilverksted). Det er loven direkte som åpner for godkjenning av private verksteder og at kontrollen kan utføres av disse. Godkjennelsen er et tradisjonelt begunstigende forvaltningsvedtak. Innholdet av kontrollen fastsettes av vegdirektoratet som forvaltningsvedtak, se forskriften § 3. Den enkelte kontroll bygger på en avtale i det enkelte tilfellet mellom verkstedet og bileieren som også betaler for kontrollen som en vanlig tjeneste ved bilverkstedet jf. forskriften § 9 siste ledd. Er kontrollen så dårlig utført at den blir overprøvd av myndighetene, vil dette være en mangel som gir bileieren rettigheter på kontraktsrettslig grunnlag. Forskriften § 9 tredje ledd gir bileieren krav på å få det betalte vederlag tilbake dersom overprøving av kontrollarbeid iht. § 7, første ledd, fører til så store endringer på kontrollseddelen at det har innvirkning på spørsmålet om godkjenning. Hvis arbeidet til et kontrollorgan regelmessig er av dårlig kvalitet gir dette vegdirektoratet rett til å tilbakekalle godkjennelsen som ledd i sitt tilsyn etter forskriften § 8.

Helsesektoren er et område hvor myndighetene ofte overlater til private å utføre offentlige oppgaver. Kommunehelsetjenesteloven §1–3, annet ledd nr. 2 pålegger kommunene å sørge for å etablere kommunale helsetjenester. Dette kan skje enten ved at kommunen ansetter personell i kommunale stillinger eller ved å inngå avtaler med personell om privat helsevirksomhet som kommunen påtar seg å yte driftstilskudd til, se §1–3 tredje ledd, jf. §4–1 og §4–2.

Hvor private utfører helsetjenester som ledd i den kommunale helsetjeneste skjer dette med andre ord i form av en avtale mellom kommunen og det helsepersonell som yter tjenestene. Den enkelte pasients rettigheter vis à vis helsepersonellet følger ikke av kontrakt mellom denne og helsepersonellet, men av kommunehelsetjenesteloven og den øvrige helselovgivning. Vederlaget som den enkelte skal betale fastsettes ikke av den som yter helsetjeneste, men av det offentlige i form av lov eller forskrift, se § 2–3. Poenget med avtale med kommunen sett fra den enkelte helsearbeiders side, er nettopp at kommunen da dekker pasientenes utgifter til behandling, med fradrag for de etter loven fastsatte egenandeler.

Overenskomsten mellom kommunen og den enkelte helsearbeider bruker avtaleformen, men har et offentligrettslig preg. I Rt. 1999 s.1672 tok Høyesterett stilling til spørsmålet om en avtale om kommunalt driftstilskudd til tre privatpraktiserende fysioterapeuter ved et fysikalt senter kunne sies opp. Høyesterett kom til at en løpende avtale må kunne sies opp dersom det ikke finnes holdepunkter for noe annet. Retten tok ikke stilling til om kommunen måtte ha en saklig

grunn til oppsigelse. Den fant at det reelle grunnlaget for oppsigelsen var "den endring av fysioterapitilbudet i kommunen som blir foretatt i den plan for fysio- og ergoterapitjenesten i kommunen som ble vedtatt av Hovedutvalget for helse og sosial". Høyesterett kom på denne bakgrunn til at oppsigelsen bygget "på en vurdering av hvordan behovet for fysioterapitjenester i kommunen best kan ivaretas. Dette er noe kommunen etter kommunehelsetjenesteloven er forpliktet til å vurdere. Det er ikke anført at kommunen har hatt andre motiv for å si opp avtalen. Etter dette kan det ikke være noen tvil om at oppsigelsen av avtalen om at det skal knyttes minst tre tilskuddshjemler til Blystadlia Fysioterapi, må anses saklig begrunnet. Hvordan kommunen har avveid de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, kan domstolene ikke overprøve".

Skifte av privat oppdragsmottaker eller tjensteutøver kan aktualisere spørsmålet om de som er ansatt hos den som har utført den offentlige oppgaven har rett til å gå over til den som i stedet blir tildelt oppgaven etter reglene om overdragelse av virksomhet. Som nevnt ovenfor i tilknytning til Rt. 1997 s. 1954 kan også endring som følge av offentlig vedtak oppfylle betingelse til "overdragelse" etter disse reglene. På den annen side forutsetter reglene om virksomhetsoverdragelse at det er noe som overføres i form av aktiva eller personell for at reglene skal komme til anvendelse. I Rt. 2001 s. 248 fastslo Høyesterett at når verken ansatte eller bil var med i den virksomhet som fortsatte etter at kommunene hadde gitt ambulanseoppdraget i kommunen fra en aktør til en annen, var det ikke tale om noen overdragelse av virksomhet. Høyesterett viste her til en dom i den svenske Arbetsdomstolen om overtakelse av ansvaret for busstrafikk. De nye oppdragsmottakerne hadde ikke "övertagit vare sig arbetskraft, administration, fordon, fastigheter eller andra materiella tillgångar" fra den forrige. Disse forhold talte etter domstolens mening "med avsevärd styrka för att 'verksamheten' inte har bevarat sin identitet vid entreprenörsskiftet".³⁶

En tredje type tilfelle har vi der private påtar seg å løse et eller annet problem som alternativ til at det offentlige regulerer det gjennom forbud og påbud eller avgifter. Et generelt uttrykk for tankegangen som ligger til grunn for bruk av avtaler i stedet for offentlige forbud og påbud har vi i EUs femte miljøhandlingsprogram hvor avtaler fremheves som ledd i en strategi hvor "industrien ikke blot udgør en vesentlig del af (miljø)problemet, men at den må indgå som et led i løsningen."³⁷ Sjettemiljøhandlingsprogram sier at miljøavtaler "styrke(r) partnerskabet med erhvervslivet" og "hvis miljøaftalerne er rigtigt udarbejdede, kan de udvirke miljøforbedringer hurtigere og mer omkostningseffektivt."³⁸

³⁶ Arbetsdomstolen i dom nr. 163/95 avsagt 20. desember 1995.

³⁷ Det femte handlingsprogram på miljøområdet (1992–1999), "Mod en bæredygtig udvikling" KOM (1992) 23 EFT C 138, 17.5.93 s. 6.

³⁸ Kommisjonens forslag til det sjette handlingsprogram på miljøområdet (2001–2010) «Miljø 2010: Vores fremtid, vores ansvar» KOM (2001) 31s. 16.

Miljøretten gir også i norsk rett flere eksempler på at det offentlige søker å få private til å løse forskjellige oppgaver, bl.a. ved bruk av avtaler og frivillighet fremfor forbud og avgifter. Et eksempel har vi i reguleringen av utslipp av klimagasser hvor de norske myndigheter har inngått avtale med de store aluminiumsprodusenter i Norge.³⁹ Ifølge avtalen forplikter industrien seg til å redusere sine utslipp av klimagasser målt i CO₂-ekvivalenter. Myndighetenes forpliktelser etter avtalen er ikke klare. Det er for det første uklart i hvilken utstrekning utslipp av klimagasser går inn under forbudet mot forurensning i forurensningsloven, og hvorvidt myndighetene har kompetanse til å gjøre avtale om unntak fra forbudet dersom slike utslipp rammes. Det er videre uklart hvordan avtalen skal tolkes; om den skal tolkes som et tilsagn om ikke å bruke forurensningsloven til å stille strengere krav så lenge avtalen oppfylles eller om den skal tolkes som løfte om ikke å innføre avgifter på CO₂-utslipp eller begge deler.

Også andre deler av miljøretten gir eksempler på bruk av avtaler for å aktivisere private aktører. Avfallssektoren gir flere eksempler på dette.⁴⁰ For å unngå innføring av en avgift inngikk næringslivet og miljøvernmyndighetene i 1995 avtaler om innsamling og gjenvinning av emballasjeavgift. Stortinget sluttet seg til Regjeringens forslag om økt innsamling og gjenvinning av emballasjeavfall basert på avtaler med næringslivet i forbindelse med behandlingen av revidert nasjonalbudsjett for 1995.⁴¹ Avtalene er inngått med bransjeorganisasjonene og omfatter glass, metall, plast, bølgepapp/massivpapp, drikkekartong og emballasjekartong. Næringslivet forpliktet seg til å samle inn og gjenvinne opptil 80 % av emballasjeavfallet i Norge. Videre skal næringslivet etablere et system for innsamling og gjenvinning av emballasje gjennom opprettelsen av materialselskaper. Returordningen innebærer at det fastsettes og innkreves et gebyr til en privat retur- og gjenvinningsordning. I hovedsak blir gebyret krevet inn fra de bedrifter som emballerer sine produkter, de såkalte "pakkere og fyllere". Når det gjelder produkter som er emballert fra utlandet, er det bedriften som importerer produktet som skal betale. Avtalene har i tillegg forpliktelser for næringslivet til å «arbeide for at det gjennomføres avfallsreducerende tiltak» og krav om at det skal «utarbeides årlig oversikt over faktisk oppnådd avfallsreduksjon og prognoser for kommende års avfallsreduksjon». For å følge opp disse forpliktelsene har næringslivet etablert Styringskomiteen for avfallsreducerende tiltak. Avtalene er inngått for å gjøre næringslivet ansvarlig for avfallet fra egne produkter, og for

³⁹ Se for en omtale og analyse Johan Greger Aulstad, *Avtaler om utslipp av klimagasser*, Oslo 2001.

⁴⁰ For en behandling av avtaler som virkemiddel på avfallsområdet etter dansk rett og fellesskapsretten se Ellen Margrethe Basse, *Avfallslovgivningen – et samspill mellom miljø- og konkurranserett*, København 1995 kapittel 12.

⁴¹ Se Bud.innst. S. nr. IV (1994–95). Avtalene er presentert og evaluert i St.meld. nr. 24 (2000–2001) om Regjeringens miljøvernpolitikk og rikets miljøtilstand kapittel 8.

at kostnadene ved å nå målene om gjenvinning og avfallsreduksjon derved inkluderes i prisen på produktene. Tilslutning til ordningen er frivillig.⁴²

Slike avtaler reiser både offentligrettslige og privatrettslige spørsmål. De forpliktelser som det offentlige direkte påtar seg under avtalene innskrenker seg til koordinering og informasjonsbehandling. Et spørsmål som ikke uttrykkelig er regulert i avtalene, men som ligger under som en forutsetning, er om staten gjennom dem er bundet til ikke å fastsette offentlige avgifter på områder som er omfattet av avtalene. Her kan man spørre om Stortinget i det hele tatt kan binde opp sin fremtidige myndighet, og hvem de eventuelt skal være bundet overfor. Vi står jo ikke som i den klassiske Hydro-Glomfjord-saken overfor en bestemt part som kan hevde å ha fått et bindende tilsagn.⁴³ Basse ser avtaler mellom staten og bransjeorganisasjonene først og fremst som "Gentlemen's agreements".⁴⁴ Aulstad tillegger utslippsavtalene mer rettslig betydning idet han ser dem som fritak fra forbud i forurensningsloven. Han avviser imidlertid å se dem som bindende for Stortingets kompetanse til å innføre nye avgifter.⁴⁵

Felles for avtalene mellom næringslivet og myndighetene, er at de forutsetter oppfølgende avtaler mellom næringsdrivende innbyrdes. Disse avtalene er i utgangspunktet rene privatrettslige avtaler mellom private rettssubjekter. Dette innebærer for eksempel at en avgift som fastsettes og oppkreves i forbindelse med utførelsen av oppgavene må ha et privatrettslig grunnlag, for eksempel som vederlag for en tjeneste som ytes eller med grunnlag i medlemskap i en forening, se Rt. 1954 s. 96. Dersom det private rettssubjekt ønsker å bruke avgifter som et reguleringsstiltak overfor medlemmene eller deltakerne i en ordning, holder det ikke med et privatrettslig grunnlag. I slike tilfelle kreves offentligrettslig hjemmel i lov, se Rt. 1995 s. 530 hvor det var spørsmål om Fiskeoppdretternes salgslag kunne oppkreve en egen avgift på omsetning av oppdrettslaks for å finansiere en innfrysningsordning med sikte på å regulere markedet.

Avtalene har også en konkurranserettslig side. For det første har vi spørsmålet om prisfastsettelse og prissamarbeide. Avgifter som det offentlige fastsetter for for eksempel renovasjonstjenester er ikke underlagt konkurransereglene. Dersom det overlates til private virksomheter enten i fellesskap eller alene der hvor det er tale om en dominerende stilling å fastsette en bindende pris, vil dette kunne være i strid med art. 10 og art 80 og 81. Spørsmålet om lovligheten av ordningen vil i et

⁴² Avtalene er også del av gjennomføringen av Rådsdirektiv 94/62/EØF om emballasje og emballasjeavfall i Norge. I direktivet art. 2 defineres frivillig avtale som: "formel aftale mellem medlemsstatens kompetente myndigheder og de berørte erhvervssektorer; den skal stå åben for alle de parter, der ønsker at underkaste sig aftalens betingelser med henblik på at få gennemført direktivets mål."

⁴³ Rt. 1957 s. 522. Staten ble her ansett bundet overfor Norsk Hydro til ikke å endre avskrivningsreglene, slik at nye skatteregler ikke kunne gjøres gjeldende overfor bedriften.

⁴⁴ Ellen Margrethe Basse, Affaldslovgivningen -- et samspill mellem miljø- og konkurranseret, København 1995 s. 355.

⁴⁵ Johan Greger Aulstad, Avtaler om utslipp av klimagasser, Oslo 2001 s. 194 og s. 204.

slikt tilfelle avhenge av at tariffene fastsettes under overholdelse av kriterier for almene hensyn etter art. 86.⁴⁶ Dersom avtalene innebærer et samarbeid mellom foretak om fastsettelse av en felles pris, vil vi etter norsk rett stå overfor et prisregulerende samarbeid mellom næringsdrivende som krever dispensasjon etter konkurranseloven § 3-1. Bryggeriforeningen hadde dispensasjon etter den tilsvarende bestemmelsen i den gamle prisloven for sin avtale om felles pris på flaskepannt. Ordningene med plastretur ble i 1998 vurdert av Konkurransetilsynet som i utgangspunktet antok at avgiftsinnkrevningen innebar et prissamarbeid mellom deltakerne i returordningen i strid med konkurranseloven § 3-1. Etter en nærmere vurdering kom tilsynet til at ordningen ikke er omfattet av forbudet fordi ordningen ikke hadde betydning for bedriftenes kalkulering og fastsetting av sine videresalgspriser og fordi det er stor spredning mellom produkter og deltakere, slik at det ikke oppstår noen spesiell nærhet mellom deltakerne i returordningen.

Forholdet mellom avfallsavtaler og fellesskapsretten er vurdert av EF-domstolen i Sydhavnens Sten & Grus.⁴⁷ København kommune hadde inngått eneavtaler med tre selskaper med sikte på innsamling og bearbeiding av avfall fra bygge- og anleggsvirksomhet. EF-domstolen kom til at håndtering av bestemte former for avfall kan være gjenstand for en tjenesteytelse av almen økonomisk interesse i henhold til art. 86 (2), når formålet med tjenesteytelsen er å løse et miljøproblem og at eksklusive rettigheter for "at gøre det interessant for virksomhederne at deltage i driften af et anlæg med stor kapacitet" kunne forsvares som nødvendige med henblik på å løse oppgaven. Hvis ordningen hindret eksport av avfall fra regionen ville det imidlertid være i strid med art. 29 så lenge det var tale om ikke-miljøfarlig avfall.

Fra et annet område kan nevnes ordningen vi hadde for avsetning av gass fra felt i Nordsjøen. Et viktig siktemål for norsk gasspolitikk og en forsvarlig ressursforvaltning er å samordne og tilpasse produksjonsmulighetene på kontinentalsokkelen ut fra en målsetting om å oppnå kostnadseffektivitet og lønnsomhet i gassvirksomheten. For å oppnå dette opprettet Olje- og energidepartementet to permanente rådgivende utvalg. Gassforhandlingsutvalget (GFU) med ansvar for å samordne alle salgsaktiviteter for gass fra og på kontinentalsokkelen, og Forsyningsutvalget (FU) for å vurdere spørsmål knyttet til gassdisponering, utbygging og utnyttelse av infrastruktur og felt. Inntil sommeren 2001 ble alle kontrakter om salg av gass inngått av Gassforhandlingsutvalget som bestod av de norske oljeselskapene Statoil og Norsk Hydro. Disse selskapene var imidlertid ikke i stand til selv å oppfylle leveranseforpliktelsene under avtalene på individuell basis. Gasssalgsavtalene ble derfor overdratt fra GFU-medlemmene til rettighetshaverne i et felt som var istand til fysisk å levere gassen. Beslutning om hvilket felt kontrakten skulle overdras til ble truffet av myndighetene ut fra samfunnsøkonomiske hensyn og ressursforvaltningshensyn.

⁴⁶ Se Sak C-38/97 *Autotrasporti Librandi* Saml. 1998 s. I-5955.

⁴⁷ Sag C-209/98 *Sydhavnens Sten & Grus*, Saml. 2000 s. I-3743.

Verken opprettelsen av GFU eller regulering av salg av gass hadde direkte hjemmel i lovgivningen.⁴⁸ Konstruksjonen var således at GFU og allokering av de enkelte kontrakter hviler på avtale mellom selskapene. Både den enkelte utvinningstillatelse og den samarbeidsavtale selskapene inngår som ledd i opprettelse av rettighetshavergruppen forplikter selskapene til å innrette seg etter "den til enhver tid gjeldende politikk for ressursforvaltning for så vidt gjelder organisering og gjennomføring av gassalg og feltallokering, slik denne kommer til uttrykk i dokumenter behandlet i Stortinget". Ordningen med GFU er blitt utfordret av EU på grunnlag av konkurransereglene. Ifølge kommisjonen er GFU og samordningen av gassalgskontraktene med de øvrige deltakere i rettighetshavergruppene på norsk sokkel et ulovlig kartellsamarbeid.

5. Særlig om offentlige monopoler og foretak med særlige eller eksklusive rettigheter

Gjennomgangen ovenfor viser at det gjelder fellesskapsrettslige skranker for det å bygge ikke-kommersielle hensyn inn i virksomheten til økonomiske foretak. Særlige begrensninger kommer inn der slike foretak har en dominerende stilling i markedet enten foretaket er et offentlig eller et privat rettssubjekt. Hvis en slik dominerende stilling skyldes offentlige tiltak eller reguleringer, kommer spesielle hensyn inn i bildet. I utgangspunktet er selve det forhold at et foretak har en dominerende markedsstilling ikke forbudt etter konkurransereglene. Det som forbyr av art. 81 (art. 54 EØS) er misbruk av denne stillingen. Problemene reiser seg der de offentlige reguleringene som gir den dominerende stilling direkte eller indirekte fører til en opptreden som ellers ville måtte være å anse som et misbruk, for eksempel produksjonsbegrensning, forskjellsbehandling av kunder ut fra ikke-økonomiske kriterier eller krysssubsidiering. Det må da foretas en avveining mellom de hensyn som ligger til grunn for den offentlige regulering og hensynet til en effektiv konkurranse.

Offentlige handelsmonopoler reguleres av art. 31 (art. 16 EØS) som forbyr enhver forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet. Offentlige virksomheter, samt virksomheter som er tildelt særlige eller eksklusive rettigheter er omfattet av art. 86 (art. 59 EØS). Tidligere har det vært en viss diskusjon om offentlige monopoler i tillegg er underlagt reglene om de fire friheter.⁴⁹ Forholdet mellom de

⁴⁸ Se nærmere om systemet Are Brautaset, Eirik Hoiby, Rune O. Pedersen og Christian Fredrik Michelet, Norsk gassavsetning Rettslige hovedelementer, Oslo 1998. Se særlig s. 33, 401 og 499 om hjemmelsspørsmål.

⁴⁹ Se f.eks. EU-Karnov 1996 s. 132 og Sejersted m.fl. EØS-rett, Universitetsforlaget 1995 s. 235–238 hvor det likevel argumenteres for at unntakene i EØS art. 13 må komme til anvendelse på art. 16 (tilsvarende regler i EF-traktatens art. 30 og art. 31).

to bestemmelsene samt reglene om de fire friheter er berørt av EF-domstolen i de såkalte gasmonopolsakene og i Franzén-saken.⁵⁰

I gassmonopolsakene avgjorde EF-domstolen at hvis en ordning først er i strid med art. 31, så kommer ikke art. 28 til 30 til anvendelse. Offentlige handelsmonopoler er imidlertid underlagt de begrensninger som fremgår av art. 86. Premissene i Franzén-saken synes i tillegg å innebære det motsatte: hvis ordningen ikke rammes av art. 31, så rammes den heller ikke av art. 28. Forholdet synes nå å være avklart slik at art. 31 og 86 eksklusivt og uttømmende regulerer offentlige handelsmonopoler.

Rettstilstanden er med andre ord at et organ som er ledd i statens politikk og som i denne forbindelse er gitt eksklusive rettigheter, i utgangspunktet må opptre opprinnelsesnøytralt. Hvis denne betingelsen er oppfylt, er forholdet til traktaten greit. Det er da uinteressant å diskutere om tiltaket virker begrensende på samhandelen. Dette fremgår også klart av premiss 39 i Franzén-saken hvor domstolen sier: "Traktatens artikkel 37 sigter nemlig mod at forene medlemsstaternes mulighed for at opretholde visse handelsmonopoler som middel til at forfølge mål i almenhedens interesse med de krav, der følger af fællesmarkedets oprettelse og funktion. Den skal føre til, at hindringer for de frie varebevægelser afskaffes, *dog med undtagelse af de begrænsninger af samhandelen, der er uløseligt forbundet med de pågældende monopoler*" (min uthevelse).

Hvis organet ikke opptrer opprinnelsesnøytralt, f.eks. fordi det er gitt enerettigheter mht. eksport og import, må dets rettigheter og opptreden bedømmes i forhold til reglene i art. 90 annet ledd. Siktemålet med bestemmelsen er å hindre at medlemsstatene omgår de bestemmelser i traktaten som retter seg mot dem, f.eks. art. 30 og 37. På denne bakgrunn er art. 90 annet ledd en regel om at "virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, undtagelsesvis kan fritages fra traktatens bestemmelser."⁵¹ Den konkrete avgjørelsen av om et organ skal fritas treffes av domstolen ut fra et individuelt skjønn. Domstolen er i dette skjønnnet ikke bundet av begrensningene i art. 36 eller sin egen praksis i henhold til reglene om fri bevegelighet av varer, tjenester, personer eller kapital. Utgangspunktet for vurderingen er medlemsstatenes interesser av almen økonomisk karakter. Domstolen har videre slått fast at "under hensyn til medlemsstaternes således beskrevne interesse kan de, når de fastsætter de tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som de overdrager visse virksomheder at udføre, ikke være afskåret fra at tage hensyn til deres egne indenrigspolitiske mål og forsøge at

⁵⁰ Sakene C-157/94 *Kommisjonen mot Nederland* Saml. 1997 s. I-5699, C-158/94, *Kommisjonen mot Italia*, Saml. 1997 s. I-5789, C-159/94 *Kommisjonen mot Frankrike*, Saml. 1997 s. I-5815 og C-160/94 *Kommisjonen mot Spania*, Saml. 1997 s. I-5851 og sak C-189/95, *Almänna åklagaren mot Harry Franzén*, Saml. 1997 s. I-5909.

⁵¹ Sak C-157/94 *Kommisjonen mot Nederland* premiss 31.

virkeliggøre disse ved hjelp af de forpligtelser og begrænsninger, som de pålægger de nævnte virksomheder.”⁵²

Dette betyr i praksis at nasjonale ordninger kan godtas selv om de må anses som restriksjoner på samhandelen, og selv om de ikke har sin begrunnelse i den opplisting av hensyn som art. 30 gjør. På den annen side vil konsesjoner som domstolen måtte gi til medlemsstatene her, ikke ha betydning for tolkningen av f.eks. art. 28 og 30 i saker som gjelder andre ting enn offentlige fortak.⁵³

6. Fellesspørsmål

I tiden som er gått siden fremveksten av velferdsstaten har samspillet mellom offentlig virksomhet og privatrettslige former undergått viktige forandringer. På området for eierskap og styring av offentlig virksomhet har vi sett en nedbygging av det sivile samfunns innflytelse over offentlig virksomhet gjennom organiserte interessers representasjon i offentlige organer og deltakelse i den offentlige beslutningsprosess. Samtidig har vi sett en økende grad av eksponering av offentlig virksomhet for markedsmekanismen gjennom organisering av offentlig virksomhet som egne økonomiske enheter adskilt fra stat og kommune. Det er også en tendens til å øke brukernes og berørtes innflytelse over offentlig virksomhet gjennom skjerpede regler om offentlighet og ulike former for brukermedvirkning og -deltakelse.

På området virkemiddelbruk ser vi en nedbygging av velferdsstatens tunge statsdrift av industriell og tjenesteytende virksomhet. De offentlige industribedrifters og monopolbedrifters tid er forbi. Forutsetningene for påvirkningen av økonomiske aktører gjennom finansiering og plassering av kontrakter er også vesentlig endret. I stedet ser vi en økende grad av markedstilpasning av virkemidlene, kombinert med bruk av private aktører til utførelse av offentlige oppgaver.

Når det gjelder bruk av private aktører, er det en nedfasing av bruk av disse i den klassiske myndighetsutøvelse. I stedet er det en innfasing i bruken av private aktører til å utføre offentlige oppgaver og oppgaver av almen interesse, det såkalte partnerskapet med næringslivet. I denne forbindelse blir de private aktører tildelt særlige eller eksklusive rettigheter gjennom forskrifter eller avtale. Mens de offentlige monopoler bygges ned, bygges altså ordninger hvor private har oppgaver som forutsetter særlige eller eksklusive rettigheter opp.

De forskjellige former for samspill mellom offentlig virksomhet og privatrettslige former som nå vokser frem har en del fellestrekk. Dels er alle resultat av at en markedsrettet tankegang har vunnet innpass i utformingen av offentlig styring.

⁵² Sak C-157/94 *Kommisjonen mot Nederland* premiss 40.

⁵³ Se nærmere om disse spørsmål Hans Petter Graver, *Kommentar til EF-domstolens avgjørelse i Franzénsaken*, *Tidsskrift for forretningsjuss* nr. 4 1997 s. 82–88.

Gjennom bruk av privatrettslige former søker man også å oppnå en større fleksibilitet enn det offentlige organisasjons- og styringsformer tillater samt en mer effektiv bruk av ressurser. Valg av løsning bygger gjerne på en forutsetning om at konkurranse i markedet, enten ved at offentlige aktiviteter utsettes for konkurranse eller ved at aktivitetene overlates til private aktører, leder til en mer effektiv ressursbruk. Endelig kan utviklingen ses som ledd i en demokratisering av offentlig forvaltning ved at brukerne gjennom markedet kan gi uttrykk for sine preferanser og krav i forhold til virksomheten.

Ofte er utviklingen en følge av en markedstilpasning av virksomhet som tidligere har vært drevet i offentlig regi. Dette er tilfelle der offentlig virksomhet organiseres i privatrettslige former, eller der det offentlige ved hjelp av avtaler får private til å utføre tjenester som tidligere har vært produsert av det offentlige for eksempel innen samferdsel. I andre tilfelle er det imidlertid tale om hvordan tilbud av nye tjenester av almen interesse skal organiseres. Dette finnes det mange eksempler på innen miljøsektoren. Offentlige tiltak i form av etterspørsel, særrettigheter, prisskjerming og direkte støtte kan her være nødvendig for i det hele tatt å gjøre en aktivitet attraktiv for økonomiske virksomheter slik vi ser i forbindelse med avfallsbehandling.

I det hele tatt kan det forhold at det er tale om offentlig virksomhet eller aktiviteter av almen samfunnsmessig betydning føre til behov for avvik fra de rammebetingelser som gjelder for vanlig kommersiell virksomhet. Dette fører til at kontroll- og styringsmekanismer for å sikre lønnsomhet og kundeorientering blir koblet ut. Dels kan vi se dette på eiersiden, hvor det offentliges rolle som eier byr på særlige utfordringer. En utfordring ligger i det faktum at staten har en rolle som generell regulatør av markedet. Kombinasjoner av eier- og regulatørrollen kan føre til at statlig eide selskaper gis spesielle vilkår eller fordeler i konkurransen med andre nasjonale og utenlandske virksomheter eller i alle fall en mistanke om at dette kan skje. På denne bakgrunn er den gjeldende norske forvaltningspolitikk utformet med sikte på klarere å skille mellom eier- og regulatørrollen.⁵⁴ Også det forhold at eierfunksjonen til offentlig eide virksomheter i siste instans svarer overfor politiske organer, kan stille styrings- og ansvarsspørsmålene i et eget lys.⁵⁵

Hvor det offentlige inngår avtale med private aktører eller på annen måte gir dem en særlig rolle i utførelsen av offentlige oppgaver, skapes lett en dominerende stilling eller en særrettighet. Dette bidrar til å skjerme virksomheten for konkurranse, og gir også dem som mottar virksomhetens tjenester og er avhengige av den færre valgmuligheter. Også dette fører til utkobling av markedsmekanismen. Som vi har sett skjerms ofte slik virksomhet fra anvendelse av de alminnelige konkurransereglene. Dette forutsetter derfor at det offentlige utvikler

⁵⁴ Se St.meld. nr. 19 (1997–98) Tilleggs melding om eierskap i næringslivet kapittel 4.

⁵⁵ Se Hans Petter Graver, Krav til kvalitetssikring og internkontroll – konsekvenser for Regjeringens og Stortingets ansvar, LoR 2000 s. 195–208.

andre måter å styre og kontrollere virksomheten på om hensynet til brukerne skal sikres.

Utførelsen av offentlige oppgaver gjennom private aktører utforderer også generelle forvaltningsrettslige regler i forvaltningsloven og offentlighetsloven. Der hvor den aktivitet som drives består i å treffe vedtak som ledd i myndighetsutøvelse er saken etter norsk rett klar, forvaltningslovens regler og offentlighetslovens regler kommer til anvendelse. Adskillig mindre klar er saken hvor det ikke er tale om å treffe vedtak. Utgangspunktet her er at de to lovene kommer til anvendelse på all virksomhet som drives av forvaltningsorganer, mens de ikke gjelder for private rettssubjekter. Dette innebærer at omorgansieringen av en offentlig virksomhet eller utsetting av en offentlig oppgave til en privat aktør vil påvirke for eksempel almenhetens rett til innsyn i medhold av offentlighetsloven. Regjeringen uttrykte i Stortingsmeldingen om offentlighet som ble lagt frem i 1997 bekymring for at overlating av offentlige oppgaver til private aktører og omorganisering- og forsøksvirksomhet i statlig og kommunal sektor "i visse tilfeller har fått eller kan få uønskede følger for anvendelsen av offentlighetsloven".⁵⁶

Bruk av private til å utføre offentlige oppgaver vil også påvirke mottakernes forvaltningsrettslige stilling, for eksempel deres partsrettigheter i forhold til offentlige vedtak som påvirker deres situasjon fordi rammebetingelsene til den private aktøren endres. Et illustrerende eksempel fra norsk rettspraksis er saken om syke- og aldershjemmet Markushjemmet.⁵⁷ Markushjemmet var drevet av en privat organisasjon med støtte fra kommunen. Kommunen sa opp avtalen med den private organisasjonen om kommunal støtte. Dette førte til at Markushjemmet måtte nedlegges. Beboerne gikk da til sak mot kommunen og ba retten nedlegge et midlertidig forbud mot gjennomføring av oppsigelsen av avtalen og mot flytting av beboerne fordi de ikke var blitt varslet før det kommunale vedtaket om oppsigelse. Lagmannsretten fant at spørsmålet ikke kunne løses på grunnlag av forvaltningslovens regler om partsrettigheter, men ga likevel beboerne medhold på grunnlag av en tolkning av kommunehelsetjenesteloven.

Siden måten å organisere en virksomhet på kan variere ganske mye, reiser anvendelse av offentlighetsregler og andre forvaltningsrettslige regler spørsmål som kan være ganske omfattende. Forhold som kan ha betydning er både hva slags organ som driver en aktivitet, hva aktiviteten består i og hvordan man skal sikre likhet i rammebetingelser mellom offentlige aktører og private aktører. Problemstillingene illustreres godt av de nye internasjonale reglene som tar sikte på å gi almenheten rett til innsyn i miljøinformasjon.⁵⁸ Reglene retter seg mot offentlige

⁵⁶ St.meld. nr. 32 (1997–98) Om offentlighetsprinsippet i forvaltningen s. 46.

⁵⁷ Kjennelse fra Eidsivating lagmannsrett (1991-11-14 LRE-1991-01489).

⁵⁸ Rådsdirektiv 90/313/EØF om fri adgang til miljøinformasjon (miljøinformasjonsdirektivet) og UN/ECE-konvensjonen om tilgang til miljøinformasjon, allmennhetens deltakelse i beslutningsprosesser og adgang til klage og domstolsprøving på miljøområdet (Århus-konvensjonen).

myndigheter, men dette er et begrep som fastlegges ut fra både funksjonelle og institusjonelle kriterier, se for eksempel Århuskonvensjonen art. 2 (c) som under "offentlige myndigheter" inkluderer "enhver annen fysisk eller juridisk person som har offentlig ansvar eller funksjon, eller som tilbyr offentlige tjenester, vedrørende miljøet, som er underlagt kontroll (av offentlig myndighet)".

Markedstilpasning med sikte på bedret effektivitet, fleksibilitet og kvalitet forutsetter endringer i anvendelsen av generelle forvaltningsrettslige regler som er utformet med sikte på å sikre forutberegnelighet og styring ovenfra. Det forhold at det er tale om privatrettslige former kan føre til at offentligrettslige styrings- og kontrollmekanismer gjennom bl.a. forvaltningsloven og offentlighetsloven kobles ut. Det forhold at det er tale om offentlig virksomhet betyr at markedet som styrings- og kontrollmekanisme kobles ut. Dette kan skje på eiersiden ved at det offentlige står som eier, på prissiden gjennom offentlig støtte eller prisfastsettelse utenfor markedet og i forhold til konkurrenter og brukere gjennom særrettigheter og monopolstilling. Det ligger dermed spenning i forholdet mellom på den ene siden bruk av markedet og på den annen side rettssikkerhet og flertallsdemokrati. Når vi befinner oss i skjæringsfeltet med offentlig virksomhet i privatrettslige former, byr denne spenningen på særlige utfordringer.

De utfordringer samfunnet generelt og rettsvitenskapen mer spesielt står overfor består i å utvikle styrings- og kontrollmekanismer til erstatning for de som følger av generelle forvaltningsrettslige regler og av konkurransen i markedet. Løsningen kan ikke ligge i at vi i konkurransens navn vingestekker enhver form for forvaltningsrettslig styring med varetakelsen av offentlige oppgaver. Løsningen må heller søkes i en utvidelse av plikten til å ta sosiale hensyn til miljø, rettferdig fordeling og bærekraftige lokalsamfunn og til å omfatte alle aktører i samfunnet. Dette må vi fremme både gjennom generelle reguleringer og reguleringer utformet med spesifikke sektorer og institusjoner for øye. Det må også fremmes gjennom krav fra markedet og oppmuntring til frivillige tiltak og gjennom lederskap. I denne forbindelse er det viktig å legge til rette for og sikre at virksomheter under offentlig innflytelse går foran som gode eksempler. Slik sikrer vi formålstjenelige privatrettslige former for offentlig virksomhet.

Jesper Lau Hansen

Sanktioner mod insiderhandel og
kursmanipulation

Sanktioner mod insiderhandel og kursmanipulation

Af adjunkt, dr. jur. *Jesper Lau Hansen*, Danmark

Det er en populær kortslutning i tankegangen at mene, at hvis noget er diagnosticeret som et samfundsproblem må terapien være en straffelov.

Alf Ross

Forslaget til et direktiv om markedsmisbrug ønsker indført både strafferetlig og administrativ sanktionering. Sondringen mellem disse to former for sanktionering afspejler sammenhængen mellem sanktioneringens intensitet og de tilgængelige retsgarantier. Denne pligt til at give visse retsgarantier ved særlig indgribende sanktioner følger af den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den tilknyttede retspraksis, der kvalificerer sådanne sanktioner som strafferetlige uanset kvalifikationen heraf i national ret. En særlig fordel ved administrativ sanktionering er angiveligt, at regimet kan rettes mod adfærd, der alene beskrives ved objektive karakteristika, hvorved den vanskelige vurdering af subjektiv tilregnelighed undgås. Det er muligt ved markedsmisbrug at beskrive sådanne forbud baseret alene på objektiv adfærd, navnlig hvor der tilsigtes en ren præventiv effekt. Dette kendes allerede i nordisk ret, bl.a. fra reformen af svensk børsret i 2000. Området for sådan administrativ sanktionering er dog væsentlig mindre end normalt antaget, da markedsmisbrug i sine hovedformer, insiderhandel og kursmanipulation, hviler på subjektive forhold. Sådanne subjektive forhold indebærer vanskelige bevisovervejelser, og disse overvejelser tilgodeses bedst i et strafferetligt regime.

Jesper Lau Hansen er født 1965. Han blev cand.jur. fra Københavns Universitet 1989, og begyndte samme år i et større dansk advokatfirma, hvor han blev advokat (L) 1992. Under sin tid som advokat tog han LL.M.-graden ved University of Cambridge 1992–93, hvor han bl.a. studerede børs- og selskabsret. Han forlod advokatgerningen for at forske ved Københavns Universitet 1995. Han blev doktor juris på en afhandling om informationsmisbrug i børsretten 2001, og er nu ansat som lektor i kapitalmarkedsret ved universitetet.

Emnet, som skal drøftes her på det 36. nordiske juristmøde, inviterer til mere principielle spekulationer om, hvordan et sanktionsregime kan indrettes, der rækker videre end den børskriminalitet, som emnet umiddelbart angår. Vi nødes således til at analysere, hvorfor og hvordan vi straffer.

Som Alf Ross med vanligt klarsyn har gjort rede for i sin afhandling, "Straffens formål", hvorfra det indledende citat er taget, dækker denne problemstilling reelt over en række forskellige problemer.¹ Heraf er især to af særlig interesse. For det

¹ Ross, "Straffens formål", TfR 1969.391.

første, hvilken interesse samfundet har i at straffe, dvs. hvilken adfærdsstyring tilstræbes? For det andet, hvilke begrænsninger bør gælde for samfundets adgang til at straffe? De to forhold er forskellige og bør holdes ude fra hinanden.² Drøftelsen her er derfor disponeret sådan, at vi så vidt muligt får præsenteret de enkelte problemer for sig. En vis afgrænsning er opnået ved at fokusere på spørgsmålet, om sanktionering af denne form for børskriminalitet bør være *strafferetlig eller administrativ*. Denne fokusering er aktuel, fordi forslaget til et direktiv om markedsmisbrug, der meget vel kan nå at være vedtaget, før vi mødes i Helsingfors, anvender denne dichotomi og kræver begge former for sanktionering anvendt, jf. forslagets art. 14(1).³

Analysen falder overordnet set i to dele. Først del angår de generelle aspekter ved valget af sanktionering: (1) Hvad er det teoretiske indhold af den terminologiske dichotomi strafferetlig ctr. administrativ sanktionering? (2) Hvilke krav stiller den europæiske menneskerettighedskonvention (EMRK) til national sanktionering? (3) Hvilke krav stiller fællesskabsrettens til national sanktionering?

Anden del angår mere specifikt insiderhandel og kursmanipulation: (4) Hvad ønsker vi at opnå ved regulering af kapitalmarkedet? (5) Kan disse mål sanktioneres administrativt? (6) Hvilke alternativer er der til offentlig sanktionering?

1. DEL. GENERELLE BETRAGTNINGER

1. Strafferetlig ctr. administrativ sanktionering

1.1. Retsfaktum og retsfølge

Vi skal i det følgende søge at fastlægge betydningen af dichotomien strafferetlig ctr. administrativ sanktionering. Sondringen har form af en dichotomi, da de to benævnelser gensidigt udelukker hinanden. Det er naturligt at tage udgangspunkt i den almindelige kategorisering af normer.

Normer anvendes bl.a. til styring af adfærd. Sådanne pligtenormer kan beskrive en given adfærd, der enten ønskes (handlepligt), eller ønskes undgået (undladespligt). Mange normer kan ligeledes opdeles i retsfaktum og retsfølge. Dette afspejler, at der er en sammenhæng mellem normerne, sådan at nogle normer beskriver en given adfærd, mens andre normer angiver, hvad der videre skal ske, når retsfaktum foreligger. Der er således en retlig kausalitet af typen: *hvis – så*.

En sådan kausalitet er almindelig ved normer, der sigter til adfærdsstyring.

² Johs. Andenæs kritiserede Ross' opfattelse af, at de to forhold angik prævention og retribution, og at de var kategorisk forskellige, idet han pegede på, at straf kunne være båret af hoved- og biformål, jf. TfR 1971.151. Ross fastholdt sin opfattelse, men måtte dog medgive, at visse meta-fysiske forestillinger kunne begrunde en sammenblanding, jf. TfR 1971.390 s. 393.

³ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om insiderhandel og kursmanipulation (markedsmisbrug) af 30. maj 2001, KOM(2001) 281 end. udg.

Nogle retsfølger forholder sig negativt til retsfaktum. De adskiller sig dermed fra andre retsfølger ved at udløses, når den ønskede adfærd *ikke* udvises. I det følgende vil det retsfaktum, der beskriver den ønskede adfærd, blive benævnt *gerningsindholdet*, mens den retsfølge, der er en reaktion mod uønsket adfærd, benævnes *sanktionen*. Det er ikke relevant, at gerningsindholdet ofte vil angive den ønskede adfærd ved at beskrive undladelser, dvs. retsbud af typen: *man må ikke ...*

Det er heller ikke relevant, hvorfor lovgiver har valgt at sanktionere. Reaktionen mod uønsket adfærd kan normalt begrundes i enten forebyggelse (prævention), genopretning (restitution) eller gengældelse (retribution); ofte vil der være tale om kombinationer af de tre. Valget af begrundelse for sanktionering er uløseligt knyttet til beslutningen om adfærdsstyring, hvilket er et *politisk* valg, dvs. at der ikke a priori eksisterer intersubjektive normer for dette valg. Det centrale for analysen her er, at lovgiver skønner, at den normerede adfærdsstyring ikke kan ske usanktioneret. Vi skal i anden sammenhæng vurdere, om dette skøn bør tiltrædes.

1.2. Straffelov og særlove

Det er i Norden og i mange andre retssystemer almindeligt at samle en række sanktionerede pligtenormer, der har en særlig lang retlig tradition, i en egentlig straffelovbog. Bestemmelserne i en sådan lov må naturligt kategoriseres som strafferetlige. Disse straffelovbøger er imidlertid ikke organiserede omkring et identificerbart princip, og som sådan fremtræder de ikke som systemer, af hvilke man kan udlede kriterierne for pligtenormernes medtagelse. De medtagne pligtenormer er forskellige, både indbyrdes og fra land til land.

Eksistensen af særlige straffelovbøger udelukker ikke, at pligtenormer i andre love kan have tilknyttet sanktioner, der traditionelt betegnes som strafferetlige. Det er således almindeligt i nordisk ret at sondre mellem straffelov og straf efter særlove, sidstnævnte kaldes under tiden forvaltningsretlige eller administrative straffelove. Da sanktionen i begge tilfælde traditionelt benævnes straf, angår denne sondring åbenbart *ikke* det forhold, som skal drøftes her. Dichotomien mellem strafferetlig og administrativ sanktionering angår en skelnen mellem forskellige former for sanktionering, mens den just drøftede sondring mellem straffelov og særlove knytter sig til den normerende retsakt.

1.3. Straf som kvalitativ egenskab

Dichotomien synes at forudsætte, at nogle sanktioner kan *karakteriseres* som strafferetlige og andre ikke, dvs. at straf er en kvalitet, der kan identificeres og afgrænses. Visse sanktioner antages således at have en særlig kvalitet, der betinger deres kategorisering som straf. Dichotomien ændres således ikke, hvis vi omskriver den til en sondring mellem sanktioner af straf og sanktioner af ikke-

straf. Dette er for så vidt ikke overraskende. Blandt retsfølger udgør *sanktioner* en positivt afgrænset delmængde (delmængden af retsfølger, der udgør en reaktion mod uønsket adfærd), og det er da nærliggende positivt at udskille *straf* som endnu en delmængde af denne delmængde.

Hvad ligger da i den traditionelle forståelse af begrebet straf; hvad er det, der gør en sanktion som straf til noget særligt? Et væsentligt karakteristikon ved straf er givetvis *lidelse*, dvs. at retsfølgen er ubehagelig.⁴ Den retsfølge, der karakteriseres som straf, søger således at påføre adressaten for normeringen en følge, som den pågældende normalt formodes at ville finde ubehagelig, f.eks. en forringelse af sin ydre sfære (tab af formue, retsgode eller renommé) eller af sin personlige sfære (frihedsberøvelse, lemlæstelse eller død). Det er ikke afgørende, at lovgiver med en given straf også tilsigter andre formål, f.eks. forbedring af lovovertræderen, hvis sanktionen dog stadig indebære lidelse, f.eks. i form af frihedsberøvelse. Men lidelse i denne brede forstand kan ikke være det eneste karakteristikon, da alle sanktioner til brug for adfærdsstyring indebærer en sådan lidelse (præventionshensynet). Lidelse udgør derfor et tjenligt kriterium ved udskillelsen af sanktioner som en delmængde af retsfølger, f.eks. adskille sanktioner fra de retsfølger, der også angår adfærdsstyring, men som består i begunstigelser. Men som karakteristikon rækker det ikke videre.

Et andet og traditionelt fremhævet karakteristikon er *misbilligelse*.⁵ Der synes at være en signifikant sammenhæng mellem kategoriseringen af en sanktion som straf, og ønsket om at udtrykke en misbilligelse over normovertrædelser, der angiveligt ikke skulle følge ved andre normovertrædelser. Betragtningen forekommer intuitivt rigtig, da vi alle genkender det forhold, at nogle overtrædelser betragtes som mere dadelværdige end andre. Det skyldes, at misbilligelse er et subjektivt, meta-fysisk fænomen, der er knyttet til det enkelte menneskes retsfølelse. Men det giver åbenbare problemer at lade en kategorisering af den positive ret ske ved henvisning til subjektive forhold, såsom retsfølelsen. Ret adskiller sig jo fra moral ved sin intersubjektive karakter, dvs. at den kan bestemmes i det retlige system på en sådan måde, at flere retsbrugere kan opnå samme erkendelse ved brug af samme retskildelære. Problemet bliver dog mindre, når det erkendes, at retskildelæren ikke er begrænset til den positive ret, men også inddrager subjektive forhold, f.eks. retsfølelse. I dansk ret kan varetægtsfængsling f.eks. begrundes i hensynet til retsfølelsen.⁶ Dette gælder også mere generelt ved brug

⁴ Hurwitz, "Den danske kriminalret. Alm del". 4. udg. v/Knud Waaben (1971), s. 26, påpeger, at lidelse ikke længere er essentiel ved straf, men bemærker dog også, at straf stadig kendetegnes ved at være ubehagelig (et onde).

⁵ I dansk ret henføres denne iagttagelse om misbilligelse som det karakteristiske for straf normalt til Hurwitz, *ibid.*, s. 26, der taler om bebrejdelse.

⁶ Jf. retsplejelovens § 762(2)(1) om varetægtsfængsling. Bestemmelsen angiver ikke direkte retsfølelse, men "hensynet til retshåndhævelsen". Da forholdet ikke angår opklaringshindringer, er det relevante element dog retsfølelsen.

af retten. Det er f.eks. tilfældet ved analogislutninger eller mere bredt ved fortolkning, hvor der ligeledes inddrages subjektive faktorer, som kan siges at henhøre til brugerens retsfølelse, omend den positive ret og rettens karakter af intersubjektivt normsystem naturligvis sætter grænser herfor. Det er således ikke juraen fremmed at lægge vægt på meta-fysiske forhold såsom retsfølelse.

Problemet er blot, at sammenhængen mellem misbilligelse og straf kun gør sig gældende, såfremt der fokuseres på en højere grad af misbilligelse. Ved enhver overtrædelse af en norm, der fastlægger en ønsket adfærd, og som har haft tilstrækkelig udbredelse til at blive lovnormeret og tillige sanktioneret, må man forvente en vis, måske mildere, misbilligelse. Sådan burde man ikke opføre sig, vil være den almindelige reaktion. Kategoriseringen af en sanktion som straf afhænger således ikke alene af misbilligelse, men af en *højere* grad af misbilligelse (stigmatisering). Da der er et ligefremt forhold mellem misbilligelse og den lidelse, som sanktionen skal påføre, gør det samme sig gældende i relation til det andet karakteristikon lidelse. Vi taler normalt kun om straf, når sanktionen er særlig indgribende og alvorlig, dvs. medfører en særlig lidelse. Så vidt har vi altså godtgjort berettigelsen af sondringen mellem straf og andre sanktioner, men sondringen er baseret på den subjektive retsfølelse.

Hertil kommer den praktiske, men ikke desto mindre vigtige, betragtning, at skal retsfølelsen bruges ved kategoriseringen af den positive ret, kan der ikke tages hensyn til den enkelte retsbrugers subjektive forhold, men en mere generel retsfølelse må udfindes. Dette er en svær opgave, der dog kan løses inden for det retlige system af de enkelte retsbrugere, men med betydelig usikkerhed. Det er tvivlsomt, om fremgangsmåden overhovedet er operationel.

1.4. Straf som kompetencebegrænsning

Straf kan også betragtes som en begrænsning af statens kompetence. Strafferettens humanisering siden det 18. årh. i vores del af verden skyldes i vidt omfang retstatsideologien. Denne ideologi tog parti for borgerne mod staten, og ønskede derfor at begrænse statens kompetence til at udtrykke sin misbilligelse og påføre borgerne lidelse. Dette skete ved at opstille såkaldte garantier for retssikkerheden, f.eks. ved legislative krav (lovhjemmel, forudseelighed, krav om individuel skyld og proportionalitet mellem brøde og sanktion) og ved processuelle krav (uskyldsfordomningen, forbud mod tortur og selvinkriminering, ret til en åben og ligevægtig rettergang for en uafhængig og upartisk domstol).

Med demokratiseringen af nationalstaten i det 20. årh. svækkedes retstatsideologien til fordel for en socialstatsideologi. Staten blev nu ikke længere betragtet som en modstander, men som en organisk enhed, hvori den enkelte borger indgik. Opstillingen af retssikkerhedsgarantier føles efter denne ideologi som snærende bånd på folkets vilje.

Det hensyn til adfærdsstyringsens *effektivitet* både i relation til målopfyldelse og brugen af ressourcer (styringsomkostningerne), som følger af socialstatsideo-

logien, må i det demokratiske samfund betragtes som ligeværdige med det hensyn til *retssikkerhed*, der følger af retsstatsideologien. De to ligeværdige hensyn er modsatrettede og må derfor afvejes.

1.5. Straf som funktion af indgrebets alvor

Der kan opnås en mere operationel fremgangsmåde ved kategoriseringen af sanktioner som straf ved at tage udgangspunkt i dette behov for afvejning mellem hensynet til effektiv adfærdsstyring og den enkelte borgers retssikkerhed.⁷ En sanktion kan da kategoriseres som straf, hvis den fører til et mere alvorligt indgreb, der stiller krav om overholdelse af visse retssikkerhedsgarantier. Det ses da, at straf er et tû-tû begreb, dvs. et fremstillingsteknisk hjælpemiddel (koblingsbegreb), der gør det muligt at sammenkæde overholdelsen af visse retssikkerhedsgarantier med visse særligt indgribende sanktioner.⁸ Vi siger det samme, når vi siger, at der ved denne sanktion skal gælde visse retssikkerhedsgarantier, og når vi siger, at denne sanktion bør kategoriseres som straf.

Herved har vi ikke fjernet retsfølelsen fra ligningen. For det første kan noget af det, der gør et indgreb alvorligt, netop være en udbredt følelse af misbilligelse forbundet med sanktionen. En sådan misbilligelse kan udtrykkes på forskellig måde. En måde er at anbringe normerne i de særlige straffelovbøger, hvorved man søger at signalere, at den pågældende adfærd og sanktionen rettet herimod misbilliges i særlig høj grad. I dansk ret flyttede man f.eks. grov skattesvig fra skattelovene til Borgerlig Straffelov § 289 for at opnå denne effekt. På børsområdet synes noget lignende at være sket i Finland, hvor bestemmelserne om informationsmisbrug (insiderhandel og kursmanipulation) i 1999 blev flyttet til Strafflagens kap. 51. Man bør dog ikke overvurdere denne effekt. I dansk ret søgte man f.eks. at sondre mellem to former for frihedsberøvelse ved at operere med dichotomien fængsel og hæfte, hvor sidstnævnte skulle betragtes som mindre graverende. Sondringen mistede imidlertid sin klangbund i befolkningens retsfølelse, om den nogensinde havde haft en sådan, og sondringen er siden forladt i dansk strafferet. Tilsvarende er det tvivlsomt, om placeringen af sanktionen for børsretligt informationsmisbrug i den finske straffelovbog af befolkningen opfattes som en større misbilligelse end de tilsvarende sanktioner, der i de øvrige nordiske lande er placerede i særlove. Misbilligelse kan også udtrykkes på anden måde. Navnlig i markedsretten, både den almindelige forbrugerret og børsretten, anvendes i stigende grad renommetab som sanktion. Brugen af gabestok er dog opgivet, men et lignende resultat opnås ved offentligt at udtrykke misbilligelsen (såkaldt naming-and-shaming). Det er almindeligt i børsretten med

⁷ Hurwitz (note 4), s. 26 ff., finder det ligeledes tjenligt ved afgrænsningen af straf fra andre retsfølger at se på "betingelser, former og virkninger" for brugen af straf.

⁸ Om denne brug af begreber, se Ross, "Tû-Tû?", s. 468 i "Festskrift til Henry Ussing" (1951).

sådan offentlig påtale, og i den almindelige forbrugerret kan fra dansk ret nævnes, at levnedsmiddelbutikker tvinges til offentligt at bære et mærke, der viser sundhedsmyndighedernes vurdering af butikkens hygiejniske standard på tidspunktet for et uannonceret kontrolbesøg. Sanktionens karakter af misbilligelse er her åbenbar, og alvoren af disse sanktioner bør ikke undervurderes, alene fordi de ikke angår traditionelle sanktionsformer såsom frihedsberøvelse og formuetaab.

For det andet spiller retsfølelsen stadig en rolle, fordi der er en naturlig sammenhæng mellem en højere grad af misbilligelse af den udviste adfærd og alvoren af det indgreb, som den konkrete reaktion imod adfærden indebærer. Der er, som før nævnt, et ligefremt forhold mellem misbilligelse og lidelse. Fremfor spekulationer over, hvorvidt en given adfærd misbilliges af den almindelige retsfølelse og i givet fald hvor meget, kan alvoren af den tilknyttede sanktion bedre anvendes som udtryk herfor. Den lovfæstede sanktion har jo en objektiv tilstedeværelse, der gør den lettere at analysere end den rent subjektive og flygtige størrelse, som retsfølelsen er. Ret sfølelsen er således stadig den drivkraft, der via det politiske system (lovgivningsmagten) afgør adfærdsstyringens materielle indhold og dets sanktionering. Fordelen ved at betragte straf som et koblingsbegreb ligger alene i, at kategoriseringen objektiveres.

Denne betragtning forklarer, hvorfor særligt indgribende sanktioner, f.eks. frihedsberøvelse, traditionelt kategoriseres som straf og knyttes til særlige retssikkerhedsgarantier. Men af denne betragtning følger også, at visse sanktioner, der ikke er særligt indgribende, f.eks. mindre pekuniære sanktioner, valgfrit kan kategoriseres som enten straf eller anden sanktion.⁹ Valget afhænger reelt af den valgte balance mellem adfærdsstyringens effektivitet og borgernes retssikkerhed. Dette valg er et politisk valg, der dels afhænger af tradition, dels kan ændres over tid, f.eks. i form af nykriminalisering eller afkriminalisering. Det kan her indvendes, at valgfriheden ikke eksisterer ved visse pekuniære sanktioner. Nogle pekuniære sanktioner søger alene genopretning (restitution), f.eks. betaling af det beløb, som er tjent eller sparet ved overtrædelsen. Men andre pekuniære sanktioner går videre for at udtrykke en tilknyttet bebrejdelse (retribution), og disse opfattes traditionelt som straf. Denne indvending er rigtig, for så vidt at kategoriseringen som straf er berettiget for disse sidste sanktioners vedkommende, men den overser, at sådanne videregående pekuniære sanktioner netop kategoriseres som straf, fordi indgrebet er alvorligere. Ved genopretning er den pekuniære sanktion begrænset til den fordel, som overtrædelsen uberettiget har medført. Ved videregående pekuniære sanktioner er der enten ingen eller kun meget vide øvre grænser for sanktionens størrelse og dermed indgrebets alvor. Skønnes sådanne vidtgående sanktioner nødvendige i adfærdsstyringen, må de ledsages af

⁹ Jf. Munch, "Erstatning, afgifter og andre ikke-ponale retsfølger som alternativer til bødestraf", NTfK 1974.224, s. 229, der bemærker, at kategoriseringen kan variere fra land til land, og at hovedsagen i en pekuniær sanktion er den samme uanset kategoriseringen som straf eller ikke-straf.

vidtgående garantier for retssikkerheden, og vi kan da vælge at benytte koblingsbegrebet *straf* for at udtrykke denne sammenhæng.

Endelig bør det bemærkes, at retssikkerhedsgarantier ikke kun er knyttet til straf. Lignende garantier ses f.eks. i love om god forvaltningsskik, der fastsætter regler om høring, upartiskhed, begrundelse, klagevejledning, rekurs og lignende. Fremvæksten af disse garantier skyldes væksten i forvaltningsretlige love, der er sanktioneret på forskellig vis. Når disse garantier ikke er så omfattende som garantierne på strafferettens område, skyldes det, at forvaltningsretten ikke byder på sanktioner af samme alvor. Medmindre, naturligvis, at de forvaltningsretlige sanktioner er alvorlige, i hvilket tilfælde de normalt kategoriseres som strafferetlige, hvorefter videregående retssikkerhedsgarantier finder anvendelse. Der er således ikke tale om et valg mellem enten et sæt af retssikkerhedsgarantier, der kun udløses ved straf, eller slet ingen garantier, hvor sanktionen ikke skønnes at udgøre en straf. Der eksisterer derimod forskellige kombinationer af garantier afhængigt af, hvor alvorlig sanktionen er. Den konkrete kombination vælges, som før nævnt, ved afvejning af de to modsatrettede hensyn til adfærdsstyringens effektivitet og borgernes retssikkerhed. Dette er et politisk valg, der, påvirket som det er af bl.a. tradition, kan variere fra tilfælde til tilfælde, og fra land til land.

2. Den europæiske Menneskerettighedskonvention

2.1. Konventionen som kompetencebegrænsning

Betragtningen af straf som en funktion af indgrebs alvor, der reelt fungerer som et koblingsbegreb mellem visse sanktioner og behovet for retssikkerhedsgarantier, modsvares af Den europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK). Konventionen opstiller visse retssikkerhedsgarantier. Nogle gælder generelt, når borgeren skal have fastlagt sin individuelle retsposition af staten (*determination of his civil rights and obligations or any criminal charge against him*), jf. EMRK art. 6(1). Andre garantier er derimod kun knyttet til sanktioner, der kategoriseres som straf, jf. EMRK art. 6(2)–(3) og 7. Herved adskiller konventionen sig således ikke fra de kontraherende staters egne retstraditioner.

Det interessante ved konventionen er derimod dens funktion som kompetencebegrænsning. Den enkelte kontraherende stat begrænser jo sin kompetence ved at tiltræde en konvention, fordi konventionen fremover skal overholdes i god tro. Det politiske valg mellem at kategorisere sanktioner som enten straf eller ikke-straf og den implicite afvejning af hensynet til adfærdsstyringens effektivitet og borgernes retssikkerhed, er dermed begrænset inden for de rammer, som EMRK sætter.

Problemet er, at konventionen kun angiver halvdelen af den ligning, som koblingsbegrebet *straf* udtrykker. Konventionen angiver således en række retssikkerhedsgarantier, der skal anvendes, når en sanktion kategoriseres som straf. Men konventionen angiver ikke, hvornår en sanktion er alvorlig nok til at kategorisere som straf. Denne anden og i konventionsteksten manglende del af ligningen

er dog efterhånden udfyldt ved retspraksis fra den særlige konventionsdomstol, Den europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD).¹⁰

Da konventionen tilstræber at begrænse de kontraherende staters kompetence, er fortolkning af, hvornår sanktioner kan kategoriseres som straf, naturligvis konventionsautonom. De enkelte stater kan ikke selv afgøre, hvornår de ønsker at følge konventionens krav om retssikkerhedsgarantier ved at kategorisere sanktionerne som ikke-straf.¹¹ Heraf følger dog ikke, at de kontraherende stater skal følge konventionens terminologi. Det følger jo netop af den tidligere anførte betragtning om straffens karakter af fremstillingsteknisk hjælpemiddel, at terminologien ikke i sig selv har betydning. Staterne må gerne beskrive en given sanktion som ikke-straf, blot de stiller de garantier for retssikkerheden til rådighed, som konventionen kræver, når sanktionen efter konventionen kategoriseres som straf. Vi skal i det følgende se nærmere på denne retspraksis.

2.2. Generelle krav

Indledningsvis analyseres de generelle krav til retssikkerhedsgarantier, som skal anvendes ved enhver fastlæggelse af borgerens individuelle retsposition af staten i medfør af EMRK art. 6(1). Dette omfatter anvendelse af en enhver retsfølge, der kan karakteriseres som en sanktion rettet mod uønsket adfærd, uanset om sanktionen efter konventionen herudover kategoriseres som en straf.

Den første retsgaranti består i, at afgørelsen skal træffes af en *uafhængig og upartisk judicial myndighed* (independent and impartial tribunal). Myndigheden behøver ikke være organiseret som en del af det nationale domstolshierarki, blot den er indrettet på at træffe retsafgørelser, dvs. at den i denne henseende er judicial. Hvornår et medlem af myndigheden kan anses for uafhængig og upartisk er en konkret vurdering, der må træffes i relation til sagens parter og den eksekutive myndighed.¹² Sidstnævnte må tolkes som den myndighed, der søger at håndhæve adfærdsstyringen. Det er således nødvendigt at sondre mellem to funktioner: håndhævelse og retsafgørelse. En national fransk afgørelse har underkendt den procedure, som anvendtes på børsrettens område af det franske børstilsyn (COB), fordi et medlem af den judicielle myndighed også havde truffet beslutning om indledning af efterforskningen.¹³ Den franske appeldomstol udtalte, at det ikke i sig selv var forkert at samle de forskellige funktioner hos COB, men sammenfaldet af *personer* stred mod EMRK art. 6(1).

¹⁰ EMDs afgørelser er tilgængelige gratis on-line på <www.echr.coe.int>.

¹¹ Jf. EMDs afgørelse af 8. juni 1976, *Engel v. Holland*. Det bemærkes i prm. 81, at den kontraherende stat kan vælge at kategorisere en sanktion som straf, hvilket vil blive respekteret af EMD, men at det samme ikke nødvendigvis vil gælde kategoriseringen som ikke-straf.

¹² Jf. EMDs afgørelse af 27. juni 1968, *Neumeister v. Østrig*, prm. 24.

¹³ Jf. Cour d'appel de Paris' afgørelse af 7. marts 2000. *KPMG*, Bulletin du Conseil national des commissaires aux comptes, No. 119 § 121. Reglerne er siden ændret, se herom Lau Hansen, "Informationsmisbrug" (2001), s. 142.

Den anden retsgaranti består i, at afgørelsen skal finde sted efter *en åben og mundtlig høring* (public hearing). Da retssikkerheden på dette punkt er begrundet i hensynet til borgeren, kan borgeren give afkald på denne ret.¹⁴ Selvom EMRK art. 6(1) gælder for både straf og andre sanktioner, synes der efter EMDs domspraksis alligevel at blive sondret også i denne henseende. Således accepteres det, at visse mindre sanktioner, der ikke udgør straf, kan behandles alene efter en *skriftlig procedure* af hensyn til sagsbehandlingens effektivitet.¹⁵ Endvidere synes det accepteret, at afgørelsen træffes af en judiciel myndighed uden en *åben* behandling, såfremt sanktionen ikke er straf, og såfremt afgørelsen kan indbringes for en anden judiciel myndighed, der har kompetence til at høre sagen på ny, og hvor processen er åben.¹⁶ Er sanktionen derimod en straf i konventionens forstand, skal der være adgang til en åben høring, og denne høring kan næppe være skriftlig, da det ville stride mod de særlige garantier efter EMRK art. 6(3), medmindre borgeren utvungent giver afkald herpå.

2.3. Krav ved straf

Retningslinjerne for kategoriseringen af en sanktion som straf efter EMDs praksis drøftes i afs. 2.4 ndf. Når sanktionen kategoriseres som straf i konventionens forstand, supplerer EMRK art. 6(3) kravene i EMRK art. 6(1) om en retfærdig prøvelse. Disse krav angår således indretningen af den *procedure*, som den judicielle myndighed skal give mulighed for, før sanktionen bringes i anvendelse. Borgeren har ret til hurtigt at blive gjort bekendt med anklagerne mod ham på en forståelig måde, jf. EMRK art. 6(3)(a). Borgeren skal have fornøden tid til at forberede sin sag, jf. EMRK art. 6(3)(b), hvilket således begrundes en vis afvigelse fra kravet om en rimelig hurtig sagsbehandling i EMRK art. 6(1). Borgeren skal have ret til at fremføre sit forsvar selv eller ved advokat, herunder adgang til beskikkelse ved økonomisk uformåen, jf. EMRK art. 6(3)(c). Borgeren har ret til at føre og afhøre vidner, jf. EMRK art. 6(3)(d). Og endelig har borgeren ret til tolkning, jf. EMRK art. 6(3)(e). Det er endvidere et processuelt krav, at der ikke må ske selvinkriminering. Kravet er udledt i domspraksis og støttes på EMRK art. 6(2) om uskyldsformodningen. Det indebærer, at materiale udleveret pligtmæssigt til offentlige myndigheder ikke må inddrages under straffesagen.¹⁷

I britisk børsret har man taget konsekvensen af, at sanktioner for markeds-misbrug (market abuse) efter Financial Services and Markets Act (FISMA 2000) sec. 118 formodentlig må kategoriseres som straf i EMRKs forstand, selvom de

¹⁴ Jf. EMDs afgørelse af 28. januar 1983, *Albert & Le Compte*, prm. 35.

¹⁵ Jf. EMDs afgørelse af 24. juni 1993, *Schuler-Zraggen v. Schweiz*, prm. 58.

¹⁶ Jf. *Albert & Le Compte* (note 14 ovf.) prm. 36–37, hvor den åbne høring i den franske kassations-domstol ikke var tilstrækkelig, fordi denne domstol ikke kan tage hele sagen under sin bedømmelse.

¹⁷ Jf. EMDs afgørelse af 17. december 1996, *Saunders v. Storbritannien*. Se om sagen, Langsted, "Selvinkriminering og oplysningspligter", NTfK 1998.308 med henv. til yderligere litteratur.

efter national ret betragtes som administrative sanktioner (ikke-straf), og man har derfor indrettet et særligt tribunal, Financial Services and Markets Tribunal, jf. FISMA 2000 sec. 134–136. Borgeren kan vælge at føre sin sag for tribunal, der gælder bl.a. et forbud mod selvinkriminering, og det er muligt at få beskikket en advokat ved økonomisk uformåen.

Til den materielle ret stilles navnlig to krav: uskyldsformodningen, jf. EMRK art. 6(2), og kravet om klar straffehjemmel (*lex certa*), jf. EMRK art. 7(1). *Uskyldsformodningen* indebærer, at det påhviler den offentlige myndighed at sandsynliggøre borgerens overtrædelse af den pågældende pligtenorm (gerningsindholdet). Der stilles derimod ikke krav om, at gerningsindholdet skal indeholde et subjektivt krav om tilregnelighed (skyld). Endvidere er bestemmelsen næppe til hinder for særlige bevisregler, f.eks. omvendt bevisbyrde, når blot det påhviler myndigheden at godtgøre sandsynligheden af en overtrædelse, hvorefter det påhviler borgeren at godtgøre sin uskyld. Bestemmelsen skal ses som en garanti mod vilkårlighed, ikke som et krav om fuldt bevis.

Kravet om *klar straffehjemmel* efter EMRK art. 7(1) indebærer for det første et forbud mod straffelove med tilbagevirkende gyldighed. For det andet stilles der visse krav til gerningsindholdets klarhed, dvs. den *forudberegnelighed* som beskrivelsen af retsfaktum giver borgeren mulighed for. EMD finder, at dette krav om forudberegnelighed på den ene side begrænser muligheden for analogier,¹⁸ men p.d.a.s. bør fortolkningen ikke begrænses til beskrivelsen af gerningsindholdet selv, men ske ved inddragelse af de fortolkningsdata, som følger af retspraksis.¹⁹ Denne betoning af retspraksis er navnlig væsentlig ved retsstandarder, f.eks. de så populære god skik-klausuler. Her kan retspraksis gradvist udvide forståelsen af, hvad der strider mod retsstandard, så længe dette er i overensstemmelse med "essensen" af gerningsindholdet og med rimelighed kunne forudses.²⁰ Kravet om forudseelighed kan vel i øvrigt opfyldes på anden måde end ved retspraksis, f.eks. ved den tilsynsførende offentlige myndigheds udstedelse af udtalelser, vejledninger og eksemplifikationer.

2.4. Kategoriseringen af sanktioner som straf

Ved den konventionsautonome kategorisering af en sanktion som *straf* lægger EMD vægt på tre kriterier.²¹ Hvert kriterium kan være afgørende for sig, men det

¹⁸ Analogier i national strafferet fortolkes da også traditionelt indskrænkende. Se t.eks. Gomard, "Analogi i strafferetten", s. 125 i "Festskrift til Alf Ross" (1969).

¹⁹ Jf. EFDs afgørelse af 25. maj 1993, *Kokkinakis v. Grækenland*, prn. 52.

²⁰ Jf. EMDs afgørelse af 22. november 1995, *S.W. v. Storbritannien*, prn. 36: "Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen."

²¹ Jf. *Engel* (note 11) prn. 82. Den konkrete sag angik militære foranstaltninger, men de tre kriterier bruges generelt.

er almindeligt at vurdere dem samlet, og EMD har ikke anvist nogen indbyrdes vægtning af dem.

Det første kriterium er *kategoriseringen* i national ret af sanktionen. Som nævnt i afs. 2.1 ovf. vil kategoriseringen af sanktionen som straf i det nationale retssystem normalt være udslagsgivende, hvorimod kategoriseringen som ikke-straf er mindre væsentlig, men dog ikke uden betydning. Der er adskillige eksempler på, at EMD har kategoriseret en sanktion som straf, selvom den var kategoriseret som ikke-straf i national ret.²² EMD anerkender de kontraherende staters ret til at afkriminalisere, men lægger ikke desto mindre vægt på, hvordan overtrædelsen tidligere har været kategoriseret, og hvordan kategoriseringen er i andre kontraherende stater.

Det andet kriterium angår mere direkte et forsøg på at vurdere, hvorvidt sanktionen udtrykker en social *misbilligelse*, dvs. om sanktionen opleves som straf. I denne bedømmelse vurderes bl.a., om sanktionen offentliggøres (renommetab), hvilket jo kun giver mening, såfremt sanktionen udtrykker en vis alvorligere misbilligelse. Dette taler for en kategorisering af sanktionen som straf. Derimod betragtes *disciplinære foranstaltninger* ikke som straf i konventionens forstand. Det kendetegnende for disciplinære foranstaltninger er, at de angår en begrænset kreds af særligt kvalificerede personer, f.eks. medlemmer af en profession, og selv ganske indgribende foranstaltninger kan da henregnes som ikke-straf, f.eks. ubegrænsede pekuniære sanktioner.²³ Det er nærliggende, at andre meget alvorlige sanktioner ligeledes accepteres som ikke-straf, f.eks. offentlig påtale (renommetab) og fratagelse af autorisation (tab af retsgode). Hvis adfærdsstyringen derimod retter sig mod den brede offentlighed, taler det for at kategorisere den tilknyttede sanktion som straf. Begrundelsen for denne sondring skal formodentlig søges i, at medlemskabet af en særlig profession indebærer en accept af, at denne profession stiller visse særlige krav til opførsel, hvilket i sin tur indebærer en accept af de foranstaltninger, der anvendes som sanktioner.

Det tredje kriterium er ikke overraskende en vurdering af sanktionens alvor, dvs. hvor indgribende sanktionen er. Pekuniære sanktioner, der alene sigter til genopretning, vil normalt kunne accepteres som ikke-straf. Hvis sanktionerne kan gøres ubegrænsede, taler det for en kategorisering som straf. Deraf kan man ikke slutte, at små pekuniære sanktioner ikke er straf, da selv ganske små beløb kan kategoriseres som straf.²⁴ Det afgørende synes at være, at de ikke angår genopretning, men udtrykker en reprimande. Et element i denne sondring er f.eks., om det indkrævede beløb tilfalder en skadelidt eller statskassen. Tilsvarende vil renom-

²² Jf. EMDs afgørelse af 21. februar 1984, *Öztürk v. Tyskland*, hvor sagen angik en færdselsforseelse, der efter tysk ret kategoriseres som en *Ordnungswidrigkeit*, hvilket sanktioneres administrativt med en afgift. Afgiften kunne ikke forvandles til frihedsberøvelse (forvandlingsstraf).

²³ Jf. EMDs afgørelse af 24. november 1998, *Brown v. Storbritannien*, der angik disciplinære foranstaltninger mod en advokat.

²⁴ Jf. *Öztürk* (note 22), hvor afgiften for færdselsforseelsen var beskeden.

metab som før nævnt ofte kategoriseres som straf. I den nationale franske sag om sanktioner på børsområdet, lagde appeldomstolen vægt på disse to forhold og det betydelige beløb, som sanktionen konkret udgjorde, ved sin kategorisering af COBs sanktioner som straf.²⁵ Det fratog ikke sanktionerne deres karakter af straf, at den konkrete sag angik en professionel markedsaktør, og sanktionerne kunne dermed ikke anses for disciplinering. Det skyldes formodentlig, at sanktionerne kunne rettes mod alle markedsaktører, uanset deres professionelle status. I en britisk sag på børsområdet har den nationale domstol derimod fundet, at en ubegrænset afgift (fine) ikke var en straf (penalty), men derimod disciplinering, hvilket formodentlig skyldes, at sanktionen var rettet mod en begrænset kreds.²⁶ Dommen fremhæver også, at sanktionen ikke kunne konverteres til frihedsstraf, og at inddrivelse af afgiften kun kunne ske som anden privat gæld.

3. Den europæiske fællesskabsret

Her er det kun relevant at vurdere *den middelbare strafferet* i fællesskabsretten (EU-retten 1. søjle og EØS-retten), dvs. sanktioneringen af normer, der ikke direkte er sanktioneret i fællesskabsretten selv, som tilfældet er f.eks. med konkurrenceretten (den umiddelbare strafferet). En sådan middelbar strafferet foreligger f.eks. i relation til det eksisterende insiderdirektiv fra 1989 og i relation til direktivforslaget om markedsmisbrug. På grund af komitologi-proceduren, der skal udfylde direktivforslaget, ved vi endnu ikke, hvilke krav der vil blive stillet til strafbarheden af forslagets enkelte bestemmelser.²⁷ Vurderingen af fællesskabsrettens krav må derfor angå de mere generelle principper, som fastlagt af EF-Domstolen (EFD).

Hvor sanktionering skal ske i national ret, er der en betydelig frihed for medlemsstaterne i sanktionsvalget. Dog skal kontrol og håndhævelse være effektiv, dvs. der skal være en vis intensitet i såvel kontrol som håndhævelse, hvilket forudsætter allokering af de fornødne ressourcer. Sanktionerne skal på den ene side stå i et rimeligt forhold til overtrædelsen (proportionalitet), og p.d.a.s. være afskrækkende (prævention).²⁸ Der er forskel på medlemsstaternes retssystemer,

²⁵ Jf. *KPMG* (note 13).

²⁶ Jf. Queens Bench Division's afgørelse af 26. april 2001, *Regina (Fleurose) v. Securities and Futures Authority*.

²⁷ Komitologi er hjemlet ved Rådets beslutning af 28. juni 1999 (1999/468/EF), der afløste beslutning (87/373/EØF). Om den nye beslutning, se Lenaerts & Verhoeven, "Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU?", *Common Market Law Rev.* 2000.645. Mere generelt, herunder om de politiske problemer, som komitologi rejser, se Joerges & Vos (Eds.), "EU Committees: Social Regulation, Law and Politics", Oxford (1999), der dog er skrevet før den nye beslutning.

²⁸ Principperne blev fastlagt i EFDs dom af 21. september 1989 i sag 68/88, *Kommissionen v. Grækenland*, Saml. 2965, (Den græske majssag), prn. 23–24. De er siden gentaget i retspraksis, og er nu direkte nævnt i direktivforslaget om markedsmisbrug art. 14(1).

herunder deres forvaltnings- og strafferetlige traditioner, og fællesskabsrettens krav til national ret skal derfor ikke vurderes i forhold til indsatsen i andre medlemsstater, men i forhold til de øvrige nationale dele af medlemsstatens retssystem. Medlemsstaten må således tilstræbe en harmoni mellem indretningen af dens nationale sanktionssystem og den måde, som den pågældende fællesskabsret sanktioneres på.

Dette harmonihensyn er yderligere udtrykt i EFDs dom i *Verdonck*, der angik insiderdirektivet.²⁹ Under en belgisk straffesag mod en række primære insidere blev det gjort gældende, at belgisk ret ved implementeringen af insiderdirektivet havde opdelt kredsen af primære insidere, fordi man dels havde reduceret kravet om tilregnelser til uagtsomhed (burde viden), dels havde defineret intern viden særskilt i relation til holdingselskaber qua primære insidere. Angiveligt havde man herved kun skærpet kravet om tilregnelser i relation til nogle primære insidere, men ikke for alle (holdingselskaber). EFD kan ikke fortolke national ret, men fastslog mere generelt, at det ikke er tilladt medlemsstaterne at foretage en sådan opdeling, der ikke modsvarer direktivets opdeling, jf. prm. 33. EFD fastslog endvidere, at hvis der var sket en sådan ulige skærpelse, skulle den nationale domstol se bort fra skærpelsen i relation til alle de pågældende aktører, jf. prm. 37.³⁰ Dommen støttes på insiderdirektivets art. 6, 1. pkt., der udtrykkeligt fastslår, at skærper i national ret skal finde "almindelig anvendelse". Det rejser spørgsmålet, om noget tilsvarende gælder for direktiver, der ikke har en tilsvarende bestemmelse. Set i lyset af den førnævnte domspraksis om harmoni mellem national ret og implementeret fællesskabsret, er det nærliggende, at der ligeledes ved implementeringen af de enkelte dele af fællesskabsretten gælder et tilsvarende og generelt krav om ikke at forrykke den balance mellem sine enkelte dele, som direktivet udtrykker.

2. DEL. BØRSRETLIGE BETRAGTNINGER

4. Informationsteori

George Akerlof, som modtog dette års Nobel-mindepris i økonomi, er blandt fædrene for den såkaldte informationsteori, der beskriver rationalet bag juridisk regulering af markeder, herunder kapitalmarkedet. Akerlofs citron-teori beskriver således, hvordan asymmetrisk fordeling af information vanskeligt kan undgås på et marked, fordi sælgeren qua besidder vil vide mere om det udbudte gode end de potentielle købere. Informationsasymmetri vil gøre markedet illikvidt, fordi

²⁹ EFDs dom af 3. maj 2001 i sag C-28/99, *Jean Verdonck m.fl.*, Saml. I-3399.

³⁰ Det er uklart, hvad der i givet fald skulle gælde efter belgisk ret. Formodentlig skulle uagtsomhed bevares, men den lempeligere definition af intern viden bruges. Dette forudsætter dog, at definitionen var direktivkonform.

køberne vil afdække risikoen ved deres informationsunderskud ved at reducere deres bud. Det driver sælgere af bedre goder fra markedet, men lader sælgere af dårligere goder tilbage, hvilket i sin tur medfører yderligere reduktion af bud fra køberne (advers selektion).³¹

Det interessante ved disse betragtninger er, at de gør op med den traditionelle forestilling om markedet som perfekt, og i stedet påpeger behovet for juridisk regulering, ikke nødvendigvis i form af lovregulering, men ikke desto mindre en retlig regulering. En sådan regulering kan bestå i tre forskellige tiltag: informationspligter, hvorved informationsasymmetrien udlignes; forbud mod udnyttelse af informationsfordel, hvorved asymmetrien får lov at bestå, men ikke må udnyttes; og endelig ved forbud mod at skabe nye asymmetrier ved at misinformere. De tre tiltag kendes i alle dele af markedsretten, på børsrettens område kendes de som henholdsvis oplysningsforpligtelser, forbud mod insiderhandel og forbud mod kursmanipulation.

Det bør imidlertid også bemærkes, at der i relation til de to første tiltag må ske en *afvejning* med hensyn til eksklusivitet, dvs. retten til at kunne bevare information fortroligt og profitere heraf. En sådan ret tilstås normalt kun ved bearbejdet information, typiske eksempler er erhvervshemmeligheder og patenter.³² I modsat fald ødelægges konkurrencen om informationsbearbejdelse, og markedet mister sin dynamik. Således ville en fortolkning af insiderforbudet baseret på en lighedsgrundsætning ødelægge incitamentet til finansiel analyse, da et eventuelt forspring i så fald skulle deles med det øvrige marked, og de børsnoterede virksomheder ville vanskeligt kunne klare sig i konkurrencen, hvis al væsentlig information virkelig skulle offentliggøres efter oplysningsforpligtelserne.³³ Denne afvejning har medført, at forbudet mod insiderhandel kun gælder information, som ikke er almindeligt tilgængelig, og kan kategoriseres som væsentlig. Væsentlighedsbedømmelsen afhænger af, om informationen *ex ante* dens offentliggørelse må bedømmes som potentielt egnet til at kunne ændre det samlede indtryk, som markedet har af udstederen.³⁴ Endvidere må oplysnings-

³¹ Om Akerlofs citron-teori og om informationsteori i øvrigt, se Lau Hansen (note 13), s. 5–24.

³² De to eksempler har hver for sig været genstand for nyere svenske disputatsarbejder, se om patenter, Domeij, "Läkemedelspatent", Stockholms Universitet (1998), og om erhvervshemmeligheder, Helgesson, "Affärshemligheter i samtid och framtid", Stockholms Universitet (2000).

³³ Insiderforbudet tolkes da heller ikke ud fra en lighedsgrundsætning, jf. Lau Hansen, "Due diligence og insiderhandel", UfR 2001B.417, der angår dansk og fremmed ret. Se endvidere Wist, Oker-Blom & Pöntynen, "Due diligence", JFT 2001.426, hvor samme resultat bekræftes for finsk ret. Det er endvidere almindeligt anerkendt, at oplysningsforpligtelserne trods deres generelle ordlyd ikke dækker al væsentlig information, jf. Lau Hansen, a.st. s. 418 med henv.

³⁴ Jf. Lau Hansen (note 13), kap. 4. Det er vigtigt at fremhæve, at væsentlighedsbedømmelsen sker *ex ante* offentliggørelsen, og dermed ikke har tilknytning til de kursbevægelser, der senere måtte forekomme *ex post*. Kravet om væsentlighed er nødvendig, da selskaber og "insidere" ellers ikke kan handle aktier, og det består derfor også i lande, hvor kravet ikke direkte er nævnt i loven, f.eks. Danmark og nu også Norge.

forpligtelserne tage hensyn til behovet for hemmeligholdelse af konkurrence-nødvendig information.

5. Administrativ sanktionering

5.1. Begrundelsen for administrativ sanktionering

Det er evident, at analysen må angå administrativ *sanktionering*, dvs. at vi her drøfter sanktioner mod uønsket adfærd. Der er således ikke tale om at pålægge afgifter for at opfylde fiskale formål, hvilket efter dansk forfatningsret kræver særlig hjemmel efter grundlovens § 43, eller dække konkrete serviceydelser fra staten (gebyrer). Kategoriseringen af de administrative foranstaltninger som sanktioner hindrer dog ikke, at provenuet fra sanktioneringen enten tilfalde staten på samme måde som fiskale afgifter og skatter, eller tilføres kapitalmarkedets brugere enten direkte som udlodning, eller indirekte ved at modregne provenuet i omkostningerne for driften af de administrative tilsynsmyndigheder, som det ellers måtte påhvile markedsaktørerne at betale.

Den traditionelle begrundelse for afkriminalisering og overgang til et regime med administrativ sanktionering er normalt to. For det første et ønske om at bevare straf som udtryk for en alvorligere misbilligelse (stigmatisering) ved at undtage den pågældende uønskede, men ikke længere så misbilligede, adfærd fra strafferetten (devalueringshensynet). For det andet procesøkonomiske hensyn, hvor det traditionelle strafferetlige system (politi og domstole) har vanskeligt ved at overkomme frekvente overtrædelser, og derfor ønskes erstattet af et mindre bekosteligt forvaltningsretligt system (ressourcehensynet).³⁵ Det andet hensyn er normalt kun relevant, hvor det første hensyn foreligger. I andre tilfælde, hvor overtrædelser bliver frekvente, men stadig vurderes som alvorlige, ses normalt ikke en afkriminalisering, men derimod en optrapning og under tiden endda en øget kriminalisering, f.eks. på området for euforiserende stoffer.

Begrundelsen for afkriminalisering på området for børskriminalitet afviger herfra. Det er udokumenteret, at tilfældene af insiderhandel og kursmanipulation skulle være frekvente i et omfang, der overstiger de afsatte ressourcer til kontrol og håndhævelse. Det er for den procesøkonomiske betragtning ikke relevant, at frekvensen af domfældelser er beskedent i forhold til de sager, der udtages til nærmere undersøgelse af de pågældende myndigheder.³⁶ Det skyldes problemet med at opnå domfældelse, ikke problemer med at identificere og forfølge mulige overtrædelser. Det kan næppe heller antages, at det første og vigtigste hensyn bag afkriminalisering, devalueringshensynet, gør sig gældende på dette område. Tværtimod synes der at være en tendens mod stigmatisering i den almindelige

³⁵ De to hensyn er bl.a. fremhævet i den fællesnordiske betænkning NU 1975:5, "Bötestraffet", s. 35.

³⁶ I dansk børsrret udgjorde andelen af sager, der af Finanstilsynet blev oversendt til politimæssig efterforskning ca. 16 pct. af de åbnede sager i perioden 1996–99, jf. Lau Hansen (note 13), s. 128.

retsfølelse over for overtrædelser af denne art. Samme vurdering havde den svenske regering under reformen, der førte til insiderstrafflagen (2000:1086), hvor strafferammerne blev forhøjet.³⁷ Denne tendens skyldes formodentlig den voksende interesse for det organiserede kapitalmarked i bredere dele af befolkningen. Det er tvivlsomt, om overgangen til et administrativt regime vil ændre denne opfattelse, selv hvis regimet skulle medføre hyppigere sanktioner.

Heroverfor kan indvendes, at hensigten med indførelse af et administrativt regime ikke skulle være afkriminalisering, men derimod at skabe et supplerende værn, sådan at grove forhold stadig kan sanktioneres strafferetligt, mens mildere tilfælde kan sanktioneres administrativt. Denne betragtning synes at ligge bag de tilfælde, hvor andre lande har indført et sådant parallelt administrativt regime, f.eks. Frankrig og for nyligt Storbritannien. Tilsvarende holdning synes at ligge bag direktivforslaget om markedsmisbrug, der angiver, at både administrative og strafferetlige sanktioner skal kunne bruges, jf. art. 14(1). Denne indvending kan dog næppe være den eneste begrundelse. Hvis den eneste forskel skulle være at finde i retsfølgen, mens såvel gerningsindhold som proces og de tilknyttede retssikkerhedsgarantier skulle være de samme, kunne man lige så godt anvende det strafferetlige regime, der jo byder på de bedste garantier for borgerne, og overlade det til domstolene at graduere retsfølgen. Det parallelle administrative værn må formodes at adskille sig på andre punkter end blot retsfølgen.

Denne formodning indfries, når vi betragter de ledsagende bemærkninger til direktivforslaget. De oplyser i tilknytning til art. 14(1), at administrative sanktioner gøres obligatoriske, hvilket skyldes "til dels ... at administrative procedurer er hurtigere end retssager". Forventningen om en hurtigere proces må forudsætte fraværet af visse retssikkerhedsgarantier, hvilket i sin tur må forudsætte en korresponderende beskrivelse af gerningsindholdet. Gerningsindholdet i det administrative regime må således forventes at skulle adskille sig fra det strafferetlige regime. Det er utvivlsomt tilfældet i relation til kursmanipulation, hvor de ledsagende bemærkninger oplyser: "Definitionen af kursmanipulation bygger på aktørernes adfærd og ikke deres hensigt eller formål". Gerningsindholdet søges altså beskrevet uden at inddrage tilregnelser. Formodentlig skal bemærkningen til art. 2 om primære insidere tolkes som et tilsvarende ønske om at undgå tilregnelser som led i gerningsbeskrivelsen, når det anføres, at udtrykket "bevidst" ikke er medtaget, fordi disse insidere "er klar over, at de oplysninger, de modtager, er fortrolige." Det skal her kort bemærkes, at ønsket om at fjerne eller reducere tilregnelser som del af gerningsindholdet ikke i sig selv strider mod retssikkerhedsgarantier. Vi kender jo også objektivi ansvar fra strafferetten. Noget

³⁷ Finansinspektionen havde argumenteret for et administrativt regime, jf. rapport af 9. juli 1999, "Översyn av insiderlagstiftningen" (1999:5). Men dette blev afvist af regeringen, der tværtimod valgte at skærpe de strafferetlige sanktioner, altså en form for nykriminalisering. Se prop. 1999/2000:109, "Ny insiderlagstiftning, m.m.", afs. 4.2.

andet er, om objektivt ansvar overhovedet er hensigtsmæssigt, hvad enten regimet er administrativt eller strafferetligt.

Hvis begrundelsen for det administrative regime er, at man ønsker en hurtigere proces og samtidig at undgå tilregnelser som del af gerningsindholdet, bliver spørgsmålet, om de to former for børskriminalitet er egnede til en sådan sanktionering.

5.2. Hurtig proces

Direktivforslaget om markedsmisbrug retter sig mod alle, ikke kun mod en snæver kreds af markedsaktører. De to omhandlede former for børskriminalitet, insiderhandel og kursmanipulation, vil formodentlig være undergivet en vis strafferetlig sanktionering, uanset indretningen af et eventuelt parallelt administrativt regime, fordi disse forhold betragtes med en betydelig misbilligelse i befolkningen. Og selv om et rent administrativt regime blev indført, ville der stadig være tale om en pludselig indført afkriminalisering, der ikke modsvarer kategoriseringen af de samme forhold i andre landes ret.

På denne baggrund må de to former for børskriminalitet kategoriseres som strafferetlige i EMRKs forstand, jf. afs. 2.4 ovf. Den administrative proces må derfor opfylde de krav til retssikkerhedsgarantier, der er beskrevet i afs. 2.3 ovf. Det er dermed tvivlsomt, hvor store besparelser af ressourcer og forbedringer af sagsbehandlingstiden der kan opnås ved indretning af et administrativt regime og den tilknyttede judicielle myndighed. Kravet til retssikkerhed vil jo være det samme som til et strafferetligt regime. En eventuel forbedring kan derimod opnås, fordi gerningsindholdet gør processen lettere at gennemføre, f.eks. fordi tilregnelser ikke indgår. Dette vurderes i det følgende.

5.3. Insiderhandel

Forbudet mod insiderhandel bygger på en afvejning, således at kun nogle former for viden udgør forbudt intern viden, jf. afs. 4 ovf. Det afgørende er således personens mentale tilstand. Dette karakteristikon ved insiderforbudet hindrer ikke en graduering af tilregnelser, f.eks. er uagtsomhed, under tiden dog kun grov uagtsomhed, tilstrækkelig tilregnelser i de nordiske lande. Men dette ændrer ikke på, at *viden* skal indgå som en del af gerningsindholdet. Den pågældende skal således være informeret, og anklagemyndigheden må føre fuldt bevis herfor. Uskyldsformodningen efter EMRK art. 6(2) hindrer ikke omvendt bevisbyrde. Det er naturligvis heller ikke udelukket at føre bevis ved indicier. Ganske vidtgående, men næppe urimelig, i denne retning er *United States v. McDermott*, hvor der blev lagt vægt på tidspunkter for telefonsamtaler og det påfaldende held, som prægede transaktionerne.³⁸ Uagtsomhed kan derimod spille en rolle for den retlige bedømmelse af, om den informerede burde have forstået, at hans viden var intern viden i lovens forstand.

³⁸ 245 F.3d 173 (2nd Cir. 2001).

Det må antages, at den interne viden skal *bruges* af insideren. Således undtager svensk børsret tilfælde, hvor den informerede handler imod sin interne viden,³⁹ og i norsk ret skal den interne viden misbruges,⁴⁰ hvilket formodentlig også gælder i dansk ret.⁴¹ Ligeledes er det et forsvar mod insiderhandel i alle lande, hvis en juridisk person kan vise, at intern viden i besiddelse hos nogle ansatte hos den juridiske person var afgrænset ved informationsbarrierer (Chinese walls) fra de personer, der handlede, og dermed ikke blev brugt af dem. Kravet om brug hindrer dog ikke, at det normalt – især for fysiske personer – vil være tilstrækkeligt at bevise besiddelse af intern viden på handelstidspunktet. Herefter vil det være op til den informerede at godtgøre, at den interne viden ikke blev brugt, hvilket efter omstændighederne kan være næsten umuligt. Dette har karakter af omvendt bevisbyrde, men er uangribeligt såvel i forhold til affattelsen af insiderforbudet, forbudets begrundelse, og kravet om retssikkerhedsgarantier.

Objektivt ansvar giver derimod ingen mening ved insiderhandel, fordi det afgørende er den handlendes mentale tilstand. Der gives dog en række *præventive foranstaltninger*, der er relevante i den her drøftede sammenhæng.

Et alternativ til objektivt ansvar er således spekulationsforbudet (undladelsespligt). Et sådant forbud blev indført i den amerikanske føderale Securities Exchange Act (SEA) 1934 sec. 16(a) for at virke præventivt på insiderhandel (short swing profit rule). Forbudet angår det objektive forhold, at en insider, dvs. en person ansat hos udstederen eller med tilsvarende særlig adgang til intern viden (primær insider i insiderdirektivets forstand), foretager modsatrettede transaktioner i sit selskabs papirer inden for en kortere periode på seks måneder, f.eks. køber og sælger, eller sælger og køber. Et tilsvarende forbud findes i svensk ret, hvor det oprindeligt var knyttet til forbudet mod insiderhandel. Men ved reformen i 2000 blev forbudet overført sammen med den ligeledes præventive foranstaltning om oplysning til et offentligt centralt insiderregister til den særlige lag (2000:1087) om anmeldningsskyldighed. Sanktionen herfor er administrativ. Fordelen ved dette alternativ er, at gerningsindholdet er begrænset til en given adfærd (modsatrettede transaktioner), hvis iagttagelse kan ske objektivt. Ulempen er, at de modsatrettede transaktioner undtagelsesvis kan være ganske harmløse, f.eks. begrundet i andre forhold end udnyttelse af intern viden. I amerikansk føderal børsret, hvorfra forbudet stammer, har man søgt at tilgodese sådanne tilfælde i retspraksis.⁴² Denne ulempe er dog forholdsvis begrænset.

En tilknyttet præventiv foranstaltning, der ligeledes stammer fra SEA 1934

³⁹ Jf. insiderstrafflagen § 8(1)(2) om handel imod intern viden.

⁴⁰ Jf. verdipapirhandelslovens § 2-1(2) om *misbrug* af intern viden.

⁴¹ Overskriften til verdipapirhandelslovens kap. 10 angiver således *misbrug*, og forbudet selv anfører i § 35(1), at den interne viden "kan være af betydning for handlen". Se ligeledes Lau Hansen (note 13), s. 331–346.

⁴² Se herom Cox, Hillmann & Langevoort, "Securities Regulation", 2. udg., Aspen Law & Business (1997), s. 819–823.

sec. 16, er den særlige informationspligt (handlepligt) for insidere til at rapportere deres transaktioner i selskabet til et særligt offentligt tilgængeligt insiderregister. Formålet med en sådan rapportering er to. For det første bliver det muligt at følge insiderens handler, hvilket gør det muligt at vurdere, om insideren har handlet på et tidspunkt, hvor han må formodes at have haft intern viden og dermed har forbrudt sig mod det særskilte forbud mod insiderhandel. Dette kan virke præventivt i relation til forbudet mod insiderhandel. For det andet giver det de øvrige markedsaktører et indblik i insiderens handelsmønster, hvilket erfaringsmæssigt betragtes som værdifuld markedsinformation. Insidere vil jo altid have en viden om selskabet, der rækker videre end selskabets informationspligter (oplysningsforpligtelserne), uden at denne viden nødvendigvis er så væsentlig, at den bør kategoriseres som intern viden og dermed aktivere forbudet mod insiderhandel. Denne viden kan – med en vis usikkerhed – aflæses ved at følge insiderens transaktioner, dels transaktionerne selv, dels de ledsagende kommentarer til den enkelte disposition, som insideren måtte vælge at give. Dette andet formål med informationspligten er således ikke at hindre overtrædelse af forbudet mod insiderhandel, men så vidt muligt at ligestille markedsaktørerne. Informationspligtens to formål viser således samspillet med oplysningsforpligtelser og forbudet mod insiderhandel.⁴³ Undladelsen af at følge en sådan handlepligt kan iagttages objektivt, og da brøden i sig selv må betegnes som mindre, kan sanktionen begrænses tilsvarende. Foranstaltningen egner sig dermed til administrativ sanktionering.

Endnu en præventiv foranstaltning, der er beslægtet med spekulationsforbudet, kunne være at regulere insideres ret til at handle deres værdipapirer i selskabet, og knytte denne regulering til særlige perioder ud fra et formaliseret skøn over, hvornår de kan have intern viden i insiderforbudets forstand. I dansk børsret kendes således fra Københavns Fondsbørs' private regulering en henstilling om, at insidere kun bør handle (åbent vindue) i en periode på seks uger efter det tidspunkt, hvor deres selskab har stillet omfattende finansielle oplysninger til rådighed for markedet, f.eks. års- eller halvårsregnskab. For selskabet selv gælder, at det bør undlade at handle (lukket vindue) tre uger før et sådant tidspunkt. Igen foreligger der et forhold (handle- eller undladelsespligt), der objektivt kan iagttages, hvor brøden er begrænset, og som derfor er velegnet til administrativ sanktionering.

Endelig kan der blandt de præventive foranstaltninger peges på den særlige undersøgelsespligt for insidere, som kendes fra norsk og islandsk lovgivning. Formålet er at gøre insideren opmærksom på, om der foreligger intern viden i selskabet, der er tilgængelig for ham. I så fald bør han undlade at handle, da han i givet fald vil overtræde forbudet mod insiderhandel. Herved søger man at løse det

⁴³ Om dette samspil, se nærmere Lau Hansen (note 13), s. 18–19.

problem, at selv hvor intern viden var tilgængelig for insideren, kan det være svært at bevise, at insideren faktisk var informeret. Det sidste problem kan ikke i sig selv overkommes ved den her drøftede foranstaltning, men ved at gøre undersøgelsespligten til en selvstændigt sanktioneret handlepligt, kan man dog komme bekæmpelsen af insiderhandel et skridt videre. Denne foranstaltning kan af de allerede nævnte årsager også sanktioneres administrativt. Som et særskilt problem bør fremhæves, at undersøgelsespligten i mindre grad kan præciseres til en given adfærd. Det er med andre ord vanskeligere at fastslå, om insideren har opfyldt sin pligt, hvilket knytter sig til problemet med at fastslå, hvilke handlinger der i givet fald bør foretages. Men problemet er ikke uoverkommeligt for en administrativ proces.

Fælles for disse præventive (profylaktiske) foranstaltninger er, at de ikke angår insiderens subjektive viden, og dermed heller ikke direkte hans tilregnelser for de handlinger eller undladelser, som han foretager. Foranstaltningerne angår handle- eller undladelsespligter, der objektivt kan iagttages. Netop fordi disse handlinger eller undladelser er præventive, er deres overtrædelse ikke i sig selv så alvorlige, at de bør sanktioneres hårdt. Der er kun begrænset misbilligelse knyttet hertil. De kan derfor sanktioneres administrativt.

Mange af disse foranstaltninger, der allerede findes i nordisk børsret, gælder *insidere*, dvs. personer med en særlig adgang til selskabets interne informationer. Denne kreds kan afgrænses på forskellig måde. Det kan f.eks. være personer med formel selskabsretlig tilknytning såsom direktører og bestyrelsesmedlemmer. Eller en bredere kreds af sådanne, hvis man f.eks. medtager ledende medarbejdere, hvilket kan give afgrænsningsproblemer, der dog kan løses i de enkelte virksomheder ved at pålægge dem at afklare denne yderligere personkreds. Storaktionærer vil ofte have en tilsvarende indsynsstilling; navnlig i Norden, fordi generalforsamlingen har den øverste myndighed i selskabet, og fordi nordisk selskabsret giver storaktionærer en betydelig ledelsesret som følge af majoritetsprincippet. Endelig kan man udvide kredsen med de omfattede personers nærtstående, f.eks. samlever og børn. Enkelte af de drøftede foranstaltninger kan rettes mod offentligheden, hvilket f.eks. kan komme på tale i relation til de foranstaltninger, der har karakter af informationsforpligtelse. Insiderregisteret er f.eks. blot en variant af den ligeledes offentlige aktiebog, der kendes i alle nordiske lande.⁴⁴ Så længe foranstaltningen sanktioneres lempeligt, vil det formodentlig være muligt med en administrativ proces, uanset at pligtenormerne retter sig mod en ubegrænset kreds. Det kan tilføjes, at netop den brede kreds af forpligtede, f.eks. insidernes nærtstående, gør privatretlig sanktionering vanskelig, omend ikke umulig, jf. nærmere drøftelserne i afs. 6 ndf. Her kan

⁴⁴ Graden af offentlighed varierer de nordiske lande i mellem, f.eks. er der fuld offentlighed i Norge, mens mindre aktionærer er undtaget i dansk og svensk ret.

administrativ sanktionering være at foretrække, da den som lovgivning kan rettes mod en bredere kreds.

5.4. Forbudet mod videregivelse

Forbudet mod videregivelse er selv en præventiv foranstaltning i relation til forbudet mod insiderhandel, og strafferammen er i de nordiske lande lavere end insiderforbudet. I modsætning til handelsforbudet er dette forbud mere objektivt, for så vidt at den interne viden gives videre, hvilket kan dokumenteres. Konstatere en overtrædelse, vil det normalt også være bevist, at videregiveren vidste eller burde vide, at den videregivne viden kunne kategoriseres som intern viden. Den lavere strafferamme kombineret med forbudets præventive karakter, der formodentlig afspejler en mindre grad af misbilligelse, gør det nærliggende at overveje, om forbudet fremover burde sanktioneres administrativt.

Det er imidlertid næppe hensigtsmæssigt. Da informationsudveksling er overordentlig vigtig i moderne erhvervsforhold, og da forbudet mod videregivelse af intern viden kun er præventivt, er forbudet udstyret med en ganske betydelig undtagelse. Videregivelse er således tilladt, såfremt videregivelsen er begrundet i normal funktionsopfyldelse.⁴⁵ Mens selve videregivelsen kan være objektiv konstaterbar, er det noget vanskeligere at vurdere, om videregivelsen var normal i henseende til undtagelsen. Dette er dog i sig selv en vurdering, der kan baseres på objektive forhold omkring indretningen af den pågældende virksomheds informationshåndtering. Det egentlige problem ligger snarere i, at denne vurdering normalt vil kræve en indgående vurdering af de konkrete forhold i virksomheden, fordi informationshåndtering kan variere betydeligt fra sted til sted. Behovet for en indgående bevisførelse taler imod at adskille forbudet mod videregivelse fra den strafferetlige sanktionering af forbudet mod insiderhandel.

5.5. Kursmanipulation

Det er åbenbart, at kursmanipulation ikke kan beskrives som adfærd, der tilsigter at påvirke kursen på et værdipapir. Markedskursen er jo ikke udtryk for en konsensus, men derimod skæringspunktet mellem forskellige vurderinger af den rette værdi, og kursen fluktuerer da også konstant. Det er bedre at tage udgangspunkt i, at kursmanipulation angår misinformation, jf. afs. 4 ovf. Misinformation kan ske på flere måder, ikke blot verbalt, men også non-verbalt, f.eks. ved adfærd. Sidstnævnte er særligt relevant på det organiserede kapitalmarked, hvor handler og kurser indberettes og fortolkes af de øvrige markedsaktører, hvilket giver mulighed for misinformering via adfærd (transaktioner).

⁴⁵ Om forbudets fortolkning, se Lau Hansen (note 13), s. 363–369, hvor det konkluderes, at forbudet p.g.a. undtagelsen reelt antager karakter af et konkret færedelikt.

Misinformation kan teoretisk beskrives som en kommunikation, hvor der er diskrepans mellem den kommunikerendes subjektive opfattelse, og den opfattelse, som modtagerne af kommunikationen bibringes.⁴⁶ Det hensigtsmæssige ved denne beskrivelse er, at udgangspunktet tages i den kommunikerendes opfattelse, hvorved man undgår at skulle forholde sig til den flygtige markedskurs. Men herved nødsages man også til at indse, at kursmanipulation er lige så meget et mentalt anliggende, som insiderhandel er. Forskellige grader af tilregnelser kan også her komme på tale, men de angår alene den retlige bedømmelse af viden, ikke om den pågældende faktisk havde en given viden. Det er således nødvendigt at fastslå den kommunikerendes subjektive opfattelse af et givent forhold, men uagtsomhed kan spille ind ved vurderingen af, om den pågældende forstod, hvordan hans kommunikation ville blive tolket af modtagerne. Endvidere er det, som før nævnt, ikke ukendt i strafferetten at bruge objektive indicier for at fastslå den handlendes subjektive opfattelse. Hvor det f.eks. er godtgjort, at en person har udspremt faktuel urigtige oplysninger, kan det således ofte lade sig gøre ud fra indicier at afgøre, om personen virkelig selv troede herpå. Men uanset den objektive karakter af en sådan bevisførelse om subjektive forhold, så er det ikke desto mindre nødvendigt at føre fuldt bevis for det subjektive forhold. Naturligvis kan et egentligt objektivt ansvar indføres, f.eks. for faktuel urigtig udsagn. I så fald er det ligegyldigt, om man selv troede på, at udsagnet var korrekt, blot det faktisk var forkert. Det vil dog være et overordentligt vidtgående skridt, der kan lamme informationstilgangen til markedet. Direktivforslaget synes heller ikke selv beredt at gå så vidt, f.eks. søger det kun at indføre et professionsansvar for information til markedet, jf. forslagens art. 6(4).⁴⁷ Som udgangspunkt er objektivt ansvar altså meningsløst ved fastlæggelse af, hvad der udgør kursmanipulation.

Dette behøver dog ikke føre til en absolut afvisning af et administrativt regime baseret på adfærd og ikke tilregnelser. Når det var muligt at bruge uagtsomhed som standard for tilregnelsen, skyldes det, at der er et objektivt element i kursmanipulation som i al anden misinformation, nemlig kommunikationen (signalet) til markedet. Denne kommunikation kan som nævnt ske non-verbalt, f.eks. ved at frembringe et handelsmønster, som af de øvrige markedsaktører tolkes på en given måde. Det er ikke urimeligt at kræve, at kommunikationens afsender bør forstå, hvordan hans kommunikation vil blive tolket. Dette gælder i hvert fald ved verbal information, men er mere tvivlsomt ved non-verbal kommunikation, hvor uerfarne markedsaktører måske har vanskeligt ved at forstå rækkevidden af deres handlinger. Denne forskel antyder behovet for at sondre mellem professionelle og

⁴⁶ Hvis X tror, at et forhold er A, og han fortæller Y, at forholdet er B, så misinformerer han Y. Det gør han også, selvom det måtte vise sig, at forholdet faktisk var B. Det er irrelevant, hvorvidt forholdet faktisk er A eller B. Relevant er alene Xs subjektive opfattelse af forholdet.

⁴⁷ Der stilles krav om "rimelig omhu" fra personer med ansvar for information til markedet. Det modsvarer, hvad der i amerikansk føderal børsret kendes som en due diligence-standard.

uprofessionelle markedsaktører, hvilket vil blive diskuteret mod slutningen af dette afsnit.

Nogle handelsmåder er således særligt velegnede til at manipulere markedet med. Et typisk eksempel er handel med sig selv (matched orders). Selve manipulationen består i at indgå en række transaktioner med en trend i prissætningen, f.eks. stigende priser, og disse transaktioner indgås mellem interesseforbundne parter, f.eks. koncernforbundne selskaber eller af samme person igennem forskellige mæglere. Fordi handlerne indgås mellem forbundne parter, er der ingen reel finansiel risiko. Dette tolkes af markedet, som om uafhængige parter indgår disse handler til stadigt højere priser, hvilket rationelt set må dække over en positiv viden, der herved afkodes af iagttageren, som nu også skynder sig at købe til stadigt stigende priser. Manipulationen ligger naturligvis i, at der ikke er en sådan positiv viden. Manipulatoren ved dette, og vi har således den diskrepans mellem subjektiv viden og bibragt viden, der kendetegner misinformationen og dermed kursmanipulationen. Det nytter ikke noget at angribe selve det forhold, at transaktionerne indgås til priser, der bestandigt afviger fra markedsprisen. Som allerede fremhævet forekommer dette også i legitime transaktioner. Det angribelige er *måden*, som handlerne indgås på. Her har vi da et objektivt konstaterbart forhold, som kan gøres til genstand for en administrativ sanktionering. Beslægtet med denne måde (handel med sig selv) er andre handler mellem interesseforbundne parter, hvor parterne ikke direkte kan siges at udgøre en enhed, men hvor de ikke desto mindre opfører sig sådan, f.eks. fordi de har aftalt at ville friholde hinanden for tab.

Det kunne anføres, at handel til stadig højere priser også kan udføres direkte i markedet, uden at man kender sin medkontrahent (manipulation ved reelle transaktioner). Denne metode er imidlertid næppe så brugbar til manipulation, at den bør gøres til genstand for særskilt regulering, da den er behæftet med en betydelig risiko for tab og kræver betydelige ressourcer. Det taler for slet ikke at sanktionere en sådan adfærd.⁴⁸ Andre måder at manipulere på kan derimod tænkes, der er objektivt konstaterbare, og særligt forbundet med risiko for at misinformere markedet. Mest oplagt er fiktive handler (wash sales). I alle disse tilfælde kan der lægges vægt på adfærd og ikke på tilregnelser.

Direktivforslaget anfører i bilagets afs. B en række eksempler på manipulative handlinger. Det er en klassisk opregning af børsverdenens forbrydelsestyper, og som sådan tjener de til illustration af, hvad et strafferetligt regime bør kunne ramme. Men det er tvivlsomt for flere af disse eksemplers vedkommende, om de er egnet til et administrativt regime, og enkelte synes mere klart ikke at være det.

⁴⁸ Jf. Fischel & Ross, "Should the Law Prohibit 'Manipulation' In Financial Markets?", 105 Harvard Law Rev. 503 (1991). Selv ved illikvide papirer indebærer det en betydelig risiko at manipulere ved reelle handler. I den danske AGF-sag, UfR 2001.578 H. som angik endog meget illikvide aktier, benyttede manipulatoren således handel med sig selv og ikke reelle handler til sine manipulationer.

Blandt de tvivlsomme eksempler er den gruppe af transaktioner, hvis objektive resultater kan iagttages og bedømmes som manipulative. Denne gruppe er således delvis objektiv, for så vidt at der er objektivt konstaterbare handlinger, men den *retlige kvalifikation* afhænger af en subjektiv vurdering. Et eksempel, der erfaringsmæssigt har stor praktisk betydning, er opkøb og efterfølgende salg (pumping and dumping). Her kan det objektivt iagttages, at en eller flere personer har handlet kursen op på et papir ved at foretage opkøb til stigende priser, hvorefter de hurtigt afhænder deres positioner. Ofte vil manøvren være forbundet med verbal misinformation, f.eks. på investor chat-sider, der selvstændigt kan forfølges som kursmanipulation, men det er ofte svært at bevise, at den verbale misinformation er knyttet til de handlende. Det afgørende bliver da, om de handlendes købs- og salgsdispositioner i sig selv retligt kan kategoriseres som ”kunstige”, dvs. som foretaget med henblik på at misinformere markedet. Det vanskelige ved denne bedømmelse er, at det ikke nødvendigvis er illegitimt at købe op i et papir i håb om, at kursen vil stige, for dernæst, når prisen er steget, at realisere en profit ved at sælge. Det forekommer så ofte, at det har fået sit eget navn som investeringsstrategi (The Bigger Fool Theory of Investment), og det lå bag en betydelig del af transaktionerne i den IT-boble, som brast i marts 2000. Den retlige kvalifikation vil i disse tilfælde formodentlig kunne baseres på objektive forhold, f.eks. om der også har været verbal misinformation i markedet, og om den iagttagne boble kun opstod i det pågældende papir, men ikke i andre. Sådanne objektive forhold kan tale for administrativ sanktionering. Et lignende eksempel på en objektivt konstaterbar adfærd, der retligt kan kategoriseres som kunstig, er transaktioner umiddelbart før opgørelsestidspunkter (marking the close). Hvis en markedsaktør f.eks. har indgået på kontraktuelle forpligtelser, der bestemmes i forhold til et bestemt indeks på et givent tidspunkt, kan det være fristende at gennemføre transaktioner umiddelbart før opgørelsen af indekset til en pris, der påvirker opgørelsen. Objektivt kan det iagttages, at transaktionen er gennemført kort tid før opgørelsen, men den retlige kvalifikation afhænger af, om denne transaktion bedømmes som kunstig. Igen må det erindres, at det ikke i sig selv er forkert at indgå transaktioner til kurser, der afviger fra markedet. Alligevel er risikoen for påvirkning stor nok til, at det kan være berettiget at skride ind alene på det objektive grundlag, at de enkelte transaktioner afveg betydeligt fra de forudgående transaktioner (kurslejet), og at de tidsmæssigt lå nær et særligt opgørelsestidspunkt. En sidste gruppe af tilfælde af denne art er misbrug af en dominerende stilling (cornering og squeezes). Disse tilfælde er nært beslægtede med de fra konkurrenceretten kendte tilfælde. Også her kan den objektive konstaterbare adfærd kategoriseres retligt.

I disse tilfælde kan objektive handlinger således gøres til genstand for en retlig kvalifikation, hvilket taler for et administrativt regime. Ved vurderingen af, om adfærden er egnet til at misinformere markedet, kan myndigheden bruge sin egen dømmekraft. I britisk børsret har man som retssikkerhedsgaranti i det administra-

tive system indført en regelmæssig bruger-test (regular user), hvorefter børstilsynet FSA skal stræbe efter at anlægge den vurdering, som en fornuftig, regelmæssig bruger af det pågældende marked ville bruge. FSA er hermed ikke forpligtet til at acceptere enhver adfærd, blot fordi den er almindelig på markedet, men kan dog heller ikke sætte en standard, som de fleste markedsaktører ikke kunne forudberegne.

Til disse tilfælde må dog bemærkes, at den objektive adfærd alene tjener som indicium for den handlendes subjektive opfattelse. Et eventuelt administrativt regime bør derfor give mulighed for undtagelser, enten i form af omvendt bevisbyrde, eller forebyggende ved at undtage de tilfælde, hvor den handlende nok benytter sig af den pågældende handelsmåde, men samtidig orienterer markedet sådan, at der ikke sker misinformation. Det kan f.eks. tænkes, hvor to koncernforbundne selskaber flytter en post værdipapirer indbyrdes til en kurs, der afviger fra markedskursen. Her bør de have mulighed for at unddrage sig administrativ sanktion rettet mod handel med sig selv (matched orders), hvis de orienterede markedet om, at transaktionen ikke var mellem uafhængige parter (arm-length).

Disse tilfælde kan således underkastes et administrativt regime, omend de må betegnes som tvivlsomme, da det rejser visse retssikkerhedsmæssige problemer, at bevis for subjektive forhold søges deduceret fra objektiv adfærd. Nogle af direktivforslagets eksempler synes derimod ikke at egne sig til en administrativ proces. Der vil naturligvis altid være objektivt konstaterbare transaktioner, men den retlige bedømmelse heraf angår i disse tilfælde den handlendes subjektive opfattelse og ikke kun, hvordan andre markedsaktører må opfatte dem. Et eksempel er "fortielse af vigtige forhold eller interesser". Fortielse kan vel kun være manipulativt, såfremt der klart kan bevises en hensigt til at påvirke kursen, hvilket yderligere må forudsætte, at en positiv informationsforpligtelse er overtrådt. De fleste tilfælde af fortielse må derfor sanktioneres som overtrædelse af informationsforpligtelsen og ikke andet. Et andet af direktivforslagets eksempler synes slet ikke at angå kursmanipulation. Det angår køb af et papir, som man har anbefalet andre, hvorefter papiret sælges, når kursen stiger som følge af anbefalingen (scalping og frontrunning). Her må det angribelige forhold være brug af viden om, at kursen vil stige på grund af købsanbefalingen. Dette angår i så fald insiderhandel og ikke kursmanipulation. Og en sådan insiderhandel bør endvidere forudsætte bevis for, at den handlende vidste, at en anbefaling var givet, dvs. den interne viden skal være brugt. Dette har betydning for større finanshuse, der ofte giver anbefalinger og samtidig handler i de samme papirer, men vel at mærke gør det i forskellige afdelinger, der er adskilt af informationsbarrierer.

Endelig bør det erindres, at en række af de drøftede eksempler som nævnt må beskrives som tvivlsomme. Man søger at udlede den subjektive motivation bag transaktionerne alene ved at fortolke transaktionerne selv. Herved risikerer vi at komme til at sanktionere tilfælde, der bedømt ud fra de subjektive forhold faktisk ikke var kursmanipulation. Såfremt den administrative sanktion er beskeden, kan

det retssikkerhedsmæssigt problematiske ved denne fremgangsmåde accepteres. Som Vagn Greve har udtrykt det, bør alle borgere kunne acceptere risikoen for at falde som offer for justitsmord, blot man slipper tilstrækkeligt billigt.⁴⁹ Som drøftet i afs. 5.1 ovf. er begrundelsen for et administrativt regime dog næppe at reducere sanktionerne væsentligt. I så fald bør de drøftede tilfælde kun gøres til genstand for administrativ sanktionering, såfremt adfærdsstyringen retter sig mod en udvalgt professionel kreds, f.eks. kredsen af særligt autoriserede markedsaktører. En sådan kreds kan i højere grad siges at måtte forstå, hvordan deres transaktioner kan forstås – og misforstås – af markedet, og det problematiske i at udlede deres subjektive bevæggrunde fra deres objektive handlinger bliver da mindre.

I britisk børsret er de parallelle strafferetlige og administrative regimer således suppleret af et tredje parallelt *disciplinært* regime, der er rettet mod autoriserede markedsaktører, jf. regelkompetencen i FISMA sec. 138. Det disciplinære regime må opfattes som en variant af det administrative regime, for så vidt at det ikke er strafferetligt. Det er beskrevet ved visse bredt formulerede *principper*, der beskriver kravene til god værdipapirhandelsskik. I deres brede formulering overlapper de beskrivelsen af markedsmisbrug i FISMA 2000 sec. 118 og den udfyldende regulering efter sec. 119, hvilket viser den bredere regulering, som er mulig over for en afgrænset kreds af professionelle. For både det administrative og det disciplinære regime gælder, at grovere tilfælde kan retsforfølges efter det strafferetlige regime, hvor sanktionerne er hårdere, og hvor der stilles krav om tilregnelser samt er de sædvanlige garantier for retssikkerheden.

6. Privat regulering

Som alternativ til offentlig adfærdsstyring, enten i et administrativt eller et strafferetligt regime, står privat regulering på kontraktuelt grundlag. Børser har længe tilbudt regulering af markedsdeltagerne.⁵⁰ Hvor børserne er private virksomheder, hvilket er den nye og fremherskende tendens i Europa og udpræget i Norden, er børsens regulering en sådan privat regulering. Reguleringen retter sig mod to grupper. Dels de *handlende*, der forpligtes som led i aftalen om børsmedlemskab, dels *udstederne*, som forpligtes i noteringsaftalen.

Adfærdsstyring ved privat regulering adskiller sig ikke grundlæggende fra offentlig adfærdsstyring. Normerne kan opdeles i retsfaktum, hvortil knytter sig retsfølger. Private retsfølger er normalt genoprettende, f.eks. ophævelse og erstatning, men de kan antage en pønalt karakter, f.eks. særligt vidtgående opgørelsesformer ved beregning af erstatning, eller mere direkte ved pålæg af bod. En sådan

⁴⁹ Jf. Greve, "Studier i færdsselsstrafferet" (1979), s. 385.

⁵⁰ Muligheden for privat regulering har formodentlig været den oprindelige begrundelse for etableringen af fondsbørser, der som institutioner kunne organisere markedspladsen, jf. Lau Hansen, "Fondsbørsen" (1999), s. 152–159.

adgang til bod kan frit aftales, også af børser, men kan som alle andre aftaleforhold censureres efter rimelighedsbestemmelser i den almindelige aftaleret, navnlig aftalelovens § 36. Set i dette lys får en sådan rimelighedscensur karakter af en garanti for retssikkerhed, der bl.a. skal sikre proportionalitet mellem brøde og sanktion. Endvidere kan konstateringen af en kontraktuel overtrædelse forudsætte inddragelse af domstolene, hvis en af parterne bestrider den anden parts udøvelse af beføjelser. Problemet ved privat regulering af børskriminalitet er den samme, som gør sig gældende ved administrativ sanktionering. Det kan være vanskeligt at føre fuldt bevis for tilregnelser, men hvor den ønskede adfærd er beskrevet uden subjektive elementer, jf. analysen af insiderhandel, videregivelse og kursmanipulation ovf., kan privat regulering formodentlig nå samme resultater som administrativ regulering.

Det bør imidlertid bemærkes, at privat regulering må angå en mere begrænset gruppe markedsaktører end offentlig regulering. Herved antager den mere karakter af den form for offentlig administrativ sanktionering, der kaldes disciplinær. Det skyldes, at børsernes private regulering er kontraktbaseret. Adfærdsstyringen vil derfor kun kunne rettes mod de aktører, der indgår kontrakter med børserne, dvs. børsmedlemmerne og udstederne. En vis afledet regulering kan dog også lade sig gøre kontraktuelt. Kontrakten mellem børsen og det enkelte børsmedlem eller den enkelte udsteder kan også forpligte i relation til personer, der står i kontraktforhold til medlemmet eller udstederen. Medlemmet kan f.eks. forpligtes for den adfærd, som medlemmets kunder udviser ved brug af handelsadgangen til børsen (on-line investering). Udstederen kan ligeledes forpligtes for den adfærd, der udvises af ansatte hos udstederen og eventuelt deres nærtstående. En sådan kontraktuel forpligtelse påhviler dog kun medlemmet og udstederen, der i givet fald bærer ansvar for andre, dem tilknyttede personer (vikarierende ansvar). Formålet med et sådant vikarierende ansvar er, at den umiddelbart forpligtede (medlemmet eller udstederen) må forventes at ville sikre sig mod ansvaret ved selv at forpligte de fjernerestående personer og føre kontrol med dem. Hvorvidt en kontraktuelle forpligtelse kan etableres *direkte* mellem børsen og disse fjernerestående personer er tvivlsomt, men kan tænkes ved brug af standardkontrakter, f.eks. som vilkår for handelsadgang anvendt af børsmedlemmerne over for deres kunder, eller som led i ansættelsesforholdet hos en noteret udsteder. Børsens private regulering kan derimod ikke rette sig mod offentligheden uden en sådan kontraktuel forbindelse.

Det fremgår af Europa-Kommissionens seneste direktivforslag på kapitalmarkedsrettens område, f.eks. forslaget om markedsmisbrug og forslaget om prospekter,⁵¹ at man ønsker tilsynet samlet hos en enkelt *offentlig* myndighed, ikke

⁵¹ Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om det prospekt, der skal offentliggøres, når værdipapirer udbydes til offentligheden eller optages til omsætning, af 30. maj 2001. KOM(2001) 280 end.

hos private virksomheder såsom børser.⁵² Begrundelsen er frygten for mangelfuldt tilsyn og håndhævelse som følge af interessekonflikt, fordi markedsdeltagerne traditionelt er både børsens ejere og brugere. Dette er for så vidt en velbegrundet frygt, hvor børserne er brugerdomineret, dvs. har de handlende og udstederne som ejere. Men i stigende grad børsnoteres børserne, og interessekonflikten aftager da noget. Det medfører til gengæld en anden interessekonflikt, såfremt børsen noteres på sit eget marked, hvilket ofte er nødvendigt, da børserne i vid udstrækning er naturlige monopoler.⁵³ I så fald nødsages børsen at regulere sig selv.

Det kan indvendes imod problematikken med interessekonflikt, at børsernes interesse i at fremstå som neutrale håndhævere af den nødvendige adfærdsstyring er så stor, at den overkommer eventuelle interessekonflikter. Det må medgives, at det er i børsernes egen interesse at sikre markedets funktion, og som sådan er børsernes private regulering et tjenligt supplement til offentlig regulering. Men erstatte sådan regulering kan børserne ikke. Hertil kommer, at i takt med at børserne bliver private virksomheder med en heterogen, bred og skiftende ejerkreds som følge af børsnotering, vil børserne blive mere omkostningsbevidste. Hvor det tidligere har været hensigtsmæssigt for børserne at levere privat regulering, fordi medlemmerne efterspurgte dem, er det ikke længere tilfældet. Fremfor at operere med et privat regime som et supplement til det offentlige regime er det nærliggende, at børserne af egen drift ikke ønsker at påtage sig den yderligere opgave med tilsyn og kontrol af sådanne regler. Privatretlig sanktionering synes således ikke at være et reelt alternativ til offentligretlig sanktionering.

Spørgsmål til debatten:

Rapporten giver udtryk for en række holdninger, som det vil falde naturligt at debattere. Herudover bør det overvejes at drøfte følgende emner, der ikke er tildelt en særlig prominent plads i rapporten.

(1) Er de regulerede markeder, f.eks. fondsbørser, egnede til et særligt vidtgående sanktionsregime, dvs. med væsentlig færre retsgarantier, fordi de er af stor samfunds betydning, eller fordi aktørkredsen for det meste er professionel?

⁵² Forslaget til et takeoverdirektiv udgør dog en undtagelse. Det skyldes forslaget ulykkelige forhistorie, hvor det oprindelige forslag fra 1989 blev blokeret af Storbritannien, der på det tidspunkt var præget af selvregulering, f.eks. The Takeover Panel. Graden af selvregulering er siden begrænset væsentligt i britisk børsret, men forslaget muliggør stadig privat tilsyn, jf. forslaget art. 4(1).

⁵³ Denne tendens til naturlige monopoler skyldes netværksfordele (network externalities), der er typiske for institutioner baseret på informationsdeling. Fremvæksten af ny teknologi og de etablerede børsers manglende reception af samme har i de seneste år medført en vækst i antallet af børser. Men det må forventes, at koncentrationen vil blive genoptaget, når teknologien er blevet generelt indarbejdet. Se Lau Hansen (note 13), s. 103–105.

- (2) Bør judicielle myndigheder på kapitalmarkedets område organiseres og bemandes inden for eller uden for det forfatningsmæssige domstolshierarki?*
- (3) I hvilket omfang egner private markedspladser, f.eks. private fondsbørser, sig til at udstede regler, og til at føre kontrol med egne og offentlige regler?*
- (4) Bør medlemsstaterne i EU og EØS tilstræbe harmonisering, eller bør det overlades til de enkelte medlemsstater, om de vil lovregulere eller overlade normskabelsen til private, dvs. skal vi foretrække harmonisering eller konkurrence mellem retssystemerne?*

Ketilbjørn Hertz

Forbrugerens stilling inden for ehandel – særligt
med hensyn til lovvalg og værneting

Forbrugerens stilling inden for ehandel – særligt med hensyn til lovvalg og værneting

Af fuldmægtig, ph.d. Ketilbjørn Hertz, Danmark

Forbrugerens stilling inden for ehandel er et stort emne, men i dette referat er fokus særligt på lovvalg og værneting. I indledningen afgrænses emnet ud fra begreberne "forbruger" og "ehandel", og der gives en generel oversigt over de vigtigste regelområder af betydning for forbrugerens stilling inden for ehandel. Endvidere henvises til udvalgte instrumenter på området, og de gældende regler om lovvalg og værneting præsenteres som baggrund for diskussionen.

Referatet tager dernæst udgangspunkt i fem spørgsmål hvis besvarelse leder frem til tre teser hvoraf en falder i tre led. For det første anføres at forbrugerværnetings- og -lovvalgsregler ikke bør udformes specifikt med henblik på ehandel, men ehandel bør medtænkes ved udformningen af generelle forbrugerværnetings- og -lovvalgsregler.

For det andet anføres at forbrugeren bør gives en fortrinsstilling i forhold til den erhvervsdrivende aftalepart både med hensyn til lovvalg og værneting, at fortrinsstillingen bør bestå i præceptive regler der sikrer at en eventuel retssag føres i forbrugerens hjemland, og at præceptive regler i dette lands materielle lovgivning finder anvendelse på afgørelsen af tvisten, og at fortrinsstillingen bør gælde når den erhvervsdrivende accepterer at indgå aftale med en forbruger der har bopæl i et givent land.

Endelig anføres for det tredje at forbrugere bør have en let adgang til at få relevante oplysninger om lovvalg og værneting – i en form som er forståelig for ikke-jurister.

Ketilbjørn Hertz er født i 1969 og blev cand.jur. i 1993 og ph.d. i 1998 på afhandlingen Jurisdiction in Contract and Tort under the Brussels Convention. Fuldmægtig i Justitsministeriets Lovafdeling siden 1997 og sekretær for Retsplejerådet siden 1998. Har undervist på Københavns Universitet siden 1995, bl.a. i obligationsret og procesret, siden 1998 som ekstern lektor.

Emnets afgrænsning

Emnet som jeg har fået tildelt, har hovedtitlen "forbrugerens stilling inden for ehandel" med den begrænsende undertitel "særligt med hensyn til lovvalg og værneting".

Dette rejser umiddelbart to spørgsmål: Hvem er forbruger? og Hvad er ehandel? Svarene på disse spørgsmål har stor betydning for vurderingen af begge de emner – lovvalg og værneting – der særligt er angivet, men for ikke at tage forskud på denne diskussion, vil jeg indledningsvis nøjes med nogle brede og generelle definitioner, som altså ikke skal opfattes som udtømmende i forbindelse med behandling af konkrete lovvalgs- eller værnetingsspørgsmål.

Legale definitioner af hvem der skal anses for forbrugere, varierer både fra land til land og fra retsområde til retsområde. Det er imidlertid almindeligt at sonde mellem erhvervsdrivende på den ene side og forbrugere på den anden side således at en forbruger er en person der i den pågældende sammenhæng ikke handler erhvervsmæssigt.

Alle fysiske personer kan naturligvis være forbrugere. Erhvervsdrivende juridiske personer vil derimod i alle sammenhænge blive betragtet som erhvervsdrivende. Ikke-erhvervsdrivende juridiske personer udgør en mellemgruppe og er eksempelvis sjældent omfattet af EU/EØS-regler om forbrugerbeskyttelse, hvorimod sådanne juridiske personer godt kan være omfattet af eksempelvis danske forbrugerbeskyttelsesregler.

Skal man udlede en fælles kerne (og ihukommende at der kun er tale om en bred og generel afgrænsning af emnet som ikke præjudicerer udformningen af konkrete forbrugerbeskyttelsesregler), må det være at forbrugere er fysiske personer der i den pågældende sammenhæng ikke handler som led i selvstændig erhvervsvirksomhed.

Ehandel i vid forstand omfatter al handel ved elektroniske midler. En så vidtgående definition er dog ikke til stor nytte og har navnlig også den uheldige konsekvens at meget forskelligartede situationer placeres i samme kategori. Som eksempler på to yderpunkter kan nævnes en aftale der indgås mundtligt under en telefonsamtale, og en aftale der indgås maskinelt ved internetkommunikation.

Dér hvor der kan være grund til at gøre sig særlige overvejelser med hensyn til lovvalg og værneting, er først og fremmest aftaler der indgås via internettet. Internettets i princippet åbne og globale karakter i kombination med muligheden for øjeblikkelig kommunikation adskiller internettet fra alle tidligere kendte kommunikationsformer. Massekommunikation til et anonymt marked har været kendt i århundreder, først i form af trykte annoncer og siden suppleret af radio og tv. Internettet er imidlertid ikke bare større, men kvalitativt anderledes i forhold til disse tidligere (og naturligvis stadig eksisterende) kommunikationsformer.

Som ehandel vil jeg herefter betragte formueretlige aftaler der er indgået via internettet.

Aftaler der indgået på anden måde, betragter jeg ikke som ehandel, og dette gælder selv om parterne måtte være kommet i kontakt med hinanden via internettet. Hvis aftalen indgås på anden måde end via internettet, er der en række forhold der stiller sig helt anderledes, herunder noget så væsentligt som på hvilken måde og med hvilken sikkerhed parterne kan kontrollere hinandens identitet.

Generel oversigt over de vigtigste regelområder

Med disse foreløbige definitioner in mente kan jeg herefter gå over til at behandle selve spørgsmålet om forbrugers stilling inden for ehandel.

Der er tale om en omfattende problemkreds. Ud over de særligt fremhævede

spørgsmål – lovvalg og værneting – kan nævnes regler om markedsføring, behandling af personoplysninger, erstatning uden for kontrakt, strafferet og naturligvis obligationsrettens almindelige og specielle dele.

Når forbrugeren færdes på internettet, møder han eller hun blandt andet markedsføring fra erhvervsdrivende. Forbrugerens stilling påvirkes derfor af regler om markedsføring og håndhævelsen heraf. For at opnå noget på internettet vil forbrugeren ofte være nødt til at udlevere oplysninger om sig selv. Forbrugerens stilling påvirkes derfor af regler om behandling af personoplysninger og håndhævelsen heraf.

Regler om erstatning uden for kontrakt har betydning fordi der kan opstå skader i forbindelse med forbrugerens færden på internettet. Strafferetten har betydning fordi der kan begås strafbare forhold i forbindelse med ehandel. Forbrugerens stilling angår både forbrugerens eget eventuelle erstatnings- eller strafansvar for sine handlinger og undladelser og eventuelt erstatnings- eller strafansvar for krænkelse af forbrugeren.

Endelig har obligationsrettens almindelige og specielle regler naturligvis afgørende betydning for forbrugerens stilling inden for ehandel. Det gælder blandt andet regler om aftaleindgåelse, fortrydelsesret, urimelige kontraktvilkår og i det hele taget regler om kravene til parternes ydelser, om misligholdelse og om misligholdelsesbeføjelser.

Et så omfattende problemkompleks som forbrugerens stilling inden for ehandel 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 delemner – lovvalg og værneting – og det i disses traditionelle udformning. Det "lovvalg" eller det kompetencespørgsmål ("værneting") der kan opstå eksempelvis ved anvendelse af markedsføringsregler eller (andre) strafferetlige regler, indgår således kun som kontrast til eller som led i diskussionen af de traditionelle lovvalgs- og værnetingsproblemer med hensyn til privatretlige spørgsmål. Endvidere er diskussionen begrænset til lovvalg og værneting med hensyn til kontraktforhold da dette er kerneområdet for forbrugerens stilling inden for ehandel (der som nævnt defineres som formueretlige *aftaler* indgået via internettet).

Udvalgte instrumenter

Det retlige rum med hensyn til forbrugerens stilling inden for ehandel er mangefacetteret. Der findes bindende regler, men der findes også rekommandationer, modellove, adfærdskodekser, henstillinger osv. Der findes EU/EØS-regler, og der findes nationale regler.

Dette er ikke stedet hverken til en gennemgang eller en oversigt over alle regelsættene. I stedet vil jeg fremhæve enkelte vigtige instrumenter. Til læsere der måtte savne noget, skal jeg straks sige at der er tale om et meget skønsomt udvalg,

hvor der navnlig er lagt vægt på relevansen for hovedproblemstillingerne i dette referat, dvs. lovvalg og værneting.

- *Ehandelsdirektivet* (2000/13/EF af 8. juni 2000, EFT 2000 L 178/1), der er omfattet af EØS-aftalen og således også gælder for Norge og Island, har navnlig til formål at sikre den fri bevægelighed af "informationssamfundstjenester", dvs. tjenester som mod betaling og efter individuel anmodning leveres ved brug af elektronisk udstyr til behandling og opbevaring af data.

Som informationssamfundstjenester regnes således navnlig udbud af varer og tjenester via internettet samt levering af tjenester via internettet.

Ehandelsdirektivet bestemmer at når en leverandør af informationssamfundstjenester der er etableret i en medlemsstat, leverer en informationssamfundstjeneste til en tjenestemodtager i en anden medlemsstat, gælder de krav for leverandører af informationssamfundstjenester eller for informationssamfundstjenester som er fastsat af den medlemsstat hvor leverandøren er etableret (artikel 3, stk. 1). Den medlemsstat hvor informationssamfundstjenesten modtages, kan ikke stille sådanne krav (artikel 3, stk. 2).

Hvis en erhvervsdrivende der er etableret i et EØS-land, udbyder varer eller tjenester via internettet, skal etableringslandet således anvende og håndhæve eksempelvis sine regler om markedsføring også for den erhvervsdrivendes internetmarkedsføring rettet mod andre medlemsstater. Omvendt er de andre medlemsstater afskåret fra at anvende deres regler om markedsføring. I det omfang regler om markedsføring er forskellige i forskellige EØS-lande, er den erhvervsdrivende således forpligtet til og kun forpligtet til at overholde reglerne i etableringslandet.

Rækkevidden af dette såkaldte afsenderlandsprincip er ingenlunde klar, og dette er ikke stedet til en nærmere diskussion heraf. Dog bør det nævnes at kontraktlige forpligtelser i forbrugeraftaler udtrykkeligt er undtaget fra afsenderlandsprincippet (artikel 3, stk. 3), ligesom direktivet indeholder en regel om at det ikke berører (privatretligt) lovvalg og værneting (artikel 1, stk. 4).

- OECD's *Retningslinjer for forbrugerbeskyttelse i forbindelse med ehandel* (vedtaget 9. december 1999) er ment som en anbefaling til regeringer, virksomheder, forbrugere og deres repræsentanter om de væsentligste elementer i en effektiv forbrugerbeskyttelse ved ehandel. Retningslinjerne indeholder også enkelte bemærkninger om lovvalg og værneting. Det hedder heri at ehandel udgør en udfordring for de eksisterende regler om lovvalg og værneting, og at det bør overvejes om reglerne bør ændres eller anvendes på en anden måde for at sikre effektiv og gennemskuelig forbrugerbeskyttelse inden for ehandel. Det anføres videre at reglerne bør være rimelige for forbrugerne og virksomhederne, at de bør fremme ehandel, og at de bør give forbrugerne et beskyttelsesniveau der ikke er lavere end ved andre former for handel.

- De nordiske forbrugerombudsmænds *Fælles holdning til handel og markedsføring på internettet* (vedtaget 30. december 1998) omfatter markedsføring der ud fra en helhedsvurdering er rettet mod det nordiske marked. Ved vurderingen kan navnlig følgende faktorer indgå:
 - hvilke sprog, valuta eller andre nationale kendetegn der anvendes
 - i hvilket omfang virksomheden eller den pågældende ydelse i øvrigt markedsføres på det pågældende nationale marked
 - hvorvidt der er en sammenhæng mellem markedsføring på internettet og andre markedsføringsaktiviteter på det pågældende nationale marked
 - hvorvidt den erhvervsdrivende accepterer at indgå aftaler med forbrugere hjemmehørende i det pågældende nordiske land.

Gældende regler om værneting med hensyn til forbrugeraftaler

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 Sverige og Finland gælder reglerne i Bruxelles I-forordningen hvis sagsøgte har bopæl i et EU-land, og reglerne i Luganokonventionen hvis sagsøgte har bopæl i Norge, Island, Schweiz eller Polen. I Norge og Island gælder reglerne i Luganokonventionen hvis sagsøgte har bopæl i et EU-land, Norge, Island, Schweiz eller Polen. I Danmark gælder reglerne i Bruxelleskonventionen hvis sagsøgte har bopæl i et EU-land, og reglerne i Luganokonventionen hvis sagsøgte har bopæl i Norge, Island, Schweiz eller Polen.

Reglerne i Luganokonventionen og Bruxelleskonventionen er ordret identiske, og det må forventes at Luganokonventionen vil blive revideret således at der bliver ordret overensstemmelse med Bruxelles I-forordningen. Danmarks stilling er indtil videre uafklaret, men der arbejdes på en parallelaftale således at også Danmark bliver omfattet af samme regler som de øvrige nordiske lande.

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 Bruxelles I-forordningen.

Forordningen hylder det hovedprincip at retssager skal anlægges i den stat hvor sagsøgte har bopæl, men fastsætter særlige værnetingsregler for forbrugeraftaler der er indgået med en person der udøver erhvervmæssig virksomhed i den stat hvor forbrugeren har bopæl, eller som retter sådan virksomhed mod denne stat eller mod flere stater inklusive denne stat, alt under forudsætning af at aftalen er omfattet af den pågældende virksomhed (artikel 15, stk. 1, litra c).

Er disse betingelser opfyldt, kan forbrugeren anlægge sag i sit eget land og kan kun sagsøges i sit eget land (artikel 16). Endvidere er der kun meget begrænsede muligheder for at fravige disse regler ved en værnetingsaftale mellem parterne (artikel 17). Forbrugeren har således en meget stærk beskyttelse når en forbrugeraftale er omfattet af erhvervsvirksomhed rettet mod forbrugerens hjemland.

I alle tilfælde 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 driftssteder 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 omstændigheder kan udgøre en filial mv. (SvJT 1998 s. 825).

Gældende regler om lovvalg med hensyn til forbrugeraftaler

Lovvalg i kontraktforhold reguleres i EU af Romkonventionen med forbehold af konventioner på særlige områder. Sverige, Finland og Danmark har således fælles regler om lovvalg i kontraktforhold. (Haagerkonventionen af 1955 om lovvalget i internationale løsørekøb, der er tiltrådt af blandt andet Sverige, Finland, Danmark og Norge, gælder ifølge en vedtagelse på Haagerkonferencen i 1980 ikke for forbruger køb).

Af betydning for ehandel er først og fremmest Romkonventionens regel om aftaler om levering af varer og tjenesteydelser hvor aftalen er indgået af forbrugeren i dennes hjemland efter modtagelse af et særligt tilbud eller reklamering dér (artikel 5). Reglen går ud på at sådanne aftaler i mangel af lovvalgsaftale er undergivet loven i forbrugerens hjemland, og at en lovvalgsaftale ikke kan berøve forbrugeren beskyttelsen i henhold til præceptiv lovgivning i forbrugerens hjemland.

Reglen kan ses som en ældre version af den forbrugerværnetingsregel der er indeholdt i Bruxelles I-forordningen, og som er omtalt ovenfor. Der er den væsentlige forskel at det tillægges afgørende betydning i hvilket land forbrugeren befandt sig ved aftalens indgåelse.

Jeg skal ikke her bruge tid på at diskutere om der i øvrigt er realitetsforskelle mellem at rette sin virksomhed mod et land og at afgive særligt tilbud eller foretage reklamering i et land. Det er uden videre klart at Romkonventionen – i modsætning til Bruxelles I-forordningen – ikke er formuleret også med tanke på ehandel. Fortolkningen af Romkonventionen i forhold til ehandel bør derfor efter min opfattelse i højere grad være styret af formålsbetragtninger og analogisering fra de former for fjernsalg (navnlig postordre- og telefonsalg) som man havde i tankerne da reglen blev skrevet, end af meget tekstnære betragtninger over udtrykkene ”særligt tilbud” og ”reklamering”.

1. Er der behov for særregler om ehandel?

Spørgsmål om lovvalg og værneting har eksisteret længe før ehandelens fremkomst.

Man kan hævde at ehandel ikke adskiller sig grundlæggende fra anden handel, og at der ikke er behov for særregler om lovvalg og værneting med hensyn til ehandel.

På den anden side kan det anføres at ehandel netop har sådanne helt særlige træk at der er behov for et særskilt regelsæt om lovvalg og værneting med hensyn til ehandel.

Der er store fordele forbundet med teknologineutrale regler. Ehandel bør indgå i et integrerende samvirke med anden handel. Erhvervsdrivende og forbrugere bør ikke opleve at de bevæger sig mellem helt forskellige juridiske universer når de skifter mellem eller blander ehandel og anden handel.

Teknologien og anvendelsen af den udvikler sig meget hurtigt. Regler om lovvalg og værneting bør ikke udformes meget specifikt med henblik på den aktuelle praksis inden for ehandel, da praksis kan være en helt anden om få år.

Ehandel via internettet er dog en stor udfordring for juraen. Internettet som permanent globalt kommunikationsnetværk er forskelligt fra noget der tidligere har eksisteret. Der er derfor utvivlsomt behov for grundige overvejelser på alle juridiske felter, herunder med hensyn til lovvalg og værneting i forbindelse med forbrugeraftaler.

Tese: (1) Forbrugerværnetings- og -lovvalsregler bør ikke udformes specifikt med henblik på ehandel, men ehandel bør medtænkes ved udformningen af generelle forbrugerværnetings- og -lovvalsregler.

2a. Er der behov for forbrugerbeskyttelse med hensyn til lovvalg og værneting?

Det er i de nordiske lande efterhånden et veletableret grundsynspunkt at i forholdet mellem erhvervsdrivende og forbrugere bør forbrugeren gives en særlig retlig beskyttelse. At synspunktet er så grundfæstet, bør imidlertid ikke afholde os fra med mellemrum at genoverveje det. Ehandel udfordrer for så vidt netop til klart at begrunde hvorfor forbrugeren skal gives en særlig beskyttelse. Ehandel er nemlig potentielt global, og den nordiske holdning til forbrugerbeskyttelse nyder ikke universel anerkendelse.

Hvis begrundelsen skal sammenfattes i et enkelt ord, må det blive ulighed. Erhvervsdrivende og forbrugere har systematisk ulige ressourcer, ulige viden og ulige adgang til informationer. Det er denne ulighed der søges afbalanceret ved at give forbrugeren en række retlige fortrin i forhold til den erhvervsdrivende.

Formålet med forbrugerbeskyttelsesregler er således at skabe reel ligevægt

mellem parterne. Det ligger således navnlig ikke i forbrugerbeskyttelsesreglerne at privatliv er "vigtigere" eller "bedre" end erhvervsliv. Der ligger alene et ønske om at korrigere en faktisk ulighed med en retlig fortrinsstilling.

Hermed er også sagt at det virkeligt vanskelige spørgsmål ikke er *om* der skal fastsættes forbrugerbeskyttelsesregler, men *i hvor høj grad* forbrugeren skal have en fortrinsstilling.

Det er i den forbindelse indlysende at fortrinsstillingen ud over materielle kontraktregler også må omfatte lovvalg og værneting. Lovvalget afgør hvilken materiel lovgivning der skal anvendes, og dermed indirekte retssagens udfald. Værnetinget afgør hvor der i det hele taget kan føres retssag, hvilket efter omstændighederne kan være lige så afgørende for den praktiske mulighed for at gennemføre et potentielt krav, rent bortset fra at værnetinget også afgør hvilke lovvalgsregler der skal anvendes (nemlig lovvalgsreglerne i det land hvor der er værneting), og dermed indirekte hvilken materiel lovgivning der skal anvendes.

Tese: (2a) Forbrugeren bør gives en fortrinsstilling i forhold til den erhvervsdrivende aftalepart både med hensyn til lovvalg og værneting.

2b. Hvilken fortrinsstilling bør forbrugeren have?

Rationalet bag de gældende regler er at når en erhvervsdrivende retter sin virksomhed mod forbrugere i et givent land, bør den erhvervsdrivende – og ikke forbrugerne – bære byrden ved en eventuel retssag i et fremmed land og ved anvendelsen af fremmede materielle regler.

Dette er efter min opfattelse en rimelig ordning. Udsagnet om at byrden ved retssager i fremmede lande og anvendelsen af fremmede materielle regler ikke skal bæres af forbrugerne, angår kun den umiddelbare byrde i konkrete tilfælde. Erhvervsdrivende må forventes at indregne risikoen for retssager i deres priser således at forbrugerne som gruppe betragtet i sidste ende kommer til at betale for den tryghed der ligger i at de om nødvendigt kan føre retssag i deres eget land under anvendelse af egne materielle regler. Alt andet lige må erhvervsdrivende også antages at have større mulighed for at gennemføre en risikofordeling, herunder eventuelt ved forsikringsdækning.

Større virksomheder vil have lettere ved at beregne og afdække risikoen end små og mellemstore virksomheder. Små og mellemstore virksomheder nyder – med rette – stor bevågenhed i Norden og EU. Efter min opfattelse er det imidlertid helt overdrevet når det hævdes at forbrugerværnetings- og -lovvalgsreglerne vil give små og mellemstore virksomheder i Norden og EU så store problemer med ehandel at de vil sakke langt agterud i forhold til navnlig USA.

For det første tyder meget på at ehandel *mellem* erhvervsdrivende snart vil få langt større betydning end salg til forbrugere. Forbrugerværnetings- og -lovvalgsreglerne påvirker i sagens natur slet ikke dette marked. For det andet er forestillin-

gerne om den flodbølge af retssager som virksomhederne risikerer at blive udsat for, slet ikke i overensstemmelse med de erfaringer for forbrugeradfærd som findes. Set i forhold til det uhyre antal forbrugeraftaler landenes befolkninger indgår dagligt, anlægges der et forsvindende antal retssager.

Grundlæggende mener jeg derfor at den gældende ordning der dels giver mulighed for at anlægge retssag i forbrugerens hjemland, dels foreskriver anvendelse af præceptiv lovgivning i dette land, er en tilfredsstillende løsning.

Tese: (2b) Fortrinsstillingen bør bestå i præceptive regler der sikrer at en eventuel retssag føres i forbrugerens hjemland, og at præceptive regler i dette lands materielle lovgivning finder anvendelse på afgørelsen af tvisten.

2c. I hvilke situationer bør forbrugeren have en fortrinsstilling?

De fleste nordiske jurister vil formentlig være enige i at forbrugeren skal have en fortrinsstilling med hensyn til lovvalg og værneting, og måske endda i at fortrinsstillingen skal bestå i at lovvalgsregler og værnetingsregler peger på forbrugerens hjemland.

Spørgsmålet om i hvilke situationer forbrugeren skal have denne fortrinsstilling, er straks vanskeligere, og her vil der næppe være samme grad af enighed mellem forskellige nordiske jurister. Dette spørgsmål er da også omdrejningspunktet for den – vanskelige – afvejning af forbrugernes og de erhvervsdrivendes interesser som reglerne bør afspejle.

Diskussionen vanskeliggøres af at muligheder og praksis på internettet udvikler sig meget hurtigt. For at undgå at diskussionen forældes før den har givet sig udslag i konkrete resultater, føler man sig undertiden nødsaget til at diskutere på et meget højt abstraktionsniveau. Hermed havner man imidlertid i to andre problemer. For det første vanskeliggør det høje abstraktionsniveau selve diskussionen. For det andet vil de løsninger man kommer frem til, være så abstrakte at selv principielle spørgsmål undertiden må overvejes endnu engang når løsningerne skal anvendes i praksis.

Denne sejlads mellem principielle og konkrete problemstillinger er naturligvis et grundvilkår inden for retsvidenskaben, men sejladsen bliver ulige vanskeligere når de forhold i virkelighedens verden som diskussionen er møntet på, udvikler sig så hurtigt som det er tilfældet med internettet og ehandel.

Når vi mødes i Helsingfors for at diskutere dette emne, vil der være gået mere end et halvt år siden disse linjer blev skrevet, og vi vil højst sandsynligt have anledning til i diskussionen at inddrage nye forhold der har vist sig i mellemtiden.

Når det er så vigtigt at understrege internettets og ehandelens hastige udvikling, skyldes det at det har betydning for hvordan reglerne om lovvalg og værneting bør udformes. EU/EØS-regler – for ikke at tale om internationale konventioner – bliver ofte til over en længere periode og ændres ikke så let. Efter

min opfattelse er man i sådanne fora nødt til at holde regler der skal anvendes på forhold i hastig udvikling, på et temmelig generelt niveau, og det på trods af de ulemper denne lovgivningsteknik har i form af risiko for usikkerhed om retstilstanden og forskellig praksis i forskellige jurisdiktioner. Så bliver det bare så meget desto vigtigere på anden måde at søge at mindske usikkerheden og eventuelle forskelle i praksis, eksempelvis gennem udveksling af erfaringer og – naturligvis – møder som nu vores diskussion i Helsingfors inden for rammerne af Det 36. Nordiske Juristmøde.

Ud fra disse vilkår – og som oplæg til dialog – vil jeg i det følgende både diskutere helt konkrete problemstillinger og forsøge at skitsere mulige løsninger på et mere generelt plan.

Til en begyndelse minder jeg om at hovedspørgsmålet i dette afsnit er i hvilke tilfælde forbrugeren skal have den fortrinsstilling det er at eventuelle retssager skal anlægges i forbrugeres hjemland, og at retssagen skal afgøres i overensstemmelse med præceptiv lovgivning i dette land.

Her kan man passende tage udgangspunkt i den erhvervsdrivendes forhold. Det er typisk den erhvervsdrivende der er til stede på internettet med en eller flere websider, således at det er forbrugeren der tager kontakt til den erhvervsdrivende. Dette gælder naturligvis ikke altid. Forbrugere kan have en webside og på det grundlag blive kontaktet af en erhvervsdrivende, og forbrugere kan blive kontaktet af en erhvervsdrivende når de færdes på nettet, eksempelvis via et popopvindue. Foreløbig ser jeg imidlertid bort fra disse komplikationer og tager udgangspunkt i at den erhvervsdrivende har en eller flere websider, og at det er forbrugeren der tager kontakt via en sådan webside.

Mere konkret tager jeg udgangspunkt i tre eksempler der er fiktive, men hvor den nævnte webside er reel og i skrivende stund (januar 2002) fungerer som beskrevet.

Eksempel 1

Kresten Næsted fra Vejle (Danmark) vil gerne købe den nyeste Harry Potter-bog på engelsk. Bogen er udsolgt i den lokale boghandel, og Kresten har fra en bekendt fået oplyst internetadressen <www.amazon.co.uk>. Han taster adressen ind i sin browser og får et skærmbillede frem hvor man øverst kan indtaste et søgeord. Han skriver "Harry Potter" og trykker enter og får straks et nyt skærmbillede frem med en liste over produkter, herunder den bog "Harry Potter and the Goblet of Fire" som han ønskede. Kresten klikker på titlen og derefter på en knap med teksten "Add to Shopping Basket (you can always remove it later)" og endelig på en knap med teksten "Proceed to Checkout". Herefter udfylder han og klikker sig igennem syv yderligere skærmbilleder som alle foroven har en linje der angiver hvor langt han er kommet i rækken "Welcome – Address – Items – Wrap – Dispatch – Pay – Confirm". I adresseskærmbilledet vælger han "Denmark" fra en liste med over 200 lande og områder.

Eksempel 2

Da Kresten Næsted søgte efter den nyeste Harry Potter-bogen hos Amazon (se eksempel 1), lagde han mærke til at et af de produkter som kom frem på skærmen, var et computerspil med Harry Potter. Kresten synes det må være en god gave til hans nevø der snart har 10 års fødselsdag. Han indtaster derfor for anden gang adressen <www.amazon.co.uk> i sin internetbrowser og får søgeskærbilledet frem, hvor der nu står "Welcome Kresten Næsted" før Kresten overhovedet har indtastet noget. Kresten skriver "Harry Potter" og trykker enter og får produktlisten frem, herunder computerspillet med Harry Potter. Han klikker på titlen og derefter på knappen med teksten "Add to Shopping Basket (you can always remove it later)" og endelig på knappen med teksten "Proceed to Checkout". I det "Welcome"-skærbillede som derefter kommer frem, indtaster Kresten det password som han valgte den første gang han bestilte hos Amazon, hvilket fører ham direkte frem til et skærbillede hvor alle oplysninger om leveringsadresse og betaling (herunder kreditkortnummer) allerede fremgår, således at han blot skal bekræfte med et klik på knappen "Place your order", hvilket han gør.

Eksempel 3

Da Kresten Næsted bestilte hos Amazon for anden gang (se eksempel 2), syntes han at det gik så godt at han tilvalgte noget der hed "1-Click". For tredje gang indtaster Kresten adressen <www.amazon.co.uk> i sin internetbrowser og får ligesom anden gang søgeskærbilledet med "Welcome Kresten Næsted" frem. Kresten søger og finder en bog frem som han vil bestille, og nu klikker han blot på knappen "Buy now with 1-Click (you can always cancel it later)". Da han har klikket på "1-Click"-knappen, står der på skærmen at bogen vil blive sendt til Kresten Næsted på en nærmere angiven adresse. Prisen fremgår ikke af bekræftelsesskærbilledet, og da Kresten modtager et kontoudtog fra sit kreditkortselskab, kan han se at i forhold til den pris der fremgik af det foregående skærbillede, er der tillagt forsendelsesgebyr samt 25 % dansk moms af både bogens pris og forsendelsesgebyret.

Eksemplerne tager udgangspunkt i en webside med en høj standard der på en meget overskuelig måde (forudsat at man forstår engelsk, selvfølgelig) viser kunden vej. Amazon giver mulighed for at afbestille efter at der er indgået en aftale, hvis ordren endnu ikke er behandlet, og Amazon giver 30 dages fortrydelsesret for ubrugte varer (men tilbagesendelsen sker for kundens regning). Forudsat at man selv klikker nederst på siden, hvor der er et ikke særligt fremtrædende menupunkt "Conditions of Web site use", kan man også få meget klar besked om at alle aftaler indgås med et amerikansk aktieselskab, og at en aftale først er indgået når selskabet har afsendt sin accept pr. email (hvorimod det udtrykkeligt ikke er et krav at emailen med accepten når frem til kunden). Her

fremgår også Amazons "Company Details & Address", hvor det oplyses at det amerikanske selskab har et forretningssted ("place of business") på en nærmere angiven adresse i United Kingdom, og der er angivet telefon- og faxnumre hertil (men ikke til selskabet i USA) samt et britisk momsregistreringsnummer.

Alt dette er meget godt. Selv det – fra et nordisk synspunkt – noget overraskende vilkår om at Amazons accept har virkning selv om accepten ikke kommer frem til kunden, er hverken i strid med artikel 11 i ehandelsdirektivet eller med præceptiv aftaleretlig lovgivning i de nordiske lande. For at tage det sidste først, så er de nordiske regler om aftalers indgåelse som bekendt deklatoriske, jf. aftalelovens § 1, 2. pkt. Og den bekræftelse af ordren som skal afgives efter ehandelsdirektivets artikel 11, sker allerede i kraft af det svarskræmbillede der vises når kunden afgiver sin ordre. I øvrigt er artikel 11 en ordensforskrift der er uden betydning for hvornår der er indgået en aftale.

Alt er imidlertid ikke fryd og gammen. Amazons "Conditions of Web site use" indeholder nemlig også en klausul om at engelsk ret finder anvendelse på aftalen, og at retssag kan anlægges i England. Værnetingsklausulen er udtrykkeligt "non-exclusive", dvs. den afskærer ikke parterne fra at anlægge retssag efter deklatoriske værnetingsregler.

Hvis Romkonventionens artikel 5 om lovvalget i forbrugeraftaler finder anvendelse i eksempel 1-3, er klausulen om anvendelse af engelsk ret ganske vist gyldig, men forbrugeren berøves ikke derved den beskyttelse som følger af præceptiv lovgivning i forbrugers hjemland (her Danmark). Engelsk ret finder altså som udgangspunkt anvendelse, men viger i det omfang præceptiv lovgivning i dansk ret giver forbrugeren en bedre retsstilling.

Hvis Bruxelles I-forordningens (eller Bruxelleskonventionens eller Lugano-konventionens) forbrugerværnetingsregler finder anvendelse i eksempel 1-3, er klausulen om (ikke-eksklusivt) værneting i England gyldig for forbrugers søgsmål mod Amazon. Dette skyldes at værnetingsaftaler der giver forbrugeren en yderligere søgsmålsmulighed, er gyldige (forordningens art. 17, nr. 2).

Klausulen ville også være gyldig for Amazons søgsmål mod forbrugeren hvis forbrugeren havde bopæl eller sædvanligt opholdssted i United Kingdom og klausulen er gyldig efter lovgivningen i United Kingdom, idet det forudsættes at aftalen falder ind under driften af Amazons forretningssted i United Kingdom. Dette skyldes at værnetingsaftaler mellem personer med bopæl eller sædvanligt opholdssted i samme stat der tillægger retterne i denne stat kompetence, er gyldige hvis de er tilladt efter lovgivningen i den pågældende stat, og at erhvervsdrivende uden bopæl i en medlemsstat (kontraherende stat) anses for at have bopæl i en stat hvor den erhvervsdrivende har en filial mv., forudsat at sagen vedrører driften af filialen mv. (forordningens art. 17, nr. 3, og art. 15, stk. 2).

Men hvis aftalerne i eksempel 1-3 er omfattet af forbrugerværnetingsreglerne, er værnetingsklausulen under alle omstændigheder ugyldig for så vidt angår

Amazons søgsmål mod Kresten Næsted eftersom han ikke har bopæl eller sædvanligt opholdssted i United Kingdom.

Herefter vender jeg tilbage til hovedspørgsmålet i dette afsnit, altså i hvilke tilfælde forbrugeren bør have den beskrevne fortrinsstilling med hensyn til lovvalg og værneting.

De nyeste regler (værnetingsreglerne i Bruxelles I-forordningen) anvender kriteriet den erhvervsdrivendes virksomhed i eller rettet mod forbrugers hjemland, herunder virksomhed rettet mod flere lande inklusive forbrugers hjemland. De lidt ældre regler (Romkonventionen og værnetingsreglerne i Bruxelleskonventionen) anvender kriteriet særligt tilbud eller reklamering i forbrugers hjemland i kombination med forbrugers aftaleindgåelse i sit hjemland.

Efter min opfattelse er kriteriet forbrugers aftaleindgåelse i sit hjemland ikke rimeligt ved ehandel. Forbrugeren bør ikke berøves hjemlandsbeskyttelse blot fordi forbrugeren har indgået en aftale under et midlertidigt udlandsophold. Kravet om forbrugers tilstedeværelse i hjemlandet ved aftalens indgåelse er først og fremmest udtryk for at en forbruger der under et udlandsophold indgår en aftale ved personlig henvendelse til en erhvervsdrivende, ikke skal kunne påberåbe sig hjemlandsbeskyttelse. Dette kan imidlertid også opnås ved blot at stille krav om at forbrugeraftalen er omfattet af "noget" som den erhvervsdrivende foretager sig i forhold til forbrugers hjemland. Hvad dette "noget" kan være, bliver så det afgørende diskussionspunkt.

I Amazon-eksemplerne kan man konstatere at den erhvervsdrivende er et amerikansk selskab med forretningssted og momsregistrering i United Kingdom, at websiden er oprettet under uk-topdomænet, at sproget er engelsk, og at den anvendte valuta er britiske pund. Det fremgår af den i eksempel 1 omtalte liste over lande og områder at Amazon leverer til stort set hele verden, inklusive (eksempelvis) Burma og Nordkorea, men dog ikke til (eksempelvis) Iran, Irak og Afghanistan.

Spørgsmålet er nu om Kresten Næsted fra eksemplerne under disse omstændigheder bør kunne påberåbe sig dansk værneting og anvendelse af dansk præceptiv kontraktretlig lovgivning hvis der opstår en tvist med Amazon som ikke kan løses i mindelighed.

Svarer man ja til dette spørgsmål, siger man i realiteten at når en erhvervsdrivende med sit fulde vidende indgår en aftale med en forbruger i et givent land, må den erhvervsdrivende eo ipso acceptere værneting i forbrugers hjemland og anvendelse af præceptiv kontraktretlig lovgivning i forbrugers hjemland.

Svarer man omvendt nej til dette spørgsmål, siger man i realiteten at de virkelig store og internationale selskaber der leverer til (næsten) hele verden, aldrig vil være tvunget til at acceptere værneting i forbrugers hjemland eller anvendelse af præceptiv kontraktretlig lovgivning i forbrugers hjemland. Et benægtende svar på spørgsmålet udelukker derimod ikke at andre erhvervsdrivende hvis markeds-

føring ikke er verdensomspændende, men målrettet mod en snævrere kreds af lande, vil skulle acceptere værneting i forbrugerens hjemland og anvendelse af præceptiv kontraktretlig lovgivning i forbrugerens hjemland når dette hjemland er et af de lande som den erhvervsdrivendes virksomhed særligt er rettet mod.

På den baggrund er mit svar på spørgsmålet ja. Har en erhvervsdrivende oprettet en webside som er tilgængelig fra forbrugerens hjemland, og accepterer den erhvervsdrivende at indgå aftale med forbrugeren via websiden med kendskab til hvor forbrugeren bor, og til at forbrugeren indgår aftalen som forbruger (og ikke som led i sit erhverv), må den erhvervsdrivende efter min opfattelse acceptere værneting i forbrugerens hjemland og anvendelse af præceptiv kontraktretlig lovgivning i forbrugerens hjemland.

Argumentationen bygger på at den erhvervsdrivende ved sin accept har kendskab til forbrugerens bopæl og til at forbrugeren handler som forbruger (og ikke som led i sit erhverv). Hvis forbrugeren – bevidst eller ved en fejl – oplyser en forkert adresse eller oplyser at handle som led i sit erhverv, bør forbrugeren derfor ikke have nogen fortrinsstilling med hensyn til lovvalg og værneting medmindre den erhvervsdrivende burde indse at der var tale om en fejlagtig oplysning. På den baggrund er der ikke behov for at stille krav om at der skal være tekniske hindringer for indgåelse af aftaler via websiden når opkobling sker fra et land hvis forbrugere den erhvervsdrivende ikke ønsker at handle med.

Det resultat som der her argumenteres for, indebærer at der bliver en diskrepans mellem anvendelsen af (præceptiv) kontraktretlig lovgivning og anvendelsen af offentligretlig lovgivning, herunder ikke mindst lovgivning om markedsføring.

Hvis man er enig i tese (2b), vil der imidlertid under alle omstændigheder være en sådan diskrepans som følge af ehandelsdirektivet. Offentligretlige krav til EØS-virksomheders markedsføring på websider kan nemlig ifølge dette direktiv kun stilles af den medlemsstat hvor virksomheden er etableret (er virksomheden ikke etableret i EØS, gælder direktivet ikke), og ifølge tese (2b) skal der i det mindste være visse aftaler hvor privatretligt lovvalg og værneting peger på forbrugerens hjemland. Når den erhvervsdrivende og forbrugeren har hjemme i forskellige EØS-lande, kan det således ikke generelt være det samme lands markedsføringsregler og kontraktretlige regler der finder anvendelse.

Desuden er der en væsentlig forskel på hvad markedsføringsregler og kontraktretlige regler regulerer. Markedsføringsregler retter sig mod virksomhedens markedsføring, dvs. inden for ehandel ikke mindst virksomhedens websider som de fremstår for enhver der har adgang til internettet. Kontraktretten angår derimod de aftaler som konkret indgås.

Eksempelvis kan man forestille sig at en erhvervsdrivende indgår i hundredvis eller tusindvis af aftaler med forbrugere med bopæl i bestemte lande, men en sjælden gang også indgår aftaler med forbrugere der har bopæl i andre lande. I den situation er det hverken relevant eller rimeligt at forlange at den erhvervsdrivende skal overholde markedsføringsreglerne i lande som den erhvervsdriven-

de kun i meget begrænset omfang leverer til. Derimod er der ikke noget til hinder for at bringe præceptiv kontraktretlig lovgivning i sådanne lande i anvendelse på de pågældende aftaler. Et krav om at overholde et bestemt lands markedsføringsregler vil ved ehandel let kunne få betydning for hele den erhvervsdrivendes virksomhed, hvorimod et krav om at efterleve et bestemt lands præceptive kontraktregler kun vil have betydning for den del af den erhvervsdrivendes virksomhed som består i salg til forbrugere i det pågældende land.

Diskrepansen mellem hvilket lands markedsføringslovgivning og hvilket lands (præceptive) kontraktretlige lovgivning der finder anvendelse, er dog ikke problemløs. Det er således ikke ukendt at markedsføringsregler inddrages ved afgørelsen kontraktretlige spørgsmål. Som et enkelt eksempel kan nævnes at efter den danske markedsføringslovs § 4 må udtrykket garanti i forbrugerforhold kun anvendes om erklæringer der giver forbrugeren en væsentlig bedre retsstilling end den forbrugeren har efter lovgivningen. Har en erhvervsdrivende således anvendt udtrykket garanti, må garantien normalt fortolkes på en måde der giver forbrugeren en væsentlig bedre retsstilling end den forbrugeren har efter lovgivningen (den erhvervsdrivende kan jo ikke så godt argumentere med at dette ikke var meningen, da anvendelsen af udtrykket garanti i så fald var en overtrædelse af markedsføringsloven).

Men i realiteten er dette et spørgsmål om hvordan det enkelte land udformer sin (præceptive) kontraktretlige lovgivning. Der er eksempelvis intet til hinder for at Danmark i sin (præceptive) kontraktretlige lovgivning direkte indskriver den fortolkningsregel med hensyn til garantier i forbrugerforhold som i dag udledes af markedsføringsloven. I mangel heraf er retsstillingen blot den at fortolkningsreglen ikke gælder for ehandel mellem en dansk forbruger og en virksomhed der er etableret i et andet EØS-land, idet kravene til virksomhedens markedsføring på internettet i så fald alene reguleres af etableringslandets lovgivning (men hvis etableringslandets lovgivning om markedsføring indeholder en tilsvarende regel om garantier, bør denne regel kunne inddrages ved fortolkningen af aftalen).

Der kan i øvrigt også argumenteres for at denne tvungne afkobling mellem kontraktret og markedsføringsret ikke kun er af det onde. Det kan således være medvirkende til en mere overskuelig kontraktretlig lovgivning hvor retsstillingen kan udledes uden at det er nødvendigt at inddrage markedsføringslovgivningen.

Min konklusion er således at ved ehandel har kun websidens tilgængelighed i forbrugerens hjemland og den erhvervsdrivendes accept af at indgå aftaler med en forbruger i det pågældende land betydning for hvornår forbrugeren bør have en fortrinsstilling med hensyn til lovvalg og værneting.

En sådan retstilstand har også den fordel at den er klar og i hvert fald klarere end en samlet vurdering ud fra en række kriterier (eksempelvis sprog, valuta, andre nationale kendetegn, markedsføring af virksomheden eller ydelsen i øvrigt og sammenhæng mellem markedsføring i øvrigt og markedsføring på internettet). En sådan samlet vurdering kan være den bedste løsning ved afgørelsen af om et

lands markedsføringslovgivning skal bringes i anvendelse, da det ikke giver meget mening at forlange at en webside der benyttes til global markedsføring, skal opfylde regler om markedsføring i samtlige lande i verden, og da man indtil videre næppe på globalt plan vil kunne opnå den forenkling der ligger i at indføre et afsenderlandsprincip sådan som det er sket ved ehandelsdirektivet.

Når det gælder det kontraktretlige lovvalg og værneting, bør andre kriterier end den erhvervsdrivendes accept af at indgå aftale med en forbruger i det pågældende land derimod være uden betydning. Selv om en webside anvender et sprog der kun tales i et mindre område, og et mindre lands nationale valuta (eksempelvis en webside på dansk der anvender danske kroner), bør en forbruger der bor i et andet land, nyde hjemlandsbeskyttelse med hensyn til lovvalg og værneting hvis den erhvervsdrivende rent faktisk accepterer at indgå en aftale med den pågældende. Websidens sprog er i det hele taget en stærkt asymmetrisk parameter eftersom sprog med stor udbredelse (engelsk, spansk, kinesisk, fransk osv.) ikke siger noget om websidens geografiske målgruppe. Og man kan i øvrigt hævde at en webside på dansk principielt – dvs. medmindre andet er angivet – henvender sig til dansk-sprogede uanset deres bopæl.

Tese: (2c) Fortrinsstillingen bør gælde når den erhvervsdrivende accepterer at indgå aftale med en forbruger der har bopæl i et givent land.

3. Er en opfyldelse af tese (2) tilstrækkelig til i praksis at sikre forbrugere en rimelig beskyttelse?

Ehandel mellem erhvervsdrivende og forbrugere bygger ofte på forudbetaling således at det er forbrugeren der i tilfælde af misligholdelse fra den erhvervsdrivendes side har behov for at kunne håndhæve aftalen.

Reglerne om retssager ved domstolene, in casu reglerne om stedet for retssagen og om den i retssagen anvendelige materielle lovgivning, har afgørende betydning for de praktiske muligheder for at håndhæve aftalen.

I nogle tilfælde kan forbrugeren som alternativ til domstolene henvende sig til et klagenævn. Klagenævne som helhed udgør imidlertid et broget billede, og det er karakteristisk at ikke alle forbruger aftaler hører under et klagenævn. Af særlig betydning er det at klagenævnsafgørelser i Danmark og Sverige ikke har retskraft og ikke kan tvangsfuldbyrdes, hvilket imidlertid er tilfældet i Norge.

Klagenævn er ikke omfattet af Bruxelles I-forordningen eller Luganokonventionen, hvilket på den ene side betyder at der er frit slag for at fastsætte kompetence-regler også når indklagede har bopæl i et andet EU-land, Norge, Island, Schweiz eller Polen, men på den anden side er klagenævnsafgørelser ikke omfattet af pligten til anerkendelse og fuldbyrdelse. Danmark har dog ikke benyttet sig af muligheden for at give klagenævne videregående kompetence end domstolene, og anerkendelse og fuldbyrdelse af klagenævnsafgørelser er naturligvis kun relevant når afgørelserne – som i Norge – har retskraft og kan tvangsfuldbyrdes.

Når man taler om forbrugernes beskyttelse i praksis, er det ikke nok at reglerne isoleret set giver forbrugerne en rimelig beskyttelse. For at beskyttelsen skal være effektiv, må reglerne ydermere være almindelig kendt, eller der må være let adgang til at få dem oplyst når man som forbruger står i situationen.

Ud fra den betragtning kan det siges at være et problem i sig selv hvis der er tvivl om hvad der faktisk gælder med hensyn til lovvalg og værneting, da det i så fald naturligvis er ekstra vanskeligt at forklare almindelige forbrugere der ikke har juridiske forkundskaber, hvad der gælder.

Noget tyder på at de eksisterende regler frembyder vanskeligheder for dem der gerne vil vejlede forbrugere om deres retsstilling. Som eksempel kan nævnes at den danske webside <www.netfornuft.dk>, der er udarbejdet i et samarbejde mellem forbrugerorganisationen Forbrugerrådet, en række erhvervsorganisationer og Erhvervsministeriet og Forskningsministeriet (nu Økonomi- og Erhvervsministeriet og Ministeriet for Videnskab, Teknologi og Udvikling), om handel i udenlandske netbutikker skriver at hovedreglen er at en eventuel konflikt skal løses i det land hvor den erhvervsdrivende har hjemme, og at der i øjeblikket ikke findes nogen tilfredsstillende løsninger for forbrugerne ved handel i udenlandske netbutikker i tilfælde af tvistløsning (/forbrugere/faq.htm#16, 14.01.2002). Tilsvarende skriver <www.forbrugersikkerhed.dk>, der er udarbejdet i et samarbejde mellem Forbrugerrådet og Foreningen for Dansk Internet Handel, at det ikke er til at give et klart svar på hvilke klagemuligheder der er når man har handlet med en udenlandsk netbutik, og at ens rettigheder er meget uklare (/doc_122_1.asp, 14.01.2002).

En opfyldelse af tese (2) vil imidlertid stort set fjerne alle sådanne vanskeligheder. Det er således relativt enkelt at vejlede forbrugere om at tvister i anledning af aftaler indgået over internettet med erhvervsdrivende vil kunne pådømmes i forbrugers hjemland efter dette lands (præceptive) regler, alene under den forudsætning at den erhvervsdrivende er bekendt med forbrugers bopæl og med at forbrugeren indgår aftalen i ikke-erhvervsmæssigt øjemed.

Vejledningen bør naturligvis gives i en form der ikke forudsætter juridiske forkundskaber, og vejledningen kan derfor ikke være så komprimeret som ovenstående beskrivelse af vejledningens sigte. Blandt andet må begreber som "præceptive" og "ikke-erhvervsmæssigt øjemed" erstattes af mere fyldige forklaringer.

Selv på disse betingelser skulle det imidlertid være muligt at skrive en vejledning der er dækkende, men samtidig forståelig for ikke-jurister og desuden så kort at den er til at overskue. Som det fremgår, findes der i det mindste i Danmark allerede websider der har til formål at vejlede om ehandel. Vejledningen kunne endvidere medtages på forbrugermyndighedernes websider.

Tese: (3) Forbrugere bør have en let adgang til at få relevante oplysninger om lovvalg og værneting – i en form som er forståelig for ikke-jurister.

Mikael Hidén

Brottsbekämpning och grundrättigheterna

Brottsbekämpning och grundrättigheterna

Av professor Mikael Hidén, Finland

Det uppstår ofta en spänning mellan brottsbekämpningens omedelbara syften och det konkreta skyddet av individens, var och ens, grundlagsstadgade rättigheter. Även om spänningen i praktiken ofta leder till mycket konkreta frågeställningar kan den inte behandlas enbart pragmatiskt på case by case basis, utan kräver också principiella ställningstaganden. Den här spänningen kan inte åtgärdas i den meningen att det skulle vara möjligt att nå en situation eller utvecklingsnivå där brottsbekämpningens legitima intressen och individens grundrättighetsskyddade intressen kunde friktionsfritt harmoniseras i alla konkreta fall. Spänningen kan "åtgärdas" bara i den relativa meningen, att man öppet och kritiskt diskuterar; vilka aspekter och utgångspunkter som är relevanta och legitima och vilka inte är det, i situationer där grundrättighetsintressen och brottsbekämpningsintressen samtidigt står konkret på spel, och genom en sådan diskussion når en balancerad lösning till den aktuella problematiken och bevarar en godtagbar grund för framtida utvecklingen i likadana eller besläktade situationer.

Den diskussion som här behövs har oundvikligen en avvägningskaraktär: man måste avväga olika legitima intressen med varandra och också mot varandra. Den här avvägningen behandlas i referatet. Här skall man ta fram bara en principiellt viktig punkt: konkreta situationer kan te sig "onormala", men det finns alltid skäl och alltid möjlighet för avvägning med normala kriterier och normala utgångspunkter.

Mikael Hidén, född 1939, juris doktor 1970 (doktorsavhandling om Justitieombudsmannaämbetet), Master of Comparative law, University of Chicago 1966 är professor i statsförfattningsrätt vid Helsingfors Universitet sedan 1976. Han fungerade som fakultetens dekanus 1984–1998. Inom sitt ämne är han särskilt intresserad av grundrättigheterna och författningsrättsligt relevanta kontrollfunktioner.

Det finns inte någon existensduglig livsyttning i världen som inte skulle ha rätt att försvara sig. Detsamma måste gälla också för demokratin.

— — —

Denna uppfattning om demokratins rätt och skyldighet till självförsvar ger demokratin ett även för den själv farligt vapen, ett vapen som lätt kan förleda människor till missbruk och orättvisor.

Urho Kekkonen i pamfletten "Demokratins självförsvar", utgiven 1934.

Given the danger to the safety of the United States and the nature of international terrorism, and to the extent provided by and under this order, I find consistent with section 836 of title 10, United States Code, that it is not practicable to apply in military commissions under this

order the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts.

Section 1, subsection (f) in Military Order "Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism", issued by president George W. Bush on November 13, 2001.

Av citaten kan lätt konstateras att de hänför sig till situationer som väsentligt avviker från den gällande alldagliga brottspreventionssituationen i de nordiska länderna. Urho Kekkonens pamflett var riktad mot den tidens odemokratiska rörelser som med utnyttjande av de av demokratin tryggade friheterna strävade efter att åsidosätta folkväldet. I president Bushs militärorder är det däremot frågan om att på anställda inom militären överföra de utredningar och rättegångar som omfattar personer som misstänks för internationell terrorism mot Förenta Staterna. Ärendena behandlas då i särskilda organ och inom ramen för särskilda procedurregler. Bakom ställningstagandena och de situationer som har föranlett dem kan dock skönjas samma allmänna frågeställningar som ofta aktualiseras vid regleringen av brottsutredningsbefogenheter.

I samband med brottsutredningsbefogenheterna kan man på en mycket allmän nivå tala om en sammanjämkning eller avvägning av individens intressen och samhällets intressen, dvs. sådana som hör till det politiska och rättsliga systemet i samhället. Det är lätt att inse att man vid intresseavvägningen under olika tider och i olika situationer har betonat olika aspekter och att denna balansgång har uppfattats och beskrivits på olika sätt. Detta slags avvägningsrelaterade tankegångar kan ses i gamla skälighets-, proportionalitets- eller rättvisebaserade utsagor och förhållningsregler. Som exempel kan nämnas ordspråket "man skjuter inte en äppeltjuv", maximen *audiatur et altera pars* eller omnämnandet i Olaus Petris Domarregler att avundsman icke bör vittna.

Samhällets fortbestånd och utveckling har alltid förutsatt en viss grad av inre ordning, och i och med detta oundvikligen också någon form av möjlighet att bruka våld. Vidare har individens rättigheter kunnat få verklig genomslagskraft endast under organiserade, skäligen förutsebara förhållanden. Denna omständighet har givetvis sedan urminnes tider varit bekant för dem som varit intresserade av statliga frågor – redan Cicero konstaterar: *legum omnes servimus, ut liberi esse possumus*, endast under lagen kan vi vara fria. Utan alltför stora överdrifter torde man dock kunna säga att det inte var förrän tanken om individens (oförytterliga) mänskliga eller grundläggande fri- och rättigheter¹ etablerades som de individuella konkreta rättigheterna blev en juridisk

¹ I det följande talar jag för smidighetens skull vanligen bara om grundläggande fri- och rättigheter eller grundrättigheter. Samma allmänna synpunkter är i regel tillämpliga både på de grundläggande fri- och rättigheterna skyddade i de nationella grundlagarna och på de mänskliga rättigheterna skyddade i de internationella fördragen.

faktor att räkna med också vid den samhälleliga maktutövningen. Utöver effektivitetssynpunkter har de olika möjligheterna till samhällelig tvångsmedelsanvändning därför börjat bedömas utifrån inte bara allmänna skälighets- eller rättvisaaspekter, utan också utifrån skyddet av individens konkreta rättigheter. Först efter att detta utvecklingsstadium har nåtts kan allt tal om sammanjämkning av samhälleliga och individuella intressen, avvägningen mellan dem, konkret påverka också de juridiska diskussionerna. I den kultur som är uppbyggd kring mänskliga eller grundläggande fri- och rättigheter har man tidvis använt sig av t.o.m. skarpare karaktäriseringar och då talat om t.ex. motsatsförhållandet individuella rättigheter vs samhälleliga rättigheter. Sådana karaktäriseringar kan å andra sidan vara rent av vilseledande, om de kopplas samman med föreställningar om motsättningar av rättegångstyp. *Versus*-beskrivningen i fråga kan i varje fall lätt ha den konsekvensen att man förbiser den komplexitet som är betecknande för de rättsregler som i utvecklade demokratier har relevans för individens ställning.

Vikter i vågskålen

Det finns onekligen också i dagens mångfasetterade värld människor som är t.ex. av den uppfattningen att den som misstänks eller har dömts för (grova) brott inte behöver några rättigheter utan får skylla sig själv, eller att frågan om exempelvis extra polisiära befogenheter gäller endast lagöverträdare och att hederliga medborgare inte har något att frukta. Vid en mer ansvarsfull och eftertänksam granskning utgås emellertid ifrån att de grundläggande fri- och rättigheterna skall skydda alla och envar, och att det i själva verket är just i fråga om de icke-gynnade och svaga i samhället, och alls inte de starka och gynnade, som grundrättighetskyddet drivs till sin spets. T.ex. våldsbenägna personer som på starka grunder misstänks för livsbrott kan in casu bli föremål för t.o.m. mycket långtgående maktmedel när de anhålls. Detta baserar sig likväl inte på att en sådan person i en sådan situation inte vore i subjektställning med hänsyn till de grundläggande fri- och rättigheterna i allmänhet eller exempelvis rätten till personlig integritet, utan detta har sin grund i att det i vissa särskilda situationer kan finnas exceptionellt vägande, och även med tanke på grundrättighetssystemet godtagbara skäl att t.o.m. betydligt kringskära eller kränka skyddet av någon (viss) grundläggande fri- och rättighet. Samtliga myndighetsbefogenheter att i brottspreventionens namn inkräkta på de individuella rättigheter som faller under grundrättighetsnormerna har följaktligen alltid karaktären av grundrättighetsfrågor. Därför krävs att lagstiftaren och lagtillämparen här iakttar samma noggrannhet och avhållsamhet som i samband med grundrättighetsrelaterade frågor i allmänhet.

Detta är väl ganska klart. Det är lika klart att brottspreventionen i praktiken ofta förutsätter sådana befogenheter som gör intrång i det normenliga skyddet av grundrättigheterna. Trots att dessa grundläggande utgångspunkter eller yttre diskussionsramar – att ingen någonsin står utanför skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna/att det är absolut nödvändigt att i brottsförebyggande syfte

kunna göra inskränkningar i de grundläggande fri- och rättigheterna – är obestridliga, är det kanske ändå skäl att nämna detta här. De stora och svåra frågor som aktualiseras i praktiken gäller emellertid inte dessa postulat, utan faller inom ramen för dem och är alltid frågor av avvägningstyp (balanserings- eller gränsdragningsfrågor): hurdana och hur tungt vägande brottspreventiva intressen berättigar till vilka eller hur radikala rättighetsbegränsningar, och vilka är då de grundläggande fri- och rättigheter som kan kringskäras? I det följande strävar jag efter att kort undersöka vilka slags vikter man kunde tänkas lägga i vågskålen för att rubba jämviktsläget antingen till förmån för myndighetsfullmakter eller för att bibehålla skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna. Först är det dock skäl att ytterligare säga något om karaktären av avvägningen eller, om så önskas, vikternas tyngd.

Inget brottspreventivt syfte ger rätt att helt åsidosätta samtliga grundläggande fri- och rättigheter. Det finns med andra ord ingen sådan "kungsvikt" som alltid och automatiskt skulle väga tyngre än de vikter som läggs i vågskålen för en grundläggande fri- och rättighet. Trots att de grundläggande fri- och rättigheterna hör till samma system utgör de inte en odifferentierad helhet som kunde avklaras med en enda vägning; i konkreta situationer måste envar grundläggande fri- och rättighet vägas separat. Vad gäller tillämpningen av de grundläggande fri- och rättigheterna bildar brottsbekämpningssituationerna å andra sidan inte något särskilt, isolerat område, utan de synpunkter som i allmänhet anförs på de grundläggande fri- och rättigheterna gäller också för dem – vågen är således densamma och viktåldorna likaså. Under normala förhållanden är det vid vägningen vanligen frågan om finjusteringar, snarare på apoteksvåg än på lanthandelns decimalvåg. – Om vi fortfarande håller oss till bildliga framställningar kan vi säga att vågskålen för skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna aldrig är så tom att det inte för myndighetsbefogenheterna skulle krävas vikter i vågskålen.

Synpunkter som betonar betydelsen av skyddet av grundläggande fri- och rättigheter. Vid bedömningen av brottsbekämpningsrelaterade myndighetsbefogenheter kan i princip vilken som helst grundläggande fri- och rättighet ha relevans. I praktiken är det i regel bara vissa av grundrättigheterna som då befinner sig i "eldlinjen". Också om det inte är typiskt för grundrättighetssystemen att en del av de grundläggande fri- och rättigheterna har företräde framför andra, kan vissa fri- och rättigheter i praktiken anses vara absoluta (mer absoluta än andra). Dylika fri- och rättigheter är närmast de som avses i artikel 15 i europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna – som handlar om avvikelser från konventionsförpliktelse vid nödläge – dvs. rätten till livet, förbudet mot tortyr och omänsklig behandling, förbudet mot slaveri och tvångsarbete samt förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning. Dessa rättigheters okränkbarhet torde knappast äventyras i de nordiska rättsordningarna.

I samband med brottsutredningar kan lätt uppstå ett tryck att inskränka åtmins-

tone den personliga friheten och integriteten, rörelsefriheten och rätten att lämna landet, skyddet för privatlivet, hemfriden och förtroliga meddelanden samt de rättsskyddsrelaterade rättigheterna. Trycket kan vidare rikta sig mot jämlikhetsskyddet, vilket i systemet av grundläggande fri- och rättigheter bildar ett slags fundament som allting vilar på och som givetvis omfattar också individens ställning i förhållande till brottsutredningen. Vilket konkret skydd (bl.a.) dessa enskilda grundläggande fri- och rättigheter ger i förhållande till någon brottsutredningsrelaterad (planerad) befogenhet bedöms utgående från den aktuella konstellationen med beaktande av alla bidragande faktorer. Med hänsyn till att skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna skall vara reellt är det viktigt – vilket redan nämntes – att bedömningen alltid sker i enlighet med de principer och läror som allmänt följs inom ramen för grundrättighetssystemet och i samband med respektive grundläggande fri- och rättighet.

Att skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna strikt beaktas också vid bekämpningen och utredningen av brott handlar inte "bara" om att konkreta normer skall tolkas och iakttas konsekvent. Bakom tolkningarna och övervakningen av grundrättighetsnormerna ligger de värdeomdömen som är centrala i samhället, "de yttersta frågorna". Värdeomdömena kan beskrivas på varierande sätt, men ofta beskrivs de olika komponenterna med ord som rättsstat, personlig frihet, jämlikhet och folkvälde. Man kommer inte nödvändigtvis att i första hand tänka på detta slags högstämda aspekter t.ex. när man bedömer frågan om myndighetsåtgärder för att ställa en person som har begått ett vidrigt brott till ansvar. Vid all brottsbekämpning och brottsutredning är det emellertid samtidigt frågan om att bevara också dessa värden, att försvara de rättsstatliga hörnstenarna från att vittra sönder.

Synpunkter som betonar nödvändigheten av myndighetsbefogenheter. Att samhället måste kunna förhindra eller åtminstone försvåra gärningar som är förbjudna och straffbara enligt den egna rättsordningen, och på motsvarande sätt kunna vidta åtgärder för att utreda brott och lagföra de skyldiga, skall anses som en given utgångspunkt. Det måste kunna förutsättas att befogenheterna är funktionella och effektiva i praktiken och att de följaktligen vid behov ger också möjligheter att begränsa individuella fri- och rättigheter och att använda tvång. När frågan om befogenheternas godtagbarhet dryftas är det väsentliga naturligtvis inte tanken om garanterad normeffektivitet, en tanke som till naturen är teknisk och betonar bestämmelsernas konkreta sida. Förbuden i lagen och de (straff)sanktioner som anknyter till dem är medel med vilka man – också när det egentliga skyddsobjektet är ett enskilt intresse – strävar efter att befrämja även allmänna intressen i samhället. Ur olika perspektiv kan intressena i fråga beskrivas t.ex. med sådana uttryck som samhällsfred, allmän ordning och säkerhet, allmänhetens fortsatta förtroende för samhällsinstitutionerna, trygghet av individernas verksamhets- och medverkansbetingelser. Det är i sista hand frågan om att säkerställa de element som utgör grundvalen för ett lagenligt samhälle – ett

samhälle som också upplevs som sådant; utan dessa element kan man inte tala om något demokratiskt statligt system.

Det anförda innehåller också en paradox, som har uppmärksamats också i den diskussion om åtgärder för bekämpning av terrorismen som har förts på senare tid. Vid bekämpningen och utredningen av brott kringskärs många sådana för individen viktiga fri- och rättigheter som lagstiftaren – utöver andra intressen – har gått in för att skydda genom kriminaliseringsbestämmelserna i fråga. Ett samhälle uppbyggt kring medborgarfriheter godkänner med andra ord att dessa rättigheter begränsas i syfte att trygga dessa rättigheter. Trots att paradoxen kan skönjas, låter sig några konkreta slutsatser egentligen inte dras av detta. Att t.ex. polisiära befogenheter motiveras med skyddet av individens fri- och rättigheter blir inte därför ovidkommande. Allmänt taget är det visserligen befogat att förutsätta att läkemedlet inte blir skadligare än själva sjukdomen, att t.ex. kampen mot terrorismen inte får leda till att omfattande begränsningar av individuella rättigheter godkänns, att utvecklingen går mot en polisstat, vilket terroristerna just kan påstås ha försökt uppnå med sin strategi.

Hur går vägningsen till?

Tidigare har beskrivits de riktlinjer som följs vid motiveringen av beslut, dvs. vikterna. Här är det frågan om att söka jämviktsläget mellan å ena sidan de berättigade (effektivitets)krav som ställs på bekämpningen och utredningen av brott, å andra sidan de krav som följer av skyddet av sådana individuella fri- och rättigheter som blir föremål för myndighetsbefogenheterna. Vidare är det skäl att anföra några synpunkter också på vikternas olika tyngd, hur vägen skall avläsas.

Det finns inte någon allmängiltig formel eller anvisning för hur avvägningen skall gå till. Det enda som finns är ett antal principer eller synpunkter, vilkas konkreta relevans kan variera från fall till fall. En sådan princip eller synpunkt utgör proportionaliteten. Myndigheten måste ha rätt att vidta sådana åtgärder som med hänsyn till verksamhetens syftemål är effektiva, men den kompetensenliga möjligheten att inkräkta på någons grundläggande fri- och rättigheter skall till omfattningen stå i ett förnuftigt förhållande till den nytta som då följer av bekämpningen eller utredningen av brotten. Till proportionalitetskravet hör vissa närstående eller angränsande omständigheter eller synpunkter, av vilka nödvändigheten är en. När en grundläggande fri- och rättighet kringskärs är det således inte tillåtet att gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå det godtagbara syftet med myndighetsverksamheten i fråga. Nödvändigheten innebär ytterligare att om syftet kan nås med ett med hänsyn till skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna lindrigare medel, skall detta användas. Som en viktig proportionalitetsbaserad gränsdragning kan vidare anföras den redan nämnda tanken att vissa av de grundläggande fri- och rättigheterna, t.ex. förbudet mot omänsklig behandling och förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning, är så absoluta att det inte finns något behov som berättigar till avvikelser från dem. Besläktat med denna tanke-

gång är kravet att de grundläggande fri- och rättigheterna har sitt eget kärnområde som bör fredas för allt vad ingripanden heter.

Såsom de nämnda "kriterierna" – proportionalitet och nödvändighet – lätt visar, är det frågan om en avvägning som i mycket bygger på värderingar. Värderingsbaserad är inte bara den omständigheten om något visst utredningsintresse står i ett riktigt förhållande till den skada som någon viss grundläggande fri- och rättighet åsamkas, utan i hög grad också den omständigheten vad som ses som nödvändigt. På värderingar bygger också det vad som anses vara tillräckligt effektivt med tanke på syftemålen och i vilken utsträckning t.ex. de resurser eller den tid som myndighetsåtgärderna kräver kan utgöra godtagbara delfaktorer vid bedömningen av frågan om någon myndighetsåtgärd är nödvändig eller med hänsyn till effektivitetskravet motiverad.

Värderingarna i fråga aktualiseras alltid när myndighetsbefogenheter skall jämkas samman med grundrättighetsskyddet. Två av de grundläggande fri- och rättigheterna står emellertid i en principiell särställning. Den ena av dem är jämlikheten. Myndighetsbefogenheterna vid bekämpning och utredning av brott skall alltid användas så att de utsatta människorna behandlas jämlikt, med andra ord så att irrelevanta (diskriminerande) personrelaterade grunder inte inverkar på åtgärdernas beskaffenhet. Huruvida det nationella skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna utan åtskillnad utsträcks till medborgare och icke-medborgare är beroende av grundrättighetssystemet i ettvarit land. Människorättssystemen är emellertid uppbyggda kring tanken att individen skall åtnjuta skydd oberoende av sin medborgerliga ställning. Det kan också konstateras att de rättigheter som vanligen befinner sig i "eldlinjen" vid brottsbekämpning och brottsutredning inte är t.ex. fri- och rättigheter av politisk natur, där nationalitetsfaktorn kunde tänkas spela en legitim roll, utan just sådana fri- och rättigheter som hänför sig till människans privatsfär såsom personlig frihet och integritet samt skydd för privatlivet och hemfriden. Mot denna bakgrund är det värt att notera att president Bushs militärorder endast gäller behandlingen av andra än medborgare i Förenta Staterna.

Den andra grundläggande fri- och rättigheten eller gruppen av grundläggande fri- och rättigheter med särställningsstatus är de rättsskyddsrelaterade (processuella) fri- och rättigheterna. Också i sådana situationer där det t.ex. i samband med brottsutredningen är möjligt att kringskära "materiella" grundläggande fri- och rättigheter såsom den personliga friheten, skall de centrala rättsskyddsgarantier som hänför sig till själva förfarandet tryggas. Kravet kan beskrivas också ur en något annan synvinkel: de utredningstekniska behov som kan utgöra rättsgrund för exempelvis rannsakningsfångelse, tagande av blodprov eller telefonavlyssning fordrar i allmänhet inte – och därför kan inte heller legitimera – att de centrala processuella rättsskydds rättigheterna åsidosätts. Vad dessa rättsskyddsrelaterade grundläggande fri- och rättigheter kan anses omfatta – förutom en människovärdig behandling – kan när det gäller detaljerna variera i olika rättsordningar. Såvitt

jag kan se borde de inbegripa åtminstone rätten att bli hörd, rätten att använda sitt eget modersmål eller i vart fall det språk som personen kan, respekten för oskyldighetspresumtionen, den rätt som följer av förbudet mot self-incrimination, rätten att kommunicera med ett biträde och anhöriga (med reservation för tvingande utredningstekniska motargument) samt en reell möjlighet att använda de rättsordningsenliga rättsskyddsmedel som existerar i den aktuella typen av situation.

Med avseende på förhållandet mellan myndighetsbefogenheterna vid bekämpning eller utredning av brott och de grundläggande fri- och rättigheterna bör ytterligare en principiellt viktig distinktion göras. Denna framgår inte nödvändigtvis av bestämmelserna om de grundläggande fri- och rättigheterna. Kan myndighetsåtgärderna riktas endast mot personer som det är skäl att misstänka för brott eller kan de eventuellt riktas också mot andra? Skillnaden är tydlig, om man betänker t.ex. vem som kan häktas vid en brottsundersökning. Skillnaden framträder nog också i samband med andra befogenhetsarrangemang, och jag anser att man helt konsekvent skall utgå ifrån att de grundläggande fri- och rättigheter som gäller personer som inte misstänks för brott får begränsas i väsentligt mindre utsträckning än vad som är fallet i fråga om personer som misstänks för brott.

Det är inte möjligt att automatiskt underbygga denna principiella tudelning redan därför att de befogenheter som riktar sig mot brottsmisstänkta inte i utredningsfasen utan vidare kan motiveras med skyldighetspresumtionen; å andra sidan bestäms inte heller myndigheternas intresse av och möjligheter till information nödvändigtvis av indelningen misstänkt/icke-misstänkt. Trots att skyldighetspresumtionen inte automatiskt utgör en tillräcklig grund för att rikta åtgärder mot misstänkta, talar beaktansvärda praktiska hänsyn för att interimistiska begränsningar (dvs. sådana som hänför sig till den tid som föregår domstolens slutliga avgörande) av de grundläggande fri- och rättigheterna skall vara möjliga i fråga om personer som på sannolika skäl misstänks för brott. De praktiska skälen har samband med strävandena att slutföra brottsutredningar och trygga möjligheten att driva rättegångar. Vidare kan det finnas grundad anledning att in casu bereda sig på att den misstänkte t.ex. flyr, undanröjer bevis eller fortsätter sin brottsliga verksamhet. Att den berättigande grunden är konkret betingad innebär också att den godtagbara omfattning i vilken den misstänktes fri- och rättigheter kan begränsas alltid bestäms utifrån de konkreta dragen i situationen.

Med hänsyn till de konkreta grunderna står andra än de som misstänks för brott (medverkan) i allmänhet i en annan ställning än de senare. I praktiken kan det naturligtvis uppstå t.ex. sådana situationer där en nära anhörig till den som misstänks för brott på goda grunder misstänks för kollusion. Trots detta har det enligt mitt förmenande varit och är det också i fortsättningen skäl att förhålla sig mycket restriktiv eller direkt avvisande till att myndigheterna berättigas att vid bekämpning eller utredning av brott kringskära utomstående, dvs. andras än brottsmisstänkta, grundläggande fri- och rättigheter. Redan den gamla och ädla

principen om personligt ansvar, som Runeberg så poetiskt uttrycker i dikten *Landshövdingen* i verket "Fänrik Ståls sägner", förutsätter ett negativt förhållningssätt. I dikten reciterar landshövdingen Svea rikes lag (för en rysk general i samband med kriget år 1809):

"I den sen sekler ren det stadgat stått:
att, bryter en, all skuld är endast hans,
att mannen böter ej för hustruns brott,
ej hustrun för sin mans."

På torr juristprosa kunde saken beskrivas även så att de grundläggande fri- och rättigheterna är individens rättigheter, varför individens grundrättighetsskydd inte skall få naggas i kanten av något som någon annan, eventuellt t.o.m. en närstående person, har gjort eller misstänks ha gjort sig skyldig till.

Också vissa pragmatiska element kräver en negativ eller mycket restriktiv inställning till att de brottsutredningsrelaterade grundrättighetsbegränsande befogenheterna utsträcks till personer utanför de misstänkta krets. "Åtgärder som får riktas mot den som misstänks för brott" utgör en kategori, om vilken det finns förhållandevis många fasta regler och på motsvarande sätt riklig praxis, oberoende av om det gäller t.ex. förutsättningarna för att klassificeras som misstänkt, betydelsen av hur grovt det aktuella brottet är eller den bevisning som krävs för att de häktningsberättigande sannolika skälen skall uppfyllas. Därför – och eftersom målgruppen dessutom är så pass liten – kan man säga att lagstiftaren och myndigheterna har rätt god kontroll över de begränsningar som riktar sig mot kategorin misstänkta. Detsamma kan sägas om begränsningarnas framtida utveckling. Om vi förflyttar oss utanför kretsen av misstänkta, saknar vi nästan helt förmånen av avgränsade grupper, klara begrepp och vedertagna ståndpunkter, och löper på motsvarande sätt större risk för försämrade befogenhetsarrangemang i fråga om klarhet, inre logik, nödvändighetsbaserade begränsningar och jämlikhet. Med tanke på eventuella nya riktlinjer inom lagstiftningen kan också konstateras att när möjligheten att införa begränsningar inte utsträcks till andra än personer som misstänks för brott, finns det samtidigt en klar gräns som lagstiftaren inte överskrider. Befogenheterna kan ändras, men målgruppen växer i princip inte. Om lagstiftaren å andra sidan tillåts gå utanför de misstänkta krets, innebär detta på samma gång att det inte finns någon tydlig principiell gräns som hindrar att målgruppen för grundrättighetsbegränsningarna kontinuerligt växer.

Det har tidigare varit tal om sådana befogenheter som vid den egentliga brottsutredningen kan riktas mot personer utanför de misstänkta krets. Likartade principiella frågeställningar uppstår t.ex. när polisen alkoholtestar bilister vid trafikkontroller, tullmän gör stickprov för att komma åt smuggling av narkotika eller passagerare tvingas underkasta sig säkerhetskontroller på flygfält. Här riktar myndigheterna också grundrättighetsinkräftande åtgärder mot personer som inte misstänks för några olagligheter. De inkräftande åtgärderna vidtas inte för att

utreda något brott. Det är snarare frågan om en "fishing expedition", vars primära syfte är att "fånga in" de människor som avser att begå/förbereder brott, och vars sekundära syfte är att upprätthålla risken för upptäckt och i och med detta avskräcka potentiella lagöverträdare från att begå brott. Det är skäl att ställa sig skeptisk också till detta slags befogenheter, närmast därför att myndigheterna här helt lagligt och vanligen utan väckta misstankar kringskär enskilda människors grundläggande fri- och rättigheter, och detta i samband med att individerna deltar i sedvanlig och godtagbar samhällelig verksamhet.

Ur grundrättighetsperspektiv kan dylika åtgärdsbefogenheter dock – i vissa situationer och på behörigt sätt avgränsade – betraktas som godtagbara närmast av tre samverkande orsaker. Syftet med befogenheten kan vara samhälleligt mycket viktigt, kanske rent av tvingande (förhindrande av flygplanskapningar); det finns knappast heller något annat effektivt och med hänsyn till skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna mindre skadligt medel att uppnå syftet. De grundrättighetsbegränsningar som avses i detta sammanhang är i regel rätt lindriga och torde knappast (med undantag av situationerna med konkreta misstankar om brott) vara mer ingripande än kroppsvisitation och kroppsbesiktning. Åtgärdsbefogenheten drabbar i princip alla i den aktuella situationen (t.ex. passagerarna på flygfältet) lika. Utgångsläget är att de personer som kontrolleras inte utsätts för särbehandling och extra olägenheter i sammanhanget. (Om kontrollbefogenheten de facto används på ett diskriminerande sätt kan det inte anses förenligt med skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna, men detta är en annan sak.)

Den förändrade, oförändrade situationen

Utvecklingen under senare tid har tillfört brottsligheten och brottsbekämpningen nya drag eller åtminstone nya tyngdpunktsförskjutningar. Enskilda gärningsmäns enskilda brott spelar säkerligen fortfarande en stor roll när det gäller brottsligheten och på motsvarande sätt bekämpningen av brott, men den organiserade, planmässiga brottsligheten håller uppenbarligen på att öka. Ökar gör troligen också den internationella och den gränsöverskridande brottsligheten. Den teknologiska utvecklingen har givit och ger brottsligheten ett "extra uppsving": nya möjligheter för personer att snabbt ta sig från ett land till ett annat och för snabbad överföring av information och varor varthelst i världen. Terrorismen har blivit ett hot på ett sätt som inte heller de nordiska länderna kan ignorera, och de möjligheter som följer av den teknologiska utvecklingen ökar terrorismens betydelse. Utvecklingen ställer ofrånkomligen nya krav också på bekämpningen och utredningen av brott: förmåga att reagera på nya och snabbare sätt, färdigheter och andra resurser till förebyggande, utredning, uppföljning, större och snabbare operationer samt ett fungerande internationellt samarbete.

Beskrivningen ovan av den senaste tidens utveckling är i sig trivial. Det är likväl klart att den brottslighetsrelaterade utvecklingen skapar behov av att förse myndigheterna med nya befogenheter t.ex. i fråga om uppföljning av teletrafik,

brytande av banksekretess, överlämnande av uppgifter och myndigheternas internationella samarbete. Förhållandet mellan å ena sidan bekämpningen och utredningen av brott, å andra sidan skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna ställs inför nya konkreta fenomen och frågor. Det är skäl att beakta att många av de nya konkreta frågeställningarna beror på att medvetenheten om grund- och människorättigheterna har ökat, att tendensen att lyfta fram dem har stigit under årens förlopp – till en del är detta kanske även en följd av att de hotbilder som hänför sig till de grundläggande fri- och rättigheterna har "moderniserats".

Trots att de grundläggande fri- och rättigheterna måste relateras till nya, konkreta situationer och trots att tolkningarna av dessa fri- och rättigheter naturligtvis kan ändras i fråga om detaljerna, förblir den principiella basen för frågeställningen oförändrad. Det gäller konflikten eller spänningen mellan myndighetsfullmakter och skyddet av någon grundläggande fri- och rättighet. Vidare är det frågan om enligt vilka principer och med vilken motivering som dessa spänningsladdade intressen sammanjämkas i lagstiftarens verksamhet och i myndighetspraxis. Avvägningen torde också i framtiden göras utifrån i stort sett samma principiella ståndpunkter som hittills.

Korta slutkommentarer

I demokratiska rättsstater finns det ingen möjlighet att undvika avvägningsproblemet mellan skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna och de befogenheter som brottsbekämpningen och brottsutredningen förutsätter. Det är snarare så att ett kriterium på en demokratisk rättsstat ligger just i detta problems genuina livskraft i samhället: diskussion, farhågor, försiktiga mått och steg.

Avvägningen är sådan till naturen att ytterlighetslösningar inte fungerar. Det är skäl att ta avstånd från förenklingar och populism; det är skäl att gå in för både ett hyggligt grundrättighetsskydd och hyggliga befogenheter att utreda brott.

Med hänsyn till att skyddet av de grundläggande fri- och rättigheterna skall vara reellt är det väsentligt att lagstiftningsprocessen alltid ägnas all normal noggrannhet. Detta skall vara fallet också när det är högst motiverat att bedöma om befogenheterna i samband med bekämpning och utredning av brott är tillräckliga rent konkret. Man måste alltid slå vakt om de avvägningsrelevanta elementen vid regleringen: exakthet, proportionalitet, nödvändighetsbaserade befogenheter, tillräckliga rättsskyddsgarantier och kontrollerad myndighetsverksamhet.

De utmaningar som anknyter till värnet om de grundläggande fri- och rättigheterna förändras med tiden. Utan att göra anspråk på någon heltäckande framställning tar jag upp endast fyra synpunkter här.

En del av den internationella brottsligheten är välorganiserad och dessutom ekonomiskt och färdighetsmässigt resursstark. Ju mer dessa drag accentueras, desto större blir trycket på en förhöjd "utrustningsstandard" också vad gäller brottsbekämpningen och brottsutredningen, och den vägen också på större möjligheter att utsträcka övervakningen till helt utomstående människor.

Det är klart att situationer av det slag som Kekkonens och Bushs yttranden syfta på – politiska risker i samband med politiska ytterlighetsrörelser och uppseendeväckande terrorhandlingar – också i dag är problem att räkna med. Att forcerade åtgärder och/eller populism i sådana situationer kan leda till överdrifter som ”åker snålskjuts” på de sanna behoven att reglera saken, utgör ytterligare en risk för de grundläggande fri- och rättigheterna.

I och med att hoten blir mer internationella ökar också behovet av internationellt samarbete vid bekämpning och utredning av brott, och som en konsekvens behovet av harmonisering av de samarbetsrelevanta regelverken. Den diskussion om terrorismbekämpning som hösten 2001 fördes inom EU och i medlemsstaterna visar de risker som är förknippade med utvecklingen: vagare beredning av normer med betydelse för de grundläggande fri- och rättigheterna, viktiga grundlinjer utstakas fjärran från den diskussion och den noggrannhet som är essentiella vid den normala nationella beredningen.

Av president Bushs order framgår att också de rättsskyddsgarantier som hänför sig till själva kärnan i ”access to court” och ”fair trial” tänkandet kan i vissa särskilda situationer på allvar råka i farozonen. Situationen i fråga kan betraktas som ett så avlägset särfall att den saknar relevans för de nordiska rättsordningarna. Kanske kan den emellertid fungera som något slags memento om att man inte får ge avkall på individernas rätt till ett fungerande processuellt skydd, inte ens när effektiva myndighetsinsatser är motiverade.

Bilaga

Vissa åskådliggörande exempel

Ovan har behandlats endast sådana allmänna frågor och aspekter som jag ser som viktiga med tanke på temat. En allmän framställning ger emellertid en tämligen abstrakt helhetsbild. Därför citerar jag kort vissa verklighetsförankrade frågeställningar. Fallen illustrerar praxis från riksdagens grundlagsutskott, som är det mycket centrala – och sysselsatta – organ som övervakar tillämpningen av grundlagen i Finland. Min mening är inte att redogöra specifikt för finsk praxis. Syftet är däremot att något åskådliggöra och konkretisera vilka reella frågor som kan uppstå inom ramen för temat och i vilka banor tankarna då har kunnat röra sig i praktiken. Detta innebär samtidigt att fallen ingalunda skall anses ge uttryck för ”gällande rätt i Finland”.²

² ”Fallen” är utlåtanden som grundlagsutskottet har avgivit till andra riksdagsutskott. Utlåtandena har i allmänhet gällt förhållandet mellan ett lagförslag och grundlagen. Grundlagsutskottet har då blivit tvunget att ta ställning till frågan om lagförslaget är grundlagsenligt, vilket betyder att lagen kan stiftas i vanlig lagstiftningsordning, eller om lagförslaget strider mot grundlagen, vilket betyder att lagen kan stiftas endast i grundlagsstiftningsordning, dvs. som en undantagslag, såvida den inte ändras materiellt. Samtliga utlåtanden härstammar från tiden efter reformen av de grundläggande fri- och rättigheterna år 1995. Utskottsutlåtandena finns på både finska och svenska i tryckta riksdagshandlingar och även på riksdagens internetsidor (www.riksdagen.fi).

Utlåtande 2/1996 rd, som behandlade förslag till lag om förändring av tullagen:

”...Med teknisk observation avses fortlöpande eller upprepad avlyssning, iakttagande och avbildande av en viss person med tekniska hjälpmedel samt spårning av ett fordon eller en varas rörelser. Dessa befogenheter ingriper både i skyddet för privatlivet och, vad gäller 3 mom, i skyddet för hemfriden.

...

Betydelsen av förslagen om teknisk observation med tanke på statsförfattningen bör bedömas också med hänsyn till hur nödvändigt det anses vara att inskränka de grundläggande fri- och rättigheterna. Myndigheterna bör inte ges större befogenheter att ingripa i de grundläggande fri- och rättigheterna än vad som är nödvändigt. I propositionens motiveringar nämns att tullverket inte behöver likadana metoder för att inhämta uppgifter som polisen. Men tullens befogenheter har formulerats i största möjliga överensstämmelse med polislagen.

...

Utskottet har den uppfattningen att dessa befogenheter, i och med att de omfattar hemfridsskyddet enligt 8 § regeringsformen, inte nödvändigt kan anses höra till tullens självständiga befogenheter. Därför bör lagförslaget på grund av 20 d § 1 mom. behandlas i grundlagsstiftningsordning. För att vanlig lagstiftningsordning skall kunna tillämpas på denna punkt måste andra meningarna i momentet strykas och observation av ett fordon inom ett hemfridsskyddat område, t.ex. en husvagn som används som bostad, vara förbjuden.”

Utlåtande 3/1996 rd, som behandlade ett förslag från EU-kommissionen till en förordning av Europeiska unionens råd om kommissionens kontroller på platsen i syfte att spåra bedrägerier och oegentligheter som skadar Europeiska gemenskapernas finansiella intressen:

”...Det är viktigt med tanke på statsförfattningen att kontrollerna kan omfatta privatpersoner. Denna omständighet är av konstitutionell betydelse genom att det i Finland kan bli aktuellt att verkställa kontroll på en plats som omfattas av hemfridsskyddet enligt 8 § regeringsformen. Enligt detta lagrum i grundlagen hindrar grundlagen inte att det stadgas om åtgärder som ingriper i hemfriden, om de är nödvändiga för att värna grundläggande fri- och rättigheter eller utreda brott. Vad gäller senare villkoren har det i lagstiftningspraxis (GrUU 2/1996 rd) ansetts möjligt att lagstadga om åtgärder som berör hemfriden utom för utredning av ett redan begånget brott också när det föreligger en konkret och specificerad misstanke om brott. I den föreslagna förordningen ingår inget sådant skärpt villkor för kontroll inom ett hemfridsskyddat område och därmed harmonierar det inte helt med 8 § regeringsformen.

...

Kontrollbefogenheterna innehas av kommissionens inspektörer enligt definitionen i artikel 4.1. Begreppet i förslaget är såtillvida vidlyftigt och därmed vagt att en likadan nationell reglering inte kunde anses vara förenlig med grundlagen. Det är viktigt att denna punkt i den föreslagna förordningen preciseras.”

Utlåtande 47/1996 rd, som behandlade förslag till telemarknadslag:

”Föreslagna 50 § 2 och 3 mom. gäller lämnande av vissa identifieringsuppgifter inom telekommunikation dels till en som är skyldig att betala teleräkningen, dels med anslutningsinnehavarens samtycke till polisen.

...

I 50 § 3 mom. 1 punkten är det fråga om utredning av brott som äventyrar hemfriden och därmed ställer förslaget inte några problem med tanke på 8 § 3 mom. regeringsformen. Polisens rätt enligt samma moments 2 punkt att få identifieringsuppgifter för meddelanden som sänts från en mobilteleutrustning som orättmätigt kommit i någon annans besittning har inte inskränkts på något vis till exempel enligt brottstyp. Utskottet anser det dock möjligt att stadga om detta i vanlig lagstiftningsordning, efter som förslaget är noga avgränsat och har en sådan godtagbar grund som i sista hand kan förstås så att den anknyter till individens säkerhet i vidare bemärkelse. Det är dock nödvändigt att precisera paragraftexten så till vida att rätten att få information, precis som avsetts, bara har att göra med utredning av sådana brott som innebär att en mobilteleutrustning fråntagits den riktiga ägaren.”

Utlåtande 7/1997 rd, som behandlade ändringar av tvångsmedelslagen:

”...De bestämmelser i lagförslagens 6 kap. 5 § som gäller provtagning för att bestämma och registrera DNA-profiler måste bedömas utgående från den personliga integriteten enligt 6 § regeringsformen och skyddet för envars privatliv enligt 8 §.

DNA-profiler fås bestämmas ur prov som tagits vid kroppsbesiktning av den som misstänks för brott eller den som genom lagakraftvunnen dom konstateras ha gjort sig skyldig till en viss typ av brott. ...

DNA-profiler kommer att bestämmas ur prov tagna vid kroppsbesiktning, dvs. närmast ur blodprov för bestämning av blodets hemoglobin eller enligt vad utskottet erfarit med tillämpning av nyare teknik, till exempel ur prov taget från munnens slemhinnor, något som innebär ett ingrepp i den personliga integriteten som är ännu lindrigare än ett blodprov. Bakom propositionens förslag att inskränka integriteten ligger det ett vägande samhällligt intresse. Utskottet anser att förslaget inte är problematiskt med tanke på regleringen av den personliga integriteten i grundlagen...

I 8 § 1 mom. regeringsformen tryggas bland annat envars privatliv. I lagrummet heter det vidare att det stadgas närmare i lag om skydd för personuppgifter. Utifrån dessa grundlagsbestämmelser bör de förslag bedömas som innebär att DNA -profiler får tas in i polisens personregister.

Enligt förslaget kommer det att stadgas tillräckligt exakt om grunderna för registrering i lagen. Registrering av speciellt ömtåliga uppgifter begränsas av 5 § 4 mom., där det sägs att DNA-profiler som innehåller uppgifter om den registrerades personliga egenskaper inte får registreras i polisens personregister ... Syftet med registreringen av DNA-

profiler är att befordra brottsundersökningen, något som är synnerligen viktigt med tanke på både samhället och brottsoffret. Av dessa orsaker anser utskottet att förslaget på dessa punkter står i samklang med 8 § 1 mom. regeringsformen.

I förslaget ingår inga specialbestämmelser om hur länge DNA-profiler skall förvaras i personregister, vilket innebär att frågan blir beroende av den fullmakt att utfärda förordning, som ingår... Utskottet har ... framhållit att frågan om hur länge uppgifter skall förvaras i personregister är en fråga som i enlighet med 8 § 1 mom. regeringsformen skall regleras i lagen. I analogi med detta anser utskottet att en förutsättning för att lagförslagets 6 kap. 5 § skall kunna behandlas i vanlig lagstiftningsordning är att det på lagnivå stadgas om utplåning av uppgifter i registren."

Utlåtande 23/1997 rd, som behandlade förslag till revidering av stadgandena om brott mot rättskipning, myndigheter och allmän ordning samt till sexualbrott:

"Förutsättningarna för husrannsakan enligt 5 kap. 1 § tvångsmedelslagen föreslås bli kompletterade så att husrannsakan skall kunna företas också då det brott som misstanken gäller är innehav av barnpornografiska bild. Den straffskala som föreslagits för detta brott berättigar inte i sig till husrannsakan.

Förutsättningarna för husrannsakan bör bedömas utifrån 8 § regeringsformen om tryggad hemfrid. Enligt dess 3 mom. kan genom lag stadgas om åtgärder som ingriper i hemfriden och som är nödvändiga för att de grundläggande fri- och rättigheterna skall kunna tryggas eller för att brott skall kunna utredas.

Grundlagen anger inga särskilda kvalifikationer som måste uppfyllas för att husrannsakan skall kunna företas för att utreda ett brott. Tvångsmedelslagens bestämmelse om förutsättningar för husrannsakan kan väl kompletteras med den nya brottsbenämningen utan att gränserna enligt 8 § 3 mom. regeringsformen överskrids. Utskottet anser utgående från kravet på nödvändighet att brottsligt innehav till sin natur är sådant att husrannsakan måste kunna företas för att straffbestämmelsen skall kunna övervakas med ens något slags effektivitet. Enligt utskottets uppfattning är ändringen i 5 kap. 1 § i överensstämmelse med grundlagen."

Utlåtande 12/1998 rd, som behandlade förslag till lagar om ändring av lagen om verkställighet av straff mm.:

"Avsikten med propositionen är att effektivisera narkotikakontrollen i fängelserna...

...

Enligt 2 kap. 9 b § 1 mom. kan en fänge kroppsvisiteras i vittnes närvaro, om det är behövligt för att förebygga rymning, upprätthålla ordningen eller om fången misstänks för innehav av förbjudna föremål eller ämnen. Befogenheten besvarar nu gällande befogenhet. Bestämmelsen innebär inget problem med hänsyn till kravet på att frågan skall regleras i lag. Däremot är det problematiskt att beslutanderätten beträffande

kroppsvsitationer bestäms utgående från fängsvårdsförrordningen... I detta avseende kan lagförslaget behandlas i normal lagstiftningsordning, förutsatt att i lagen kommer att ingå exakta bestämmelser om vem som beslutar om kroppsvsitation.

...

Den andra bestämmelsen i 9 b § 1 mom. innebär ett nytt bemyndigande att utföra kroppsvsitation. Om det på en avdelning eller i andra utrymmen vid en straffanstalt utförs specialgranskning i syfte att finna förbjudna föremål eller ämnen får enligt det nya bemyndigandet kroppsvsitation utföras på alla fångar som är placerade på avdelningen eller som befinner sig i de utrymmen som skall granskas. I samband med en specialgranskning kan kroppsvsitation sålunda utföras på en fånge oberoende av om kroppsvsitationen är nödvändig för att förebygga rymning, upprätthålla ordningen eller om fången misstänks för innehav av förbjudna föremål eller ämnen...

... Utskottet anser att det är ofrånkomligt att fångar som avtjänar straff i en straffanstalt måste hindras från att inneha förbjudna föremål och ämnen.

... För att trygga det grundlagsfästa förbudet mot godtyckliga ingrepp är det dock nödvändigt att i lag fastställa vissa specificerade förutsättningar för att en specialgranskning skall få utföras. I detta hänseende kan lagförslaget då behandlas i normal lagstiftningsordning. Det kan till exempel bestämmas att en specialgranskning får göras om det finns skäl att misstänka att fångar som är placerade på en avdelning vid en straffanstalt eller som befinner sig i andra utrymmen på anstalten har förbjudna föremål eller ämnen eller om det (av någon annan orsak) är nödvändigt att utföra en granskning för att upprätthålla ordningen och säkerheten i anstalten.

...

Regeringen föreslår att teknisk observation får riktas mot en fånge som är misstänkt för ett brott, rannsakningsfångar inbegripna, när han befinner sig i sin cell eller i anstaltens övriga utrymmen som står till fångarnas förfogande. ... Utskottet anser för det första att ett fängelsestraff och verkställigheten av det ofrånkomligen är av sådan natur att cellen i en straffanstalt inte är en sådan plats som omfattas av hemfridsskyddet enligt 8 § regeringsformen. De föreslagna befogenheterna att observera är dock författningsrättsligt sett av betydelse för skyddet av privatlivet. Av de olika formerna av teknisk observation är den optiska övervakningen särskilt känsligt i detta fall.

... Sammanfattningsvis kan sägas att ett viktigt samhälleligt intresse talar för att observation skall få tillgripas i fall där en fånge misstänks ha gjort sig skyldig till ett brott. Enligt utskottets uppfattning är de inskränkningar i de grundläggande fri- och rättigheterna som observationsrätten för med sig godtagbara ur författningsrättsligt synpunkt. Med tanke på kravet på proportionalitet i inskränkningarna är det skäl att poängtera att observation endast tillgrips i situationer där det är nödvändigt...

...Samtidigt föreslår utskottet att 5 a kap. 15 § tvångsmedelslagen eventuellt kunde kompletteras med en bestämmelse om att justitieministeriet årligen lämnar en berättelse till riksdagens justitieombudsman om användningen av teknisk observation, åtminstone optisk övervakning i straffanstalterna. Härigenom kunde användningen av dessa befogenheter i efterskott bedömas av riksdagen i samband med behandlingen av justitieombudsmannens berättelse."

Utlåtande 17/1998 rd, som behandlade förslag till lag om gränsbevakningsväsendet:

Teknisk övervakning kan enligt 26 § i förslaget företas i gränsbevakningsväsendets hela bevakningsområde. Förslaget innefattar inga inskränkningar i användningen av befogenheterna, medan till exempel med stöd av 29 § polislagen får teknisk övervakning företas endast på allmän plats. Om kontrollbefogenheten kombineras med en sådan fri insyn innebär det att bevakningen kan rikta sig mot utrymmen som bland annat omfattas av hemfriden. Å andra sidan är definitionen i lagförslaget på i vilket syfte bevakningen får utföras klart mer vidsträckt än de orsaker som nämns i 8 § 3 mom. regeringsformen (om deras tolkning se GrUU 2/1996 rd och 6/1998 rd). Enligt utskottets uppfattning strider lagförslaget till denna del mot grundlagen, eftersom det är så omfattande och vagt...

Utlåtande 5/1999 rd, som behandlade förslag till lag om ändring av polislagen:

"Lagförslaget ger polismän rätt till okonventionella metoder för att förebygga och reda ut brott, nämligen täckoperation och bevisprovokation genom köp... Med täckoperation avses inhämtande av information och infiltrering under falsk identitet, varvid vilsedande eller förtäckta uppgifter eller registeranteckningar används eller falska dokument framställs eller används...

...
Täckoperationernas räckvidd har i förslaget, helt som sig bör, begränsats till särskilt uppräknade grova brott. Erfarenheten visar att dessa brott därtill är sådana att brottsligheten i anknytning härtil lätt blir organiserad. Ställt till relation till de grundläggande fri- och rättigheterna kan förhindrande och avslöjande av brott av denna typ i sig anses vara en godtagbar grund för att gripa in i skyddet för privatlivet, som är en garanterad grundläggande rättighet. När det gäller det konstitutionella skyddet för hemfriden räcker det generellt taget att lagförslaget kan anses kräva en konkret och specificerad misstanke om brott för att en täckoperation skall få företas.

...
Specialbestämmelsen i 31 a § 1 mom. bör bedömas utifrån skyddet för hemfriden. Enligt momentet är täckoperationer tillåtna i bostäder om tillträdet eller vistelsen sker under medverkan av den som använder bostaden. Av propositionsmotiveringen framgår att alla uttalade eller tysta viljeyttringar, utgående från vilka det kan tolkas som att personen har godkänt tillträdet eller vistelsen i bostaden är nog för att uppfylla kriteriet "medverkan". Av konstitutionella skäl är det dock enligt utskottet nödvändigt att skilja mellan om det varit den som använder bostaden eller en polisman kamouflerad exempelvis till fuktkontrollör eller rörmokare som varit den avgjort aktivaste när det gällt tillträde till bostaden. Utskottet menar att fall av det sistnämnda slaget inte kan anses godtagbara med hänsyn till det grundlagsfästa skyddet för hemfriden. Med denna tolkning påverkar bestämmelsen inte lagstiftningsordningen för lagförslaget, även om det vore önskvärt att skillnaden kan utläsas ur själva paragraftexten."

Utlåtande 10/2000 rd, som behandlade ett förslag till bestämmelser om att göra deltagande i kriminella organisationers verksamhet till ett brott:

”...Förslaget bygger i allt väsentligt på den gemensamma åtgärd som EU:s råd godkände i december 1998...

Kravet på exakta straffbestämmelser kan härledas ur den grundlagfästa straffrättsliga legalitetsprincipen och europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna...

Mot bakgrunden av detta krav bör det observeras att straffansvaret enligt förslaget inte stannar vid medhjälp. Här föreligger en ny typ av kriminalisering, där bestämmelserna går utöver anstiftande eller medhjälp och där de straffrättsliga begreppen är andra än de vedertagna begreppen... Nu när man i enlighet med propositionen går in för att kriminalisera delaktighet på ett sätt som sträcker sig utöver de inom straffrätten vedertagna delaktighetsbegreppen, accentueras kravet på exakthet mer än vanligt.

...

Det i den straffrättsliga legalitetsprincipen ingående kravet på exakthet innebär enligt utskottet att en straffbestämmelse bör ge en klar bild av tillämpningsområdets kärna. Uppgiften att bestämma vilken denna kärna är får inte i alltför stor utsträckning föras över på den som tillämpar lagen. Det elementära när det gäller begreppet kriminella organisationer är om sammanslutningen är organiserad eller inte. Det fundamentala är att de organisations- och funktionsmässiga drag som tyder på organisering går att urskilja på ett eller annat sätt. Utskottet anser att kravet på organisering bör formuleras mera exakt enligt skrivsättet i t.ex. 3 § föreningslagen.”

Utlåtande 41/2001 rd (7.11.2001), som behandlade kommissionens förslag till rådets rambeslut om bekämpande av terrorism:

”Rambeslutet syftar till att i enlighet med artikel 31 punkt e i Fördraget om Europeiska unionen tillnärma medlemsstaternas lagstiftning när det gäller terrorism... De primära målen i förslaget till rambeslut är enligt utskottet godtagbara.

Förslaget måste bedömas närmare med avseende på vilka krav den straffrättsliga legalitetsprincipen ställer...

...

Definitionen av terrordåd har en avgörande betydelse för förslaget till beslut och bör enligt utskottet preciseras ytterligare i den fortsatta beredningen. Till exempel begreppsapparatet i punkterna om gärningsmannens handlingar för att förstöra och störa har fortfarande en ganska vid betydelse (t.ex. ”sociala strukturer”). I stället för eller vid sidan av syftet att störa vissa strukturer vore det motiverat att i likhet med vissa internationella dokument (konventionen om bekämpande av finansiering av internationell terrorism och konventionen mot tagande av gisslan) nämna syftet att tvinga ett offentligt organ eller en privat aktör att utföra vissa handlingar...

...

I den fortsatta behandlingen är det dessutom viktigt att ta upp den föreslagna skyldigheten för medlemsstaten att som självständigt brott kriminalisera handlingen att leda en

terroristgrupp, liksom också handlingen att delta i en terroristgrupp, som en ny typ av delaktighet i brott med en större räckvidd än anstiftan och medhjälp, enligt artikel 3. Utskottet understryker att kravet på exakthet accentueras mer än vanligt, om delaktighet i brott kriminaliseras på det sätt som föreslås, eftersom förslaget avviker från de vedertagna delaktighetsbegreppen inom straffrätten (GrUU 10/2000 rd.s. 2). Därför är det viktigt att delaktighet för att vara straffbar förutsätter att personen aktivt deltar i gruppens terroristiska handlingar.”

Utlåtande 42/2001 rd, som behandlade kommissionens förslag till rådets rambeslut om en europeisk arresteringsorder och om överlämnande mellan medlemsstaterna:

”Förslaget till rambeslut utgår från att också unionsmedborgare skall kunna överlämnas mellan medlemsstaterna i de situationer som avses i beslutet.

En finsk medborgare får enligt 9 § 3 mom. grundlagen inte mot sin vilja utlämnas eller föras till ett annat land... Det går inte att bestrida att det föreliggande förslaget till rambeslut avviker från 9 § 3 mom. grundlagen...

...

Regeringen hänvisar i sin skrivelse till att rambeslutet inte hindrar att en person överlämnas vidare till en annan EU-medlemsstat eller ett tredje land. Om en finsk medborgare eller utlänning som överlämnats från Finland överlämnades vidare till någon annan medlemsstat, sker överlämnandet ändå inom ett område som Finland på många sätt har band med och som det i alla viktiga hänseenden tillhör på kulturella och rättstraditionella grunder. Om däremot vidareöverlämnande kunde ske till ett annat land utanför unionen, håller dessa argument inte nödvändigtvis. Särskilt kritisk blir möjligheten till vidareöverlämnande om det sträcker till ett land där den överlämnade kan riskera dödsstraff.

Med tanke på dessa aspekter innebär ordförandelandets förslag i sig en förbättring. Utskottet anser att målet i alla fall primärt bör vara att rambeslutet innefattar antingen ett direkt förbud mot att en person överlämnas vidare utanför unionen eller att medlemsstaterna kan ställa ett sådant förbud mot vidareöverlämnande som villkor för överlämnande. På grund av 9 § grundlagen bör det dessutom absolut vara så att en person som överlämnats från Finland inte kan överlämnas vidare till ett land där han eller hon riskerar dödsstraff eller ett land där han eller hon löper risk för att utsättas för tortyr eller någon annan form av behandling som kränker människovärdet...”

Utlåtande 44/2001 rd, som behandlade ett förslag till rådets beslut om ändring av artikel 40.1 och 40.7 i Schengenkonventionen (utvidgning av konventionens tillämpningsområde):

”Nuvarande artikel 40.1 gäller fortsatt övervakning av en person som i den ena avtalslutande partens land misstänks för delaktighet i ett brott på den andra partens territorium utifrån en i förväg gjord framställning om rättsligt bistånd. Enligt initiativet skall rätten till övervakning över gränsen utsträckas till att omfatta också andra personer än de som misstänks för delaktighet i en straffbar gärning. Meningen är att rätten till

övervakning också skall omfatta medbrottslingar och deras och de misstänkta närmaste krets.

...

Den föreslagna ändringen i artikel 40.7 i konventionen är inte problematisk. Däremot är artikel 40.1 fortfarande förknippad med vissa problem som utskottet redan tidigare har påpekat. Det största problemet är att övervakning i den mening som avses i denna punkt – och som är tillåten bara för utredning av ett brott – också kan omfatta andra än den brottsmisstänkte, till exempel dennes familjemedlemmar och anhöriga samt brottsoffret. Förslaget avviker från vår gällande lagstiftning, där principen är att övervakning får ske på det villkor att den som hålls under uppsikt är i någon mån delaktig i den straffbara gärningen.

Övervakningen innebär intrång i den övervakades privatliv. Detta är en viktig omständighet med tanke på 10 § grundlagen, artikel 8 i Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. På grund av dessa aspekter på de grundläggande och mänskliga rättigheterna måste det fästas avseende vid om bestämmelsen är noggrant avgränsad och att den tar hänsyn till proportionalitetsprincipen.”

Torgny Håstad

En europeisk civillag och den nordiska
kontraktsrätten

En europeisk civillag och den nordiska kontraktsrätten

Av justitierådet Torgny Håstad, Sverige

Sammanfattning: I referatet beskrivs inledningsvis de akademiska strävanden som finns för att åstadkomma en europeisk civillag (European Civil Code). Hit hör främst den s.k. Lando-kommissionens European Principles of Contract Law (PECL) och The Study Group for a European Civil Code under ledning av den tyske professorn Christian von Bar. Lando-kommissionens arbete är avslutat och dess förslag täcker allmän avtalsrätt, allmän kontraktsrätt och allmän obligationsrätt. Referatet innehåller en relativt utförlig redogörelse för dessa principer. Studiegruppens arbete bygger vidare på PECL med sikte på en komplettering med bl.a. särskilda kontraktstyper, utomobligatorisk skadeståndsrätt, obehörig vinst och realsäkerhet i lös egendom. EU, vars Kommission och Parlament länge stött dessa akademiska strävanden, har genom Kommissionen under 2001 utgivit en s.k. grönbok med inbjudan till diskussion om fortsatt harmonisering av den europeiska civilrätten, framför allt med syfte att minska transaktionskostnaderna och främja den inre marknadens funktion. Kommissionen framhåller i grönboken en europeisk civillag som en möjlighet. I referatet berörs de konstitutionella förutsättningarna för en sådan lagstiftning. Vidare analyseras de huvudsakliga argumenten för och emot en europeisk civillag.

Torgny Håstad är född 1943, blev jur.kand. 1967, jur.dr. och docent 1973 och professor i civilrätt 1976, allt vid Uppsala universitet. Från 1998 är han justitieråd. Han har publicerat arbeten främst inom kontraktsrätt och insolvensrätt samt varit ordförande i flera svenska lagstiftningskommittéer inom dessa områden. Han medverkar nu som rådgivare åt the Study Group on a European Civil Code.

Inledning

Med syfte att bevara fred i Europa startade det europeiska samarbetet efter det andra världskriget med en kol- och stålunion. Sedan har de samarbetande staterna satsat på fri rörlighet av varor, personer, tjänster och kapital och på en inre marknad samt därefter på en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik och på en valutareform.

Det är naturligt att en union som EU vill gå vidare med sammansvetsande projekt för att hålla styrfart.

I skapandet av den inre marknaden har juridiken utgjort ett viktigt instrument, som i de nordiska länderna medfört en marginell men märkbar förskjutning från politik till juridik. Några ambitioner på att skapa en mer omfattande gemensam rättsordning har emellertid länge saknats i det europeiska samarbetet. Under senare år har en förändring dock inträtt.

Det europeiska parlamentet deklarerade 1989 att arbete borde inledas på författandet av en europeisk civillag, a European Civil Code. Parlamentet förklarade att harmonisering av vissa sektorer av privaträtten var väsentlig för att fullfölja den fria marknaden. "Unification of major branches of private law in the form of a European Civil Code would be the most effective way of carrying out harmonisation with a view to meeting the Community's legal requirements in order to achieve a single market without frontiers."¹

I akademiska kretsar hade strax dessförinnan, i början på 1980-talet, professor Ole Lando, Köpenhamn, med stöd av kommissionen, inlett ett arbete för att få fram ett underlag för en enhetlig europeisk kontraktsrätt. Lando samlade likasinnade eller åtminstone intresserade professorer från berörda europeiska länder för skrivandet av *Principles of European Contract Law* (PECL). Arbetet har hittills resulterat i två verk, det första utgivet år 1995 omfattande Performance, Non-Performance and Remedies, och det andra utgivet år 2000 (såsom en konsoliderad del) täckande nya regler om avtals ingående, handlande för annans räkning i huvudmannens och eget namn, ogiltighet, tolkning, innehåll och effekter. Lando-kommissionen har nu avslutat sitt verk. Den tredje delen om allmän obligationsrätt (inte bara kontraktsrätt), vari behandlas t.ex. flera gäldenärer, överlåtelse, kvittning och preskription, beräknas komma ut under året. De nordiska länderna har efter Sveriges och Finlands inträde i EG varit representerade i kommissionen även genom professorerna Jan Ramberg, Stockholm, och Thomas Wilhelmsson, Helsingfors. På grund av att PECL f.n. är det enda konkreta underlaget för en European Civil Code återkommer jag nedan relativt utförligt till deras innehåll.

Ungefär samtidigt med del I av PECL utkom från UNIDROIT² i Rom år 1994 *Principles of International Commercial Contracts*. En viss persongemenskap finns mellan upphovsmännen och Lando-kommissionen men bakom UNIDROIT:s principer står personer även från andra världsdelar. Innehållet motsvarar del I och II av PECL.

En annan arbetsmetod för att ge underlag för unifiering av den europeiska privaträtten representeras av det s.k. Trento-projektet, *the Common Core of the European Private Law*. Ledare för projektet är italienarna M. Bussani och U. Mattei. Metoden är att konstruera enkla skolexempel, vilka därefter löses av experter från olika länder, inte bara Europa. Hypotesen är att slutresultaten skall visa sig tämligen överensstämmande, oavsett skillnader i systematik och begrepp. Svaren redovisas land för land och dessutom komparativt. Projektet är mycket brett ämnesmässigt. Hittills har utkommit *Good Faith in European Private Law* (ed. R. Zimmermann & M. Whittaker, 2000)³ och *The Enforceability of Promises*

¹ Resolution OJ no. C 158, repeterad 1994 i OJ no. C 205 och 2000 i OJ no. C 377.

² International Institute for the Unification of Private Law.

³ Begreppet good faith motsvarar här närmast Treu und Glauben i § 242 BGB eller tro och heder i 33 § i de nordiska avtalslagarna. Som nedan skall framhållas är begreppet centralt i PECL. Underlaget för boken lär ha varit rättsfall avgjorda av tyska BGH med tillämpning av § 242 och täcker

in European Contract Law (ed. J. Gordley, 2001). Strax följer en volym om Pure Economic Loss, en om Security Rights in Movable Property och en om Property Rights and the Environment. – Också andra liknande projekt bedrivs t.ex. från Wien och Tilburg.

Utan strävan efter fullständighet⁴ skall till slut nämnas den senaste huvudaktören på området, nämligen *the Study Group on a European Civil Code*. Organisatören är professor Christian von Bar från Osnabrück.⁵ Arbetet kan sägas vara en fortsättning på Lando-kommissionens. Syftet är att utarbeta en fullständig europeisk civillag på förmögenhetsrättens område. Gruppen räknar med att bygga vidare på PECL. Det betyder att huvuddelen av den allmänna avtalsrätten och den allmänna obligationsrätten kommer att överensstämma med PECL och att övriga förslag skall anpassas därefter. Hittills har i vart fall inga avsteg gjorts från PECL. Det materiellt nya i gruppens förslag kommer att bli lagregler om olika särskilda kontraktsförhållanden. Hit hör f.n. köp, byte, serviceavtal inklusive entreprenadavtal, agentavtal och distributionsavtal, låneavtal, personsäkerheter (borgen, kausjon, garantier) och försäkringsavtal. Dessutom kommer att adderas utomobligatoriska regler om skadestånd, obehörig vinst (i själva verket ofta men inte bara kontraktuella återgångsregler, i PECL översiktligt presenterade under ogiltighet och hävning) och negotiorum gestio. Andra områden under beredning är äganderättens övergång, nyttjanderätt, säkerheter i lös egendom och fiduciariska rättsförhållanden (trust).

Arbetet leds av en styrgrupp där många medlemmar deltog i Lando-kommissionen. Det reella arbetet med att ta fram lagtexterna förbereds i olika arbetsgrupper, i allmänhet ledda av tyska eller holländska professorer. Till sitt förfogande har dessa en mängd assistenter från olika europeiska länder som tar fram komparativt underlag samt en mindre rådgivaregrupp per projekt på ca fem personer från representativa EU-länder. Dessutom finns en samordnande kommitté och numera även en redaktionskommitté. Ibland tillsätts en särskild task-force för avgränsade eller övergripande projekt (t.ex. konsumentbegreppet). Beslutsordningen präglas inte tydligt av studiegruppens struktur. Arbetsgruppernas förslag läggs halvårsvis fram vid möten där alla styrgruppsledamöter, samordnare, projektledare och rådgivare deltar. Vid oenighet hålls omröstningar med alla närvarande, varvid

exempelvis culpa in contrahendo (avbrutna förhandlingar), bristande upplysningar, uppsägning av distributörer som förlitat sig på ett långvarigt samarbete och jämkning av pris på grund av inflation. Min bedömning vid avgivandet av de svenska svaren var att betydligt fler redskap behövde användas än 36 § avtalslagen, som närmast motsvarar § 242 BGB men exempelvis inte kan användas för att jämka annan lag.

⁴ Se t.ex. the Pavia group's European Contract Code – Preliminary draft (2001) och G. Gandolfi (ed.) Code européen des contrats/Avant-projet, Livre premier, Milano, Giuffrè, 2001. Vidare kan tilläggas att en Commission on European Family Law (CEFL) organiserats i september 2001, vilken i första hand lär komma att arbeta med komparationer och söka the common core inom familjerätten.

⁵ Se von Bar i JFT 2000 s. 323 ff och JT 2001–02 s. 3 ff samt Sisula-Tulokas i JFT 1999 s. 372 ff.

rådgivarna tillåts delta även i ämnen som inte täcks av deras uppdrag, varför rollfördelningen mellan t.ex. samordnarna och rådgivarna inte är klart utmejslad.

Norden är representerad i samordningsgruppen genom professorerna Lena Susula-Tulokas, Helsingfors, och Christina Ramberg, Stockholm. Den senare är dessutom ledare för redaktionskommittén jämte Hugh Beale, England (som hade motsvarande uppdrag i Lando-kommissionen). Några andra nordbor deltar som rådgivare i olika arbetsgrupper.⁶

Ännu har inget delförslag presenterats av studiegruppen för en European Civil Code. Ett ämne, vilket på grund av sin praktiska obetydlighet i vår egennyttiga värld vore alltför genant att inleda publiceringen med, är dock i det närmaste fullbordat. Även förslagen om personsäkerheter och utomobligatoriskt skadestånd är långt framskridna.

Den nu tämligen intensiva aktiviteten på att genom olika åtgärder ta fram underlag för en European Civil Code har naturligtvis lett till en omfattande akademisk litteratur i form av främst uppsatser och inlägg vid internationella seminarier.⁷ Det senaste seminariet ägde rum i Leuven den 30 november-1 december 2001, ordnat av Centre for a Common Law of Europe och Society of European Contract Law (SECOLA, bildad sommaren 2001). En hel del av dokumentationen från detta seminarium har använts som underlag för denna artikel. Huvudargumenten börjar nu bli så genomtröskade att det torde vara svårt att komma fram med något helt nytt.⁸

Länge hade alltså projektet European Civil Code stöd endast från EG:s parlament och i blygsam mån från Kommissionen. Från och med Tammerforstoppmötet har emellertid även Ministerrådet intresserat sig för angränsande frågor.⁹ Rådet anförde att "as regards substantive law an overall study on the need to approximate Member State's legislation in civil matters in order to eliminate obstacles to the good functioning of civil proceedings" vore önskvärd. I juli 2001

⁶ Min närmare kännedom om projektet grundar sig på rådgivarskap i en arbetsgrupp under von Bar rörande obehörig vinst och negotiorum gestio, en annan arbetsgrupp under Ulrich Drobnig, Hamburg, rörande personsäkerheter och säkerheter i lös egendom samt, tror jag, en arbetsgrupp under bildande i Wien rörande äganderättens övergång (där ett viktigt problem är att få denna arbetsgrupp att förstå att allt som funktionellt har med säkerheter att göra skall behandlas i ett sammanhang (jfr kap. 9 i Uniform Commercial Code i USA) i Hamburg och inte genom konstruktioner rörande äganderätten, t.ex. äganderättsförbehåll). Jfr min uppsats Nordiska önskemål vid en integration av säkerhetsrätten i samlingsverket Civilrättens integration ur nordisk synvinkel (red. S. Tuominen, 2001, utg. av jur.fak. Helsingfors universitet).

⁷ Bland böcker kan nämnas Hartkamp, Hesselink, Hondius, Joustra, Perron (eds.), *Towards a European Civil Code* (Kluwer Law International, 1998).

⁸ Beträffande andra nordiska inlägg, se Sisula-Tulokas, *To be or not to be – harmonisering av den europeiska avtalsrätten*, JFT 2001 s. 708 ff och Thomas Wilhelmsson, *En EU-kontraktsrätt eller en europeisk experimentell rätt?* Ett nordiskt svar, JFT 2001 s. 736 ff samt Thomas Wilhelmsson, *Europeisering av den nordiska privaträtten: för ett fragmenterat utbyte av erfarenheter*, TFR 2002 s. 1 ff.

⁹ Presidency Conclusions, Tampere European Council 15 and 16 October 1999, SI (1999) 800 para 39.

kom så en grönbok från Kommissionen, vari en European Civil Code diskuteras explicit.¹⁰

Innan jag övergår till Kommissionens grönbok skall en närmare presentation göras av PECL, vilka f.n. bäst, för att inte säga ensamma, illustrerar vad en European Civil Code skulle kunna komma att innehålla som ett resultat av paneuropeiska överläggningar. Därmed får vi ett bättre konkret underlag för diskussionen av om en European Civil Code bör stiftas. Avsnittet är emellertid inte nödvändigt att läsa för att fortsättningen skall kunna förstås.

Principles of European Law (PECL)

Syftet bakom PECL är enligt art. 1:101 (1) att principerna skall tillämpas som "general rules of contract law in the European Union". De skall tjäna som inspiration eller underlag för EU:s och nationella beslutsorgan.¹¹ Men i avvaktan på institutionella initiativ kan principerna göras tillämpliga (2) när parterna har inkorporerat dem i sitt kontrakt. Det hävdas vidare (3) att principerna skulle vara tillämpliga när parterna hänvisat till "general principles of law" eller "lex mercatoria" eller liknande eller inte alls valt något rättssystem.¹² Slutligen (4) sägs principerna kunna ge en lösning på problem där den tillämpliga nationella rättsordningen tiger.

Principerna är inte direkt hämtade från vissa europeiska rättsordningar, och vissa lösningar sägs vara inspirerade från Uniform Commercial Code och American Law Institute's restatements i USA. Ett syfte med principerna sägs vidare vara att överbrygga klyftan mellan (kontinental) Civil Law och Common Law. Bestämmelserna har skrivits kortfattat och allmänt för att medge maximal flexibilitet och framtida utveckling.¹³

PECL omfattar allmän avtals- och kontraktsrätt samt, i sin kommande tredje del, allmän obligationsrätt. Där finns inga särskilda bestämmelser för konsumenter eller mindre företagare. Sådana bestämmelser förutsätts finnas i EU-lagstiftning eller nationell tvingande lagstiftning. Principerna är dock inte begränsade till rent kommersiella förhållanden.¹⁴

PECL bygger på avtalsfrihet, men denna inskränks av en regel om good faith and fair dealing (1:102). Denna standard återkommer i art. 2:201 på det sättet att en part alltid måste handla i enlighet med good faith and fair dealing och aldrig får

¹⁰ KOM (2001) 398 slutlig. http://europa.eu.int/eur-lex/sv/com/cnc/2001.com2001_0398sv01.pdf.

¹¹ Beale & Lando. *Principles of European Private Law* (Kluwer), 2000, s. xxiv.

¹² Det kan dock starkt betvivlas att en domstol eller skiljemän i sådana fall skulle öppet tillämpa PECL framför en nationell rättsordning utpekad av forumstatens lagvalsregler. En annan sak är att särskilt utländska skiljemän kan ha så svårt att göra utfyllande tolkningar av en främmande rätt att de i sådana fall finner dennas innehåll stämma överens med PECL. Jämför den avslutande punkten (4).

¹³ PECL, 2000, s. xxvii.

¹⁴ PECL, 2000, s. xxv.

friskriva sig i strid mot denna formel. Det är tydligt att framför allt § 242 i den tyska BGB angående handlande i enlighet med Treu und Glauben – en bestämmelse som inrymmer mycket av den tyska civilrätten och ansetts kunna modifiera inte bara avtalsklausuler utan även andra lagregler – här fått ett kraftigt genomslag. Det är naturligtvis inte säkert att tyska och exempelvis engelska domstolar skulle komma att tillämpa en standard av detta slag på samma sätt, om inte en överordnad domstol finns.¹⁵

Den gamla frågan om viljan eller tilliten som grund för avtalsbundenhet löser PECL enkelt. Det avgörande sägs vara om en part vill vara bunden (2:101), men partens avsikt skall bedömas med hänsyn till motpartens befogade uppfattning (2:102). Ett rakare besked hade varit att tilliten går före viljan (jfr 32 § första stycket de nordiska avtalslagarna).

Samma partsautonoma men omsättningssäkerhetsorienterade grepp återfinns i tolkningsavsnittet (5:101–107). Först skall man forska efter en gemensam partsavsikt och därefter se huruvida ena parten haft en särskild avsikt som den andra parten inte kunde vara omedveten om. Detta torde överensstämma exakt med de nordiska avtalslagarnas synsätt (jfr den s.k. dolusregeln i andra styckena av 4 och 6 §§).¹⁶ Skulle ingen av dessa primärregler leda i mål, vilket de naturligtvis sällan gör eftersom erforderliga rättfakta inte föreligger eller inte kan bevisas, finns ett antal andra tumregler (hänsynstaganden). Något diskutabelt, men inte förvånande i ett EU-perspektiv, är att regeln om tolkning contra proferentem (till nackdel för den som skrivit klausulen) givits en ovillkorlig utformning bland de subsidiära reglerna.

Liksom andra moderna kodifikationer (t.ex. Uniform Commercial Code i USA) håller PECL fast vid anbud och accept-modellen, även om förhandlingen inte uppdelats på detta sätt (2:211). Ett anbud föreligger, om förklaringen är avsedd att resultera i ett avtal vid andra partens accept och förklaringen innehåller tillräckligt bestämda villkor för att kunna forma ett avtal (2:201). I motsats till vad som allmänt antas i nordisk rätt kan en näringsidkares utbud av varor i en allmän annons eller i en katalog eller genom skyltning presumeras vara ett anbud till angivet pris, tills varulagret eller tjänsteerbjudarens kapacitet är uttömd (2:201).

Vad gäller frågan om anbuds oåterkallelighet under en rimlig acceptfrist har PECL gått på CISG:s¹⁷ försök att brygga över klyftan mellan Common Law och Civil Law. Grundregeln är liksom i Common Law att anbudet kan återkallas om

¹⁵ Jfr Zimmermanns och Whittackers ovan nämnda arbete. Enligt engelsk rätt förutsätter påföljd enligt equity emellertid att käranden kommer med "clean hands"; se Goode, Commercial law, 2 uppl. 1995, s. 117 f, jfr s. 100 f.

¹⁶ Något förvånande är hur många i den nordiska avtalsrättsliga doktrinen fördömer avtalslagen för dessa subjektiva inslag men samtidigt lovordar CISG och PECL, som alltså har samma innehåll.

¹⁷ FN:s konvention 1980 om internationella köp, vilken ratificerats av de nordiska länderna utom avsnittet om avtals ingående.

återkallelsen når acceptanten innan denne har avsänt accepten,¹⁸ men en sådan återkallelse är dock icke gällande om anbudet indikerar att det är oåterkalleligt eller anger en bestämd tid för accepten eller det eljest var rimligt för acceptanten att lita på att anbudet var oåterkalleligt och acceptanten handlat i förlitan därpå (2:202). Skillnaden mot nordisk rätt är att rättsläget blir oklart och ägnat att skapa vissa bevisproblem, när ingenting sagts om en acceptfrist i anbudet. I nationell rätt är en sådan ordning naturligtvis mindre lyckad men som en internationell kompromiss överkomlig.¹⁹

PECL innehåller vidare regler om för sena accepter och om orena accepter.

En sen accept blir ändå gällande, om anbudsgivaren utan dröjsmål informerar acceptanten om att han godtar den (2:207). Det torde få förutsättas att det skulle anses strida mot good faith and fair dealing att kräva giltighet, om marknadspriserna ändrats till acceptantens nackdel sedan accepten avsändes. Vidare finns en regel som påminner om 4 § andra stycket i de nordiska avtalslagarna. Visar innehållet i ett svar att detta med normal befordran skulle ha kommit fram i tid, är accepten bindande om inte anbudsgivaren utan dröjsmål informerar acceptanten om att acceptfristen gått ut. Skillnaden mot nordisk rätt är att det inte uppställs något krav på att acceptanten fortfarande skall vara i god tro att accepten kommit fram i tid (det har kanske blivit allmänt känt att alla brev inom landet blivit liggande en vecka på grund av strejk). Förklaringen till diskrepansen kan vara att man velat undvika ett bevisstema. Skulle acceptanten känna till förseningen torde standardregeln om good faith etc. åter kunna användas för att jämka oskäligen rättsföljder.

Orena accepter kan enligt nordisk rätt bli bindande efter en tillämpning av dubbla subjektiva rekvisit i 6 § andra stycket avtalslagen. Många inom nordisk doktrin förordar en mer objektiv modell, och en sådan finns i PECL 2:208 (liksom i CISG). I PECL stadgas efter en inledning om att en oren accept utgör ett avslag i förening med ett nytt anbud: "A reply which gives a definite assent to an offer operates as an acceptance even if it states or implies additional or different terms, provided these do not materially alter the terms of the offer. The additional or different terms then become part of the contract. However, such a reply will be treated as a rejection of the offer if (a) the offer expressly limits acceptance to the terms of the offer; or (b) the offeror objects to the additional or different terms without delay; or (c) the offeree makes its acceptance conditional upon the offeror's assent to the additional or different terms, and the assent does not reach

¹⁸ Läsaren blir något brydd av bestämmelsen i 1:303, där det anges att rättshandlingar blir effektiva när de når motparten men saknar effekt om en återkallelse når motparten senast samtidigt. Denna regel är dock tillämplig även på accepter och andra påbud. Att anbud kan återkallas under längre tid måste bero på att anbud inte haft någon bindande effekt för motparten före dennes accept.

¹⁹ Just denna kompromiss har dock utgjort ett grundläggande hinder för de nordiska länderna att ratificera avsnittet om avtals ingående i CISG.

the offeree within a reasonable time". Faran med en objektiv regel är att en part i ond tro skulle kunna göra förbättringar av avtalet i sin accept i hopp om att anbudsgivaren inte kommer att upptäcka förändringarna och reklamera. Samtidigt skall ett avtal naturligtvis inte stupa på små skillnader i underlaget, vilket en part drar fram som en förevändning för obundenhet när han i efterhand ångrar sig av andra skäl. Genom definitionen av begreppet "materially" löses problemet på ett tilltalande sätt (bättre än i CISG, som i artikel 19 definierar de flesta avvikelser som betydelsefulla och därmed lämnar problemet battle of forms olöst). Enligt 1:301 är en sak "material if it is one which a reasonable person in the same situation as one party ought to have known would influence the other party in its decision whether to contract on the proposed terms or to contract at all". Det avgörande blir alltså huruvida acceptanten hade fog för att tro att ändringen eller tillägget skulle godtas av anbudsgivaren.²⁰

Med samma begränsning till att ändringen inte får vara "material" blir också en bekräftelse av ett ingånget avtal bindande för en affärsman, som inte reklamerar utan dröjsmål mot bekräftelsen (2:210). Borde den bekräftande ha insett att en ändring av aktuellt slag skulle ha avhållit mottagaren från att ingå avtalet, har passiviteten åtminstone inte avtalsverkan (huruvida den har bevisverkan, torde PECL överlämna åt processrätten).

I anslutning till bestämmelsen om oren accept behandlas battle of forms, där parterna under förhandlingarna hänvisar till olika standardavtal utan att saken reds ut.²¹ Här kan man normalt inte anta att den som sist hänvisar till sina villkor har fog för att tro att dessa skall godtas av den part som först hänvisat till sina. Saknas i sådant fall avtal på grund av dissens, eller vinner den som hänvisat först (first blow) eller den som hänvisat sist (last shot), eller blir det ett avtal på standardvillkoren så långt de täcker varandra och i övrigt enligt dispositiv rätt? PECL går på den sista lösningen. Avtal anses slutet, varvid standardvillkoren blir avtalsinnehåll så långt de täcker varandra men aldrig mer, såvida inte någon part i förväg och tydligt (ej blott i sina standardavtal) angivit att han är bunden endast på anbudets villkor (d.v.s. med alla sina standardvillkor) eller utan dröjsmål från mottagandet av motpartens hänvisning anger att han ej vill vara bunden på annat än sina villkor (2:209). Detta synes vara en acceptabel lösning när frågan om avtalsvillkoren lämnats svävande och ingen ännu fullgjort. Ingen av parterna har ju ansett det vara viktigt nog att reda ut frågan om tillämpliga avtalsvillkor. Möjligen skulle läget kunna förändras om den andra hänvisningen tydligt gjorts

²⁰ Skillnaden blir i praktiken obetydlig i förhållande till den regel som svenska HD uppställt i NJA 1962 s. 276 (Skarin-fallet). Jfr mitt referat i NJM 1990 s. 247 ff på s. 262 ff.

²¹ För att avtalsvillkor som inte blivit individuellt förhandlade skall kunna åberopas mot en part som inte kände till dem krävs alltid att den åberopande parten "took reasonable steps to bring them to the other party's attention before or when the contract was concluded. Terms are not brought appropriately to a party's attention by a mere reference to them in a contract document, even if that party signs the document" (2:104).

som en avvikelse mot den första hänvisningen och den part som först hänvisat till sina villkor därefter, men före den andre, utan invändning fullgör sin del av avtalet. Då kunde man tycka att den part som fullgjort får anses ha accepterat motpartens standardvillkor, så att dessa skall gälla i sin helhet. Jämför 2:204, enligt vilken "any form of statement or conduct by the offeree is an acceptance if it indicates assent to the offer" (eller, får det förutsättas, counteroffer). Denna bestämmelse, medförande en tillämpning av principen om last shot, skulle nog kunna ta över 2:209 i vissa fall. PECL verkar ge erforderliga verktyg att arbeta med.

Eftersom en parts avsikt allmänt skall bedömas enligt motpartens tillit, ger den nyss nämnda 2:204 ett underlag för en allmän passivitetsregel, byggd på objektiva överväganden, låt vara att inget står härom i kommentaren. Bestämmelsen i 2:207 (2) om sen accept och 5:101 (2), d.v.s. dolusregeln vid tolkning, ger stöd för denna slutsats.

Andra viktiga problem som regleras i PECL gäller s.k. merger clauses, d.v.s. klausuler som innebär att endast det skrivna skall gälla medan vad som sagts under förhandlingarna blivit överspelat, och klausuler om att avtalsändringar måste vara skriftliga. I förstnämnt hänseende stadgas i 2:105 att en individuellt förhandlad klausul i ett skriftligt avtal om att detta innehåller hela avtalet är giltig. I övrigt resulterar klausulen (bara) i en tvingande presumption för att parterna avsett att annat är överspelat. Parternas tidigare uttalanden kan dock alltid användas för tolkning av det skrivna kontraktet. Dessutom gäller alltid att en part genom uttalanden och beteende kan vara prekluderad att åberopa en merger clause i den mån motparten litat på uttalandena etc. En klausul om att endast skriftliga ändringar gäller medför enligt 2:106 likaledes endast en presumption för att parterna haft denna avsikt, med samma tillitsundantag.

Verkan av avbrutna avtalsförhandlingar behandlas i 2:301. Huvudregeln är att en part förhandlar på egen risk och att motparten inte kan göras ansvarig när det inte blev något avtal. Emellertid är en part som har "negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing" ansvarig för förluster som motparten lider. Formeln, som i sig är invändningsfri, ges en utfyllnad i ett följande stycke. Det anges strida mot formeln "in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party". Detta exempel torde leda till skadestånd i alla rättssystem, men i vissa länder, t.ex. Sverige, går skadeståndsskyldigheten i hittillsvarande praxis inte nämnvärt längre (se framför allt NJA 1978 s. 147, varur endast kan utläsas en kompletterande skyldighet att snabbt underrätta motparten sedan parten bestämt sig för att ej sluta avtal).²² Huruvida denna regel skall kunna åvägabringa någon uniformitet är alltså en helt öppen fråga.

²² För nordisk rätt mer generellt, se Lasse Simonsen, Prekontraktuellt ansvar (Oslo, 1997). Se i övrigt Zimmermanns och Whittakers ovannämnda arbete s. 236 ff.

PECL:s avsnitt om fullmakt (handlande i huvudmannens namn) överensstämmer i allt väsentligt med nordisk rätt. Däremot innehåller reglerna om handlande för annan i eget namn om total nyordning. I syfte att överbrygga klyftan mellan Common och Civil Law går PECL på den lösning som valdes i 1983 års UNIDROIT-konvention, vilket innebär att reglerna om kommission görs subsidiärt symmetriska och att tredje man, bl.a. vid kommissionärens insolvens, får kräva huvudmannen, som då kan göra gällande dels kommissionärens invändningar mot tredje man dels huvudmannens invändningar mot kommissionären. Regeln i 56 § kommissionslagen om att tredje man har en fordran endast mot kommissionären (i enlighet med vad han räknat med) och att kommissionärens konkursbo får kräva kommittenten för täckning av skulden mot tredje man får således vika. PECL:s regel är möjligen godtagbar som internationell kompromiss, men ändå mindre övertygande (konventionen är i Europa ratifierad endast av Frankrike, Italien och Spanien). Regeln skulle inte kunna införas i nordisk rätt utan viktiga följdändringar, bl.a. i bestämmelserna om enkla bolag (inre selskap), där den avtalande bolagsmannen kan sägas handla delvis för andra bolagsmäns räkning men dessa ändå inte blir ansvariga utåt. I realiteten utgör PECL:s bestämmelse en regel om separationsrätt i konkurs till kommissionärens nettotäckningsfordran hos kommittenten, ty kommissionärens konkursbo förlorar ju samma förmögenhetstillgång, som kommissionären hade, när i stället tredje man får göra täckningsfordringen gällande vid kommissionärens konkurs.²³ Det är förvånande att just Common Law haft denna regel om genombrott vid undisclosed agency, samtidigt som Common Law annars hårt hållit på privity of contract och i det längsta vägrat acceptera tredjemansavtal (nyligen dock ändrat).²⁴

Enligt 1:305 om imputation skall vetskap eller culpös ovetskap hos en person som med sin principals samtycke är involverad i ett avtalsslut (eller fullgörande av ett avtal) tillräknas principalen. Regeln är riktig såvitt gäller vetskap om en ogiltighetsgrund på tredje mans sida, oavsett vilken behörighet företrädaren hade. Principalen skall inte i detta avseende tjäna på att den han skickar fram inte är behörig att förstå vad motparten avser. Men antag att motparten inte yrkar ogiltighet utan begär att ett avtal skall bli giltigt i enlighet med hans uppfattning, vilken varit synbar för principalens företrädare. Skall nu 1:305 tillsammans med

²³ Det finns emellertid en tendens åtminstone i svensk praxis att konstruera tredjemansavtal utan att det egentligen funnits någon motsvarande partsavsikt för att kunna ge tredje man en rätt direkt mot konkursgäldenärens gäldenär (direktkravs rätt). Se t.ex. NJA 1995 s. 197, 1996 s. 400 och 2000 s. 48. Se vidare Zackariasson, Direktkrav, 1999.

²⁴ T.o.m. i England, vars rätt föranlett kompromissen, betraktas regeln som en anomali och där finns kompletterande regler om s.k. commission agency, vilken inte ger tredje man rätt att vända sig direkt mot kommittenten; se Goode, Commercial law, 2 uppl. 1995, s. 181. I Norge, där också en köpare som inte är konsument har rätt att vända sig mot säljarens säljare vid fel, när säljaren inte gjort rätt för sig, kan det dock a fortiori framstå som naturligt att tredje man får kräva kommittenten, eftersom kommissionären – i motsats till den andra säljaren – slutit avtalet för kommittentens räkning.

5:101 (2), d.v.s. dolusregeln, medföra att en rättshandling skall tolkas i enlighet med företrädarens onda tro även om avtalsinnehållet ligger utom behörigheten, så att företrädaren inte kunnat åstadkomma detta resultat genom uttryckligt avtal? Måhända skall detta vara rättsföljden när ogiltighet inte är en praktisk påföljd, t.ex. därför att avtalet delvis fullgjorts (jfr NJA 1986 s. 596), men i övrigt hade en diskussion av regelns förhållande till fullmaksreglerna varit på sin plats.²⁵

I fråga om ogiltighet finns bl.a. en viktig regel om misstag. Denna handlar i första hand om från början felaktiga (oriktiga) förutsättningar angående fakta eller lag. Enligt 4:103 är avtalet ogiltigt *om* (a) misstaget orsakats av felaktig information från motparten eller andra parten var i ond tro om misstaget och det skulle strida mot good faith and fair dealing att inte ta parten ur villfarelsen eller misstaget var gemensamt *och* den andra parten kände till eller borde ha känt till att den första parten inte skulle ha ingått avtalet eller gjort det på fundamentalt andra villkor om han varit riktigt informerad (d.v.s. misstaget/förutsättningen skall ha varit bestämmande). Avtalet är *ändock giltigt om* misstaget var ousäktligt eller risken för misstaget lagts eller får anses ligga på misstagsparten. Kontentan av detta blir, jämfört med den nordiska förutsättningsläran och enklare uttryckt, att förutsättningen skall ha varit bestämmande (väsentlig), synbar och relevant (gå på motpartens risk), varvid märks att ousäktliga misstag alltid går på egen risk, att felaktig information från motparten alltid leder till relevans och att relevansfrågan i övrigt får bedömas i enlighet med standardformeln. Detta är naturligtvis invändningsfritt men tämligen intetsägende. – I kommentaren förklaras att misstag rörande existensen av objektet för en upplåtelse eller överlåtelse (som gör fullgörelse omöjlig) kan leda till ogiltighet enligt denna regel, beroende på säljarens person (an Englishwoman eller a professional) och denna persons möjlighet att skaffa sig kännedom om att hyres- eller köpeobjektet hade förstörts. Är inte denna regel alldeles för nyanserad? Borde inte risken för förstörelse generellt ligga på upplåtaren/säljaren, så att avtalet är giltigt? En annan sak är att naturafullgörelse är utesluten på grund av omöjligheten. Den praktiska frågan blir om naturagäldenären är skadeståndsskyldig. Borde inte det ha behandlats inom ramen för skadeståndsbestämmelsen i stället för att på en omväg lösas genom en diffus ogiltighetsregel? Tekniken beror förmodligen på den tyska omöjlighetsläran och på den engelska läran om ogiltighet vid s.k. frustration men möjligen även på att författarna inte haft klart för sig vad kontrollansvaret i 8:108 skulle leda till i förevarande fall.

Anmärkningsvärt är att bestämmelsen i 4:103 i kommentaren sägs vara tillämplig även på "mistakes in communication", som felskrivningar. Skall det någonsin krävas mer än ond tro angående misstaget som sådant för att förklaringen

²⁵ Skulle exempelvis studenten Lundgren ha fått det amerikanska uppslagsverket gratis i NJA 1968 s. 303, därför att företrädaren för förlaget visste att Lundgren trodde avtalet hade denna innebörd, oavsett att företrädaren saknade behörighet att skänka bort uppslagsverket?

inte skall binda avgivaren, och skall verkligen ett synbart förklaringsmisstag bli bindande när det var ousäktligt (jfr 32 § första stycket avtalslagen)? Vad gäller om befördringsfel genom en bug för vilken B.G. är ansvarig (jfr 32 § andra stycket avtalslagen)?

Ogiltighet på grund av svek behandlas i 4:107. Ett uttalande eller förtigande som varit avsett att vilseleda medför ogiltighet. Förtigandet måste dock ha stridit mot good faith and fair dealing, varvid särskilt skall beaktas om den tiggande hade speciell sakkunskap, kostnaden för att få relevant information, motpartens möjligheter att skaffa kunskapen och informationens betydelse för motparten.

Regeln om jämkning av oskäligen avtalsvillkor synes snäv. Enligt 4:110 är den tillämplig bara om villkoret inte har blivit individuellt förhandlat. Annars är jämkning enligt denna bestämmelse utesluten.²⁶ Men skall man ha denna restriktiva syn ens mellan näringsidkare? Många avtalsvillkor är väl nästan ogiltiga i sig, och vissa näringsidkare, t.ex. franchisetagare, kan vara i ett klart underläge förhandlingsmässigt. Bestämmelsen är inte heller tillämplig på ett villkor som definierar det huvudsakliga föremålet för avtalet, om villkoret är lättbegripligt, eller på värdeförhållandet mellan parternas prestationer. I övrigt kan ett villkor jämkas om det i strid mot good faith and fair dealing orsakar en betydande obalans mellan parternas rättigheter och skyldigheter med beaktande av i princip alla omständigheter vid avtalets slutande. Bestämmelsen överensstämmer i allt väsentligt med EG:s direktiv 1993/13 om oskäligen avtalsvillkor i konsumentavtal. – Har en tämligen rigid engelsk grundinställning fått slå igenom på denna punkt,²⁷ medan bl.a. tyskarna litat på att generalklausulen om good faith and fair dealing skall komplettera även jämningsbestämmelsen?

Ogiltighet eller jämkning vid ändrade förhållanden behandlas i 6:111. Inledningsvis anges att en part måste fullgöra sin förpliktelse även om fullgörelse har blivit mer betungande, vare sig det beror på att hans kostnader ökat eller det beror på att värdet av avtalet minskat för honom. "If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or ending it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to

²⁶ Ockerbestämmelsen i 4:109 förklaras i kommentaren ge utrymme för jämkning endast när oskäligheten beror på "weakness, disability or need on his part". Även ignorance nämns emellertid i ett exempel, där en utbildad person utan affärsfarenhet ärver viss egendom och frestas att sälja den till någon som bjudit ett lågt pris med kort acceptfrist.

²⁷ I England finns dock sedan 1977 en Unfair Contract Terms Act, som gör de flesta friskrivningar i konsumentavtal eller i standardavtal beroende av rimlighet.

bear.” Skulle parterna ej lyckas nå en uppgörelse, kan en domstol antingen upphäva avtalet på villkor som domstolen får bestämma, eller jämka avtalet. Bestämmelsen, åtminstone såvitt den gäller möjlighet till jämkning, är en nyhet för vissa europeiska länder, t.ex. de engelsk- och franskspråkiga, men svarar bra mot den skandinaviska rättstillämpningen.²⁸

I 6:110 erkänns att en tredje man kan få en självständig rätt enligt ett tredjemansavtal.

Efter denna lite mer djuplodande inblick i den allmänna avtalsrätten skall endast några få kommentarer göras till avsnitten om fullgörelse, kontraktsbrott och påföljder (kap. 7–9).

Liksom i CISG skils ej alltid mellan olika slags kontraktsbrott (dröjsmål och fel), 1:301.

En viktig grundpelare är att en part som avlämnat en felaktig prestation har rätt att avhjälpa felet till förekommande av andra påföljder, om tiden för fullgörelse ännu inte inträffat eller dröjsmålet inte skulle bli så fundamentalt att det gav andra parten hävningsrätt (8:104, jfr 9:301).

Naturafullgörelse (specific performance) kan i allmänhet krävas och inte bara prisavdrag, hävning och skadestånd vid kontraktsbrott. Undantag görs dock bl.a. vid omöjlighet, vid orimliga kostnader, vid personliga prestationer och när andra parten rimligen kan få fullgörelse från annan källa (9:102). Härav följer att en naturaborgenär inte alltid kan öka skadeståndet vid prisstegring genom att under en tid kräva fullgörelse innan han häver.

Liksom CISG (art. 79) är skadeståndsskyldigheten i princip strikt vid kontraktsbrott. Undantag görs endast om orsaken legat utom den kontraktsbrytandes kontroll och den kontraktsbrytande inte rimligen kunnat räkna med orsaken etc. (8:108). Man kunde tycka att denna regel, som inkorporerats i de finska, svenska och norska köplagarna, och som avskaffat skillnaden mellan generiska förpliktelser och speciesförpliktelser samt mellan garanti- och omsorgsförpliktelser, skulle vara idealisk. Snarast är den emellertid en god internationell kompromiss, som förutsätter att reglerna kommer att differentieras på vissa kontraktsområden eller

²⁸ Enligt exempelvis den engelska frustration-läran kommer endast ogiltighet i fråga och dessutom under mycket snäva förutsättningar (se Davis Contractors [1956] AC 696 och National Carriers [1981] AC 675). – Bestämmelsen i PECL betonar parternas skyldighet att försöka nå en uppgörelse och sanktionerar denna plikt med skadeståndsskyldighet. Huruvida detta skall anses vara ett slags allmän skadeståndsskyldighet (oavsett ekonomisk skada) eller avse ekonomisk skada utöver rättegångskostnader föranledda av att part måst hävda sin rätt och denna blivit fördröjd framstår som lite grumligt. Man kan tycka att förhandlingsskyldigheten hade kunnat slopas, ty en part är väl inte skyldig att förhandla fram annat resultat än som följer av jämningsbestämmelsen. Måhända finns förhandlingsskyldigheten intagen för att en (osanktionerad) förhandlingsskyldighet finns i många affärskontrakt och för att ge intrycket att jämningsbestämmelsen inte är så interventionistisk som den i själva verket är utan att det skulle vara parternas ansvar att inom den fria marknadsekonomin komma fram till en lösning.

avseende vissa förpliktelser. Många oklarheter döljs under den flotta formeln, t.ex. i vad mån en delegation aldrig befriar om den ej behövt göras (därför att organisationen av naturagäldenärens verksamhet ligger inom hans kontroll) eller om en omsorgsfull delegation befriar förutsatt att delegaten drabbats av en händelse utom sin kontroll etc.²⁹

Indelningen i direkta och indirekta skador finns inte i PECL. I stället begränsas skadeståndsskyldigheten till skador som den kontraktsbrytande parten förutsåg eller borde ha förutsett vid tiden för avtalets ingående som sannolika följder av kontraktsbrottet, utom om detta var uppsåtligt eller grovt vårdslöst (9:503). Det är således den engelska common law-regeln från rättsfallet *Hadley v. Baxendale* år 1854 som bildat mönster här liksom i CISG. Den begränsar skadeståndsskyldigheten något mer än den tyska adekvansregeln och anses därför passa bättre till ett system med kontrollansvar (medan tysk rätt har culpaansvar). PECL:s bestämmelse tar inte ställning till huruvida det är den konkreta skadan eller skadetyper som skall ha varit möjlig att förutse. Jämfört med finsk-svensk-norsk rätt³⁰ och många kommersiella standardavtal kommer skadeståndsskyldighetens omfattning antagligen att vidgas något i fråga om följdskador.

Om PECL kan sammanfattningsvis sägas att de regler som framgår av del I och II inte i någon avsevärd mån avviker från motsvarande nordisk kontraktsrätt utom vad gäller huvudmannens ansvar för rättshandlingar ingångna i företrädarens eget namn och bundenhet av förklaringsmisstag. Bland andra avvikelser kan nämnas den principiella möjligheten att återkalla anbud tills anbudet accepterats och en spärr mot jämkning av oskäligen avtalsvillkor så snart de varit individuellt förhandlade samt begränsningen av skadeståndsskyldighetens omfattning medelst ett förutsebarhetsrekvisit i stället för en indelning av skador i direkta och indirekta och en avgränsning genom ett adekvanskrav. Emellertid kännetecknar det många av PECL:s regler att de är synnerligen flexibla, vilket medför behov av omfattande rättsutveckling genom praxis.

Kommissionens kungörelse år 2001

I Kommissionens ovannämnda grönbok anges ändamålet vara att samla information om behovet av längre gående åtgärder av EU inom kontraktsrätten "in particular to the extent that the case-to-case approach³¹ might not be able to solve all the problems which might arise". Kommissionen vill bredda debatten och

²⁹ Till närmare utveckling av detta rörande den nordiska köprätten, se Håstad, *Den nya köprätten*, 4 uppl. 1998, s. 60 ff. Beträffande kontrollansvaret vid fel, se a.a. s. 119 ff.

³⁰ Danmark har ju behållit den gemensamma nordiska köplagen från 1900-talets början, där skadeståndsskyldigheten beror på om prestationen var individuellt eller generiskt bestämd och där avlägsna skador skärs bort genom att adekvanskrav.

³¹ Härmed torde avses direktiv i särskilda ämnen.

uppmuntrar till inlägg från alla intresserade grupper. Därefter räknas en mängd förmögenhetsrättsliga ämnen upp, medan arbetsrätt och familjerätt förklaras ej vara berörda av grönboken. Kommissionen redogör sedan för den unifisering som gjorts av den europeiska internationella privaträtten genom Rom-konventionen. Såvitt gäller den materiella privaträtten erinras om FN-konventionen om internationella köp 1980 (CISG), och vidare ges i bilagor ingående redogörelser för EU-rätten i form av direktiv framför allt rörande konsumenträtt.³²

Kommissionen frågar sedan i vad mån samexistensen av nationella lagar hindrar funktionen av den inre marknaden, och det nämns att EU-fördraget ger EU:s institutioner rätt att vidta åtgärder för att förbättra den inre marknaden, särskilt den fria rörligheten av varor, personer, tjänster och kapital. Efter omnämnande av Euron anföras att utbytet av varor och tjänster styrs av kontrakt, varför problem vid slutandet, tolkningen och tillämpningen av kontrakt i den gränsöverskridande handeln kan påverka den inre marknaden. Efter erinran om att parterna i princip kan välja lag men att valet kan vara inskränkt genom tvingande regler, frågar kommissionen om konkurrerande tvingande regler utgör något problem. Kommissionen konstaterar att det kan vara motbjudande för en part att acceptera standardavtal härrörande från den andra partens land. Vidare nämns att särskilt konsumenter och mindre företagare, som sällan känner till andra rättsordningar än sin egen, kan vara obenägna att handla gränsöverskridande. De skilda nationella rättsordningarna antas leda till högre transaktionskostnader, särskilt informations- och tvistlösningskostnader, vilket skadar konkurrensen.

Därefter påtalas inkonsistensen i EU:s direktiv, som bl.a. sägs skapa problem när direktiven överlappar varandra.³³ Det påtalas även att det abstrakta språket i direktiven kan skapa problem, eftersom ett begrepp kan ha olika betydelse i de olika rättsordningarna (t.ex. damage).

Om problemen för den inre marknaden vid gränsöverskridande handel inte kan lösas genom en "case-to-case approach" aktualiseras enligt Kommissionen en omfattande harmonisering av kontraktsrätten. EU:s konstitutionella begränsningar måste dock iaktas, framför allt subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna. Den första principen förklaras vara "a dynamic concept and should be

³² Det finns som bekant en mängd EG-direktiv inom civilrättens område (exklusive konkurrensrätten). Här kan nämnas direktivet 1999/44 om konsumentköp och konsumentköpsgarantier, 1993/13 om oskäliga avtalsvillkor vid konsumentavtal, 1990/314 om paketresor, 1985/577 om hemförsäljning, 1987/102 om konsumentkrediter, 1997/7 om distansförsäljning, 1994/47 om tidsdelade hyresavtal till fast egendom (time-share), 2000/35 om sena betalningar i kommersiella avtal, 1997/5 om gränsöverskridande kreditavtal, 1998/26 om slutlighet avseende betalning och säkerheter i avräkningssystem (settlement finality), 1986/653 om handelsagenter, 1996/71 om arbete som utövas i annat land, 1985/374 om produktskador, 2000/31 om elektronisk handel, 1999/93 om signaturer. Härtill kommer direktiv rörande bank, försäkring, börshandel, personlig immaterialrätt.

³³ Här nämns hemförsäljningsdirektivet och timeshare-direktivet, som båda ger konsumer att ångra sig, men med olika långa frister.

applied in the light of the objectives set out in the Treaty. It allows Community action within the limits of its powers to be expanded where circumstances so require – – –. There should be clear benefits to taking action at Community level instead of national level. Where the intention is to have an impact throughout the EC, Community-level action is undoubtedly the best way of ensuring homogeneous treatment within national systems and stimulating effective co-operation between the Member States.” Såvitt gäller proportionalitetsprincipen anføres bl.a. att den minst ingripande åtgärden skall väljas. Kommissionen måste emellertid föreslå alla nödvändiga åtgärder för att förverkliga EU:s mål. Härvid säger sig Kommissionen följa två kriterier: ”the ability of national and regional authorities, and of civil society, to act to achieve the objectives laid down in a Community provision; and the compatibility or conformity of these objectives with national or sectorial practices”.

Kommissionen nämner sedan *fyra optioner* för att komma till rätta med eventuella problem.

- 1) inga EU-åtgärder.
- 2) stöd till utvecklingen av gemensamma kontraktsprinciper (inklusive standardavtal) som leder till ökad harmonisering av de nationella rättsordningarna.
- 3) förbättring av kvaliteten på den EU-lagstiftning som redan finns.
- 4) antagandet av en ny omfattande lagstiftning på EU-nivå. Denna option anges gå ut på ”an overall text comprising provisions on general questions of contract law as well as specific contracts. For this option the choice of instrument and the binding nature of the measures need to be discussed.” Med ”choice of instrument” avses direktiv, förordning eller rekommendation. Med ”binding nature” avses a) en modell som blir tillämplig endast om den valts av parterna (vid sidan av nationella regler) eller b) en modell som gäller såvida den inte väljs bort av parterna (utfyllande regler i stället för eller vid sidan av nationella regler) eller c) en modell som inte kan uteslutas av parterna (och inte heller av de nationella rättsordningarna). I alla nämnda fallen kan EU-modellen innehålla dispositiva eller tvingande (enskilda) regler.

Även kombinationer av olika optioner och andra lösningar, som internationella konventioner motsvarande CISG, nämns.

EU:s kompetens

Innan vi går över till diskussionen av huruvida en European Civil Code bör understödjas, finns det skäl att något beröra det konstitutionella underlaget.

Enligt Romfördraget artikel 2 har EG till uppgift att, genom upprättandet av en gemensam marknad och fullföljd av den politik eller verksamhet som avses i artiklarna 3 och 4, främja bl.a. en harmonisk, väl avvägd och hållbar

utveckling av näringslivet, en hög grad av konkurrenskraft och ekonomisk konvergens.

Enligt artikel 3.1 c) skall gemenskapens verksamhet för att uppnå nyssnämnda mål innefatta en inre marknad som kännetecknas av att hindren för fri rörlighet mellan medlemsstaterna för varor, personer, tjänster och kapital avskaffas. Åtgärderna skall enligt artikel 4 innefatta förandet av en ekonomisk politik som baseras på en nära samordning av medlemsstaternas ekonomiska politik, på den inre marknaden och på fastställandet av gemensamma mål och bedrivs enligt principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens.

Enligt artikel 5 skall gemenskapen handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats och de mål som har ställts upp för den genom Romfördraget. På de områden där gemenskapen inte är ensam behörig skall den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om och i den mån målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning och verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå. Gemenskapen skall inte vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i detta fördrag.

Den inre marknaden skall enligt artikel 14 omfatta ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i Romfördraget. Beträffande konsumentlagstiftning finns särskilda regler i artikel 95 (3) och artikel 153.

Normalt skall gemenskapens beslut fattas enhälligt av Rådet på förslag av Kommissionen efter hörande av Parlamentet samt Ekonomiska och sociala kommittén vid utfärdande av direktiv om tillnärmning av sådana lagar och andra författningar i medlemsstaterna som syftar till att upprätta den inre marknaden och få den att fungera, se artikel 94. Med avvikelse från artikel 94 skall emellertid medbeslutandeförfarandet enligt artikel 251 tillämpas för att nå de mål som anges i artikel 14. Detta innebär att Rådet med kvalificerad majoritet får fatta beslut, om Rådet följer alla Parlamentets ändringsförslag rörande Kommissionens förslag.

Dessutom finns en behörighet i artikel 308 att fylla ut fördraget (med krav på enighet i Rådet), men denna behörighet går knappast längre än artikel 5 i förevarande fall.

Problemet är således framför allt om en European Civil Code kan förenas med subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna i artikel 5. I så fall torde det vara möjligt att genomföra en European Civil Code med kvalificerad majoritet enligt artikel 14 och 95.1.

Vad gäller tolkningen av behörigheten är EG-domstolens dom den 5 oktober 2000, C-376/98, Tyskland v. Parlamentet och Rådet, rörande ett direktiv om tobaksannonsering, av särskilt intresse. Domstolen uttalade att vidtagna åtgärder (direktivet) "must genuinely have as its object the improvement of the conditions for the establishment and functioning of the internal market". "Mere finding of

disparities between national rules and the abstract risk of obstacles to the exercise of fundamental freedoms or of distortions to competition” är inte tillräckligt för att lagstifta med stöd av artikel 95. Domstolen drog slutsatsen att direktivet var ogiltigt.

Det förefaller vara en öppen fråga, huruvida en European Civil Code kan antas av EU. Finns ett tillräckligt underlag för påståendet att just skilda nationella rättsordningar utgör ett oproportionellt hinder för den gränsöverskridande handeln med beaktande av att affärsmän och konsumenter trots allt kanske inte bryr sig så mycket om juridiken och att en ny gemensam EU-rätt också kunde föranleda kostnader (jfr nedan)? Möjligt är att en heltäckande European Civil Code för den gränsöverskridande handeln enligt artikel 14 ryms inom artiklarna 5 och 95. Därmed är emellertid inte sagt att en European Civil Code som blir tillämplig även på nationella affärer skulle rymmas. Men en sådan kan naturligtvis alltid beslutas av varje land för sig.³⁴

Argument för och emot en European Civil Code

Minskade transaktionskostnader och en effektivisering av den inre marknaden

Det dominerande argumentet för en European Civil Code i Kommissionens grönbok och i den hittillsvarande diskussionen är behovet av att minska transaktionskostnaderna i den inre marknaden vid gränsöverskridande handel, vilket skulle öka konkurrensen. Nu antas parter inför avtalsslut lägga ner betydande kostnader på att undersöka vad lagvalsrätten innehåller och på vad en främmande materiell lag innehåller. I varje fall får de göra det vid uppkommen tvist, och de kan då få extra kostnader för ombud som kan den främmande rätten. På grund härav förmodas många aktörer avstå från att leverera till annat land eller köpa från annat land. De nationella aktörerna får ett kostnadmässigt försteg.

Häremot invänds inte sällan att det saknas all konkretisering av i vad mån nu aktuella kostnader uppkommer. Hänvisning görs ibland bl.a. till välkänd forskning av MacCauley, som går ut på att juridiken spelar mycket liten roll för affärsmän, både när avtal görs upp och när tvister slits.³⁵ Man kan i anslutning härtill undra om inte affärsmän och konsumenter är tämligen likgiltiga för de små skillnader i resultat som normalt förekommer i de olika rättsordningarna. Det viktiga borde vara att avtalet kan hävas vid väsentligt kontraktsbrott (vilket går överallt), att rätt till prisavdrag finns (likaså) och att det går att komma åt motparten rent praktiskt (vilket inte löses genom en unifierad civilrätt men skulle

³⁴ I Leuven-dokumentationen finns uttalanden rörande det konstitutionella problemet framför allt hos Drexl, van den Bergh (diskuterar transaktionskostnader från denna synpunkt), van Gerven och Basedow.

³⁵ Se t.ex. MacCauley, *Non-contractual Relations in Business*, (1963) 28 *American Sociological Review*.

underlättas genom en skyldighet för representanter i samma affärsgrupp att ansvara för fel oavsett vem som sålt varan). Vissa rättsregler är dock naturligtvis viktigare än andra. Dit torde främst höra ansvar för produktskador, där en harmonisering dock redan skett genom EG-direktiv. Antagligen hör också säkerhet för betalningen i sålt gods till denna regelgrupp, eftersom hela betalningen riskeras om inte säkerhetsrätt finns i varan.³⁶

Någon möjlighet att mer precist utreda storleken på de transaktionskostnader som föranleds av de skilda nationella systemen finns inte, varför det måste vara tillåtet att göra en uppskattning. I den andra vågskålen måste då emellertid också få läggas en vikt hänförlig till de kostnader som parter måste vidkännas under de många år det kommer att ta innan en ny gemensam European Civil Code genom rättspraxis fått den klarhet på detaljnivå som finns i de nuvarande nationella systemen. De uppkommande oklarheterna kommer att drabba många tvistande, inte bara dem som slutligen blir parter i de nya prejudikaten.

Även om man skulle acceptera att det finns betydande transaktionskostnader att spara i den gränsöverskridande europahandeln om en European Civil Code genomförs och att den inre marknaden därigenom skulle förbättras, kan man fråga sig om detta motiverar en ändring också av de nationella rättsordningarna för nationella affärer. På lång sikt kunde det dock utgöra en effektivisering, om jurister och affärsmän inte behövde behärska mer än en rättsordning. Den inre marknads effektivitet skulle också kunna öka genom att utländska aktörer inte ses som en komplicerande faktor.

Europeisk identitet

Det andra huvudargumentet för en European Civil Code är politiskt. EU behöver identitetsskapande symboler. Medborgarna har olika språk och i många avseenden olika kultur. Medlemskap i unionen är för somliga en självklarhet för att förebygga krig i Europa, medan andra tolererar medlemskapet endast för att konsumentpriserna skall bli lägre, kapitalet och arbetstillfällena inte skall lämna landet och – i bästa fall – subventionerna strömma in från Bryssel. Visserligen finns numera Euron, men den räcker inte. Om en starkare europeisk identitet

³⁶ I detta avseende finns betydande osäkerhet och stora skillnader mellan de europeiska rättsordningarna. Enligt somliga länders lagvals rätt är *lex rei sitae* vid tvistens uppkomst avgörande medan andra länder går på *lex rei sitae* vid säkerhetsrättens skapande; blandlösningar finns. Tyskland och flera andra länder godkänner äganderättsförbehåll i varor som köparen får förfoga över före betalningen och i surrogat till varan (fordran hos köparens köpare eller i förädlad produkt hos köparen), medan Finland, Sverige och Norge anser att äganderättsförbehåll är ogiltiga om köparen givits fri förfoganderätt (i Norge godtas dock salgspant trots tillåtelse till bearbetning fram till dess väsentlig bearbetning skett; Danmark godtar äganderättsförbehåll till varor över vilka köparen har fri förfoganderätt genom institutet kreditkonsignation). Andra länder ligger mitt emellan, d.v.s. godkänner säkerhet i den ursprungliga varan även om köparen har fri förfoganderätt men inte i surrogat. Direktivet 2000/35 om sena betalningar berör problemet men ger ingen lösning.

skapades, skulle det vara lättare att genomföra en politik med solidariska inslag i Europa.

Mot detta brukar ställas åsikten att den kulturella mångfalden i Europa är en tillgång jämfört med läget exempelvis i USA. Den bör därför inte minska. I de skilda kulturerna ingår enligt somliga de nationella rättsordningarna. Andra menar dock att "commercial law is not folklore".³⁷

Vilka värderingar kommer att präglade en European Civil Code?

Bland förespråkarna av en European Civil Code framhävs den gemensamma värdegrunden i Europa. Alla medlemsstater utgör demokratier. De har alla en kristen bakgrund. Alla bygger på marknadsekonomi. De sociala klyftorna är begränsade. Det borde därför vara möjligt att åstadkomma en European Civil Code som är acceptabel i alla medlemsländer.

Opponenterna invänder emellertid att det finns betydande politiska skillnader i de olika medlemsstaterna. I somliga är marknadsekonomin starkare och de liberala, individualistiska inslagen större. Andra länder, bl.a. de nordiska, har legat på framkanten när det gäller främjandet av konsumentintressen och andra kollektiva intressen.

Abstraktion kontra skandinavisk realism

Mot en europeisk kodifikation invänds ibland att den skulle bli alltför abstrakt (jfr den tyska BGB) och i sämsta fall dessutom begreppsjuridisk. I exempelvis tysk rätt löses inte sakrättsliga problem sålunda att man gör en öppen rättspolitisk värdering av huruvida ett obligationsrättsligt anspråk (t.ex. återgång på grund av bristande förutsättningar, NJA 1985 s. 178) har den kvaliteten att det förtjänar sakrättsligt skydd, utan hela resonemanget döljs i en konstruktion, där en överlåtelse (parterna ovetande) innehåller två avtal; enligt det ena överlåts obligationsrätten och enligt det andra sakrätten. Vissa ogiltighetsgrunder eller andra händelser påverkar blott obligationsrätten men inte sakrätten. Innan slutresultatet är klart måste man emellertid också ta hänsyn till reglerna om obehörig vinst.

Mot detta kan ställas den nordiska traditionen att skriva väl systematiserade lagar, normalt rörande olika kontraktstyper, med konkreta lösningar av de praktiska problemen. Som ett förnämligt exempel brukar framhållas den nordiska köplagen från 1900-talets början, vilken överglänste motsvarande bestämmelser i den samtidiga BGB. Skandinaver brukar också berömma sig av en realistiska analys, vilken medför skepsis mot bl.a. resonemang om äganderättens övergång och andra mellanbegrepp.³⁸

³⁷ Uttalandet återfinns bl.a. i ett inlägg av Ole Lando.

³⁸ Jämför den koppling som finns i exempelvis engelsk rätt mellan sakrättsligt skydd och risken för godsets fysiska förstörelse genom applikationen av begreppet äganderättens övergång.

Förmodligen bör man emellertid inte ännu döma i detta mål. PECL är inte mer abstrakta eller begreppsjuridiska än motsvarande nordiska regler. Och all nordisk lagstiftning är inte konkret och lättillgänglig, t.ex. inte skuldebrevslagen. Ändå måste den rankas bland våra förnämsta lagverk, tack vare sin systematik, konsistens och precision.

Förstening kontra utveckling

Ett mycket tungt argument mot en European Civil Code, vilket eftertryckligt framförts av bl.a. Thomas Wilhelmsson, är att en kodifiering riskerar att leda till förstening. Det går lätt att se vilka svårigheter Tyskland haft att modernisera BGB, som vid förra sekelskiftet kodifierade 1800-talets tysk-romerska rätt. Först nyligen har Tyskland lyckats genomföra en reform av sin obligationsrätt. I bästa fall skulle en European Civil Code kodifiera vad som i dag är modern europeisk civilrätt, men efterföljande ändringar kommer inte att bli lätta att åstadkomma i den europeiska beslutsapparaten.

Fortsatt nationell självständighet på det civilrättsliga området – med undantag för områden där en huvudsaklig unifisering är särskilt viktig – skulle däremot leda till mycket starkare dynamiska inslag i rättsutvecklingen. Det skulle räcka att nya idéer övertygar en nationell lagstiftare. Sedan de nya lösningarna prövats i ett land kan de spridas till andra länder på ett slags fri juridisk eller darwinistisk marknad. Man kan redan nu se hur komparationen mellan olika europeiska lösningar skjutit fart under de senaste decennierna och hur de akademiska författarna numera på bred front är intresserade av rättsutvecklingen i andra europeiska länder. Detta beror inte på att alla är inriktade på att skapa underlaget för en European Civil Code utan är snarare en naturlig följd av medlemskapet i EU.

EU:s demokratiska underskott

Ett argument emot en European Civil Code är att den europeiska lagstiftningsapparaten långtifrån har den demokratiska förankring som nationell lagstiftning har. Vid nationell lagstiftning åtminstone i Norden förbereds den nya lagen normalt genom en offentlig utredning med representation för berörda grupper. Därefter följer en öppen remissomgång. Det är lätt att veta vad som pågår. Möjligheten att starta en allmän debatt i massmedia är större i ett enskilt land än på ett europeiskt plan. Det går att skriva till riksdagens utskott innan dessa och riksdagen går till beslut.

När ett EG-direktiv antas råder inte samma öppenhet. De nationella regeringarna håller viss kontakt med vad de betraktar som berörda grupper, vilka får avge synpunkter på utkast från Kommissionen. Den nationella utvärderingen görs sedan inom departementet eller regeringen utan att något klart ställningstagande behöver redovisas nationellt. Ibland kan det heta att regeringen gjorde det bästa möjliga av ett dåligt förslag. Huruvida alla regeringar säger detta på hemmaplan

är svårt att överblicka. Först när ett direktiv skall genomföras i den nationella rättsordningen griper den vanliga lagstiftningsproceduren in, men då är det så dags.

Det kan även noteras att direktiv ibland leder till ett slags rävspel som inte befrämjar kvaliteten. Om ett utkast är oklart, kan ett land begära ett klarläggande. En sådan begäran riskerar emellertid att leda till ett klarläggande som inte har önskat innehåll. Av denna anledning kan de olika länderna välja att förbigå oklarheten, så att de sedan kan implementera direktivet i enlighet med de nationella önskemålen.

Vad nu anförts hänför sig främst till EG-direktiv och utgör därmed en invändning mot fortsatt harmonisering genom EG-direktiv. Ett av syftena med en samlad europeisk civillag är att åstadkomma något som har bättre kvalitet än direktiven. Det är emellertid svårt att föreställa sig hur en European Civil Code skulle kunna få en djup förankring i alla berörda medlemsstater. I så fall kommer projektet inte att kunna genomföras.

Rättsliga avgöranden föder ofta mycken frustration. Ibland är missnöjet riktat mot den rättstillämpande instansen, men ofta är det klart att ansvaret ligger hos lagstiftaren. Det är då en styrka om lagen är demokratiskt väl förankrad och om det finns rimliga möjligheter att åstadkomma en ändring.

Behovet av en prejudikatinstans

Min ovan nämnda genomgång av PECL visar att dessa är i stort sett godtagbara för nordiskt bruk men att de på väsentliga punkter är så allmänt hållna att rättspraxis får en central roll.

Härigenom väcks frågan om det över huvud taget är önskvärt att en så betydande del av rättsutvecklingen delegeras till domstolarna. Så har emellertid tidigare skett inom vissa rättsområden, t.ex. skadeståndsrätten, där lagbestämmelserna varit torftiga.

Men hur skall denna utfyllnad gå till? Vem skall leverera prejudikaten?

En möjlighet, som även förespråkarna av en European Civil Code ibland framhåller, är att lämna prejudikatbildningen till de nationella domstolarna. Risken är då emellertid mycket stor att de nationella domstolarna fyller ut de allmänna formlerna med sin gamla nationella rätt. England skulle kanske aldrig anse att en anbudstagare haft anledning att lita på att anbudet skall vara bindande under en acceptfrist, och undantagen från partsautonomin skulle förmodligen bli få. Tyskland skulle däremot genast lägga in hela sin § 242 BGB i principen om good faith and fair dealing o.s.v. Är det meningsfullt att stifta en European Civil Code med en så obetydlig uppföljning?

En bättre unifisering skulle kunna åstadkommas om de högsta nationella instanserna blev ålagda att ta hänsyn till prejudikatbildningen i andra medlemsstater, vilket ibland förespråkas. Detta skulle emellertid av praktiska skäl leda till att domar från länder vars språk kan läsas överallt får leda rättsutvecklingen. Denna

tendens skulle förstärkas av att befolkningen och därmed den ekonomiska aktiviteten i framför allt Tyskland, England och Frankrike är jämförelsevis så stor att man kan räkna med att de flesta prejudikatfrågor först kommer upp i dessa länder.³⁹ De nordiska ländernas prejudikat kan inte läsas av många utanför Norden, och prejudikaten skulle komma tjugo år för sent. Detta skulle i och för sig inte spela någon roll utan tvärtom vara arbetsbesparande för de nordiska domstolarna, om värderingarna och den juridiska tekniken vore densamma i hela Europa, men det kan knappast påstås.

Ett alternativ är att skapa ett europeiskt Law Institute, med uppgift att följa den nationella rättsbildningen och föreslå tillägg och preciseringar i European Civil Code. Besluten skulle därefter fattas i den ordning som föreskrivs i EU-fördraget. Man kan kanske säga att man skulle bryta ut hanteringen av European Civil Code från Kommissionen och lägga uppföljningen hos ett särskilt organ. Detta är naturligtvis en möjlig lösning, men det betvivlas att det är lämpligt att göra alla erforderliga preciseringar av en European Civil Code i form av tillägg till själva koden.

Den normala lösningen för åstadkommande av en enhetlig rättsutveckling vore att anförtro prejudikatbildningen åt den europeiska domstolen i Luxemburg. Köbildningen skulle dock bli massiv. Det skulle bli nödvändigt att ha många divisioner av en förstainstansrätt. Men skulle praxis bli enhetlig inom förstainstansrättens många divisioner? Antagligen skulle många mål behöva gå vidare till själva domstolen, med långa processtider som resultat. Är det överhuvudtaget rimligt med kanske 4–5 instanser för att få ett avgörande? En sådan tungrodd beslutsordning kan försvaras om det rör sig om en begränsad lagstiftning (vissa EG-direktiv) men knappast över hela det civilrättsliga området när detta i början behöver fyllas ut på praktiskt taget alla punkter.

Nordisk rättsgemenskap

I nordiskt perspektiv är det ett problem att Norge och Island ej är medlemmar i EU. Om de övriga nordiska länderna skulle få en European Civil Code, spräcktes den nordiska rättsgemenskapen.⁴⁰ Denna har varit värdefull inte bara därför att en stor del av den gränsöverskridande handeln i de nordiska länderna sker med andra nordiska länder. En annan fördel har varit språkgemenskapen, den likartade kulturella och värdemässiga bakgrunden och den likartade juridiska metoden, som gjort att litteratur och rättsfall från andra nordiska länder kunnat utnyttjas effektivt. Inget hindrar naturligtvis att Norge och Island skulle själva besluta att anta en europeisk civillag som sin egen, men detta är föga sannolikt så länge

³⁹ Denna tyngdpunktsplacering skulle ytterligare förstärkas av att de doktrinära resurserna är överlägset större i exempelvis Tyskland än i Norden.

⁴⁰ Jfr att de nordiska länderna reserverat sig för att tillämpa nordisk köprätt i stället för CISG i nordiska affärer.

länderna står utanför EU. Och även om alla nordiska länder blev underkastade samma European Civil Law, skulle influenserna i den framtida rättstillämpningen främst komma från kontinenten och England.

I avsnittet om PECL har jag uttalat att dess bestämmelse om att anbud i princip kan återkallas under acceptfristen fått en sådan teknisk utformning att den är ägnad att skapa problem i rättstillämpningen men att bestämmelsen inte behövt hindra en nordisk ratificering även av CISG:s avtalsrättsliga del. Detta tycks vara en rätt allmän uppfattning i Norden. Frågan är därför om Norden nu borde utsträcka ratificeringen.

Vid det nordiska juristmötet i Reykjavik 1990 diskuterades om de nordiska avtalslagarna borde reformeras (underförstått i nordiskt samarbete). Man kan lugnt säga att grunderna för de nordiska avtalslagarna inte har rubbats genom PECL. Någon anledning att nu aktualisera den på 1990-talet begravda idén om en ny nordisk avtalslag finns knappast. Behovet av preciseringar kan ordnas genom rättspraxis med visst sneglande på PECL, som även reglerat en del speciella problem som är viktiga vid avtal på det kommersiella området i dag.⁴¹

Harmonisering även med länder utanför Europa

Idén om en europeisk civillag kan kritiseras från nationella utgångspunkter. Men det kan även påstås att en sådan harmonisering är för snäv. Mycken handel sker även med stater utanför Europa. Därför borde man på en gång satsa på att ratificera och bygga ut konventionerna inom FN:s ram, t.ex. rörande säkerhetsrätter i rörlig egendom, vare sig det är anläggningstillgångar som flygplan eller sålda varor, och i kontraktsfordringar.

Det finns emellertid knappast något motsatsförhållande mellan en European Civil Code och FN-konventioner på valda områden. En World Civil Code är otänkbar, medan en European Civil Code inte hindrar FN-konventioner men väl stärker den europeiska positionen i sådana förhandlingar. Det kan dock hända att en europeisk stat tvingas stödja den europeiska lösningen fastän staten tycker att exempelvis den amerikanska linjen vore att föredra framför EU:s. Detta vore naturligtvis en nackdel.

⁴¹ I mitt referat till juristmötet 1990 skrev jag avslutningsvis att avtalslagen bara i begränsad utsträckning speglar den moderna avtalsrättens problem, vilket vore ett skäl för en reform, att beträffande avtals ingående fler tolkningsregler med objektiv utformning bör införas så att parter och domstolar får klara utgångspunkter för sitt handlande, att en allmän lojalitetsregel med subjektiva rekvisit, vilken leder till bundenhet av motpartens uppfattning, behövs även i en ny avtalslag men att lojalitetsregeln bör modifieras genom en hänvisning till god förhandlingssed el.dyl. och att det även i övrigt finns en hel del regler i avtalslagen eller praxis som kan behöva justeras. Det anförda skiljer sig inte alltför mycket från vad som numera framgår av PECL.

Utvärdering

Vare sig man sympatiserar med slutmålet European Civil Code eller inte, finns all anledning att vara tacksam för att Lando-kommissionen har skrivit PECL och att Christian von Bar satt i gång arbetet på en European Civil Code. Härigenom skapas modellagar för Europa. Dessa fyller funktionen att skapa en gemensam terminologi och systematik, vilket underlättar fortsatt komparation och fortsatt europeiskt idéutbyte på det rättsliga området. Som Lando-kommissionen skrivit finns det all anledning att, när den nationella rättsordningen lämnar lösningen av ett problem öppet, noga överväga om inte modellösningen skulle duga i nationell praxis eller vid framtida lagstiftning. Många nationella rättsordningar är säkert i behov av förnyelse, och här har PECL och en European Civil Code en uppgift att fylla som inspiratör. Dessutom kan PECL och en European Civil Code fylla en funktion som ett rättssystem till vilket parter kan hänvisa vid gränsöverskridande handel, när de vill slippa lagvalsproblem och misstänksamhet mot en främmande materiell rättsordning.

Eftersom arbetet på skrivandet av en European Civil Code är igång, finns knappast skäl att nu ta ställning till om en sådan bör antas. Det verkar rimligare att vänta några år tills en fullständig modellag finns utarbetad och därefter debatterats under en tid. Om en fullständig civillag av godtagbar kvalitet då förefaller finnas inom räckhåll, är det naturliga att först överväga om en European Civil Code bör införas för gränsöverskridande handel. Överväger transaktionskostnaderna hänförliga till lagvalsrätten och de skilda nationella rättsordningarna i dessa fall den osäkerhet som en ny civillag nödvändigtvis måste skapa? Det är möjligt att övervägande argument då talar för stiftandet av en European Civil Code, varvid bl.a. märks att anstormningen mot en europeisk jurisdiktion inte blir lika stor som om alla nationella affärer också skulle bedömas av EG-domstolen och att en europeisk civillag skulle möjliggöra en överarbetning av gällande EG-direktiv. Argumenten mot en europeisk civillag, hänförliga till pluralismens betydelse för den framtida rättsutvecklingen, blir inte heller lika tunga, om de nationella rättsordningarna behålls för interna affärer och därmed kan bidra till en successiv förnyelse av varandra och av den europeiska civillagen.

Däremot är jag tills vidare skeptisk till att en European Civil Code i en nära framtid, eller ens senare, skulle kunna ersätta de nationella lagarna för nationella affärer. Som ovan nämnts skulle det uppstå en betydande rättsosäkerhet, när 100 års rättspraxis och doktrin skulle ersättas av en tämligen allmänt hållen lagstiftning. En europeisk jurisdiktion även för nationella affärer förefaller inte realistisk, och då bör de nationella domstolarna tillåtas att (öppet) tillämpa sina väl utmejslade nationella regler. Möjligen kan saken komma i ett annat läge efter ett antal år, om rättspraxis rörande gränsöverskridande handel givit den europeiska civillagen tillräcklig precision. Men även om så blivit fallet, talar önskemålet om genomslag av nya idéer för ett bibehållande av de nationella rättsordningarna.

Förmodligen skulle detta även ha betydelse för motverkande av känslan att hela Europa styrs med krav på blott halvgod kvalitet av Ministerrådet och från Bryssel.

Ambitionen i Norden bör således tills vidare vara att medverka i utarbetandet av modeller till en European Civil Code för att ge denna ett så bra innehåll som möjligt sett från nordisk synpunkt. Ett problem framöver kan dock bli att, om vissa länder snabbt vill införa en European Civil Code åtminstone för sina gränsöverskridande affärer men möjligen även för nationellt bruk medan andra länder vill ställa sig avvaktande, risk finns att de positiva länderna blir obenägna att låta lagens utformning påverkas av synpunkter från de andra länderna. Kommer företrädare för Tyskland, Italien och Holland, som f.n. verkar mest entusiastiska för en European Civil Code, i längden att acceptera kompromisser med företrädare för exempelvis England, där det förefaller finnas ett rätt kompakt motstånd mot en gemensam europeisk civillag? Liksom i fråga om hanteringen av Euron kan de europeiska staterna så småningom ställas inför valet att antingen förklara sig beredda att införa en europeisk civillag innan den är klar eller att ett antal år senare ta eller förkasta en färdig europeisk civillag, varvid lagen inte har den utformning som annars hade kunnat uppnås.

Diskussionspunkter

Det ankommer på ordföranden för mötet att bestämma diskussionspunkter, efter hörande av korreferenten. Avslutningsvis vill jag dock peka på några frågor som skulle kunna uppmärksammas särskilt.

- 1) Bör EU verka för en European Civil Code med sikte på att denna skall ersätta nuvarande EG-direktiv? Har EU kompetens? Skall civillagen gälla endast för gränsöverskridande handel eller även vid nationella affärer? Hur skall en European Civil Code förankras inför ett beslut i EU:s organ?
- 2) Bör nordisk nationell rätt utvecklas i harmoni med PECL och en framtida European Civil Code (smygande harmonisering)? Finns det några lösningar i PECL som bör ändras sett från nordisk synpunkt?
- 3) Behövs ett samordnat nordiskt agerande i frågor som rör CISG, PECL och en framtida European Civil Code? Hur skall samarbetet gå till?

Lára V. Júlíusdóttir

Förändrat familjemönster – finns det behov av
nya regler om egendomsordning och arv?

Förändrat familjemönster – finns det behov av nya regler om egendomsordning och arv?

Af advokat Lára V. Júlíusdóttir, Island

Familiemönstret i Norden har ændret sig betydeligt i de seneste årtier. I stedet for ægteskab vælger moderne mennesker andre samlivsform, papirløst samliv og registreret partnerskab. Det har havt et stort udtryk på lovgivningen i alle de nordiske lande. Medens man har valgt den løsning for ægteskabsreglerne at afklare og forenkle lovgivningen om ægteskab, både om ingåelse og opløsning af ægteskabet, og ligeledes om ægtepars rettigheder og forpligtelser, har man vedtaget særlige lovbestemmelser om at folk, der lever sammen papirløst, har samme retsstilling som personer i ægteskab. Især hvis parterne har et barn sammen.

I mit indlæg taler jeg om dette emne i forbindelse med den islandske virkelighed, de retsregler der gælder om "samlevere", hvilke problemer der er opstået, hvilke muligheder der kunne være til forbedringer og hvor langt ændringer i reglerne skal gå i retning til reglerne om ægteskab, særdeles reglerne om folks økonomiske forhold.

Lára V. Júlíusdóttir er født 1951, ble cand. jur. 1977 i Island. Hun var bl.a. jurist hos Landsorganisasjonen i Island 1982–1994 og har siden drivet advokatvirksomhet i Reykjavík, nu som høyesterettsadvokat. Hun er adjunkt ved Universitetet i Island og har skrevet bøger om arbeidsret, familieret og erhvervsret i Island.

Indledning

Det er særdeles velkendt, at familiemönstret i Norden har ændret sig betydeligt i de seneste årtier. Moderne mennesker vælger samlivsform efter andre principper end tidligere, og religiøse og etiske synspunkter vedrørende indgåelse af ægteskab viger nu for synspunkter som frihed, selvstændighed og individets stadige søgen efter livslykke. Unge mennesker indgår ikke længere ægteskab uden forinden at have boet sammen med ægtefællen så og så længe. Det er almindeligt, at der offentliggøres bryllupsbilleder i aviser af brudepar sammen med deres børn i forskellige aldre.

At folk af samme køn lever sammen er nu alment anerkendt og der er blevet vedtaget en særlov om registreret partnerskab, om retsstillingen for homoseksuelle, der vælger denne samlivsform, i alle de nordiske lande, nu også i Finland fra 2001.

Denne udvikling har i nogen grad fundet sted i hele den vestlige verden, men den har især været iøjnefaldende i vores verdensdel. Juraen går ikke glip af denne udvikling. I stigende grad spørges der om retsregler og samlevers retsstilling, og det er en almindelig retsvildfarelse, i hvert fald i Island, at folk, når de har boet

sammen i 5–10 år, på en eller anden udefinerlig vis, opnår samme retsstilling som gifte personer. Det er almindeligt at de mener, at arveret er noget, der opstår af sig selv, og at der gælder de samme regler om samleveres økonomi som om gifte personers, for at nævne et eksempel. Når folk så finder ud af, at det ikke forholder sig sådan, spørger de gerne, hvorfor i alverden ingen har fortalt dem det.

Der har som bekendt været et nært samarbejde om udviklingen af ægteskabslovgivningen i Norden i mange årtier. Man har valgt den løsning at afklare og forenkle lovgivningen om ægteskab, både om indgåelse og opløsning af ægteskabet, og ligeledes om ægtepars rettigheder og forpligtelser, herunder ægtepars bodeling, mens der intetsteds i Norden findes nogen samlet lovgivning om folks retsstilling, hvis de lever sammen papirløst. Man følger således primært den ideologi at vedtage særlige lovbestemmelser om at folk, der lever sammen papirløst, og som opfylder betingelserne i bestemmelserne, har samme retsstilling som personer i ægteskab. Det har været et ganske sammenfaldende træk blandt de nordiske lande, at diverse særregler gælder udelukkende om ægteskab, såsom formelle regler omkring stiftelse og opløsning af ægteskab, generelle regler om ægtefællers økonomi og regler om arveret. I alle nordiske lande undtagen i Finland er der blevet vedtaget en lov om registreret partnerskab for homoseksuelle.

På baggrund af den udvikling, der er sket med ændringer i samlivsformen og ændrede holdninger til folks samlivsformer, er tiden inde til at spørge, hvorvidt det er nødvendigt at fastlægge samleveres retsstilling i en samlet lovgivning. I mit indlæg vil jeg tale om dette emne i forbindelse med den islandske virkelighed, de retsregler, der gælder dér, hvilke problemer der er opstået og hvilke muligheder der kunne være til forbedringer. Retsreglerne i Island er så nært knyttet til reglerne i det øvrige Norden, at det ikke skulle være til nogen skade, at jeg vælger denne fremgangsmåde. I mit indlæg vil jeg især holde mig til en rapport udgivet af justitsministeren om samleveres retsstilling, der blev fremlagt i Altinget i foråret 2001. Rapporten er skrevet af Hrefna Friðriksdóttir, som er jurist hos Statens centralkontor for børneværn og timelærer ved universitetets juridiske fakultet. Jeg støtter mig endvidere til Forelæsninger om økonomiske forhold i ægteskab, registreret partnerskab og papirløst samliv af Sigrún Jóhannesdóttir, direktør for Persónuvernd (Personbeskyttelse) og timelærer ved universitetets juridiske fakultet.

Definitioner

Begrebet "samlevere" er ikke blevet defineret i islandsk lovgivning og er i sin natur meget vidtrækkende. Man kan sige, at begrebet omfatter alle voksne personer, der vælger at dele hjem, hvad deres grund til det så end måtte være. Her kan der f.eks. være tale om en far eller en mor med en voksen søn eller datter, andre slægtninge, venner eller de, der bor sammen i et nært forhold, der kan sammenlignes med ægteskab eller registreret partnerskab, men som dog afstår fra at vælge

den form. Der er ikke i Island vedtaget nogen samlet lov om samleveres retsstilling, hvilket gør det til en hovedregel, at hver enkelt person i juridisk henseende behandles uden hensyn til samlivet.

I Island gælder en særlig lov om ægteskab, nr. 31/1993. I henhold til §1 gælder den om ægteskab mellem en mand og en kvinde, men omfatter ikke papirløst samliv. I loven omtales betingelser for indgåelse af ægteskab, vielse, opløsning af ægteskab, ægtefællers forsørgerpligt over for familien, ægtefællers ejendom og gæld, aftaler mellem ægtefæller og om bodeling ved opløsning af ægteskab. Desuden er et antal bestemmelser gældende i særlove om ægtefællers rettigheder og forpligtelser.

Krav om særlige lovregler om samleveres retsstilling har først og fremmest haft tilknytning til de personer, der vælger at leve i hvad der er blevet kaldt "papirløst samliv" og lovgiveren har imødegået kravene på forskellig vis. Disse synspunkter er forbundet med en ændret holdning til ægteskabet i det sidste århundrede, en stigning i antallet af dem, der vælger at leve sammen i et nært forhold uden at indgå ægteskab og en tilbøjelighed til at mindske forskellen på folks retsstilling, når de lever under tilsvarende forhold. Som tidligere nævnt er samlivsformerne meget forskellige og der er bestemte problemer forbundet med at afgrænse hvilke samlivsformer, der skal have retlig indvirkning. Der må stilles visse minimumskrav til samlivet, hvis det skal kunne henføres under begrebet papirløst samliv. I de lovbestemmelser, der knytter retsvirkninger til papirløst samliv, har man ikke holdt sig til en enkelt definition, men derimod har betingelserne været forskellige efter lovene. Generelt gælder dog princippet om fælles bopæl, økonomisk samhörighed, samlivets tidsmæssige udstrækning, fælles børn og meddelelse om eller registrering af samlivet. Kort sagt kan man gå ud fra at der med begrebet "papirløst samliv" menes en mands og en kvindes samliv i fælles hjem, uden at de er i ægteskab, og en vis økonomisk samhörighed.

Man kan sige, at det til en vis grad har været bevidst, at man ikke har vedtaget nogen samlet lov om papirløst samliv men derimod har vedtaget særlige lovbestemmelser på afgrænsede områder, hvor der opstilles bestemte betingelser for at parter kan nyde godt af bestemte rettigheder eller pådrager sig bestemte forpligtelser. I de seneste år er man i øget grad utvetydigt gået i den retning at sidestille samliv uden vielse med ægteskab i enkelte juridiske sammenhænge, især hvis parterne har et barn sammen. Det er først og fremmest kommet på tale på de områder, hvor det kommer an på sociale rettigheder, f.eks. hvor det offentlige uddeler rettigheder af social karakter og vedrørende de forpligtelser, der følger deraf. Her kan nævnes arbejdsmarkedsret, skattesager, socialforsikringer og social bistand. På nogle områder er der tale om at samlevende kan vælge mellem at blive behandlet som enkeltpersoner eller på samme måde som ægtepar, jf. f.eks. lov nr. 75/1981 §63 om indkomstskat og ejendomsskat, men på andre områder gælder automatisk de samme lovregler om ægtepar og samlevende, jf. f.eks. bestemmelser i lov nr. 117/1993 om socialforsikring.

Der er først og fremmest to argumenter for ikke at gå længere i denne henseende. Dels har der været grund til at give ægteskabet en klar særstilling i juridisk henseende og til dels at opfordre til indgåelse af ægteskab, idet ægteskabet er blevet anset for at være en ønskelig og eftertragtet livsform. Dels har man lagt vægt på, at forskel på folks retsstilling i ægteskab og i papirløst samliv er naturlig i den forstand, at folk skal have reelle alternativer med hensyn til, hvordan de vil ordne deres nære samliv.

Som grundlag for ægteskabslovgivningen i Island har man altid bygget på resultaterne af det nordiske lovgivningssamarbejde og taget hensyn til nordisk lovgivning. I nordiske love har man overalt afvist den ide at behandle ægteskab og papirløst samliv under ét og i samme lov, og man har i stedet valgt at omtale rettigheder og forpligtelser i hver enkelt lovsammenhæng.

Den 27. juni 1996 trådte Lov nr. 87/1996 om registreret partnerskab i kraft. I henhold til loven kan to personer af samme køn registrere deres samliv og har da samme retsstilling som personer i ægteskab med nærmere anførte undtagelser. Loven blev først og fremmest vedtaget med henblik på homoseksuelle personer og der blev lagt vægt på at øge forståelsen af homoseksuelles ligeværdige status i forhold til heteroseksuelle i samfundet og i familielivet. Det er ikke blevet undersøgt, hvorvidt og da hvordan det ville kunne lade sig gøre at vedtage særlige lovbestemmelser om homoseksuelles retsstilling i „uregistreret partnerskab”, hvilket man kunne kalde et forhold mellem homoseksuelle svarende til et papirløst samliv mellem heteroseksuelle.

Det er ikke klart, hvorvidt lovbestemmelser, der fastlægger folks retsstilling i papirløst samliv, kan finde anvendelse med udvidende fortolkning eller analogi om homoseksuelle, der lever sammen. Det kan bl.a. være afhængigt af formuleringen af hver enkelt bestemmelse på et bestemt retsområde. I de pågældende lovbestemmelser defineres papirløst samliv ofte særskilt som en mands og en kvindes samliv, men i nogle tilfælde tales der udelukkende om samliv eller samlivsfælle uden nærmere definitioner. Endvidere kan særlige synspunkter komme på tale, hvor der tales om personer i hjemmet, nært beslægtede, pårørende eller familiemedlemmer.

For at give et indtryk af familieformen i Island, nævner jeg følgende tal fra 1999 om antallet af personer i samliv. Der var i alt 279.049 indbyggere i landet, og af dem stod 78.346 uden for kernefamilier:

• Personer, voksne og børn i samliv og ægteskab	200.703 (100 %)
• Personer i familier i ægteskab, voksne og børn (Deraf 43 par i registreret partnerskab)	137.028 (68 %)
• Personer i familier i papirløst samliv, voksne og børn	39.110 (19 %)
• Personer i enlige forældres familier, voksne og børn	24.565 (12 %)

Regler om enkelte forhold i papirløst samliv

Indgåelse og opløsning af samliv

Der gælder ingen generelle formaliteter om indgåelse og opløsning af samliv i Island. Man skal således ikke opfylde særlige betingelser for at indgå samliv, institutionen er uformel og det samme kan siges om opløsning af samliv. Lovbestemmelser, der giver samlevende bestemte rettigheder, kan være afhængige af at samlevende har samme faste bopæl eller at samlivet er registreret i folkeregistret eller at det på anden måde er dokumenteret.

Det skal nævnes, at i henhold til loven om bopæl, nr. 21/1990, er en persons faste bopæl det sted, hvor vedkommende bor fast. I henhold til lovens §7 skal ægtepar have samme faste bopæl. Det samme gælder om folk i papirløst samliv alt efter omstændighederne. Ingen særlige lovregler forhindrer at en person lever sammen med flere parter på samme sted eller på mere end et sted. Det kan nævnes, at der er intet som forhindrer, at en person, der er separeret, indleder et papirløst samliv med en ny part, men det er ham eller hende ikke tilladt at indgå ægteskab før efter at skilsmisse er bevilget.

Samleveres rettigheder og forpligtelser, økonomi

Under samlivet

Der gælder ingen særlige lovregler om økonomien hos samlevende eller folk i papirløst samliv i Island. At indgå et samliv har i princippet ingen indvirkning på personers retsstilling med hensyn til ejendomsret og ansvar for gæld. Hovedreglen er, at enhver person alene ejer de effekter, som han eller hun medbringer i samlivet og han eller hun erhverver sig under samlivet. Personer kan indbyrdes indgå aftaler om regulering af ejendomsret eller aftaler om fælleseje. Hvis andet ikke er fastsat, er ligedeling sandsynligt ved opløsning af fælleseje. Der gælder ingen særlige regler om udformningen af sådanne aftaler vedrørende samlevende. Det skal nævnes, at generelle aftaler mellem samlevende, der indgås mens alt er i bedste velgående, kan være ugyldige i det omfang de gælder om forpligtelser, hvis samlivet opløses under henvisning til ugyldighedsregler i Aftaleloven. 7/1936.

Samlevende har uforbeholden dispositionsret over deres ejendom og har ikke pligt til at oplyse hinanden om deres økonomi, økonomiske forhold eller gældstatus. Så er hovedreglen den, at personer, der lever sammen, kan stifte gæld og har det fulde ansvar for den gæld, som de selv stifter.

Der er ingen gensidig forsørgerpligt mellem folk, der lever sammen, og heller ingen særlige regler om ligestilling, fortrolighed eller arbejdsdeling.

Parternes retsstilling ved opløsning af samliv

Der findes ingen særlige substantielle regler i loven om samleveres bodeling. Man betragter samlevere som to selvstændige personer og om deres økonomi gælder almene regler i formueretten. Hovedreglen er at ved opløsning af samliv tager hver person de ejendele, som han eller hun ejer særskilt, medmindre andet er aftalt. I de seneste årtier har der været mange tvivlsspørgsmål omkring folks økonomiske forhold ved opløsning af samliv og det er altid blevet anset for at være urimeligt udelukkende at gå efter formel ejendomsret ved bodeling. I Island har domstole formet vejledende regler om disse forhold og man har lagt vægt på at vurdere den økonomiske samhørighed og at foretage en vurdering af bl.a. længden af samlivet, hver enkelt parts økonomiske bidrag til indkøb af ejendom og bidrag, der består i arbejde i hjemmet, f.eks. ved pasning af børn. I de senere år har man først og fremmest forsøgt at afhjælpe det misforhold, der kan opstå ved opløsning af papirløst samliv, ved at en samlever tildømmes ejerandel i ejendom, der er skabt under samlivet eller at parternes fælleseje erkendes. Man må antage, at lignende synspunkter kan lægges til grund ved opløsning af uregistreret partnerskab, men der vides ikke at være afsagt domme i tvister desangående.

Der foreligger formodentlig også mulighed for at gøre anvendelse af regler om ulovmæssigt udbytte, hvor det hedder, at udbytte, som en eller anden har opnået på en andens bekostning uden retsgrundlag, skal leveres tilbage. Disse regler er dog uklare og de er forsvindende omfang blevet anvendt her i Island.

Det kan nævnes, at de, der mener at eje en ejendom i udelt fælleseje, kan kræve, at ejendommen sælges på tvangsauktion i henhold til lov nr. 90/1991 om tvangsauktion, hvis der ikke opnås aftale om disponering af ejendommen og såfremt andre betingelser er opfyldt.

Personer i papirløst samliv er endvidere sikret en særlig retsplejefordel i lov nr. 20/1991, om skifte af dødsboer m.v. I henhold til lovens §100 kan en mand eller en kvinde eller begge sammen, som opløser et papirløst samliv efter at have boet sammen uafbrudt i mindst to år eller boet sammen i kortere tid, hvor de har fået et barn eller kvinden er blevet gjort gravid af manden, kræve offentlig skiftebehandling ved bodeling mellem dem. I henhold til ordlyden gælder bestemmelserne i loven om skifte af dødsboer m.v. ikke personer i uregistreret partnerskab.

Kreditorers retsstilling

Der kan opstå uenighed om ejendomsret mellem personer i samliv, og kreditorers og andres krav på samme ejendomme. Det kan være nødvendigt for en samlever at sikre sig sin ejendomsret ved formel registrering for at beskytte sig mod krav fra kreditorer eller andre, der erhverver ret over ejendommen i god tro.

Der gælder særlige regler om ophævelse af aftaler mellem nærtstående i de tilfælde, hvor personen viser sig ude af stand til at betale sin gæld, hvor det er

muligt at kræve annullering af ældre aftaler end ellers. I henhold til §131 i lov nr. 21/1991 om konkursbehandling kan der kræves annullering af en gave, hvis gaven er blevet overdraget i løbet af de sidste seks måneder før fristdagen. Der kan kræves annullering af en gave til nærtstående i bestemte tilfælde. I lovens §3 er ordet *nærtstående* defineret og det bruges bl.a. om ægtepar og dem, der lever i papirløst samliv, dem, der er beslægtede i lige linie eller første led til siden og dem, der er knyttet sammen ved ægteskab eller papirløst samliv med tilsvarende slægtskab.

Parternes retsstilling ved samlivsfælles død

Der er ingen gensidig arveret mellem samlevende og efterlevende samlivsfælle opnår ikke ret til at sidde i uskiftet bo, sådan som det gælder om efterlevende ægtefælle i ægteskab i henhold til bestemmelser i Arveloven nr. 8/1962. Ved dødsfald må der skelnes mellem hver enkelts ejendom for sig, den efterlevende samlivsfælle får sin ejendom og afdødes arvinger deler dennes ejendom indbyrdes i henhold til bestemmelserne i Arveloven. Uenighed om ejendomsret eller eventuel markedsandel i dannelsen af ejendom må løses på samme måde som ved opløsning af samliv, jævnfør det foregående.

En person kan foranstalte sin ejendom med et testamente i.h.t. §35 i Arveloven til enhver som han ønsker, f.eks. til en samlivsfælle i papirløst samliv eller uregistreret partnerskab. Såfremt den afdøde efterlader lovmæssige arvinger, d.v.s. ægtefælle og/eller efterkommere, har han dog kun tilladelse til at foranstalte $\frac{1}{3}$ af sin ejendom ved et testamente. Hvis han ingen lovmæssige arvinger har, er det ham tilladt at foranstalte al hans ejendom ved testamente.

Man kan sige, at bestemte rettigheder tilkommer den efterlevende samlivsfælle i henhold til enkelte lovbestemmelser, jf. her senere i kapitlet om beskæftigelse. I denne forbindelse kan nævnes lov nr. 33/1997 om Forfatterens biblioteksfond, hvor der findes særlige lovbestemmelser, der gælder om betaling til forfattere og oversættere for afbenyttelse af bøger i biblioteker. Forfattere kan anmode om uddeling fra fonden, og ret til uddeling efter rethaveres død har bl.a. efterlevende ægtefælle og den efterlevende person, der levede sammen med rethaveren, da han døde, for så vidt samlivet har varet mindst fem år. Det kan nævnes, at i.h.t. §31 i lov nr. 73/1972 om ophavsret gælder bestemmelserne i Arveloven om ophavsretten efter en forfatters død. Ophavsretten kan derfor ikke tilkomme samlivsfællen undtagen i henhold til et testamente.

Ligeledes kan nævnes lov nr. 16/1991 om organektomi. I henhold til loven er det, efter at en person er død, tilladt at fjerne organer eller organisk materiale fra vedkommendes krop til brug ved medicinsk behandling af en anden person, såfremt afdødes samtykke foreligger, jf. lovens §2. Hvis et sådant samtykke ikke foreligger, er det tilladt at fjerne organer eller organisk materiale fra en afdød persons krop, hvis hans nærmeste pårørendes samtykke foreligger og det ikke

menes at være i modstrid med den afdødes vilje. Med nærmeste pårørende menes bl.a. ægtefælle eller samlever, men samliv er ikke defineret i loven.

Andre lovregler om samleveres og ægtepars ligeret

Som nævnt i det foregående sidestilles samleveres retsstilling med ægtepars retsstilling mange steder i lovgivningen. Her følger en kort oversigt over de forskellige retsområder, hvor dette er iagttaget i lovgivningen i de seneste år og årtier.

Børn

Med vedtagelse af den nugældende Børnelov, nr. 20/1992, var det især meningen at eliminere forskellen på børns retsstilling efter om forældrene var gifte eller ej. I henhold til den tidligere Børnelov nr. 9/1981, fik børn af samlivsforældre i praksis samme retsstilling som børn af gifte forældre, selvom man dog opretholdt den oldgamle skelnen mellem ægte og uægte børn. Som naturlig fortsættelse af denne udvikling blev begrebene afskaffet ved lov nr. 20/1992. Således gælder de samme faderskabsregler om børn, hvadenten folk er gift eller i papirløst samliv, lov om teknisk befrugtning nr. 55/1996 skelner heller ikke mellem gifte personer og folk i papirløst samliv, såfremt samlivet har varet i mindst tre år, i lov om adoption nr. 130/1999 skelnes der heller ikke mellem folk efter om de er gifte eller lever sammen papirløst og heller ikke i bestemmelserne i Børneværnsloven nr. 58/1992 om plejebørn. I regler om forældremyndighed over børn, forsørgerpligt over for børn og regler om samvær skelnes der heller ikke mellem folks retsstilling efter deres samlivsform i denne henseende.

Beskæftigelse

I henhold til loven om obligatoriske pensionsrettigheder og pensionskassernes virksomhed, nr. 129/1997, har alle lønmodtagere og erhvervsdrivende eller selvstændige erhvervsdrivende ret og pligt at sikre sig pensionsrettigheder ved medlemskab af en pensionskasse fra og med 16 års alderen til det fyldte 70. år. I loven omtales både pensionsopsparing og pensionsrettigheder, der er baseret på kollektiv sikring og der findes bestemmelser om minimumsvilkår.

I henhold til kapitel 2 i loven kan der indgås en særlig aftale om pensionsopsparing. Denne opsparing er tiltænkt en lignende funktion som folke-, invalide- og familiepensionen fra pensionskasser. I lovens §11 hedder det, at hvis en rethaver dør inden pensionsopsparingen til fulde er udbetalt, tilfalder den arvingerne og fordeles mellem dem efter reglerne i Arveloven.

III. kapitel omhandler kollektive pensionsrettigheder i pensionskasser. Med

betaling af præmier til opnåelse af pensionsrettigheder i fælleje erhverver et medlem af pensionskassen sig, sin ægtefælle og efter omstændighederne sine børn, ret til pension, invalidepension og ægtefælle- og børnepension. Ægtefælle er i henhold til loven den, som ved dødsfaldet var i ægteskab med medlemmet af pensionskassen, registreret partnerskab eller papirløst samliv, forsåvidt formuefællesskabet ikke var blevet ophævet for medlemmets død. Med papirløst samliv menes en mands og en kvindes samliv, som har fælles fast bopæl, er sammen, har barn sammen eller at kvinden er gravid eller samlivet har været uafbrudt i mindst. to år, jf. §16 stk. 3. Her menes der derfor ikke efter ordlyden uregistreret partnerskab.

I lovens §14 omtales folkepension. Et medlem af pensionskassen og dennes ægtefælle kan indgå en særlig aftale, der omfatter udbetalinger af folkepension, værdien af folkepensionen eller folkepensionsrettigheder for begge parter og består i en gensidig og lige fordeling af opnåede rettigheder. I §16 omtales ægtefællepension og betingelser for betaling af den.

Retten til pension fra en pensionskasse er afhængig af de regler, der gælder om hver enkelt pensionskasse og det er således den enkelte pensionskasse tilladt at give parter større ret end loven foreskriver. Det er almindeligt at pensionskasser relaterer til samme definition af ægtefælle som lov nr. 129/1997.

Inden for forskellige områder af arbejdsretten, både i gældende love og ligeledes i overenskomster, er ægtefællens retsstilling fastlagt. Tilsyneladende stilles der strengere krav om ægteskab her end mange andre steder. For eksempel opnår en samlivsfælle ikke nogen ret på grundlag af Industriloven nr. 42/1978 eller Lov om løngarantifonden i forbindelse med konkurs nr. 53/1993.

Sociale rettigheder

I henhold §76 stk. 1 i forfatningen, jf. §14 i Forfatningsloven nr. 97/ 1995, skal alle, der har behov, ifølge lov være sikret ret til bistand i forbindelse med sygdom, invaliditet, alderdom, arbejdsløshed, fattigdom og tilsvarende omstændigheder.

Lov om socialforsikring nr. 117/1993 foreskriver nærmere om den anførte ret for personer til bistand, og i.h.t. lovens §1 omfatter den pensions-, ulykkes- og sygesikring. Loven er baseret på det princip, at en persons adgang til offentlige fonde skal være uafhængig af ægteskabelig status, men i loven om socialforsikring tages der dog i nogen grad hensyn til folks familiære status. En person i ægteskab eller samliv menes at have behov for mindre til livets ophold end den, der bor alene, og der kan være saglige argumenter for at gøre nogen forskel på betalinger til personer fra offentlige fonde efter, hvorvidt pågældende er samlever eller ej. Straks med Loven om folkeforsikringer fra 1943 blev der lagt den politik, at folk i papirløst samliv skulle have de samme rettigheder som ægtepar. Det kan nævnes, at dette ikke altid er en fordel for samlever, da forskellige betalinger fra socialforsikringen er lavere til ægtepar end til to personer.

Af §44 i Loven om socialforsikring fremgår det, at samlevere har samme ret til tilskud som ægtepar, såfremt samlivet har været registreret i folkeregistret længere end et år. Den samme ret har en mand og en kvinde, der har et barn sammen eller hvis kvinden er gravid ved hans medvirken, såfremt deres papirløse samliv er registreret i folkeregistret. Loven om socialforsikring gælder ikke personer i uregistreret partnerskab.

Lov om social bistand nr. 118/1993, lov om barsels- og forældreorlov nr. 95/2000 og lov om børnehavers virksomhed nr. 78/1994 ligestiller overalt papirløst samliv med ægteskab.

Skattesager

I Lov nr. 75/1981 om indkomst- og ejendomsskat, er der en lang række bestemmelser om ægtepar. I henhold til §63 i loven har en mand og en kvinde, der bor sammen i papirløst samliv og har fælles fast bopæl, ret til at indgive selvangivelse og blive beskattet som et ægtepar, der bor sammen, hvis de har barn sammen eller kvinden er gravid eller samlivet har været uafbrudt i mindst et år, såfremt de begge skriftligt anmoder skattemyndighederne om det. Samme slags hjemmel findes i §81 for ejendomsskattens vedkommende. Der understreges særskilt i loven, at personer i registreret partnerskab skal indgive selvangivelse og beskattes som ægtepar. Efter ordlyden omfatter loven således ikke personer i uregistreret partnerskab. Der skelnes heller ikke mellem papirløst samliv og ægteskab i bestemmelserne om rentetilskud og børnetilskud.

Anden lovgivning

Mange andre steder findes der enkelte bestemmelser, hvor det understreges, at med ægtefælle menes der både ægtepar og folk i papirløst samliv. Som eksempel herpå kan man nævne lovgivning om boliganliggende og uddannelseslån og bestemmelser i retsplejeloven om habilitet for blot at nævne noget.

Konklusioner

Tilsyneladende er der generelt enighed om, at der om ægteskab skal gælde en særlov, ægteskabet er indgået på formel vis, der er fastlagte rettigheder og forpligtelser i ægteskab i loven og ved opløsning gælder der meget klare regler. Man kan ikke sætte lighedstegn mellem bestemmelser om ægteskab og samliv i lovgivningen, men det er rigtigt og naturligt, at man gør det på bestemte områder i lovgivningen, efter nøje overvejelser. Øget lovgivning i denne retning tyder utvetydigt på, at man på en lang række områder har forsøgt at efterligne ægtepars retsstilling, at sidestille samlevers status med ægteparrets. Utvivlsomt fortsætter den udvikling i de nærmeste år.

Man har hørt det synspunkt, at indgåelsen af et ægteskab bærer præg af en religiøs aftale mellem to personer. Moderne mennesker er ikke parate til at underkaste sig det religiøse ritual som indgåelsen af et ægteskab er. For at gøre ægteskabet mere moderne er det derfor nødvendigt at fjerne dette religiøse præg ved indgåelsen af ægteskabet.

Det, der især vækker spørgsmål er, hvorvidt der er grund til at foretage radikale ændringer i reglerne om folks økonomiske forhold i papirløst samliv i retning af, at de kommer til at ligne dem, der gælder om ægtepar, mest muligt, samt hvorvidt man bør ændre arvereglerne og indføre en slags arveret mellem samlevende.

Jeg mener dog, at man bør holde inde her.

- Folk vælger deres samlivsform frit og ubundne. Jeg er af den opfattelse, at man bør respektere folks ret til at stå uden for den institution som ægteskabet er i manges tanker, og man må stille de krav til folk, at de er bekendte med deres retsstilling, hvadenten de vælger at leve i papirløst samliv eller indgå ægteskab.
- Såfremt personer vælger at leve sammen i papirløst samliv har de mulighed for at forsikre sig endnu bedre og kontraforsikre sig med privatretlige kontrakter indbyrdes, både med hensyn til aftaler om fælleseje i samlivet og hvorledes man skal forholde sig ved opløsning af samlivet og ligeledes med testamente.

Som jeg har nævnt i det foregående er der blevet vedtaget en lov om registreret partnerskab, som sikrer homoseksuelle par samme retsstilling som ægtepar har. Tilsvarende regler findes ikke om to homoseksuelle personers retsstilling, hvis de vælger at leve sammen uden at registrere deres partnerskab. Homoseksuelles papirløse samliv anerkendes derfor ikke i lovgivningen. Her mener jeg, at det eventuelt kan være nødvendigt at rette op på lovgivningen og vedtage en bestemmelse i loven om at sikre denne gruppe den samme retsstilling som to personer af modsat køn, der vælger at leve sammen uden at indgå ægteskab.

Heikki Kanninen

Nationell tillämpning av EG:s konkurrensrätt

Nationell tillämpning av EG:s konkurrensrätt

Av förvaltningsrådet Heikki Kanninen, Finland

De grundläggande konkurrensreglerna som är tillämpliga på företag finns i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. I den förstnämnda artikeln ingår ett så kallat kartellförbud och i den senare ett förbud mot missbruk av dominerande ställning. Artiklarna 81 och 82 kan tillämpas direkt och i det avseendet gäller de direkt såväl enskilda som myndigheter. Detta innebär samtidigt att artiklarna tillämpas av både gemenskapens institutioner och de nationella myndigheterna. Gemenskapsrätten tillåter i och för sig att EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt tillämpas parallellt. På sitt nuvarande stadium kräver EG:s konkurrensrätt en fullständig direkt tillämpning bara när den åberopas i privaträttsliga tvistemål. Däremot förefaller gemenskapsrätten inte förplikta till fullständig direkt tillämpning av artiklarna 81 och 82 när det gäller den offentligrättsliga kontrollen som utövas av de nationella konkurrensmyndigheterna, utan detta regleras och avgörs på nationell nivå.

Kommissionen lade 27.9.2000 fram ett förslag till rådets förordning om genomförandet av EG:s konkurrensregler. Den föreslagna omarbetningen har å ena sidan som mål att överföra en allt större del av tillämpningen och kontrollen av EG:s konkurrensrätt till nationell nivå, men å andra sidan också att främja en enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna och säkerställa kommissionens möjligheter till effektiv övervakning.

Heikki Kanninen är född 1952, blev jur. kand. 1978 och jur. lic. 1988. Han har arbetat vid justitieministeriet med statsförfattningsrätt, förvaltningsrätt och EG-rätt. Han har också varit biträdande kanslichef vid EFTA-domstolen och rättssekreterare vid EG-domstolen. Sedan 1998 är han ledamot i Högsta förvaltningsdomstolen.

1. Regler som omfattas av EG:s konkurrensrätt

Enligt artikel 3.1 punkt g¹ i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen innefattar upprättandet av den gemensamma marknaden en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. I artikel 4.1 EG föreskrivs att den ekonomiska politiken skall bedrivas enligt principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens.

Den fria konkurrensen kan snedvridas genom vissa ageranden av företagen och genom åtgärder som det allmänna vidtar. I syfte att förhindra detta har

¹ Nedan anges artiklarna i fördraget enligt följande modell: artikel 3 EG. Hänvisningarna avser den nya numreringen om inte annat anges.

fördraget försetts med ett särskilt kapitel om konkurrensregler (artiklarna 81–89) som är indelade i ett avsnitt om bestämmelser tillämpliga på företag (artiklarna 81–86) och ett avsnitt om regler som gäller statligt stöd (artiklarna 87–89).

Trots att konkurrensreglerna bildar en särskild helhet kan de inte lösgröras från fördragets övriga bestämmelser. På så sätt garanterar man att reglerna tillämpas utgående från sådana allmänna principer som subsidiaritetsprincipen², lojalitetsprincipen och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet (artiklarna 5, 10 och 12 EG). I samband med konkurrensrätten kan komma att beaktas i förekommande fall också vissa andra målsättningar, som till exempel miljö- och vårdaspekterna (artiklarna 6 och 174 EG). Tillämpningen av gemenskapens konkurrensregler är således inte nödvändigtvis enbart en teknisk lagtillämpning av konkurrensrätten, utan kan innebära att gemenskapsrättsliga krav måste beaktas i ett vidare perspektiv.

De grundläggande reglerna tillämpliga på företag finns i artiklarna 81 och 82 EG. I den förstnämnda artikeln ingår ett så kallat kartellförbud och i den senare ett förbud mot missbruk av en dominerande ställning. För att de båda bestämmelserna skall vara tillämpliga måste de ha en gemenskapsrättslig dimension, d.v.s. att handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas.

Kontrollen av företagsköp regleras i rådets förordning (EEG) 4064/89 om kontroll av företagskoncentrationer (ändrad genom förordning 1310/97), som har givits på grundval av artiklarna 83 (ex 87) och 308 EG (ex 235). En gemenskapsrättslig dimension krävs för att förordningen skall vara tillämplig (artikel 1 i förordningen). Enligt artikel 2.3 förbjuds en företagskoncentration som skapar eller förstärker en sådan dominerande ställning som medför att den effektiva konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av den påtagligt skulle hämmas. Företagsarrangemang kan i vissa fall fortfarande efter det att förordningen har antagits komma att bedömas på grundval av artiklarna 81 och 82 EG.

Artiklarna 83–85 EG kan karakteriseras som formföreskrifter och verkställighetsföreskrifter. Artikel 83 EG innefattar behörighet att anta förordningar och direktiv för att tillämpa de principer som anges i artiklarna 81 och 82. Artiklarna 84 och 85 är övergångsbestämmelser och har ett nära samband med fullmaktsbestämmelsen i artikel 83 EG.

Förordning nummer 17 av år 1962 (nedan kallad ”grundförordningen 17/62”) är den viktigaste förordningen om tillämpning av artiklarna 81 och 82 EG. Det är ytterligare skäl att nämna rådets förordning 3385/94 om form, innehåll och övriga detaljer beträffande ansökningar och anmälningar som fastställts i grundförordningen 17/62 och rådets förordning 2842/98 om hörande av parter i vissa

² Se t.ex. Michel Waelbroeck et Aldo Frignani, *Commentaire J. Megret. Le droit de la CE. 4 Concurrence*, deuxième édition, 1997, s. 32–34.

förfaranden enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. Beaktas skall vidare kommissionens förordningar om gruppundantag (som tillåter undantag från förbudet i artikel 81 EG) och kommissionens meddelanden, som visserligen inte är bindande.

Konkurrensbestämmelserna som riktar sig till medlemsstaterna omfattar artikel 86 EG (tillämpning av konkurrensreglerna på företag som ägs av offentliga samfund och på företag som beviljas särskilda eller exklusiva rättigheter), artikel 87 EG (statligt stöd) och artiklarna 88 och 89 EG (formföreskrifter som gäller artikel 87).

Konkurrensreglerna i EG-fördraget gäller inte kol- och stålindustrin, eftersom det till den delen finns egna bestämmelser i fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen (artiklarna 65 och 66). Däremot är det tydligt att gemenskapens konkurrensregler i princip skall gälla kärnenergiområdet (fördraget om upprättandet av Europeiska atomenergigemenskapen innehåller inte egna konkurrensregler), men det har ingen praktisk betydelse.³ Det skall vidare påpekas att EG-fördraget innehåller vissa undantagsregler för ett antal sektorer. Av dem bör särskilt nämnas jordbruksprodukterna (se artikel 36 EG och rådets förordning nr 26 av år 1962).

Artiklarna 53 och 54 i fördraget om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-fördraget) innehåller bestämmelser som motsvarar artiklarna 81 och 82 EG. EES-fördraget omfattar också bestämmelser om företagskoncentrationer (artikel 57), offentliga företag (artikel 58) och statligt stöd (artiklarna 61 och 62). Protokoll nummer 21 i EES-fördraget innehåller likartade bestämmelser som grundförordningen 17/62 om de befogenheterna som Eftas övervakningsmyndighet förfogar har i enlighet med vad som överenskommits mellan Efta-länderna.

EES-fördraget begränsar i och för sig inte tillämpningen av artiklarna 81 och 82 EG, och därför är förbudet i dessa artiklar giltigt även om ärendet skulle ha en Efta-dimension.⁴ Artiklarna 56 och 57 i EES-fördraget omfattar i gengäld bestämmelser om fördelningen av befogenheter mellan Eftas övervakningsmyndighet och kommissionen.⁵

I det följande begränsas framställningen till de problem som hänger samman med tillämpningen av artiklarna 81 och 82 EG på nationell nivå.

³ Se Lennart Ritter, W. David Braun, Francis Rawlinson, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Second Edition, 2000, s. 6, Michel Waelbroeck et Aldo Frignani, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, 4 Concurrence*, deuxième édition, 1997, s. 51–52, och Bellamy & Child, *Common Market Law of Competition*, fourth edition, edited by Vivien Rose, 1993, s. 884.

⁴ Michel Waelbroeck et Aldo Frignani, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, 4 Concurrence*, deuxième édition, 1997, s. 105.

⁵ Se Sven Norberg, Karin Hökberg, Martin Johansson, Dan Eliasson och Lucien Dedichen, *The European Economic Area. EEA Law, A Commentary on the EEA Agreement*, 1993, s. 261–265.

2. Direkt tillämpning av artiklarna 81 och 82 EG

Artiklarna 81 och 82 EG gäller främst företag, som således måste beakta dessa bestämmelser när de planerar och fattar beslut om sitt konkurrensrättsliga agerande. Artiklarnas effektiva verkan framgår likväl först i det sätt på vilket domstolarna och myndigheterna på begäran av ett företag eller på eget initiativ kan vidta bindande åtgärder med stöd av dem för att förverkliga en sådan situation som artiklarna förutsätter.

Kontrollen av konkurrensreglerna kan indelas i privaträttslig och offentlig-rättslig kontroll. Inom den offentligrättsliga kontrollen bör man dessutom skilja mellan kontroll på gemenskapsnivå och kontroll på nationell nivå.

Den offentligrättsliga kontrollen utövas för det första på gemenskapsnivå av kommissionen, vars beslut kan överklagas hos EG:s förstainstansrätt, och förstainstansrättens beslut vidare hos EG-domstolen. I medlemsstaterna är det de nationella konkurrensmyndigheterna som ansvarar för kontrollen, och deras beslut kan överklagas hos en nationell domstol.

Sanktionen för brott mot konkurrensreglerna kan också vara en straffrättslig påföljd. Då behandlas ärendet i en nationell domstol.

Den privaträttsliga kontrollen förekommer särskilt i den formen att ett företag kan väcka skadeståndstalan eller talan om att ett avtal är ogiltigt eller också fullgörelse- eller fastställsetalan mot ett annat företag med den motiveringen att företaget har brutit mot konkurrensreglerna. Sådana tvister handläggs vanligen av allmänna civildomstolar.

Efter en inledande osäkerhet preciserar grundförordningen 17/62 numera att artiklarna 81 och 82 EG skall tillämpas direkt. Grundförordningen, som i sig är direkt tillämplig också i medlemsstaterna, föreskriver i artikel 1:

”Om inte annat följer av bestämmelserna i artiklarna 6, 7 eller 23 i denna förordning, är sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden som avses i fördragets artikel 85.1 samt sådant missbruk av en dominerande ställning på marknaden som avses i fördragets artikel 86 förbjudna utan att det krävs föregående beslut om detta.”

Artiklarna 81 och 82 kan således tillämpas direkt inom Europeiska gemenskapens område och i det avseendet gäller den direkt såväl enskilda som myndigheter. Detta innebär samtidigt att artiklarna tillämpas av både gemenskapens institutionerna och de nationella myndigheterna. Artikel 9.1 i grundförordningen 17/62 ger emellertid kommissionen exklusiv rätt att tillämpa artikel 81.3.

Några direktiv har överhuvudtaget inte antagits med stöd av artikel 83 EG. Därför stöder sig den nationella tillämpningen av EG:s konkurrensrätt på direkt tillämplig gemenskapsrätt och inte på nationell konkurrensrätt som har harmoniserats genom direktiv.

Artiklarna 81 och 82 är så kallade förbudsregler och tillämpningen av dem förutsätter att process- och påföljdsreglerna måste antas på annat håll. Genom

gemenskapens rättsakter har sådana regler antagits bara för tillämpning på gemenskapsnivå av artiklarna 81 och 82. Det innebär att till den del som dessa artiklar tillämpas på nationell nivå, blir process- och påföljdsregler i den nationella lagstiftningen tillämpliga.

3. Precisering av principen om direkt tillämpning av EG:s konkurrensregler

I artikel 9.3 i förordningen 17/62 finns en bestämmelse om förfarandet i fråga om behörighetsfördelningen mellan kommissionen och medlemsstaternas myndigheter. Denna bestämmelse begränsar indirekt den nationella kompetensen till förmån för kommissionen och innebär överhuvudtaget att den nationella tillämpningen av artiklarna 81 och 82 till en del är villkorlig:

”Så länge kommissionen inte har inlett ett förfarande enligt artiklarna 2, 3 eller 6, är myndigheterna i de berörda medlemsstaterna alltså behöriga att tillämpa fördragets artiklar 85.1 och 86 enligt artikel 88, även om de tidsfrister för anmälan som anges i artiklarna 5.1 och 7.2 inte har löpt ut.”

EG-domstolen har gett ett innehåll åt det ovan nämnda begreppet ”myndigheterna i de berörda medlemsstaterna” i artikel 9.3 i grundförordningen 17/62 som leder till två olika slag av tillämplighet hos de nationella myndigheterna enligt typ av myndighet: myndigheter som direkt tillämpar artiklarna 81 och 82 å ena sidan och myndigheter, vilkas behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 grunder sig på artikel 84 EG (ex 88) på det sätt som preciseras i artikel 9.3 i grundförordningen 17/62.

Artikel 84 EG hänvisar uttryckligen till nationell rätt. Detta kan tala för en sådan tolkning att dessa nationella myndigheter inte är behöriga att tillämpa artiklarna 81 och 82 EG om den nationella rätten inte tillåter det (eller förpliktar till det). Dessa myndigheter är således alltså inte förpliktade direkt enligt EG-rätten att tillämpa artiklarna 81 och 82.

Vilka är då de nationella myndigheter som avses i artikel 9.3 i grundförordningen 17/62 och som har en villkorlig och mera begränsad behörighet (än de nationella myndigheter som direkt kan tillämpa artiklarna 81 och 82) att tillämpa artiklarna 81 och 82?

EG-domstolen har i sin dom av 30.1.1974 i målet BRT vs. Sabam (127/73, REG. s. 51) fastställt att uttrycket ”myndigheter i medlemsstaterna” i grundförordningen 17/62 avser administrativa myndigheter eller domstolar med den särskilda behörigheten att tillämpa den nationella konkurrenslagstiftningen (direkt tillämpning av den) eller att kontrollera att de administrativa myndigheternas tillämpning av konkurrenslagstiftningen är laglig. Därför är dessa myndigheter (som är behöriga att tillämpa EG:s konkurrensrätt med stöd av ex artikel 88)

skyldiga att sluta tillämpa ex artiklarna 85 och 86 när behandlingen av ett motsvarande ärende blivit anhängig i kommissionen.

I sin dom 30.4.1986 i brottmålet mot Lucas Asjes m.fl. (209–213/84, REG. s. 1425) fann EG-domstolen att begreppet brottmålsdomstolar inte omfattar ”myndigheter i medlemsstaterna”.

EG-rätten gör alltså en skillnad mellan å ena sidan de fall där artiklarna 81 eller 82 EG skall tillämpas ”à titre incident” och å andra sidan de fall där det huvudsakliga föremålet för processen är de konkurrensrättsliga påföljderna (”à titre principal”).⁶

Detta innebär att domstolen alltid tillämpar artiklarna 81 och 82 direkt i tvistemål (t.ex. mål som gäller ogiltighet av avtal eller skadestånd) mellan enskilda och i brottmål utan behörighetsgrundande nationella regler.⁷ Däremot beror tillämpningen av EG:s konkurrensregler på nationella regler för de nationella konkurrensmyndigheterna (såsom Bundeskartellamt i Tyskland, Conseil de la concurrence i Frankrike, konkurrensverken i Sverige och Finland) och för domstolar som avgör besvär över myndigheters beslut eller avgör vissa konkurrensrättsliga frågor i första instans (såsom konkurrensrådet i Finland). En sådan domstol, som klassificeras som konkurrensmyndighet i enlighet med grundförordningen 17/62, kan mycket väl vara en domstol som avses i artikel 234 EG och som kan begära förhandsavgörande av EG-domstolen (till exempel dom 16.7.1992 i målet C-67/91, Asociación Española de Banca Privada, REG. s. I-4785, som gällde den spanska konkurrensdomstolen Tribunal de Defensa de la Competencia).

Det finns olikheter i de olika medlemsstaternas lagstiftning och delvis också oklarheter när det gäller frågan om i vilken utsträckning de nationella konkurrensmyndigheterna överhuvudtaget direkt kan stöda sig på artiklarna 81 eller 82 i sina avgöranden.

Det framgår av en översikt som finns publicerad i tidskriften *European Competition Law Review* (Tim Jones, Regulation 17: The Impact of the Current Application of Articles 81 and 82 by National Competition Authorities on the European Commission's Proposals for Reform, Issue 10 – October 2001, p. 405–415) att den nationella lagstiftningen gör det möjligt för konkurrensmyndigheterna att tillämpa artiklarna 81 och 82 EG direkt åtminstone i följande länder: Danmark, Sverige, Frankrike, Portugal, Tyskland, Nederländerna, Belgien, Italien, Spanien och Grekland. Inte ens i alla dessa stater är den rättsliga situationen särskilt klar, och möjligheten att tillämpa EG:s konkurrensregler medför inte alltid rätt att påföra straffavgifter enbart för brott mot dessa regler.

Konkurrensmyndigheterna i Danmark kan tillämpa artiklarna 81 och 82 med stöd av en uttrycklig bestämmelse. Konkurrensmyndigheten kan likväl inte själv

⁶ Se C.S. Kerse, E.C. Antitrust Procedure, Third edition, 1994, s. 359–360.

⁷ Se dom 20.9.2001 i målet C-453/99, *Courage*.

påföra straffavgifter för brott mot dessa bestämmelser (och inte heller mot de nationella konkurrensreglerna), utan ärendet måste anhängiggöras som brottmål.

Konkurrensverket i Sverige kan tillämpa artiklarna 81 och 82 med stöd av en uttrycklig bestämmelse, men straffavgifter påförs av Stockholms tingsrätt i första instans. Dess beslut kan överklagas hos Marknadsdomstolen.

I Finlands lagstiftning ingår inga bestämmelser om tillämpningen av EG:s konkurrensregler i konkurrensverket och konkurrensrådet. Det är klart att åtminstone enligt lagen om konkurrensbegränsningar kan en påföljdsavgift bestämmas endast för brott mot en nationell konkurrensregel. Avgiften påförs av konkurrensrådet på framställning av konkurrensverket. I praktiken har konkurrensverket uppenbarligen förhållit sig avvisande till tillämpningen av artiklarna 81 och 82 EG överhuvudtaget. Konkurrensrådets inställning förefaller inte lika principiellt avvisande i andra sammanhang än när det gäller att bestämma påföljdsavgiften.

Förutom att de ovannämnda konkurrensmyndigheternas behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 EG är villkorlig är deras behörighet också beroende av om kommissionen själv har börjat undersöka samma sak (artikel 9.3 i grundförordningen 17/62).

Kommissionen har gett ett meddelande om samarbete mellan kommissionen och de nationella domstolarna (EG:s officiella tidning nr C 39, 13.2.1993, s. 2) och likaså ett meddelande om samarbete mellan kommissionen och medlemsstaternas konkurrensmyndigheter (EG:s officiella tidning nr C 313, 15.10.1997, s. 3). Meddelandena gäller uttryckligen situationer där EG:s konkurrensbestämmelser tillämpas av en nationell domstol eller annan myndighet.

Bland de senare avgörandena av EG-domstolen är domen 14.12.2000 i målet C-344/98, Masterfoods Ltd synnerligen belysande. Av den framgår samtidigt såväl de problem som kan uppstå då EG:s konkurrensbestämmelser tillämpas samtidigt av den nationella domstolen och av kommissionen som det förfarande som tillämpas för att undvika motstridiga avgöranden.

Målet gällde en fråga om konkurrensbegränsning i Irland. Handläggningen inleddes i en irländsk domstol som ett tvistemål mellan Masterfoods Ltd och HB Ice Cream Ltd med yrkande om att en avtalsklausul skulle förklaras ogiltig enligt intern rätt och enligt artiklarna 81 och 82 EG. Domstolen ogillade Masterfoods talan. Bolaget överklagade emellertid domen till Irlands högsta domstol. Masterfoods hade också anhängiggjort frågan hos kommissionen vars beslut var positivt (och stod således i strid med den irländska förstainstansrättens bedömning). Motparten HB Ice Cream sökte ändring i kommissionens beslut hos EG:s förstainstansrätt. Under dessa omständigheter begärde högsta domstolen i Irland ett förhandsavgörande av EG-domstolen om det processuella förfarandet i målet. EG-domstolen uttalade bland annat följande (punkterna 51, 52, 54, 55 och 57 i domen):

51 (...) De nationella domstolarna skall, när de träffar avgöranden om avtal och förfaranden som senare kan bli föremål för beslut av kommissionen, undvika att träffa avgöranden som står i strid med ett beslut som kommissionen ämnar fatta med tillämpning av artiklarna 85.1, 85.3 och 86 i fördraget, för att inte åsidosätta rättssäkerhetsprincipen.

52 När en nationell domstol träffar avgörande om ett avtal eller förfarande som redan varit föremål för ett beslut av kommissionen kan den a fortiori inte träffa ett avgörande som står i strid med kommissionens beslut, även om det senare strider mot ett avgörande av en nationell domstol i första instans.

54 När en nationell domstol hyser tvivel beträffande giltigheten eller tolkningen av en rättsakt från en av gemenskapens institutioner, kan eller skall den i enlighet med artikel 177 andra och tredje styckena i fördraget begära att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande.

55 Om den person som beslutet riktar sig till, likt parterna i målet vid den nationella domstolen, har väckt talan om ogiltigförklaring mot beslutet inom den tidsfrist som föreskrivs i artikel 173 femte stycket i fördraget, ankommer det på den nationella domstolen att bedöma om den skall vilandeförklara målet till dess nämnda talan om ogiltigförklaring definitivt avgjorts eller för att begära ett förhandsavgörande av domstolen.

57 När lösningen på den tvist som är anhängiggjord vid den nationella domstolen är beroende av huruvida kommissionens beslut är giltigt, följer det av skyldigheten till lojalt samarbete att den nationella domstolen, för att undvika att träffa ett avgörande som står i strid med kommissionens beslut, bör förklara målet vilande till dess gemenskapsdomstolarna definitivt avgjort talan om ogiltigförklaring, såvida inte den nationella domstolen med anledning av omständigheterna i målet anser det motiverat att begära ett förhandsavgörande av domstolen beträffande giltigheten av kommissionens beslut.

4. Nationella konkurrensregler vid sidan om EG:s konkurrensregler

Ett typiskt drag i EG:s rättssystem är att det också finns nationella regler inom sådana områden som regleras av gemenskapsrätten. Dessa nationella bestämmelser reglerar antingen frågor som står utanför EG-rätten eller också utgör de tillämpningsföreskrifter eller kompletterande föreskrifter.

I sig är den parallella existensen av gemenskapsrättsliga och nationella konkurrensregler således inte någon ovanlig omständighet inom gemenskapsrättens tillämpningsområde. Det som är speciellt är deras överlappande och – i viss mening – motstridiga karaktär. Tillämpningen av dessa regler parallellt eller så att de kompletterar eller utesluter varandra baserar sig på invecklad reglering och praxis.

Syftet med artikel 83.2 punkt e har varit att rådet skall anta bestämmelser om förhållandet mellan å ena sidan nationella föreskrifter och å den andra sidan artiklarna 81 och 82 EG samt föreskrifter som antagits med stöd av artikel 83 EG. Sådana allmänna bestämmelser har inte givits. Därför har frågan lämnats

beroende på rättspraxis och vidare på förfaranden som kommissionen har tillämpat och rekommenderat beträffande samarbetet mellan kommissionen och de nationella myndigheterna.

Å andra sidan framgår det särskilt av artikel 83 EG att gemenskapens konkurrensregler inte var avsedda att utesluta nationella konkurrensbestämmelser. Frågan gällde ursprungligen det hur behörigheten skall avgränsas och hur en möjlig parallell tillämpning kan genomföras.

Artiklarna 81 och 82 EG kan endast tillämpas när en konkurrensbegränsning har en gemenskapsdimension, d.v.s. när begränsningen "kan påverka handeln mellan medlemsstaterna". Detta innebär att om en sådan påverkan inte föreligger, är artikel 81 eller 82 inte tillämplig. Då det inte har funnits anledning att sluta sig till att en rent nationell konkurrensbegränsning inte skulle kunna förbjudas genom nationell lagstiftning, har det varit klart att gemenskapsrätten har lämnat rum för den nationella konkurrensrätten.

Alla medlemsstater i unionen har sin egen konkurrenslagstiftning, som likväl delvis har harmoniserats på grund av gemenskapsrättens faktiska verkningar.

Kommissionen kan inte tillämpa nationell konkurrensrätt. Däremot är såväl EG:s konkurrensrätt (med ovannämnda begränsningar) som den nationella konkurrensrätten direkt tillämpliga på nationell nivå. Detta har lett till problem på konkurrensrättens område när det gäller att avgöra vilket förfarande som skall tillämpas i en situation där både den nationella konkurrensrätten och EG:s konkurrensrätt förefaller att vara tillämpliga och kan leda till motstridiga avgöranden.

5. Problemet med tillämpning av två konkurrensrättsliga regleringar

Ett alternativt sätt att lösa problemet med två konkurrensrättsliga regleringar (EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt) skulle ha varit att anse att eftersom konkurrensbegränsningen i fråga omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 81 eller 82 EG, skulle det automatiskt ha inneburit att de nationella konkurrensreglerna utesluts (så är fallet när det gäller kontroll av företagsköp; artikel 22 i förordning 4064/89). En sådan reglering skulle ha gett klart lägre prioritet åt de nationella konkurrensreglerna, vilket å andra sidan säkerligen skulle ha krävt en mer omfattande skyldighet att tillämpa EG:s konkurrensregler för de nationella konkurrensmyndigheterna.

I EG-domstolens rättspraxis (dom 13.2.1969 i mål 14/68, *Walt Wilhelm*, REG. s. 1 och den kompletterande domen 10.7.1980 i de förenade målen 253/78 och 1-3/79, *Guerlain*, REG. s. 2327) har den så kallade kumulativa teorin omfattats.⁸ Teorin går ut på att göra det möjligt att tillämpa nationell konkurrensrätt och EG:s

⁸ Michel Waelbroeck et Aldo Frignani, *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, 4 Concurrence, deuxième édition*, 1997, s. 113-115.

konkurrensrätt parallellt så långt det är genomförbart. Denna princip är också en logisk följd av att EG:s konkurrensrätt inte under alla omständigheter helt ersatt den nationella konkurrensrätten och att de nationella konkurrensmyndigheternas behörighet att tillämpa EG:s konkurrensrätt fortfarande är beroende av den nationella lagstiftningen.

En kumulativ tillämpning bygger också på gemenskapsrättens företräde: tillämpningen av nationella konkurrensregler får inte äventyra en enhetlig tillämpning av EG:s konkurrensregler eller den fulla verkan av de rättsakter som antagits med tillämpning av dessa regler. I sin dom i målet *Walt Wilhelm* har EG-domstolen uttalat bland annat följande (punkt 9):

”Följaktligen och, så länge som det inte föreskrivs något annat i en förordning som antagits med stöd av artikel 87.2 e i fördraget, kan de nationella myndigheterna ingripa mot konkurrensbegränsande samverkan med tillämpning av respektive stats nationella lag även då det pågår en prövning vid kommissionen om den rättsliga ställning som denna samverkan har i förhållande till de gemenskapsrättsliga reglerna. Denna tillämpning av nationell rätt får dock endast ske med det förbehållet att den inte får skada en fullständig och enhetlig tillämpning av gemenskapsrätten samt verkan av de rättsakter som antagits för att genomföra denna.”

Trots att avgörandet i målet *Walt Wilhelm* till sitt principiella innehåll är okomplicerat, kan det vara svårt att tillämpa i praktiken. Likafullt är det klart att en konkurrensbegränsning som är tillåten enligt nationell konkurrensrätt inte kan sätta ur spel ett förbud som följer av gemenskapsrätten. Men även om samma verksamhet också skulle vara förbjuden med stöd av gemenskapsrätten, kan de nationella myndigheterna vidta åtgärder med stöd av nationell rätt. Frågan om i vilken utsträckning en sanktion som kommissionen har påfört skall beaktas, avgörs enligt nationell rätt. Likaså kan sådan verksamhet som inte berörs av gemenskapsrätten förbjudas i nationell lagstiftning och sanktioneras av de nationella myndigheterna. Däremot kan det uppstå praktiska problem i synnerhet när de nationella myndigheterna vill ingripa i en verksamhet som omfattas eller kan komma att omfattas av ett undantag enligt artikel 81.3 EG.

En effektiv tillämpning av EG:s konkurrensbestämmelser innebär därför att det uttryckligen är de nationella myndigheterna som skall se till att tillämpningen av den nationella konkurrensrätten inte står i strid med en effektiv tillämpning av gemenskapsrätten. I det här syftet kan de vid behov vända sig till kommissionen för att få upplysningar.⁹

⁹ Se C.S. Kerse, E.C. Antitrust Procedure. Third edition, 1994, s. 388.

6. Medlemsstaternas processregler och den tvingande karaktären av EG:s konkurrensrätt

Gemenskapens rättsregler är till sin karaktär i allmänhet sådana att de skall beaktas ex officio av de nationella myndigheterna. Nationella processrättsliga regler kan likväl försvåra tillämpningen av den här allmänna principen särskilt i domstolstvister. I domen 14.12.1995 i de förenade målen C-430/93 och C-431/93, van Schijndel och van Veen (REG. s. I-4705) uttalade EG-domstolen som utgångspunkt att:

13 Det skall påpekas att de konkurrensbestämmelser till vilka den nationella domstolen har hänvisat (bland annat artiklarna 85 ja 86 i EEG-fördraget) är tvingande bestämmelser som är direkt tillämpliga inom den nationella rättsordningen. Då domstolarna enligt nationell rätt ex officio skall komplettera rättsliga grunder som stöds av en intern bestämmelse av tvingande beskaffenhet som inte har framförts av parterna, föreligger en sådan skyldighet även då det är fråga om tvingande gemenskapsbestämmelser (se bland annat dom av den 16 december 1976, Rewe, 33/76, Rec. s. 1989, punkt 5).

14 Detsamma gäller då nationell rätt ger domstolen möjlighet att ex officio tillämpa den tvingande rättsregeln. Det åligger de nationella domstolarna i enlighet med den samarbetsprincip som fastställs i artikel 5 i fördraget att säkerställa de enskildas rättsskydd som följer av den direkta effekten som bestämmelserna i gemenskapsrätten har (se bland annat dom av den 19 juni 1990, Factortame m.fl, C- 213/89, Rec. s. I-2433, punkt 19).

Trots detta förklarade EG-domstolen om verkningarna av ett nationellt processuellt system att:

22 (...) De nationella domstolarna i gemenskapsrätten inte åläggs att ex officio komplettera med en grund som är hänförlig till det förhållandet att gemenskapsrättsliga bestämmelser har överträtts, då prövningen av denna grund tvingar dem att åsidosätta den princip om passivitet som det åligger dem att beakta, genom att gå utöver tvistens ramar så som dessa har angivits av parterna och genom att basera sig på andra fakta och omständigheter än de på vilka den part som har intresse av att nämnda bestämmelser tillämpas har grundat sitt yrkande.

Domen 1.6.1999 i målet C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd (REG. s. I-3055) kan ses som ett slags skärpning särskilt när det gäller att på myndighetens eget initiativ beakta artikel 81 EG. Målet gällde möjligheten att överklaga en dom, som har meddelats under skiljedomsförfarande, genom att åberopa åsidosättande av artikel 81 EG som stöd för överklagandet.

EG-domstolen ansåg i det här målet att i den mån en nationell domstol enligt interna processuella regler skall bifalla ett yrkande om ogiltigförklaring av en skiljedom på grund av nationella regler som hänför sig till grunderna för rättsordningen, skall den även bifalla ett sådant yrkande som grundas på att förbudet i

artikel 85 i fördraget (nu artikel 81 EG) har åsidosatts. För det första är denna artikel en grundläggande bestämmelse som är oundgänglig för att de uppgifter som gemenskapen har anförtrots skall kunna utföras och, i synnerhet, för att den inre marknaden skall kunna fungera. För det andra kräver gemenskapsrätten att frågor som avser tolkningen av det förbud som stadgas i artikeln kan prövas av nationell domstol som skall avgöra skiljedoms giltighet och att de i förekommande fall kan bli föremål för begäran om förhandsavgörande.

Å andra sidan har EG-domstolen inte heller i detta mål frångått den allmänna principen enligt vilken gemenskapsrätten inte ålägger en nationell domstol att avstå från att tillämpa interna processuella bestämmelser, enligt vilka en skiljedomstols mellandom som är av samma art som en slutlig dom som inte har varit föremål för talan om ogiltigförklaring inom den föreskrivna fristen får laga kraft och inte kan ifrågasättas genom en senare skiljedom, ens om ett avtal som i skiljedomstolens mellandom förklarats vara giltigt icke desto mindre är ogiltigt med hänsyn till artikel 85 i fördraget (nu artikel 81 EG), då fristen för överklagande inte gör det orimligt svårt eller i praktiken omöjligt att utöva de rättigheter som tillerkänns genom gemenskapens rättsordning.

7. Sammanfattning av nuläget och dess problem

De kraven som gemenskapsrätten ställer på tillämpningen av EG:s konkurrensrätt på nationell nivå är relativt svåröverskådliga och mångskiftande. Gemenskapsrätten tillåter i och för sig att EG:s konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt tillämpas parallellt, egentligen med det enda förbehållet att tillämpningen av nationell rätt inte får leda till att gemenskapsrätten blir verkningslös. Denna allmänna princip lämnar öppet spelrum i många fall av praktisk tillämpning.

På sitt nuvarande stadium kräver EG:s konkurrensrätt en fullständig direkt tillämpning bara när den åberopas i privaträttsliga tvistemål. Syftet med detta är att säkerställa det rättsskydd för enskilda som följer av gemenskapens konkurrensrätt.

Däremot förefaller gemenskapsrätten inte förplikta till direkt tillämpning av artiklarna 81 och 82 EG när det gäller den offentlighetsliga kontrollen av konkurrensrätten som utövas av de nationella konkurrensmyndigheterna, utan detta regleras och avgörs på nationell nivå. En följd av detta är tydligen att tillämpningen av nationell rätt har klart företräde vid den offentlighetsliga kontrollen. Situationen varierar dessutom i de olika medlemsstaterna. Å andra sidan blir frågan mindre betydelsefull i och med att de nationella konkurrensbestämmelserna till sina huvudsakliga principer sammanfaller med gemenskapens konkurrensrätt. Detta har samtidigt inneburit att EG:s konkurrensrätt har en avsevärd effekt i tolkningshänseende vid tillämpningen av nationell konkurrensrätt.

Med hänsyn till det som nämnts ovan är bland annat följande frågor intressanta diskussionsämnen:

- hur har tillämpningen av EG:s konkurrensrätt hos de nationella konkurrensmyndigheterna genomförts i olika länder
- i hur stor utsträckning tillämpas EG:s konkurrensrätt de facto
- förekommer det konkurrensrättsliga skadestånds- och andra privaträttsliga tvistemål företag emellan, eller är kontrollen av hur konkurrensrätten genomförs koncentrerad till konkurrensmyndigheterna
- i hur stor utsträckning står konkurrensmyndigheterna och domstolarna i kontakt med kommissionen i konkurrensärenden.

8. Kommissionens förslag till omarbetning av konkurrensförordningen

Den 27.9.2000 lade kommissionen fram ett förslag till rådets förordning om genomförandet av EG:s konkurrensregler ("Förordning om tillämpning av artiklarna 81 och 82 i fördraget").¹⁰ Avsikten är att den nya förordningen skall ersätta grundförordningen 17/62. Bakom den nya förordningen ligger en vitbok från april 1999. Beredningen av förslaget till den nya förordningen är fortfarande under arbete och förordningen träder troligen inte i kraft förrän år 2003.

Den föreslagna omarbetningen har å ena sidan som mål att överföra en allt större del av tillämpningen och kontrollen av EG:s konkurrensrätt till nationell nivå, men å andra sidan också att främja en enhetlig tillämpning av lagstiftningen och säkerställa kommissionens möjligheter till effektiv övervakning.

Enligt det nya systemet är konkurrensbegränsande samverkan, som är förbjuden enligt artikel 81.1 men uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget, laglig från början utan att det är nödvändigt att först fatta ett beslut om saken. På samma sätt skulle konkurrensbegränsande samverkan vara olaglig så snart den inte uppfyller villkoren i artikel 81.3. I detta sammanhang skulle det centraliserade systemet för godkännande med förhandsanmälan avskaffas och artikel 81 skulle tillämpas i sin helhet på samma sätt som artikel 82 om missbruk av dominerande ställning tillämpas för närvarande.

Förslaget skulle innebära att företagen inte längre har samma skyldighet som nu att anmäla sina konkurrensbegränsande avtal till kommissionen. Å andra sidan skulle företagen inte få undantag eller icke-ingripandebesked som de får enligt det nuvarande systemet. Företagen skulle således inte heller få immunitet från böter för den händelse att ett avtal skulle konstateras begränsa konkurrensen.

Enligt kommissionens förslag skall endast gemenskapens konkurrensregler tillämpas också på nationell nivå i sådana fall där en konkurrensbegränsning påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

¹⁰ COM(2000) 582 slutligt.

Enligt förslaget skall kommissionens exklusiva behörighet att tillämpa artikel 81.3 i fördraget avskaffas och också medlemsstaternas konkurrensmyndigheter och domstolar skulle ha rätt och skyldighet att tillämpa både artikel 81 och artikel 82 i sin helhet.

Kommissionens förslag omfattar inte en harmonisering av de nationella sanktionssystemen. Nationella processregler och nationella sanktioner skulle tillämpas i fråga om ärenden som enligt gemenskapens konkurrensrätt skall avgöras av medlemsstaternas konkurrensmyndigheter.

Avsikten torde vara att underlätta (och öka) handläggningen av konkurrensärenden i nationella domstolar, d.v.s. att utvidga kontrollen av respekten för konkurrensbestämmelserna att omfatta ärenden som gäller skadestånd och ogiltighet av avtal. Med nationella domstolar avser förslaget uppenbarligen nationella civildomstolar som avgör tvistemål mellan parter och vilkas avgöranden endast binder parterna i tvisten.

Såväl nationella domstolar som konkurrensmyndigheter skall vara skyldiga att med alla medel vinnlägga sig om att inte gå emot ett kommissionsbeslut.

För att säkerställa en enhetlig tillämpning av gemenskapens konkurrensregler och en effektiv fördelning av ärenden har en omfattande informationsskyldighet för medlemsstaternas konkurrensmyndigheter införts i förslaget. Konkurrensmyndigheterna skall underrätta kommissionen när de tar upp till behandling ett ärende som gäller tillämpning av gemenskapens konkurrensregler. De skall också tillställa kommissionen ett utkast till beslut i ärendet en månad innan beslutet skall fattas. Likaså kan kommissionen när som helst inleda en utredning i ett ärende som konkurrensmyndigheterna i en medlemsstat behandlar. Då fräntas medlemsstatens konkurrensmyndigheter sin behörighet att tillämpa artiklarna 81 och 82 i ärendet.

De nationella domstolarna skall enligt förslaget tillställa kommissionen kopior av sina avgöranden där de tillämpar gemenskapens konkurrensregler. Kommissionen skall ha rätt att delta i handläggningen av ärenden i de nationella domstolarna genom att yttra sig muntligen och skriftligen i saken.

Det är tydligt att förslaget till förordningen allmänt ses som en märkbar förbättring i jämförelse med kommissionens vitbok. Men det finns fortfarande problematiska punkter i förslaget, även om det till sina huvudprinciper ser ut att till ganska stor del redan ha blivit godkänt. Vissa sådana problem som har kommit upp åtminstone i Finland kan framhållas här:

- En exaktare reglering av gränsdragningen mellan tillämpning av den nationella konkurrensrätten och EG:s konkurrensrätt.
- Fördelningen av ärenden mellan kommissionen och de nationella konkurrensmyndigheterna.
- Företagens processuella rättigheter och rättssäkerhet (här ingår också bestämmelserna om husrannsakan).

- Kommissionens behörighet att utöva tillsyn gentemot nationella myndigheter.
- Frågan om vad som avses med begreppet "domstol" i förslaget, d.v.s. är det enbart civildomstolar som avses. I detta ingår frågan om domstolarnas oavhängighet i förhållande till kommissionens behörighet.

Jens Kristiansen

Gennemførelse af EU's arbejdsret
– kollektive aftaler eller lovgivning?

Gennemførelse af EU's arbejdsret – kollektive aftaler eller lovgivning?

Af professor, dr. jur. Jens Kristiansen, Danmark

Artiklen behandler gennemførelsen af arbejdsretlige direktiver ved anvendelse af lovgivning og overenskomster med vægt på fem hovedsynspunkter. Det første er, at det følger af gældende EU-ret, at direktiver skal være forankrede i lovgivning, også ved gennemførelse efter den arbejdsmarkedsspecifikke traktatbestemmelse i art. 137. Det andet er, at de formelle krav til gennemførelse kan virke formalistiske, men at det næppe vil være foreneligt med EU-arbejdsrettens idegrundlag at opbløde kravene, således at direktiver udelukkende kan gennemføres ved kollektive overenskomster, forudsat de dækker den overvejende del af lønmodtagerne. Det tredje er, at der kan være perspektiv i en yderligere styrkelse af aftaleelementet i EU's egen regelproces, men at det stadig er tvivlsomt, om organisationerne på begge sider reelt er interesseret i at påtage sig et vidererækkende ansvar på dette område. Det fjerde er, at EU-retten i alle tilfælde forstærker en igangværende udvikling i de nordiske lande i retning af en kombineret lov- og aftalemodel, og at der på denne baggrund kan være grund til at foretage mere strategiske overvejelser om den nationale implementering, herunder en større anvendelse af almen gyldige overenskomster. Det femte er, at de nordiske lande næppe formelt kan samarbejde om de europæiske udfordringer, men at EU-retten formentlig alligevel vil bevæge landene i retning af en mere ensartet "nordisk model".

Jens Kristiansen er født i 1962, blev cand. jur. i 1986 i København, og har arbejdet i Justitsministeriet fra 1986–88, på advokatkontorer fra 1988–1991 og har siden 1991 været ansat ved Det Juridiske Fakultet ved Københavns Universitet, fra 1999 som professor i arbejdsret. Han har bl.a. skrevet doktorafhandling (1997) om Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret, og har derudover skrevet en række bøger og artikler indenfor det arbejdsretlige område, herunder vedrørende EU-arbejdsretlige emner.

1 Indledning

Gennemførelse af EU-direktiver er et emne, der løbende har været drøftet på de nordiske juristmøder. Ved det seneste møde i 1999 var der således en session om de almene krav til gennemførelse af EU-direktiver. Diskussionen drejede sig blandt andet om fordele og ulemper ved at benytte henholdsvis afskrivning og omskrivning af direktiver ved den nationale gennemførelsesproces (NJM 1999, bd. 1, s. 796ff).

Gennemførelse af arbejdsretlige direktiver giver anledning til de samme generelle overvejelser som på andre retsområder. Gennemførelsen er imidlertid af mere kompliceret karakter, da direktiverne skal indpasses i et retssystem med en

særegen retskildestruktur. EU-retten påvirker den delikate balance mellem kollektive overenskomster (organisationerne) og lovgivning (staten).

I Danmark har gennemførelse af EU-direktiver været det altoverskyggende arbejdsretlige diskussionsemne i 1990'erne. Det var også et af de centrale emner i den finske og svenske debat i forbindelse med tilslutningen til henholdsvis EØS-samarbejdet og EU. I Norge synes diskussionen at have været af mere behersket karakter.

Spørgsmålet om EU-rettens påvirkninger indtog en central rolle i forbindelse med den generelle diskussion om regulering af arbejdsretten gennem lov eller kollektiv aftale på juristmødet i 1993. Udfordringerne fra EU blev fremhævet som et af de centrale forhold der kunne ændre mere grundlæggende ved den traditionelle balance mellem lov og overenskomst (NJM, bd. 1, s. 207ff og bd. 2, s. 665ff).

Der er sket en hel del på den arbejdsretlige front siden mødet i 1993. Det arbejdsretlige område har udviklet sig betydeligt på EU-plan: Maastrichttraktaten udvidede EU's kompetence betydeligt, og det har sat sig tydelige spor i form af en række nye direktiver. Flere af direktiverne er vedtaget efter den nye forhandlings- og aftaleprocedure og gennemfører i realiteten blot en rammeaftale mellem arbejdsmarkedets parter på europæisk plan. Den arbejdsmarkedsspecifikke implementeringsbestemmelse i art. 137 er ydermere afprøvet i praksis via Danmark's sag med EU-Kommissionen om gennemførelse af arbejdstidsdirektivet fra 1993.

I det følgende behandler jeg først de EU-retlige rammer for den nationale gennemførelse af arbejdsretlige direktiver. Derefter følger en diskussion af de forskellige regelstrategier, som gør sig gældende på EU-plan, især de to modsatrettede strategier om henholdsvis fælleseuropæiske mindstestandarder og autonome aftaleforhandlinger (social dialog). I fortsættelse heraf behandles de forskellige strategier for national gennemførelse af EU-regler med fremhævelse af tre forskellige hovedmodeller. Der rundes af med nogle overvejelser om de nordiske perspektiver af EU's fremvoksende arbejdsret.

2 Den retlige ramme for gennemførelse af arbejdsretlige direktiver

2.1 Den generelle implementeringsregel i art. 249

EU-direktiver retter sig formelt til staterne, men det fremgår ikke udtrykkeligt af traktaten, hvilke forpligtelser staterne har med hensyn til gennemførelse af direktiver. Ifølge den generelle regel i Nicetraktatens art. 249 – der er identisk med den tidligere art. 189 – er medlemsstaten forpligtet til at opnå direktivets mål, men vælger selv form og midler. Medlemsstaten har med andre ord pligt til at foretage en effektiv gennemførelse, men vælger selv metoden.

Bestemmelsen kunne umiddelbart antyde et forholdsvis vidt spillerum for valg

af implementeringskilder. EF-Domstolen har imidlertid via en række generelle principper lagt gennemførelsen af EU-direktiver i ret faste rammer. I en dom fra 1991 (Sml. 1991 I-2607, sag 59/89) udtrykker Domstolen det således:

”Først bemærkes, at den omstændighed, at en praksis er i overensstemmelse med de krav om beskyttelse, der følger af et direktiv, ikke kan begrunde en undladelse af at gennemføre dette direktiv i national ret, der kan skabe en retstilstand med den fornødne bestemtthed, klarhed og forståelighed, hvorved den enkelte har mulighed for at kende sine rettigheder og pligter. Som fastslået af Domstolen (...) skal medlemsstaterne for at sikre, at direktiverne retligt og ikke blot faktisk anvendes fuldt ud, skabe en præcis lovramme på det område, der er tale om.”

For ikke mindst de nordiske lande er det et vigtigt spørgsmål, om kollektive overenskomster kan anvendes som implementeringskilde på arbejdsrettens område. Spørgsmålet blev forelagt EF-Domstolen første gang i den danske sag om gennemførelse af ligelønsdirektivet, og for alvor sat på spidsen i den italienske sag om gennemførelse af direktivet om virksomhedsoverdragelse. Her var der tale om et direktiv som for en dels vedkommende alene var gennemført i form af kollektive overenskomster.

Generaladvokaten var generelt skeptisk, idet et ”direktiv kan under ingen omstændigheder gennemføres ved hjælp af kollektive overenskomster, medmindre disse i henhold til loven har gyldighed som lov.” En kollektiv overenskomst er ikke et ”middel” til gennemførelse af et direktiv som foreskrevet i art. 189 og er heller ikke omfattet af ”administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser” i gennemførelsesbestemmelsen i direktivets art. 8. EF-domstolen var mere imødekommende overfor synspunktet om overenskomsters anvendelighed (Sml. 1986, s. 2291, sag 235/84):

”Til det anførte bemærkes, at selv om medlemsstaterne – som fastslået af Domstolen i dommen af 30. Januar 1985 (Kommissionen mod Danmark, 143/83, Sml. 1985, s. 427) – utvivlsomt kan overlade det til arbejdsmarkedets parter at gennemføre de socialpolitiske mål, som et direktiv opstiller på dette område, så fritager denne mulighed imidlertid ikke medlemsstaterne fra forpligtelsen til at sikre, at alle Fællesskabets arbejdstagere i fuld udstrækning kan nyde godt af direktivets beskyttelse. En sådan statslig sikring skal ydes i ethvert tilfælde, hvor en effektiv beskyttelse ikke er sikret på anden måde.”

Der er således ikke tvivl om, at kollektive overenskomster kan indgå som led i en gennemførelse af et EU-direktiv. Den kollektive overenskomst er i den forstand et middel i art. 249's forstand, men der skal iværksættes ”statslig sikring” i alle tilfælde, hvor arbejdsmarkedets parter ikke selv fuldt ud kan opfylde direktivets målsætninger. EF-domstolen udtalte på linie hermed følgende om den konkrete implementering:

”Det fremgår af den italienske regerings egne forklaringer, at kun nogle kollektive overenskomster indeholder bestemmelser om procedurer for underretning og konsultation af repræsentanterne for arbejdstagere, der berøres af en virksomhedsoverførsel. Uanset hvor udbredte og betydningsfulde disse overenskomster måtte være, omfatter de kun visse økonomiske sektorer og skaber ved deres aftaleretlige karakter kun forpligtelser i forholdet mellem de arbejdstagere, der er medlemmer af den pågældende fagforening, og de arbejdsgivere eller virksomheder, der er bundet af aftalerne.”

Navnlig præmissen om de kollektive overenskomsters ”aftaleretlige karakter” er vigtig. Kollektive overenskomster skaber i almindelighed kun retsvirkninger mellem overenskomstparterne og medlemmerne. Udenforstående arbejdsgivere og lønmodtagere berøres principielt ikke af reglerne i overenskomsterne. En gennemførelse af et direktiv, der tager sigte på at fastlægge mindsteregler for alle lønmodtagere, kræver dermed i praksis anvendelse af lovgivning for at sikre direktivets mål opfyldt.

2.2 Den specifikke arbejdsmarkedsbestemmelse i art. 137

EF-domstolens praksis fra 1980’erne mødte kritik fra både medlemsstater og organisationer. Kritikken har sat sig spor i EU’s retsgrundlag og spørgsmålet er, om Domstolens praksis stadig giver et dækkende billede af de formelle krav til gennemførelse af arbejdsretlige direktiver.

I art. 9 i direktivet om skriftligt ansættelsesbevis (91/533/EØF) anføres det, at medlemsstaterne skal vedtage ”de nødvendige love og administrative bestemmelser” eller sikre sig, ”at arbejdsmarkedets parter gennem overenskomster fastsætter de nødvendige bestemmelser, idet medlemsstaterne skal træffe alle nødvendige foranstaltninger, for at de til enhver tid kan garantere de med dette direktiv tilstræbte resultater.” En tilsvarende bestemmelse blev optaget som generel regel i art. 2, stk. 4, i den særlige aftale som medlemsstaterne med undtagelse af Storbritannien indgik i forbindelse med Maastrichttraktaten (protokol 14 om social- og arbejdsmarkedspolitikken). Aftalen blev indskrevet i Amsterdamtraktaten og bestemmelsen indsat som art. 137, stk. 4. Den er videreført i uændret skikkelse som art. 137, stk. 3, i Nicetraktaten og har følgende ordlyd:

”En medlemsstat kan overlade det til arbejdsmarkedets parter, efter en fælles anmodning fra disse, at gennemføre direktiver, der er udstedt i henhold til stk. 2.

I så tilfælde sikrer den sig, at arbejdsmarkedets parter senest på den dato, hvor et direktiv skal være gennemført i overensstemmelse med artikel 249, har indført de nødvendige bestemmelser ad aftalemæssig vej, idet den skal træffe de nødvendige foranstaltninger for på et hvilket som helst tidspunkt at være i stand til at sikre de resultater, der er forskrevet i det pågældende direktiv.”

Det følger således nu udtrykkeligt af både det traktatmæssige retsgrundlag og de enkelte direktiver, at en medlemsstat kan overlade det til arbejdsmarkedets parter

at gennemføre arbejdsretlige direktiver. Der har i de nordiske lande været udtrykt store forventninger til virkningerne af den ny bestemmelse. Forventninger der til dels blev styrket ved en række konkrete udtalelser fra den tidligere arbejds-markedskommissær, Padraig Flynn, især i de breve som blev sendt til dansk LO og den svenske arbejdsminister i 1993. EU-kommissionen har udtalt sig mere uldent i en række officielle dokumenter (se bl.a. arbejdsrapport af 10/12/1996 om gennemførelse af direktiver ved kollektive overenskomster).

Spørgsmålet om gennemførelseskravene blev sat på spidsen med den danske gennemførelse af arbejdstidsdirektivet fra 1993 (93/104/EF). Den danske stat valgte – efter direkte opfordring fra arbejdsmarkedets parter – at gennemføre en del af direktivets bestemmelser udelukkende ved kollektive overenskomster. Bestemmelserne i art. 3 og 5 om daglig og ugentlig hviletid blev indarbejdet i arbejdsmiljølovens eksisterende regler herom, mens bestemmelsen i art. 7 om ferie allerede var gennemført ved ferieloven. De centrale bestemmelser i art. 4, 6 og 8 om daglig pause, maksimal ugentlig arbejdstid og natarbejdes maksimale varighed blev gennemført alene ved kollektive overenskomster.

EU-kommissionen påtalte efter nogen overvejelse den danske gennemførelse af arbejdstidsdirektivet ved åbningsskrivelse af 22. november 1999. Kommissionen pegede i første række på, at de kollektive overenskomster ikke sikrer enhver lønmodtager den beskyttelse som følger af direktivets art. 4, 6 og 8.

I sit forsvar af gennemførelsen argumenterede den danske regering ikke direkte for, at art. 137 har et andet indhold end art. 249 (art. 189). Den argumenterede i hovedsagen for, at der var tale om en ganske effektiv dansk gennemførelse af arbejdstidsdirektivet. Den henviste til, at direktivet er indarbejdet i alle overenskomster på det danske arbejdsmarked, at disse overenskomster dækker ca. 85 % af samtlige lønmodtagere, at restgruppen indirekte er dækket af direktivets regler gennem overenskomsternes afsmittende virkninger, at der ikke har været en konkret sag med en lønmodtager som har manglet direktivets beskyttelse, og at arbejdsmarkedets parter har påtaget sig en gensidig forpligtelse til at løse enhver tvist som måtte opstå.

I sin begrundede udtalelse af 26. september 2001 fastholdt Kommissionen, at den danske gennemførelse af arbejdstidsdirektivet ikke opfylder kravene i traktatens art. 137. Den danske regering valgte herefter at fremsætte et lovforslag om gennemførelse af arbejdstidsdirektivet (L 83 af 6/2/2002 om gennemførelse af dele af arbejdstidsdirektivet). Både regeringen og arbejdsmarkedets parter synes dermed at have accepteret, at den specifikke bestemmelse i art. 137 ikke ændrer ved den gældende domspraksis efter den generelle bestemmelse i art. 249.

3 Fælleseuropæiske mindstestandarder og nationale traditioner

EU har spillet en iøjnefaldende rolle indenfor arbejdsretten i 90'erne, og det er nærliggende, at det også vil blive tilfældet i de kommende år. Direktiver om

arbejdsmarkedsmæssige forhold kan som hovedregel vedtages med kvalificeret flertal, og det har tydeligvis haft praktisk betydning. Ved regeringskonferencen i 2000 var det længe et ønske fra både Kommissionen og det franske formandskab, at hele det arbejdsmarkedsmæssige område skulle overgå til kvalificeret flertal. Forslaget blev ikke gennemført, men det er ikke dermed fjernet fra den politiske dagsorden.

Det er på denne baggrund ikke mærkeligt, at kravene til gennemførelse af direktiver løbende er på den faglige og politiske dagsorden. EU-arbejdsretten stiller aktørerne i de nordiske lande i et vanskeligt dilemma, hvad kommer ganske klart til udtryk i Folketingets dagsorden fra 1993. Folketinget opfordrede på den ene side "regeringen til at arbejde aktivt for virkeliggørelsen af den sociale dimension", men konstaterede samtidig, "at det er i dansk interesse i EU-samarbejdet på arbejdsmarkedsområdet at fastholde den danske model med overvejende aftaler frem for lovgivning." (Folketingstidende 1993/94, Forhandlingerne, sp. 2780).

Hensynet til nationale traditioner er principielt anerkendt på EU-plan, idet traktatens art. 136 fastslår, at Fællesskabets foranstaltninger skal tage hensyn til bl.a. "forskellene i national praksis, særlig på overenskomstområdet". Set med nordiske øjne kan resultatet af den danske arbejdstidssag på denne baggrund forekomme ildevarslende.

Det kan med rette hævdes, at Danmark ved gennemførelsen af arbejdstidsdirektivet blot har fulgt det generelle EU-retlige princip om at håndtere EU-regler på samme måde og niveau som tilsvarende nationale anliggender. Der er en hundredårig tradition for at regulere en række arbejdstidsspørgsmål udelukkende ved kollektive aftaler. Arbejdstidsdirektivet er gennemført på akkurat samme måde som arbejdstid reguleres på nationalt: De dele af arbejdstidsdirektivet, som vedrører arbejdsmiljø i traditionel forstand, er gennemført ved arbejdsmiljø- og ferielovgivningen, mens direktivets øvrige bestemmelser er gennemført ved overenskomster. Derved er en delikat balance mellem staten og organisationerne fastholdt.

Den danske gennemførelse er ganske effektiv, da direktivet er indarbejdet i alle overenskomster med en betydelig opbakning og informationsindsats fra organisationerne. Der er næppe grund til at betvivle organisationernes synspunkt om, at en systematisk gennemførelse ved overenskomster kan have betydelig gennemslagskraft i det praktiske arbejdsliv. I en nyere sociologisk undersøgelse af arbejdstidsforholdene i Danmark (sammenlignet med andre EU-lande) anføres det, at det "tyder på, at de kollektive overenskomster på den ene eller anden måde rent faktisk regulerer på en måde, der er lige så effektiv, som lovgivningen er i de fleste af vore EU-partnerlande" (Steen Scheuer, Arbejdstid og overenskomst, 1997, s. 68).

Internationale organer accepterer en gennemførelse udelukkende ved kollektive overenskomster, når den overvejende del (75–80 %) af lønmodtagerne er

dækkede. Det er således internationalt accepteret, at der gør sig specielle forhold gældende på det arbejdsretlige område som følge af den særlige retskildestruktur med kollektive overenskomster i en central position. Der er i den henseende ingen forskel på EU-regler og andre internationale regler, og EU-traktatgrundlaget anerkender principielt også overenskomsternes særlige rolle i forbindelse med gennemførelse af direktiver.

Ud fra en nordisk synsvinkel kan det være nærliggende at opfatte EU's krav til gennemførelse af arbejdsretlige direktiver som udtryk for ren formalisme. Der burde være adgang til at gennemføre direktiver – i hvert fald om emner som arbejdstid – udelukkende ved overenskomster, forudsat de dækker langt hovedparten af lønmodtagerne. En sådan præcisering af art. 137, stk. 3, er teknisk set forholdsvis enkel og kunne i princippet foretages ved næste regeringskonference.

Sagen er imidlertid knap så enkel, når den ansues ud fra en EU-synsvinkel. Siden vedtagelsen af det sociale charter i 1989 (Fællesskabspagten) har det været en central arbejdsmarkedspolitisk målsætning for EU at etablere et sæt fælles-europæiske mindstenormer for arbejdsforholdene. Som anført af EU-Kommissionen udgør sådanne fælles mindstenormer et bolværk mod det frie indre marked (hvidbog om en europæisk social- og arbejdsmarkedspolitik, 1994, s. 13):

”(...) Fastlæggelsen af et sæt grundlæggende minimumsnormer, som Kommissionen tog initiativet til for nogle år siden, udgør et bolværk mod anvendelse af lave social- og arbejdsmarkedspolitiske normer som et redskab i forbindelse med unfair økonomisk konkurrence og beskytter mod, at forringede sociale standarder bruges som middel til at styrke konkurrenceevnen, og er ligeledes udtryk for den politiske vilje til at opretholde sociale og arbejdsmarkedspolitiske fremskridt. Følgelig bør målet på længere sigt være at udvikle og forbedre standarderne for *alle* Unionens medlemsstater.”

Ideen om grundlæggende rettigheder er yderligere betonet ved henvisningen til bl.a. det sociale charter i Amsterdamtraktatens art. 136 og vedtagelsen af chartret om borgernes grundlæggende rettigheder i forbindelse med Nicetraktaten i 2000. Både det sociale charter og det almene charter er vedtaget som rene politiske dokumenter, men de angiver vigtige strømpile for EU's udvikling. Det viser sig konkret ved en række direktiver fra 90'erne om bl.a. skriftligt ansættelsesbevis, arbejdstid, forældreorlov, deltidsarbejde, tidsbegrænset arbejde samt information og høring af lønmodtagere, der alle udspringer af det sociale charter.

EU's arbejdsmarkedspolitiske idegrundlag sætter grænser for den rolle, overenskomster kan spille i den nationale gennemførelse af arbejdsretlige direktiver. Set ud fra EU's (og en række andre medlemsstaters) synsvinkel kan det ikke være betryggende, hvis det principielt er op til virksomhederne selv – via overenskomstindgåelse – at beslutte, om de vil være forpligtede af politisk vedtagne regler, der bl.a. har det formål at skabe lige konkurrencevilkår mellem virksomheder på tværs af landegrænser. Det er derfor nok meget tvivlsomt, om

der kan skaffes den fornødne opbakning til en opblødning af art. 137, stk. 3, så det bliver muligt udelukkende at anvende overenskomster ved den nationale gennemførelse.

4 Autonome aftaleforhandlinger på europæisk niveau

EU's arbejdsret har primært udviklet sig via direktiver, men det er ikke nogen given sag, at det også skal være sådan i fremtiden. Den "sociale dialog" kom for alvor på dagsordenen i forbindelse med vedtagelsen af Maastrichttraktaten, hvor man gik ganske vidt med hensyn til at give organisationerne indflydelse.

Ifølge traktatens art. 138 skal EU-Kommissionen altid høre organisationerne inden der fremsættes direktivforslag, og organisationerne har mulighed for at overtage den videre behandling af et forslag med henblik på eventuel indgåelse af en aftale om emnet. Organisationerne kan vælge selv at iværksætte en eventuel aftale efter vedtagne procedurer eller i fællesskab anmode Kommissionen og Rådet om at sætte den i kraft ved en afgørelse, jf. art. 139. Organisationerne har indgået aftaler om forældreorlov, deltidsarbejde og tidsbegrænset arbejde, der alle er sat i kraft ved direktiver.

Den særlige forhandlings- og aftaleprocedure i art. 138-39 giver organisationerne en markant indflydelse på indholdet af EU's arbejdsretlige regler. Det er langt hen ad vejen de europæiske organisationer der affatter direktivteksten, idet direktivet blot iværksætter rammeaftalen. Proceduren er blevet betragtet som den nordiske aftalemodels gennemslag på EU-plan, men den ændrer imidlertid ikke ved, at der stadig er tale om (forhandlede) direktiver. Kravene til gennemførelse er derfor de samme som ved andre direktiver.

Det ligger principielt i traktatens konstruktion, at organisationerne kan etablere deres eget forhandlings- og aftalesystem udenfor det politiske EU-system. Et selvstændigt aftalesystem vil for alvor kunne rykke balancen mellem lovgivning og overenskomster. Spørgsmålet er imidlertid, om det er en realistisk udviklingslinie indenfor en overskuelig tidshorisont. Organisationerne opererer traditionelt indenfor staternes egne grænser, og navnlig arbejdsgivernes organisationer har ikke udvist nævneværdig interesse for overenskomstforhandlinger på EU-plan.

Organisationerne på europæisk plan har imidlertid fremlagt et fælles papir af 27. november 2001 ("Joint contribution by the social partners to the Laeken European Council") med en status over den sociale dialogs hidtidige virke og organisationernes ønsker til en fremtidig rolle. På sit møde i december 2001 tilsluttede Det europæiske Råd sig de synspunkter som organisationerne fremsatte i papiret.

Et af de centrale punkter vedrører udarbejdelse af et fælles arbejdsprogram for en mere autonom social dialog mellem parterne. Det interessante ved ideen om et sådant arbejdsprogram er, at det fremtræder som et alternativ eller supplement til de politiske chartre og handlingsprogrammer. Arbejdsprogrammet skal således

rumme en række forskellige temaer og overveje en række værktøjer til realisering heraf.

Arbejdsprogrammet ligger i naturlig forlængelse af bestemmelsen i traktatens art. 137, stk. 2, som den er affattet i Nicetraktaten. Ifølge denne kan EU's initiativer ikke blot bestå i vedtagelse af direktiver med minimumsforskrifter (den sædvanlige fremgangsmåde), men også i foranstaltninger, der tager sigte på øget samarbejde, erfaringsudveksling, fremme af god praksis m.v. Det er værd at bemærke, at den ny bestemmelse (pkt. a) – måske symbolsk – nævnes før direktivbestemmelsen (pkt. b).

Det er muligt, at der med såvel den ny bestemmelse i traktatens art. 137, stk. 2, som organisationernes ide om et fælles, mere systematisk arbejdsprogram er lagt spor ud for en nyorientering af EU's arbejdsmarkedspolitik. En sådan nyorientering forudsætter imidlertid, at organisationerne reelt er villige til at påtage sig et vidererækkende fælles ansvar, og at det politiske system vil acceptere at indtage en mere tilbagetrukket rolle. Det er nærliggende, at det politiske system vil gå meget langt, hvis blot organisationerne er enige om at prioritere autonome forhandlinger og aftaler. Det er vel heller ikke en umulig forestilling, at organisationerne kan enes om at henvise en række emner til autonome aftaleforhandlinger, men det er vanskeligt at forestille sig et helhjertet opgør med strategien om festsættelse af en række fælleseuropæiske mindsteregler via navnlig direktiver.

5 Lov og overenskomst i implementeringsprocessen

5.1 Forskellige implementeringsmodeller

Det er nærliggende, at der i årene fremover fortsat vil blive vedtaget direktiver med jævne mellemrum, og at de skal implementeres i overensstemmelse med den gældende praksis. De nordiske lande står derfor overfor den væsentlige udfordring at foretage en løbende indarbejdelse af direktiver i de eksisterende arbejdsretssystemer. Det må give anledning til mere principielle overvejelser om, hvorledes EU-regler mest hensigtsmæssigt håndteres i den nationale gennemførelsesproces.

Den megen fokus på formen – lovgivning contra overenskomster – kan let give det misvisende indtryk, at man står overfor et skarpt valg mellem et lov- eller et overenskomstbaseret system. I praksis er der tale om en kombination af lov og overenskomster i såvel EU's regelproces som den nationale gennemførelsesproces. Der er derfor heller ikke tale om, at det ene system vil fortrænge det andet, men at de to systemer må integreres på den mest konstruktive måde.

I de nordiske lande spiller kollektive overenskomster en dominerende rolle, men lovgivning har altid spillet en vis rolle. Der er tydelige tegn på, at lovgivning spiller en tiltagende rolle selv indenfor den klassiske arbejdsret. Den nordiske aftalemodel bevæger sig generelt i retning af en kombineret lov- og aftalemodel.

Udviklingen forstærkes af EU-retten, men den er også begrundet i en række andre forhold.

EU-systemet indrømmer i stigende grad kollektive aftaler en rolle, men aftalerne fungerer indenfor nogle ydre lovmæssige rammer. Organisationerne på europæisk plan kan reelt affatte direktiverne (aftaler) og derigennem sikre en betydelig fleksibilitet i reglernes indhold. Der er bl.a. på denne måde mulighed for at sikre de nationale aktører en fleksibel ramme for tilpasning af reglerne gennem kollektive aftaler. Der er i det hele taget en tydelig tendens i 90'ernes direktiver til at give adgang til tilpasninger og fravigelser af reglerne gennem kollektive aftaler.

Mens EF-Domstolen har stået skarpt på, at gennemførelse af arbejdsretlige direktiver skal være lovforankret, har den reelt overladt et ganske vidt skøn til den enkelte medlemsstat med hensyn til valg af lovform. Gennemførelse af direktiver kan i princippet foregå indenfor rammerne af 3 forskellige hovedmodeller: (1) Mindstelovgivning som frit kan suppleres med kollektive overenskomster, da de arbejdsretlige direktiver er minimumsregler, (2) lovgivning som helt eller delvist viger for kollektive overenskomster der gennemfører direktivet, og (3) lovgivning der udvider løn- og arbejdsvilkårene i en eller flere overenskomster til at gælde for udenforstående arbejdsgivere og lønmodtagere.

Det er tydeligt, at model 1 og 2 spiller en dominerende rolle ved gennemførelsen i de nordiske lande, omend med forskelle mellem de enkelte lande. Model 3 med de almengyldige overenskomster spiller ikke nogen markant rolle i nordisk arbejdsret, men har været anvendt i enkeltstående tilfælde som implementeringsmetode og kan generelt overvejes som en fremadrettet mulighed.

5.2 Mindstelovgivning med supplerende overenskomster

Model 1 med mindstelovgivning er den sikre måde at gennemføre såvel arbejdsretlige som andre direktiver på. De arbejdsretlige direktiver indeholder alene minimumsforskrifter for beskyttelsesniveauet, jf. traktatens art. 137, stk. 2, litra b. En mindstelovgivning afskærer derfor ikke organisationerne fra at opretholde eller indgå kollektive overenskomster med et højere beskyttelsesniveau.

Mindstelovgivning har den generelle fordel sammenlignet med de andre lovformer, at loven sikrer enhver lønmodtager en ufravigelig individuel retsbeskyttelse, som organisationerne ikke kan råde over ved kollektive overenskomster. Modellen giver loven en afgørende rolle som implementeringskilde og synes umiddelbart at være den mest loyale måde at realisere EU's grundlæggende målsætning om et fælles sæt af mindstestandarder for arbejdsgivere og lønmodtagere.

Denne model rummer til gengæld den klare ulempe, at den reelt ikke bygger på et direkte samspil mellem loven og overenskomster. Organisationerne kan ikke benytte sig af de muligheder, som direktiverne i stigende grad selv rummer med hensyn til fravigelse eller tilpasning af reglerne ved kollektiv overenskomst.

Fleksibiliteten i regelværket kan alene foregå på et beskyttelsesniveau, der ligger over lovens niveau. Navnlig arbejdsgiversiden vil ofte ikke være tilskyndet til at forhandle overenskomstregler på denne baggrund.

I praksis kan model 1 derfor have sine begrænsninger, medmindre der allerede er tradition for denne type lovgivning. Den vil i almindelighed have sin styrke ved gennemførelse af en kerne af mere fundamentale regler på det arbejdsretlige område. I Danmark har modellen været benyttet ved arbejdsmiljødirektiver, men ikke ved ligestillingsdirektiver eller andre arbejdsretlige direktiver, bortset fra direktivet om virksomhedsoverdragelse.

5.3 Subsidiær (semi-dispositiv) lovgivning

Model 2 adskiller sig fra model 1 ved at give overenskomtparterne adgang til at aftale sig helt eller delvist ud af lovens regler. Loven er på samme måde som mindstelovgivning tvingende mellem de individuelle parter, men kan fraviges af de kollektive aftaleparter, forudsat overenskomsten overholder det underliggende direktiv. Det der i svensk arbejdsret er blevet betegnet som "semi-dispositiv lagstiftning med EU-spärr" (Tore Sigemann, Arbetsrätten, 1995, s. 3). Der kan selvfølgelig også være knyttet andre generelle eller specifikke betingelser til overenskomstindgåelsen.

I dette tilfælde er lovens hovedsigte reelt at være et sikkerhedsnet for de arbejdsgivere og lønmodtagere, som ikke er omfattede af en overenskomst eller er omfattet af en overenskomst, der ikke foretager en korrekt gennemførelse af direktivet. Både loven og overenskomster indtager dermed en væsentlig rolle ved implementeringen.

Metoden er indirekte anerkendt i forbindelse med EU-Kommissionens sag mod Danmark for mangelfuld gennemførelse af ligelønsdirektivet. Sagen drejede sig om, hvorvidt lovens ligelønsbegreb var foreneligt med direktivets, idet arbejdsgiveren kun var forpligtet til at give ligeløn for "samme arbejde" og ikke tillige "arbejde af samme værdi". Det fremgik af bemærkningerne til lovforslaget, at der ikke var tilsigtet nogen forskel, og at de kollektive overenskomster henviste til både "samme arbejde" og "arbejde af samme værdi". EF-Domstolen fandt, at der var tale om en utilstrækkelig gennemførelse af direktivet, men hverken Kommissionen, Generaladvokaten eller Domstolen påtalte den anvendte lovkonstruktion (Sml. 1985, s. 427, sag 143/83).

Den grundlæggende fordel ved subsidiær (semi-dispositiv) lovgivning er, at den bygger på et aktivt samspil mellem lovgivning og overenskomster. Loven fastlægger selv et alment gældende beskyttelsesniveau, men overenskomsterne får adgang til at indrette sig anderledes på deres eget område indenfor direktivets (lovens) rammer. I praksis kan råderummet være ganske betydeligt, da en række af direktiverne giver adgang til markante tilpasninger og fravigelser gennem overenskomster, jf. fx. arbejdstidsdirektivets art. 17.

Subsidiær lovgivning er den dominerende lovform i Danmark, når det gælder

de egentlige arbejds- og ansættelsesretlige direktiver. Selv ligestillingsdirektiverne er gennemført i form af lovgivning, der kan erstattes af kollektive overenskomster. Den synes også at være ved at vinde stigende indpas ved gennemførelse af arbejdsmiljøretlige direktiver.

Gennem 90'erne er regeringen og Folketinget ydermere slået ind på den kurs, at loven først vedtages på et tidspunkt, hvor overenskomstparterne har haft lejlighed til at overenskomstforhandle direktivets gennemførelse. Lovens udformning afspejler herefter de mest fremtrædende implementeringsaftaler, i praksis navnlig DA's og LO's opsamlende rammeaftale for den del af det private arbejdsmarked, de dækker. Denne fremgangsmåde understreger for alvor overenskomsternes fremtrædende rolle i implementeringsprocessen.

Anvendelse af subsidiær lovgivning rejser det spørgsmål, om det er rimeligt, at faglige organisationer får adgang til råde over den enkeltes direktivbaserede rettigheder. Spørgsmålet er ikke mindst relevant i forhold til lønmodtagere som står udenfor de faglige organisationer.

For arbejdsgiversiden er det uden tvivl afgørende, at en overenskomst kommer til at dække alle lønmodtagere uanset fagligt tilhørsforhold. Det er praktisk vanskeligt at administrere både en lovbaseret og en overenskomstbaseret ordning, da fleksibiliteten går tabt i et sådant dobbelt regelsystem. Det indebærer imidlertid, at selv uorganiserede lønmodtagere må affinde sig med, at en faglig organisation ændrer retsgrundlaget fra loven til overenskomsten.

Den uorganiserede lønmodtager kan komme til at stå i en speciel situation i de tilfælde, hvor lovens regler er erstattet af en kollektiv overenskomst. Sanktionsmæssigt finder det kollektivarbejdsretlige systems regler om bod (erstatning) anvendelse, men denne sanktion kan – i hvert fald i Danmark – alene påberåbes af overenskomstparten (organisationen), ikke den krænkede lønmodtager eller arbejdsgiver. En sådan retstilstand for sanktionering af krænkelser af direktivets regler lever muligvis ikke fuldt ud op til EU-rettens krav om effektiv sanktionering.

5.4 Lovgivning der almengør overenskomster

Der er endelig den mulighed at benytte sig af model 3 med de såkaldte almengyldige overenskomster. Lovens formål er alene at sikre overenskomsten (eller overenskomsterne) den fornødne udbredelse, så arbejdsgivere og lønmodtagere uden overenskomstmæssig dækning (med den fornødne implementering) bliver pålagt at følge overenskomstens regler. I den henseende har den samme formål som den subsidiære lovgivning, nemlig at samle restgruppen op, men den benytter sig af en ganske anden lovteknik.

EF-domstolen har indirekte accepteret modellen i en sag om den belgiske gennemførelse af direktivet om kollektive afskedigelser fra 1975. Belgien gennemførte hovedparten af direktivet ved en kollektiv overenskomst mellem hovedorganisationerne på det belgiske arbejdsmarked, og denne overenskomst fik

efterfølgende lovkraft ved en bekendtgørelse. Kommissionen anlagde sag mod Belgien for at have gennemført direktivet utilstrækkeligt, fordi overenskomsten undtog visse særlige kategorier af ansættelsesforhold i videre omfang end berettiget efter direktivets bestemmelser. Den belgiske stat blev dømt for mangelfuld gennemførelse af direktivet på dette punkt, mens hverken Generaladvokaten eller Domstolen havde bemærkninger til den anvendte metode som sådan (Sml. 1985, s. 1039, sag 215/83).

Modellen med almenlydige overenskomster giver organisationerne maksimal indflydelse på gennemførelse af EU-direktiver. Overenskomsten er i realiteten implementeringskilden, da loven spiller en rent formel rolle.

En mere systematisk anvendelse af almenlydige overenskomster kan virke som en nærliggende strategi for fremtidig gennemførelse af direktiver i de nordiske lande. Spørgsmålet har på linie hermed været drøftet i flere af landene inden for de senere år, dog hidtil uden de store praktiske konsekvenser.

Diskussionen er grundlæggende præget af, at de nordiske lande ikke har almenlydige overenskomster som en indarbejdet del af de arbejdsretlige systemer. En udvidelse af de kollektive overenskomster til udenforstående arbejdsgivere og lønmodtagere er traditionelt sket gennem egentlige tiltrædelsesoverenskomster. Midlet hertil har været en særdeles vidtrækkende konfliktret – og ikke mindst sympatikonfliktret – overfor enkeltarbejdsgivere.

Det er kun Finland, der har et generelt system med almenlydige overenskomster. Norge har i 1993 indført en ordning, der giver mulighed for at udstrække løn- og arbejdsvilkår i kollektive overenskomster til at gælde alle indenfor branchen, men det sigter udelukkende på at indføre ensartede vilkår for norske og udenlandske lønmodtagere der udfører arbejde i Norge.

Metoden har dog været anvendt i både Norge og Danmark til at gennemføre direktiver i enkeltstående tilfælde. Norge gennemførte i 1996 direktivet om europæiske medarbejderråd (94/45/EØF) ved at almenføre en række regler i en aftale mellem LO og NHO om europæiske samarbejdsudvalg (lov nr. 63 af 23/8/1996). Danmark gennemførte i 2001 direktivet om deltidsarbejde (97/81/EF) ved at almenføre en række kollektive deltidsaftaler (lov nr. 443 af 7/6/2001). Arbejdsgivere og lønmodtagere uden overenskomst skal følge en række af reglerne i DA's og LO's deltidsaftale, dog skal arbejdsgivere og lønmodtagere på det offentlige område følge henholdsvis den kommunale og statslige deltidsaftale.

Det er et karakteristisk træk ved en ordning med almenlydige overenskomster, at nogle organisationer – formelt som reelt – får særlige reguleringsbeføjelser i forhold til andre. Det viser sig i den danske deltidslov ved, at arbejdsgivere og lønmodtagere på det private arbejdsmarked skal følge reglerne i DA's og LO's deltidsaftale, hvis de ikke er omfattet af en overenskomst med den fornødne implementering af deltidsdirektivet. Det gælder også for arbejdsgivere som fx. hører under det område, som naturligt dækkes af Finanssektorens Arbejdsgiverforening eller Sammenslutningen af Arbejdsgivere i Landbruget. Tilsvarende

gælder for lønmodtagere som er medlemmer af forbund under andre hovedorganisationer end LO, fx. af Akademikernes Centralorganisation. Deltidslovens konstruktion mødte på linie hermed skarp kritik fra arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer udenfor DA og LO.

Processen illustrerer, at modellen har vanskelige vilkår i et overenskomstsystem som det danske med en ganske spredt organisations- og overenskomststruktur. En velfungerende ordning synes i praksis at forudsætte, at der almenføres enten én central overenskomst eller overenskomster for hver af de centrale sektorer på arbejdsmarkedet (5–10 i alt). Det må afhænge af direktivets nærmere indhold, om det vil være mest hensigtsmæssigt at implementere det centralt eller sektorvist.

Modellen indebærer tillige en mere usikker gennemførelse af direktivet, da staten hverken råder over processen eller indholdet. I modsætning til ved model 2 er der ikke nogen egentlig lovtekst i dette tilfælde, da overenskomsten (overenskomsterne) udgør lovteksten. Det viser sig også i deltidsloven ved, at de centrale bestemmelser i §§ 1 og 2 blot henviser til forskellige deltidsaftaler, der er vedlagt som bilag til loven. Navnlig den statslige deltidsaftale har et uklart indhold.

Den omstændighed, at en aftaletekst tillige fungerer som lovtekst stiller langt større krav til aftalens koncipering. Der er i dette tilfælde ikke nogen lovgivning at falde tilbage på, hvis aftalen ikke foretager en korrekt gennemførelse af direktivet. Organisationerne er ved deltidsdirektivet ikke blot lovkoncipister på EU-plan, men også ved den nationale gennemførelse af direktivet i Danmark. Det giver en meget vidtrækkende indflydelse, men også et særligt ansvar for at sikre alle parter en omhyggelig og redelig implementering. Det giver også det offentlige en større interesse end normalt på indholdet af implementeringsaftalerne.

For Danmarks vedkommende ligger der muligvis et fremtidsperspektiv i det særlige Implementeringsråd, der er nedsat i 90'erne under Beskæftigelsesministeriet (tidligere Arbejdsministeriet), med deltagelse af alle de større arbejdsgiver- og lønmodtagerorganisationer. I dette regi kan der i princippet forhandles og indgås en fælles implementeringsaftale. Der kan også fastlægges retningslinier for (og kvalitetskontrol af) de sektorvise implementeringer af et direktiv. En sådan aktiv rolle for Implementeringsudvalget ligger imidlertid næppe lige rundt om hjørnet.

6 Fællesnordiske perspektiver

EU-arbejdsretten stiller i disse år de nordiske lande overfor markante udfordringer. Spørgsmålet er, om der er et perspektiv i at overveje fællesnordiske initiativer og løsningsmodeller i forbindelse med disse udfordringer.

I den arbejdsretlige litteratur er det almindeligt at indplacere de nordiske lande i "den nordiske aftalemodel" som modstykke til navnlig "den kontinentale lovmodel". Anvendelsen af de to modeller tjener til at fremhæve nogle grundlæg-

gende forskelle mellem grupper af europæiske lande med hensyn til strukturer, grundprincipper og konfliktløsende institutioner på arbejdsmarkedet. På et overordnet plan er de bl.a. udtryk for en ganske forskellig vægtning af lovgivning (stat) og kollektive aftaler (organisationer).

I de nordiske lande er der ikke lovgivet om overenskomst- og ansættelsesforhold på samme systematiske måde som i de kontinentale lande. Der er tillige en række iøjnefaldende ligheder mellem de nordiske lande med hensyn til faglig organisering, konfliktret og fredspligt, konfliktløsende organer m.v.

Det er imidlertid også iøjnefaldende, at anvendelse af arbejdsretsmodeller i nogen grad kan komme til at skygge for forskelle mellem landene. Det gælder med hensyn til såvel de oprindelige strukturer, grundprincipper og institutioner som en senere udvikling af disse. Der forekommer således betydelige variationer mellem landene i både den kontinentale og den nordiske model.

Indenfor den nordiske model springer det i øjnene, at Danmark og Island fortsat prioriterer organisationernes egen retsdannelse gennem kollektive aftaler meget højt, mens Finland, Norge og Sverige i højere grad har bevæget sig i retning af et mere lovbaseret arbejdsretligt system. I Finland, Norge og Sverige er der således en grundlæggende lovgivning om såvel overenskomstforholdet som en række af de centrale ansættelsesmæssige vilkår, bl.a. arbejdstid og opsigelse. Danmark og Island har derimod ikke lovgivet på samme måde om de centrale aspekter af overenskomst- og ansættelsesforholdet.

Disse forskelle afspejler visse forskelle i synet på lovgivningens rolle indenfor arbejdsretten. Der har ikke været og er fortsat ikke samme accept i fx. Danmark som i Norge af, at den enkelte lønmodtager skal sikres en række grundlæggende rettigheder i arbejdslivet uafhængig af organisationsmæssig tilknytning. Forestillingen om at lønmodtagerbeskyttelse går gennem organisationstilknytning har stadig betydelig opbakning i både det politiske og faglige miljø.

På det nordiske juristmøde i 1993 kom forskellene mellem de nordiske lande til at indtage en central rolle i debatten om lovgivning contra overenskomster. Forskellene mellem landene har også i Nordisk Ministerråds regi været anført som en mulig årsag til, at det ikke er muligt at etablere et mere formaliseret og forpligtende lovsamarbejde mellem landene på arbejdsrettens område (NORD 1990:93 s. 9f).

EU-samarbejdet er heller ikke præget af, at de nordiske lande udgør en samlet enhed på dette område. Det kan hænge sammen med, at landene er kommet med på forskellige tidspunkter, og at de fortsat er opsplittede på to forskellige samarbejdssystemer. Men det synes – selv bortset fra disse omstændigheder – ikke nærliggende, at de nordiske lande vil arbejde på en fælles holdning til hverken de fremtidige målsætninger for EU-arbejdsretten eller den nationale gennemførelse af EU-direktiver. Dertil er prioriteringerne i de enkelte lande formentlig for afvigende, ikke blot på politisk plan, men også på organisationsplan.

Den fremvoksende europæisering af arbejdsretten rummer på trods heraf

interessante fællesnordiske perspektiver. De nordiske lande har fortsat grundstrukturer som minder meget om hinanden, og EU-arbejdsretten stiller landene overfor ensartede udfordringer. Tilskyndelsen til at orientere sig i hinandens systemer bliver ikke mindre i takt med et fælles underliggende retsgrundlag. Måske kommer vi til at bevæge os i retning af en mere ensartet kombineret lov- og aftalemodel. Det vil unægtelig være skæbnens ironi, hvis EU's arbejdsmarkedspolitik får den indirekte virkning at revitalisere en fælles nordisk måde at håndtere arbejdsretlige problemstillinger på.

Diskussionspunkter:

I det foregående har jeg behandlet forskellige aspekter af gennemførelsen af EU's arbejdsret. I forlængelse heraf vil jeg foreslå følgende fem hovedpunkter for drøftelserne på juristmødet:

For det første, om traktatens art. 137 reelt blot knæsetter gældende praksis fra EF-Domstolen og dermed forudsætter, at gennemførelse af direktiver skal være forankret i lovgivning.

For det andet, om der er perspektiv i at arbejde for en opblødning af gennemførelseskraverne i art. 137, især ved at få præciseret, at direktiver kan gennemføres udelukkende ved kollektive overenskomster, hvis de dækker den overvejende del af lønmodtagerne.

For det tredje, om der er nogen reel udsigt til, at EU vil foretage mere fundamentale ændringer i sin egen regelstrategi i retning af et mere autonomt forhandlings- og aftale-system, herunder om organisationerne overhovedet er rede til at påtage sig et fælles ansvar for en sådan udvikling.

For det fjerde, om de senere års udvikling på EU-plan giver anledning til mere principielle ændringer i den nationale implementeringsform, især ved at overveje en mere systematisk anvendelse af almengyldige overenskomster.

For det femte, om der er basis for, at de nordiske lande vil kunne finde ind i et tættere samarbejde om EU-arbejdsretlige spørgsmål eller om landene befinder sig for langt fra hinanden til, at det vil være frugtbart.

Kirsti Kurki-Suonio

Barnets bästa – hur kan detta säkras i social-
och familjerättsliga procedurer?

Barnets bästa – hur kan detta säkras i social- och familjerättsliga procedurer?

Av jur. dr. Kirsti Kurki-Suonio, Finland

Säkerställandet av barnets bästa kan man uppfatta som en processrättslig fråga. Detta betyder att man i den själva processen tar hänsyn till att rättegången inte på något sätt riskerar barnets välbefinnande eller barnets rättigheter. En viktig fråga är då, hur barnet själv kan komma till tals. Enligt barnkonventionens 12 art. har barnet rätt att påverka avgöranden som angår barnet själv.

Fyra aktuella dokument som är av intresse ur nordiskt perspektiv behandlar temat. Dessa är: Europarådets konvention om utövandet av barnets rättigheter, Norges offentliga utredningar 1998:17 "Barnefordelingssaker", Statens offentliga utredningar 2000:77 "Omhändertagen" och årsberättelsen av den finska delegationen för rätts-skyddsärenden 2000–2001.

I dessa dokument poängteras å ena sidan barnets rätt att komma till tals och å andra sidan barnets behov av en egen representant för proceduren. Barnet och dess representant kan ge för domstolen eller andra myndigheter information om barnets bästa. Det är ändå viktigt att uppmärksamma att också barnet behöver information.

En egen representant för barnet ges något olika uppgifter i olika dokument. Även om barnets representant skulle ha särskilda kvalifikationer för sin uppgift kan man fråga sig, om han alltid kan bidra till en god lösning av proceduren.

Kirsti Kurki-Suonio är född år 1957, blev jur.kand. 1982, jur.lic. 1990 och jur.dr. 1999 vid Helsingfors universitet, studerade i Heidelberg, Tyskland 1982–1983, har medverkat som amanuensis, assistent och forskare vid Helsingfors universitet år 1984–2000. Hennes publikationer behandlar särskilt barnrätt, ofta komparativt. Fr.o.m. hösten 2000 har hon fungerat som föredragande vid riksdagens ombudsmans kansli, där hennes uppgifter gäller barnets rättigheter och barnets rättsliga position.

1. Familjerättsliga och socialrättsliga procedurer

Det tema som jag har fått gäller frågan hur man kan ta hänsyn till barnets bästa i familjerättsliga eller socialrättsliga procedurer. Vilka är då de procedurer där man borde ta hänsyn till barnets bästa? Jag tror att man här närmast har tänkt på rättsliga procedurer som angår *barnets person*.

Sådana förfaranden i vilka man betraktar barnets personliga behov och egenskaper inom *familjerätten* är naturligtvis de procedurer som gäller vårdnad om barnet och umgänge med barnet ("*barnefordeling*" och "*samvaer*"). Motsvarande ärenden inom *socialrätten* är framför allt rättsliga förfaranden inom barnskyddet ("*barnevern*"). Det gäller då konkret oftast förfaranden vid omhänder-

tagande av barn eller omständigheter efter omhändertagandet, så som kontakten mellan barnet och föräldrarna eller placering av barnet i ett hem eller i en institution.¹

2. Att säkra barnets bästa

Säkerställande av barnets bästa kan man enligt min uppfattning förstå på två olika sätt i detta sammanhang. Å ena sidan kan man tänka sig att det betyder att man har tillgång och tar hänsyn till allt det material som är relevant för bedömningen av frågan. Man kan väl säga, att man strävar efter en så stor materiell rättssäkerhet som möjligt. Säkerställande av barnets bästa ur den här materiella synpunkten förutsätter bl.a. effektivt samarbete mellan olika myndigheter, så som social- och hälsovårdsmyndigheter. Detta slags säkerställande av barnets bästa förutsätter även att domstolen har möjlighet att konsultera sakkunniga om bedömningen av fakta som förutsätter särskild kunskap om barn eller barndomen.

Men man kan enligt min åsikt även uppfatta säkerställandet av barnets bästa ur en processrättslig synpunkt. Detta betyder att man i själva processen tar hänsyn till att rättegången inte på något sätt äventyrar barnets välbefinnande eller barnets rättigheter. En viktig fråga är då om barnet själv kan komma till tals i processen.

Jag har valt att behandla mitt tema ur det senare perspektivet. Jag motiverar mitt val dels med att jag anser synpunkter som avser materiellt säkerställande av barnets bästa vara särskilt viktiga i processer som gäller sexuella brott mot barn, vilket jag alltså inte kommer att behandla i detta sammanhang. Dels motiverar jag mitt val med att jag anser att frågor om barnets processuella rättigheter är särskilt aktuella just nu.

I fortsättningen kommer jag först att ta upp fyra aktuella dokument om detta tema. Dessa är: Europarådets konvention om utövandet av barnets rättigheter, Norges offentliga utredningar 1998:17 "Barnefordelingssaker", Statens offentliga utredningar 2000:77 "Omhändertagen" och årsberättelsen given av den finska delegationen för rättsskyddsärenden 2000–2001.

¹ Procedurer som djupt angår barnets person är också de som gäller brott mot barn, särskilt när det är fråga om sexuellt utnyttjande av barn. Dessa frågor har behandlas av min landsman Robert Liljenfeldt på det 34:e Nordiska juristmötet i Stockholm 21–23.8.1996 ("Rättssäkerhet i mål om övergrepp mot barn"). Jag hänvisar här till detta alltiämt aktuella föredrag.

3. Aktuella dokument

3.1. Europarådets konvention om utövandet av barnets rättigheter

Konventionen om utövandet av barnets rättigheter, nr 160 i "European Treaty Series" undertecknades år 1996 och har trätt i kraft 1.7.2000. Inget av de nordiska länderna har hittills ratificerat den, men den är undertecknad av Finland, Island och Sverige.

Konventionen gäller särskilt processuella frågor. Den är enligt det officiella sammandraget inriktad på att säkra barnets bästa, alltså art. 3 i FN:s barnkonvention. Jag anser personligen att konventionen dessutom har sitt särskilda fokus i barnkonventionens artikel 12, som gäller barnets rätt att påverka avgöranden som gäller barnet självt. Konventionen skall gälla familjerättsliga procedurer som är av särskilt intresse för barn. Med familjerättsliga procedurer avses i konventionen till exempel procedurer om vårdnad, boende, umgänge, faderskap, adoption, omhändertagande osv. Även procedurer angående åtgärder för att skydda barnets egendom och angående medicinsk behandling av barn har nämnts under begreppet "family proceedings".

Konventionens andra kapitel gäller barnets processuella rättigheter. Den första av dem (art. 3) gäller barnets rätt till information och rätt att uttrycka sina egna synpunkter. Jag anser själv att det är väldigt viktigt att konventionen lyfter fram barnets rätt att få information om rättsliga ärenden, som gäller barnet personligen. Detta betyder, enligt min mening, att barnets åsikt inte bara är något som till exempel domarna kan stöda sig på när de letar efter en lösning på ett svårt fall, utan att det är fråga om barnets behov av information och barnets rätt att påverka ett avgörande som angår barnet. För att kunna uttrycka sig i saken, måste barnet ju veta vad saken gäller. Barnet måste naturligtvis vara tillräckligt moget och förståndigt för att kunna behandla informationen och ta ställning till saken. Denna fråga har i Europarådets konvention lämnats att bero av de nationella rättsordningarna. Nationella lagar kan alltså sätta åldersgränser, enligt vilka barnens åsikter skall beaktas i proceduren. I fall inga sådana gränser finns, skall domaren i varje enskilt fall bedöma om barnet är tillräckligt moget.²

I konventionen betonas även att den information som barnet får måste vara anpassad till barnets förutsättningar att behandla den (art. 2)³. Efter att barnet har fått den relevanta informationen i saken, har barnet enligt konventionen rätt att bli konsulterat och rätt att uttrycka sin åsikt om saken (punkt b art. 3), men konventionen säger också att barnet även skall ges information om eventuella konsekvenser av barnets egen åsikt eller av andra möjliga beslut i saken (punkt c

² Explanatory report, punkt 36. European Convention on the Exercise of Children's Rights and explanatory report, Council of Europe 1997.

³ Explanatory report, punkt 28.

art. 3).⁴ Domstolen eller någon annan myndighet som fattar beslutet i saken skall enligt konventionens 6 artikel förvissa sig om att barnet har fått hela den relevanta informationen och att barnet har konsulterats på ett sätt som är lämpligt med tanke på barnets förmåga att förstå saken. Detta skall ändå inte ske om det är uppenbart att en konsultation inte är förenligt med barnets bästa.⁵

I detta sammanhang bör det även nämnas att enligt artikel 10 skall den som företräder barnet särskilt förmedla relevant information till barnet och redogöra för konsekvenserna av tänkbara beslut, förutsatt att detta inte uppenbart skulle strida mot barnets bästa (art. 10).⁶

Barnet har enligt konventionen om utövandet av barnets rättigheter även andra processuella rättigheter än att bli informerat och konsulterat. Artikel 4 i konventionen ger barnet rätt att ansöka om en speciell representant (*special representative*) i processen, om vårdnadshavarna enligt den nationella lagen är uteslagna att representera barnet på grund av intressekonflikt. Staterna kan emellertid begränsa barnets rätt till de fall i vilka barnet enligt en nationell lag har nått tillräcklig mognad.⁷ Enligt artikel 5 kan medlemsstaterna även ge barnet rätt att ansöka om en särskild representant (*separate representative*). Barnet kan alltså ges även rätt att få en representant eller ett biträde för sig även om någon uppenbar konflikt inte kan påvisas mellan barnet och dess vårdnadshavare.⁸

Den ovan nämnda möjligheten att utse en särskild eller separat representant kan användas av domstolen eller någon annan behörig myndighet. Konventionen förutsätter ändå inte att domstolen skall ha befogenhet att utse en separat representant åt barn (art. 9).⁹

Jag vill ännu hänvisa till två uppgifter som domstolar och andra beslutsfattande myndigheter åläggs enligt Europarådets konvention om utövande av barnets rättigheter. Enligt artikel 6 punkt a) måste myndigheten bedöma om den har tillräcklig information för att fatta beslut om barnets bästa. Om myndigheten anser det nödvändigt, skall den skaffa mera information särskilt av barnets vårdnadshavare. Myndigheten är även hänvisad till att ta hänsyn till barnets egen åsikt enligt artikel 6 punkt c).

3.2. NOU 1998: 17 "Barnefordelingssaker"

Den norska kommittén "barnefordelingsprosessutvalget" föreslog i sin utredning (NOU 1998:17) ett flertal reformer som har en nära anknytning till familje-

⁴ Explanatory report, punkt 30–33.

⁵ Explanatory report, punkt 43–45, 47.

⁶ Explanatory report, punkt 54–55.

⁷ Explanatory report, punkt 38–40.

⁸ Explanatory report, punkt 41–42.

⁹ Explanatory report, punkt 52–53.

rättsliga procedurer. Jag begränsar mig här enbart till förslaget om egen advokat för barn. Förslaget initierades bl.a. av det norska Barneombudet. I den nämnda utredningen hänvisas även till Europarådets konvention om utövandet av barnets rättigheter.¹⁰

Barnets advokat skulle enligt denna utredning enbart utses för procedurer i barnefordelingsaker dvs. i vårdnadsärenden vid domstol. Man bör lägga märke till att eftersom det är möjligt att fylkesmannen fastställer föräldrarnas avtal, om det motsvarar barnets bästa, gäller proceduren i domstolen endast stridiga vårdnadstvister.¹¹ Dessutom måste alla äkta par som vill skiljas och har barn under 16 år delta i en obligatorisk medling. Detsamma gäller ogifta föräldrar med barn under 16 år, om de vill göra ett vårdnadsärende anhängigt hos domstol eller fylkesmannen.¹² Man kan väl säga att den norska rättsordningen innehåller element som är avsedda att begränsa antalet vårdnadstvister hos domstolarna till ett minimum. Om föräldrarna alltså ändå hamnar i domstolen med sina problem om barnets vårdnad och umgänge, så kunde man enligt utredningen i framtiden utse en egen advokat för barnet för att ta tillvara barnets intresse. Kommittén ansåg emellertid att behov av en sådan speciell advokat för barnet endast skulle uppstå i undantagsfall, om föräldrarnas inbördes konflikt är av särskilt svår karaktär t.ex. på grund av misstanke om att den ena av föräldrarna gjort sig skyldig till sexuella övergrepp mot barnet.

Enligt det norska kommittébetänkandet skulle advokatens uppgift huvudsakligen vara att tillgodose barnets intresse i proceduren. Advokaten skall också ge barnet information om saken och sådant stöd som barnet behöver. I detta hänseende motsvarar förslaget de bestämmelser som finns i Europarådets konvention om utövandet av barnets rättigheter. I enlighet med ett system som har införts i Nya Zeeland har den norska kommittén föreslagit att barnets advokat också skall ha kompetens att initiera ett möte mellan parterna och försöka förmedla till dem hurdan barnets situation är och eventuellt försöka att få till stånd en lösning.¹³

En viktig skillnad i jämförelse med bestämmelserna i Europarådets konvention finns också beträffande barnets åsikt. Enligt det norska förslaget skulle det inte vara tillåtet för barnets advokat att förmedla barnets åsikt till domstolen. I stället skall advokaten uppmana domstolen att ordna så att barnet hörs i domstolen eller av någon sakkunnig. På detta sätt vill man förhindra att barnets advokat skulle bli en extra domare i saken. Man har i någon mån ändå ansett det vara möjligt att barnets advokat eller representant ger information om barnets åsikter till

¹⁰ Enligt uppgifter som kommittén har fått från barn- och familjdepartementets "höringsnotat" från maj 1998, står konventionens 4 artikel inte i strid med norsk rätt. Se NOU 1998:17 s. 39, 46–48.

¹¹ Kurki-Suonio: Joint Custody Definitions and Child Care in Practice in Finland, Sweden and Norway in Year 2000 (in print).

¹² Kurki-Suonio: *ibid.*

¹³ NOU 1998:17, s. 47.

föräldrarna, som är parter i målet.¹⁴ I Europarådets konvention om utövande av barnets rättigheter har barnets representant däremot också till uppgift att föra fram barnets åsikter till myndigheten i fråga (art. 10).¹⁵

Den norska kommittén har också fäst uppmärksamhet vid sådana egenskaper som en representant eller advokat för barnet borde ha. Kommittén har t.ex. ansett att det inte är nödvändig att barnets representant är advokat, särskilt om parterna önskar att någon för barnet redan bekant person kunde representera barnet. Även om man skulle ge en advokat uppgiften att representera barnet, borde man enligt betänkandet fästa uppmärksamhet vid advokatens personliga egenskaper, särskilt vid förmågan att få god kontakt med barnet.¹⁶ Barnets särskilda behov har man i Europarådets konvention enligt min uppfattning försökt tillgodose genom att tillåta att barnet kan få en egen representant för sina personliga behov enligt art. 5 (separate representative).¹⁷

3.3. SOU 2000: 77 "Omhändertagen"

I Sverige finns bestämmelserna om omhändertaganden, som sker utan föräldrarnas eller andra vårdnadshavares samtycke, i lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, LVU.¹⁸ Den svenska regeringen gav under sommaren 1999 en särskild utredare ett uppdrag att genomföra en översyn av LVU. Sommaren 2000 överlämnade utredningen sitt betänkande "Omhändertagen – samhällets ansvar för utsatta barn och unga", SOU 2000:77.

Utredningen föreslår i sitt betänkande bl.a. att barnets ställning bör stärkas i domstolsprocesser som angår omhändertagande, alltså i länsrätten eller i kamrarrätten.¹⁹ Närmare bestämt föreslår man två reformåtgärder i detta hänseende. För det första föreslås en allmän princip i LVU om barnets eller den ungas rätt att komma till tals och att bli hörd. Förslaget har som en tydlig förebild artikel 12 i barnkonventionen.²⁰ Jag är personligen inte helt övertygad om att sådana allmänna principer skulle ha en effektiv inverkan på olika slags praktiska åtgärder. Men utan vidare har allmänna principer någon inverkan, kanske inte minst på allmänna attityder. Om man ändå strävar efter en effektiv inverkan på barnens rättsliga ställning, borde man enligt min uppfattning införa bestämmelser av mera konkret karaktär: Barnet är den svagaste parten i målet. Jag skulle anse det ändamålsenligt

¹⁴ NOU 1998: 17, s. 47.

¹⁵ Explanatory report, punkt 54.

¹⁶ NOU 1998:17, s 48.

¹⁷ Den här artikeln binder ändå inte medlemsstaterna på annat sätt än att de måste överväga dessa möjligheter, explanatory report, punkt 41 och 42. Se också ovan punkt 3.1.

¹⁸ Se om tvångsomhändertagandet i Norden Anne-Dorthe Hestbaek: Tvångsanbringelser i Norden, En komparativ beskrivelse af de nordiske landes lovgivning, Socialforskningsinstituttet 98:15, København 1998.

¹⁹ SOU 2000:77, se sammanfattning s. 15.

²⁰ SOU 2000:77, s. 71, 73.

att barnets intresse skyddas i rättsordningen genom effektivare rättsnormer snarare än genom allmänna principer, vilka dessutom redan finns i barnkonventionen.

Det andra reformförslaget i den svenska utredningen är dock mycket mera konkret. På samma sätt som den norska kommittén vill den svenska utredningen ställa särskilda krav på barnets rättsliga biträde, dvs. i detta fall barnets representant i förfarandet i samband med omhändertagande.²¹ Enligt utredningen har den svenska regeringen redan i samband med propositionen 1994/95:224 diskuterat om man borde ställa särskilda krav på de offentliga biträden som företrädar barn i samband med omhändertagande enligt LVU. Detta ansåg man då ändå inte nödvändigt. Nu har saken kommit i en annan belysning. För det första hänvisar utredningen till Europarådets konvention om utövande av barns rättigheter, enligt vilken barnets särskilda representant har till uppgift att t.ex. förmedla relevant information till barnet osv., såsom jag ovan påpekade.²²

Ett annat nytt perspektiv på de krav som ställs på barnets företrädare eller representant i proceduren enligt LVU följer enligt utredningen av en annan reform som genomfördes i Sverige. Lagen om särskild företrädare för barn (1999:997) gäller fall i vilka det finns anledning att anta att ett brott som kan föranleda fängelse har begåtts mot ett barn av dess vårdnadshavare eller av någon som har ett sådant förhållande till vårdnadshavaren, att det kan befaras att denna inte kan ta till vara barnets rätt (1 §). Enligt lagens 5 § kan endast en sådan advokat förordnas till särskilt företrädare, som på grund av sina kunskaper och erfarenheter samt personliga egenskaper är särskilt lämplig för uppdraget.²³

Enligt den svenska utredningen är även de barn som lever i en situation där socialnämnden anser det nödvändigt att ingripa enligt LVU, i en mycket pressad position. Deras behov av en särskilt kompetent företrädare är därför också stort och borde enligt utredningen mötas genom nya bestämmelser, vilka föreskriver att den som förordnas till offentligt biträde för barnet enligt LVU skall ha särskild fallenhet och särskilda kunskaper för uppdraget.

3.4. Den finska delegationen för rättsskyddsärenden

Den finska regeringen har tillsatt en delegation för rättsskyddsärenden, som har till uppgift att följa upp hur rättsskyddet förverkligats. Delegationen skall ”sträva efter att utveckla rättsskyddet på ett övergripande sätt”.²⁴ Särskild uppmärksamhet skall fästas vid förutsättningarna för rättvis rättegång, rättskipningen i domstolarna och övriga myndigheter inom justitieförvaltningen. Enligt informa-

²¹ SOU 2000:77 s. 114–115. Om barnets rättssäkerhet och rättigheter mm. i proceduren om omhändertagandet i nordiska länder, se Hestbaek (ibid) s. 207–215.

²² Europarådets konvention, art. 10.

²³ SOU 2000:77 s. 115.

²⁴ Delegationen för rättsskyddsärenden. Hemsidan: www.oikeusturva-asiainneuvottelukunta.fi

tionen på delegationens webbsidor, väljer delegationen själv de frågor den kommer att behandla. Avsikten är att komma med nya synpunkter i den allmänna juridiska diskussionen och att skapa debatt i det finska samhället om rättsskyddsfrågor.

Delegationen för rättsskyddsärenden ger varje år ut en verksamhetsberättelse. Delegationens berättelse om verksamheten under åren 2000–2001 kan man läsa på Internet.²⁵ Ett av de två ärenden som delegationen lyfter upp i sin verksamhetsberättelse gäller rättsskyddet för barn.²⁶ Delegationen vill förbättra barnens ställning i procedurer och avser i detta samband procedurer som gäller omhändertagande av barn och andra procedurer som gäller ett omhändertaget barn samt procedurer som gäller verkställighet av beslut om vårdnad och umgänge. Särskilt i fråga om procedurer i samband med barnskyddsärenden föreslår delegationen att man borde överväga frågor som angår barnets rätt att komma till tals och barnets representant.²⁷ Dessa frågor har tidigare behandlas av kommissionen för utredning av beslutsprocessen i frågor som gäller barnrätt²⁸ och i statsrådets barnpolitiska redogörelse till riksdagen, som också gavs år 1995.²⁹

De olika ovan nämnda förslag för att förbättra och stärka barnets ställning i procedurer gällande barnskyddsärenden kommer säkert att få uppmärksamhet vid social- och hälsovårdsministeriet, där man redan några år har berett en reform av barnskyddslagen och närliggande lagstiftning.

4. Några synpunkter för diskussionen om barnets ställning i social- och familjerättsliga procedurer

Jag har ovan behandlat några aktuella reformförslag som alla gäller barnets ställning i familje- och socialrättsliga procedurer. Det är kanske inte överraskande, att dessa reformförslag har många gemensamma drag. Nästan alla gäller barnets rätt att komma till tals och barnets möjlighet att få en egen representant i rättegången eller förvaltningsproceduren. Avslutningsvis vill jag kort presentera några perspektiv, till vilka man kanske kan återkomma i diskussionen. Några av dem har jag redan nämnt ovan.

²⁵ Verksamhetsberättelsen hittar man också på delegationens hemsidor på Internet. Den finns tyvärr bara på finska. Oikeusturva-asiain neuvottelukunnan kertomus toiminnastaan 2000–2001, 18.12.2001 Helsinki.

²⁶ Toimintakertomus 2000–2001, s. 6.

²⁷ Toimintakertomus 2000–2001, s. 11–12.

²⁸ Kommittébetänkande 1995:12 (med doc. Sami Mahkonen som ordförande).

²⁹ ”Lastensuojelusta kohti lapsipolitiikkaa” Valtioneuvoston selonteko eduskunnalle, Sosiaali- ja terveystieteiden ministeriön julkaisuja 1995:6, s. 21.

1. Barnets rätt att få information om vad saken gäller och vad som kommer att hända med honom eller henne

Jag har redan betonat barnets rätt att få information om proceduren. Om man vill ha information om barnet av barnet själv, så är det naturligt att barnets behov av information om vad som händer och om sin möjlighet att påverka saken kommer först. Det är också viktigt att informationen ges på barnets egen nivå, så att det verkligen är information även ur barnets synvinkel. Först när barnet vet vad som pågår och vilka alternativ han eller hon har, har barnet en reell möjlighet att bilda sig en egen åsikt om saken och presentera den för domstolen eller någon annan myndighet. Först därefter kan man tala om en rättighet för barnet.

2. Barnets rätt att tala

Det står var och en fritt att använda sig av sina rättigheter. Barnet har således också rätt att inte göra någon åsikt gällande, alltså rätt att tala. Barnet vill kanske inte ställa en förälder fram om den andra eller över huvud taget på något sätt blanda sig i de vuxnas tvister. Det är ju de vuxna som skall fatta beslut om barnets vårdnad, umgänge eller omhändertagande. Det är de vuxna som också bär ansvaret för att barnets bästa förverkligas i beslutet i fråga. Att fatta beslut och ansvara för dem hör inte till barndomen. Barnet har rätt till en reell möjlighet att påverka beslut om sin egen framtid, om han eller hon så vill.

3. Barnets egen representant – i vems intresse?

Normalt är det vårdnadshavaren eller vårdnadshavarna som avgör vad som är bäst för barnet. Om vårdnadshavarna inte kan komma överens eller om man av någon orsak inte kan lita på vårdnadshavarens förmåga att fatta beslut i barnets intresse, måste domstolen eller förvaltningsdomstolen avgöra, vad som är bäst för barnet. Men vilken roll spelar barnets representant i denna pjäs? Om barnets representant vet vad som är barnets bästa i det enskilda fallet, vilken är då domarens roll? Domaren skall ju fatta beslut om vad som är bäst för barnet. Den norska kommittén fäste ju uppmärksamhet vid detta problem.³⁰

Tanken bakom en egen representant för barnet är väl att vårdnadshavaren av olika skäl kan sakna förmåga att se saken ur barnets synvinkel. Detta tror jag ofta kan vara fallet i processen i samband med omhändertagande. Man kan även tänka sig att föräldrarnas inbördes konflikt kan hindra dem att inse vilka behov barnet har i ett vårdnadsärende. Men kan en representant verkligen bjuda domstolen något annat än vad föräldrarna kan? Föräldrar förväntas också normalt fungera som goda föräldrar för barnet även efter proceduren. Man kan tänka sig att den ena av föräldrarna tror att barnets representant i själva verket företräder den andra

³⁰ NOU 1998:17, s. 47, se ovan punkt 3.2.

partens intresse, inte barnets, så som han eller hon själv tror sig göra. Det är också allmänt känt att en förälder kan bli otroligt förbittrad efter en förlorad vårdnadstvist. Men barnet behöver ju normalt båda sina föräldrar även efter tvisten. Detta behov kan faktiskt vara starkare hos ett barn, vars föräldrar har tvistat om dess vårdnad, än hos ett barn, som har blivit omhändertaget och placerat utanför hemmet.

En extra figur i form av barnets representant kan alltså enligt min mening bidra till att stärka föräldrarnas inbördes konflikt och försvåra familjens situation ur barnets synvinkel i vissa fall, men kan i andra fall hjälpa domstolen att hitta den bästa lösningen för barnet. Min uppfattning är alltså, att en egen representant för barnet säkert i framtiden kommer att vara ett viktigt instrument i vissa procedurer som gäller barn. Men man bör noga överväga dess användning.

4. Vem har rätt att företräda barnet som biträde eller representant?

Den norska kommittén och i synnerhet den svenska utredningen betonade att särskilda krav skall ställas på barnets representant. Dessa krav kan gälla utbildningen och personliga egenskaper. Enligt Europarådets konvention kan en representant vara en jurist eller en annan lämplig person. En representant kan enligt Europarådets konvention också vara ett organ, så som en socialmyndighet (child welfare authority, art. 2).³¹

Jag själv understöder starkt den svenska utredningens förslag, enligt vilken särskilda krav bör ställas för den som företräder barnet i en process om omhändertagande.³² Jag tror inte heller att mindre krav skulle behövas för en representant för barnet i en särskilt svår process om vårdnad, boende och umgänge och jag har ingen orsak att tänka att den norska kommittén skulle ha avsett att vara mera anspråkslös i detta hänseende.³³ En annan fråga är var man hittar alla dessa barnvänliga, erfarna experter i barnrätt och gärna i barnpsykologi, som skulle vara kompetenta att fungera som barnets representanter.

5. Barnets ställning i medling och i överenskommelser

Till sist vill jag lyfta fram vissa "rättsliga procedurer" som är särskilt vanliga i nordiska sammanhang. Jag menar olika former av medling, samarbetssamtal, familjerådgivning osv. och föräldrarnas möjligheter att komma överens om vårdnaden eller om omhändertagandet av barn. Dessa procedurer har alltid ansetts ligga i barnets intresse. Ändå står det som händer under dessa samtal och förhandlingar inte under någon som helst rättslig kontroll. Den här möjligheten att komma överens baserar sig naturligtvis på tanken att föräldrarna vet vad som är

³¹ Explanatory report, punkt 25.

³² Se ovan, punkt 3.3.

³³ Se ovan, punkt 3.2.

bäst för barnet och att det inte finns någon orsak att misstänka deras förmåga att göra så. Ändå betyder detta, om vi i framtiden Norden har särskilda och speciella representanter för barn i olika social- och familjerättsliga procedurer, att vi å ena sidan har informella förhandlingar med föräldrarna och å andra sidan stenhårda rättegångar, där var och en familjemedlem har en eller åtminstone en advokat eller annan representant, för att nå samma resultat, barnets bästa.

Raimo Lahti

Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare –
något att sträva efter?

Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter?

Av professor Raimo Lahti, Finland

Raimo Lahti är född 1946. Han blev jur.kand. 1966, jur.lic. 1967, pol.kand. 1971 och jur.dr 1974 (vid Helsingfors universitet); vicehäradshövding 1971. Han har varit professor i straffrätt sedan 1976, först vid Åbo universitet 1976–79 och därefter vid Helsingfors universitet. Han har varit huvudredaktör för juridiska tidskriften "Lakimies" 1991–99 samt styrelsemedlem i flera vetenskapliga organisationer, för närvarande bl.a. viceordförande för den Internationella straffrättsföreningen AIDP och ordförande för Kriminalistföreningen i Finland. Han har också som sakkunnig aktivt deltagit i totalrevideringen av den finska strafflagen sedan 1980.

1. Sammanfattning

Rubriken handlar om straffrättens och kriminalpolitikens centrala europeiska dimension, vars betydelse har förstärkts i Europeiska unionens (EU) medlemsstater i och med Amsterdamfördraget (1997), som trädde i kraft år 1999. Åtgärderna som man särskilt under hösten 2001 fattat beslut om inom EU, har framhävt den europeiska straffrättens betydelse samt i synnerhet framhävt EU:s tredje pelares ställning vid skapandet av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa.

Det är ur nordisk synvinkel bekymmersamt att intensifieringen av det straffrättsliga samarbetet inom EU tycks leda till en allt enhetligare kriminalpolitik som grundar sig på repression, dvs. på kontrollåtgärder och stränga sanktioner. I den nordiska kriminalpolitiken har man däremot betonat bl.a. brottsprevention samt de för kriminal- och straffrättspolitiken ställda kraven på legitimitet, relativt låg repressionsnivå och humanitet.

Man borde i den nordiska diskussionen skapa ett handlingsprogram eller strategier för att förbättra den nordiska kriminalpolitikens inflytande på denna utveckling inom EU. Den nordiska rättstraditionen, det effektiva rättsliga samarbetet mellan de nordiska länderna och dessa länders humana kriminalpolitik, kan erbjuda medel för att förstå och skapa förutsättningar för ett motsvarande rättsligt område inom EU. Europeiska rådets Laeken-deklaration (15.12.2001) har senast manat till en omfattande diskussion om EU:s framtid före regeringskonferensen år 2004.

I föreliggande referat utreds grunderna för indelningen av EU:s tredje pelare (2). De omständigheter som genom Amsterdamfördraget inverkat på ändringen av den nämnda pelaren analyseras liksom även ändringarnas innehåll och verkningar (3). Denna ändringsprocess dryftas allmänt som en del av straffrättens internatio-

nalisering och europeisering (4). Till slut framhävs sådana frågor och utmaningar för det nordiska rättssamarbetet och för kriminalpolitiken med nordiska värden, som utvecklingen på sista tiden gett upphov till (5).

2. Grunderna för indelningen av EU:s tredje pelare

I det i Maastricht 7.2.1992 ingångna fördraget om EU (nedan *unionsfördraget*) uttryckte medlemsstaterna sin strävan att uppnå en allt fastare sammanslutning mellan folken genom att grunda EU. För EG/EU ställdes som mål (tidig. artikel B, i dag artikel 2¹):

- att stärka den ekonomiska och sociala sammanhållningen samt upprätta en ekonomisk och monetär union;
- att genomföra en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik;
- att införa ett EG-/EU-unionsmedborgarskap;
- ett samarbete i rättsliga och inrikes frågor; samt
- att upprätthålla EG:s regelverk och bygga ut det.

Genom fördraget (1957) om Europeiska ekonomiska gemenskapen, grundades den gemensamma marknaden och den ekonomiska gemenskapen. Med den gemensamma marknaden avses en negativ integration, dvs. man avlägsnar hinder för handeln mellan medlemsstaterna. Med den ekonomiska gemenskapen förstås ett arrangemang där utöver genomförandet av den gemensamma, dvs. inre marknaden, även utvecklas en utvidgad gemensam politik inom olika områden (positiv integration). Dessa traditionella (första pelarens) mål för gemenskapsintegrationen förstärktes medelst Amsterdamfördraget genom att man ställde som mål att upprätta en ekonomisk och monetär union.

Bestämmelserna i unionsfördraget gällande tredje pelaren, dvs. samarbetet i rättsliga och inrikes frågor, ingår i avdelning VI (tidig. artikel K.1-K.9, i dag artikel 29–37). I artikel K.1 bestämdes om följande frågor av gemensamt intresse:

- asylpolitiken;
- reglerna för personers överskridande av medlemsstaternas yttre gränser;
- invandringsspolitiken och politiken mot medborgare i tredje land (till vissa delar);
- kampen mot narkotikamissbruk;
- kampen mot bedrägerier, dvs. gemenskapsbedrägerier;
- civilrättsligt samarbete;
- straffrättsligt samarbete;

¹ Den nya numreringen hänvisar till unionsfördragets konsoliderade variant, sådan den är som följd av Amsterdamfördraget som undertecknades 2.10.1997 och trädde i kraft 1.5.1999.

- tullsamarbete;
- polissamarbete för att hindra och bekämpa grova former av internationell brottslighet.

I och med Amsterdamfördraget gjordes betydande ändringar i denna pelares ställning och innehåll. Därvid enades man om att genomföra ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. Man beslöt att foga Schengenavtalet, som gäller den fria rörligheten för personer, som en del av unionsfördraget. Man beslöt att överföra en betydande del av tredje pelarens uppgiftsområden (såsom det civilrättsliga samarbetet) till första pelaren. Bestämmelserna om polissamarbetet och det straffrättsliga samarbetet förblev reglerade i avdelning VI i unionsfördraget. Ändringarna gällde även de tredje pelaren underställda rättsliga instrumenten och därmed anknutna behörighetsfrågorna (se närmare nedan kap. 3).

Den beskrivna indelningen av pelarna i unionsfördraget, vartill utöver de redan nämnda pelarna även hör andra pelaren om den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken, är förenad med betydande skillnader i fördelningen av behörigheten. Medlemsstaterna har inom första pelaren, dvs. gemenskapsrätten (EG-rätten), begränsat sin suveränitet i avsevärt större utsträckning än i ärenden inom andra och tredje pelaren. Den likaledes till första pelaren hörande gemenskapsrättens karaktär som ett övernationellt rättssystem innebär att de nämnda pelarna underställda rättsliga instrumentens verkningar och former för förverkligande väsentligt skiljer sig från varandra.

Inom gemenskapsrätten består begränsningarna för medlemsstaternas suveränitet av kommissionens uteslutande initiativrätt i gemenskapsärenden samt av medlemsstaternas bundenhet till EG-rättsakter antagna av Europeiska unionens råd medelst beslut som fattats med kvalificerad majoritet och som oftast antagits i samråd med Europaparlamentet medelst medbeslutandeförfarande. EG-domstolen, som kan meddela förhandsavgöranden, är behörig att på ett för medlemsstaterna bindande sätt göra tolkningar av EG-rätten.

Ärenden under tredje pelaren har hört till samarbetet mellan medlemsstaternas regeringar, varvid de i denna pelare befintliga rättsliga instrumentens förverkligande i en medlemsstat utgångsvis har bedömts på samma sätt som vilken som helst internationellrättslig förpliktelse. Denna skillnad i indelningen av behörigheten, dvs. användningen av denna metod regeringarna emellan (intergovernmental method) till skillnad från första pelarens s.k. gemenskapsmetod (Community method), var starkt framme då Amsterdamfördraget bereddes och en slutsats var att man genom fördraget skulle mjuka upp denna tudelning: I beslutsfattandet i rättsliga och inrikes frågor inom tredje pelaren inbegreps drag från EG-rätten. När man för sin del genom Amsterdamfördraget beslöt överflytta åtgärder som tryggar den fria rörligheten för personer från tredje pelaren till första pelaren, förblev beslutsfattandet under övergångsperioden i enlighet med metoden regeringarna emellan.

Det faktum att tredje pelarens framtid var en central sakhet vid beslut om Amsterdamfördraget, ger anledning att närmare dryfta de i fördraget omfattade ändringarnas bakgrund, särdrag och verkningar.

3. Amsterdamfördraget och ändringarna i det straffrättsliga samarbetet inom EU:s tredje pelare

Då man utarbetade Amsterdamfördraget fick unionsfördragets tredje pelare allmänt kritik i den form den ursprungligen antagits i Maastricht. Man kritiserade bl.a. det, att åtminstone en del av sakgrupperna som hörde till artikel K.1-K.9 bättre lämpade sig att vara underställda gemenskapsmetoden, att Schengen-samarbetet skedde genom avtalsarrangemang utanför EU och att man inte tillräckligt klart fastställt målen för samarbetet inom tredje pelaren, de olika organens roller och de använda instrumenten.²

Amsterdamfördraget ledde till betydande ändringar i tredje pelaren. Vissa ändringar har redan ovan tagits upp (kap. 2). Samtidigt som tredje pelaren sakligt sett inskränkts har innehållet i den resterande delen klarlagts och funktionsförutsättningarna för regleringsinstrumenten har effektiverats.³

Dessa ändringar kan ses som en strävan att förstärka såväl den negativa som den positiva integrationen. Med den förra strävar man efter att kontrollen med anknytning till EU:s inre gränser skall slopas eller minskas genom en utökning av ett ömsesidigt erkännande av de nationella lagarna och domarna samt genom ett befrämjande av "åtalens fria överföring". Det senare målet inriktar sig på att tillnärma eller till och med samordna de straff- och straffprocessrättsliga lagarna.⁴

I jämförelse med den negativa och positiva integrationens uppnådda resultat inom EG-rätten var den beskrivna integrationsutvecklingen inom straffrättens område i ett begynnelsekedje när Amsterdamfördraget trädde i kraft.

Den genom Amsterdamfördraget reviderade artikel 29 (tidig. artikel K.1) i avdelning VI i unionsfördraget lyder:

"Utan att det påverkar Europeiska gemenskapens befogenheter skall unionens mål vara att ge medborgarna en hög säkerhetsnivå inom ett område med frihet, säkerhet och rättvisa genom att bland medlemsstaterna utforma gemensamma insatser på områdena polissamarbete och straffrättsligt samarbete samt genom att förebygga och bekämpa rasism och främlingsfientlighet.

² Se t.ex. *Jaap de Zwaan*, The Future of the Third Pillar and the Fight against EU Fraud: Evaluation of the IGC and the Treaty of Amsterdam. I J.A.E. Vervaele (ed.): Transnational Enforcement of the Financial Interests of the European Union. Intersentia Law Publishers 1999, s. 13–28.

³ Se närmare t.ex. *Simon White – Nicholas Dorn*, Freedom, Security and Justice: Criminal Law Cooperation in the EU. I Miklós Lévy (ed.): Transnational Crime – Transnational Criminal Justice. Miskolc 2001, s. 9–25.

⁴ Se *Steve Peers*, EU Justice and Home Affairs Law. Longman, Pearson Education 2000, s. 140–141.

Detta mål skall uppnås genom förebyggande och bekämpande av brottslighet, vare sig denna är organiserad eller ej, särskilt terrorism, människohandel och brott mot barn, olaglig narkotikahandel och olaglig vapenhandel, korruption och bedrägeri, genom

- närmare samarbete mellan polismyndigheter, tullmyndigheter och andra behöriga myndigheter i medlemsstaterna, både direkt och genom Europeiska polisbyrån (Europol), i enlighet med bestämmelserna i artiklarna 30 och 32,
- närmare samarbete mellan rättsliga myndigheter och andra behöriga myndigheter i medlemsstaterna i enlighet med bestämmelserna i artiklarna 31a-d och 32,
- tillnärmning, när det är nödvändigt, av straffrättsliga regler i medlemsstaterna i enlighet med bestämmelserna i artikel 31e.”

För att kunna förstå betydelsen av den ovannämnda artikeln måste man granska det reviderade unionsfördragets bestämmelser om formerna för det straffrättsliga samarbetet samt om de rättsliga instrumenten som används för att utveckla dessa former. Man förutsätter sålunda att samarbetet mellan medlemsstaternas myndigheter skall underlättas och påskyndas när det gäller straffrättsliga förfaranden och verkställighet av beslut. Utlämning för brott borde underlättas. Det är likaledes vid behov av nöden att säkerställa att de tillämpliga reglerna i medlemsstaterna stämmer överens. Konflikter mellan medlemsstaterna i frågor som angår domstolens behörighet måste förebyggas. Dessutom borde man fatta gradvisa beslut om åtgärder som fastställer minimiregler avseende brottsrekvisit och påföljder på områdena organiserad brottslighet, terrorism och olaglig narkotikahandel. (Se artikel 31 i unionsfördraget.)

De reformerade instrumenten för det rättsliga samarbetet är: a) de antagna gemensamma ståndpunkterna som anger unionens inställning i en viss fråga; b) rambesluten om tillnärmning av medlemsstaternas lagar; c) besluten för andra ändamål som stämmer överens med målen för samarbetet – dock med uteslutande av tillnärmningen av medlemsstaternas lagar och andra författningar; samt d) konventionerna. (Se artikel 34 i unionsfördraget.)

Rambesluten är helt nya rättsliga instrument. Som åtgärdstyp slopade man å sin sida de av det ursprungliga Maastrichtfördraget omfattade gemensamma åtgärder, som användes tämligen ofta – i 39 fall – men om vars direkta effekt oklarhet rådde⁵. Rambesluten är bindande för medlemsstaterna när det gäller de resultat som skall uppnås, men rambesluten överlåter åt de nationella myndigheterna rätten att bestämma om formen och tillvägagångssättet; rambesluten har inte någon direkt effekt (se artikel 34.2 punkt b i unionsfördraget).

Rambesluten påminner, i egenskap av harmoniseringsmedel för EU-medlemsstaternas strafflagstiftning, om gemenskapsrättens direktiv. Även ett rambeslut har tolkningsverkningar, men de är svagare än de hos EG-rättens direktiv, emedan förverkligandet av tolkningsverkningarna inte har en s.k. gemenskaps-

⁵ Se Peers 2000, s. 28.

lojalitetsbestämmelse som effektmedel och emedan den straffrättsliga legalitetsprincipen och rättssäkerhetsprincipen inskränker tolkningsverkningarnas betydelse in malam partem.⁶

Medelst Amsterdamfördraget gjordes ändringar även beträffande konventionerna. Avsikten med dessa ändringar är att effektivisera deras användning som regleringsmedel, jämfört med vad som gäller beträffande konventionernas förverkligande med stöd av de allmänna principerna om den internationella rätten och den nationella konstitutionen. Rådet fastställer en tid inom vilken medlemsstaterna skall påbörja "tillämpliga förfaranden" för att anta en konvention. För att en konvention skall träda i kraft krävs att åtminstone hälften av medlemsstaterna antagit den. (Se artikel 34.2 punkt d i unionsfördraget.)

Antagandet av konventioner från det ursprungliga Maastrichtfördragets tid har i medlemsstaterna varit synnerligen trögt; Europol-fördraget som förutsatte alla medlemsstaternas godkännande var den första konventionen som trädde i kraft (1.10.1998).

Amsterdamfördraget innefattar en institutionell reform i och med att kommissionen i ärenden inom tredje pelaren har en fullständig parallell initiativrätt tillsammans med medlemsstaterna (artikel 34.2 i unionsfördraget).

Reformerna som Amsterdamfördraget fört med sig har inte enbart varit inriktade på att effektivisera de rättsliga instrumenten utan de har även varit inriktade på att förstärka instrumentens acceptabilitet (legitimitet). Stärkandet av Europaparlamentets och EG-domstolens roll i ärenden inom tredje pelaren kan ses som ett uttryck för detta. Rådet måste höra Europaparlamentet innan rådets rambeslut och beslut fattas samt konventioner antas.

EU:s rättsliga samhörighet och karaktär som rättsstat betonas av EG-domstolens erkända makt att meddela förhandsavgöranden om giltigheten och tolkningen av rambeslut och beslut, om tolkningen av konventioner, samt om giltigheten och tolkningen av konventionernas verkställighetsåtgärder. Detta bör beaktas trots att EG-domstolen inte har uteslutande tolkningsrätt i ärenden inom tredje pelaren och trots att domstolens behörighet har begränsats vid bedömningen av giltigheten eller proportionaliteten av de insatser som av polis eller andra brottsbekämpande organ företas i en medlemsstat (artikel 35.5 i unionsfördraget).⁷

Vid bedömningen av Amsterdamfördragets betydelse är det viktigt att fästa uppmärksamhet vid Europeiska rådets möte i Tammerfors den 15–16 oktober 1999 – sex månader efter att det nämnda fördraget trädde i kraft – där man godkände de politiska riktlinjerna och tyngdpunkterna för att utveckla EU som ett område med frihet, säkerhet och rättvisa. I det inledande stycket till dessa milstolpar konstateras bl.a. följande:

⁶ Se t.ex. *Tuomas Pöysti*, *Tehokkuus, informaatio ja eurooppalainen oikeusalue*. [Effektivitet, information och det europeiska rättsområdet.] Diss. Helsinki 1999, s. 281.

⁷ Se allmänt *Pöysti* 1999, s. 281–284.

”5. Friheten kan åtnjutas endast inom ett område där verklig rättvisa råder, där människor kan vända sig till domstolar och myndigheter i vilken medlemsstat som helst lika lätt som i sin egen stat. Brottsslingor får inte ges några möjligheter att utnyttja skillnader mellan medlemsstaternas rättssystem. Domar och beslut bör efterlevas och verkställas i hela unionen, samtidigt som den grundläggande rättssäkerheten för människorna och de ekonomiska aktörerna tryggas. Bättre överensstämmelse och ökad konvergens måste uppnås mellan medlemsstaternas rättssystem.”⁸

Tyngdpunktsområdena i slutdokumentet är framför allt följande:

- det ömsesidiga erkännandet av rättsliga avgöranden;
- upprättandet av en Eurojust-enhet som skall underlätta samordningen av de nationella åklagarmyndigheterna och stödja brottsutredningar som gäller organiserad brottslighet;
- insatserna för att enas om gemensamma definitioner, grunder för åtal och påföljder bör koncentreras till sektorer med särskild betydelse, t.ex. ekonomisk brottslighet, narkotikahandel, människohandel, särskilt utnyttjande av kvinnor, sexuellt utnyttjande av barn, högteknologisk brottslighet och miljöbrott; samt
- särskilda åtgärder mot penningtvätt.

Det är beaktansvärt att det i slutdokumentet från Tammerfors konstateras att åtgärderna som skall effektivisera EU:s tredje pelare har nära anknytning till att man i brådskaande ordning får till stånd en stadga om de grundläggande rättigheterna i EU. Ett utkast till en stadga om de grundläggande rättigheterna i EU utarbetades snabbt och utkastet antogs som en proklamation vid Europeiska rådets möte i Nice i december 2000⁹. Vid Europeiska rådets möte i Tammerfors enades man därtill om ett system för uppföljning, dvs. man skulle göra upp en resultattavla som regelbundet skulle uppdateras. Resultattavlan har fram till Europeiska rådets möte i Laeken (15.12.2001) uppdaterats fyra gånger. På toppmötet i Laeken befastades förbindelsen till slutsatserna av Tammerfors-mötet.

4. EU och europeiseringen av straffrätten¹⁰

Europeiseringen av straffrätten är givetvis ett avsevärt mer omfattande fenomen än EU:s tredje pelare eller ens verkan av EU:s hela rättssystem. I en mer vid bemärkelse kan man tala om en europeisering av kriminalpolitiken, varvid denna

⁸ Se <http://presidency.finland.fi/>.

⁹ EGT C 364, 18.12.2000, s. 1–22.

¹⁰ Jfr. allmänt *Petter Asp*, EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv. Uppsala 1998; *Asp*, EU och den svenska straffrätten. Svensk Juristtidning (SvJT) 7/2001, s. 554–570; *Kimmo Nuotio*, Straffrätten europeiseras. Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab (NTfK) 4/2001, s. 289–308.

utveckling måste ställas i relation till globaliseringen av kriminalpolitiken.¹¹ Straffrätten som europeiseras innebär en intensifiering av den regionala utvecklingen, varvid man kan ställa frågan om vilken roll den av det nordiska samarbetet representerade subregionala rättsgemenskapen har i denna ändringsprocess. – Vilken inverkan har dylika utvecklingsfaktorer på kriminalpolitikens syften och värdemålsättningar och hur skall man ur nordisk synvinkel förhålla sig till dessa ändringar?¹²

Den globala, närmast i FN:s organ drivna kriminalpolitiken står i växelverkan med beslutsfattandet i EU. Exempelvis i det ovannämnda slutdokumentet från Tammerfors ansåg Europeiska rådet att det för EU var nödvändigt att i rättsliga och inrikes frågor utveckla möjligheterna att agera och bli betraktad som en viktig aktör på den internationella arenan med internationella organisationer, särskilt Europarådet, OSSE, OECD och Förenta nationerna.

Det huvudsakliga intresset inom den internationella kriminalpolitiken har varit inriktad på att utforma allmänna kriminalpolitiska normer och standarder, på att uppsätta modellavtal om det internationella straffrättsliga samarbetet, på att utarbeta konventioner om internationella brott (antingen s.k. folkrättsbrott eller världsbrott) samt på att verkställa dylika typer av instrument.

I den regionala, europeiska kriminalpolitiken är normerna och standarderna – inklusive normerna om de mänskliga rättigheterna – i praktiken striktare ställda än vad som är fallet på den globala nivån. Exempelvis i slutdokumentet från Tammerfors påpekas att den europeiska integrationen från allra första början har varit fast förankrad i ett gemensamt åtagande om frihet som grundar sig på mänskliga rättigheter, demokratiska institutioner och rättsstatsprincipen (se även artiklarna 6.1 och 6.2 i unionsfördraget).

Fransyskan *Mireille Delmas-Marty* anser att det i den europeiska kriminalpolitiken har utformats gemensamma principer i och med å ena sidan den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och å andra sidan EG-rätten.¹³ De nämnda principerna tillnärmar och delvis förenhetligar medlemsstaternas straffrättsliga system i EU. EG-rättens inverkan har varit starkare än vad som vanligen erkänns, om ock inverkan varit svår att förutse och varit ett resultat av en komplicerad process.¹⁴ Så är fallet trots att EG saknar en positiv straffrättslig kompetens.

¹¹ Jfr. allmänt *Lahti*, 'Towards an International and European Criminal Policy?' I Matti Tupamäki (ed.): *Liber Amicorum Bengt Broms*. Helsinki 1999, s. 222–240.

¹² Jfr. allmänt *Lahti*, 'Om den nordiska kriminalpolitikens utveckling.' NTfK 3/2000, s. 177–192.

¹³ *Delmas-Marty* (ed.), *What Kind of Criminal Policy for Europe?* Kluwer Law International, The Hague 1996, särsk. s. 311.

¹⁴ *Delmas-Marty*, 'The European Union and Penal Law.' *European Law Journal*, Vol. 4, 1998, s. 87–115.

EG-rättens centrala verkningar utgörs å ena sidan av kravet på effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner som skall tillämpas på påföljder för kränkningar av gemenskapsrätten. Man måste å andra sidan lägga märke till de för EG-rätten utmärkande dragen om dess primaritet samt omedelbara rätts- och tolkningsverkan, som kan ha en neutraliserande inverkan på en medlemsstats sanktionsnorm eller sanktionsnivå t.ex. i syfte att trygga den fria rörligheten.¹⁵

Finländaren *Tuomas Pöysti* framhäver i likhet med *Delmas-Marty* betydelsen av att utveckla EU som en straffrättslig rättsgemenskap (*ius commune europaeum*) på en grundläggande värde- och rättsprincipnivå, varvid straff- och straffprocessrätten och sanktionsrätten måste granskas som en helhet. Grunden för kriminal- och kontrollpolitiken i EG och EU skulle då utgöras speciellt av principerna om effektivitet, proportionalitet och avskräckning.

Det är viktigt att kritiskt analysera syften och värdemålsättningar för den i EU drivna kriminal- och kontrollpolitiken samt framför allt kritiskt analysera de värden och principer som EU-organens åtgärder i praktiken gett uttryck för samt verkningarna av dylika åtgärder. Är frihet, säkerhet och rättvisa lika starka värden i rättsliga och inrikes frågor inom EU:s tredje pelare? Det faktum att EG uttryckligen har skapats som en organisation och ett rättssystem för den effektivt fungerande gemensamma marknaden, har lett till att man i alltför hög grad betonar effektiviteten av åtgärderna samt de allmänpreventiva synpunkterna vid bekämpningen av brottsligheten.

Den nordiska rättsgemenskapen är på grund av en lång historisk tradition och de närliggande kulturella och samhällsstrukturrella dragen byggd på en avsevärt djupare värdegemenskap än den allmänneuropeiska eller EU:s samverkan. Den nordiska kriminalpolitiken har baserat sig på liknande kriterier för beslutsfattande som betonar rationalitet och humanitet. Det är starka skäl att hävda att EU:s kontrollpolitik hittills inte lätt kan förenas med den, exempelvis beträffande straffnivån, mera humana nordiska kriminalpolitiken.¹⁶ Det är för de nordiska länderna även problematiskt att användningsområdet för förvaltningsstraffrätten är tämligen begränsad i dessa länder, medan det nämnda användningsområdet i EU snarare utvidgas åtminstone så länge som EG inte har någon positiv straffrättslig behörighet.¹⁷

¹⁵ Se närmare *Delmas-Marty*, *European Law Journal* 1998.

¹⁶ Jfr. allmänt *P.O. Träskman*, "Corpus juris" – Ett frestande eller ett främmande förslag till en enhetlig europeisk rättssfär? NTfK 4/1997, s. 262–277; *Pöysti*, *Det framtida europeiska rättsområdet och Norden*. I Pia Letto-Vanamo (red.): *Nordisk identitet. Nordisk rätt i europeisk gemenskap*. Helsingfors 1998, s. 139–156.

¹⁷ Jfr. den svenska diskussionen: *Asp*, *EG:s sanktionsrätt*, kap. 10.

5. Den senaste utvecklingen av EU:s straffrätt i ljuset av exempel – utmaningarna för det nordiska rättssamarbetet och den nordiska kriminalpolitiken

Besvarandet av referatets huvudrubrik försvåras av att verkningarna av de ändringar som genom Amsterdamfördraget gjorts i målen och medlen för pelarindelningen och tredje pelaren inte ännu pålitligt kan bedömas. Man har å andra sidan i snabb takt föreslagit och föreslår nya rättsliga instrument och reformidéer. När man dryftar den europeiska kriminalpolitikens och straffrättsens framtid kan man inte heller förmoda att de straffrättsliga ärendenas ställning i EU:s pelarindelning eller i indelningen av behörigheten mellan EU och dess medlemsstater skall förbli oförändrad. Det är snarare skäl att ta för givet att den dynamiska utvecklingen ännu förstärks på ett svårförutsebart sätt.

De nordiska forskarna har vanligen haft ett synsätt som förespråkar sådana åtgärder med vilka man effektiviserar det internationella straffrättsliga samarbetet, så länge man samtidigt tar hand om tryggheten av individens rättsställning (i enlighet med den ovannämnda negativa integrationsmodellen).¹⁸ I relation till detta har man förhållit sig positiv till ett förstärkande av principen om det ömsesidiga erkännandet i samarbetet mellan medlemsstaterna i EU. Den nämnda utvecklingen är visserligen förknippad med många principiella problem som måste lösas. Hur tryggar man exempelvis i tillräcklig utsträckning individens rättigheter beträffande den som är föremål för en utlämnings- eller rättshjälpsbegäran? Detta har varit en viktig fråga vid beredningen av förslaget till rambeslut om en europeisk arresteringsorder.¹⁹

Inom hela EU-området har man ännu en lång väg till en stark rättslig samarbetsmodell som baserar sig på ett ömsesidigt förtroende – en modell som använts redan i decennier inom de nordiska länderna.

Man har även varit kritisk beträffande sådana åtgärder som eftersträvar en tillnärmning av strafflagstiftningen (i enlighet med den positiva integrationsmodellen), åtminstone om medlen skulle förutsätta ett övernationellt och centraliserat EU-straffrättsvårdsmaskineri.

Problemen med strävan att förenhetliga strafflagstiftningen belyses tydligt av inställningen till kommissionens senaste förslag till rambeslut om bekämpningen av terrorismen.²⁰ Det är meningen att det föreslagna rambeslutet skall leda till en tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om terrorismbrott. Vid förslagens riksdagsbehandling i Finland fäste man stor uppmärksamhet vid förslagens brister vad beträffar definieringen av terrorismgärningarna, emedan definieringen borde överensstämma med den straffrättsliga legalitetsprincipens bestämdhetskrav.

¹⁸ Se t.ex. *Träskman*, NTfK 1997 s. 272–273; *Asp*, SvJT 2001 s. 570; *Nuotio*, NTfK 2001 s. 302–303.

¹⁹ Förslag till Rådets rambeslut, KOM(2001)522 slutlig/2 (14867/1/01 rev 1, 10.12.2001).

²⁰ Förslag till Rådets rambeslut, KOM(2001)521 slutlig (14845/1/01 rev 1, 7.12.2001).

Definieringen av gärningarna i terrorismgruppen var därtill inte tillämpliga på de i Finland och i övriga nordiska länder omfattade delaktighetslärorna. Riksdagens grundlagsutskott ansåg ytterligare att strafflatituderna för vissa terrorismbrott var alltför stränga med tanke på proportionalitetsprincipen; regleringen av straffnivån borde i allmänhet även höra till området för medlemsstaternas egna lagstiftningsavgöranden.²¹

Den inskränkta karaktären av EG:s straffrättsliga behörighet har lett till många andra initiativ i syfte att ändra riktningen. Särskilt på basis av artikel 280 i fördraget om upprättandet av EG har framförts att man i syfte att skydda EG:s ekonomiska intressen skall kunna förutsätta straffrättslig reglering. Enligt stycke 4 i den nämnda artikeln skall rådet besluta om nödvändiga åtgärder som rör förebyggande av och kamp mot bedrägerier som riktar sig mot gemenskapens ekonomiska intressen; åtgärderna får inte gälla tillämpningen av nationell straffrätt eller den nationella rättskipningen.

En livlig diskussion har förts om det s.k. Corpus Juris -förslaget som stötts av Europeiska kommissionen och Europaparlamentet.²² Ett regleringsförslag i enlighet med förslaget grundar sig på tanken om en självständig straff- och straffprocesslag i EG. Corpus Juris innefattar omedelbart tillämpliga brottsrekvisit gällande brott mot gemenskapens finansiella intressen samt tillämpliga straffprocessuella bestämmelser. Inom EU-området skulle verka en övernationell åklagarmyndighet, som skulle ha en uteslutande behörighet att leda förundersökningen och sköta åklagarvärvet gällande de brott som Corpus Juris fastställer.

En vidareutvecklad version av Corpus Juris har utarbetats, varvid man vid dess beredning och efter att den färdigställdes har utrett hur en dylik straff- och straffprocesslag överensstämmer med medlems- och kandidatstaternas straff- och straffprocesslagar.²³ Medlemsstaternas officiella bedömningar och forskarnas ställningstaganden har varit huvudsakligen kritiska även beträffande det reviderade Corpus Juris -förslaget. Det nyaste skedet i ärendet representeras av kommissionens grönbok om straffrättsligt skydd av Europeiska gemenskapernas ekonomiska intressen och inrättandet av en europeisk åklagare.²⁴

I grönboken uppskattas att de bedrägerier som riktar sig mot gemenskapens finansiella intressen som upptäckts av antingen medlemsstaterna eller Europeiska byrån för bedrägeribekämpning (OLAF) under år 1999 uppgick till ett sammanlagt belopp om 413 miljoner

²¹ Grundlagsutskottets utlåtande 41/2001 rd – U 64.2001 rd (statsrådets skrivelse). Jfr. allmänt *Jørn Vestergaard*, Anti-terrorpaketen – den straffrättsliga del. Lov & Rett 1/2002.

²² Se *Delmas-Marty*, Corpus Juris. Economica 1997. Om dess kritiska värdering se särsk. Träskman, NTfK 1997 s. 262–277.

²³ *Delmas-Marty – J.A.E. Vervaele* (eds.), The Implementation of the Corpus Juris in the Member States. Vol. I–IV. Intersentia 2000–2001; Study on "Penal and Administrative Sanctions, Settlement, Whistleblowing and Corpus Juris in the Candidate Countries", ERA-Forum 3/2001.

²⁴ Se KOM(2001) 715 slutlig.

euro. Gemenskapens administrativa metoder för att upptäcka bedrägerier har förbättrats bl.a. på grund av OLAF:s bedrägeribekämpningsstrategi och -verksamhet (OLAF som grundar sig på en nyorganisering år 1999 är helt oberoende i sin utredningsverksamhet). De bedrägerier som riktar sig mot gemenskapens finansiella intressen är i regel omfattande och berör flera medlemsstaters straffrättsliga system och bedrägeribekämpningen förutsätter speciella åtgärder. Med förslaget, som förutsätter att Fördraget om upprättandet av EG justeras, skulle man skapa ett gemensamt område för utredning och lagföring i syfte att trygga gemenskapens finansiella intressen. Förslaget anses vara en logisk följd av den europeiska integrationen: "Europeiska åklagaren, som fungerar inom det europeiska rättsområdet, strävar egentligen inte så mycket efter 'rättigheter i Europa' utan efter 'rättigheter för Europa'."

Förslaget om att inrätta en europeisk åklagare återspeglar ett missnöje med att inte ens ett effektiviserat straffrättsligt samarbete mellan medlemsstaterna skulle vara ett kriminalpolitiskt tillräckligt medel vid tryggandet av de för hela EU viktiga intressena. I motiveringen till förslaget lyfts nog allt starkare fram ett behov att utveckla systemet för de grundläggande fri- och rättigheterna i EU. Problemet, exempelvis då man medelst rambeslut inom EU:s tredje pelare tillnärmar medlemsstaternas straffrättssystem, är att individen inte direkt kan åberopa en bestämmelse i ett rambeslut i syfte att trygga sina rättigheter.

En effektivisering av tryggandet av gemenskapens finansiella intressen medelst ett system som innefattar övernationella drag väcker bl.a. principiella frågor om problem med anknytning till straffrättens differentiering. Kan den europeiska rätten gällande ekonomisk brottslighet förenhetligas så att de nationella straffrättssystemen bevarar sina kulturella särdrag vid "nationella" brott? Var ligger gränserna för en sådan differentiering?

Balanseringen mellan det kollektiva intresset för intern säkerhet inom EU, värdemålsättningen av rättvisa beträffande EU-ländernas straffrättsliga system samt hänsynstagandet till individuella rättigheter är kärnfrågor när man strävar efter en ökad legitimitet av olika former av europeisk straffrätt. De nordiska länderna borde alltmer aktivt försöka inverka på innehållet i den europeiska kriminal- och kontrollpolitiken samt i praktiken förstärka det nordiska samarbetet i EU²⁵.

²⁵ Jfr. *Dag Mattson*, Nordiskt samarbete i EU i praktiken. SvJT 1/2001, s. 12–26.

Viðar Már Matthíasson

Social forsikring, private forsikringer eller
erstatning, kollektive eller individuelle løsninger

Social forsikring, private forsikringer eller erstatning, kollektive eller individuelle løsninger

Af professor *Viðar Már Matthíasson*, Island

Emnet har tidligere været diskussionsemne på de Nordiske Juristmøder. Denne gang omhandles emnet fra erstatningsrettens synsvinkel og er begrænset ved personskader. Der redegøres kort for erstatningsrettens udvikling i Norden fra midten af sidste århundrede. Generelt kan det siges at erstatningsgrundlaget har været udvidet, d.v.s. flere og flere tilfælde bliver erstatningsskyldige end tidligere og erstatningsbeløbene har været stigende. Det varierer fra land til land hvordan denne udvikling har været i detaljer, men det foranskrevne er klart tendensen.

Målet med voksende erstatningsbeløb ser først og fremmest ud til at have været at forstærke skadelidtes stilling, d.v.s. det er erstatningsreglernes kompensationsrolle som har motiveret udviklingen. Der drøftes forskellige problemer som erstatningsretten er behæftet med og det faktum at de fleste af dem er fortsat uløste. Som eksempel kan nævnes at kun meget få skadelidte får sit tab erstattet i henhold til erstatningsreglerne, og at de som er så heldige at være berettigede til erstatning, får ved alvorlige personskader så store beløb, at kun meget få har midler til at betale dem.

Erstatningsretten stoler på løsninger fra andre retsområder så at de skadelidte kan få den erstatning som reglerne tilsiger. Det lader sig ikke altid gøre. Der redegøres i diskussionsoplægget for den stadige vækst som har været i forsikringer og at deres andel i betaling af erstatning stadig er steget. I det meste af tiden fra midten af sidste århundrede har der været vækst i de sociale forsikringer. Adskillige tegn peger dog i retning af at væksten i de sociale forsikringer efterhånden er blevet mindre og muligvis vil blive reduceret yderligere. Dette skyldes bl.a. at det offentliges beskatning af borgerne nærmer sig den øverste rimelige grænse, og at konkurrencen om bevillinger til sociale formål stadig bliver strammere, ikke mindst på grund af voksende antal af de ældre i de nordiske samfund. Af de muligheder som de skadelidte har for at få erstattet sit tab, i det mindste efter islandsk ret, ser det ud til at være sandsynligt at den private forsikring og eventuelt pensionskasser vil kunne øge sin andel deri. De private forsikringer kan enten være lovpligtige som patientforsikringer eller frivillige. Man kan næppe regne med at en almen ulykkesforsikring sådan som blev lovfæstet i New-Zeeland omkring 1970 vil blive løsningen for de nordiske lande. Udviklingen i New-Zeeland virker ikke opfordrende for dem som har sat sig ind i slige løsninger.

Det er dog sandsynligt, at man kan regne med at den minimale sikkerhed for dem som bliver udsat for personskade, og som ikke kan få skaden erstattet efter erstatningsrettens regler, vil blive forsikret af den sociale forsikring. Retten til sådan minimal sikkerhed er beskyttet af grundlovens regler i Island, samt af internationale forpligtelser på menneskerettighedernes område, som der henvises til i den dom som afsagdes af Islands Højesteret den 19. december 2000 og som der refereres til i diskussionsoplægget.

Viðar Már Matthíasson er født i 1954, blev cand. jur. i Island, og drev videregående studier og forskning i aftaleret og obligationsret ved Norsk Institutt for privatrett, Universitetet i Oslo, 1979–1981, under vejledning af Birger Stuevold Lassen. Han drev advokatvirksomhed i Reykjavik i årene 1981–1995, som højesteretsadvokat fra 1988. Han var gæsteforsker ved Institutet för fastighetsrättslig forskning ved Uppsala Universitet, 1995–1996. Siden 1996 har han været professor i formueret ved Islands Universitet hvor han er ansvarlig for undervisning i erstatningsret, forsikringsret og om ejendomskøb. Han har været konstitueret højesteretsdommer i kortere perioder i årene 2000 og 2001. Han har skrevet bøger om ejendomskøb og om omstødsreglerne i konkursloven. Han har været udnævnt til at udarbejde forslag til lov om køb af fast ejendom og er medlem af et udvalg som for tiden arbejder på et forslag til en ny forsikringsaftalelov.

1. Indledning

”Historien gentager sig”

Med dette ordsprog indledte den finske professor Esko Hoppu sit indlæg ”Erstatning og forsikring – stillingen i dag og udviklingstendenser” som han fremførte på det 28. nordiske juristmøde i København i august 1978.¹ Med dette hentydede han til at det samme diskussionsemne havde været til behandling på det 19. nordiske juristmøde i Stockholm i 1951, men dengang havde den svenske professor Ivar Strahl været indleder.² Professor Stahl havde behandlet emnet på en bred basis, behandlede såvel personskade som tingsskade, medens Esko Hoppu begrænsede sit indlæg til tingsskade. Der findes nu atter behov for at tage problemstillingen op til behandling, dog med en anden overskrift, men faktisk er der tale om de samme grundprincipper som på de tidligere juristmøder, navnlig hvis man nærmer sig emnet fra den erstatningsretlige synsvinkel, sådan som jeg har tænkt mig at gøre det. Der er dog rigelig grund til at tage emnet op til en ny diskussion, idet der er sket betydelige ændringer indenfor erstatningsretten, forsikringsretten og socialretten siden 1978, for ikke at nævne alt det som er sket siden 1951. De fleste af grundproblemerne er ligeledes uløste. Det er f.eks. langt fra at man har opnået konsensus om de grundlæggende principper i erstatningsretten, sådan som spørgsmålet om hvilke opgaver er eller bør være dens vigtigste beskæftigelse.

Jeg har tænkt mig at begrænse min behandling til personskade, idet jeg tror at en anden håndtering af emnet ville blive for omfattende. Jeg vil derfor i korte træk beskrive erstatningsrettens udvikling i løbet af den sidste halvdel af sidste

¹ Esko Hoppu, Skadestånd – försäkring, nuläget och utvecklingstendenser. Förhandlingar på Det otteogtyvende nordiske juristmøde i København den 23. – 25. august 1978. Bilag 12, s. 3.

² Ivar Strahl, Skadestånd och försäkring, Förhandlingarna å Det nittonde nordiske juristmötet i Stockholm den 23. – 25. augusti 1951, Bil. 1.

århundrede, men ikke begrænse behandlingen til tiden efter den sidste gennemgang i året 1978. Desuden vil jeg redegøre for på hvilken måde borgernes tryghed bør sikres mod de økonomiske følger af personskade, som de fleste er nok enige om at ville være formålstjenligt.

2. Udviklingen af nordisk erstatningsret i de sidste årtier

Det kan uden større forbehold påstås at udviklingen af nordisk erstatningsret i de sidste årtier er gået i den retning, at antallet af tilfælde hvor der er tale om erstatningspligt er vokset, d.v.s. erstatningsgrundlaget er blevet bredere og generelt har erstatningsbeløbene også været stigende, og det gælder navnlig erstatning for personskade, som vil blive behandlet her. Men det er dog meget forskelligt, hvordan og hvor langt denne udvikling er nået i de forskellige lande.

Island

I islandsk ret er udviklingen gået i den retning som er beskrevet ovenfor. Hvad erstatningsgrundlaget angår er dette sket på tre måder, d.v.s. for det første lovfæstelse af særregler i lovgivningen med bestemmelser der indeholder objektivi erstatningsansvar, for det andet lovfæstelse af bestemmelser der medfører ellers skærpet erstatningsansvar og for det tredje har der været brugt strengere skyldbedømmelse ved anvendelsen af culpa reglen og bevisbedømmelsen er blevet justeret til gunst for den skadelidte, i forhold til den traditionelle anvendelse af bevisreglerne. Desuden er erstatningsbeløbene steget, især er det erstatning for personskade som er steget i henhold til de radikale ændringer som blev foretaget i årene 1996 og 1999 (lov nr. 42/1996 og nr. 37/1999) i den islandske erstatningsansvarslov nr. 50/1993. Denne lov var oprindelig i næsten alle henseender enslydende med den danske erstatningsansvarslov som trådte i kraft i 1984.

Angående det første punkt, d.v.s. det voksende antal regler om objektivi erstatningsansvar, bør det fremhæves at den vigtigste bestemmelse findes i § 88 i færdselsloven nr. 50/1987, men objektivi ansvar indførtes først i islandsk færdselslov i 1958.³ Som eksempel på andre lovbestemmelser om objektivi erstatningsansvar kan nævnes regler i luftfartsloven nr. 60/1998, § 172 i søfartsloven nr. 34/1985 (skade på besætningsmedlemmer), lov nr. 14/1979 som indkorporer den internationale konvention om ansvar for skade på grund af olieforurening, udstedt i Brussel den 29. november 1969, som lov i Island, § 34 i lov nr. 6/1986 om fjældgræsgange, indsamling af får mv., men den er fortolket på den måde at den foreskriver objektivi ansvar for skade som husdyr forvolder når

³ Om udviklingen af erstatningsregler i islandsk færdselslovgivning kan der henvises til: Arnljótur Björnsson, Bætur fyrir umferðarslys, s. 8–9.

de græsser eller færdes på udemarker, hjemmemarker eller kolonihaver eller andre indhegnede områder.⁴ Endvidere kan nævnes bestemmelser i §§ 51 og 52 i lov nr. 26/1994 om flerfamiliehuse, på den ene side objektivt ansvar hos ejer til særeje i flerfamiliehus (§51) og på den anden side hos beboerforeningen (§ 52) for skade, som skyldes svigt i installation eller andet udstyr i særeje eller fællesseje, selv om hverken ejeren eller foreningen er skyld deri. Lov nr. 25/1991 om produktansvar bygger på objektivt ansvar, dog med nogle afvigelser, hvor det er en betingelse at vare er behæftet med fejl. Til sidst kan nævnes § 24 i lov nr. 18/1996 om genetisk modificeret organisme og § 28 i lov nr. 13/2001 om forskning og udvinding af kulhydrat. Lovbestemmelser om objektivt erstatningsansvar synes dog at være langt færre i Island end i de øvrige nordiske lande. Der findes således ingen bestemmelser i islandsk lovgivning om objektivt ansvar for miljøskader, som skyldes virksomhedsdrift, og ej heller for skade der skyldes brug af atomkraft og af naturlige grunde heller ikke skade fra jernbanedrift. I denne forbindelse kan også påpeges lov nr. 111/2000 om patientforsikring, men ifølge den er skadelidte berettiget til et bestemt beløb fra patientforsikringen uden hensyn til skyld hos sundhedspersonel. Om skade der overstiger IKR 5.000.000 (ca DKK 417.000) gælder erstatningsrettens almene regler.

Islandske domstole har altid været restriktive til at tildømme erstatning på grundlag af objektivt ansvar, medmindre det har haft direkte hjemmel i loven. Der findes kun ganske få eksempler fra islandsk domspraksis hvor objektive erstatningsregler er blevet anvendt uden støtte i lovgivningen, og de sidste tilfælde hvor det vides at dette blev gjort var i 1968 og 1970.⁵ Af disse domme er den konklusion blevet trukket, at det er en gældende regel i islandsk ret, at en arbejdsgiver bærer objektivt ansvar over for sin ansatte, hvis han kommer til skade under arbejde på grund af skjult mangel eller defekt i maskinel, som tilhører arbejdsgiveren.⁶ I andre tilfælde har Højesteret afvist at anvende objektive ansvarsregler uden støtte i direkte lovhjemmel. I islandsk ret gælder derfor ikke en uskreven lovregel om objektivt ansvar for skade, som opstår på grund af farlig bedrift eller ved særlig farlige omstændigheder. Som eksempel kan nævnes:

⁴ Denne regel er ikke ny, den kan spores helt tilbage til Grágás, fristatstidens lovsamling, og Jónsbók fra 1281, se nærmere Arnljótur Björnsson, *Bótaskylda án sakar (Erstatningspligt uden skyld)*, *Kaflar úr skaðabótarétti*, s. 227–228 og 235.

⁵ Se Hrd. 1968, s. 1051 (personskade hos en ansat ved en ulykke der indtraf ved svigt i en sikkerhedssele ved arbejde i en el-mast), Hrd. 1970, s. 434 (personskade hos en ansat ved en ulykke der indtraf på grund af svigt i afbryder på en fiskeindustrimaskine) og Hrd. 1970, s. 544 (personskade hos føreren af en bil, der var ansat hos bilejeren, men ulykken skyldtes svigt i bilens styremekanisme).

⁶ Arnljótur Björnsson, *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, s. 116 og samme forfatter, *A Survey of Icelandic Tort Law*, *Scandinavian Studies in Law*, Volume 38, s. 297–298. I den sidstnævnte oversigt tager forfatteren forskellige forbehold, navnlig at man ikke bør trække for vidtstrakte konklusioner af dommene om anvendelse af de objektive erstatningsregler.

Hrd. 1996, s. 159. En medarbejder hos Vejdirektoratet som arbejdede på et snerydningskøretøj pådrog sig personskade da snerydningskøretøjet blev ramt af en snelavine der rev det med sig et stykke vej uden for vejen. Højesteret afviste den konklusion som herredsretten var kommet til, nemlig at Vejdirektoratet som arbejdsgiver bar objektivt ansvar for medarbejderens skade. I Højesterets dom siges bl.a. herom: "Domstole har afvist krav om at pålægge arbejdsgivere eller andre erstatningspligt for skade ved ulykker, uden at de bærer skyld, som de ansatte har pådraget sig ved udførelsen af deres arbejde til søs eller i land på grund af naturkræfter. Det findes ikke, at der i denne sag er tilstrækkeligt grundlag til at afvige fra denne domspraksis." Vejdirektoratet blev derfor frifundet. Forsikringsselskabet som føreren var ulykkesforsikret hos, blev derimod dømt til at betale erstatning for personskade, idet det blev fastslået at ulykken var sket imedens føreren førte køretøjet.

Anvendelsen af præsumptionsansvarsreglen i islandsk ret er også meget sjælden. Der kan nævnes et klart eksempel fra domspraksis hvor erstatningsansvar blev baseret på præsumptionsansvarsreglen uden at der fandtes nogen lovhjemmel, jf Hrd. 1954, s. 565.⁷ Denne regel er også sjælden i lovgivningen, men i nyere lovgivning findes der dog eksempler på sådanne regler, jf § 17 i lov nr. 7/1998 angående database om enkeltpersoners helbredsforhold på sundhedsområdet og § 49, stk. 3 i lov nr. 107/1999 om telekommunikation.

Culparegelen er utvivlsomt hovedreglen for erstatningsgrundlaget i islandsk ret. Domstolene har i de sidste to årtier udvidet erstatningsansvaret på forskellige områder ved at anvende en strengere skyldmålestok og det er uden tvivl den mest betydningsfulde skærpelse af erstatningsgrundlaget i islandsk erstatningsret i de sidste år. De områder hvor domstolene har udvidet skyldbedømmelsen er f. eks. i erstatningssager på grund af skade der skyldes selvstændigt erhvervsdrivende specialister ved udøvelsen af deres arbejde, personskade som ansatte pådrager sig under udførelsen af deres arbejde (arbejdsulykker) og husejeres erstatningsansvar.⁸ Det kan endvidere ses i domme, hvor der er strid om selvstændigt erhvervsdrivende specialisters erstatningsansvar. f. eks. læger, at bevisbyrdereglerne bliver anvendt på en særlig måde som er til gunst for skadelidte. Det bliver gjort på den måde, at hvis det findes bevist ved traditionel anvendelse af bevisreglerne at en læge eller sundhedspersonel har udvist culpøs adfærd, og en skade er indtruffet, der muligvis kan spores til den culpøse adfærd, så bærer lægen eller

⁷ I denne forbindelse påpeges undertiden også Hrd. 1953, s. 617, se f. eks. Arnljótur Björnsson, *Skaðabótaréttur, kennslubók fyrir byrjendur*, s. 139. Af Højesterets begrundelse i denne dom kan det dog også påstås med argumenter at retten anvender en objektiv erstatningsansvarsregel.

⁸ Som et eksempel på det førstnævnte kan nævnes Hrd. 1999, s. 1310 (læge/sygehus), Hrd. 1995, s. 1692 (advokat/skibsmægler), Hrd. 1996, s. 1279 (aut. ejendomsmægler) og Hrd. 1999, s. 4746 (revisor). Et eksempel på strengere skyldbedømmelse ved arbejdsulykker kan ses i Hrd. 1983, s. 1718. Om det sidstnævnte forhold, d.v.s. strengere skyldbedømmelse hos husejere, må der henvises til en sammenligning mellem ældre domme og nyere domme. Således kan en skærpet bedømmelse af husejeres agtpågivenhed ses i Hrd. 1995, s. 198 og Hrd. 1996, s. 1002, i forhold til Hrd. 1966, s. 432 og Hrd. 1985, s. 634.

sundhedsinstitutionen fuldt erstatningsansvar for skaden, medmindre de kan påvise at skaden ville være indtruffet selv om fuld agtpågivenhed var blevet udvist. Med andre ord er bevisbyrden for følgerne af en culpøs handling blevet omvendt.⁹ Det ser ud til at den samme anvendelse af disse bevisregler finder sted i dansk ret.¹⁰

Som ovenfor anført er det udvidede erstatningsansvar ikke alene rejst på det forhold at erstatningsgrundlaget er blevet skærpet på den foran beskrevne måde, men også og ikke mindst ved at erstatningen for personskade har været voksende. Ved lovfæstelsen af erstatningsansvarsloven nr. 50/1993 var formålet at dække med fuld erstatning den faktiske tab som skyldes personskade.¹¹ Det er ganske klart at ved ikrafttrædelsen af denne lov steg erstatningsniveauet for ikke-økonomisk skade for personskade i væsentlig grad. Dette gælder godtgørelse for svie og smerte, men dog i særlig grad godtgørelse for varigt mén. Loven blev kritiseret for bl.a. begrænsninger i retten til erstatning for økonomisk skade, såfremt varigt mén var under 15 % og for at den ikke gav ret til fuld erstatning. De ændringer som foretoges på loven ved lov nr. 42/1996 og lov nr. 37/1999 blev navnlig indført med henblik på at forhøje erstatning for varigt erhvervsevnetab og for at ophæve de ovenfor nævnte begrænsninger som var gældende om erstatning ved mindre grader af varigt mén og for at udvide erstatningsretten på andre forskellige områder.¹²

Det kan til slut nævnes at med ændringen af § 26 i erstatningsansvarsloven, der blev indført med § 13 i lov nr. 37/1999 blev der foreskrevet ret for skadelidte til godtgørelse for tort når personskaden er forvoldt ved forsæt eller grov uagtsomhed, uanset hvorvidt han har erhvervet ret til godtgørelse for svie og smerte eller godtgørelse for varigt mén. Ved denne ændring blev erstatningsrettens område også udvidet ud over de traditionelle grænser, således at domstole nu har hjemmel til at pålægge dem som ved forsæt eller grov uagtsomhed er skyld i en andens død, at betale godtgørelse for tort til den afdødes ægtefælle, børn og forældre. I ældre domspraksis var det blevet fastslået, at sådan skader var udenfor erstatningsreglernes rækkevidde og ikke skulle dækkes, jf Hrd. 1936, s. 243 og Hrd. 1971, s. 703.

Danmark

I Danmark har udviklingen været den at grundlaget for erstatningsansvaret har været udvidet i væsentlig grad, og dette skyldes lovfæstelse af regler om objektivt ansvar og også den strammede anvendelse af culpareglen. Dette gælder navnlig

⁹ Se f. eks. Jón Steinar Gunnlaugsson, Om bevisbyrden i sager angående erstatningspligt hos læger og sundhedsinstitutioner, *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti 1995, s. 213–216. Som et eksempel på denne retspraksis nævner han Hrd. 1995, s. 989.

¹⁰ Oliver Talevski, *Juristen* nr. 1/1990, s. 1–15.

¹¹ *Alþingistiðindi* 1991–92, A-deild, s. 2910.

¹² *Alþingistiðindi* 1995–96, A-deild, s. 3295–3296 og *Alþingistiðindi* 1998–1999, A-deild, s. 1304–1306.

når der er tale om personskade.¹³ Danske domstole har også været restriktive i at pådømme objektivt ansvar, hvor der ikke findes direkte lovhjemmel. Det er blevet påpeget at dette skete først i 1968 (højesteretsdom publiceret i UfR 1968, s. 84), men som eksempler på nyere tilfælde kan nævnes tre højesteretsdomme, publiceret i UfR 1983, s. 714, UfR 1983, s. 866 og UfR 1983, s. 895. Senere afgørelser fra danske domstole har dog vist, at man ikke er villig til at anvende ulovfæstede regler om objektivt erstatningsansvar på en generel måde, men derimod kun på begrænsede områder, men også dér udviser domstolene forsigtighed.¹⁴

I dansk erstatningsret er erstatningsbeløb for personskade også blevet forhøjet for nylig. Den danske erstatningsansvarslov der trådte i kraft den 1. oktober 1984 indebar en forhøjelse af erstatningsniveauet for varigt erhvervsevnetab fra det som indtil da havde været gældende.¹⁵ De ændringer som for nylig blev foretaget af loven og vil træde i kraft den 1. juli 2002 vil medføre væsentlig forhøjelse af erstatningsbeløbene for personskader, såvel for varigt mén som for varigt erhvervsevnetab.¹⁶

Finland

I Finland har udviklingen været den, efter at erstatningsansvarsloven trådte i kraft i 1974, at flere tilfælde har været omfattet af erstatningsansvar end før.¹⁷ Loven blev ændret med lov nr. 61/1999 af 29. januar d. å., hvor det blev tilføjet en ny regel, som § 4 a i kapitel 5 om den afdødes forældres, ægtefælles og barns ret til at forlange erstatning fra skadevolder hvis døden blev forvoldt ved forsætlig eller grovt uagtsom handling. Udviklingen har i større grad fundet sted udenfor erstatningsansvarslovens rammer med et skærpet ansvar på områder som trafikskader, patientskader, produktskader og miljøskader. Erstatningsbeløbene for personskade i Finland bestemmes skønsmæssigt. Tendensen i de sidste årene har været at beløbene er steget, specielt når det gælder erstatning for ideel skade.¹⁸

Norge

I Norge har udviklingen medført at den skadelidtes stilling i erstatningsretten er blevet forbedret i væsentlig grad. Dette er sket både ved at udvide erstatningsgrundlaget og også ved at forhøje erstatning for personskade.¹⁹

¹³ A. Vinding Kruse, Erstatningsretten, 5. udg., s. 15–16 og Bo von Eyben og Hans Henrik Vagner, Lærebog i erstatningsret, 4. udg., s. 23–24.

¹⁴ Bernhard Gomard, Dansk Erstatningsret i 1980'erne, Årmannsbók, s. 195–196 og Bo von Eyben og Hans Henrik Vagner, Lærebog i erstatningsret, s. 117–154, resultater på sider 153–154.

¹⁵ Betænkning nr. 1383/2000. Revision af erstatningsansvarsloven m.v., s. 11.

¹⁶ Betænkning nr. 1383/2000. Revision af erstatningsansvarsloven m.v., s. 19.

¹⁷ Det som følger er baseret på; Hannu Honka, Amerikaniseras den finska skadeståndsrätten, JFT, Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland, 1–2 hefte, 2000, s. 50–53.

¹⁸ Lena Sisula-Tulokas, Sveda, värk och annat lidande, s. 143 og 145. Et forbehold må eventuelt gøres vedrørende andre instansers praksis end domstolernes, jf. s. 173–174.

¹⁹ Nils Nygaard, Udviklingstrekk i skadebotretten, Jussens Venner, 5. hæfte, 1997, s. 268. Se også Asbjørn Kjønsstad, Amerikanske tilstander, Lov og rett, 1998, s. 193–194.

Det førstnævnte har, lige som i de andre nordiske lande, fundet sted på den måde at der er blevet indført lovbestemmelser om objektivt erstatningsansvar, som f. eks. ansvar for miljøskader, produktansvar, mv. Der er også sket en ændring af retsstillingen hos dem der har lidt personskader i arbejdssulykker, som tilhørte erstatningsretten i årene fra 1976 til 1989, men som er derefter dækket med ydelser fra folkeforsikringen og lovbestemte forsikringer. Udviklingen i Norge er således sket på baggrund af domstolenes mellemkomst, dog ikke så meget ved at strække culperegelen helt til ydergrænsen, men derimod snarere ved at antallet af tilfælde er vokset hvor erstatningsansvar er blevet dømt på grundlag af objektivt grundlag, uden at der findes direkte lovhjemmel herfor.²⁰ Norsk ret har faktisk en særstilling i forhold til de øvrige nordiske lande, idet norske domstole i langt større udstrækning end domstole i andre nordiske lande har fastslået objektivt erstatningsansvar uden direkte lovhjemmel.²¹ Det er blevet påpeget at objektivt ansvar er blevet så udbredt i norsk ret, at det ville være mest naturligt at sidestille det med ansvar der bygger på skyld, hvadenten denne udførelse bygger på lovgrundlag eller domspraksis.²²

Det sidstenævnte, d.v.s. forhøjelsen af erstatningsbeløb for personskade bygger på domstolenes afgørelser, og i den norske erstatningsansvarslov findes der ikke nogen standardiserede erstatningsbeløb som f. eks. i den islandske lov. Forhøjelser, navnlig i de seneste år, hidrører ikke mindst fra forhøjelse af godtgørelse for ekstra udgifter, som skaden påfører skadelidte.²³

Sverige

I Sverige har tendensen også været den, at erstatningsgrundlaget er blevet udvidet. Kort sagt har grundlaget for erstatningsansvar for personskade og tingsskade flyttet sig fra det traditionelle culpaansvar i retning mod skærpet ansvarsforhold. Lige som andre steder er der opstået forskellige varianter af objektivt ansvar som f. eks. ansvar for skade der skyldes varemangler i henhold til lov om produktansvar. Udviklingen er også her gået over i at der er kommet flere tilfælde hvor objektivt erstatningsansvar anvendes, både fordi der er kommet nye love om objektivt erstatningsansvar og domstolene har også domfældt for objektivt ansvar uden direkte lovhjemmel, selv om de ikke er gået helt så langt som de norske domstole hvad dette angår, hvilket er beskrevet overfor.²⁴

²⁰ Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, 4. udg., s. 112 og Nils Nygaard, Utviklingstrekk i skadebotretten, Jussens Venner, 5. hæfte, 1997, s. 268–269.

²¹ Bernhard Gomard, Dansk Erstatningsret i 1980'erne, Ármannsbók, s. 195, Jan Hellner, Utvecklingslinjer i skadeståndsrätten, Festskrift til Anders Agell, s. 214 og Skadeståndsrätt, 6. udg. med Svante Johansson, s. 178, hvor det faktisk fremkommer også at danske domstole er gået længere hvad dette angår end de svenske.

²² Peter Lødrup, Erstatning, kollektive forsikringsløsninger eller andre særordninger, Lov og ret 1999, s. 572.

²³ Nils Nygaard, Utviklingstrekk i skadebotretten, Jussens Venner 5. hæfte, 1997, s. 272–276.

²⁴ Jan Hellner, Utvecklingslinjer i skadeståndsrätten, Festskrift til Anders Agell, s. 212–215.

Jeg har ikke fundet noget der tyder på at man har forhøjet erstatningsniveauet for økonomisk tab, som følge af personskade i svensk retspraksis, men sådan erstatning fastsættes efter vurdering men ikke i henhold til standardiserede regler som i Island og Danmark. Vurderingsreglerne af erstatning for fremtidigt tab af indtægter findes i kap. 5, § 1, stk. 2 og stk. 3 i den svenske ersatningsansvarslov nr. 307/1972, hvor der bygges på det grundlag at der skal kompenseres for den forskel som den skadelidte udsættes for i fremtidige indtægter i forhold til de indtægter som han ville have opnået hvis skaden ikke var indtruffet. Der bygges på de samme synspunkter når der er tale om midlertidigt tab af indtægter, jf. stk. 1, nr. 2 i samme paragraf. Heraf følger at skadeserstatninger generelt er steget lige som i de øvrige nordiske lande, på grund af større indkomster og flere og større skader end tidligere.

Fastsættelse af erstatning for ikke-økonomisk skade bygger også på vurderinger, og disse erstatninger er steget ganske betydeligt i de sidste år.²⁵ Med de ændringer som er foretaget af den svenske erstatningsansvarslov og trådte i kraft den 1. januar 2002 blev nogle poster for ikke-økonomisk skade ændret og også erstatningsgrundlaget for krav fra nærmeste pårørende på grund af omkostninger vedrørende besøg og omsorg af skadelidte.

3. Formålet med forhøjelse af erstatningen og udvidelse af erstatningsgrundlaget i løbet af de sidste årtier

Lige meget hvilke meninger man har om hvilket formål erstatningsreglerne først og fremmest skal tjene, er det klart at de ændringer der er sket indenfor erstatningsretten i løbet af de sidste årtier, har gået ud på at styrke den skadelidtes stilling, samt medvirke til større tryghed i samfundet. Med andre ord, det er erstatningsrettens kompensationsrolle, som har været drivkraften i den udvikling som har fundet sted og jeg har gjort rede for.

Erstatningsreglernes præventive virkning, som man gerne har ment at var deres andet hovedformål, har ikke spillet nogen større rolle i denne udvikling og iøvrigt er det uhyre svært at vurdere hvor stor tyngde den har. Det bør dog fremhæves at man har gjort opmærksom på at erstatningsreglernes betydning som præventive beskyttelsesregler har efterhånden fået større omtale, i det mindste i den teoretiske diskussion i Sverige i de sidste år, hvadenten deres vigtighed i realiteten er vokset eller ej.²⁶

²⁵ Prop. 2001:68, s. 2.

²⁶ Se f. eks. behandling hos Erland Strömback, *Internationella strömningar inom skadeståndsrätten – kompensation eller prevention?* Forhandlingar ved det 35. nordiska juristmötet i Oslo, s. 1183–1185.

4. Erstatningsrettens problematik

Jurister har over en lang periode behandlet erstatningsretslige spørgsmål og hvor ufuldstændigt dette fag af forskellige grunde er. Jeg tillader mig blot at nævne to lærde, som behandlede disse spørgsmål specielt i den første halvdel af det sidste århundrede, men det er Henry Ussing og Johannes Andenæs.²⁷ Som det fremgår af deres værker var det andre jurister før dem som havde indledt diskussionen. Ussing siger bl.a. i sin behandling at det ser ud til at den store bygning [erstatningsretten] er blevet rejst på et usolidt grundlag og at den er i færd med at styrte i grus.²⁸ Grunden til denne pessimisme findes stadigvæk. Der har været anført en hel del mangler som erstatningsretten er behæftet med, som f. eks. følgende:²⁹

1. Skadelidte har ikke altid ret til erstatning i henhold til erstatningsregler. Faktisk har han det i de færreste tilfælde. Og selv om han er berettiget til erstatning må han ofte tåle reduceret erstatning på grund af egen skyld.
2. Selv om skadelidte har erstatningskrav ifølge loven, kan det godt tænkes, at den som er ansvarlig for skaden, ikke kan betale erstatningen.
3. Det tager ofte lang tid for skadelidte at opnå den ret, som han har i henhold til erstatningsregler.
4. Omkostninger ved opgørelse af erstatningskrav er store, endda i de tilfælde hvor forsikringsselskaber sørger for opgørelsen.
5. Der hersker ofte stor tvivl om hvorvidt skadelidte er berettiget til erstatning ifølge loven og også om erstatningsbeløbets størrelse. Hans ret bliver ofte afgjort på en hårfin skyldvurdering eller bevisstillingen, som det ikke er muligt at finde frem til før end efter en omfattende bevisførelse.
6. Såfremt skadelidte har et erstatningskrav mod sine nærmeste pårørende er det i de fleste tilfælde pinligt for ham at gøre sin ret gældende.
7. Selv om mange skadelidte ikke får sit tab fuldt dækket, er der andre tilfælde hvor skadelidte får overdækning af tabet, f. eks. fordi der ikke fra erstatningskravet er fratrasket erstatning fra en forsikring som de kan være berettiget til for den samme hændelse.
8. Det spørgsmål kan stilles, om der tages tilstrækkeligt hensyn til den erstatningspligtige, d.v.s. hvorvidt der findes tilstrækkelig rummelige lempelser med henblik på at nedsætte erstatningskravet mod ham.

Disse mangler har været kendt i årtier. Til trods for dette har udviklingstendenserne i erstatningsretten i de sidste årtier ikke ført til nogen løsning af disse proble-

²⁷ Se f. eks. Henry Ussing, Erstatningsrettens udvikling og forsikringsaftalelovens § 25, UfR 1935, B, s. 185 ff. og Johannes Andenæs, Fortid og fremtid i erstatningsretten, foredrag holdt i Forsikringsjuridisk Forening den 7. maj 1943, publiceret f. eks. i Avhandlinger og foredrag, s. 37–56.

²⁸ Henry Ussing, Erstatningsrettens udvikling og forsikringsaftalelovens § 25, UfR 1935, B, s. 185.

²⁹ Arnlfjótur Björnsson, Skaðabótaréttur á undanhaldi. Löggjöf og tillögur um afnám skaðabótaréttar, Kaflar úr skaðabótarétti, s. 150.

mer. Vi befinder os endnu i den situation at kun en mindre del af skader bliver erstattet. Erstatningsrettens problem som Andenæs behandlede specielt i 1943, d.v.s. at erstatningsbeløb, især for personskade var steget så meget, at kun en lille del af skadevolderne har økonomisk evne til at betale dem, er endnu uløst.³⁰ Faktisk er udviklingen i de allersidste år gået i retningen af at forhøje erstatningen for personskade endnu mere, hvilket har bragt dette problem i endnu større hårdknude. Hvor mange enkeltpersoner mon der ville være i økonomisk stand til at betale maksimal erstatning for personskade ifølge den danske erstatningsansvarslov efter de sidste ændringer af loven? Maksimumerstatning for varigt erhvervsevnetab er efter mine beregninger DKK 6.707.500. Maksimumerstatning for varig personskade ifølge den islandske erstatningsansvarslov, vil efter de sidste ændringer der blev foretaget i 1999, være ca DKK 7.700.000. Det tager skadelidte stadigvæk lang tid at opnå sin ret, navnlig hvis der opstår tvist om hans ret og i temmelig mange tilfælde er retsstillingen usikker, specielt hvor erstatningens grundlag hviler på culperegelen. Det kan endvidere påstås, selv om der er nogle nuancer imellem landene, at i nogle tilfælde bliver skaden overdækket. Dette gælder såvel mindre skader som faktisk ikke medfører nogen eller kun mindre følger end de standardiserede regler angiver, som de tilfælde hvor erstatning fra tredje mand ikke altid fører til at retten til erstatning reduceres.

På den anden side har udviklingen ganske bestemt i nogen grad indskrænket de erstatningsretslige problemer, som er beskrevet ovenfor. Der forekommer nu flere tilfælde end tidligere som er erstatningspligtige, navnlig på grund af reglen om objektivt ansvar men også på grund af strengere culpabedømmelse og andet vidtstrakt ansvar. Desuden burde de standardiserede regler, som gælder i Island og i Danmark, ved beregningen af erstatningen medføre større sikkerhed om erstatningsbeløbene. Ligevel må der fastsættes et særligt grundlag for beregningen af sådanne krav, d.v.s. ménggraden ved godtgørelse for varigt mén og erhvervsevnetabsprocenten ved erstatning for varigt erhvervsevnetab. Det kan også fastslås at lovfæstelse af en generel lempelsesregel har åbnet for at kunne i større grad end tidligere tage hensyn til den skadelidte end tidligere.

5. Erstatningsretten sammenholdt med andre midler med henblik på at sikre social tryghed for den som lider personskade

Både Ussing og Andenæs mente at erstatningsrettens problematik bedst kunne løses ved forsikringsretslige midler, og begge nævnte også sociale ydelser.³¹ Referenten på juristmødet i 1951 redegjorde for sådanne synspunkter, som tidli-

³⁰ Johannes Andenæs, Fortid og fremtid i erstatningsretten. Avhandlinger og foredrag, s. 43.

³¹ Henry Ussing, Erstatningsrettens udvikling og forsikringsrettens § 25. UFR 1935. B. s. 187 og Johannes Andenæs, Avhandlinger og foredrag, s. 47-48.

gere anført, og han mente at man burde indføre en almen ulykkesforsikring for enkeltpersoner.³²

Udviklingen har bestemt været den, at omfanget af forsikringer er vokset enormt i de sidste årtier, og dette gælder på de fleste områder indenfor forsikringer, og uanset om det drejer sig om ansvarsforsikringer, som faktisk dækker skaden hos en anden end skadelidte, eller personforsikringer eller andre skadeforsikringer end ansvarsforsikringer. Som et eksempel kan nævnes at væksten af forsikringsselskabernes forvaltningskapital i Norden i årene 1984 til 1994 gennemsnitlig var 13% om året, hvilket var dobbelt så stor som hos bankerne.³³ Forsikringer bærer i stadig større udstrækning de erstatningsydelser som opstår på grund af personskade.

Udviklingen er også længe gået i den retning at sociale sikringer er blevet stadig mere omfattende. Det kan konstateres uden forbehold at andelen af sociale ydelser i betalingen for personskade er vokset. Det er dog interessant at lægge mærke til, når udgifter til sociale formål i Norden i de aller sidste år undersøges nærmere, at deres vækst ser ud til at være reduceret og i nogle tilfælde er udgifterne blevet mindre i forhold til nationalindkomsten i årene 1990–1999, f. eks. i Sverige, selv om de ikke ser ud til at være reduceret talmæssigt.³⁴ Det er også bemærkelsesværdigt at statskasserens andel i finansiering af disse udgifter er aftaget forholdsvis i årene 1990–1999 i alle de nordiske lande på nær Finland. I nogle tilfælde er reduktionen ret betydelig, i Danmark f. eks. fra 80 % ned til 67 % og i Island fra 67 % ned til 50 %. I alle landene er andelen hos den sikrede selv, d.v.s. den som modtager ydelserne, vokset i betydelig grad og arbejdsgiverens andel i finansieringen er også vokset flere steder.³⁵

Det er betænkeligt at sammenligne sådanne tal fra mange lande og det er også betænkeligt at slynge ud ord sådan som "sociale udgifter" og hvordan disse finansieres, uden at beskrive nøjagtigt hvad dette indebærer. Sådan noget må altid tages med forbehold. Der er heller ingen mulighed for at undersøge hvorvidt disse tal kan sammenlignes præcist og hvorvidt de måler på nøjagtig samme måde den udvikling som de tyder på. Formålet med at nævne dette her er blot, at huske på at væksten af de sociale sikringer, som mange fandt at var en selvfølge for nogle år siden, ikke længere er det, i det mindste efter manges mening. Den er slet ikke en

³² Ivar Strahl, Skadestånd och försäkring, Förhandlingarna å Det nittonde nordiske juristmötet i Stockholm den 23.–25. augusti 1951. Bil. 1, s. 32.

³³ Offentlige velferdsordninger. Når bør de erstattes af markedbaserte forsikringsordninger?, Rapport fra en arbejdsgruppe nedsatt af forsikringsforbundene i de nordiske land, 1996, s. 23–24. Oplysningerne gælder for de nordiske lande, andre end Island. Der er ikke grund til at antage at der er nogen væsentlig forskel når det gælder udviklingen i de islandske forsikringsselskabers forvaltningskapital.

³⁴ Social tryghed i de nordiske lande 1999, Nordisk Socialstatistisk komité (NOSOSKO) 15:2001, s. 166–167.

³⁵ Social tryghed i de nordiske lande 1999, NOSOSKO, s. 169.

selvfølge sådan som mange troede i 1951, da dette emne var til diskussion blandt jurister. Der er i det mindste to grunde som sætter grænser for hvor store ressourcer kan anvendes til sociale ydelser. På den ene side sætter nationens økonomi objektive grænser for hvor store ressourcer kan bruges til sociale ydelser og på den anden side hvor store ressourcer de politiske magthavere er villige til at anvende til dette formål. Det er forskelligt i de nordiske lande hvor gode økonomiske muligheder de har for at anvende en større del af ressourcerne til social sikring. Norge har dog sandsynligvis en særstilling hvad dette angår. Det ser på den anden side ud til at villigheden til at bruge flere tilskud eller ydelser til den sociale sikring er reduceret, i det mindste gælder det for Island og det ser ikke ud til at den nye regering i Danmark er villig eller interesseret i at bruge større udgifter på dette område. Naturligvis er det ikke muligt at forudse hvad fremtiden indebærer hvad dette angår. Det er dog helt indlysende at social sikring, som er finansieret af statslige midler, vil ikke i fremtiden blive anvendt til at erstatte personskade i større grad end nu er tilfældet. Det er også sandsynligt, på grund af nordboernes ændrede alderssammensætning, hvor en stadig større del af befolkningen vil bestå af pensionister som bliver større forbrugere af sundhedstjenesten, at der bliver mindre ressourcer til at betale sociale udgifter på andre områder.

6. Hvorledes betales erstatning for personskade?

Når blikket rettes mod hvorledes erstatning betales eller kan betales for personskade i henhold til islandsk ret, bliver man klar over hvor indviklede disse muligheder faktisk kan være. Her er der kun tale om personskade, som medfører varige følger.

Skadelidte kan være berettiget til erstatning eller andre ydelser fra følgende hold:³⁶

1. Den erstatningspligtige.
2. Sin arbejdsgiver, d.v.s. løn i sit fravær, i henhold til hans ret ifølge kollektiv lønoverenskomst, love eller personlig ansættelseskontrakt.
3. Forsikringsselskaber:
 - Ansvarforsikringstageren for den erstatningspligtige, enten frivillig eller lovbestemt.
 - Ulykkesforsikringer (frivillige).
 - Ulykkesforsikringer ifølge kollektive overenskomster (ulykke under arbejde, på vej til eller fra arbejde).

³⁶ Under hensyntagen til: Arnljótur Björnsson, Yfirlit yfir bótakerfi á Íslandi, Kaflar úr skaðabótarétti, s. 354–386.

Færdselslovens lovfæstede ulykkesforsikring (føreren og den som kommer til skade som passager i eget køretøj).

Sømænds lovbestemte ulykkesforsikringer.

4. Socialforsikringen.

Folkeforsikringens ulykkesafdeling. Personskadeerstatning for arbejdsulykker, mv., men også invaliderende hvis erhvervsevnetabet vurderes større end 75 %.

5. Pensionskasser.

Ydelser fra pensionskasser (når varigt erhvervsevnetab er større end 40 %)

6. Fagforeningers sygekasser.

Ydelser fra fagforeningernes sygekasser (Afhænger sædvanligvis af beslutning fra bestyrelsen i vedkommende kasse)

7. Statskassen.

Offererstatning i henhold til lov nr. 69/1995 om erstatning fra staten til ofre for forbrydelser.

Desværre foreligger der ikke nogen opgørelse om fordelingen mellem de forskellige poster, og desuden finder kun nogle af dem anvendelse i hvert enkelt tilfælde. Det er usandsynligt at man i fremtiden kan lægge til grund at den erstatningspligtige vil have større betalingsevne end han har i dag, og man kan derfor ikke regne med at en større del af erstatningen vil blive betalt af ham. Som beskrevet ovenfor er der ringe chance for at man kan forvente større deltagelse fra den sociale sikring. Det er derimod ikke udelukket at der kan forventes større ydelser fra pensionskasserne til personskadelidte i fremtiden når disse kasser vokser. Det er derimod meget usikkert at noget yderligere kan forventes fra fagforeningernes sygekasser selv om de har opnået større betalingsevne.

Der er således ikke stor sandsynlighed for, såfremt man vil opretholde kravet om fuld erstatning til dem som udsættes for personskade og samtidig medvirke til udvidelse af erstatningspligtige tilfælde med henblik på større tryghed i samfundet, at andre midler end forsikringer kan være bedre egnet til at løse erstatningsrettens problemer i fremtiden. Så længe man fastholder kravet om fuld erstatning, kan man sandsynligvis regne med at erstatningsretten eksisterer.³⁷

7. Ulykkesforsikring for alle?

Det er naturligt ud fra disse tanker at overveje den mulighed, som mange har nævnt, bl.a. Ivar Strahl,³⁸ at indføre en almen ulykkesforsikring, hvor der i alle

³⁷ Peter Lødrup, Lærebok i erstatningsrett, s. 101.

³⁸ Ivar Strahl, Ivar Strahl, Skadestånd och försäkring, Förhandlingarna å Det nittonde nordiske juristmötet i Stockholm den 23.-25. augusti 1951, Bil. I, s. 32.

ulykkestilfælde udbetales minimumserstatning. De som vil opnå bedre tryghed overfor personskade, må selv tegne en særlig ulykkesforsikring i tillæg.

I New Zealand har man gjort et meget interessant forsøg med en sådan ulykkesforsikring. En lov om generel ulykkesforsikring fra 1972 (The Accident Compensation Act) trådte i kraft den 1. april 1974, og senere blev loven ændret med en ændringslov i 1982, der trådte i kraft ét år senere. Loven omfattede alle der kom ud for en ulykke, uanset hvordan den var indtruffet. Loven afskaffede erstatningsret for ulykker men den skadelidte var berettiget til betaling af erstatning, uden hensyn til på hvilken måde ulykken skete og uanset hvorvidt nogen kunne påpeges, som var ansvarlig for ulykken. Erstatningsbeløbet var væsentlig mindre end det ville have været efter erstatningsrettens regler og byggede i hovedtrækkene på løbende pensionsrente men ikke kapitalerstatning.³⁹ Planer om at udvide dette system til også at omfatte dem som bliver uarbejdsdygtige på grund af sygdom blev ikke realiseret. Faktisk blev dette system indskrænket i nogen grad i året 1992. Der er ikke udsigt til at dette vil blive udviklet yderligere i de nærmeste år og de tanker som man i Australien havde om at gå ind på en lignende bane blev aldrig gennemført.⁴⁰

Det må anses for at være usandsynligt at lignende forsøg vil blive iværksat, i det mindste i Island og det samme gælder nok også de øvrige nordiske lande, men dette kan selvfølgelig ikke udelukkes.

8. Den sociale forsikrings minimumsbeskyttelse

Selv om det ikke anses sandsynligt at statens andel i betaling for personsskade vil vokse og at det snarere kan tænkes at den bliver indskrænket, i det mindste således at finansieringen heraf i mindre grad vil dækkes ind med almindelige skatteindkomster, indebærer dette ikke at den rolle som den sociale sikring har, er kommet til vejs ende. Det må antages for sandsynligt at det offentlige fortsat føler det sin pligt at sørge for at de som udsættes for personskade skal nyde lovbestemt minimumsbeskyttelse. § 76 i den islandske grundlov nr. 33/1944, sådan som den blev ændret med statsforfatningslov nr. 97/1995, indeholder en helt klar formulering herom, sålydende:

”Alle som er trængende, skal ved lov sikres ret til bistand på grund af sygdom, invaliditet, alderdom, arbejdsløshed, fattigdom og lignende forhold.”

I denne forbindelse må man også se på § 65, stk. 1 i grundloven, d.v.s. ligestillingsprincippet, som har følgende ordlyd:

³⁹ En beskrivelse af loven findes bl.a. hos Arnljótur Björnsson, *Kaflar úr skaðabótarétti*, s. 149–190 (specielt s. 164–169) og Stephen M.D. Todd (editor), *The Law on Tort in New Zealand*, s. 26 ff.

⁴⁰ Peter Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 6th edition, 1999, s. 398–403.

”Alle skal være lige stillet for loven og nyde menneskerettigheder og frirettigheder uden forskel på grund af køn, religion, overbevisning, etnisk oprindelse, race, hudfarve, formueforhold, slægt eller ethvert andet forhold.

— — —”

Islands Højesteret er kommet til det resultat at denne bestemmelse pålægger lovgivningsmagten og myndighederne pligt til at sikre borgerne i realiteten den minimumbeskyttelse og ligestilling som loven foreskriver. En myndighed som forsømmer at tilrettelægge administrationen således at den sikrer ligestilling, kan pådrage sig eller staten erstatningsansvar og love som ikke sikrer disse minimumrettigheder er i strid med grundlovsbestemmelserne og de bør derfor tilsidesættes. Højesteret har tilkendegivet sin mening hvad dette angår i nylige domme, jf Hrd. 1999, s. 390, hvor en blind pige som var studerende på Islands Universitet fik tildømt erstatning idet hun måtte opgive studierne på grund af at Universitetet ikke imødekom hendes behov for særlige indretninger og forhold. Det fandtes at Universitetet ikke havde stræbt sig nok for at træffe de foranstaltninger som var fornødne til at sikre blinde lige muligheder til studiet som andre borgere. Der blev ikke påvist noget økonomisk tab, men pigen fik tildømt erstatning for ikke-økonomisk skade (tort) i medfør af § 26 i erstatningsansvarsloven.

Langt større betydning for det spørgsmål som vi nu diskuterer har dog Højesterets dom af 19. december 2000 i en sag som Islands Invalidforbund anlagde mod Statens Folkeforsikring.

Sagen blev anlagt af Islands Invalidforbund mod Statens Folkeforsikring til anerkendelse af:

For det første at det havde været uberettiget grundet mangel på klar støtte i loven om folkeforsikring i perioden fra 1. januar 1994 til 31. december 1998 at reducere indkomstsikring hos invalidepensionister i ægteskab på grund af deres ægtefællers indtægter, der ikke var invalidepensionister, ved at henregne halvdelen af begge ægtefællers samlede indtægter som indtægter hos invalidepensionisten.

For det andet at en sådan reducere, selv om den var lovfæstet var uforenelig med de ovenfor citerede grundlovsregler, og var derfor uberettiget efter at lovbestemmelsen trådte i kraft den 1. januar 1999.

Retten fandt at der ikke havde været tilstrækkelig hjemmel i lov nr. 117/1993 om folkeforsikringen for ministeren til at udstede regler som indskrænkede invalidepensionisternes tilkald til fuld indkomstsikring på grund af ægtefællernes indtægter. Retten fastslog at loven måtte gemme en tydelig og utvetydig bestemmelse om at betalinger fra folkeforsikringens fonde kunne reduceres ved bekendtgørelse, for at det kunne være lovligt. Konklusion var den at efter ikrafttrædelsen af lov nr. 117/1993 havde bekendtgørelsen ikke længere fornøden lovlig hjemmel om at der kunne gives regler i bekendtgørelse om at reducere af indkomstsikring kunne foretages på grund af invalidepensionisternes ægtefællers indtægter.

Hvad angår den sidste periode, d.v.s. efter 1. januar 1999, hvor reduceringen byggede på en klar lovbestemmelse, der var trådt i kraft den samme dag, udtrykte Højesteret at § 76 i grundloven burde fortolkes i overensstemmelse med internationale konventioner som Island har ratificeret, således at staten var pligtig til at sikre enhver borger ret ifølge loven til en vis minimum forsørgelse i henhold til en forud bestemt ordning, der var indordnet på et sagligt grundlag. En sådan ordning måtte opfylde betingelserne i grundlovens § 65 om at hver enkeltperson skulle nyde lige ret med andre, samt menneskerettigheder iøvrigt. Det fandtes at den ret som folkeforsikringsloven sikrer invalidepensionister var generel og tog fuldt hensyn til ligestilling blandt dem, der var lige stillet, i en snæver forstand. Derimod ansås det at loven indholdt bestemmelse om forskelsbehandling dersom det var tale om forskellig forringelse af indtægter ud fra hvilke indtægter det drejer sig om. Retten fandt at til trods for lovgivningsmagtens generelle spillerum til at bestemme hvordan minimumsrettigheder ifølge grundlovens § 76, stk. 1 skal fastsættes, så kunne domstolene ikke undgå at tage stilling til hvorvidt denne vurdering var i overensstemmelse med grundlovens fundamentale principper. Retten kom til den konklusion at ordningen med reduceringen af invalidepensionisternes rettigheder ifølge folkeforsikringsloven ved at formindske indkomstsikringen ud fra ægtefællens indtægter på den måde dette blev gennemført, ikke sikrede de minimumsrettigheder som grundlovens § 76 foreskriver, for at de kan nyde de menneskerettigheder som er omfattet af grundlovens § 65. Der blev blandt andet henvist til internationale konventioner ved fortolkningen af grundlovsbestemmelserne. Retten fastslog at det havde været retstridigt at reducere indkomstsikring hos invalidepensionister i ægteskab efter den 1. januar 1999 på den måde det blev gjort i § 17, stk. 5 i lov nr. 117/1993, sådan som den blev ændret med § 1 i lov nr. 149/1998. Derimod fandt retten ikke at den slutning kunne drages af sagens udfald, at enkelte invalidepensionister var berettigede.

Denne dom giver antydning om at lovgivningsmagten ikke har frie hænder når den fastsætter i hvor høj grad den kan indskrænke den minimumsbeskyttelse, som grundloven foreskriver at borgerne skal nyde.

9. Hvorfra skal ydelserne komme?

Sådan som tidligere beskrevet er det ganske ret at øget ret hos skadelidte til erstatning og det faktum at antallet af erstatningspligtige tilfælde vokser stadigt, ikke vil medføre at der kan hentes større ydelser fra skadevolderen eller den som er erstatningsansvarlig ifølge loven. Det er kun i de tilfælde hvor han nyder ansvarsforsikring, at det kan forventes at han har midler til at bære væsentlige erstatningsydelser. Hans betalingsevne vil tilsyneladende kun blive bedre såfremt udbredelsen af ansvarsforsikringer fortsat øges. Det er endvidere blevet sandsynliggjort at det offentliges andel i den beskyttelse, som de nyder som kommer ud for personskade, næppe vil blive øget i den allernærmeste fremtid, selvom man kan regne med at nogen minimumsbeskyttelse som det offentlige garanterer, vil blive opretholdt. De eneste synlige muligheder for større deltagelse i erstatning for personskade ligger derfor i at privatforsikringernes andel vokser endnu mere end de har gjort i de sidste årtier. Det kan forventes at dette sker ved at ansvars-

forsikringer bliver mere udbredt og også forsikringer, hvor skadelidte selv eller arbejdsgiveren på hans vegne har tegnet forsikringen. Det er heller ikke udelukket at pensionskasserne i Island træder i større grad ind når det drejer sig om erstatning for erhvervsevnetab til dem som lider personskade.

Spørgsmål til at diskutere

Hvordan vil erstatningsrettens udvikling forholde sig i fremtiden?

Er det sandsynligt at erstatningsbeløbene for personskader vil vokse endnu mere i den nærmeste fremtid?

Hvilke løsninger findes på den kendsgerning at erstatningsbeløbene for alvorlige personskader er steget så meget at kun ganske få mennesker har råd og ressourcer til at betale dem?

Hvordan kan der forsikres større retfærdighed for dem som rammes af ulykker som ikke er erstatningspligtige?

Hvor stor bliver den sociale forsikrings andel til dem som rammes af personskader?

Kan man regne med større andel fra staten til finansiering af sociale forsikringer, eller er man allerede ved den øverste grænse i denne sammenhæng?

Er private forsikringer den eneste reelle løsning?

Er det sandsynligt at de sociale forsikringer i fremtiden kun vil skabe minimums værn, der ikke kan dække en større andel af erstatningsbeløbet end eventuelt helbredsudgifterne?

Hvilke meninger har andre end Islændinge om Islands Højesterets dom af 19. december 2000?

Kevät Nousiainen

Kvinnorättens betydelse i Norden

Kvinnorättens betydelse i Norden

Av professor Kevät Nousiainen, Finland

Författaren betraktar den förändring som begreppen kön och jämlikhet/jämställdhet undergått under den moderna tiden, särskilt under de senaste decennierna. Hon påstår att en kvalitativ könsskillnad utvecklade sig starkt under 1700-talets slut i de ledande europeiska kulturerna. Kvinnor betraktades som först och främst mödrar, och det känslomässiga livet koncentrerades till familjeliv och moderskap. Särbehandling av kvinnor rättfärdigades genom denna djupa könsskillnad. Första vågens feminister oscillerade mellan att kräva lika rättigheter på grund av att kvinnor är likadana som män, och att sträva efter ökade rättigheter på grund av att kvinnor behövs för deras särskilda egenskaper. De moderna rättsliga institutionerna återspeglade kvinnornas exklusion från den offentliga sfären. En förändring från en familjeideologi som baserade sig på en könsbaserad arbetsdelning och stark könsskillnad till mera jämlik ideologi skedde samtidigt som andra vågens feminister krävde full jämställdhet. En formell likhet var dock enligt 1970-talets kvinnorättsforskning inte otillräcklig. Den nordiska kvinnorätten tog aktivt del i en operationalisering av jämlikhetsprincipen, genom att utveckla analyser som visade att ett levnadssätt som var typiskt för kvinnor fortsatte att vara ett annat än det som var typiskt för män. Jämställdhet har blivit förstådd som icke-diskriminering. Denna utveckling har hänt samtidigt med en påfallande denaturalisering av begreppet kön i kvinnoforskning; en förändring, som även påverkat lagstiftning. Begreppet kön har blivit problematiserat på ett sätt som enligt några feminister anses vara ett hot mot kvinnorörelsens enhetliga ställningstaganden.

Kevät Nousiainen (Nieminen) är född 1950, blev jur.kand. 1974, arbetade länge som forskare vid Rättspolitiska forskningsinstitutet i Helsingfors, blev jur.lic. 1985, jur.doc. 1993 och docent i allmän rättslära 1995. Hon blev nämnd till professor i komparativ rätt och allmän rättslära i Åbo (Turun yliopisto) 1996 och till en tidsbegränsad professur i kvinnorätt vid Helsingfors universitet 1997. Hon har skrivit rättsteoretiska och kvinnorättsliga texter; hon har också länge varit en aktiv deltagare i samnordiska forskarnätverk, projekt och möten.

Kvinnorätt har redan gamla anor i Norden. Kvinnorätt har varit en del av de nordiska samhällenas och juridikens förändring under flera decennier. Universitetet av Oslo var en av de första akademiska miljöer med kvinnoforskning i juridik – kvinnorätt blev etablerad som självständigt rättsområde med undervisning och examen vid den juridiska fakulteten i Oslo i december 1974. Redan på den tiden fanns det forskning som kunde användas i undervisningen samt forskare som kunde ta ansvar för regelbundna studier. Internationellt sett har kvinnoforskning i juridik etablerat sig senare än andra typer av kvinnoforskning, och även idag är

det svårt att hitta jurister som skulle arbeta med denna typ av forskning i vissa västliga länder. Jämfört med juridisk kvinnoforskning i andra länder har den nordiska kvinnorätten vissa särdrag, som återspeglar nordiska förhållanden.

Under de årtionden kvinnorätt har existerat har begreppet 'kön' förlorat sin självklarhet. Den ekonomiska och politiska kontexten för 'kön' har förändrat sig, och även förståelsen av rättvetenskap har genomgått förändringar. Denna 'denaturalisering' av vad kön är, eller ett nytt synsätt som betonar hur kön är hellre än vad kön är, är en resultat av kvinnoforskningens ihärdiga frågeställningar om kön. Denna denaturalisering har inte hänt enbart i Norden. Få vetenskapsgrenar har varit så expansiva som kvinnoforskning. Inom få vetenskapliga områden har det heller funnits så många teoretiska omvälvningar inom en relativt kort tidsperiod som just på detta område. Internationellt har särskilt begreppet 'jämlighet' eller 'jämsliddhet' genomgått en förändring som betytt att jämlighet förstås nu ofta som 'icke-diskriminering'. Jämlighet är en grundläggande princip i modern rätt, men dess betydelse har förändrat sig på ett viktigt sätt. Det är fråga om en internationell förändring.

Det kan ifrågasättas om det finns något som kan kallas 'nordisk kvinnorätt' – lika väl som man kan ha tvivel om att det finns 'nordisk rättvetenskap' eller 'nordisk feminism'. Några år sedan svarade en grupp forskare i filosofi och samhällsvetenskap frågan om '*Is There a Nordic Feminism*' i en antologi med samma namn. Svaret var ambivalent. Även existensen av nordisk rättvetenskap eller även nordisk rätt är inte självklar. Det är närmast en perspektivfråga – i ett globalt perspektiv finns det säkert gemensamma nordiska drag, men i närblick är skillnaderna mellan nordiska kulturer stora. Rättvetenskapliga traditioner i Norden är olika åtminstone i den meningen, att den skandinaviska realismen har varit bokstavligen skandinavisk realism. I Finland har den analytiska positivismen länge dominerat juridisk forskning. Denna skillnad har betydelse även i nordisk kvinnorättslig forskning. Skandinaviska forskare har ofta sysslat med en teori kan anpassas till den skandinaviska realismens läror. Postmodernism eller kanske 'post-positivism' har blivit en del av rättvetenskap i Norden under de senaste årtiondena. Detta har kanske hänt särskilt i Finland, där redan den analytiska positivismen innefattade en lingvistisk vändning vilken gjorde det lätt att närma sig den postmoderna epistemologin. Postmodernismen har haft betydelse även i kvinnorätt, särskilt i Finland. Postmodernismen inom kvinnorätten har betydelse både för hur man tänker om kön och hur man tänker om rätt och rättvisa.

Min presentation av den nordiska kvinnorätten baserar sig närmast på sådana arbeten som har diskuterats i nordiskt samarbete inom kvinnorätten. Här vill jag särskilt nämna vissa texter; en rad publikationer från 'Kvinneretten' i Oslo, särskilt antologin *Kvinnerett I–II* (1985), redigerat av Tove Stang Dahl, *Kvindearbejdet* (1978) av Ruth Nielsen, 'Kvinnor, klasser och lagar' (1980) av Karin Widerberg, *Årbog for Kvinderet* med en rad viktiga artiklar, och senare en del texter som kommit ut som resultat av samarbete i form av ett nordiskt kvinnorätts-

ligt forskarnätverk som arbetade på 1990-talet under namnet Gränsöverskridande kvinnorrätt. Alla nordiska forskare som arbetar med kvinnorrättsliga frågor deltog inte i det sistnämnda arbetet, men många var med. Ett slags 'slutarbete' för nätverket var en nordisk antologi som heter *'Responsible Selves. Women in the Nordic legal culture'* (2001), redigerat av Kevät Nousiainen, Åsa Gunnarsson, Karin Lundström och Johanna Niemi-Kiesiläinen. En ny samnordisk samling av texter på engelska är undervägs och skulle komma ut i 2001, troligen under namnet *'Coping with Difference. Nordic Feminist Legal Studies at a Crossroads'*, redigerat av Anu Pylkkänen och Eva-Maria Svensson.

Uppkomsten av kvinnorrätt och andra typer av kvinnoforskning kan inte förstås utan att de stora historiska förändringarna tas i betraktelse, särskilt de förändringar som förståelsen av kön har undergått under moderniseringen. Modernisering har ansetts vara en process där individernas traditionella bindelser till familjelinjen, statusgruppen och andra liknande gemenskaper minskar i betydelse. Rättsligt tar individualiseringen uttryck i förbindelse med liberaliseringen av lagstiftningen. Särskilt är det fråga om bortskaffande av alla sådana bestämmingar som begränsar individens möjlighet att fritt bestämma över sig. Om man tar individualiseringen som en måttstock för modernisering blir det uppenbart att det är fråga om en mycket lång process, som även i de västliga länderna tagit flera århundraden. Män blev betraktade socialt och moraliskt som individer i stället för medlemmar i en grupp mycket tidigare än kvinnor. Den moderna individualiseringen av män blev synlig i de rättsliga system som uppstod under den senare delen av 1700-talet. Individuell frihet och självbestämmanderätt blev betecknande egenskaper av varje manlig medborgare.

Man kan även påstå att kvinnor efter de borgerliga revolutionernas tid, i slutet av 1700-talet och i början av 1800-talet blev betraktade även mer som medlemmar av sina familjer än tidigare. Åtminstone i de ledande europeiska rättskulturerna uppstod det en skarpare särhållning av kvinnor och män under den tiden. Ända till 1700-talet hade både män och kvinnor blivit rättsligt behandlade som medlemmar av sina familjelinjer, statusgrupper, ständer och andra gemenskap. Kvinnornas mindervärdiga position inom dessa grupper hade rättfärdigats med tradition och religion. Denna mindervärdighet var dock hellre en kvantitativ skillnad – kvinnor betraktades som 'sämre män' – än en fundamental differens. Upplysningens grundläggande idé var att befria människan från traditionens bojar och från en blind tro på kyrkans läror. Under en sådan ideologi kunde man knappast stöda sig till tradition eller religion för att underkasta kvinnor och utesluta dem från individuella rättigheter. I stället för att ge sådana dogmatiska grunder för kvinnors särbehandlande återopade man en naturlig könsskillnad som basis för en särbehandling på grund av kön. Kön blev definierad som ett biologiskt determinerande egenskap, eller naturaliserat på ett kvalitativt sätt. På grund av sina givna egenskaper ansågs kvinnor vara enligt naturen tillpassade till moderskap och därigenom till ett liv i hemmet; kvinnan betraktades som den direkta motsatsen och komple-

mentet till mannen. Detta var något annat än att påstå att kvinnor är av samma natur och ha samma egenskaper som män, fast kvantitativt svagare. En sådan förändring från en 'kvantitativ' till en 'kvalitativ' könsskillnad tog enligt många forskare plats i europeisk kultur som en del av den tidiga moderniseringsprocessen.

Kvinnornas särart ansågs alltså vara bunden med moderskap, och kvinnor av alla ålder betraktades gärna som potentiella mödrar. Kvinnornas relation till samhället skulle gå genom familjen och dess manliga förman. Familjeföreställningen förändrade sig särskilt i de ekonomiskt ledande europeiska länderna från en enhet baserad på släktlinjer och gemensamt hushåll till en kärnfamilj bestående av far, mor och barn. Faderskap och moderskap i denna nya familj var klart dualistiskt definierade. Det känslomässiga i livet koncentrerades just i familjen, och särskilt modern blev det känslomässiga centret i familjelivet. Familjens hushåll som sådan fick mindre ekonomiskt betydelse. Ekonomiska aktiviteter började ta plats utanför hemmet, och blev definierade som manliga sysslor.

Resultatet blev att kvinnorna exkluderades från medborgarskap och individuella rättigheter just när antagandet om att universella rättigheter hör till alla män blev liberalismens politiska mål. På stöd av en naturalisering och biologisering av allt som ansågs höra till kvinnlighet definierades kvinnor som 'passiva' eller 'kvinnliga' medborgare, som inte skulle representera sig själva offentligt. En liknande biologisering av etniska skillnader tog också plats under tidig europeisk modernisering. Etniska skillnader har funnits till från urminnes tid, och de har betraktats som naturliga och säkert även har varit en del av de förmoderna människornas identitet. Sådana etniska särdrag hade dock inte en särskilt stor rättslig betydelse. En människas rättigheter existerade eller förnekades oberoende av hennes ras. Först under 1700-talet förenades slaveri med svart hudfärg och därmed ras. Biologiska rasteorier började vinna mark som en justification av slaveri först när den naturliga likheten av alla män hade blivit huvudargumentet emot privilegier och annan särbehandling. Med andra ord, både kön och ras naturaliserades och blev betraktade som biologiska fundamentala skillnader först under tiden efter de första borgerliga revolutionerna.

Mot denna bakgrund fick de första feministiska rörelserna formulera sina krav. Det fanns ingen konsensus om hur könsskillnaden skulle behandlas bland 'första vågens' feminister på 1800-talet. Olika nationella kvinnorörelser i slutet av seklet och i början av 1900-talet vacklade mellan att påstå att kvinnor är olika från män och precis därför berättigade till jämställdhet, och att påstå att kvinnor och män är i grund och botten likadana och bör därför behandlas jämlikt. Historiska undersökningar om feminismen under sent 1800-tal och tidigt 1900-tal har visat att kvinnornas organisationer och feministiska texter ofta betonade kvinnornas särart snarare än deras likhet med män. Många tidiga feminister förfäktade tanken om att kvinnor har sina egna feminina värden och aktiviteter, som bör inte underkastas de manliga värdena och aktiviteterna. Andra feminister förkastade denna

tankegång som de ansåg leda till en kulturell eller politisk dualism som dock affirmerar den feminina särarten, men ger den bara en underordnad ställning i samhället (Bock och James 1992, 4). Kvinnoemancipationen oscillerade mellan att försöka förhindra kvinnornas exklusion från den maskulina kulturen och des 'homologisation', och kvinnornas indragande till maskulinitet och manlig dominans utan att det feminina fick någon positiv betydelse (Cavarero 1992, 39).

Under en lång tidsperiod blev kvinnor alltså betraktade som potentiella mödrar och familjemedlemmar, hellre än individer med självbestämmanderätt, individuella behov och intressen. Även kvinnornas politiska rättigheter kunde styrkas genom att påstå att kvinnorna behövs som 'samhälleliga mödrar' som är särskilt ägnade att behandla socialpolitik, hälsovård och liknande feminina aktiviteter. På detta sätt kunde kravet om ökade rättigheter, både politiska och civila, begrundas med en hänvisning till behovet att dra nytta av kvinnlig kunskap och kunnighet. Det är alltså felaktigt att anse den tidiga feminismen vara liktydig med suffragetternas strävanden och krav på lika rättigheter för kvinnor och män på grund av att det finns ingen relevant skillnad mellan dessa människogrupper. Den amerikanska och engelska kvinnorörelsen under 1800-talets senare del var nog präglad av liberalistisk ideologi, som ville övertyga världen om att kvinnor är likadana som män. Alla feminister delade dock inte denna syn och dessa mål.

Med tanke på att kön hade blivit ett skiljande faktor som var både biologiskt determinerad och grundläggande i samhälleligt liv är det knappast förvånande att första vågens feminism både de nordiska länderna och i det övriga västlandet ställde sina krav inom en så tvetydlig ram. Det var typiskt att kvinnoemancipationen, trots sina likheter med emancipation från rasistiskt förtryck ändå skiljer sig från den sistnämnda genom att vara så bunden vid familjeliv och privaträttslig lagstiftning. Den gifta kvinnans självbestämmanderätt var svårare att nå än den ogifta kvinnans. Ogifta kvinnors civila rättigheter ökade i Norden sedan 1850, men det tog flera decennier mer att realisera liknande rättigheter för gifta kvinnor. Även de lagar i slutet av 1800-talet som gav nordiska gifta kvinnor en viss bestämmanderätt över sin förmögenhet gjorde inte makar jämlika. Hustruns bestämmanderätt gällde bara hennes egen förmögenhet, och i fråga om förmynderskap över barn hade fadern en privilegierad position. De skandinaviska första vågens feminister advocerade full jämställdhet.

Det skandinaviska samarbetet för harmonisering av äktenskapslagstiftning ledde till resultat. Samarbetet började mellan Danmark, Norge och Sverige i 1909, och de flesta experter som deltog i förberedningen var eniga om förändringarna. Konservativa åskådningar kunde inte påverka majoriteten, och inte heller de försök som kom från skandinaviska kyrkornas håll influerade beslutsfattandet. Finland och Island kom först senare med i harmoniseringsprocessen, men slutresultatet blev en gemensam nordisk modell för äktenskapslagar även i dessa länder. Modellen betonade makarnas jämställdhet i mycket högre grad än tillsvarende lagar i andra europeiska länder gjorde (Melby et al 2000, 11–20).

Kvinnorna bekämpade sig även politiska rättigheter relativt sett tidigt i de nordiska länderna.

Trots detta var det samhälleliga livet klart delat till manliga och kvinnliga områden. Familjeidealet var inte jämlikt i den betydelse att man skulle ha haft samma förväntningar angående båda makars insatser. De nordiska lagstiftarna delade enligt lagförarbeten klart den förväntningen att mannen skulle i normalfall ta hand om familjens försörjning genom näringsverksamhet utanför hemmet, och hustrun ta hand om arbetet i hemmet. I praktiken var det dock omöjligt att nå den ideella familjeformen i alla samhällskrätser. Det borgerliga idealet bestående av en husmor och en yrkesaktiv far var knappast möjlig för alla även i ekonomiskt mera avancerade europeiska länder, och den var omöjlig för en stor del av nordbor. En stor del av befolkningen i hela Norden kunde antingen inte begå äktenskap och skaffa sig ett eget hem i brist av medel. Att vara husmor i ett samhälle med små jordbruk kan inte jämföras med det mera borgerliga idealet som var vanlig i England, Frankrike och Tyskland.

Socialpolitiken i Danmark, Norge och Sverige under 1930-talet var mycket präglad av befolkningsfrågan. Det var tydligt att folk i industriella samhällen fick färre barn än folk i förindustriella samhällen, men orsaken var oklar. Många europeiska länder började stöda barnfamiljer kraftigt i början av 1900-talet, och ett sådant stöd blev också aktuell i socialdemokratisk politik i Skandinavien. Denna familjepolitik ledde till att moderskap blev betraktat som kvinnornas egentliga kallelse ännu starkare än tidigare. Socialdemokratiska partier i Skandinavien betonade dock även jämställdhet. Redan under 1930-åren uppstod kritiken mot antagandet att en formell likhet i familjerätten skulle leda till en förändring av den rådande könsbundna arbetsfördelningen. Särskilt stor praktisk betydelse fick sådana reformtankar inte. Tvärtemot; i efterkrigstiden fick den paternalistiska kärnfamiljen en ännu starkare position än tidigare. Kombinationen av olika stödformer för barnfamiljer och en ideologi som föredrog att mammor stannade hemma ledde till att denna familjeform blev helt dominerande i Skandinavien. Först genom effektiva välfärdstatliga åtgärder kunde de skandinaviska länderna uppnå idealet. Andelen gifta kvinnor i betalt arbete i Skandinavien var under 1950-talet bland de lägsta i Europa. År 1950, 95 procent av norska och 90 procent av svenska gifta kvinnor var inte yrkesarbetande (Leira 1994, 49–71). En liknande situation kunde inte nås i Finland där efterkrigstiden präglades av brist på arbetskraft och fattigdom. Själva idealet var dock klart även i Finland, och kvinnornas yrkesarbete ansågs som en ond nödvändighet.

En tydlig förändring skedde först under 1960-talet. En familj bestående av två lönetagare började vara allt vanligare, och även ideologiskt acceptabel. Den skandinaviska arbetsmarknaden började bjuda deltidsarbete i ökande mån för att kunna dra gifta kvinnor till lönarbete. I Finland fortsatte kvinnor att arbeta heltid, men sedan 1960-talet blev detta oftare betraktat som ett önskvärt läge. Den nya familjeföreställningen blev tvetydig. Å ena sidan blev moderskap och faderskap

definierade på ett mera jämlikt sätt – mammor och pappor ansågs nästan vara likadana och jämlika i betydelsen utbytbara. Å andra sidan blev det klart att det inte var möjligt att i snabb takt förändra den kulturella förståelsen av föräldraskap på ett sätt som skulle ha betytt en helt jämlik arbetsfördelning och identiska roller för mammor och pappor. Det uppenbarade sig även snart att det fanns delade meningar inte bara bland människor övrigt utan även bland feminister om detta skulle även vara önskvärt.

Den s.k. andra vågens feminism uppstod i en viss samhällelig situation, som var mycket internationell. Nu krävde kvinnorna sina rättigheter som jämställda individer, men under den förståelsen att formellt jämlika rättigheter inte var tillräckliga. I stora tag hade den västerländska lagstiftningen redan blivit könsneutral. Detta betyder, att sådana lagrum som öppet baserar sig på en särbehandling av människor på grund av kön hade blivit mycket sällsynta i europeiska, och helt ovanliga i nordiska rättsregler. 'Könsneutralitet' betyder, att kön inte nämns i lagtexten, och att kön med detta anses sakna rättslig betydelse helt och hållet. Som Tove Stang Dahl påpekade i sin *'Innledning til kvinneretten'* i 1985, betyder likhet inför lagen dock inte att rättsreglernas användning skulle leda till ett rättvist resultat, eller till ett resultat som skulle vara oberoende av kön. Ett behov att värdera lagarnas konsekvenser för olika grupper av människor blir synlig, när formellt olika rättigheter inte längre kan förklara socialt orättvisa resultat.

Både i Finland och i Sverige fanns det under 1960- och 1970-talet många jämställdhetsaktivister som påstod att en förändring av könsroller är i både kvinnors och mäns intresse, och trodde att föräldraskap bör bli mer jämlik. I Norge hade kvinnorörelsen starkare inslag av husmorsintressen, och en rörelse för husmorslön gav inspiration till många kvinnorättsforskare. Medborgarlön eller *'trygd efter behov'* kunde enligt detta synsätt förbättra kvinnors situation. Ett feministiskt synsätt som utgår från *könsskillnad* i stället för *likhet* var mera uttalat i Norge än t.ex. i Finland. Det kan sägas att den gamla tendensen att kvinnorörelser betonar antingen köns likhet eller differens kom i uttryck i Norden på så sätt att en betoning av likhet var tydligare i de östliga nordiska länderna, och betoning av differens särskilt typiskt för Norges kvinnorörelse.

Teoretiskt sett blev det alltså uppenbart under 1970-talet att formellt lika rättigheter för kvinnor och män inte automatiskt leder till en likhet av kvinnors och mäns faktiska levnadssätt, om nu en sådan likhet var önskvärd eller inte. Den första impulsen till kvinnoforskning inom juridiken i Norden kom från Norge. Den norska kvinnoforskningen under 1970- och 1980-talet var till stor del *levetidsforskning*, som enligt Helga Hernes kunde berättas *'hvordan kvinner har det i dag både sammenliknet med menn og med hverandre'* (Hernes 1985). Enligt norsk kvinnoforskning fanns det stora skillnader i det sätt som kvinnor och män förde sitt liv på, och i deras omständigheter. Kvinnorättsforskningen kom med den insikten, att kvinnors och mäns olika kår, särskilt vad gäller deras prestationer i betalt och icke-betalt arbete, leder till att jämställdhetsprincipen inte har reell

betydelse. 'Det er således en påfallende lav grad av både likevektsrettferdighet og fordelingsrettferdighet mellom kjønnene når det gjelder verdesettelse av arbeid og fordelingsrettferdighet mellom kjønnene når det gjelder verdesettelse av arbeid og tildeling av penger', konstaterade Tove Stang Dahl (Dahl 1985). Detta vill säga, att den moderna rättvisan som är starkt bunden till både formell jämlikhet och även social jämlikhet fattades hos kvinnor.

Likadan var situationen i de övriga västliga länderna där lagstiftningen hade blivit i stort sett könsneutral. Trots att den förändrade ideologin tillät kvinnors närvaro på arbetsmarknaden och även föredrog kvinnors yrkesarbete, var det tydligt att kvinnor inte hade samma möjligheter att dra nytta av de formella rättigheterna som män hade. Detta ledde till krav om *operationalisering av jämlikhetsprincipen* genom effektivare normer mot diskrimination (om denna förändring se Nousiainen i *Coping with Difference*).

Jämlikhet är en mycket gammal juridisk princip, trots att formell jämlikhet först under den moderna tiden har ansetts kräva att först alla vita män, sedan även män av andra etniska grupper och kvinnor skall vara formellt jämlika. *Diskrimination* är däremot ett tämligen nytt begrepp, och diskrimineringsförbud som idag ofta mötes i konstitutionerna överallt i världen tillsammans med jämlikhetsprincipen har också blivit till först under tiden efter andra världskriget. Både i nationell och i internationell rätt finns det exempel på diskrimineringsförbud redan från tiden före det andra världskriget. T.ex. ILO (International Labour Organisation) arbetade redan under mellankrigstiden för normer som skulle minska diskriminering i arbetslivet. Kvinnodeputationer som deltog i fredskonferensen i Paris i 1919 hjälpte till att principen om lika lön för samma arbete togs in i konstitutionen av ILO.

Under den första delen av 1900-talet intresserade sig ILO dock närmast för förbud mot slaveri. När detta arbete (som hade redan pågått under 1800-talet i internationellrätt) fortskred blev formerna av slaveri subtilt förändrade. I stället för den gamla typen av slaveri som bestod av en total frånvaro av rättigheter kom nu nya typer av slaveriaktiga förhållanden, särskilt i de koloniserade delarna av världen. Efter andra världskriget och när dekoloniseringen kommit i fart blev denna tendens särskilt klar. Detta var en förändring från *slaveri* till *diskrimination*. Det klassiska slaveriet betyder att en människa förnekas rättigheter helt och hållet, och betraktas som ett ting som kan ägas. Att slaveri under 1800-talet var ett fenomen som förenats med ras påverkade även situationen efter att traditionellt slaveri blivit bortskaffad. Hela befolkningsgrupper eller kategorier av människor befann sig fortfarande i något som beskrevs som 'slaveriliknande omständigheter'. Sådana grupper var ofta segregerade, och levde i ett tillstånd av deprivation. Det var just sådana här 'slaveriliknande omständigheter' som allt oftare blev förstådda som diskrimination i internationell rätt. Den traditionella, klassiska moderna jämlikhetsprincipen var baserad på antagandet om formell, individuell likhet, men diskrimination av en större grupp människor var ett

kollektivt fenomen, och den betraktades inte enbart som en fråga om individuell, formell likhet. Begreppet diskrimination blev vanlig först i sådana konventioner som hade att göra med människogrupper som blivit exkluderade från den övriga populationen. Både i nationella och internationella kontexter blev diskrimination diskuterat och förbjuden först gällande ras, och först senare gällande kön.

Jämlikhetsprincipen i den form som den uppenbarade sig i europeiska konstitutioner efter de borgerliga revolutionernas tid betydde närmast att den nationella administrationen inte fick behandla individuella medborgare på ett arbiträrt sätt. I formen av konstitutionalism transformerades principen till en restriktion av lagstiftarens makt. Konstitutionalismen drar gränser åt statens suveränitet och även folksuveränitet genom att förbjuda åtgärder som kunde kränka fundamentala eller mänskliga rättigheter. Dessa rättigheter hör till var och en. Det är dock inte bara staten som är bunden av jämlikhetsprincipen. Enligt de nyare konventioner om mänskliga rättigheter lika väl som nationell lagstiftning i en stor mängd länder utgår från att staten är skyldig att inte bara själv avhålla sig från att kränka jämlikhetsprincipen, utan är även skyldig att garantera att medborgarnas eller individernas jämlika rättigheter inte kränks av andra medborgare eller individer.

Den sistnämnda utvecklingen kommer tydlig t.ex. när man betraktar utvecklingen av lika lön -principen. Som redan sagt, elaborerades denna princip redan i fredskonferensen i Paris i 1919 och blev en del av konstitutionen av ILO. En ny konvention om lika lön (ILO Convention 100) blev till efter andra världskriget. Romfördraget, EGs konstituerande dokument, innehöll en enda artikel som behandlade principen om lika behandling av män och kvinnor. (Nielsen och Szyssczak 1993, 39). Artikel 119 (nu artikel 141) stipulerade att män och kvinnor ska ha lika lön för samma arbete. Bestämmelsen skulle vara genomförd i samtliga medlemsstater i slutet av 1961. Artikeln ledde dock inte till någon gemensam implementering. En resolution i vilken medlemsstaterna accepterade att successivt införa lika lön för män och kvinnor antogs i 1961. Resolutionen hade inte heller avsedd effekt (Lundström 1999, 102–109). EG-domstolen slog fast i det berömda fallet Defrenne II fast, att artikel 119 hade direkt effekt; det var fråga om en artikel med både ett ekonomiskt och ett socialt syfte, samt var en ovillkorlig och grundläggande princip i EG-rätten. Under 1970-talet antogs även viktiga direktiver mot könsdiskriminering, likalönsdirektiven 75/117/EG och likabehandlingsdirektiven 76/207/EG. Reglerna mot lönediskriminering är typiskt sådana normer som operationaliserar jämlikhetsprincipen och gör den till regler som gäller mellan medborgarna.

EG-domstolen fattade flera viktiga beslut om hur man skulle förstå diskriminering. EG-domstolen använde ofta insikter som redan utvecklats i USA och common law övrigt. En distinktion mellan två former av diskrimination, direkt och indirekt diskrimination, gjorde det möjligt att utvidga begreppets utsträckning. Direkt diskrimination betyder att en person är behandlad mindre fördelaktigt än en annan person på grund av kön. En lagstiftning som ger föräldraledighet

bara åt mammor är en form av direkt diskrimination, lika väl som det är direkt diskriminerande att en arbetsgivare anställer bara män. I dessa fall är individer exkluderade direkt på grund av kön. Däremot är det fråga om indirekt diskrimination om det krävs någon kvalifikation eller används en praxis som producerar en oförmånlig effekt för ett kön. Det är fråga om en regel som *prima facie* särbehandlar människor på något helt annat kriterium än kön, men som i praktiken leder till samma resultat som om man hade använt det förbjudna kriteriet som kön. Att betrakta den disparata effekten av åtgärder för att upptäcka diskrimination var en innovation som EG-domstolen recipierade från amerikanska och brittiska domstolar. När man försöker bevisa direkt diskrimination bör man bevisa att en oförmånlig sak hände för att en person var kvinna (eller man). För att bevisa indirekt diskrimination bör man bevisa att det finns en skenbart neutral regel som en grupp av människor kan följa men en annan grupp kan inte, och att det uppstår en skada för den gruppen som inte kan uppfylla regelns krav. Det är typiskt att det inte är relevant vilka intentioner den personen hade som blir skyldig till diskrimination.

Det faktum att hela begreppet diskrimination har uppstått i kontexten av särbehandling av en hel grupp eller kategori av människor, och att särskilt indirekt diskrimination kan knappast bevisas utan att ta en större grupp människor i betraktande, hänvisar till att jämlikhet som icke-diskriminering inte kan resultera bara i formell rättvisa för individer. De feministiska kritikerna mot själva jämlikhetsbegreppet har ändå börjat med konstaterandet om att jämlikhet är ett liberalistiskt begrepp som är separat om distributiv, kollektiv social rättvisa. Jämlikhetsprincipen anses vara fokuserad på individen och bara kräva att människor behandlas likadant utan att ta deras aktuella situation i betraktande (Smart 1989, 145–146, Charlesworth och Chinkin 2000, 32, Ellis 1997, 332. För en motsatt argumentation, se Nousiainen i *Coping with Difference*).

Särskilt de skandinaviska länderna hade en tradition av politik med stark betoning av substantiv rättvisa. Social orättvisa förknippades vanligen med ojämna distribution av inkomster och andra resurser, och social rättvisa som jämlikhet ansågs bäst ta plats inom ramen av en diskurs mellan det politiska systemet i traditionell mening och arbetsmarknadsparterna. En stor del av det som ansågs höra till social rättvisa var konditionerat till att diskuteras och bestämmas i en trekant bestående av regeringen, arbetsgivarna och arbetstagarna.

Detta mål blev även synligt i form av jämställdhetslagstiftning. Nordisk jämställdhetslagstiftning har sin ideologiska bakgrund delvis i internationell rätt, särskilt FN:s kvinnokonvention. Delvis har även rättsutvecklingen inom EG/EU haft betydelse för nordisk rätt. Trots att kvinnor har haft en stark politisk position i Norden jämfört med kvinnor i många andra länder, och trots att social jämlikhet som socialt värde och politiskt mål har spelat en viktig roll här, kan man inte säga att en tolkning av jämlikhets/jämställdhetsprincipen som icke-diskriminering skulle ha slagit rot utan problem. Den nordiska välfärdstatliga korporatismen har

inte visat sig som förmånlig grogrund till lagstiftning mot diskrimination. Å andra sidan har många nordiska kvinnoforskare en tro på statliga åtgärder, lagstiftning och välfärdstatliga mekanismer som är helt främmande för feminister i många andra länder. Den nordiska kvinnorrättsliga litteraturen har påvisat att jämställdhetslagstiftning ansågs hota den typen av politik som försökte skaffa social rättvisa i form av inkomstpolitik i korporatistiska former.

Å andra sidan många elementer i den nordiska kvinnorrätten gör den till ett medel som kan väl användas för jämställdhetspolitik. Antidiskriminationsnormer innebär en viss motsättning mellan formell och reell jämlikhet/jämställdhet. Det fanns mycket underslag i den norska och danska kvinnorrättsliga forskningen redan i början av 1980-talet för analyser av den typen som *relaterar formell normativitet till social normalitet*. Sådan kunskap kan användas till analyser av lagars könsspecifika effekter. Detta är ju det man bör göra enligt *mainstreaming*-principen. *Mainstreaming* har blivit en del av FN:s jämställdhetspolitik. Enligt Amsterdampaktens art. 3 (2) är en princip som bör realiseras i alla EU-aktiviteter. Norsk kvinnorrätt, som den blev utvecklad av Tove Stang Dahl och flera andra forskare under 1970- och 1980-talen, förenade en viss empiristisk forskning angående '*kvinnors levkår*' med en rättsvetenskaplig analys som baserade sig på den skandinaviska realismen. Denna tradition är än i dag användbar när det gäller analyser av typen *gender impact studies*, eller analyser av lagarnas könsbundna inverkan.

En skillnad mellan den tidiga nordiska och den internationella kvinnoforskningen kan ändå urskiljas i det sätt kön blev betraktad. I den internationella forskningen har det länge funnits tvivel om hur 'kön' bör förstås – Simone de Beauvoirs *Le Deuxième Sexe*, en klassiker från 1949 frågade ju 'vad är en kvinna'. När den internationella feminismen tog i bruk begreppspar *sex/gender*, var detta ett försök att *denaturalisera* begreppen 'kvinna' och 'man'. Termen *sex* reserverades till biologiska könsskillnader, medan termen *gender* blev en beskrivning av sådana feminina eller maskulina beteendemönster, som kan anses vara socialt betingade. Detta begreppspar har påverkat t.ex. FN:s kvinnokonvention, som gör en klar skillnad mellan 'sociala roller' kvinnor och män har på grund av historisk tradition, och deras biologiskt betingade egenskaper. FN:s kvinnokonvention opererar med just denna tudelade beskrivning av kön.

Begreppspar *sex/gender* togs snabbt i bruk även inom nordisk kvinnorrätt. Ruth Nielsen använde det till arbetsrätt (Nielsen 1978). Hon kunde visa att de problem som kvinnor mötte i arbetslivet ofta var förknippade med det sätt de levde på – om någon man råkar leva på samma sätt, t.ex. tar ansvar för barnen på ett sätt som är typisk för kvinnligt socialt kön, blir även han behandlad som en representant av kvinnokön i social bemärkelse. Även Tove Stang Dahl tycks ha utgått ifrån att en typiskt kvinnligt levnadssätt inte behöver vara biologiskt determinerad.

Ett problem med denaturalisering av begreppet 'kvinna' är att det blir proble-

matiskt att tala om 'kvinnor' som en självklar 'etnisk' grupp, med gemensamma erfarenheter och åsikter som uttrycker deras särart. Postmoderna forskare går även längre med den denaturalisering som började med begreppet *gender*. Enligt den norska kvinnorrättsliga forskningens *credo* skulle kvinnors levnadsförhållanden och erfarenheter inkluderas i juridisk argumentation i form av 'reella hänsyn'. Kunskap om särskilda '*kvinnors erfarenhet*' justifierade synpunkter som presenterades av kvinnoforskare. Om man betraktar kvinna (man) som social konstruktion bortfaller tron till den autentiska kvinnliga erfarenheten. Problemet ligger, enligt min mening, i att anta att kvinnors erfarenheter kunde vara både enformiga och autentiska i den meningen, att de kunde vara oavhängiga av de förhållande där de uppstått. Kvinnor och män är olika sinsemellan, men det finns ingen klar skiljelinje mellan dessa köns kategorier, även om man kan tala om 'typiska' kvinno- och manliga erfarenheter.

Den svenska kvinnorrätten har under den senaste tiden använt begreppet *genus*. Begreppet har fått betydelse även i den svenska jämställdhetspolitiken och lagberedningen. Begreppet togs i bruk av den svenska historikern Yvonne Hirdman, som presenterade en strukturalistisk tolkning av kön som ett hierarkiskt förhållande mellan män och kvinnor. Det är svårt att föreställa hur rättspositivism av typen skandinavisk realism kunde förenas med *genus*-begreppet. En förbindelse mellan kvinnoforskning av denna typ och rättsvetenskap kanske kräver att postpositivismen får mer utrymme inom rättsvetenskap. Den finska postmodernistiska kvinnoforskningen och rättsvetenskapen har varit mer påverkad av fenomenologi än av strukturalism. I fenomenologisk anda blir frågan *hur* kön är, i stället för *vad* kön är. Den frågan kan svårligen betraktas inom den analytiska positivismens kontext.

Under det senaste årtiondet har alltså den epistemologiska och även ontologiska grunden till kvinnoforskning förändrat sig kraftigt. Kvinnoforskning hade stor genomslagskraft när förståelsen av 'kön' delvis rättsligt denaturaliserades genom jämställdhetslagstiftning. Globalt sätt finns det idag flera sätt att tala om kön – allt ifrån en helt naturalistisk, essentialistisk kön till kön som saknar fast förankring i biologi helt och hållet. Det är svårt att förutse hurdana politiska följder denna mångfald kommer att ha. En tillbakagång till den tidigare biologiska förståelsen av kön tror jag inte är möjlig – kvinnoforskning har lyckats med att problematisera könsbegreppet i den mån att en naiv naturalism knappast är möjlig. Fördelen med nuläget – en ytterst problematiserat könsbegrepp – är att en kategorisk könsrelaterad indelning blir ohållbar. Å andra sidan blir visst könsrelaterad jämställdhetspolitik en komplicerad affär.

Frågan om vilken betydelse kvinnorrätt har haft i Norden och hurdan betydelse den kommer att ha i framtiden måste dock ställas genom att fråga vidare hurdan förhållande kvinnorrätt har haft till politik och moral. Inom den juridiska dogmatiken tillåter man argument som tangerar politik och moral bara under relativt snäva gränser. Det är tämligen klart, att diskussionen om den 'rätta' relationen mellan

kön och rätt leder både till politiska och etiska frågor, som knappast kan svaras inom ramen för gällande rätt. Ofta är det fråga om förändringskrav och insikter om rättvisa. Kvinnorätt har haft en mer eller mindre direkt relation till kvinnorörelser. Även mera än dessa rörelser har kvinnorrättsforskare litat på nordiska staters och samhällets förmåga till social förändring genom lagstiftning och andra 'legalstrategier'. En fortsatt emancipation genom politiska åtgärder leder till frågan om hur politiken skulle förstås i dag. Det har länge varit en feministisk dogma att politik som enbart betraktar den offentliga sfären (staten och arbetsmarknaden) kan aldrig vara emancipatoriskt för kvinnor. I den postmoderna världen uppstår även andra misstanken om den moderna förståelsen av politik. Själv arbetar jag med en definition av kvinno- och könspolitik som utgår från att det politiska ligger i det kontingenta hos kön eller det kvinnliga. Mycket av det som förstås som 'kvinnligt' hör närmare till etikens än moralens område enligt den moderna, postkantianska rättsfilosofin. Detta gäller särskilt frågor om omsorg och vård. Om rätten och moralen hållas strängt isär, kan man knappast ha en sådan förståelse av fri- och rättigheter som kunde leda till en bättre könspolitik.

Tove Stang Dahl, i linje med brittisk rättsvetenskaplig kvinnoforskning, ansåg att problemet med rätten var att rätten var androcentriskt formulerad. *'Fortsatt er det en manlig norm som gjelder på de fleste områder, ved at det først og fremst er menns oppfatninger, behov og konflikter som ligger nedfelt i retten'*. Detta är inte för att det skulle finnas en manlig konspiration bakom rätten och rättigheter, men män har en kulturell hegemoni som innebär att en manlig synspunkt blir accepterad som allmän och naturlig, även av dom som är underordnade. Det att män och kvinnor har olika aktiviteter och är olika på många sätt är inte problematiskt i sig själv. Problemet är att kvinnors egenskaper, värden och aktiviteter systematiskt underordnas männenas. Rätten som samhällelig institution upprätthåller den manliga hegemonin (Dahl 1985, 16–17).

Samma tankegång blev uttryckt lite senare av t.ex. Carol Smart, en ledande brittisk sociolog, som skrivit mycket om kön och rätt. Carol Smart påstod i sin bok *The Power of Law* (Smart 1989) att rätten idag inte längre är förtryckande för kvinnor i den meningen att den skulle förneka kvinnors formella rättigheter. Smart hänvisar till Dahls text som kommit ut på engelska år 1988, när hon argumenterar att lika rättigheter döljer en manlig norm som basis för rättssystemet. Rättigheter är *'based on an androcentric standard,'* så att *'in order to have any impact on law one has to talk law's language, use legal methods, and accept legal procedures. All these are fundamentally anti-feminist'*. Själv anser jag inte att rätten, legala strategier eller rättsliga procedurer är oföränderliga eller givna. Förståelsen av jämlikhet/jämställdhet som rättvisa har förändrat sig under de senaste årtiondena. Både kön och rätt är säkert ett spelfält där social makt utövas, men de är långt ifrån bestående formationer.

Litteratur

- Bock, Gisela och Susan James (red.) 1992, *Beyond Equality and Difference. Citizenship, Feminist politics and female subjectivity*. Routledge, London, New York
- Cavarero, Adriana (1992), Equality and sexual difference: amnesia in political thought. I Bock, Gisela och Susan James (se ovan), 32–47
- Charlesworth, Hilary and Christine Chinkin (2000), *The boundaries of international law. A feminist analysis*. Manchester University Press, Manchester
- Dahl, Tove (red) 1985, *Kvinnerett I–II*. Universitetsforlaget ,AS, Oslo, Bergen, Stavanger, Tromsø
- Hernes, Helga (1985), Forord til serien ”Kvinnens legekår og livslöp”. I Dahl, Tove (red.) *Kvinnerett I* (se ovan)
- Leira, Arnlaug (1994), The ’Woman-Friendly’ Welfare State?. I Lewis, Jane (ed.), *Women and the Social Policies in Europe. Work, Family and the State*. Edward Elgar, Bodmin, 49–71
- Nielsen, Ruth (1978) *Kvindearbejdet*. Juristforbundets Forlag, København
- Nielsen, Ruth and Erika Szyszczak (1993), *The Social Dimension of the European Community*. Handelshøjskolens Forlag, København
- Lundström, Karin (1999), Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. En feministisk analys. Iustus förlag, Uppsala
- Melby, Kari et al. (red.), *The Nordic Model of Marriage and the Welfare State*. Nord 2000:27, 20
- Nousiainen, Kevät, Åsa Gunnarsson, Karin Lundström, Johanna Niemi-Kiesiläinen (red.) (2001) *Responsible Selves. Women in the Nordic legal culture*. Ashgate/Dartmouth, Aldershot, Burlington USA, Singapore, Sydney
- Nousiainen, Kevät, (forthcoming), In Defence of a Dynamic Concept of Equality. I Anu Pylkkänen och Eva-Maria Svensson, *Coping with Difference. Nordic Feminist Legal Studies at a Crossroads*. Hart Publishing
- Smart, Carol (1989), *Feminism and the Power of Law*. Routledge, London, New York

Anne Rutberg och Rolf Skog

Användning av optioner för belöning av anställda:
privat- och skatterättsliga frågor

Användning av optioner för belöning av anställda: privat- och skatterättsliga frågor

av Anne Rutberg och Rolf Skog, Sverige

I Sverige växte intresset för aktierelaterade incitamentsprogram dramatiskt under 1990-talet. Fler än hälften av bolagen på Stockholmsbörsen har redan ett eller flera incitamentsprogram baserade på aktier, konvertibler, teckningsoptioner, köpoptioner, syntetiska optioner eller s.k. personaloptioner. Bland de största bolagen är andelen ännu större.

Incitamentsprogram reser en rad civilrättsliga och skatterättsliga frågor. Vi behandlar i referatet endast en del av dessa. Såvitt avser de civilrättsliga aspekterna tar vi först upp frågan om hur ett beslut om införande av ett incitamentsprogram skall fattas. Är det ett beslut som kan fattas av bolagsledningen, är det ett beslut som skall fattas av styrelsen eller är det rentav ett beslut som aktieägarna skall fatta vid en bolagsstämma? En för aktieägarna väsentlig fråga är vidare vilken utspädning av aktieägandet och vilka kostnader för bolaget som ett visst incitamentsprogram kan komma att medföra. En annan i praktiken viktig fråga är vilka som skall omfattas av ett incitamentsprogram och hur stor tilldelning var och en skall erbjudas. Från rättsliga utgångspunkter är emellertid frågan av begränsat intresse och lämnas därför i sin generella form därhän. Vi behandlar emellertid den särskilda frågan om styrelseledamöters rätt att delta i incitamentsprogram.

När det gäller den skattemässiga behandlingen av optionsprogram, så uppkommer ett antal frågeställningar att beakta. Detta gäller såväl i inhemska program som i stora globala incitamentsprogram till anställda i många länder. I referatet tar vi först upp vissa generella frågeställningar avseende beskattningen av globala optionsprogram såsom beskattningstidpunkt, beskattningsunderlag och personalförflyttningar över ländergränser. Därefter behandlar vi frågor som rör beskattningen i Sverige. I Sverige beskattas optioner nämligen olika beroende på om optionerna kvalificerar som värdepapper eller ej. Utformningen av programmet samt villkoren för optionerna styr om eventuell värdestegring skall beskattas som tjänsteinkomst eller kapitalinkomst. Det innebär att en grundlig analys normalt bör föregå införandet av optionsprogram till anställda.

Anne Rutberg blev jur.kand. 1978 och är sedan september 2000 verksam som skattejurist och delägare vid Mannheimer Swartling Advokatbyrå i Stockholm. Innan dess ansvarade hon för skatterådgivning vid Enskilda Juridik inom SEB gruppen (1990–2000). Hon var tidigare verksam vid Kammarrätten i Stockholm (1981–1987), där hon förordnades till assessor 1987, och som rättssakkunnig vid Finansdepartementets enhet för rörelsebeskattning (1987–1990). Anne Rutberg är författare bl.a. till ett stort antal artiklar på skatterättens område.

Rolf Skog är ekon. lic. och jur. kand. Han har varit anställd i det svenska regeringskansliet sedan 1978. Han var under åren 1990–2001 sekreterare i Aktiebolagskommittén. Skog är adjungerad professor vid Juridisk Institut, Handelshögskolan i Århus, Danmark. Han är också bitr. föreståndare för Stockholm Center for Commercial Law, Stockholms universitet. Han är föredragande i Aktiemarknadsnämnden. Skog är författare till bl.a. en rad artiklar på bolags- och börsrättens område.

1. Inledning

Incitamentsprogram för företagsledare och andra anställda har under senare år blivit mycket vanliga i stora, framför allt börsnoterade, företag. Vi skall i detta referat diskutera några civilrättsliga och skatterättsliga aspekter på sådana program, framför allt optionsprogram. Vår utgångspunkt är svenska förhållanden och svenska regler, men de grundläggande frågeställningarna och resonemangen torde i stor utsträckning vara allmängiltiga.

Referatet är disponerat på följande sätt. I avsnitt 2 redovisar vi i komprimerad form den grundläggande ekonomiska teorin bakom incitamentsprogram. I avsnitt 3 ger vi en kortfattad bild av omfattningen av incitamentsprogram i det svenska näringslivet samt de vanligaste slagen av optionsprogram. Avsnitt 4 ägnas civilrättsliga, framför allt bolagsrättsliga, frågeställningar medan de skatterättsliga aspekterna diskuteras i avsnitt 5.

2. Incitamentsprogram – den ekonomiska teorin

I varje uppdragsförhållande finns vad ekonomer brukar kalla ett agentproblem. En uppdragsgivare, principal, uppdrar åt en agent att utföra ett visst uppdrag och förväntar sig att agenten handlar uteslutande i uppdragsgivarens intresse. Efter som agenten sällan eller aldrig har en målfunktion som är identisk med uppdragsgivarens, finns emellertid en risk att agenten agerar på ett sätt som mer eller mindre avviker från vad uppdragsgivaren anser önskvärt – ett agentproblem föreligger.

I den ekonomiska forskningen om agentproblem har särskild uppmärksamhet riktats mot "uppdragsförhållandet" mellan aktieägare och företagsledning i börsnoterade företag. I teorin förväntas företagsledningen, liksom övriga anställda, alltid agera på ett sätt som maximerar värdet på företaget och därmed också värdet på ägarnas investeringar. I verkligheten förhåller det sig emellertid som alla vet många gånger annorlunda.

Teoretiskt skulle agentproblemet kunna reduceras genom att ägarna via bolaget skrev ett kontrakt med företagsledningen som i detalj reglerade ledningens handlande. I verkligheten kan ett sådant kontrakt inte åstadkommas. Det i praktiken vanligaste sättet att reducera agentproblemet är därför att ägarna själva fattar eller kräver att få godkänna sådana beslut i företaget som är särskilt viktiga, att ägarna

ger riktlinjer för företagsledningens handlande och att ägarna genom något av dem utsett organ övervakar ledningen. Det är i det ljuset man skall se aktiebolagslagens regler om bolagsstämman beslutskompetens liksom de föreskrifter som ibland finns i bolagsordningar om att beslut om t.ex. större investeringar skall fattas eller godkännas av bolagsstämman. Detsamma gäller lagens krav på att det i bolaget skall finnas en av bolagsstämman utsedd styrelse med ansvar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter.

En aktiv övervakningsfunktion förutsätter att ägarna har så stora ekonomiska intressen i bolaget att de finner det lönsamt att delta i bolagsstämman beslutsfattande om exempelvis styrelsens sammansättning. Övervakningsfunktionen främjas därför av en koncentrerad ägarstruktur i de enskilda företagen, medan den försvagas av en spridd ägarstruktur. I bolag med en spridd ägarstruktur kan emellertid den s.k. marknaden för företagskontroll fungera som ett komplement till den traditionella övervakningsfunktionen. Risken för ett kontrollägarskifte genom ett offentligt uppköpserbudande (takeover) minskar företagsledningens möjligheter att avvika från aktieägarnas målfunktion; avvikelser sänker aktiekursen i förhållande till bolagets substansvärde och ökar därmed uppköpsrisken.

Ett helt annat sätt att angripa agentproblemet än att stärka övervakningsfunktionen är att försöka åstadkomma en ökad överensstämmelse mellan företagsledningens och ägarnas målfunktion. Det kan ske t.ex. genom att företagsledningen görs till aktieägare i bolaget eller ersätts på ett sätt som är relaterat till avkastningen på ägarkapitalet. Därigenom ökar sannolikheten för att ledningen kommer att handla på ett sätt som står i överensstämmelse med ägarnas intressen. Det är detta – att förena företagsledningens och ägarnas intressen – som är den grundläggande ekonomiska teorin bakom aktierelaterade incitamentsprogram. Genom aktier, konvertibler, optioner och liknande instrument skall företagsledningens och eventuellt också övriga anställdas målfunktion bringas i bättre överensstämmelse med ägarnas.

3. Incitamentsprogram i svenskt näringsliv

Incitamentsprogram för företagsledare är ursprungligen en amerikansk företeelse. Amerikanska börsbolag har sedan tidigt 1900-tal kännetecknats av en mycket spridd ägarstruktur. Ägarnas övervakningsfunktion har traditionellt varit svag och företagets styrelser har ofta rekryterats internt. Det var i den miljön, med ett – i vart fall i teorin – stort agentproblem, som aktierelaterade incitamentsprogram först kom till användning.

I europeiska börsbolag har ägarstrukturen traditionellt sett helt annorlunda ut. Där har ägandet präglats av familjer, stiftelser och holdingbolag med stora positioner i de enskilda bolagen ännu långt efter det att de börsintroducerats. Under de senaste decennierna har bilden visserligen förändrats något – det starka inslaget av enskilt ägande har i viss mån ersatts av ett institutionellt ägande på något lägre

nivåer – men alltså är ägarkoncentrationen i de enskilda bolagens ägarstruktur väsentligt högre i europeiska än i amerikanska börsbolag.

Den mer koncentrerade ägarstrukturen till trots har under senare år amerikanska modeller för incitamentsprogram fått stor spridning även i det europeiska näringslivet. Till denna utveckling har bidragit en snabb internationalisering av företagets verksamhet och en närmast explosionsartad internationalisering av kapitalmarknaderna, särskilt aktiemarknaden. I takt med ett ökat inslag av amerikanskt ägarkapital i europeiska företag har kraven ökat på att anpassa belöningsystemen för företagsledare och andra grupper av anställda till de amerikanska modellerna. I dag förekommer aktierelaterade incitamentsprogram i börsbolag runtom i det europeiska näringslivet.

I Sverige växte intresset för aktierelaterade incitamentsprogram dramatiskt under 1990-talet. På en till synes ständigt uppåtgående aktiemarknad introducerade börsbolag efter börsbolag incitamentsprogram, låt vara att detta inte i första hand skedde för att komma till rätta med "agentproblem" utan snarare för att kunna rekrytera och behålla företagsledare och andra nyckelpersoner.

För närvarande råder osäkerhet på aktiemarknaden. Intresset för att etablera nya incitamentsprogram är därför möjligen något mindre, men fler än hälften av bolagen på Stockholmsbörsen har redan ett eller flera incitamentsprogram baserade på aktier, konvertibler, teckningsoptioner, köpoptioner, syntetiska optioner eller s.k. personaloptioner. Bland de största bolagen är andelen ännu större. Kallelserna till bolagsstämmorna 2002 visar också på ett fortsatt och kanske åter stigande intresse för att införa incitamentsprogram.

Karaktéristiskt för incitamentsprogram baserade på *teckningsoptioner* är att arbetsgivarbolaget emitterar teckningsoptioner som ger dem som omfattas av programmet en ovillkorlig rätt att vid en framtida tidpunkt teckna en aktie i bolaget till en i förväg bestämd teckningskurs.

Incitamentsprogram baserade på *köpoptioner* ger optionsinnehavaren en ovillkorlig rätt att vid en framtida tidpunkt köpa en aktie i bolaget till ett i förväg bestämt pris. Köpoptionerna kan utfärdas av en fristående part, t.ex. ett värdepappersinstitut eller av en ägare i bolaget. Det förekommer också att arbetsgivarbolaget självt utfärdar köpoptioner på egna aktier, något som möjliggörs genom bolagens rätt att förvärva egna aktier.

Incitamentsprogram baserade på *syntetiska optioner* ger inte dem som omfattas av programmet någon rätt att förvärva aktier eller något annat instrument. Optionen ger i stället en ovillkorlig rätt att vid en framtida tidpunkt erhålla ett kontant belopp av det optionsutfärdande bolaget, motsvarande skillnaden mellan börskursen för den underliggande aktien och det i optionsavtalet angivna lösenpriset – optionen är i denna mening syntetisk.

Personaloption är ett skatterettsligt begrepp, som betecknar en av arbetsgivarbolaget eller annat koncernbolag tilldelad rättighet till en anställd att i framtiden, från bolaget eller den bolaget anvisar, förvärva aktier eller något annat värdepap-

per i bolaget till ett visst på förhand bestämt pris (jfr köption). Normalt gäller att den anställda kan utnyttja personaloptionen först efter en viss kvalifikationsperiod och endast under förutsättning att han då alltså är anställd i bolaget.

4. Vissa civilrättsliga aspekter

En redogörelse för civilrättsliga aspekter på incitamentsprogram kan göras på flera sätt. Vi har valt att huvudsakligen fokusera på de regler som gäller för införandet av sådana program. En av de första frågor man då har anledning att ställa sig är hur ett beslut om införande av ett incitamentsprogram skall fattas. Är det ett beslut som kan fattas av bolagsledningen, är det ett beslut som skall fattas av styrelsen eller är det rentav ett beslut som aktieägarna skall fatta vid en bolagsstämma? Vi behandlar den frågeställningen i avsnitt 4.1. En för aktieägarna väsentlig fråga är vilken utspädning av aktieägandet och vilka kostnader för bolaget som ett visst incitamentsprogram kan komma att medföra. Vi behandlar den aspekten av incitamentsprogram i avsnitt 4.2. En i praktiken viktig fråga är vilka som skall omfattas av ett incitamentsprogram och hur stor tilldelning var och en skall erbjudas. Från rättsliga utgångspunkter är emellertid frågan av begränsat intresse och lämnas därför i förevarande sammanhang i sin generella form därhän. I ett avseende finns dock anledning att även i förevarande sammanhang uppehålla sig vid frågan. Det handlar då om styrelseledamöters rätt att delta i incitamentsprogram, något som vi behandlar i avsnitt 4.3.

Svaren på de ställda frågorna får för svenskt vidkommande sökas dels i tillämplig bolagsrättslig lagstiftning, dels i den självreglering på aktiemarknaden som utvecklats genom Aktiemarknadsnämnden. Aktiemarknadsnämndens uppgift är att verka för god sed på den svenska aktiemarknaden, i första hand genom uttalanden i enskilda ärenden. Nämnden påbörjade sin verksamhet år 1986 och har hittills gjort närmare 200 uttalanden. En stor del av dem avser incitamentsprogram. I januari 2002 gjorde Aktiemarknadsnämnden ett s.k. principuttalande, som ersatte samtliga tidigare gjorda uttalanden om incitamentsprogram.¹ När vi i det följande refererar till Aktiemarknadsnämndens syn på olika frågor, är det innehållet i det uttalandet som åsyftas.

4.1 Vem skall besluta om införande av optionsprogram?

Aktiebolagslagens utgångspunkt är att bolagets styrelse bestämmer verkställande direktörens lön och andra anställningsvillkor och att verkställande direktören i sin tur, om inte annat beslutas av styrelsen eller föreskrivs i bolagsordningen, bestämmer motsvarande villkor för verkställande direktören underställda befattnings-

¹ Aktiemarknadsnämndens uttalande 2002:1. Nämndens uttalanden finns tillgängliga på www.aktiemarknadsnamnden.se.

havare. Principiellt sett gäller detta även om lönen i fråga skall vara relaterad till bolagets resultat eller aktiekursens utveckling. Om ersättningen skall ha formen av ett optionsprogram gör sig emellertid särskilda aspekter gällande som kan kräva en annan beslutsordning.

Program baserade på teckningsoptioner

Om verkställande direktören eller andra anställda skall erbjudas möjlighet att förvärva aktier, konvertibler eller teckningsoptioner i bolaget och lönen sålunda till viss del skall bestå av eventuell värdestegring på dessa instrument, följer av aktiebolagslagen att beslutet om att emittera sådana instrument som utgångspunkt måste fattas av bolagsstämman. Det är stämman som har kompetens att besluta om emission av aktier, konvertibler eller (skuldebrev med) teckningsoptioner,² låt vara att ett sådant beslut också kan fattas av styrelsen under förutsättning av stämmans godkännande i efterhand eller med stöd av ett i förväg lämnat bemyndigande från stämman.

En grundläggande regel i aktiebolagslagen har länge varit att befintliga aktieägare, vid kontantemissioner av aktier och vid utgivande av konvertibler eller teckningsoptioner, har företrädesrätt att teckna de emitterade instrumenten i förhållande till storleken på sina aktieinnehav. I kombination med möjligheten att sälja teckningsrätten får aktieägarna på det sättet möjlighet att tillgodogöra sig det ekonomiska värdet av emissionen. I syfte att förbättra företagets kapitalförsörjningsmöjligheter infördes i aktiebolagslagen i början av 1970-talet regler, som gör det möjligt att åsidosätta aktieägarnas företrädesrätt i en s.k. riktad emission.

Ett beslut om en emission av aktier, konvertibler eller teckningsoptioner med företrädesrätt för aktieägarna kan fattas av bolagsstämman med enkel majoritet av de avgivna rösterna. För beslut om en riktad emission krävs kvalificerad stämmomajoritet om två tredjedelar av de avgivna rösterna och två tredjedelar av de på stämman företrädde aktierna. För alla bolagsstämmobeslut, inklusive beslut om emissioner, gäller att den s.k. generalklausulen måste respekteras: stämman får inte fatta ett beslut som kan ge en otillbörlig fördel åt en aktieägare eller någon annan till nackdel för bolaget eller någon annan aktieägare.

Reglerna om riktade emissioner gör det principiellt möjligt att inom ramen för ett incitamentsprogram rikta en emission av teckningsoptioner eller andra instrument till exempelvis bolagets verkställande direktör, andra ledningspersoner eller anställda i allmänhet. Frågan är dock om aktiebolagslagens beslutsregler – kravet på två tredjedelars majoritet och generalklausulen – är tillräckliga för att vid

² Aktiebolagslagen tillåter ännu inte emissioner av fristående teckningsoptioner, något som vid emissioner i samband med incitamentsprogram brukar hanteras så att emissionen riktas till ett bolaget närstående rättssubjekt, t.ex. ett dotterföretag, som avskiljer optionerna och överlåter dessa till dem som omfattas av programmet. Från detta bortses i det följande.

beslut om just en sådan emission skydda aktieägarnas intressen? I Sverige aktualiserades den frågan i mitten av 1980-talet i anledning av den s.k. Leo-affären.

Börsbolaget Wilhelm Sonesson AB hade ett helägt dotterföretag, AB Leo, som inom en nära framtid skulle ”knoppas av” och börsnoteras. Inför den stundande avknoppningen genomfördes en emission av aktier i Leo till bl.a. vissa ledande befattningshavare i dels Leo, dels moderbolaget Sonesson. Vidare genomfördes en försäljning av Leo-aktier från Sonesson till bl.a. två personer som tillträtt ledande befattningar i de båda bolagen. Värdet på Leo-aktierna kom kort därefter av olika skäl att öka dramatiskt. När dessa transaktioner genom massmedias försorg hösten 1985 kom till allmänhetens kännedom blev reaktionen mycket stark. Enligt kritikerna hade emissionen och aktieförsäljningen skett på alltför förmånliga villkor till personer som själva haft möjlighet att påverka villkorens utformning. Transaktionerna var enligt deras mening ”aktiebolagsrättsligt oetiska” och ägnade att medföra skada för aktieägarna i Sonessons och för bolaget som sådant.

I december 1985 beslutade regeringen att tillsätta en kommission för att granska hela ”Leo-affären” och föreslå eventuella lagstiftningsåtgärder. Resultatet av kommissionens arbete blev att Sverige ett år senare införde en särskild lag (”Leo-lagen”) för att stärka aktieägarskyddet vid vissa riktade emissioner i aktiemarknadsbolag. Alla emissioner av aktier, konvertibler eller teckningsoptioner i ett aktiemarknadsbolag eller ett dotterbolag till ett aktiemarknadsbolag, som riktas till styrelseledamöter, verkställande direktören eller andra anställda i bolaget eller i ett annat företag inom samma koncern, måste enligt Leo-lagen beslutas av bolagsstämman. Beslutet får inte fattas av styrelsen med stöd av ett bemyndigande. Om emissionen genomförs i ett dotterbolag skall emissionsbeslutet dessutom godkännas av bolagsstämman i aktiemarknadsbolaget. Ett sådant godkännande krävs också om aktiemarknadsbolaget eller ett dotterföretag i koncernen överlåter aktier i ett dotter- eller dotterdotterföretag till någon av de nämnda personkategorierna. Bolagsstämmans beslut skall i samtliga fall fattas med mycket hög majoritet: nio tiondelar av såväl de avgivna rösterna som de vid stämman företrädde aktierna.

Leo-lagen är i dag kärnan i de svenska reglerna rörande beslut om införande av incitamentsprogram baserade på aktier, konvertibler och teckningsoptioner. Alla sådana program skall beslutas i enlighet med Leo-lagens regler.

Program baserade på syntetiska optioner och personaloptioner

Karakteristiskt för syntetiska optioner är, som påpekats ovan, att de inte berättigar innehavaren att vid en viss framtida tidpunkt förvärva en aktie eller något annat instrument utan att erhålla ett kontant belopp av optionsutfärdaren, motsvarande skillnaden mellan börskursen för den underliggande aktien och det i optionsavtalet angivna lösenpriset. Beslut om incitamentsprogram baserade på syntetiska optioner kan därför, från aktiebolagsrättsliga utgångspunkter, fattas av styrelsen.

Detta gäller i princip också i fråga om personaloptioner även om man när det gäller sådana optioner får hålla i minnet att ett infriande av dessa, exempelvis genom överlåtelse av återköpta egna aktier, kan kräva beslut av bolagsstämman.

Enligt Aktiemarknadsnämnden står det i normala fall inte i strid med god sed på aktiemarknaden att beslut om utfärdande av syntetiska optioner eller liknande fattas av styrelsen. Styrelsen är då garant för att programmet i fråga om t.ex. kostnader och tilldelning är utformat på ett sätt som ligger i aktieägarnas intresse och svarar mot god sed på aktiemarknaden.

I den svenska debatten har flera stora institutionella aktieägare, som tillsammans representerar en betydande del av ägandet i de svenska aktiemarknadsbolagen, krävt att alla incitamentsprogram som är av betydelse för aktieägarna beslutas av bolagsstämman. I ljuset av detta konstaterar Aktiemarknadsnämnden – utan att göra det till en fråga om god sed på aktiemarknaden – att det kan vara lämpligt att låta bolagsstämman ta ställning även till sådana incitamentsprogram som är baserade på syntetiska optioner eller personaloptioner, om programmet är mycket stort och kan förväntas få väsentlig betydelse för bolaget, t.ex. genom att kostnaderna för programmet påtagligt kan komma att inverka på bolagets resultat.

Såväl i fråga om syntetiska optioner som personaloptioner gäller att det arrangemang som har vidtagits för att infria optionerna och begränsa bolagets riskexponering kan vara av sådant slag att det måste beslutas av bolagsstämman. Det gäller t.ex. om optionsprogrammet kombineras med en emission av aktier, konvertibler eller teckningsoptioner till en tredje part, som gentemot bolaget förbinder sig att utnyttja dessa för leverans till optionsinnehavarna. Enligt Aktiemarknadsnämnden bör Leo-lagens beslutsregler tillämpas på beslut om sådana emissioner. För det fall det bolag som ställer ut personaloptioner i stället väljer att återköpa egna aktier och sedermera överlåta dessa till uppfyllande av optionerna följer direkt av lagen att Leo-lagens beslutsregler skall tillämpas på överlåtelsebeslutet.

Program baserade på köpoptioner

En köpoption innebär, som ovan konstaterats, en ovillkorlig rätt för innehavaren att vid en framtida tidpunkt köpa en aktie i bolaget till ett i förväg bestämt pris. Om en verkställande direktör eller någon annan befattningshavare i ett aktiebolag på eget initiativ och på marknadsmässiga villkor förvärvar köpoptioner avseende aktier i det egna bolaget (arbetsgivarbolaget) från en tredje part, t.ex. ett värdepappersinstitut, så är det ett privat beslut. Det förhållandet att verkställande direktören eller ledande befattningshavare äger köpoptioner avseende aktier i det egna bolaget är emellertid ofta av intresse för aktieägarna och aktiemarknaden i stort. Enligt Aktiemarknadsnämnden kräver därför god sed på aktiemarknaden att styrelsen informeras om saken och att information om innehavet lämnas i årsredovisningen.

Annorlunda förhåller det sig om arbetsgivarbolaget skall medverka till att optionsprogrammet kommer till stånd, t.ex. genom att ta initiativ till, bidra till

finansieringen av eller administrera programmet. Enligt Aktiemarknadsnämnden skall ett beslut om sådan medverkan fattas av styrelsen – något som i vart fall i fråga om optionsprogram för verkställande direktören också torde följa direkt av aktiebolagslagen.

Om arbetsgivarbolaget självt ställer ut köpoptioner på egna aktier är situationen i princip densamma som vid utfärdande av teckningsoptioner. Enligt aktiebolagslagen skall beslut om överlåtelse av egna aktier för att infria sådana köpoptioner fattas av bolagsstämman med tillämpning av Leo-lagens regler för emissionsbeslut. Enligt Aktiemarknadsnämnden bör motsvarande gälla för beslut om en emission av aktier, konvertibler eller teckningsoptioner till en tredje part om denne, på det emitterande bolagets uppdrag, skall teckna instrumenten och leverera dem till optionsinnehavarna.

4.2 Hur skall utspädning och andra kostnader för programmet bedömas?

Program baserade på teckningsoptioner

En viktig fråga i samband med varje emission av aktier, konvertibla skuldebrev eller teckningsoptioner som sker med avvikelse från aktieägarnas företrädesrätt är vilken utspädning som aktieägarna får vidkännas. Det gäller också emissioner som utgör ett led i incitamentsprogram.

Begreppet utspädning kan ha olika betydelser. Avser man med utspädning en förändring i fråga om värdet på befintliga ägares aktier avgörs utspädningsgraden av storleken på emissionen och eventuell skillnad mellan emissionskursen och aktiekursen. Ju större volym som emitteras och ju lägre emissionskursen är i förhållande till aktiekursen desto större blir utspädningen i denna mening.

Svårigheten att på förhand bedöma aktiekursens utveckling gör att begreppet utspädning i praktiken ofta används i en annan betydelse, nämligen som den procentuella ökning av antalet aktier emissionen i fråga kan komma att leda till. En sådan uppgift kan ge underlag för att beräkna utspädningen av aktieägarnas andelar i bolagets resultat.

Frågan om hur stor utspädning som är acceptabel ägnar sig knappast för reglering, därtill är verkligheten alltför mångfacetterad. Det är en fråga som aktieägarna själva måste ta ställning till. Aktiemarknadsnämnden har från sina utgångspunkter inte funnit skäl att uppställa någon övre gräns för utspädningseffekten.

Ett incitamentsprogram baserat på av bolaget utgivna aktier, konvertibler eller teckningsoptioner ger eller kan ge dem som omfattas av programmet rätt till en andel i bolagets framtida resultat. Det är därför viktigt att aktieägarna får information till ledning för bedömningen av instrumentens marknadsvärde och informeras om det pris till vilket instrumenten skall kunna förvärvas. Finns det inte något etablerat marknadsvärde på instrumenten i fråga bör ett teoretiskt marknadsvärde beräknas enligt någon allmänt vedertagen värderingsmodell, t.ex. den s.k. Black

& Scholes-modellen. Vid emission i ett bolag vars aktier inte är föremål för notering eller tillförlitlig kursbildning bör i förekommande fall beräkningen av värdet både på konvertibeln eller optionen och på den underliggande aktien göras av en oberoende expert, t.ex. ett värdepappersinstitut. Eftersom teoretiska beräkningar av marknadsvärden alltid är starkt beroende av vilka antaganden som görs om de i modellen ingående variablerna bör aktieägarna ges möjlighet att ta del av hur värdet beräknats.

Kravet på att ge information om instrumentens marknadsvärde hindrar inte att bolaget kan finna anledning att stimulera deltagandet i ett incitamentsprogram genom att helt eller delvis bidra ekonomiskt till förvärven. Instrumenten kommer då att åsättas ett pris som understiger marknadsvärdet eller erbjudas gratis. En förutsättning för detta är naturligtvis att bolaget genom incitamentsprogrammets förmodade positiva effekter anser att det tillförs fullt vederlag för instrumenten i fråga.

Program baserade på syntetiska optioner och personaloptioner

Incitamentsprogram baserade på syntetiska optioner kontantavräknas. Programmen kan därför inte i sig leda till någon bestående utspädning i kapital- eller rösthänseende av aktieägarnas intressen i bolaget på det sätt som t.ex. ett teckningsoptionsprogram kan göra. Utspädningseffekter kan emellertid uppkomma beroende på den metod som används för att säkerställa programmen. Dessutom står det klart att även kontantavräkning kan medföra betydande kostnader för bolaget och i den meningen momentant späda ut aktieägarnas andel i bolagets resultat. Även personaloptioner kan leda till betydande kostnader för bolaget, särskilt i beaktande av de socialavgiftsuttag som normalt sker vid utnyttjande av personaloptioner.

Om program baserade på syntetiska optioner eller personaloptioner skall beslutas av bolagsstämma är det mot denna bakgrund enligt Aktiemarknadsnämnden angeläget att aktieägarna får information om hur stora kostnader som programmet kan komma att medföra vid olika antaganden om aktiens framtida kursutveckling liksom om arrangemang som bolaget kan ha vidtagit för att begränsa sin risk. När programmets konstruktion medger det – det gäller här i praktiken bara syntetiska optioner – bör aktieägarna också, på samma sätt som vid t.ex. teckningsoptionsprogram, bli informerade dels om optionernas faktiska eller beräknade marknadsvärde, dels om bolagets eventuella subventionering av optionsprogrammet. Vid emission i ett bolag vars aktier inte är föremål för notering eller tillförlitlig kursbildning bör instrumentens marknadsvärde också i detta fall bestämmas av en oberoende expert.

Program baserade på köpoptioner

Incitamentsprogram baserade på köpoptioner som ställs ut av någon utanför arbetsgivarbolaget, t.ex. en stor ägare, kan definitionsmässigt inte leda till någon

utspädning av aktieägarkollektivets ekonomiska eller röstmässiga andelar i bolaget. Köoptionsprogram innebär däremot en helt annan risk, nämligen att objektiviteten i förhållande till optionsutfärdaren påverkas hos dem som omfattas av programmet. Enligt Aktiemarknadsnämnden får därför god sed på aktiemarknaden normalt anses kräva att villkoren i köoptionsavtal är marknadsmässigt utformade, om inte styrelsen godkänt andra villkor. Även när det gäller köoptionsprogram är det emellertid enligt nämnden förenligt med god sed att arbetsgivarbolaget underlättar anställdas deltagande i programmet genom att helt eller delvis bidra ekonomiskt, om sådan subventionering redovisas öppet.

4.3 Kan styrelsen delta i optionsprogram?

Incitamentsprogram riktas normalt till hela eller delar av företagsledningen, andra nyckelpersoner i företaget och ibland samtliga anställda inom vissa kategorier. En sådan utformning ligger i linje med den grundläggande ekonomiska teorin bakom programmen – att reducera agentproblemet. Men skall incitamentsprogram kunna omfatta även styrelseledamöter, som inte dessutom är anställda i bolaget eller annat företag i samma koncern eller står i liknande förhållande till bolaget?

Program baserade på teckningsoptioner

Aktiebolagslagen innehåller inte någon uttrycklig bestämmelse om fastställande av styrelsens arvode. Av kompetensfördelningen mellan bolagsstämman och styrelsen anses emellertid följa att styrelsens arvode skall beslutas av bolagsstämman. Lagen hindrar inte att detta arvode helt eller delvis görs beroende av exempelvis bolagets resultatutveckling eller aktiekursutvecklingen – ett slags incitamentsprogram för styrelseledamöter. Under förutsättning att beredningen av ett sådant program inte skett under medverkan av någon styrelseledamot eller av bolagsledningen och det inte heller är styrelsen som lägger fram förslaget för bolagsstämman kan från aktiebolagsrättsliga utgångspunkter inga invändningar göras mot att bolagsstämman låter styrelsearvodet helt eller delvis utgöras av t.ex. teckningsoptioner. Det är också det synsätt som Aktiemarknadsnämnden, utifrån intresset av god sed på aktiemarknaden, givit uttryck för.

Det nu sagda innebär emellertid inte att styrelseledamöter också kan delta i teckningsoptionsprogram för anställda. Ett teckningsoptionsprogram avsett för verkställande direktören, företagsledningen i övrigt eller de anställda i allmänhet utgör en så viktig fråga för bolaget att styrelsen i praktiken måste delta i beredningen och ta ansvar för programmet. När ett sådant program skall beslutas av bolagsstämman är styrelsen garant för att värderingen av instrumenten är gjord på ett godtagbart sätt, att eventuella subventioner redovisas öppet och att villkoren i övrigt är rimliga. Även om frågan inte har ställts på sin spets i rättstillämpningen, får det därför antas att styrelsens ledamöter på grund av jäv är förhindrade att delta i beredningen av och beslut om ett förslag till bolagsstämman om ett

teckningsoptionsprogram för personalen, om styrelseledamöterna också själva skulle omfattas av programmet.

Den aktiebolagsrättsliga jävsproblematiken gör sig visserligen inte gällande om förslaget vid stämman framställs av en eller flera aktieägare, men misstanke kan i så fall ibland uppkomma att styrelsen i realiteten ligger bakom förslaget. Enligt Aktiemarknadsnämnden bör därför styrelseledamöter inte delta i teckningsoptionsprogram för personalen om inte särskilda skäl föreligger.

Program baserade på syntetiska optioner

Vad vi sagt ovan om styrelseledamöters deltagande i incitamentsprogram baserade på teckningsoptioner äger giltighet också i fråga om program baserade på syntetiska optioner.

Program baserade på köpoptioner

Frågan om styrelseledamöters deltagande i incitamentsprogram baserade på köpoptioner utställda av någon annan ställer sig lite annorlunda än frågan om styrelseledamöter kan delta i det egna bolagets tecknings- eller syntetoptionsoptionsprogram. På samma sätt som verkställande direktören eller någon annan anställd kan givetvis en styrelseledamot i ett aktiemarknadsbolag på eget initiativ förvärva köpoptioner avseende aktier i bolaget. Några aktiebolagsrättsliga frågeställningar aktualiseras inte i det sammanhanget. Förvärvas optionerna från en fristående part, t.ex. ett värdepappersinstitut eller en ägare och sker förvärvet på marknadsmässiga villkor och utan att bolaget medverkar till affären, kräver god sed på aktiemarknaden inte annat än att styrelsen informeras om saken och att information om innehavet lämnas i årsredovisningen.

Aktiemarknadsnämnden har inte heller funnit några principiella hinder mot att bolaget medverkar till att någon utomstående ställer ut köpoptioner till styrelseledamöter. Med hänsyn till den risk som kan föreligga för obehörig påverkan i förhållande till optionsutfärdaren eller annan bör emellertid styrelseledamöters deltagande i ett sådant program enligt Aktiemarknadsnämnden underställas bolagsstämman för godkännande. Därigenom ges aktieägarna möjlighet att ta ställning till det lämpliga i arrangemanget. Skulle styrelseledamöterna i fråga vara aktieägare i bolaget bör dessa enligt nämnden inte delta i stämmans beslutsfattande.

Om köpoptioner utfärdas av en ägare i bolaget kräver enligt Aktiemarknadsnämnden god sed att optionsutfärdaren inte deltar i bolagsstämmans beslut. På det sättet reduceras risken för framtida lojalitetsband mellan berörda styrelseledamöter och optionsutfärdaren.

5. Vissa skatterättsliga aspekter

Förmåner i form av optioner till anställda kan i princip beskattas på tre sätt, antingen såsom löneinkomst, som kapitalvinst eller inte alls. I de flesta länder

beskattas värdestegringen på en option antingen såsom lön eller som kapitalvinst. I allmänhet föregås en kapitalvinstbeskattning av en förmånsbeskattning vid förvärvet om den anställda betalar för lågt pris för sin option eller inte betalar något alls. Vid lönebeskattning av den anställda utgår många gånger också arbetsgivaravgifter för utfärdaren av förmånen/arbetsgivarbolaget på samma underlag. Endast i de länder där en option varken beskattas vid förvärvet eller vid utnyttjandet utan först vid en framtida försäljning av de underliggande aktierna undgår den anställda förmånsbeskattning såsom för lön.

Tidpunkten för beskattning varierar från ett land till ett annat. Vanligast är att beskattning av den anställda sker antingen vid erhållandet ("grant"), vid den tidpunkt då optionen kan utnyttjas ("vesting") eller vid utnyttjandet ("exercise"). Det finns dock undantag härifrån. I vissa fall av kvalificerade optionsplaner sker ingen beskattning för optionen utan först för aktieförsäljningen. Sådana beskattningsutfall kan förekomma vid vissa kvalificerade optionsplaner som kringgärdats av särskilda bestämmelser och förutsättningar (t.ex. i Förenta staterna för s.k. qualified incentive stock options, ISOs). I andra länder kan beskattning förekomma både vid erhållandet och vid utnyttjandet. I vissa länder, däribland Sverige, Förenta staterna och Frankrike, påverkar utformningen av optionsplanen och villkoren för densamma hur och när beskattningen sker. I Schweiz och Belgien (och tidigare både i Norge och Danmark), värderas och beskattas optionsförmåner redan vid förvärvet. I Sverige gäller detta för värdepappersbaserade optionsprogram. Vid en beskattning vid förvärvet värderas förmånen efter särskilda värderingsmodeller. Dessa modeller kan baseras på Black & Scholes modell, aktiekurs, löptid och skilda räntefaktorer. Värderingsmodellerna kan skilja sig betydligt från land till land. I Sverige tillämpar skattemyndigheterna genomgående Black & Scholes-modellen för värdering av värdepappersbaserade optionsförmåner även om denna modell i de flesta fall ger ett för högt värde för optioner till anställda med relativt lång löptid.

När det gäller personaloptioner som ges vederlagsfritt till anställda och där det förekommer starka kopplingar till anställningen sker beskattningen i de flesta länder först vid utnyttjandet av optionen. Detta gäller numera inom hela Norden. Beskattning sker i allmänhet såsom för lön och arbetsgivaravgifter tas ut i förekommande fall. I vissa länder förekommer inget uttag av arbetsgivar- eller socialavgifter eller så är uttaget subventionerat för vissa kvalificerade optionsplaner. Det gäller t.ex. i Finland och Danmark.

Tidpunkten för beskattningen har betydelse eftersom även värderingen av optionen normalt sker vid beskattningstidpunkten. Värdestegringen därefter, på optionen eller underliggande aktier, beskattas normalt inte såsom lön utan oftast som kapitalvinst. Om skattesatsen på löneinkomster och kapitalvinster är olika, såsom fallet är i Sverige, får beskattningstidpunkten än större betydelse.

5.1. Personalförflyttningar över landgränser

Eftersom olika länder har skilda regler vad gäller beskattningstidpunkt, beskattningsmetod och värderingsregler för optionsprogram till anställda, uppkommer ofta skatteproblem för optionsinnehavare vid förflyttningar över landgränser i samband med byte av anställningsland inom en multinationell koncern. De svenska in- och utflytningsreglerna för s.k. personaloptioner innebär att om en person flyttar ur Sverige så sker avskattning för den del av optionerna som anses intjänade (vestade) i Sverige oberoende av om något utnyttjande av optionen skett i Sverige. Ingen hänsyn tas härvid till eventuella utländska skattekonsekvenser som kan uppkomma när optionerna efter utflyttningen från Sverige faktiskt utnyttjas. Därvid kan dubbelbeskattning av optionen uppkomma. Någon avräkning för avskattningen i Sverige torde inte medges i utlandet eftersom beskattningen sker vid annan tidpunkt och på annat underlag än vad som skett i Sverige.

I andra fall kan olikbehandlingen i de skilda länderna medföra en icke avsedd skattebefrielse vid flyttningar t.ex. om en anställd efter tilldelning av optioner men före utnyttjandet flyttar från ett land där optionerna beskattas först vid utnyttjande (exercise) till ett land med beskattning vid förvärvet (grant).

5.2. Beskattning av optionsprogram i Sverige

I Sverige beskattas optioner till anställda olika beroende på om optionerna är värdepapper eller ej. Ett problem vid tillämpningen och förutsebarheten vid implementeringen av optionsprogram är dock att det saknas en skatterättslig definition på vad som utgör ett värdepapper. Inte heller inom civilrätten finns en entydig definition. Ett annat problem vid tillämpningen är att vissa villkor för optioner kan medföra särskilda beskattningsutfall. Det gäller värdepapper där det förekommer sådana förfoganderättsinskränkningar att värdepapperet ännu inte kan anses förvärvat och därmed inte heller är beskattningsbart. En sådan uppskjuten beskattning medför att tjänstebeskattnings av en eventuell förmån sker senare än vid förvärvet och sannolikt på ett högre värde än värdet vid förvärvet.

Villkor som kan skjuta upp beskattningen är framför allt olika kopplingar till anställningen eller förhinder för innehavaren att tillgodogöra sig optionens ekonomiska värde, t.ex. överlåtelseförbud och klausuler om att optionen skall återlämnas om anställningen upphör. Skatterättsligt är det oklart vilka villkor som skjuter upp beskattningen samt hur länge beskattningen skjuts upp, låt vara att viss praxis har utkristalliserat sig under senare år. På grund av denna osäkerhet iaktas normalt stor försiktighet vid utformningen av optionsvillkor på den svenska marknaden. Särskilda beskattningsutfall kan också uppkomma för optioner som inte utgör värdepapper men som ändå inte faller in under de särskilda svenska skattereglerna för personaloptioner t.ex. beroende på att de aldrig medför någon rätt att förvärva värdepapper utan endast ger rätt till ett kontantbelopp. Sådana syntetiska personaloptioner kan komma att beskattas vid vestingtidpunkten.

5.2.1. *Beskattning av optioner som utgör värdepapper*

Den anställda

Typiskt sett utgör teckningsoptioner, köpoptioner och syntetiska optioner värdepapper. När anställda förvärvar sådana optioner skall en jämförelse göras mellan marknadsvärdet och vad den anställda betalar för optionen. Om en anställd förvärvar optionerna under marknadspris gäller att förmånen skall tas upp till beskattning såsom inkomst av tjänst, med en skattesats upp till 56 %, redan för förvärvsåret. För utgivaren av förmånen utgår sociala avgifter på samma värde. Värdepapperna skall värderas efter vedertagna värderingsmodeller varvid även ett förväntningsvärde skall beaktas. Några särskilda skatterättsliga värderingsprinciper finns inte utan normalt tillämpas Black & Scholes-modellen.

Därefter uppkommande värdestegring på optionen beskattas för den anställda i inkomstslaget kapital med 30 % skatt och inga arbetsgivaravgifter utgår för utfärdaren eller arbetsgivaren. Detta gäller t.ex. vid försäljning av optionen. Om optionen utnyttjas för förvärv av underliggande aktier utlöses ingen beskattning. I stället sker kapitalvinstbeskattning i inkomstslaget kapital när aktierna avyttras. Eftersom en syntetisk option aldrig leder till leverans av underliggande aktier kommer utnyttjandet alltid att utlösa beskattning eftersom kontant likvid erhålls.

Om optionen förfaller värdelös, t.ex. när tiden för optionen löpt ut utan att ha utnyttjats, får kapitalförlustavdrag göras med 70 procent av anskaffningsvärdet. Anskaffningsvärdet utgörs i princip av det pris som betalats för optionen plus eventuellt förmånsbeskattat belopp.

Utfärdaren/arbetsgivaren

Teckningsoptioner emitteras normalt tillsammans med ett förlagslån till ett dotterföretag eller extern part. Eftersom emissionslikviden i emitterande bolag är skattefri oavsett pris, medan en avyttring från dotterföretaget respektive tredje part till de anställda i princip är skattepliktig, brukar priset för optionerna vid emissionen noga övervägas. Efter ett avgörande av Regeringsrätten under år 2000³ är det dock sannolikt att dotterbolaget får marknadsvärde såsom anskaffningsvärde på teckningsoptionerna vid förvärvet. Det medför att ett dotterbolag som håller teckningsoptionerna i "garage" för eventuella nyanställda beskattas på skillnaden mellan detta värde och marknadsvärdet vid vidareförsäljningen till anställda (om denna görs till marknadspris). Genom ett nytt avgörande från Regeringsrätten under år 2001,⁴ som i och för sig handlade om konvertibler, bör vidare kunna dras den slutsatsen att en avyttring av teckningsoptioner emitterade av ett moderbolag till dess helägda dotterbolag kan vara helt skattefri hos dotterbolaget.

³ Regeringsrättens dom den 6 juli 2000 i mål 98–2000.

⁴ Regeringsrättens dom den 9 november 2001 i mål 197–2000.

För utfärdaren av en köpoption – när denne är någon annan än bolaget självt – utgör premien normalt en skattepliktig kapitalvinst. För optioner som har längre löptid än ett år beskattas premien samma år som optionen utfärdas. Vid utnyttjandet av optionen kommer aktier att avyttras till visst pris (alternativt sker kontantavräkning). Därvid utlöses normalt en kapitalvinstbeskattning. Eftersom premien inte skall medräknas i försäljningsintäkten uppkommer normalt en kapitalförlust. Kapitalförlust för ett utfärdande bolag kommer sannolikt att hamna i den s.k. kvittningsfällan och därmed endast vara avdragsgill mot kapitalvinster vid försäljning av aktier och liknande värdepapper.

För utfärdaren av en syntetisk option utgör premien normalt en skattepliktig kapitalvinst. För optioner som har längre löptid än ett år beskattas premien samma år som optionen utfärdas. Vid utnyttjandet av optionen uppkommer normalt en kapitalförlust för arbetsgivarbolaget. Kapitalförlusten hamnar normalt i den s.k. kvittningsfällan och är därmed avdragsgill endast mot kapitalvinster vid försäljning av aktier och liknande värdepapper. Frågan om utfärdarens beskattning har dock föranlett viss osäkerhet efter lagstiftningen år 2000 om återköp av bolagets egna aktier m.m., se vidare nedan avsnitt 5.2.2.. Beskattningsfrågorna för utfärdande bolag har dock nyligen klargjorts av Regeringsrätten genom ett överklagat förhandsbesked.⁵

Enligt ett uttalande från Redovisningsrådet akutgrupp i april 1995 skall värdeförändringen avseende en syntetisk option redovisas löpande såsom en personalkostnad.

5.2.2. Beskattning av personaloptioner som inte utgör värdepapper

Den anställda

Genom särskild lagstiftning som trädde i kraft den 1 juli 1998 regleras bland annat beskattningstidpunkten för anställdas rättigheter att förvärva värdepapper där rättigheterna i sig inte utgör värdepapper.⁶ Beskattningen hos den anställda skall inte ske när rättigheterna tilldelas utan först när rättigheterna utnyttjas för förvärv av värdepapper eller – för det fall avyttring skulle vara möjlig – när rättigheterna avyttras. Därtill finns vissa särskilda regler för beskattning vid in- och utflyttning i och ur riket. Reglerna om beskattningstidpunkt m.m. finns i 10 kap. 11 § andra stycket Inkomstskattelagen (1999:1229), IL.

Begreppet personaloption är inte definierat i lagtexten. Av förarbetena framgår att detta beror på en önskan att fånga upp samtliga rättigheter som inte utgör värdepapper och som således skall beskattas såsom tjänsteinkomst hos den anställda på samma sätt som lön och andra naturaförmåner.⁷ I propositionen anges

⁵ Regeringsrättens dom den 8 februari 2002 i mål 1835–2001.

⁶ Prop. 1997/98:133, SFS 1998:337.

⁷ Prop. 1997/98:133 s. 31 f.

dock vilka kriterier som normalt utmärker de personaloptioner som lagstiftaren avsett att reglera:

”En personaloption är en rättighet som riktar sig enbart till anställda inom ett företag eller en företagsgrupp. Rättigheten består i att den anställda erhåller en rätt att under vissa förutsättningar i framtiden förvärva aktier till ett i förväg bestämt pris. Det är fråga om en standardiserad rättighet, vilket betyder att optionsvillkoren är bestämda på ett enhetligt sätt för samtliga anställda som får del av förmånen. Ofta är villkoren bestämda i en av företaget beslutad optionsplan. I flertalet fall erhåller den anställda personaloptionen utan att betala någon ersättning till utställaren. Personaloptionerna kännetecknas av att de är förenade med förfoganderättsinskränkningar, t.ex. att de inte får överlåtas eller pantsättas, och att de kan utnyttjas först efter viss kvalifikationstid. Det är inte ovanligt att optionen är uppdelad i ”etapper” med olika kvalifikationstider. Optionens löptid är lång, ofta tio år. Vanligtvis förfaller personaloptionen, eventuellt efter en kortare karenstid om anställningen upphör på grund av uppsägning, avskedande eller dödsfall.”⁸

Den anställda beskattas, på sätt ovan angivits, såsom för lön på skillnaden mellan marknadsvärdet av de aktier som förvärvas och lösenpriset enligt personaloptionsvillkoren. Personaloptioner är uteslutande ett skatterättsligt begrepp som medför att beskattningen skjuts upp till dess personaloptionen utnyttjas eller avyttras. Fördelen är att ingen beskattning och inget arbetsgivaravgiftsuttag sker vid förvärvet, vilket innebär att den anställda normalt kan tilldelas fler optioner än vad som kunnat ske vid värdepapperslösningar inom samma ekonomiska ramar. Vidare kan tilldelningen av personaloptioner ske utan risktagande för den anställda och för utfärdaren eftersom varken betalning eller skatt för optionen utgår vid tilldelningen.

En annan markant fördel är att personaloptioner på ett effektivt sätt kan förenas med inlåsnings- och förfoganderättsinskränkningar som är kopplade till anställningen. Eftersom personaloptioner undantagslöst ges vederlagsfritt till de anställda är det i regel också möjligt att optionerna förenas med villkor om att de helt eller delvis förloras om anställningen upphör inom viss tid.⁹

Utfärdaren/arbetsgivaren

För utfärdaren eller för arbetsgivarbolaget uppkommer en skyldighet att betala arbetsgivaravgifter på samma underlag som den anställda lönebeskattas för vid utnyttjandet. Vidare skall kontrolluppgift lämnas samt preliminär skatt innehållas såsom vid utbetalning av vanlig kontant lön. Preliminär skatt kan dock inte innehållas för mer än vad som kontant utbetalas under redovisningsperioden.

⁸ Prop. 1997/98:133 s. 24 f.

⁹ Här kan dock arbetsrättsliga frågeställningar uppkomma i vissa länder.

För utfärdaren av personaloptioner kan betydande kostnader uppkomma om inga säkringsåtgärder vidtas (s.k. hedging). För leveransskyldigheten avseende underliggande aktier kan olika metoder övervägas, t.ex. att samtidigt utfärda teckningsoptioner till extern part avseende aktien eller att ägarna förbinder sig att leverera befintliga aktier. Vidare kan hedging ske genom t.ex. swap-arrangemang med ett finansiellt institut eller genom återköp av egna aktier. Valet av metod får avgöras av omständigheterna i det enskilda fallet. Kostnaderna för hedging-arrangemang och de formella kraven för vad som är juridiskt möjligt skall dock inte underskattas. För de sociala avgifterna tillkommer vissa frågor av skatterättslig och praktisk natur när hedgen skall omvandlas i kontanter för att leveras in till statsverket.

Redovisningsfrågorna i samband med personaloptioner är såvitt känt inte klarlagda. Liksom vid syntetiska optioner torde i vart fall en ohedgad personaloption sannolikt få en löpande resultatpåverkande effekt. I allmänhet har personaloptionsåtaganden som hedgats inte redovisats löpande under förutsättning att lösenpriset för desamma inte understigit börskursen på den underliggande aktien vid tilldelningstidpunkten. Under löptiden skall normalt arbetsgivaravgifterna periodiseras över viss tid även om de är "säkrade" t.ex. genom egna aktier. Det har lett till att arbetsgivaravgifterna i större program i allmänhet säkras upp genom options- eller swapavtal med någon extern part.

När det gäller avdragsmöjligheterna för utfärdaren av personaloptioner så är inte heller dessa frågor klarlagda. Avdragsrätten hos arbetsgivarbolaget för en skattepliktig förmån hos dess anställda är inte beroende av varandra. Ingen kongruensprincip råder således.

Frågan om avdragsrätten för personaloptionsprogram såsom för lönekostnad har behandlats helt kort i förarbetena efter det att Riksskatteverket tagit upp frågan om bolagets avdragsrätt för löneförmånerna.

"Riksskatteverket har i sitt remissvar anfört att fråga uppkommer om det bolag som utfärdat optionen har rätt till avdrag för denna. Regeringen konstaterar att frågan om när en lönekostnad uppkommer beror på hur optionen är utformad. En lönekostnad uppkommer normalt när optionen utnyttjas av den anställde. Huruvida en avdragsgill lönekostnad har uppkommit dessförinnan beror på utformningen av optionsplanen."¹⁰

Av uttalandet torde kunna dras slutsatsen att avdragsrätt i samband med personaloptioner normalt bör hanteras enligt generella principer för lönekostnader. Det innebär också i normalfallet att avdrag såsom för lön bör ske vid samma tidpunkt och med samma belopp som blir föremål för förmånsbeskattning hos den anställde och för arbetsgivaravgifter hos arbetsgivarbolaget. Den fråga om ett eventuellt

¹⁰ Prop. 1997/98:133 s. 33.

tidigarelagt avdrag som anges i propositionen tar närmast sikte på sådana situationer då den framtida kostnaden för personaloptionsåtagandet kommer att bekostas av annan t.ex. genom att en finansiell aktör mot ersättning åtar sig att leverera aktier till de anställda. I sådana fall uppkommer ju lönekostnaden redan när ersättningen betalas till den finansiella aktören. Däremot uppkommer ingen ytterligare kostnad för utfärdaren av personaloptionen för att fullgöra leveransen av aktier enligt personaloptionsåtagandet.

Genom lagstiftning som trädde i kraft den 10 mars 2000 infördes regler i den civilrättsliga lagstiftningen avseende vissa aktiebolags rätt att återköpa egna aktier.¹¹ Den civilrättsliga lagstiftningen åtföljdes av vissa särskilda skatteregler¹². Återköp av egna aktier påverkar redovisningsmässigt inte bolagets resultat utan utgiften för förvärv belastar bolagets fria egna kapital. På motsvarande sätt skall en överlåtelse av egna aktier inte resultatföras utan inkomsten ökar i stället bolagets egna kapital. Det innebär att redovisningsmässigt tas egna aktier inte heller upp som tillgång i balansräkningen.

De skatteregler som infördes i samband med de civilrättsliga och redovisningsmässiga reglerna medför att ingen skattskyldighet för kapitalvinst och ingen avdragsrätt för kapitalförlust föreligger vid ett bolags transaktioner i egna aktier. Detsamma gäller för vinst och förlust då bolaget utfärdar eller avyttrar optioner, terminer eller liknande instrument vars underliggande tillgångar består av egna aktier.

Det är osäkert om dessa skatteregler innebär att avdrag inte heller skall medges för faktiska lönekostnader för det fall egna aktier genom t.ex. personaloptionsprogram överförs till anställda där värdeförändringen på aktierna mellan tilldelningstidpunkten och utnyttjandetidpunkten beskattas såsom löneförmån. Frågan kommer med all sannolikhet att prövas inom kort genom förhandsbesked från Skatterättsnämnden.

Trots de skattemässiga oklarheterna vad avser utfärdarens kostnader och avdragssituation har utvecklingen i Sverige under de två, tre senaste åren inneburit ett frångående från kapitalbeskattade teckningsoptioner till förmån för tjänstebeskattnade personaloptioner som incitament. Detta beror framför allt på att personaloptioner inte medför något initialt risktagande för de anställda då personaloptionerna tilldelas vederlagsfritt. Vid införandet av personaloptionsprogram bör dock alltid övervägas hur bolaget skall säkerställa leverans av aktier vid utnyttjande av personaloptioner och hur säkerställande skall ske av de med aktiekursen parallellt växande socialavgifterna.

¹¹ Prop. 1999/2000:34, SFS 2000:66.

¹² Prop. 1999/2000:38, SFS 2000:79.

Diskussionspunkter

Incitamentsprogram reser en rad civilrättsliga frågor. En första sådan fråga är *hur ett beslut om införande av ett incitamentsprogram skall fattas*. Såvitt avser program baserade på teckningsoptioner följer av aktiebolagslagen att stämman skall besluta i saken. Starka skäl talar här för att man, på det sätt som föreskrivs i den svenska s.k. Leo-lagen inte tillåter att beslutet delegeras till styrelsen och kräver att stämmans beslut fattas med ett högt majoritetskrav. Beslut om utfärdande av syntetiska optioner eller personaloptioner bör normalt kunna fattas av styrelsen, men om programmet är mycket stort och kan förväntas få väsentlig betydelse för bolaget kan det vara lämpligt att låta bolagsstämman ta ställning även till sådana program. Ett beslut av någon utomstående om utfärdande av köpoptioner berör inte direkt bolaget. Om emellertid bolaget skall medverka till ett incitamentsprogram baserade på sådana köpoptioner bör beslut om sådan medverkan fattas av bolagets styrelse.

En för aktieägarna väsentlig fråga är vidare *vilken utspädning av aktieägandet och vilka kostnader för bolaget som ett visst incitamentsprogram kan komma att medföra*. Frågan om hur stor utspädning och hur stora kostnader som är acceptabla ägnar sig emellertid knappast för reglering, därtill är verkligheten alltför mångfacetterad. Det är en fråga som aktieägarna själva måste ta ställning till.

En i praktiken ofta ställd fråga är *om styrelseledamöter bör ha rätt att delta i incitamentsprogram*. Det kan antas att styrelsens ledamöter på grund av jäv är förhindrade att delta i beredningen av och beslut om ett förslag till bolagsstämman om ett teckningsoptionsprogram för personalen, om styrelseledamöterna också själva skulle omfattas av programmet. Om förslaget vid stämman framställs av en eller flera aktieägare, gör sig visserligen den aktiebolagsrättsliga jävsproblematiken inte på samma sätt gällande, men misstanke kan i så fall ibland uppkomma att styrelsen i realiteten ligger bakom förslaget. Styrelseledamöter bör därför inte delta i teckningsoptionsprogram för personalen om inte särskilda skäl föreligger. En annan fråga är om styrelsearvodet helt eller delvis kan utgöras av exempelvis teckningsoptioner. Under förutsättning att beredningen av ett sådant ärende inte skett under medverkan av någon styrelseledamot eller av bolagsledningen och det inte heller är styrelsen som lägger fram förslaget för bolagsstämman kan från aktiebolagsrättsliga utgångspunkter inga invändningar göras mot att bolagsstämman beslutar att så skall vara fallet. Detsamma gäller syntetiska optioner.

Några principiella invändningar kan inte riktas mot att ett bolag medverkar till att någon utomstående ställer ut köpoptioner till styrelseledamöterna. Med hänsyn till den risk som kan föreligga för obehörig påverkan i förhållande till optionsutfärdaren bör emellertid styrelseledamöters deltagande i ett sådant program underställas bolagsstämman för godkännande. Om köpoptionerna utfärdas av en ägare i bolaget bör optionsutfärdaren inte delta i bolagsstämmans beslut.

Incitamentsprogram är numera ofta globala där anställda i många olika länder deltar. Därvid uppkommer ett antal skattefrågor som kan hindra eller försvåra implementeringen på lika villkor i alla länder. Exempel på sådana svårigheter kan vara att *optioner beskattas vid olika tidpunkter och på olika underlag* i skilda länder. Detta kan verka hämmande på önskemålet att införa programmet för anställda i vissa länder eftersom attraktionskraften i programmet kan gå förlorad om skattekonsekvenserna blir negativa. En strävan bör därför vara att genom internationellt samarbete t.ex. inom OECD försöka harmonisera skattereglerna i de olika länderna.

Ett annat problemområde är *personalförflyttningar över gränserna*. Vid olika skattesystem i skilda länder kan situationer uppkomma då en innehavare blir beskattad mer än en gång för en optionsförmån (t.ex. både vid grant och vid exercise). Om innehavaren inte ges möjlighet till avräkning för tidigare erlagda skatter i annat land kan dubbelbeskattning uppkomma. På samma sätt kan icke-avsedd skattfrihet uppkomma. Även här bör internationellt samarbete ske i syfte att eliminera sådana skatteeffekter i samband med personalförflyttningar. En avräkningsrätt bör t.ex. kunna krävas för skatter erlagda i annat land på samma optionsförmån även om beskattningen uppkommit under ett annat år och på ett annat underlag.

I de länder där optionsprogram beskattas först vid utnyttjandet såsom tjänsteinkomst uppkommer många gånger ett *arbetsgivaravgiftsuttag för arbetsgivaren/utfärdaren*. I de länder, däribland Sverige, där socialavgiftsuttaget är mycket högt (drygt 32 %) kan betydande belopp komma att belasta arbetsgivarbolaget. Dessa socialavgifter är inte heller förutsebara eftersom underlaget räknas fram först när den anställda väljer att utnyttja sin option i framtiden. I Sverige har näringslivsorganisationer försökt få till stånd en lättnad i socialavgiftsuttaget. Ännu har dock ingenting hänt i detta avseende. I andra nordiska länder finns däremot sådana lättnader för personaloptioner.

När det gäller *avdragsrätten för bolagets kostnader* i samband med optionsprogram varierar reglerna i olika länder. I vissa länder medges avdrag oavsett om kostnad uppkommit eller ej. Där medges avdrag för arbetsgivarbolaget i samma omfattning som den anställda beskattas för sin optionsförmån. I andra länder däremot är det avgörande för avdragsrätt att en faktisk kostnad belastar arbetsgivarbolaget. Vidare kan ett bolag i koncernen t.ex. ett moderbolag inte stå för kostnader för anställda i andra bolag, t.ex. i dotterbolag utan att detta medför skattekonsekvenser i koncernen. Även i detta avseende kan det vara betydelsefullt att söka lösningar som är enhetliga för undvikandet av skatteplanering och skatteproblem.

Ørnulf Røhnebæk

Ytringsfrihet på internett

Ytringsfrihet på internett

Av lovrådgiver, cand. jur Ørnulf Røhnebæk, Norge

Dersom de ulike telekommunikasjonsoperatørene som er teknisk nødvendig for formidling av ytringer på internett pålegges ansvar for ytringene, får vi et skrekkszenario: Den kollektiv ytringsfrihet. Det enkelte brennende hjerte får ikke formidlet flere fornærmende, sjokkerende og opprørende meninger enn det de tekniske mellommenn tør innestå for. Resultat blir et inngrep i den enkeltes ytringsfrihet.

Referenten drøfter hvilke former for slikt medvirkeransvar som vil kunne godtas og ikke kunne godtas etter Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 10. Han gjør seg til talsmann for et nyansert system der den enkelte ytrer som aktivt ønsker å ta et eneansvar for sine meninger, også må få en slik mulighet. Ved "erklært eneansvar" fra ytringens avgiver – eller fra en stråmann (redaktør) – må regelen være at mellomledene fritas for ethvert ansvar. Slik ansvarskanalisering er mindre kjent i norsk rett enn i Sverige ("ensamansvar") og Danmark (medieansvarsloven).

Han mener at både EUs direktiv om elektronisk handel og Eurparådets konvensjon om Cyber Crime går for langt i akseptere ansvar for tekniske mellomledd, og antyder at årsaken kan være at de som har forhandlet fram rettsaktene har sin faglig tyngde og interesse andre steder enn i ytringsfrihetsjussen.

Ørnulf Røhnebæk er født 1959, og ble cand. jur ved Universitet i Oslo i 1990. Før den juridiske karrieren var han journalist i en lokalavis i Gudbrandsdalen, i en foreningsavis for norske småbønder og i NTB (Norsk telegrambyrå). Han har vært dommerfullmektig ved Horten tingrett (1991–93), research lawyer ved EFTA-domstolen (1995–96) og sekretær for den norske Ytringsfrihetskommisjonen (1996–99). Fra 1999 har han vært lovrådgiver i Justisdepartementets lovavdeling med alminnelig forvaltningsrett, miljø- og ressursrett, ærekrenkelser og medierett som særlige arbeidsområder. Bøker: Nitrogenoksid (NOx) som rettslig problem (1991) og Miljø og jus (1995).

1. Innledning

Denne artikkelen tilbyr ingen ferdige løsninger. Den tilbyr derimot høyttenkning om noen prinsipper som bør ligge til grunn for rettslig regulering av ansvar for ytringer på internett (på sikt kanskje for alle ytringer i digital form). Enkelte av ideene vil nok av mange raskt bli avvist som ubrukelige. Det får stå sin prøve.

Det er trøst å finne hos John Stuart Mill (1806–73). I *On liberty* gjorde han seg til talsmann for at selv de galeste meninger må framføres om samfunnsborgerne – ved hjelp av den felles fornuft – skal finne fram til sannhet. Det er kun når de *riktige* oppfatninger brytes mot de *gale*, at vi kan vite at de *riktige* sannhetene faktisk er riktige. Han påpekte dessuten at de sannheter som gjennom lang tid har overlevd angrep fra mange motargumenter, vil bli etablerte sannheter. Også disse

må utfordres, selv av åpenbart gale påstander. Bare på den måten kan man hindre at de riktige oppfatninger stivner til døde dogmer, jf. også NOU 1999: 27 "Ytringsfrihed bør finde Sted" (utredning fra den norske Ytringsfrihetskommisjonen) s. 20.

Rettslige sider ved internett var tema også under Det 35. nordiske juristmøtet i Oslo 18. til 20. august 1999. Foruten professor, dr. juris Jon Bings innledningsforedrag "Internettet", ble det avholdt seksjonsmøte under overskriften "Ansvar for ulovlig informasjonsspredning på Internet", basert på en artikkel av professor, dr. jur. Mads Bryde Andersen med samme tittel, jf. Forhandlingene ved Det 35. nordiske juristmøtet, Oslo 1999, s. 197 flg.

Det er derfor naturlig å knytte noen linjer til det som ble anført den gang, selv om min innfallsvinkel er noe annerledes. Jeg skal her ta opp to problemstillinger, som for tida er aktualisert av den voksende digitale kommunikasjon, særlig via internett:

- a) Hva skjer med den enkeltes ytringsfrihet om ansvar for vedkommendes ytring også pålegges andre enn avgiveren av ytringen?
- b) Hva slags ansvar kan pålegges andre enn den opprinnelige ytrer uten at vi kommer i konflikt med ytringsfriheten?

Spørsmål a kan betraktes som et spørsmål om den antatte faktiske virkning av gitte regler. Jeg skal forsøke å besvare dette kvalitativt, dvs. ved hjelp av det sosiologene kaller kvalitativ metode. Spørsmål b er normativt, og det kan stilles både i forhold til det nasjonale ytringsfrihetsvernet i de nordiske staters grunnlover og i forhold til vernet i Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) artikkel 10. Jeg har av to grunner valgt det siste: EMK kan synes å gi et bedre vern for ytringsfriheten enn det som følger av grunnlovene i enkelte nordiske stater. Normen i art. 10 er dessuten en felles rettslig norm for alle våre nordiske land. Den må følges selv om statenes grunnlover skulle åpne for mer restriktive regler.

Antakelsen om at EMK art. 10 gir bedre vern for ytringsfriheten enn det som følger av grunnlovene i enkelte nordiske stater, bygger bl.a. på det faktum at både Norge, Danmark og Island har fått avgjørelser mot seg ved Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) i Stasbourg, jf. EMD *Bergens Tidende v Norway*, 2. mai 2000, EMD *Nilsen & Johnsen v Norway*, 25. november 1999, EMD *Tromsø & Stensaas v Norway*, 20. mai 1999, EMD *Jersild v Denmark*, 23. september 1994 og EMD *Thorgeir Thorgeirsson v Iceland*, 25. juni 1992.

2. Ansvarsplassering og ytringsfrihet¹

2.1 Generelt om problemet ansvarsplassering

Den faktiske ytringsmulighet – og dermed muligheten til å benytte ytringsfriheten – påvirkes av reglene om ansvarsplassering. Med regler om ansvarsplassering sikter jeg her til de reglene som avgjør hvem som kan eller skal rammes av ulike sanksjoner dersom ytringsfrihetens grenser overskrides.

Disse reglene er ikke bare av interesse for den enkelte som kan bli ansvarlig for egne eller andres ytringer eller den som er krenket og vil vite hvem som kan stilles til ansvar. Reglene har også betydning for samfunnet som helhet, fordi utformingen av dem kan påvirke innholdet og kvaliteten på den offentlige debatt.

Utforming av ansvarsregler bør etter mitt syn bygge på to prinsipper: For det første bør man tilstrebe mest mulig eneansvar for den faktiske avgiver av en ytring. For det annet bør man tilstrebe at det alltid finnes noen som kan gjøres ansvarlig for en aktuell ytring, herunder at det ikke må være for komplisert å finne fram til den ansvarshavende.

De gjeldende ansvarsreglene i norsk rett framstår som kompliserte, bl.a. fordi det kan gjelde ulikt ansvar ved bruk av ulike medier, ulikt ansvar for overtredelse av ulike bestemmelser, og ulikt ansvar avhengig av om den ønskede sanksjonen er strafferettslig, forvaltningsrettslig eller privatrettslig. På flere områder må man også kunne si at ansvarsreglene er usikre – ikke minst gjelder dette for den elektroniske formidlingen av ytringer via internett.

De store variasjonsmulighetene som finnes kan illustreres med noen eksempler. Vi kan tenke oss at stortingsrepresentant NN i et intervju med en dagsavis kommer med en ulovlig ærekrenkelse. NN vil som ytringens opphavsmann være ansvarlig – både strafferettslig og sivilrettslig. Men i tillegg kan ansvar som hovedregel gjøres gjeldende overfor journalisten som lagde intervjuet og avisens redaktør. Det følger av straffeloven § 247 som setter straff også for den som *medvirker* til en injurie, og det følger av straffeloven § 431 om det såkalte redaktøransvaret. (Disse bestemmelsene kan som følge av rettspraksis fra EMD imidlertid ikke lenger anvendes i de tilfeller der journalisten/mediet var i god tro, jf. f.eks. EMD *Bergens Tidende v Norway* avsnitt 53.) Det foretaket som utgir avisen kan dessuten være et mulig ansvarssubjekt etter straffeloven § 48 a om foretaksstraff. Det sivilrettslige ansvaret (erstatning og oppreisning) for journalist, redaktør og utgiverselskapet følger av skadeserstatningsloven § 3–6.

Medvirkerbestemmelsen i strl. § 247 gjør at personkretsen kan utvides ytterligere. Ansatte på setteriet og trykkeriet, sjåførene i avisens budbiler, detaljistene som selger avisen har alle på hver sin måte medvirket til spredning av injurien, og

¹ Avsnitt 2 bygger på min tidligere framstilling av emnet i kapittel 8.1 i NOU 1999: 27 "Ytringsfrihet bør finde Sted".

dersom de subjektive vilkår for ansvar foreligger, kunne man tenkt seg også disse som ansvarssubjekt.

Listen av mulige medvirkere kan gjøres lenger og trekkes over i det absurde. Fabrikken som leverte avisepapir har rent objektivt bidratt, og om dette gjelder en avis som jevnlig ligger på grensen for det lovlige, kan de subjektive vilkår – i alle fall for erstatningsansvar – nærme seg oppfyllelse. Tannlegen som legger avisen ut på venterommet har distribuert injurien, og tilsvarende vil gjelde bibliotekaren som 10 år senere låner ut en mikrofilm av avisen.

I vårt eksempel – med injurier i en dagsavis – gjør imidlertid loven et unntak. Det følger av straffeloven § 254 og skadeserstatningsloven § 3–6 fjerde ledd at den som bare har deltatt ved teknisk framstilling og distribusjon ikke kan gjøres ansvarlig. Unntaket gjelder imidlertid bare når det er snakk om blad eller tidsskrift trykt her i riket og kringkastingssendinger. For injurier framsatt f.eks. i bøker kan følgelig også trykkeriansatte i prinsippet gjøres ansvarlige.

Dersom vi endrer på fakta i eksemplet og sier at avisens papirutgave legges ut på internett kan ytterligere ansvarssubjekt dukker opp. De elektroniske signalene vil, på sin vei fra avisens nettsted (hjemmeside) til de mange som leser nettversjonen på sine micromaskiner, ha gjort bruk av teknisk utstyr tilhørende flere telekommunikasjonsselskap (aksessleverandører, verter m.v.). Disse har rent faktisk medvirket til spredning av injurien og ansvar er derfor tenkelig. Loven har ikke en tilsvarende bestemmelse om ansvarsfrihet for nettleverandører som for tekniske medvirkere ved framstilling av trykt skrift.

Om vi så sier at NN framsatte sine injurier i en åpen debatt i Stortinget, forandres ansvarsbildet. Da vil NN gå fri som følge av sin parlamentariske immunitet, jf. Grunnloven § 66, mens journalist og redaktør og andre formidlere går fri som følge av det ulovfestede, såkalte referatprivilegiet.

Det medvirkersystem som er skissert her gjelder ikke alle bestemmelser som kan overtres ved hjelp av ytringer. Noen er uten medvirkeransvar, som f.eks. straffeloven § 121 om brudd på taushetsplikt. Andre bestemmelser nevner selv ulike former for medvirkende handlinger og gjør dermed dette til selvstendige overtredelser. Et eksempel her er straffeloven § 204 første ledd bokstav a om utbredelse av pornografisk skildringer i skrifter, bilder, filmer osv. Her er ikke bare utgivelse gjort straffbart, men også det å framby til salg og leie. Så mens kioskeieren ikke kan gjøres ansvarlig for spredning av injurier i blad og tidsskrift, kan han gjøres ansvarlig for pornografiske ytringer i samme type medium.

Resultatet av det rådende ansvarssystem er derfor at både mediets spesielle regler, den aktuelle bestemmelsens ordlyd og reglene om ytrings- og referatprivilegier må undersøkes nærmere før man kan vite hvem som er reelle kandidater som ansvarssubjekt.

2.2 Framveksten av medvirkeransvar

Spørsmålet om ansvar for andre enn den opprinnelige (originære) ytrer dukket opp som en praktisk problemstilling med boktrykkerkunsten. Også før den tid kunne det selvsagt være risiko forbundet med å formidle andres ytringer – sagn forteller om budbringere som måtte late livet fordi en rasende konge ikke likte meldingen om tap på slagmarken. Det interessante er likevel hvordan ulike ansvarsregler har kommet som svar på medieutviklingen. Denne historien synes å vise at reglene som omgir det sist ankomne mediet er de mest uklare. Dagens uklarhet rundt internettansvar er derfor oppskriftsmessig.

Både strafferetten og erstatningsretten har generelle regler om hvem som kan gjøres ansvarlig for ulovlige handlinger og unnlatelser. For ulovlige *ytringer* har disse reglene ikke vært ansett fullt ut tilstrekkelig og dagens regelverk har avvik i begge retning. I noen tilfeller – som for teknisk medvirkning til produksjon av blad og tidsskrift – er kretsen av mulige ansvarlige redusert, i andre tilfeller – som for redaktøransvaret – er det pålagt større ansvar enn det som ellers ville følge av den generelle ansvarslæren.

Særreglene om ansvar må sees i sammenheng med den muligheten mediering av en ytring gir for skjult identitet. Allerede året etter at Struensee opphevet forhåndssensuren i Danmark-Norge i 1770 ble anonymitet for forfattere av trykt skrift akseptert. Vilkåret var imidlertid at myndighetene eller den private fornærmede ble gitt et annet ansvarssubjekt å holde seg til. Derfor ble det bestemt at enhver trykksak måtte bringe navn på enten forfatteren *eller* boktrykkeren. Man kan se det slik at dersom en forfatter ønsket å ytre seg anonymt måtte han finne en boktrykker som var villig til å sette sitt navn og rykte i pant for ytringene.

Dersom det trykte skriftet ikke navnga noen ansvarlig kunne det heller ikke gjøre krav på trykkefriet, og inndragning eller beslagleggelse framsto ikke som noe overgrep. Ideen fra Struensees tid om at minst én ansvarlig alltid skal identifiseres, er – for trykt skrift – fulgt fram til i dag. Etter straffeloven § 428 er det straffbart å unnlate «at angive sit Navn eller Firma samt Trykkestedet paa et af ham trykt Skrift».² For blad og tidsskrift (periodiske publikasjoner) følger det av straffeloven § 429 at redaktørens navn skal angis.

Med nye medier dukket nye medhjelpere opp, både i produksjonen og i distribusjonen. Kringkastingsvirksomhet krever både sender- og mottakerutstyr, samt stoppesteder underveis (omformere). Med monopol på sendersiden – og dermed oversiktlige forhold – oppsto ikke noe behov for å gjøre gjeldende et omfattende medvirkeransvar. På slutten 1970-tallet dukket de første satellittsendingen opp i Norge – mange ble formidlet videre av kabelselskap – og sendermonopolet var i realiteten opphørt. Norske hjem kunne plutselig motta en rekke ytringer uten

² Tilsvarende bestemmelse finnes åndsverkloven § 52: «Trykt verk skal være påført opplagsnummer, trykkeri, trykkested og trykkeår».

nasjonalt plassert opprinnelig avgiver, dvs. at det ikke var noen opphavspersonen som kunne gjøres ansvarlig på norsk jord. Noen andre måtte eventuelt gjøres ansvarlig, og valget falt ikke unaturlig på formidleren av ytringene – kabelselskapet. Mellom satellitten og den private parabolantennen er det imidlertid ingen mulige nasjonale ansvarssubjekt, og myndighetene synes å stå maktesløse med mindre man vil forby besittelse av parabolantennen.

Film som medium krevde også nytenkning. For norskprodusert film kunne myndighetene eller privat fornærmede forholde seg til avgiver av ytringen, men ikke for importert film, som i hele filmens tidsalder har utgjort hovedtyngden. Ansvar kunne derimot plassert på importør, distributør og innehaver av det lokalet der filmen ble vist. Med videofilmene ble antallet filmer vesentlig økt og nye aktører kom inn i bildet, fra kioskeieren på hjørnet som satte opp videohylle til småimportører uten tidligere dokumentert erfaring som kulturformidler. Nye ansvarsløsninger ble valgt: I dag skal alle filmer som omsettes kommersielt være merket med ansvarlig distributør.

Med bl. a. internett har virksomheten til de gamle telefonselskapene endret seg. Fra toveis lydkommunikasjon mellom et fåtall mennesker, har det blitt flerveis massekommunikasjon med både lyd, bilder og skrift, og selskapene har skiftet navn og blitt "telekommunikasjonsoperatører". Den elektronisk kommunikasjon har aktualisert den tekniske medhjelperens rolle. Den verdensomspennende veven (www) trekker per i dag kommunikasjonslinjer mellom et 10-talls millioner datamaskiner verden over, men eierne av disse maskinene kan ikke kommunisere med hverandre uten bruk av andres tekniske utstyr, som kabler, satellitter, servere, web-hotell osv. Kommunikasjonen er altså ikke mulig uten bruk av tekniske medhjelpere.

2.3 Ytringsfrekkenheten på internett

Graden av ansvar som legges på disse medhjelperne er avgjørende for hva slags medium internett skal bli. Får de tekniske medhjelperne et selvstendig ansvar vil de bli nødt til å avvise personer som kan komme til å sende fra seg ulovlige ytringer. De vil ventelig også legge inn en sikkerhetsmargin slik at også ytringer i grenseland vil bli nektet. Resultatet vil bli at ytringer som avsender mener er lovlige men som medhjelperens jurister vurderer som usikre, blir stengt ute. Den som vil presse grensene og ytre noe som ikke har vært ytret før, kan under et slikt ansvarsregime derfor ikke bruke nettet, men vil være henvist til papir.

Om det legges til grunn at nettet blir et stadig viktigere medium, og om en stund kanskje det viktigste, vil det bl. a. innebære at de provoserende, sjokkerende og støtende ytringene blir holdt ute fra hovedarenaen. Internett blir et forsiktig medium, og ubrukelig i en rekke sammenhenger. Dette strider mot det grunnleggende syn at ytringer må nå fram til allmennheten også når deres innhold er kontroversielt, jf. det faste utsagnet fra EMD i artikkel 10-saker om at ytringsfriheten også omfatter ytringer som "offend, shock and disturb".

Internett har gitt mange flere anledning til å spre sine ytringer til det som må oppfattes som det offentlige rom. De tekniske etableringskostnadene for egen hjemmeside ligger på noen tusenlapper. Denne demokratiseringen må hilses velkommen, men gir også virkninger som oppleves som problematiske. Sære og upolerte ytringene som ikke ville fått plass i de mer etablerte mediene kan nå spres via opphavspersonens egen hjemmeside.

Mens det meste av det som tidligere nådde ut i det offentlige rom hadde gått gjennom en ansvarlig – her i betydningen trenet – redaktørs hender, blir inneha-verne av hjemmesider sine egne redaktører. Den etablerte kode for hva som sømmer seg og hvordan ting skal uttrykkes skriftlig blir utfordret. Påstander og formuleringer som tidligere bare fantes muntlig, på stamkafeen eller i stua foran TV-en, kan og blir spredd som skrift til alle som måtte dumpe borti eller bevisst oppsøke den aktuelle hjemmesiden. Om disse hjemmesidene når et større publi-kum enn de som tidligere hørte de samme kommentarene på stamkafeen, kan være et åpent spørsmål. Poenget er at ytringene gjennom internett får et potensielt større publikum enn tidligere.

Vi står derfor overfor en betydelig ”ytringsfrekthet”, for å bruke et begrep med historiske røtter. Det ble også brukt om innholdet i mange av de publikasjoner som dukket opp da sensuren bortfalt i Danmark-Norge i 1770. Ytringsfrektheten på nettet kan ha flere årsaker:

For det første gir nettet innehaveren av en hjemmeside (innholdsleverandøren) mulighet for umiddelbar anonymitet. Graden kan vedkommende et langt stykke på vei bestemme selv ved valg av tekniske løsninger. Og selv om det rent faktisk svært ofte vil være mulig å finne fram til avgivers rette identitet, eller i alle fall avgivers micromaskin, vil det trolig bare være ved kvalifiserte overtredelser at man vil se det ressursmessig interessant å sette i gang en slik prosess.

For det andre vil mange innehavere av hjemmesider være fritatt for kommer-sielle hensyn. De lever ikke av sin virksomhet, har ikke ansatte eller eiere, og trenger ikke av økonomiske grunner være redde for å støte vekk sine lesere, slik tradisjonelle mediebedrifter vil være. Det tør være allment erkjent at hensynet til hva de store kjøpergrupper kan akseptere er styrende for redigeringen av aviser og kringkastingsstasjoner som er avhengig av, eller ønsker, store opplagstall/seertall.

For det tredje er det knyttet bevisproblemer til hva som faktisk ble ytret på nettet på et gitt tidspunkt. Ytringene lagres f.eks. ikke automatisk for ettertida, slik de gjør når de framsettes på trykk.

For det fjerde ble de elektroniske mediene først tatt i bruk av yngre mennesker, med en friskere tone både muntlig og skriftlig enn eldre generasjoner. Dette har forplantet seg til nettet og – i alle fall i en tidlig fase – ble det hevdet at nettet hadde utviklet sine egne etiske normer for kommunikasjon. Det stor innslaget av yngre mennesker har også gjort nettet til et sted for ungdommelig opprør, f.eks. mot den påstått rike og mektige multinasjonale underholdningsindustrien. Det er mulig å forstå hvorfor ellers avmektige 14–15 år gamle skoleelever har

glede av å bringe opphavsrettsorganisasjoner og plateselskaper til fortvilelse ved å legge CD-er og annet opphavsrettslig beskyttet materiale ut på nettet til fri kopiering.

Alt dette gjør at den private innehaver av en hjemmeside ikke trenger å ta så mange hensyn som en avisredaktør. Og de hensyn som burde vært tatt også i et elektronisk medium, er mange ikke klar over, fordi de er uten erfaring som publisister eller de trosser reglene bevisst.

Det synes derfor holdbart å konkludere med at internett gir ytringer ut i offentlige rom som i innhold og form ikke har vært observert siden pressens barndom. Som sannhetsvitne her vil jeg bruke en artikkel av Adam Goodheart: "Back to the Scandal Sheets of Yore", *International Herald Tribune* 2. februar 1998. Han viser til at da Alexis de Tocqueville turnerte USA i 1831–32 og etterpå roste landets presse for dens rolle som demokratiets bærebjelke, var avisene uten dagens idealer om objektivitet og anstendighet:

"It was the press of the Jacksonian era, a time when politicians' sex lives (real or fictitious) were regularly exposed by the partisan opposition, when one newspaper assured its readers that the president's mother «was a common prostitute, brought to this country by the British soldiers» and when the president, like several of his predecessors, responded by bribing editors to support him. ... Like Web pages now, newspapers were cheap to set up in the 19th century. And objectivity was almost unheard of. Scandal sheets with names such as Truth's Advocate and Monthly Anti-Jackson Expositor sprang up in moments of political crisis only to vanish once they had outlived their usefulness. ... Journalism did not truly become a respectable profession for the upper middle class until after the World War II. ... But it was not this sort of press [den respektable og objektive] that the framers of the Bill of Rights set out to protect. It was, rather, a press that called Washington an incompetent, Adams a tyrant and Jefferson a fornicator."

Det store antall ytrere, som i praksis føler seg ubundet av både moralske og rettslige normer, har ledet til tanken om å gjøre de tekniske formidlerne ansvarlige. De er få, de er gjerne søkegode, de frykter utgifter, og man slipper å føre kampen for den gode smak – enten den er rettslig beskyttet eller ikke – mot "folket" og dets "ytringsfrekkehet".

2.4 Fordeler og ulemper med mange ansvarssubjekter

Det positive og negative sidene ved en stor krets av ansvarssubjekter vil variere med ståsted. Sett fra eventuelle fornærmedes side, dvs. personer som mener seg krenket av en ytring, vil mange – solidarisk, alternativt eller subsidiært – ansvarlige være en fordel. Kan det ikke oppnås tilfredsstillende oppreisning ett sted, kan man forsøke hos en annen.

Også sett fra den originære ytrers ståsted kan mange ansvarlige tilsynelatende være gunstig, fordi delt ansvar gjerne er lettere å bære. Men her kan det komme

inn regresspørsmål som gjør dette til kortvarig glede. Det er mer reelt å anta at en omfattende krets av mulige ansvarssubjekter vil være et problem for avgiver. Om hvert enkelt ledd i en kommunikasjonskjede fra avgiver til mottaker kan gjøres ansvarlig kan det bli vanskelig å nå ut til et større publikum med kontroversielle ytringer eller ytringer hvis lovlighet ikke er absolutt på det rene. Hvert enkelt ledd i kjeden må da vurdere om de vil ta den risikoen som er forbundet med at ytringen kan utløse ansvar. Jo flere som kan gjøres ansvarlig, jo mindre faktisk ytringsmulighet får den opprinnelige yteren. En stor krets av ansvarssubjekter inviterer dermed til former for privat sensur.

Rent formelt påvirker ikke slik ansvarsdeling den enkeltes ytringsfrihet – grensene mellom lovlige og ulovlige ytringer avgjøres ikke av ansvars plasseringen. Derimot påvirkes *muligheten* til å benytte seg av kommunikasjonskanaler som man ikke selv rår over men som bare kan brukes etter avtale med kanalenes eiere. Det er med andre ord den faktiske ytringsmuligheten som påvirkes.

Det kan for øvrig lede til misforståelser å omtale mange ansvarlige som en form for ansvarsdeling. Det er heller snakk om en ansvarsmultiplisering.

2.5 Et skrekkszenario: Kollektiv ytringsfrihet

I dette avsnittet vil jeg – i førsteperson entall – forsøke å beskrive hvorfor et omfattende medvirkeransvar framstår som et skrekkszenario for oss som mener mye, som mener det er riktig å mene mye, og som mener det er riktig også å komme med fornærmende, sjokkerende og opprørende meninger. Kall oss gjerne ytringssprengte eller ytringskåte borgere.³

Jeg vet av erfaring at det er vanskelig å få inn kronikker i Aftenposten eller andre større aviser. Jeg blir heller aldri invitert til debattprogrammer i TV. Det skyldes selvsagt at man her har plassproblem som ikke finnes på nettet. Det er et begrenset antall scener og alle kan ikke stå der samtidig. Men det kan også skyldes at mine meninger ikke er ønsket eller at jeg framfører dem på en måte som ikke er tilpasset disse mediene.

Internett har løst dette problemet. Jeg kan nå ha min egen hjemmeside der jeg er min egen redaktør. At min hjemmeside har færre lesere enn Aftenposten, er et problem som skal få ligge i denne omgang. Også tidligere kunne jeg selvsagt skrive ned sine meninger, og eventuelt distribuere disse til andre, særlig om jeg hadde nok blåpapir eller tilgang til en kopimaskin. Men det ble puslete sammenliknet med nettet. Nå ligger verden for mine føtter – om verden vil.

Midt opp i denne gleden kommer det så opplysningene om at noen vurderer å gjøre mine tekniske håndlangere – telekommunikasjonsselskaper av ulike størrelse – til medansvarlig for det jeg ytrer på nettet. For det er mitt – og den enkelte

³ Her kan det i parentes bemerkes at "ytringskåthet" neppe er noe adelsmerke i Sverige og Norge. Jeg har derimot inntrykk av at det ikke er så sosialt uakseptabelt i Danmark å ta ordet i tide og utide.

ytringssprengde borgers perspektiv: Jeg trodde dette var en sak mellom meg og mine eventuelle lesere. Det var en fremmed tanke at operatøren av den serveren der jeg har leid plass for min hjemmeside, skulle kunne blande seg inn i innholdet. Men det må han jo kunne, om han skal ha ansvar. Fra å stå på egne ben og selv forvalte min ytringsfrihet, har friheten blitt kollektiv. Jeg kan ikke skrive annet enn det mine tekniske medhjelpere også tør innestå for.

Og det er noe nytt. Ingen har vel opplevd at bokhandleren legger seg opp i hva jeg skal med alle kulepennene eller papiret. Heller ikke på postkontoret blir man avkrevd opplysninger om brevets innhold. Riktignok har jeg opplevd – den gang vi ennå hadde manuelle telefonsentraler i bygde-Norge – at damen på sentralen antydte at det var vel sent på kvelden å ringe til så gamle mennesker som de jeg ba om forbindelse til, men disse damene er nå byttet ut med en automat uten normative oppfatninger om klokkeslett.

Kort sagt: Jeg vil ikke ha teknikersensur. Jeg forlanger på egne vegne ubegrenset ytringsmulighet på nettet. Samtidig som jeg aksepterer at dette er en frihet under ansvar, som alle andre friheter. Overskrider jeg grensene – både de jeg er enige i og de andre – hører det friheten til at man må stå til ansvar.

Dette er den ideale fordring. Spørsmålet er så om dette kravet kan innfris. Kan man allmenngjøre mitt krav om fravær av teknikeransvar, eller vil sumvirkningen gi en uholdbar situasjon, en situasjon så uønsket at det blir nødvendig i et demokratisk samfunn ("necessary in a democratic society") å begrense min frihet? Fordi jeg setter umåtelig høy pris på min og andres ytringsfrihet og ytringsmulighet, og ikke minst er begeistret for de nyvunne muligheter som ligger i internett, mener jeg at vi ikke skal gi oss før vi har funnet ansvarsløsninger som sikrer friheten, samtidig som den fornærmede sikres muligheten til å holde noen ansvarlig.

3. Medvirkeransvar i strid med artikkel 10?

3.1 Ikke glem grunnnormen

Jurister har lett for å kritisere offentlige saksbehandlere uten juridisk utdanning for å være mer opptatt av rundskriv og forskrifter enn selve loven. Dette er en kritikk som kan overføres på det forhold enkelte meget kompetente jurister har til regelverket innen sin spesialdisiplin. Man har ikke tilstrekkelig oppmerksomhet rettet mot at lovbestemmelsene må tolkes i lys av de grunnnormene som finnes i konstitusjonen og/eller menneskerettighetskonvensjoner.

Derfor kan ikke spørsmålet om ansvars plassering på internett bare drøftes i lys av de regler om medvirkeransvar som finnes i nasjonal rett. Man må også spørre om reglene – i sin alminnelighet og i det enkelte konkrete tilfelle – står seg mot EMK art. 10. Jeg vil her forsøke å si noe om hvilke ansvarsregler som med en viss grad av sannsynlighet vil kunne godtas og ikke kunne godtas, prøvd mot EMK art. 10.

3.2 Generelt om prøving etter art. 10

Det foreligger etter hvert svært mange dommer fra EMD om forståelsen av art. 10. Domstolen foretas dessuten rutinemessige henvisninger til viktige avklaringer i sine tidligere avgjørelser. På bakgrunn av dette synes det derfor mulig å vite med ganske stor grad av sikkerhet hvordan en drøftelse av om inngrep er i strid med EMK art. 10 eller ikke, skal gjennomføres.

Tre kumulative vilkår for godtakelse av et inngrep følger direkte av ordlyden i EMK art. 10 annet ledd: 1) Inngrepet må være foreskrevet ved lov, 2) inngrepet må forfølge ett eller flere av de legitime formål som er nevnt i annet ledd, og 3) inngrepet må være nødvendig i et demokratisk samfunn. For den videre drøftelse legger jeg til grunn at vilkår nr. 1 og 2 er oppfylt.

Det interessante vilkåret er kravet om at inngrepet skal være nødvendig i et demokratisk samfunn. Dette er selvsagt i det ytre et meget skjønnsmessig krav, men EMD-praksis har bidratt til betydelig klargjøring, ved å oppstille krav om relevans, tilstrekkelighet og forholdsmessighet.

Med relevans menes at begrunnelsen for inngrepet på en relevant måte må kunne forankres i de legitime formål. Det er følgelig ikke nok å påstå at inngrepet forfølger et av de legitime formål; den stat som ønsker å opprettholde inngrepet må også vise at det foreligger en relevant sammenheng mellom inngrep og formål.⁴

Med tilstrekkelighet menes at begrunnelsen for inngrepet må være tilstrekkelig (sufficient). Det innebære et krav om at inngrepet temmelig konkret må evne å realisere de påberopte – og legitime – formål. Det er derfor ikke nok å vise at inngrepet er en konsekvens av en generell regel som i seg selv kan anses nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til det aktuelle formål.

Dette poenget blir godt illustrert i en dom fra 28. juni 2001 (EMD *Vgt Verein gegen Tierfabriken v Switzerland*) der et totalforbud mot politisk reklame i sveitsisk radio og tv ble ansett som stridende mot art. 10. Forbudet medførte at en dyrevernforening ikke fikk vist en TV-reklame mot kommersielt svinehold, med bl.a. påstander om at griser levde under "konsentrasjonsleir-liknende forhold". Filmen avsluttet med en oppfordring om å spise mindre kjøtt "for the sake of your health, the animals, and the environment".

Den sveitsiske stat anførte at forbudet mot kringkastingsreklame med politisk budskap var vedtatt bl.a. for å beskytte opinionen mot press fra økonomisk mektige grupper, for å sikre at ulike krefter i samfunnet skulle ha en viss likhet med hensyn til å kunne påvirke opinionen, for å beskytte kringkastingselskapene mot press fra mektige annonsører og for å støtte pressen (som dermed fikk enerett til å bringe politiske reklame).

⁴ Hos Kyrre Eggen: Norges internasjonale forpliktelser på ytringsfrihetens område, Særskilt vedlegg nr. 1 til NOU 1999: 27, s. 188, finnes en drøftelse av forskjellen på vilkår nr. 2 om legitimt formål og relevant begrunnelse.

EMD aksepterte formålet som legitimt under henvisning til "the protection of the ... rights of others". EMD var også enig i at økonomisk sterke grupper – gjennom TV-reklame – kan bli så dominante i offentligheten at det går på bekostning av mangfoldet, og kan få et slikt økonomisk nakketak på kringkastingsstasjonene at deres reelle frihet blir begrenset. Men disse argumentene slo ikke til i det aktuelle tilfellet, og begrunnelsen var derfor ikke tilstrekkelig til å nekte dyrevernforeningen å kjøpe TV-tid for visning av sin film: Foreningen representerte jo ikke en slik økonomisk sterk gruppering som kunne øve urimelig innflytelse på opinionen, presse TV-selskapene til servilitet, eller hindre at ulike krefter i samfunnet fikk en relativt sett lik mulighet til å bli hørt. Følgelig var ikke begrunnelsen tilstrekkelig.

Med forholdsmessighet siktes til at inngrepet – i en situasjon der begrunnelsen er godtatt som relevant og tilstrekkelig – må være forholdsmessig veid opp mot inngrepets konsekvenser for ytringsfriheten. Dette synes bl.a. å innebære at der hensynene bak inngrepet kan ivaretas like godt – eller nesten like godt – gjennom mindre inngripende tiltak, vil inngrepet kunne framstå som uforholdsmessig, særlig dersom inngrepet har betydelig negative konsekvenser for ytringsfriheten i sin alminnelighet.

3.3 Et nyansert ansvarssystem

Av EMDs praksis leser jeg i første rekke et krav om presisjon, nyansering og en løpende vurdering av om hensyn kan ivaretas på mindre inngripende måter. Generelle regler som kan være godt begrunnet for sitt kjerneområde, kan ikke opprettholdes i sin fulle bredde om de i randsonen gir resultat som ikke er nødvendig i et demokratisk samfunn, jf. her også den amerikanske læren om "overbreadth"⁵, som nok har inspirert enkelte av dommerne i Strasbourg. Dette åpner etter mitt syn for en nyansert løsning av spørsmålet om medvirkeransvar for våre tekniske medhjelpere ved elektronisk kommunikasjon.

For det første tror jeg EMD vil ha sans for argumentet om at det ikke er nødvendig (for den fornærmede, og derfor heller ikke i et demokratisk samfunn) at det skal finnes mer enn én som kan gjøres ansvarlig for den lovstridige ytringen. Det synes å innebære at dersom avgiver av ytringen er kjent og vedkommende etter nasjonale og internasjonale prosessregler kan ansvarliggjøres, så er det ikke rom for et medvirkeransvar som reduserer den enkeltes ytringsmulighet.

⁵ Black's Law Dictionary, sixth edition, 1990: This doctrine, which derives from First Amendment, serves to invalidate legislation so sweeping that, along with its allowable proscriptions, it also restrict constitutionally protected rights of free speech, press or assembly. ... The doctrine requires that a statute be invalidated if it is fairly capable of being applied to punish people for constitutionally protected speech or conduct. A law is void on its face if it "does not aim specifically at evils within the allowable area of [government] control, but ... sweeps within its ambit other activities that constitute an exercise" of protected expressive of associational rights.

Her må det umiddelbart legges til at det neppe er tilstrekkelig at vedkommende formelt kan gjøres ansvarlig om de formelle regler gir en oppskrift som i virkelighetens verden ikke gir større glede enn et ønske om god jul. Følgelig kan det være behov for en nyansert vurdering vedrørende spørsmålet om det er godt nok at den ansvarlige kan ansvarliggjøres i sin hjemstat eller om det også kreves søksmålsadgang i fornærmedes hjemstat. Her kan man tenke seg mellomløsninger der søksmålsadgang i avgiverstaten er godt nok dersom dette er en EU/EØS-stat, eventuelt en stat som er medlem av Europarådet eller er part til nærmere angitte konvensjoner, mens henvisning til søksmål i stater med større geografisk og rettslig avstand ikke vil være tilfredsstillende.

For det annet tror jeg EMD har sansen for at den rettslige kampen om hvorvidt en ytring er ulovlig eller ikke bør utkjempes mellom de parter som er reelle motstandere. Derfor bør ansvar plasseres hos den eller de som faktisk treffer beslutninger om å legge ytringen ut på nettet, og ikke hos en teknisk medhjelper som f.eks. mer tilfeldig får stoffet på sin server. Motstanderen bør dessuten være et rettssubjekt som har interesse av og tekniske/praktiske muligheter til å føre kontroll. Vedkommende bør dessuten være den som har størst økonomisk eller ideell interesse i at den kontroversielle ytringer offentliggjøres. Det er da man kan håpe på et kraftig forsvar for ytringsfriheten – der det er sakens tema. Om den som krenkes kan slippe å møte ytringens mest kraftfulle forsvarer ved i stedet å gjøre en deal på bakrommet med en teknisk medhjelper uten interesse for den omstridte ytringen som sådan, har noe viktig gått tapt. Også det tror jeg våre dommere i Strasbourg vil forstå.

Om min antakelse om innholdet i EMK art. 10 holder stikk, vil man følgelig kunne løse min store frykt for at tekniske medhjelpere skal stanse mine ytringer, gjennom et system der jeg som avgiveren av ytringene blir eneansvarlig om jeg oppgir nødvendige data og erklærer meg eneansvarlig for innholdet. Dette vil ha klare paralleller til det svenske systemet med ensamansvar⁶ og det danske systemet i medieansvarsloven § 9 om eksklusivt ansvar for forfatter, redaktør og/eller utgiver og nærmere regler om vilkår for ansvarsfordelingen igjen mellom disse kandidatene. Vi nordmenn kjenner imidlertid ikke slike regler, med den mulige følge at noen av betraktningene her er for banale for ikke-norske jurister.

3.4 Skisse til et mulig ansvarssystem på nettet

Om man beholder et fast fokus på målet om å berge nettet som et sted også for ytringer som sjokkerer, fornærmer og støter, og idealet om eneansvar så langt det

⁶ Så langt jeg har forstått det regnes "ensamansvaret" som et av de grunnleggende prinsippene i svensk ytringsfrihetsregulering, jf. SOU 1983: 70 *Värna yttrandefriheten* s. 115: "Ensamansvarets främsta funktion är att göra det möjligt att upprätthålla regler om ansvarsfrihet för meddelare och anonymitetsskydd för medverkande. På det sättet utgör ensamansvaret kärnan i regelkomplexet. Kan ett ensamansvar inte införas för ett visst medium är det inte heller tänkbart att tillämpa de två andra principerna."

er forsvarlig, burde det være interesse for utvikling av nyanserte ansvarsregler. Her vil jeg presentere en skisse til debatt:

3.4.1 Etterfølgende ansvar

Først tar jeg for meg det etterfølgende ansvaret, dvs. at ansvar blir forsøkt gjort gjeldende etter at en påstått krenkelse har funnet sted og etter at den har opphørt (er fjernet fra nettet). Da kan man tenke seg følgende tre løsninger:

a) Det gjennomføres eneansvar for den originære avgiver av ytringen når vedkommende eksplisitt har påtatt seg et eneansvar. Det innebærer at ansvar ikke kan gjøres gjeldende overfor andre, herunder tekniske og redaksjonelle medhjelpere.

Det må selvsagt debatteres videre hvilke vilkår som må være oppfylt for at en slik erklæring om eneansvar skal gi nevnte rettsvirkning. Her finnes flere muligheter, fra at en egenerklæring legges ut på den aktuelle hjemmesiden til mer formelle ordninger med oppmelding til et register, eventuelt at retten til å være eneansvarlig tildeles den enkelte som et privilegium fra offentlig myndighet.

Dette eneansvaret vil ikke være et redaktøransvar, slik det forstås etter norsk rett, men et avgiveransvar. I redaktøransvaret ligger at man får (eller tar) ansvar også for andres ytringer. Om den aktuelle hjemmesiden (nettstedet) inneholder ytringer fra mer enn én avgiver vil et avgiveransvar for hele nettstedet imidlertid innebære et redaktøransvar i tillegg.

Det er vanskelig å se at hensynet til eventuelle fornærmede i slike tilfelle ikke skulle være godt nok i varetatt. Det vil alltid finnes en klar adressat å forholde seg til, og vedkommende har selv erklært seg som rette motpart. Det kan selvsagt innvendes at den ansvarlige ytreren ikke alltid vil være søkegod, og at ansvaret derfor bare blir formelt. Til det må svaret bli at det foreligger en konstant generell fare for i dagliglivet å bli påført skade også av fattige mennesker. I særlige tilfelle reduseres denne faren gjennom tvungen ansvarsforsikring (som i vegtrafikken), men det vil ikke være en aktuell løsning her. Retten til å ytre seg fritt kan ikke gjøres betinget av at man har inngått avtale med et forsikringsselskap. Friheten tilhører både fattig og rik.

b) Det gjennomføres ikke eneansvar for den anonyme ytringen. Om ansvar i det hele tatt skal kunne gjøres gjeldende overfor noen, ligger det jo nettopp i det faktum at avgiver er anonym, at ansvar ikke kan gjøres gjeldende overfor vedkommende. Vi vet ikke hvem det er.

Om den anonyme ytringen finnes på en hjemmeside som er omfattet av noen annens erklærte eneansvar, vil vedkommende bli rette adressat. Ved å slippe til anonyme ytringer, må man se det slik at vedkommende har påtatt seg et ansvar for innholdet, mye likt redaktøransvaret.

Det er en utbredt misforståelse at det skulle finnes en slags rett til anonymitet. Man observerer at bøker gis ut under pseudonym, at avisene er fulle av anonyme leserbrev etc. og tror at dette er utslag av en generell rett til bære maske. Dette er

selvsagt feil. EMK art. 10 (2) understreker selv at ytringsfriheten også innebærer "duties and responsibilities". Devisen "frihet under ansvar" kan derfor kanskje utvides til "ingen frihet uten ansvar". Anonymitet – slik dette gjennom århundre har vært praktisert i trykt skrift – har ikke vært en frihet uten ansvar. Det eneste avviket fra det normale har vært at ansvaret blir pålagt den som aksepterer å beskytte avgiverens identitet, som kompensasjon for at den egentlige ansvarlige får gjemme seg i skjortene til redaktøren, forlagsredaktøren eller trykkeriet.

Det er derfor etter mitt syn ikke en krenkelse av den anonymes ytringsfrihet om det innføres et medvirkeransvar. Den anonyme må gjerne klage over at et omfattende ansvar for de tekniske medhjelpere gjør det umulig å få spredd kontroversielle anonyme ytringer på nettet. Svaret må da være: Tar du av deg masken og påtar deg et eneansvar, opphører den sperre som ligger i medvirkeansvaret. Om dette av ulike grunner er umulig, får du finne en stråmann som er villig til å påta seg ansvar for dine uartigheter. Den tredje muligheten – dvs. full anonymitet uten kanalisering av ansvar til tredjemann – finnes ikke.

Den norske Ytringsfrihetskommisjonen sa bl.a. følgende om retten til å være anonym:

"En av begrunnelsene for eneansvar er at det gir den opprinnelige ytrer mulighet for anonymitet. Slik anonymitet kan i enkelte sammenhenger være samfunnsmessig nødvendig, bl. a. for å avdekke kritikkverdige eller uheldige forhold av allmenn interesse. Det kan også gi personer i visse posisjoner muligheter for å delta i debatter de ellers ikke kunne deltatt i. Den kommende lovgivning på dette området bør derfor nærmere lovfeste retten til anonymitet, jf. her de svenske bestemmelsene i TF kap. 3 og YGL kap. 2. Reglene om kildevern – i dag gjelder dette straffeprosessloven (strpl.) § 125 og tvistemålsloven (tvml.) § 209a – må sees som en del av anonymitetsretten,⁷ og i samme utstrekning som det kan innføres eneansvar for f.eks. elektronisk publisering, bør det innføres tilsvarende kildevern som i dag innrømmes trykt skrift og kringkasting.

Samtidig vil kommisjonen understreke at anonymitet kan åpne for stråmannsvirkosomhet og skjult påvirkning. Den faktiske hovedregelen bør derfor være – til tross for lovfesting med sikte på særlige forhold – at den enkelte samfunnsdebattant slåss med «åpent visir». Idealet om et åpent samfunn retter seg ikke bare mot de offentlige institusjoner men også mot den enkelte.⁸

⁷ Se f. eks. Nils Øy: *Anonymitetsrett og kildevern*, Fredrikstad 1994, side 7 flg der han viser til at kildevernets opprinnelse er den tidligere anonymitetsretten: «Det var en rett for ethvert menneske til å skrive anonymt i aviser, blader og bøker, fra den tid da publisering av forskjellige personlige artikler var det vesentlige innhold i trykt skrift. Det vi i dag kaller «kildevern» kom først senere, ettersom journalistikken vokste fram med bruk av en eller flere kilder som ga opplysninger til journalistens reportasjer. Også kildene skulle etter hvert nye godt av anonymitetsretten.»

⁸ Hos Hans-Gunnar Axberger: *Tänka fritt är större*, Stockholm 1995, side 10 flg, heter det at retten til å framføre sin mening anonymt er «en svensk tryckfrihetsrättslig specialitet». Axberger, som tidligere var Allmänhetens Pressombudsman i Sverige, mener «meddelarfriheten» (anonymitetsretten) har vært helt nødvendig for å få et folk med så stor angst for uenighet og avvik til i det hele tatt å ytre seg: «Kanskje är vi alltså ett folk som är i alldeles särskilt stort behov av garantier för skydd då vi brukar vår yttrandefrihet». Hans observasjonen synes å ha en viss gyldighet også i Norge.

Det er lett å se at det kan oppstå praktiske problemer for våre tekniske medhjelpere med et system der man kan få ansvar for innholdet på noen nettstedet fordi originær ytrer er reelt anonym og ingen andre har påtatt seg ansvaret, mens man er ansvarsfri når det foreligger erklæring om eneansvar. Disse vanskene kan nok langt på vei overvinnes ved utstedelse av sertifikater etc. til de som har registrert sitt eneansvar på korrekt måte. For å ikke miste perspektivet – som er prinsippene og ikke detaljene – får dette ligge her.

c) Så har vi en mellomposisjon: Den originære ytrer har ikke erklært eneansvar, men hans identitet er kjent eller kan relativt lett skaffes til veie. Skal vedkommendes ytringsfrihet beskyttes mot de sperrer som ligger i medvirkeansvaret eller skal vedkommende behandles som anonym?

Jeg tror svaret må være at vedkommende får finne seg i å bli behandlet på samme måte som de anonyme. Det er den løsningen som vil gjøre ordninger med erklært eneansvar effektiv. Om samme beskyttelse mot medvirkersensur ble gitt til avgivere som ikke erklærer eneansvar, får vi et uoversiktlig system – ikke minst for de potensielt ansvarlige tekniske mellomleddene som selv må vurdere om f.eks. graden av anonymitet tilsier at det ene eller andre regelsettet kommer til anvendelse. I en slik situasjon kan man selvsagt anføre at den fornærmede har noen å forholde seg til, fordi den ansvarlige er kjent eller meget lett kan avsløres. Men det blir etter mitt sin ikke tungtveiende nok. Vi får si – som under Struensee – at den som ikke melder seg til det systemet som gir visse rettigheter og en særlig beskyttelse mot inngrep, har seg selv å klandre for at hans ytringsvirksomhet begrenses av medvirkeransvaret.

3.4.2 Ansvar ved løpende krenkelser

For ytringer på nettet vil muligheten for å få stanset en løpende krenkelse være av stor betydning. Situasjonen er ikke som for aviser og bøker at den omstridte ytringen bare framsettes en gang, slik at fokus kan rettes mot etterfølgende ansvar. Situasjonen er oftere at det ligger noe på et nettsted som påstås å være ulovlig, og som noen derfor krever fjernet umiddelbart. Det er ved slik konflikter medvirkeansvar for tekniske mellommenn særlig kan bli en trussel mot den enkelte avgivers ytringsfrihet fordi den fornærmede og den tekniske medhjelperen i verste fall kan løse problemet uten å trekke inn originær avgiver. Originær ytrer kan bli avspist med en melding fra accessleverandøren om at avtalen om leie av serverplass er terminert.

For ytringer framsatt av noen som har erklært eneansvar må regelen være at krav om fjerning bare kan framsettes overfor den eneansvarlige. Om vedkommen de nekter å fjerne materialet, f.eks. fordi han mener dette er lovlig og derfor tar sjansen på videre publisering, må den fornærmede henvises til domstolene med begjæring om midlertidig forføyning.

For anonyme ytringer som ikke er omfattet av andres eneansvar/redaktøransvar etc. og for ytringer framsatt av kjent avgiver som ikke har erklært eneansvar, må

det være mulig for den fornærmede å framsette krav om stenging etc. overfor en eller flere tekniske medhjelpere. Samtidig må det gjøres klart at de tekniske medhjelperne aldri kan komme i ansvar for ikke å ha fjernet materiale bare på grunnlag av en begjæring fra den fornærmede. Ansvar kan bare være aktuelt dersom de tekniske medhjelperne unnlater å fjerne i strid med en rettslig avgjørelse. Poenget med dette strenge kravet er at vi må unngå at våre tekniske medhjelpere kommer i en posisjon der de – under trussel om ansvar – må vurdere om en ytring er lovlig eller ikke. Grensen mellom det lovlig og ulovlige er ofte meget vanskelig å bestemme – det viser ikke minst de hyppige dissensene i våre nasjonale høyesteretter og i Strasbourg i en rekke ytringsfrihetssaker.⁹

Jeg sier ikke at de tekniske mellomledd ikke skal ha anledning til å fjerne materiale, når dette er mulig innenfor den kontrakten som er inngått mellom avgiver og telekommunikasjonsselskapet. Poenget er at de aldri må risikere strafferettslig eller sivilrettslig ansvar basert på egne vurderinger. Vi kan ikke forvente eller forlange at de tekniske mellomleddene vil slåss for marginale ytringer med risikoen for betydelig ansvar hengende over seg. Derfor vil et slik ansvar medføre innføring av sikkerhetsmarginer, med tilhørende negative følger for ytringsfriheten.

4. Avslutning

4.1 Direktivet om elektronisk handel og Cybercrime-konvensjonen

Jeg har her ikke foretatt noen vurdering av hvor langt min ideelle fordring vedrørende ansvar er reflektert i gjeldende rett i de nordiske landene.¹⁰ Mitt anliggende har vært å løfte fram problemstillingen, og forsøke å antyde hvilke løsninger som er best i samsvar med EMK art. 10.

Det ser jeg som svært viktig, ikke minst fordi det både i regi av EU/EØS og Europarådet er gitt regler med betydning for ansvars plasseringen og vil bli gitt nye. Dette er regelverk som ofte har et annet utgangspunkt enn å virkeliggjøre ytringsfriheten i en digital verden. Bak regelverket kan ligge et ønske om å lette

⁹ Her kan jeg for så vidt også vise til referatet fra forhandlingene under det 35. nordiske møte. Professor Mads Bryde Andersen viser s. 201 til at man umiddelbart kan konstatere at uttalelsen "NN er en idiot" er en ringaktsytring, og derfor presumptivt et åpenbart tilfelle av rettskrenkelse. Men så enkelt er det vel neppe. Dette kan være en verdivurdering (value judgment) etter EMDs praksis, og dermed være beskyttet av meningsfriheten, jf. *Oberschlick (No 2) v Austria* 1. juli 1997. Med 7 mot 2 stemmer fant EMD det beskyttet av ytringsfriheten å omtale Jörg Heider som "idiot" (på engelsk, uttrykket som ble brukt var på tysk "Trottel", som kanskje heller er *tosk*, *dust*, eller *tulling* i norsk oversettelse).

¹⁰ Sverige synes å lede an utviklingen i Norden, jf. Prop. 2001/02:74 Yttrandefirhetsgrunderlagen och Internet, lagt fram av Justitiedepartementet 11. desember 2001. Her foreslås bl.a. at aviser som bare publiseres på nettet på frivillig grunnlag skal kunne bli omfattet av bl.a. ensamansvaret og de andre reglene som finnes i YGL, dersom man utpeker en ansvarlig utgiver og på det grunnlaget mottar et "utgivningsbevis".

den elektronisk handelen¹¹ eller bekjempe kriminalitet begått med elektroniske midler¹². Da er det alltid en fare for at de personene som forhandler fram direktiv og konvensjoner har en faglige tyngde andre steder enn i ytringsfriheten, og med den følge at andre hensyn tillegges større vekt.

Kanskje trenger vi ikke være så bekymret for at man innenfor EU eller Europarådet velger ansvarsløsninger som kan stå i et spenningsforhold til EMK art. 10. Det kan jo argumenteres for at EMK art. 10 ved motstrid vil måtte gå foran andre løsninger. Det er likevel ikke noen god løsning på lengre sikt, fordi prinsipielt uheldige løsningene i sentrale europeiske direktiv og konvensjoner kan påvirke tolkningen av EMK art. 10. Vedtakene kan tas som uttrykk for hva som er gjeldende europeisk standard på området.

Derfor er direktivet om elektronisk handel (2000/31/EF) art. 14 nr. 1 problematisk.¹³ Innretningen på direktivet er å avklare hvilken befatning med elektronisk materiale som *skal* være ansvarsfritt for de tekniske mellomledd. Men det betyr også at statene *kan* pålegge formidleransvar for tilbydere av elektroniske tjenester inntil det punkt direktivet setter ned foten. Følgelig er ikke art. 14 i veien for at verter pålegges ansvar ved "faktisk kunnskap" om at det på deres server ligger ulovlig materiale. Dermed blir vertene (en teknisk medhjelper vi er helt avhengig av) nødt til for egen regning å ta stilling til om noe er ulovlig eller ikke. Og det uavhengig av om avgiver av materialet har erklært eneansvar. Denne muligheten nevnes ikke i direktivet.

Europarådets konvensjon om Cybercrime (konvensjon nr. 185) inneholder ikke spesifikke regler om medhjelperansvar for de tekniske mellomledd.¹⁴ Likevel synes det også etter denne å kunne oppstå problemer. Etter art. 9 nr. 1 bokstav c skal forsettlig distribusjon eller overføring av barnepornografi "through a computer system" gjøres straffbart. Ministerkomiteen vedtok 8. november 2001 en

¹¹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked ("Direktivet om elektronisk handel").

¹² Europarådskonvensjon nr. 185, Convention on Cybercrime, Budapest 23. november 2001.

¹³ Artikel 14. Oplagring ("Hosting")

1. Medlemsstaterne sikrer, at tjenesteyderen i tilfælde af levering af en informationssamfundstjeneste, som består i oplagring af information leveret af en tjenestemodtager, ikke pådrager sig ansvar for information oplagret på anmodning af en tjenestemodtager, forudsat:

a) at tjenesteyderen ikke har konkret kendskab til den ulovlige aktivitet eller information og, for så vidt angår erstatningskrav, ikke har kendskab til forhold eller omstændigheder, hvoraf den ulovlige aktivitet eller information fremgår, eller

b) at tjenesteyderen fra det øjeblik, hvor han får et sådant kendskab, straks tager skridt til at fjerne informationen eller hindre adgangen til den.

¹⁴ Under en internasjonale konferanse i Oslo 29. til 31. mai 2000 om bl.a. cybercrime uttalte Peter Csonka, fra Department of Crime Problems i Europarådet og en av de sentrale tjenestemennene bak konvensjonen, at "The text, for various reasons, fails to address the delicate question of liability in respect of Internet service providers".

"Explanatory Report" til konvensjonen der art. 9 nr. 1 bokstav c ble forklart slik (paragraf 96):

"Paragraph 1(c) criminalises the distribution or transmission of child pornography through a computer system. 'Distribution' is the active dissemination of the material. Sending child pornography through a computer system to another person would be addressed by the offence of 'transmitting' child pornography."

Man kan derfor håpe at kriminaliseringen bare retter seg mot den aktive part, dvs. den som setter distribusjonen i gang, ikke de mellomledd som med logisk nødvendighet vil ha det ulovlige materialet på sine linjer eller servere i kortere eller lengre tid. Følgende generelle merknad til art. 9 i "Explanatory Report" paragraf 105 gjør at dette synspunktet kan være for optimistisk:

"This article lists different types of illicit acts related to child pornography which, as in articles 2–8, Parties are obligated to criminalise if committed "intentionally." Under this standard, a person is not liable unless he has an intent to offer, make available, distribute, transmit, produce or possess child pornography. Parties may adopt a more specific standard (see, for example, applicable European Community law in relation to service provider liability), in which case that standard would govern. For example, *liability may be imposed if there is "knowledge and control" over the information which is transmitted or stored*. It is not sufficient, for example, that a service provider served as a conduit for, or hosted a website or newsroom containing such material, without the required intent under domestic law in the particular case. Moreover, a service provider is not required to monitor conduct to avoid criminal liability. (min kursivering).

Her kan nok kravet om forsett avhjelpe situasjonen i mange tilfelle. Men vi kommer likevel ikke unna det faktum at bestemmelsen kan gjøre det nødvendig for mellomleddet å selv foreta en vurdering av lovligheten av innholdet på hjemmesider etc. som har leid plass på mellomleddets server. Tillegget om "control" er vanskelig å forstå. Om service provider har kontroll, er han etter mitt syn noe mer enn en service provider, og grunnlaget for eventuelt ansvar vil da ikke være hans rolle som service provider, men det faktum at han har et kontrollansvar.

4.2 Det grenseløse

I denne artikkelen har jeg behendig unngått de betydelig håndhevingsproblem som er knyttet til at nettet er globalt. Det er kanskje her hovedproblemet ligger. Vi får liksom ikke tak i den ansvarlige avgiver når han eller hun holder til på andre siden av Atlanterhavet eller sitter dypt inne på den russiske taigaen. Det er jo derfor vi har blitt så interessert i de budbringerne som mer tilfeldig måtte finnes innenfor vår egen jurisdiksjon.

Om mellomleddene holdes ansvarsfrie – med unntak for de tilfellene der det foreligger en rettslig kjennelse om at stoff skal fjernes – må vi nøye oss med å

rette skytset mot den originære ytrer eller andre som kan pålegges ansvar som "content provider". Gjeldende jurisdiksjonsbestemmelser – i første rekke når det gjelder strafferettslig ansvar – i mange stater viser at det er rettslig mulig selv om avgiver holder til utenfor våre grenser. Den norske straffeloven § 12 annet ledd lyder:

"I tilfelle hvor handlingens straffbarhet avhenger eller påvirkes av en inntråd eller tilsiktet virkning, betraktes handlingen som foretatt også der hvor virkningen er inntråd eller tilsiktet framkaldt."

Bestemmelsen er – så langt jeg kjenner til – anvendt én gang i relasjon til internett. Et yngre norsk par hadde lagt ut ulovlige pornografiske bilder av seg selv på nettet (på dette området holder Norge seg med mer puritansk lovgivning enn i Norden ellers). Det var avklart at serveren lå i utlandet og at nettstedet ikke var spesielt rettet mot et norsk publikum. Salten herredsrett (dom 7. juli 2000, Rettens Gang 2001 s. 219) kom til at forholdet var straffbart i Norge bl.a. "fordi virkningen har inntrådt her".¹⁵ Dommen er rettskraftig. Tatt i sin fulle konsekvens, synes denne rettsanvendelsen å innebære at ALT som måtte finnes på verdensveven (World Wide Web) og som er i strid med norsk rett, kan straffeforfølges i Norge. Dette forutsetter imidlertid at alt som finnes på nettet kan tas ned i Norge. Det forutsetningen er oppfylt (inntil Norge eventuelt importerer filteringsideer m.v. fra Iran, Kina og Singapore m.fl.).

I Tyskland har man inntatt samme prinsipielle standpunkt, basert på Strafgesetzbuch (StGB) § 9, som sier at en handling kan være straffbar i Tyskland dersom *følgen av handlingen inntreffer* på tysk territorium.¹⁶ Interessen for utenlandske nettsteder knytter seg særlig til nazistisk materiale og rasistiske ytringer. I en avgjørelse fra tysk høyesterett i 2000¹⁷ ble det lagt til grunn at en australsk statsborger, bosatt i Australia, som hadde lagt ut materiale som er straffbart etter tysk rett (benektelse av Holocaust – Auschwitzlüge) på sin hjemmeside lagret på en australsk server, kunne straffeforfølges i Tyskland:

"Stellt ein Ausländer von ihm verfaßte Äußerungen, die den Tatbestand der Volksverhetzung im Sinne des § 130 Abs. 1 oder des § 130 Abs. 3 StGB erfüllen ("Auschwitzlüge"), auf einem ausländischen Server in das Internet, der Internetnutzern in Deutsch-

¹⁵ Retten kom også til at handlingene var *begått her i riket* fordi bildene var tatt her i landet og hjemmesiden var produsert her før overføring til den utenlandske serveren. Følgelig kunne man nok unnlatt å ta stilling til strl. § 12 annet ledd.

¹⁶ § 9 Abs. 1 StGB "Ort der Tat"

Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.

¹⁷ Bundesgerichtshof, Urteil vom 12. Dezember 2000 – 1 StR 184/00.

land zugänglich ist, so tritt eine zum Tatbestand gehörende Eignung zur Friedensstörung (Erfolg im Sinne des § 9 Abs. 1 3. Alternative StGB) im Inland ein.”

I praksis har selvfølgelig ikke tysk politi kapasitet til å forfølge alle utenlandske nettstedet med rasistisk innhold, forbudt i Tyskland. Derfor foretar man en vurdering av om siden er rettet spesielt mot Tyskland, f.eks. gjennom bruk av tysk språk, om det gjelder en side som er sterkt etterspurt i landet eller om det ofte er linker til rasistsiden på ellers legale tyske nettsteder.¹⁸

Om den norske og tyske tolkningen av jurisdiksjonsbestemmelsene kopieres av stater flest, vil det formelt bli den staten som forbyr flest ytringer som bestemmer innholdet på nettet. Tilnærmingen er derfor fristende når utlendinger bryter våre normer, men mindre tiltalende når vi innser at dette – i alle fall i teorien – kan innebære at nordiske borgere på ferie i Kina eller i fundamentalistiske muslimske stater blir arrestert for ytringer som måtte finnes på turistenes nettsider på en server hjemme i Norden.

Politiske og diplomatiske hensyn vil stå i veien for håndhevelse av prinsippet om straffbarhet der virkningen inntreffer. Vi kan jo bare tenke oss amerikanernes reaksjon om tyskerne utsteder en internasjonal arrestordre mot en US-statsborger som ansvarlig for en – etter amerikansk rett fullt legal – nazi-side i USA, og så f.eks. oppnår å få vedkommende arrestert under forretningsreise i Frankrike.

Et forspill til denne kommende trans-atlantiske konflikten har vi fått gjennom den såkalte Yahoo-saken. På begjæring av en fransk NGO mot spredning av antisemittiske ytringer avsa Paris Tribunal de Grande Instance 22. mai og 20. november dommer som påla Yahoo i California å fjerne alt nazistisk materiale på de amerikanske websidene på adressen www.yahoo.com. Begrunnelsen var bl.a. at sidene kunne tas ned i Frankrike og derfor føre til at franskmenn lider skade eller overlast. Den franske domstolen pålegger Yahoo å betale dagbøter på 100.000 franske francs, med virkning tre måneder etter kunngjøring av dommen.¹⁹

7. november 2001 besluttet den føderale domstolen i San Jose, California, at de franske rettsavgjørelsene ikke kunne gjennomføres ved amerikanske domstoler.²⁰ I avgjørelsen vises det til at de nazistiske ytringene på nettsidene er beskyttet av *the First Amendment* og at det derfor vil være i strid med den amerikanske forfatning om amerikanske domstoler i en slik situasjon bidro til tvangsgjennom-

¹⁸ Disse opplysningene stammer fra en samtale med førstestatsadvokat Jürgen Schnigula, leder for det føderale Justisdepartementets strafferettsenhet for statsbeskyttelse, immunitet og militærjustis i Berlin 13. februar 2001.

¹⁹ Se mer om dommen, med videre henvisninger, hos Henrik Spang-Hanssen: Det jordiske kaos over websider – jurisdiktionspørgsmål og Netcensur, i *Kritisk Jus* 2001 s. 63. flg.

²⁰ *Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre le Racisme et l'Antisémitisme*, F.Supp.2d, 2001 WL 1381157 (N.D. Cal. Nov. 7, 2001).

føring av et inngrep i ytringsfriheten. Avgjørelsen er per i dag ikke rettskraftig, og kan nok pga. sin prinsipielle betydning til slutt havne i US Supreme Court.

I skrivende stund har man ved Europarådet dessuten igangsatt et arbeid med en protokoll til Cybercrime-konvensjonen. Målsettingen er å få til bestemmelser som forbyr spredning av rasistisk materiale via nettet, parallelt til bestemmelsene mot barnepornografi i art. 9. Det er neppe umulig å få de fleste europeiske stater med på slike bestemmelser, sett hen til at de fleste stater allerede har bestemmelser mot ulike former for "hate speech". Slik sett vil protokollen i første rekke innebære en presisering av at hate speech-bestemmelsene også gjelder på nettet, med ulike tilpasninger. Men amerikanerne får man jo ikke med på dette, så problemet vil langt fra bli løst.

Frågor/teser for debatt:

- Er "kollektiv ytringsfrihet" et slikt skrekkscenario som referenten påstår?
- Kan den ideelle fordring om eneansvar for ytringer på nettet for den som oppgir søksmålsadresse etc. innfris?
- Kan et slik eneansvar også innrømmes de fattige, eller må eneansvaret f.eks. kombineres med obligatorisk ansvarsforsikring?
- Blir et system med eneansvar for noen og mulig medvirkeransvar for andre for komplisert for våre tekniske mellommenn?
- Tilsier muligheten for at ansvarliggjorte mellommenn legger inn en sikkerhets-sone at mellomleddene aldri bør bære risikoen for å vurdere en ytrings lov-lighet?
- Er det dekning for antydningen om at EUs direktiv om elektronisk handel og Europarådets Cyber Crime-konvensjon kan være i strid med EMK art. 10?
- Er norsk og tysk retts påstand om universell jurisdiksjon overfor ytringer på nettet bærekraftig?

Are Stenvik

Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter
og -metoder

Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og -metoder

Av førsteamanuensis dr. juris Are Stenvik, Norge

Forretningsmetoder, som i denne sammenheng defineres som «planmessige handlemåter i næringsvirksomhet», har ikke noe uttrykkelig vern etter gjeldende lovgivning. For å få et inntrykk av det vern som tilbys, må man undersøke de alminnelige immaterialrettslige og konkurranserettslige regler. Patentloven oppstiller i utgangspunktet et forbud mot patentering av forretningsmetoder, men forbudet har mistet en del av sin betydning som følge av den senere tids utvikling i europeisk praksis. Etter gjeldende rett må det antas at forretningsmetoder kan patenteres dersom de har teknisk karakter. Videre kan konkurranseretten, og særlig generalklausulen i markedsføringslovens § 1, gi vern for konkrete forretningskonsepter, men ikke for de underliggende funksjonelle prinsipper konseptene er basert på. Det er en forutsetning for slikt vern at forretningskonseptet representerer en vesentlig investering, eller at innehaverens markedsposisjon utsettes for risiko for skade. Slik risiko vil normalt foreligge dersom etterligningen medfører fare for forvekslinger i markedet, men er ikke begrenset til slike tilfeller. Spørsmålet om når det foreligger risiko for skade på markedsposisjon analyseres med utgangspunkt i tre kategorier som har vært benyttet i europeisk praksis på varemerkeområdet; risiko for direkte og indirekte forveksling, og risiko for assosiering. Endelig drøftes spørsmålet om opphavsrettslig vern av forretningskonsepter, herunder tv-formater, og det konkluderes med at det foreligger grunnlag for slikt vern, men at det ikke alltid vil være effektivt fra en kommersiell synsvinkel.

Are Stenvik er født 1966, og ble cand. jur. i 1990. Frem til 1996 arbeidet han som advokatfullmektig og advokat i advokatfirmaet Bugge, Arentz-Hansen & Rasmussen, med hovedvekt på immaterialrett og beslektede sakstyper. Fra 1996 har han vært tilknyttet Institutt for privatrett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, der han underviser i patent- og varemerkerett. Han er også rettskyndig medlem av Patentstyrets annen avdeling, som behandler klager over bl.a. avgjørelser i patent-, varemerke- og mønstersaker. Are Stenvik ble dr. juris i 2001 på avhandlingen «Patenters beskyttelsesomfang».

1. Begrepet

Forretningsmetoder er ikke noe etablert juridisk begrep med et fastlagt innhold, som utløser bestemte rettsvirkninger. Man har verken i Norge eller i noen av de andre nordiske landene noen rettsbeskyttelse som retter seg direkte mot forretningsmetoder. Det finnes imidlertid enkelte bestemmelser som bruker betegnelsen. Den viktigste er kanskje patentlovens § 1 annet ledd nr. 3, som bestemmer at «noe som bare utgjør ... metoder for ... forretningsvirksomhet» ikke skal anses

som oppfinnelser. Forretningsmetoder kan således, etter lovens ordlyd, ikke patenteres. Når betegnelsen brukes på denne måten, må begrepet naturligvis søkes fastlagt med en viss bestemthet, fordi det begrenser borgernes alminnelige rett til å oppnå rettsbeskyttelse ved patent. I andre sammenhenger kan man klare seg med å bruke betegnelsen på mer diffus måte. Den norske markedsføringslovens § 2 bærer f.eks. overskriften «Villedende forretningsmetoder», og det fremgår av bestemmelsen at dette skal omfatte «enhver ... fremgangsmåte som kan ha ... betydning for etterspørsel eller tilbud». Meningen har tydeligvis vært å favne vidt, og noen tvil om regelens rekkevidde – når det gjelder hva som kan anses som forretningsmetoder – synes ikke å ha oppstått i praksis.

Når rettsbeskyttelse av forretningsmetoder bringes opp for diskusjon, ville det være uhensiktsmessig å knytte temaets avgrensning til patentlovens eller markedsføringslovens begreper. Temaet har en videre rekkevidde, og mer allmenn interesse. Det knytter seg en rekke interessante problemstillinger til metoder som faller utenfor f.eks. patentlovens begrep, og som fortjener diskusjon. Skulle man begrenset drøftelsen til det som faller innenfor patentlovens begrep, ville man dessuten gått glipp av en av de mest aktuelle problemstillingene, nemlig hva som *kan* patenteres uhindret av unntaksregelen i § 1 annet ledd nr. 3. Vi bør derfor ta utgangspunkt i et mer generelt begrep.

På det allmenne plan er det med «forretningsmetoder» naturlig å forstå *planmessige handlemåter i næringsvirksomhet*. Definisjonen inneholder tre elementer, som det er naturlig å knytte enkelte kommentarer til:

Med «næringsvirksomhet» sikter man normalt til virksomhet som er av en viss varighet, og som er egnet til å gi økonomisk gevinst over tid.¹ Det er innlysende at begrepet næringsvirksomhet favner svært vidt. For praktiske formål kan det sies å avgrense vårt tema fra *privat* virksomhet.

Det andre elementet i definisjonen, *handlemåter*, er også vidt; det omfatter bl.a. fremgangsmåter for produksjon av varer, forskjellige tekniske prosesser, f.eks. for måling og veiing, samt tjenesteyting av alle slag. Derimot omfatter det ikke *produkter* eller andre fysiske hjelpemidler som benyttes i næringsvirksomhet.

Ved å inkludere «planmessige» i definisjonen, er det meningen å gi uttrykk for at det må dreie seg om en *systematisk* fremgangsmåte for at det skal være rimelig å bruke karakteristikken «metode». Jeg vil først og fremst ha i tankene handlingsmønstre som gjentas *regelmessig* i forbindelse med næringsvirksomhet. Det er vanskelig å tenke seg et rettsvern for en enkeltstående transaksjon eller en mer tilfeldig handlemåte.

Slik jeg nå har definert «forretningsmetoder», er begrepet uten skarpe grenser. Jeg anser det både akseptabelt og hensiktsmessig å operere med et såpass diffust begrep, dels fordi vi da ikke ekskluderer interessante temaer fra nærmere

¹ Men som ikke nødvendigvis tar sikte på slik gevinst, smnl. mfl. § 19 første ledd.

drøftelse, og dels fordi det er fullt mulig å bruke betegnelsen «forretningsmetode» uten å ha gitt den et helt presist innhold; de fleste vil likevel ha en god nok forståelse av hva det dreier seg om.

Mer interessant enn å forsøke å trekke skarpe grenser for begrepet, er det å foreta en viss kategorisering, fordi man slik kan avdekke noe av begrepets innhold og spennvidde.

Man kan for det første skille mellom *tekniske* og *merkantile* fremgangsmåter. Dette skillet har særlig betydning for patentlovens virkeområde, idet denne bare omfatter fremgangsmåter som har *teknisk karakter*. På den andre siden er patentloven som hovedregel enerådende på det tekniske området; tekniske fremgangsmåter som ikke er beskyttet ved patent kan som hovedregel utnyttes av enhver.

Et annet viktig skille går mellom *hemmelige* og *ikke-hemmelige* fremgangsmåter. Dette skillet har betydning på flere måter, først og fremst i forhold til bestemmelsene om beskyttelse av bedriftshemmeligheter, men også i andre sammenhenger, f.eks. når det gjelder å oppfylle patentlovens krav om nyhet og oppfinneshøyde.

Det tredje skillet det kan være grunn til å fremheve, går mellom *enkeltelementer* og *sammensetninger av flere elementer*. Dette skillet er langt fra presist, og behøver heller ikke presiseres i denne sammenheng. Det vesentlige er å peke på at det i en forretningsmetode kan inngå elementer som er gjenstand for særskilt rettsbeskyttelse etter immaterialrettslovgivningen, f.eks. et varemerke, et åndsverk eller en oppfinnelse. På den andre siden har man det som upresist kan kalles *konsepter*, og som består av en bestemt kombinasjon av slike elementer, f.eks. såkalte tv-formater og franchisekonsepter. Her er spørsmålet om *helheten* nyter en beskyttelse som går ut over den som tilbys de enkelte deler.

Den siste inndelingen jeg vil peke på, går mellom selve *ideene* og deres *konkrete utforming*. Dette skillet – som heller ikke er skarpt – knytter seg til abstraksjonsnivået; ideene er grunnleggende og generelle, mens den konkrete utforming knytter seg til måten en idé kan realiseres på. En forretningsidé kan f.eks. gå ut på å selge iskrem fra en omreisende frysebil direkte til forbrukerne. Konkretiseringen av ideen gjelder slikt som valg av farge på fryse bilen, lydsignal for å varsle bilens ankomst, varemerker, produktsortiment osv. Det er naturlig at ideer som hovedregel må kunne utnyttes av enhver, av hensyn til konkurransen i markedet, mens den konkrete utforming i større grad kan belegges med subjektive rettigheter.

2. Patentering av forretningsmetoder

Når man skal undersøke hvilken rettsbeskyttelse som tilbys forretningsmetoder, er det naturlig å starte med patentretten, fordi denne – i og med at fenomenet er uttrykkelig regulert – utgjør det fasteste holdepunktet. Dels må man spørre om patentretten tilbyr beskyttelse for noe som omfattes av vårt allmenne forretnings-

metodebegrep – med andre ord om det finnes forretningsmetoder som ikke «bare utgjør» metoder for forretningsvirksomhet i patentlovens forstand – og dels må man undersøke hvilke overveielser patentlovens unntaksregel er basert på, og om disse får betydning også når det blir spørsmål om å beskytte forretningsmetoder på andre rettsgrunnlag.

Utgangspunktet etter patentlovens § 1 første ledd er at *oppfinnelser* – og bare oppfinnelser – kan patenteres. Med visse unntak, gjelder det som et generelt prinsipp at den samme beskyttelse skal være tilgjengelig for oppfinnelser på alle tekniske områder. I TRIPS-avtalen, som er en del av avtaleverket under Verdens handelsorganisasjon (WTO), og som de nordiske landene er bundet av, har dette kommet til uttrykk i art. 27, som fastslår at «patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology». Verken TRIPS-avtalen eller annen lovgivning inneholder imidlertid noen definisjon av oppfinnelsesbegrepet, som det dermed i stor grad er overlatt til praksis å forme. Både i nordisk og europeisk praksis har det vært lagt til grunn at en frembringelse må ha *teknisk karakter* for å kunne anses som en oppfinnelse i patentrettslig forstand. Viktige avgrensningsspørsmål er avklart gjennom bestemmelsene i patentlovens § 1 annet ledd, som inneholder en – ikke uttømmende – oppregning av fenomener som ikke skal anses å utgjøre oppfinnelser, herunder, som nevnt, «metoder for ... forretningsvirksomhet».

Unntakene i de nordiske patentlovenes § 1 annet ledd ble tilføyd på slutten av 1970-tallet, etter mønster av art. 52(2) og (3) i den europeiske patentkonvensjonen (EPC). Bestemmelsene er formulert som *presiseringer* av det alminnelige oppfinnelsesbegrep, og lovutvalgene antok at de i alt vesentlig svarte til gjeldende rett i Norden. I den nordiske utredningen fra 1963 var det lagt til grunn at «hvad der har karakter af *blotte anvisninger til den menneskelige ånd*» ikke kunne patenteres. «Dette vil således kunne gælde visse undervisningsmetoder, skriftmetoder, steno-grafi- og bogholderisystemer, reklamemetoder, spilleregler, pengesystemer, by-planer og lign.»² I praksis var det eksempelvis lagt til grunn at en fremgangsmåte for opplæring av personale, med sikte på å øke produktiviteten, ikke var å anse som en patenterbar oppfinnelse. Den patentsøkte fremgangsmåte var «endast ett uttryck för en pedagogisk metod av ikke patenterbar natur».³ Det var således ikke nødvendig å endre loven, men komiteene mente likevel at «sterke grunner [taler] for at de nordiske patentlover på dette sentrale punkt harmoniseres med den europeiske patentkonvensjon, også når det gjelder bestemmelsenes redaksjonelle

² NU 1963: 6 s. 97.

³ Regeringsrättens dom i NIR 1973 s. 330 (arbeidsprogram). Sitatet er fra Besvärsavdelningens avgjørelse (s. 332). Flere eksempler er nevnt i Jacobsson, Tersmeden og Törnroth. Patentlagstiftningen – en kommentar, Stockholm 1980 s. 52–53 og Koktvedgaard og Østerborg. Patentloven, 2. utg., København 1979 s. 77–78. Fra norsk praksis kan nevnes avgjørelsen fra Patentstyrets 2. avd. i NIR 1983 s. 144 (spillet «21»).

utforming».⁴ Noen nærmere forklaring av hva som forstås med *forretningsmetoder* finner man imidlertid ikke i forarbeidene, verken i de opprinnelige forarbeidene eller i forarbeidene til endringsloven. Noen egentlig avklarende praksis synes heller ikke å foreligge fra de nordiske land.⁵ En analyse av unntakets rekkevidde må derfor først og fremst skje på grunnlag av europeisk praksis.

Innledningsvis er det grunn til å understreke at den europeiske patentmyndigheten, EPO, i sin praksis – på samme måte som de nordiske lovforarbeidene – har lagt til grunn at det implisitt i oppfinnelsesbegrepet ligger et krav om at frembringelsen må ha teknisk karakter. Motsetningen til «technical character» er «abstract and intellectual character».⁶ Ved avgjørelsen av om kravet til teknisk karakter var oppfylt, la man lenge til grunn at det avgjørende var hvilket bidrag søknadsgjenstanden tilførte den kjente teknikk: «Decisive is what technical contribution the invention as defined in the claim when considered as a whole makes to the known art.»⁷ Man skilte altså mellom de tidligere kjente og de nye elementene i oppfinnelsen, og krevde at den tekniske karakter måtte være knyttet til de nye. Et slikt synspunkt stemmer godt overens med det som tradisjonelt har vært lagt til grunn i nordisk praksis.⁸

På dette grunnlaget avslo f.eks. ett av EPOs appellkamre en søknad om patent

⁴ Jf. NOU 1976: 49 s. 99.

⁵ Det finnes imidlertid enkelte dommer av interesse, se f.eks. Regeringsrättens avgjørelser i RÅ 1982 2:25 (metode for fordeling av kostnader, f.eks. til oppvarming av leiligheter i en leiegård, ble ikke ansett patenterbar), RÅ 1983 2:25 (krypteringssystem for meldinger ble ikke ansett patenterbart) og RÅ 1985 2:52 (forretningsblankett ble ikke ansett patenterbar). Ved Regeringsrättens avgjørelse i NIR 1990 s. 486 ble imidlertid eldre praksis fraveket (metode for beregning av tonehøyden i menneskelig tale ble ansett å utgjøre en oppfinnelse med teknisk karakter). Det finnes også nyere eksempler på patentmeddelelser som kunne reist spørsmål i forhold til forbudet mot patentering av forretningsmetoder, men uten at det fremgår om bestemmelsens rekkevidde har vært vurdert, se f.eks. Högsta domstolens avgjørelse i NJA 2000 s. 497; NIR 2001 s. 290, som gjaldt en fremgangsmåte for mobiltelefonsystemer, der det karakteristiske besto i «att man tillordnar abonnentidentitetsmodulen (SIM) åtminstone två identiteter ... vilka är selektivt utnyttjningsbara». Formålet med å tilordne modulen to eller flere identiteter, var å gjøre det enklere for brukerne å fordele samtaleavgiftene på to eller flere poster, f.eks. slik at kostnader knyttet til privatsamtaler kan skilles fra kostnader som gjelder næringssamtaler. Patentets gyldighet var ikke bestridt av saksøkte. I Danmark har Realkredits patenter for kalkulering, refinansiering mv. av lån vakt en viss oppsikt (se EP 0838063, EP 0986791 og EP 1002289). Nevnes kan også det norske patentet nr. 179 888, som er gjenstand for en verserende sak i Oslo byrett. I krav 1 er oppfinnelsen definert som en «Fremgangsmåte til bestilling av tjenester, spesielt til bestilling av hotellrom og reiser i inn- og utland samt helsetjenester, hvor bestillingen foretas over en brukerterminal forbundet med minst én sentral databehandlingsinnretning, hvor den sentrale databehandlingsinnretning omfatter en datalagringsinnretning og dessuten er forbundet med en tjenestestedterminal», og som karakteristiske trekk er det bl.a. angitt at det skjer en sanntidsoppdatering av databasen på tjenestestedet, og en automatisk oppdatering av den sentrale databasen.

⁶ Se f.eks. T 854/90 IBM/Card reader [1994] EPOR 89.

⁷ Se f.eks. den ofte siterte avgjørelsen T 208/84 VICOM/Computer-related invention [1987] EPOR 74.

⁸ Se f.eks. kjennelse av Patentstyrets 2. avd. i NIR 1983 s. 144 (spillet «21»).

på en fremgangsmåte for drift av selvbetjeningsmaskiner, eksempelvis bankautomater, der det nye besto i at kunden kunne bruke kort han allerede var i besittelse av, og altså ikke behøvde et kort utstedt av maskinoperatøren. Om kunden ikke allerede var autorisert til å bruke maskinen, ville maskinen lese av de magnetisk lagrede data, og disse ville bli underkastet en behandling med sikte på meddelelse av autorisasjon. Ideen var å unngå en tradisjonell og kostnadskrevende søknadsprosedyre, f.eks. ved utfylling av skjema. Board of Appeal avslo søknaden, idet man la til grunn at en slik fremgangsmåte måtte anses som «part of a business operation», og at forekomsten av tekniske komponenter – slik som selve kortleseren, som i seg selv ikke var ny – ikke kunne endre bedømmelsen av søknadsgjenstanden.⁹

Nyere praksis har opprettholdt kravet om at en oppfinnelse må ha teknisk karakter, men tolket dette innskrenkende i forhold til tidligere, og dermed utvidet oppfinnelsesbegrepet. Det er særlig to utviklingstrekk som må fremheves i denne sammenheng:

For det første skiller EPO-praksis ikke lenger mellom kjente og nye trekk ved bedømmelsen av søknadsgjenstandens *tekniske karakter*. Det kreves dermed ikke lenger at de tekniske elementene ligger i det som er nytt og karakteristisk for oppfinnelsen, de kan godt ligge i kjente elementer som inngår i oppfinnelsen. Man har med andre ord forlatt den tidligere «technical contribution approach», hvorefter *bidraget til teknikkens stand* – altså det nye og karakteristiske – i seg selv måtte inneholde elementer med teknisk karakter. En av de tidligste avgjørelsene som slo inn på denne linjen, er PETERSON/Queuing system fra 1994. Søknaden gjaldt et køsystem for dirigering av kunder til flere betjeningssteder med ulike tjenestetilbud.¹⁰ Ideen var at kundene i et ekspedisjonslokale skulle kunne velge betjeningssted når kølapp trekkes. Valget innebærer at kunden går inn i køordningen, men likevel slik at han må vente til det valgte betjeningssted blir ledig. Systemet besto, kort sagt, av en terminal med tilknyttet dataprosessor, samt en skjerm («display») som viser kunden når og hvor han vil bli betjent. Board of Appeal anså systemet for å ha teknisk karakter, og viste til at patentkravet definerte en teknisk gjenstand – et fysisk objekt. Innsigerens anførsel om

⁹ T 854/90 IBM/Card reader [1994] EPOR 89. Se også T 51/84 STOCKBURGER/Coded Distinctive Mark [1986] EPOR 229, der en patentsøknad på metode for koding av fonogrammer med sikte på beskyttelse mot forfalskninger ble avslått. Patent ble derimot gitt på en fremgangsmåte for transport og lossing av bulkmateriale, der det nye besto i at hvert skip skulle bringe med seg sin egen transportable sekkemaskin. Søkerens suksess skyldtes riktignok at han hadde «conceived a business system of the contractual bagging of bulk material which enabled the shipment of such material to ports, especially in underdeveloped countries, not equipped with bagging plant. This cannot however detract from the fact that the method defined in present Claim 1 clearly has technical character in that it involves the use of technical equipment (the bagging plant) to achieve a technical end (the production of sealed, weighed bags of the material involved)». jf. T 636/88 NAT/Method of material distribution av 12. mars 1992.

¹⁰ T 1002/92 PETERSON/Queuing system [1996] EPOR I.

at det fysiske objekt – den såkalte «hardware» – bare omfattet kjente elementer, og at den eneste «contribution» var en forretningsmetode uten teknisk karakter, ble avvist under henvisning til at innsigeren hadde misforstått forholdet mellom bestemmelsen i art. 52 EPC, om at det må foreligge en oppfinnelse, og bestemmelsen i art. 56 EPC, om at det kreves oppfinnelseshøyde. En eventuell «technical contribution» er ikke relevant ved bedømmelsen av teknisk karakter, bare ved vurderingen av oppfinnelseshøyde.¹¹ Senere er dette prinsippet blitt bekreftet gjennom avgjørelser fra EPOs Boards of Appeal,¹² og den tyske Bundesgerichtshof.¹³ Det er også lagt til grunn for Kommisjonens forslag til direktiv om patentering av «computer-implemented inventions».¹⁴

For det andre er det gjennom nyere praksis slått fast at de fenomener som er regnet opp i art. 52(2) EPC – tilsvarende § 1 annet ledd i de nordiske patentlovene – bare skal anses som unntatt fra patentering for så vidt de mangler teknisk karakter. Denne tolkningen har appellkamrene kommet frem til ved å legge større vekt på bestemmelsen i art. 52(3), som begrenser patenteringsforbudet i art. 52(2). Bestemmelsen i art. 52(3) fastslår at forbudet i art. 52(2) bare er til hinder for patentering «to the extent to which a European patent application ... relates to such subject-matter or activities as such» (jf. «noe som bare utgjør» i den norske loven). Denne begrensningen innebærer klart nok – det har man alltid lagt til grunn – at et produkt eller en fremgangsmåte med teknisk karakter ikke kan nektes patentert bare fordi den bygger på, eller omfatter, en forretningsmetode, en matematisk metode, et dataprogram mv. Nyere praksis har imidlertid slått fast at begrensningen i art. 52(3) også innebærer at oppregningen i art. 52(2) bare skal oppfattes som en angivelse av fenomener som *kan* mangle teknisk karakter – og da er de unntatt fra patentering – men som *ikke nødvendigvis* mangler slik karakter, og derfor *kan* være patenterbare. Oppregningen i art. 52(2) blir dermed å oppfatte nærmest som en liste med eksempler, som ikke gjør overflødig en konkret vurdering av om søknadsgjenstanden har teknisk karakter eller ikke. En forretningsmetode skal med andre ord regnes som en oppfinnelse, som *kan* patenteres, dersom den *har* teknisk karakter.¹⁵

Denne utviklingen innebærer at *produkter*, herunder systemer, alltid skal anses å ha teknisk karakter. Produkter omfatter etter sin art «hardware», som skal anses som et teknisk element enten den var tidligere kjent eller er ny. Dette ble uttrykke-

¹¹ Den parallelle svenske søknaden ble avslått fordi søknadsgjenstanden ikke ble ansett å ha teknisk karakter, et avslag som ble opprettholdt av Regeringsrätten. I Danmark og Norge førte derimot søknaden til patent, jf. for Norges vedkommende Oslo byretts dom 29. november 1995.

¹² Jf. T 935/97 IBM/Computer programs [1999] EPOR 301, T 1173/97 IBM/Computer program product, O.J. EPO 1999, 609 og T 931/95 PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system, O.J. EPO 2001, 441.

¹³ Jf. BGH 11.5.2000 GRUR 1000, 1007 (Sprachanalyseeinrichtung).

¹⁴ COM(2002) 92 final.

¹⁵ Jf. de ovenfor i note 12 nevnte avgjørelser.

lig slått fast i PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system fra september 2000,¹⁶ som gjaldt en fremgangsmåte og et system for kalkulering av premier og utbetalinger under kollektive pensjonsordninger. Patentkrav nr. 1 gjaldt selve fremgangsmåten, hvor kalkulasjonene skulle utføres ved bruk av en datamaskin, mens krav nr. 6 gjaldt en datamaskin som var programmert til å utføre kalkulasjonene. Produktkravet ble ansett å ha teknisk karakter, idet det her var nok å konstatere at det gjaldt en fysisk gjenstand: «a computer system suitably programmed for use in a particular field». Det kunne ikke legges noen vekt på at den fysiske gjenstanden ikke var ny i seg selv, og heller ikke på at den var innrettet med sikte på å skulle anvendes i forretningsvirksomhet. «In the board's view a computer system suitably programmed for use in a particular field, even if that is the field of business and economy, has the character of a concrete apparatus in the sense of a physical entity, man-made for a utilitarian purpose and is thus an invention within the meaning of Article 52(1) EPC.»¹⁷

Når det gjaldt fremgangsmåten, la Board of Appeal til grunn – i overensstemmelse med tidligere praksis – at unntaket for forretningsmetoder «as such» skal forstås slik at det bare omfatter forretningsmetoder som *ikke har teknisk karakter*: «If the method is technical or, in other words, has a technical character, it still may be a method for doing business, but not a method for doing business as such.» I dette tilfellet ble imidlertid ikke fremgangsmåten ansett for å ha den nødvendige tekniske karakter. Det ble ikke ansett tilstrekkelig at det ved utførelsen av fremgangsmåten skulle brukes teknisk utstyr i form av datamaskinutrustning, når dette ble brukt for et ikke-teknisk formål: «The feature of using technical means for a purely non-technical purpose and/or for processing purely non-technical information does not necessarily confer technical character to ... the method.»¹⁸ Det avgjørende for appellkammeret synes å ha vært fremgangsmåtens formål. Det ble i denne forbindelse trukket et skille mellom fremgangsmåter som produserer tekniske resultater, og fremgangsmåter som bare produserer administrativ, finansiell eller lignende informasjon: «All the features of this claim are steps of processing and producing information having purely administrative, actuarial and/or financial character. Processing and producing such information are typical steps of business and economic methods.»¹⁹

Denne noe strengere vurdering av fremgangsmåtekrav ligger mer på linje med eldre praksis,²⁰ og synes å harmonere mindre godt med den nyere praksis som har lagt til grunn at «contribution approach» ikke lenger skal følges.²¹ Vurderingen er

¹⁶ T 931/95 PBS PARTNERSHIP/Controlling pension benefits system, O.J. EPO 2001, 441.

¹⁷ O.J. EPO 2001, 441 på s. 452.

¹⁸ *Op. cit.* s. 450.

¹⁹ *Op. cit.* s. 449.

²⁰ Jf. T 854/90 IBM/Card reader [1994] EPOR 89, omtalt ovenfor ved note 9.

²¹ Jf. T 1002/92 PETTERSON/Queuing system [1996] EPOR 1, T 935/97 IBM/Computer programs [1999] EPOR 301 og T 1173/97 IBM/Computer program product, O.J. EPO 1999, 609.

også problematisk i forhold til tidligere avgjørelser som har lagt til grunn at oppfinnelsens tekniske karakter skal bedømmes uavhengig av hvilken av kategoriene produktkrav eller fremgangsmåtekrav den er plassert i.²² Heller ikke er det lett å forene den med de avgjørelser som har karakterisert som *tekniske* problemer bl.a. det å vise bestemt informasjon til kundene i et butikklokale på en skjerm,²³ eller det å holde orden på finanser, inventar mv. ved hjelp av et elektronisk «management system».²⁴ Problematisk er det dessuten at patenteringsadgangen i Europa i så fall vil bli snevrere enn i USA, der lovgivningen ikke inneholder – og praksis ikke har villet stille opp – noe forbud mot patentering av forretningsmetoder.²⁵ Det kan derfor være for tidlig å slå fast at linjen fra PBS PARTNERSHIP representerer gjeldende rett i Europa.²⁶

²² Jf. T 769/92 SOHEI/General-purpose management system [1996] EPOR 253, T 935/97 IBM/Computer programs [1999] EPOR 301 og T 1173/97 IBM/Computer program product, O.J. EPO 1999, 609. Smnl. *AT&T Corp. v. Excel Communications Inc.* 172 F.3d 1352 (Fed. Cir. 1999): «whether the invention is a process or a machine is irrelevant.»

²³ T 1002/92 PETERSON/Queueing system [1996] EPOR 1.

²⁴ T 769/92 SOHEI/General-purpose management system [1996] EPOR 253.

²⁵ Se den retningsgivende avgjørelsen *State Street Bank & Trust v. Signature Financial Group* 149 F.3d 1368 (Fed. Cir. 1998), der det ble lagt til grunn at det ikke var noe prinsipielt i veien for å patentere en fremgangsmåte for kalkulering av andeler i verdipapirfond, samt *AT&T Corp. v. Excel Communications Inc.* 172 F.3d 1352 (Fed. Cir. 1999), som gjaldt en metode i forbindelse med beregning og fakturering av samtaleavgifter i telefonsystemer med flere operatører. – Amerikanske patenter på forretningsmetoder vekker ofte oppmerksomhet og undring i Europa, ikke minst Amazon.com Inc.'s såkalte «one-click patent» (US 5.745.681), der krav 1 lyder: «A method of placing an order for an item comprising: under control of a client system, displaying information identifying the item; and in response to only a single action being performed, sending a request to order the item along with an identifier of a purchaser of the item to a server system; under control of a single-action ordering component of the server system, receiving the request; retrieving additional information previously stored for the purchaser identified by the identifier in the received request; and generating an order to purchase the requested item for the purchaser identified by the identifier in the received request using the retrieved additional information; and fulfilling the generated order to complete purchase of the item whereby the item is ordered without using a shopping cart ordering model.» – Patentet på den virtuelle «handlevogn» («shopping cart») tilhører Sun Microsystems Inc. (US 5.745.681). Krav 1 lyder: «A method of supplying items on a network, the network having at least one computer-server for communicating with users employing a browser program on a terminal/computer at a location remote from said computer-server, said method comprising the steps of: a) receiving, at the computer-server, a transmitted command from said browser program for a shopping page; b) in response to said transmitted command, generating a shopping page file and transmitting the shopping page file to said browser program; c) receiving, at the computer-server, at least one user selected item from the shopping page received by the browser program; d) creating a list at the computer server; e) at the computer server, adding to the list each user selected item received by said receiving step to provide an updated list; f) returning from the computer server to said browser program the updated list of items; and g) receiving at the computer server from said browser program the list and a next selected item; and h) repeating steps (e), (f), and (g) to circulate said updated list between computer server and terminal/computer until termination of shopping by the browser program.»

²⁶ Kommisjonens forslag til direktiv om patentering av datamaskinimplementerte oppfinnelser kan imidlertid føre til at denne linjen får gjennomslag, se nedenfor ved note 33.

Men selv om prinsippet fra PBS PARTNERSHIP skulle bli fulgt i fremtidig europeisk praksis – med den virkning at fremgangsmåter som produserer finansiell informasjon o.l. ikke kan patenteres – vil man i mange tilfeller kunne oppnå mye av den samme beskyttelsen gjennom produktkrav. Mange forretningsmetoder forutsetter nemlig bruk av en eller annen form for fysisk utrustning, enten det gjelder kalkulering av pensjonsytelser eller elektronisk handel. Et patent på produktet – eller systemet – vil i slike tilfeller ikke bare gi beskyttelse mot konkurrerende *omsetning* av systemet, men også mot *bruk* av det, jf. patl. § 3 annet ledd nr. 1. PBS Partnership kunne således på grunnlag av systemkravet nektet konkurrentene å beregne pensjonsytelser ved bruk av et datasystem programmert for å utføre de kalkulasjoner som var angitt i patentkravet. Og noen annen måte å kalkulere pensjoner på enn ved hjelp av et datasystem, finnes i praksis ikke. I dette perspektivet er det vanskelig å se noen gode grunner til å behandle produkt- og fremgangsmåtekrav ulikt.

Etter dette må det konstateres at praksis knyttet til oppfinnelsesbegrepet har vært i bevegelse, og at noen fullstendig avklaring av rettstilstanden ennå ikke synes å ha funnet sted. Men problemene er ikke slutt med det. PBS PARTNERSHIP skaper nemlig også usikkerhet når det gjelder prinsippene for vurdering av *oppfinnelseshøyden* i slike saker, idet det ble lagt til grunn at man ved denne vurderingen ikke kunne ta hensyn til virkninger av vesentlig økonomisk karakter: «the improvement envisaged by the invention according to the application is an essentially economic one ie lies in the field of economy, which, therefore, cannot contribute to inventive step.» Synspunktet er, såvidt forstås, at bare bidrag av *teknisk karakter* kan tas i betraktning ved bedømmelsen av oppfinnelseshøyde. De elementene som mangler teknisk karakter må følgelig anses å utgjøre en imaginær del av *teknikkens stand*. I så fall markerer avgjørelsen et brudd med etablerte prinsipper for vurderingen av oppfinnelseshøyde, og den står i et anstrengt forhold til bestemmelsene i art. 54(1) og (2) EPC, tilsvarende § 2 første og annet ledd i de nordiske patentlovene, hvorefter bare informasjon som var *allment tilgjengelig* forut for søknadsdagen skal henregnes til teknikkens stand. Etter den tradisjonelle oppfatning skal en oppfinnelse anses å ha oppfinnelseshøyde dersom den ikke var nærliggende for en fagmann som var kjent med teknikkens stand forut for søknadsdagen, uavhengig av hvilken form for innsats som krevdes for å komme frem til den tekniske løsning. Når en oppfinnelse først er erkjent å ha teknisk karakter, skal man med andre ord ved bedømmelsen av oppfinnelseskvaliteten ta hensyn til alt hvori oppfinnelsen skiller seg fra teknikkens stand. Det har f.eks. lenge vært anerkjent at en oppdagelse, en matematisk metode osv. kan bidra til oppfinnelseshøyden, selv om slike fenomener ikke i seg selv representerer patenterbare oppfinnelser.²⁷ På samme

²⁷ Se fra nordisk praksis f.eks. avgjørelsen fra Patentstyrets 2. avd. i NIR 1998 s. 278 og Regeringsrättens avgjørelser i NIR 1990 s. 486 og NIR 1998 s. 309.

måte har man bedømt oppfinnelser der det nye ligger i utarbeidelsen av et dataprogram.²⁸

Konsekvensene av en revisjon av prinsippene for oppfinneshøydevurderingen, i tråd med appellkammerets uttalelser i PBS PARTNERSHIP, er vanskelige å overskue. Det er mulig at patenteringsadgangen reelt blir innskrenket, og mer på linje med eldre praksis.²⁹ Det kan tenkes forskjellen bare blir at oppfinnelse «technical contribution» nå skal vurderes etter bestemmelsen om oppfinneshøyde (art. 56 EPC, patentlovens § 2 første ledd), istedenfor etter bestemmelsen i art. 52 EPC (patentlovens § 1), men at resultatet blir nokså likt. Selv om man ikke kan vite hvor store konsekvensene blir, synes det trolig at en slik utvikling vil være uheldig for patentretten. For det første kan den føre til uklarheter: Skal man f.eks. ta hensyn til visse former for innsats uten teknisk karakter, slik som oppdagelser og nye matematiske metoder, men ikke andre former, f.eks. utviklingen av et nytt dataprogram eller en ny forretningsmetode? For det andre harmonerer en slik utvikling mindre godt med patentlovens system: Når patentloven krever at det skal foreligge en oppfinnelse med teknisk karakter, er det fordi enkelte former for frembringelser ønskes holdt utenfor patentlovens område, enten fordi frembringelsen har en fundamental karakter og ikke bør belegges med en enerett, eller fordi den har en abstrakt karakter som gjør den uegnet for patentering. Innskrenkninger i patenteringsadgangen på slike grunnlag vil som regel bli forstått og akseptert. Vanskeligere er det å akseptere om man gir seg til å diskriminere mellom de forskjellige former for intellektuell innsats som ligger bak oppfinnelser som etter sin art anses patenterbare. Mot denne bakgrunn kan det neppe anses anbefalelsesverdig å slutte seg til det prinsipp for bedømmelsen av oppfinneshøyde som ble lagt til grunn av Board of Appeal i PBS PARTNERSHIP. Prinsippet heller ikke har fått tilslutning i teorien.³⁰ Likevel er det blitt lagt til grunn av Kommisjonen i forslaget til direktiv om patentering av datamaskinimplementerte oppfinnelser.³¹ Blir forslaget vedtatt, må derfor nasjonale domstoler anvende prinsippet etter beste evne, enten de vil eller ei.

Sammenfatningsvis kan det sies at de begrensninger PBS PARTNERSHIP oppstiller for adgangen til å patentere forretningsmetoder er uheldige. Hvis man skal begrense adgangen til å patentere forretningsmetoder, bør det fortsatt skje etter tradisjonelle retningslinjer, ved opprettholdelse av kravet om «technical

²⁸ Se fra europeisk praksis f.eks. T 26/86 KOCH & STERZEL/X-ray apparatus [1988] EPOR 72, og fra tysk praksis f.eks. BGH 4.2.1992 BGHZ 117, 144 (Tauchcomputer) og BGH 11.5.2000 GRUR 2000, 1007 (Sprachanalyseeinrichtung).

²⁹ Se ovenfor ved note 9.

³⁰ Jf. Rudolf Kraßer, Erweiterung des patentrechtlichen Erfindungsbegriffs?, GRUR 2001, 959–965 på s. 964. Se om emnet også Wilfried Anders, Wie viel technischen Charakter braucht eine computerimplementierte Geschäftsmethode, um auf erfinderischer Tätigkeit zu beruhen?, GRUR 2001, 555–560.

³¹ Jf. note 14 ovenfor. Se forslaget art. 4(2), jf. 2(b) og 4(3).

contribution» ved vurderingen av *teknisk karakter*, ikke gjennom en forskjellsbehandling av kategoriene produkter og fremgangsmåter, og heller ikke ved innføring av nye prinsipper for bedømmelsen av oppfinnelseshøyde.

Et ganske annet spørsmålet er om man *bør* åpne for patentering av forretningsmetoder i større omfang enn det som tradisjonelt har vært lagt til grunn. Gode grunner tilsier at man burde utvise tilbakeholdenhet med å åpne patentretten for nye fenomener. Ikke er det dokumentert at incentivene til utvikling av nye forretningsmetoder har vært for små etter den tidligere rettstilstand, og ikke har man noen sikkerhet for at en adgang til å patentere forretningsmetoder vil gi en samfunnsøkonomisk gevinst. Usikkerhetene er mange når det gjelder patentsystemets økonomiske virkninger generelt, og det er formentlig ingen som kan si med sikkerhet om patentering er nødvendig eller hensiktsmessig på området for forretningsmetoder. *Machlup* uttalte i 1958, at når man først har et patentsystem, ville det vært uforsvarlig å avskaffe det. Men hadde man ikke hatt et patentsystem, ville det vært uforsvarlig å innføre det.³² Man har ikke kommet så mye lenger i forståelsen av patentsystemets virkninger i dag, og denne usikkerheten gir grunn til forsiktighet med å føre patentsystemet inn på nye og uprøvde områder, så lenge man ikke har klare indikasjoner på at det finnes et udekket, tungtveiende behov for beskyttelse. Og noe slikt behov er som nevnt ikke dokumentert for forretningsmetoder. Tvert imot tyder en undersøkelse som ble gjennomført på oppdrag av Patent- og Varemerkestyrelsen i 2000, på at næringslivet er skeptisk til en mer alminnelig adgang til patentering av forretningsmetoder. «Man har meget vanskelig ved at forholde sig til egentlige forretningskoncepter og -metoder,» heter det i rapporten, og man ønsker ikke «amerikanske tilstander» hvor patenter «etter respondenternes opfattelse tildeles på et for lemfældigt, bredt, alment og idébase-ret grundlag. Denne udvikling hæmmer langt mere end den fremmer. De fleste er af den opfattelse, at man pga. ... den øjeblikkelige uklarhed og usikkerhed på dette område bør være afventende, således at patentering af forretningsmetoder i bredere sammenhæng på kortere sigt ikke muliggøres i videre udstrækning end i dag.»

En forsiktig holdning ligger også til grunn for Kommissjonens forslag om patentering av datamaskinimplementerte oppfinnelser: «Commission believes it is right that the Community should, for the time being at least, refrain from extending the patent protection available for computer-implemented inventions, for example by dispensing with the technical contribution requirement. Such a course of action would lead to the patenting of computer-implemented business methods. The U.S. experience in this field is still only recent and the impact of business method patents on the economy in general and on electronic commerce in particular cannot yet be fully assessed.»³³

³² Fritz Machlup, *An Economic Review of the Patent System*, Washington 1958 s. 79–80.

³³ COM(2002) 82 final på s. 11.

Det er imidlertid ikke sikkert at en slik restriktiv linje vil få gjennomslag i det lange løp. Virkningene av direktivet skal etter forslaget evalueres etter tre år. Det vil alltid finnes mange som ønsker patenter, og som vil arbeide for at europeisk industri ikke skal være «dårligere» stilt enn amerikansk. En utvikling i retning av «amerikanske tilstander» er derfor ikke usannsynlig på lengre sikt.

3. Beskyttelse av forretningsideer

Som det fremgikk under 1 ovenfor, kan man sonde mellom *generelle ideer* og ideenes *konkrete utforming*. I dette avsnittet er det ideene som skal drøftes, mens den mer konkrete utforming av dem drøftes nedenfor under 4.

En idé kan være av teknisk eller merkantil art. Etter den tradisjonelle oppfatning er *hovedregelen* at tekniske ideer bare kan beskyttes ved patent, mens merkantile ideer – forretningsideer – ikke kan vernes. Dette har sammenheng med synspunktet om at *etterligning er tillatt*, med mindre noe annet er bestemt ved lov.³⁴ Etterligning har vært betraktet som nyttig og nødvendig for samfunnsutviklingen generelt, og for konkurransen på markedet spesielt.³⁵ Men dermed er det ikke sagt at all etterligning er ønskelig. Enhver etterligning representerer på sett og vis en utnyttelse av andres innsats, som – hvis den drives for langt – ikke bare oppfattes som urimelig, men som også vil føre til stagnasjon i det lange løp. Alle kan ikke være kopister, noen må også utvikle de nye ideer som det kan være verd å kopiere.

Balanseringen av enerettigheter og etterligningsfrihet er vanskelig. Generelt kan det sies at immaterialrettslovgivningen – dvs. lovgivningen om patenter, kjennetegn, åndsverk osv. – viser hvorledes lovgiver har funnet det nødvendig å balansere de subjektive enerettigheter mot den frie konkurranse, ved å oppstille krav til rettighetenes objekter og grenser for rettighetenes utstrekning. Eksempelvis begrenses patenteringsadgangen – som vi så under 2 ovenfor – til *oppfinnelser* med teknisk karakter, og dette er bare én av flere regler som inngår i et komplisert system for balansering av de motstående interesser. Andre sentrale elementer i dette systemet er f.eks. patentrettens *tidsbegrensning* og reglene om *tvangslisenser*. De andre immaterialrettslovene inneholder lignende systemer for balansering av enerettigheter mot etterligningsfrihet.

Mot denne bakgrunn må det anses som nokså innlysende at immaterialrettens omhyggelig utformede interesseavveining ikke fritt kan forrykkes ved å supplere

³⁴ Se fra eldre norsk praksis Rt. 1899 s. 657 og Rt. 1906 s. 603. Prinsippet må imidlertid i dag anvendes med atskillig større forsiktighet enn det som fremgår av de nevnte dommene, jf. Are Stenvik, Patenters beskyttelsesomfang, Oslo 2001 s. 115–116. Se også Mogens Kockvedgaard, Lærebog i konkurrenceret, 4. utg., København 2000 s. 340.

³⁵ Se f.eks. Mogens Kockvedgaard, Immaterialretspositioner, København 1965 s. 356–358 og Tore Lunde, God forretningsskikk næringsdrivande imellom, Bergen 2001 s. 212–214.

rettsbeskyttelsen på annet grunnlag. Likevel kan man ikke utelukke en slik mulighet. Det finnes tilfeller hvor en nærgående etterligning fremstår som så urimelig at rettsordenen må reagere, selv om tilfellet faller utenfor immaterialrettens positive regler. Det er alminnelig akseptert at immaterialrettens regler i prinsippet kan suppleres gjennom konkurranserettens forbud mot urimelig etterligning og andre handlinger i strid med god forretningsskikk,³⁶ selv om det naturligvis må utvises en viss varsomhet i så måte.³⁷

I den norske markedsføringsloven er det særlig bestemmelsene i § 8a, som forbyr å «anvende etterliknende kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling», og den såkalte «generalklausulen» i § 1 første ledd, som bestemmer at det «ikke [må] foretas handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom, eller er urimelig i forhold til forbrukere eller som for øvrig strider mot god markedsføringsskikk», som er av interesse i denne sammenheng.³⁸ Det sentrale kriteriet for det konkurranserettslige vernet er – som

³⁶ Se fra norsk praksis f.eks. Rt. 1959 s. 712; NIR 1960 s. 120 (skilt), Rt. 1994 s. 1584; NIR 1996 s. 116 (Lego) og Rt. 1998 s. 1315; NIR 1999 s. 573 (Norges-Is), og fra dansk praksis U 1961 s. 46 H; NIR 1962 s. 102 (Lego). I strid med etablert praksis ville imidlertid førstvoterende i Rt. 1999 s. 1725; NIR 2000 s. 468 (LUNDETANGEN) anse varemerkeloven som uttømmende: «For sitt område – grensen mellom vernede og ikke vernede rettsposisjoner – må varemerkeloven anses som grensesettende» (s. 1736). I dette synet fikk han imidlertid bare følge av én annen dommer, jf. i denne forbindelse femtevoterende Bugges særbemerkning på s. 1741: «det kan nok tenkes situasjoner hvor jeg ville anse det i strid med god forretningsskikk om en næringsdrivende tar i bruk et varemerke som tidligere har vært innarbeidet av en konkurrent, selv om det ikke lenger har varemerkevern for ham.» Se videre Kottvedgaard *op. cit.* (note 34) s. 338–340 og Lunde *op. cit.* (note 35) s. 214–230.

³⁷ Jf. Rt. 1994 s. 1584; NIR 1996 s. 116 (Lego) på s. 1587: «Den enerett som følger av et patent eller av et rettsbeskyttet mønster, er tidsbegrenset. De konkurranserettslige regler i markedsføringsloven medfører altså i prinsippet at det kan foreligge et visst vern mot etterligning også etter utløpet av vernetiden, likesom reglene kan medføre et visst vern også for produkter som ikke har oppnådd patent eller mønsterbeskyttelse. Utgangspunktet må imidlertid være at vernet for den innsats som ligger i en produksjonsidé og markedsføringen av den, er tidsbegrenset. Når det tidsbegrensede vern er opphørt, vil i utgangspunktet enhver stå fritt til å utnytte ideen i sin egen næringsvirksomhet. Både hensynet til forbrukerne og hensynet til videreutvikling av produksjonsideer tilsier at dette må være slik, selv om det kan innebære at den første produsents ideer og markedsføring kommer hans konkurrenter til gode. Forutsetningen for at det skal kunne gripes inn, må være at det kan sies å foreligge en illojal utnyttelse av andres innsats. En slik illojal utnyttelse vil rammes av generalklausulen i markedsføringslovens § 1 første ledd, foruten at den etter omstendighetene også kan rammes av § 9 [nå § 8a].»

³⁸ Det er på det rene at generalklausulen, som ikke krever at det foreligger fare for forveksling, kan brukes til å supplere spesialregelen i § 8a, men også i denne forbindelse må det utvises forsiktighet, så ikke rettsbeskyttelsen mot etterligning strekkes for langt. Se fra norsk praksis Rt. 1995 s. 1908; NIR 1996 s. 351 (MOZELL), og nærmere Lunde *op. cit.* (note 35) s. 230–234. I RG 1999 s. 1564 (markedsføringsmetode) på s. 1570 uttalte Borgarting lagmannsrett at mfl. § 8a først og fremst har betydning for etterligning av *produkter*, og at det derfor mindre betenkelig å bruke § 1 når det gjelder etterligning av *tenester*.

fremhevet av *Koktvedgaard* – om «etterligneren, alt taget i betragtning, tiltager sig en sådan økonomisk fordel i konkurrencen på konkurrentens bekostning, at hans handling klart fremtræder som utilbørlig».³⁹

I praksis har det viktigste området for markedsføringslovens regler vært saker som gjelder etterligning av konkurrentenes *produkter*. Dette faller imidlertid utenfor det oppgitte tema, som gjelder rettsbeskyttelse av *metoder*. Det som først og fremst har interesse er forskjellige metoder for *tenesteyting* der det fremgår for kundekretsen hvorledes tjenesten utføres. *Interne metoder*, som bare anvendes innenfor bedriftens fire vegger, kan også være beskyttet, f.eks. etter reglene om bedriftshemmeligheter eller på kontraktsrettslig grunnlag, men disse problemene vil jeg bare kort berøre (jf. under 4.1 nedenfor).

De *tekniske* fremgangsmåter kan som nevnt patentbeskyttes, dersom de alminnelige patenterbarhetsvilkår er oppfylt. Det kan f.eks. gjelde fremgangsmåter innenfor entreprenørvirksomhet og transport. Er fremgangsmåten ikke patentbeskyttet – enten fordi den ikke oppfyller vilkårene, fordi oppfinneren har valgt å avstå fra patentering, eller fordi patenttiden er utløpt – kan den utnyttes av enhver. Patentloven er enerådende på teknikkens område.⁴⁰

Merkantile metoder uten teknisk karakter står i en annerledes stilling, fordi rettsordenen ikke tilbyr disse noe vern gjennom immaterialrettens regler. På den ene siden kan dette tale for å trekke disse fenomener inn under den konkurranse-rettslige beskyttelsen etter markedsføringsloven, idet det kan synes urimelig at slik innsats skal være helt uten vern. På den andre siden mangler markedsføringsloven et system for samfunnsmessig balansering av beskyttelsen, slik man finner i immaterialrettslovgivningen. Dette tilsier varsomhet med å beskytte generelle metoder, fordi man lett kommer i fare for å etablere monopolsituasjoner uten tilstrekkelig begrunnelse, eller med for stor rekkevidde. Det kan i denne sammenheng vises til de generelle betraktninger Høyesterett ga uttrykk for i Lego-dommen (Rt. 1994 s. 1584), der hensynet til forbrukerne og konkurransen i markedet ble ansett til hinder for å gi Lego vern overfor konkurrerende omsetning av kompatible byggeklosser: «Utgangspunktet må ... være at vernet for den innsats som ligger i en produksjonsidé og markedsføringen av den, er tidsbegrenset. Når det tidsbegrensede vern [etter patent- eller mønsterloven] er opphørt, vil i utgangspunktet enhver stå fritt til å utnytte ideen i sin egen næringsvirksomhet. Både hensynet til forbrukerne og hensynet til videreutvikling av produksjonsideer tilsier at dette må være slik, selv om det kan innebære at den første produsents

³⁹ *Koktvedgaard op. cit.* (note 35) s. 369.

⁴⁰ Jf. *Koktvedgaard op. cit.* (note 35) s. 374–377, Palle Bo Madsen, *Markedsret* (Del 2), 3. utg., København 1997 s. 205 og *Koktvedgaard op. cit.* (note 34) s. 339. Et utslag av dette prinsippet ser man i varemerkedirektivets (89/104/EEC) art. 3(1)(e), som bl.a. unntar fra registrering «signs which consist exclusively of ... the shape of goods which is necessary to obtain a technical result». Den svenske markedsføringsloven bygger også på et slikt prinsipp, idet den unntar fra forbudet i § 8 «efterbildninger vilkas utformning huvudsakligen tjänar till at göra produkten funktionell».

ideer og markedsføring kommer hans konkurrenter til gode» (s. 1587–1588).⁴¹ Beslektede hensyn gjør seg gjeldende i varemerkeretten, både når det gjelder funksjonelle former og beskrivende betegnelser. Som førstvoterende pekte på i Rt. 1998 s. 1315 (Norges-Is), kan «rent beskrivende betegnelser som hovedregel ikke få vern etter firma- eller varemerkeloven. Av hensyn til konkurransen mellom næringsdrivende er det et stort behov for at slike betegnelser blir friholdt slik at også andre virksomheter kan bruke dem ved markedsføringen av sine varer» (s. 1320–1321).⁴² Disse uttalelsene må antagelig anses som utslag av et mer generelt prinsipp om at det, utenom de lovbestemte tilfeller, som hovedregel ikke kan påregnes noe vern for *funksjonelle ideer*, hva enten disse er av teknisk eller merkantil karakter.⁴³

Den konkurranserettslige beskyttelsen bør mot denne bakgrunn begrenses til en tjenestes *fremtoning* i markedet, dvs. til den konkrete presentasjonen av tjenesten overfor kundekretsen. På denne måten oppnår man å beskytte opparbeidede markedsposisjoner, uten å legge beslag på funksjonelle ideer.⁴⁴ Beskyttelsen bør med andre ord ikke dekke tjenestens *innhold*. Til illustrasjon kan nevnes en avgjørelse av Borgarting lagmannsrett i RG 1999 s. 1564 (Schjelderup-Lund), som gjaldt etterligning av en markedsføringsmetode. Saksøkeren kunne ikke kreve enerett til den generelle ideen, som gikk ut på å foreta fortløpende undersøkelser hos målgruppen under utviklingen av en reklamekampanje, og å la annonsøren få delta i denne undersøkelses- og evalueringsprosessen. Presentasjonen av tjenesten – dens kjennetegn og måten den var beskrevet på i markedsføringen – ble derimot ansett vernet mot etterligning etter mfl. § 1 (se nærmere om den såkalte «konseptbeskyttelsen» nedenfor, særlig under 4.2).

En fremtoningsbeskyttelse er sjelden særlig betenkelig, fordi den ikke hindrer andre næringsdrivende fra å tilby samme type tjeneste, forutsatt at de i rimelig grad utnytter foreliggende muligheter til å variere tjenestens nærmere fremtoning i markedet. En beskyttelse for tjenestens innhold står i så måte i en ganske

⁴¹ Se fra svensk praksis Högsta domstolens avgjørelse i NJA 1987 s. 923; NIR 1988 s. 321 (Lego): «En teknisk funktion, som inte är skyddad av ett patent, måste vara allmänt tillgänglig även om alternativa tekniska lösningar står till buds.»

⁴² En annen sak er at hensynet til sunn konkurranse næringsdrivende imellom i noen tilfeller, etter en konkret vurdering, kan veie tyngre enn hensynet til språklig friholdelse, se dommen på s. 1324: «I en situasjon som den foreliggende bør man ... ikke under henvisning til en alminnelig rett til å bruke språket kunne legge seg tett inn på en konkurrents firmanavn og dennes slagord, og dermed ved bruk av firmaet som varekjennetegn skape en forvekslingsfare med mulighet til å høste fordeler av goodwill opparbeidet av konkurrenten.»

⁴³ Se fra svensk praksis f.eks. Marknadsdomstolens avgjørelse i sak 1993:26: «En utformning som huvudsakligen tjänar till att göra en vare, förpackning eller annat ändamålsenligt och således är tekniskt eller funktionellt betingad har domstolen funnit inte bör betecknas som särpräglad ... En sådan utformning skall – som domstolen har framhållit i flera tidigare avgöranden – med hänsyn till det allmänna intresset av effektiv konkurrens vara tillgänglig för envar om inte annat följer av särskild lagstiftning.»

⁴⁴ Jf. Knud Wallberg, Beskyttelse af forretningskoncepter, U 1999 B s. 55.

annerledes stilling, fordi en slik beskyttelse kan føre til monopol på et viktig marked. At grensedragningen mellom innhold og fremtoning undertiden kan være vanskelig – her som når det gjelder produkter – er en annen sak, som imidlertid ikke kan rukke ved den prinsipielle regel.

4. Beskyttelse av forretningskonsepter

Med «forretningskonsept» siktes det her til en *sammensetning av enkeltelementer til en helhet*, der helheten representerer en måte å utøve forretningsvirksomhet på. Mens «forretningsideer» ble brukt som betegnelse på de underliggende, generelle prinsipper (jf. under 3 ovenfor), brukes altså «forretningskonsepter» om summen av praktiske ferdigheter, erfaringer, kjennetegn, utstyr mv.⁴⁵ En velkjent form er de såkalte «franchisekonsepter», som kan defineres som «a package of industrial or intellectual property rights relating to trade marks, trade names, shop signs, utility models, designs, copyrights, know-how or patents, to be exploited for the resale of goods or the provision of services to end users».⁴⁶ Denne sammensetning av elementer tar som regel sikte på å skape en bestemt markedsmessig identitet, som er felles for alle franchisetagerne.⁴⁷ Når det gjelder rettsbeskyttelsen overfor tredjemann er det ingen forskjell mellom franchisekonsepter og andre forretningskonsepter. Det særpregede ved franchisekonsepter er særlig at de som regel er tydeligere beskrevet og dokumentert enn det som ellers er vanlig, og at konseptet planmessig lisensieres ut, gjennom avtaler som også etablerer en kontraktsbasert rettsbeskyttelse for konseptet i forhold til medkontrahentene (franchisetagerne).⁴⁸ En annen form for forretningskonsepter, som har fått atskillig oppmerksomhet i senere år, er de såkalte tv-formater, som betegner retningslinjer for sammensetning av bl.a. de redaksjonelle, scenografiske, tekniske og økonomiske elementer som inngår i en serie av fjernsynsprogrammer, typisk i såkalte «gameshows», «reality-programmer» o.l.⁴⁹

⁴⁵ Christina Helgesson, *Konceptskydd i tjänsteföretag*, Stockholm 1993 s. 8 definerer «tjänstekoncept» som «sättet att uppnå resultatet av tjänsteprocessen». I dette inngår tjenestens innhold, fremtoning, pris, utførelse og tilgjengelighet.

⁴⁶ Rådsforordning 4087/88/EC (ikke lenger i kraft) om anvendelse av EF-traktatens art. 85(3) på franchiseavtaler, art. 1(3)(a).

⁴⁷ Jf. Koktvedgaard *op. cit.* (note 34) s. 224.

⁴⁸ Se om franchiseavtaler f.eks. Karen Dyekjær-Hansen, *Franchising*, i *Forhandlingerne på det 32. nordiske juristmøde*, Reykjavik 1990 s. 387–412, og Stig Sohlberg, *Franchisejuridik*, 3. utg., Stockholm 2001. Om de konkurranserettslige spørsmål, se f.eks. Françoise J. Gamet-Pol, *Franchise agreements within the European Community*, New York 1997 og Koktvedgaard *op. cit.* (note 34) s. 225–226.

⁴⁹ Jf. bl.a. Gunnar Karnell, *TV-spel och upphovsrätt – om skyddet i Sverige för ett slags «formats»*, i Frändberg, Göranson og Håstad (red.), *Festskrift till Stig Strömholm*, Uppsala 1997 s. 489–516, Torben Steffensen, *Rettigheder til formater til tv-programmer*, U 2000 s. 196–202, Jacob Grønbæk, *Beskyttelse af tv-formater inden for quiz/gameshow-genren*, TfR 2001 s. 33–124 og Peter Lambert, *Ophavsretlig beskyttelse af tv-formater*, NIR 2001 s. 387–395.

Innledningsvis bør det nevnes at de enkelte elementene i et forretningskonsept kan være vernet av immaterialrettslovgivningen. En logo kan f.eks. være vernet etter varemerkeloven, en teknisk metode kan være patentert, og utforming av butikkinnredninger mv. kan registreres som mønster (design). Det er i denne forbindelse grunn til å fremheve at utviklingen innenfor immaterialretten har åpnet for beskyttelse av slike elementer i større omfang enn tidligere. Utviklingen innenfor patentretten er gjennomgått under 2 ovenfor. Hva varemerkeretten angår, er det særlig grunn til å peke på at nyere praksis åpner for registrering av bl.a. dufter,⁵⁰ lyder⁵¹ og farger.⁵² Dertil er det åpnet for registrering av varemerker for detaljhandel, noe man tidligere antok det ikke var adgang til.⁵³ Dette betyr at stadig flere deler av forretningskonseptene kan beskyttes for seg, og hvis de vesentlige delene er beskyttet, vil dette kunne representere en effektiv sperre mot at konkurrentene legger seg nær opp til ens eget konsept. Det er imidlertid ikke først og fremst denne formen for «elementbeskyttelse» som skal drøftes i det følgende, men muligheten for rettsbeskyttelse av konseptet som sådant, dvs. som en sammensatt helhet.

Når rettsbeskyttelsen for forretningskonsepter skal behandles, er det mulig å tenke seg at det kan skje på iallfall tre prinsipielt ulike grunnlag:

For det første kan man tenke seg å beskytte selve de *investeringer* som har resultert i forretningskonseptet. Konseptet kan f.eks. være basert på årelange erfaringer, med feiling og prøving, eller på systematisk innsamling og bearbeiding av opplysninger. Slikt arbeid er ofte kostnadskrevende, mens det i mange tilfeller vil være enkelt og billig å kopiere. Spørsmålet blir om rettsordenen beskytter resultatene av slike investeringer mot kopiering, og i så fall i hvilken utstrekning (se under 4.1 nedenfor).

For det andre kan beskyttelsen gjelde innehaverens *markedsposisjon*, dvs. verdien av hans omdømme i kundekretsen. Dette grunnlaget er beslektet med det første, men ikke sammenfallende. En markedsposisjon kan være et resultat av vesentlige investeringer, f.eks. i markedsføring, men behøver ikke være det. Videre vil oppmerksomheten her særlig være rettet mot *skadevirkningene* for innehaveren, mens investeringsbeskyttelsen i større grad knytter seg til den *uberegtigede fordel* kopisten oppnår ved å tilegne seg resultatene av innehaverens investeringer. Dette betyr at beskyttelse av markedsposisjon som regel forutsetter at inngriperen ved sin virksomhet fremkaller risiko for forveksling eller assosias-

⁵⁰ Se f.eks. OHIM-avgjørelsen R-156/98 *The smell of Fresh Cut Grass* av 11. februar 1999, 31 IIC s. 308 (1999) og *John Lewis of Hungerford Ltd.'s application* [2001] ETMR 1193 (Lord Chancellor's Appointed Person). Negativ er derimot generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer i sin uttalelse i sak C-273/00 (duften av kanelssyre).

⁵¹ Se f.eks. Patentbesværsrättens avgjørelse i NIR 2000 s. 312 (notetegn).

⁵² Se f.eks. OHIM-avgjørelsen R-169/98 *W.M. Wrigley* (fargen gul).

⁵³ Jf. OHIM-avgjørelsen R-46/98 *Giacomelli Sport* [2000] ETMR 277 (detaljhandel med sportsutstyr).

sjon i kundekretsen, og derved påfører innehaveren skade i form av tapt omsetning, ødelagt renommé, «utvanning» av kjennetegn e.l. (se under 4.2 nedenfor).

Den tredje formen gjelder beskyttelse av den intellektuelle virksomhet, eller det *skapende arbeid*, som har resultert i forretningskonseptet. Dette grunnlaget skiller seg fra investeringsbeskyttelsen, ved at det ikke kommer an på hvor stor innsats som er nedlagt i opparbeidelsen av konseptet, men på *resultatet*. Videre skiller det seg fra beskyttelsen av markedsposisjoner, ved at det ikke stilles krav om at konseptet har oppnådd et bestemt omdømme i kundekretsen, og heller ikke at kopisten har påført innehaveren en konkret skade. Rettsgrunnlaget for vern av skapende arbeid i nordisk rett finnes først og fremst i opphavsrettslovgivningen, og spørsmålet som oppstår er særlig om forretningskonsepter kan anses som verk av skapende åndsarbeid, og dermed er berettiget til den beskyttelse som tilkommer *åndsverk* (se under 4.3 nedenfor).

4.1 Investeringsbeskyttelse

Diskusjonen om investeringsbeskyttelse har – utenfor immaterialretten – tradisjonelt vært knyttet til begrepet *knowhow*. På samme måte som *forretningsmetoder* er knowhow et uskarpt begrep, som undertiden brukes i ulike betydninger. I nordisk rettslitteratur synes det imidlertid å ha avtegnet seg en noenlunde fast oppfatning, i retning av et nokså omfattende, ikke skarpt avgrenset begrep. «Knowhow» brukes vanligvis ikke bare om hemmelige opplysninger, men også om slikt som er tilgjengelig – men vanligvis ikke lett tilgjengelig – for andre næringsdrivende. Videre brukes betegnelsen ikke bare på kunnskaper som har betydning for utnyttelsen av patenterte oppfinnelser, men også om andre praktiske erfaringer om hvorledes næringsvirksomhet hensiktsmessig bør innrettes. Begrepet omfatter dermed både hemmelig og ikke-hemmelig kunnskap, og kunnskap av både teknisk og merkantil karakter. Knowhow brukes således som betegnelse på *konkrete, praktiske kunnskaper innenfor et bestemt næringsområde*, og det tilføyes gjerne at kunnskapene – for å kunne betegnes som knowhow – må ha *økonomisk verdi*, slik at noen kan være villige til å betale for å få tilgang til dem.⁵⁴

⁵⁴ Se om begrepet *knowhow* bl.a. Mogens Plesner, Om know-how og forretningshemmeligheder, NIR 1963 s. 139–150 på s. 140–141, Koktvedgaard *op. cit.* (note 35) s. 310–314, Birger Stuevold Lassen, Know-how – noen aktuelle rettsspørsmål, i Förhandlingarna vid det 24:e nordiska juristmötet, Stockholm 1966, bilag 6 på s. 3–4 (også i NIR 1966 s. 310–328 og Lov og Rett 1966 s. 433–453), og Lunde *op. cit.* (note 35) s. 363–365. Se også den definisjonen som ble gitt av en sakkyndig i Rt. 1964 s. 238; NIR 1966 s. 147 (notflottør) på s. 243. Etter Kommisjonsforordningen om vertikale avtaler og samordnet opptreden (2790/1999/EC) omfatter knowhow bare hemmelig kunnskap, jf. art. 1(f), hvorefter knowhow skal bety «a package of non-patented practical information, resulting from experience and testing by the supplier, which is secret, substantial and identified». Definisjonen må imidlertid ses i lys av at «secret» brukes i en meget vid betydning: ««secret» means that the know-how, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, is not generally known or easily accessible.» Etter dette blir forskjellen fra tradisjonell begrepsbruk i Norden neppe stor.

Knowhow må holdes atskilt fra *goodwill*, som kan defineres som «positive førestillingar som knytter seg til eit produkt, ein næringsdrivande eller eit kjenneteikn».⁵⁵ Mens knowhow er kunnskaper om *hvorledes noe gjøres, hvor noe er* etc., er goodwill altså knyttet til en næringsdrivendes status eller markedsposisjon, dvs. til hans *omdømme* i markedet. Det kan imidlertid også være en sammenheng mellom kunnskap og omdømme, idet en nærgående utnyttelse av en annens kunnskap kan føre med seg en utnyttelse av omdømmet. Likheten i virksomhetens innhold kan føre til likhet i fremtoning, som igjen kan føre til at kopistens virksomhet assosieres med den andres virksomhet, og dermed drar nytte av dennes omdømme i markedet. I slike tilfeller kan det bli aktuelt å påberope vern for både knowhow og goodwill. Det førstnevnte skal drøftes her, mens beskyttelse av goodwill vil bli behandlet nedenfor under 4.2.

Med den vide forståelse av knowhowbegrepet som vanligvis legges til grunn, synes det særlig å være tre grunnlag for rettsbeskyttelse som er aktuelle:

For det første kan den *hemmelige* knowhow beskyttes etter reglene om bedriftshemmeligheter, jf. for norsk rett særlig mfl. § 7 og strl. § 294 første ledd nr. 2.⁵⁶ Vernet for bedriftshemmeligheter har tidligere vært drøftet på de nordiske juristmøter,⁵⁷ og er omfattende behandlet i litteraturen.⁵⁸ I lys av den begrensede plass og tid som står til disposisjon, synes det derfor rimelig å avgrense mot dette.

For det andre kan knowhow være vernet på *kontraktsrettslig* grunnlag. Det er f.eks. ikke uvanlig at lisensavtaler – som kan gjelde knowhow alene, eller knowhow i tilknytning til en patentert oppfinnelse, et varemerke mv. – bestemmer at kunnskapen ikke skal kunne benyttes etter lisensavtalens opphør. En annen vanlig situasjon har men der en arbeidstager erverver verdifulle kunnskaper i arbeidsgivers tjeneste, som han i medhold av en uttrykkelig eller underforstått avtaleforpliktelse må avstå fra å utnytte i en periode etter arbeidsforholdets

⁵⁵ Lunde *op. cit.* (note 35) s. 304. Jf. også Thomas Riis, Forretningskendetegn og varemærker med egenverdi, NIR 2000 s. 18–53 på s. 25–27.

⁵⁶ På det internasjonale plan må særlig nevnes TRIPS-avtalens art. 39, som bl.a. bestemmer at: «Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information: (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question; (b) has commercial value because it is secret; and (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.» Som et eksempel på at et forretningskonsept som helhet, herunder fremstillingsmåter, kundelister, finansiell informasjon og prisstruktur, er blitt ansett beskyttet som bedriftshemmelighet, se *Elm City Cheese Co. v. Frederico* 752 A.2d 1037 (S.Ct., Conn. 1999).

⁵⁷ Se Ragnar Knoph, Bedriftshemmeligheters rettsbeskyttelse, i Forhandlinger på Det 16. nordiske juristmøte, Oslo 1934, bilag I, og Jan Fougner, Beskyttelse av forretningshemmeligheter og ansattes lojalitetsplikt, i Forhandlingene ved Det 35. nordiske juristmøte, Oslo 1999, s. 835–856.

⁵⁸ Av nyere litteratur må særlig nevnes Christina Helgesson, Affärshemligheter i samtid och framtid, Stockholm 2000.

avslutning.⁵⁹ Lignende spørsmål kan oppstå etter opphør av forskjellige slags samarbeidsavtaler, herunder forsknings- og utviklingsavtaler. Det kontraktsrettslige vernet reiser bl.a. spørsmål om det – eksplisitt eller implisitt – er avtalt en konkurransebegrensning, om *rekkevidden* av en eventuell konkurransebegrensning,⁶⁰ og om hvor langt partene kan gå i sin regulering av utnyttelsesretten; hva kan kunnskapsmottageren forbys å utnytte, og for hvor lang tid?⁶¹ Det sistnevnte spørsmålet har også konkurranserettslige dimensjoner, som det imidlertid ville føre for langt å gå inn på her.⁶²

Det tredje grunnlaget for rettsbeskyttelse, som jeg skal konsentrere meg om her, er de bestemmelser i markedsføringsloven som skal hegne om den gode forretningsskikk, særlig generalklausulen i § 1, men også forbudene i § 8, mot rettsstridig utnyttelse av tekniske hjelpemidler man er blitt betrodd i anledning av et tjeneste-, tillitsvervs- eller forretningsforhold, og § 8a, mot urimelig utnyttelse av en annens innsats ved etterligning. Den knowhow det gjelder kan være av teknisk eller merkantil art, men den er forutsetningsvis ikke hemmelig – er den hemmelig vil de nevnte bestemmelser neppe ha noen betydning ved siden av reglene om bedriftshemmeligheter. På den andre siden kan kunnskapen ikke være umiddelbart og allment tilgjengelig, fordi man i så tilfelle ikke kan stille én enkelt næringsdrivende i den særstilling at han kan forby andre å utnytte kunnskapen. Den knowhow vi snakker om ligger altså i sjiktet mellom den som næringsdrivende i alminnelighet har en nokså direkte tilgang til, og den som er tilgjengelig for bare noen få.⁶³

En beskyttelse av den her omhandlede type kan være nødvendig for å *stimulere* investeringer i kunnskap som er verdifull fra et samfunnssynspunkt, særlig der kunnskapen er kostbar å erverve originært, men enkelt kan kopieres når den først foreligger.⁶⁴ Til den samfunnsøkonomiske begrunnelse, kan føyes en deontologisk: Den som har nedlagt en større innsats i opparbeidelsen av verdifulle kunnskaper, vil som regel ha et rettferdighetskrav på at konkurrentene holder en viss avstand. Incentivhensynet og rettferdighetshensynet må igjen balanseres mot

⁵⁹ Jf. Fougner *supra* note 57 på s. 843–845. Se fra nyere praksis f.eks. Borgarting lagmannsretts dom i RG 1999 s. 427 (Tryving Data), der tidligere ansatte i et konsulentfirma etter en konkret vurdering ikke ble ansett å ha handlet i strid med lojalitetsplikten ved å etablere ny virksomhet i konkurranse med tidligere arbeidsgiver.

⁶⁰ Se f.eks. Borgartings lagmannsretts kjennelse av 2. juli 1999 (Den Lille Nøttefabrikken), opprettholdt av Høyesteretts kjæremålsutvalg på annet grunnlag, jf. Rt. 1999 s. 1220.

⁶¹ Se om de kontraktsrettslige spørsmål Fougner *op. cit.* (note 57) på s. 849–852. Se også voldgiftsdommen i RG 1983 s. 432 (Grete Roede).

⁶² Jf. EF-forordningen om vertikale avtaler og samordnet opptreden (2790/1999/EC). Se nærmere om franchiseavtaler Kjøttvedgaard *op. cit.* (note 34) s. 223–226.

⁶³ Smnl. definisjonen av «secret» i Kommisjonsforordning 2790/1999/EC (note 54 ovenfor).

⁶⁴ En viktig bestemmelse tuftet på slike synspunkter, er den såkalte «katalogregelen», som man finner i de nordiske opphavsretslovene, og i EF-direktivet om rettslig vern av databaser (96/9/EC), jf. nedenfor.

hensynet til konkurransefriheten, som tilsier at beskyttelsen ikke strekkes så vidt at det skaper unødige konkurransebegrensninger (jf. under 3 ovenfor).⁶⁵

En regel som knytter rettsvernet direkte til foretatte investeringer (eller annen innsats), er den nevnte bestemmelsen i mfl. § 8a, som forbyr etterligninger som innebærer «en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater». I forarbeidene er det fremholdt at «Rent generelt må ... innsatsen ... være såpass verdifull at andre ved en etterligning vil kunne spare arbeid og omkostninger som betyr noe».⁶⁶ Bestemmelsen gir imidlertid ikke en ren investeringsbeskyttelse, idet den også krever at utnyttelsen «fører med seg fare for forveksling», dvs. at det også må foreligge risiko for skade på markedsposisjon.⁶⁷

En ren investeringsbeskyttelse gir derimot mfl. § 8, men denne bestemmelsen er begrenset til en bestemt kategori av frembringelser – tekniske hjelpemidler (tegninger, beskrivelser, oppskrifter, modeller e.l.) – og forutsetter at den som står for utnyttelsen er blitt betrodd hjelpemidlene, eller har oppnådd rådighet over dem gjennom noens rettsstridige handling.

En annen bestemmelse som det er naturlig å ta med i denne sammenheng, er den såkalte «katalogregelen» i åvl. § 43, som i 1999 ble tilpasset EF-direktivet om rettslig vern av databaser (96/9/EC). Direktivet, som ikke – slik tittelen kan gi inntrykk av – bare omfatter databaser, pålegger medlemslandene å etablere rettsvern for «the maker of a database which shows that there has been qualitatively and/or quantitatively a substantial investment in either the obtaining, verification or presentation of the contents to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part, evaluated qualitatively and/or quantitatively, of the contents of that database», jf. art. 7(1). Av fortalen framgår det at «the making of databases requires the investment of considerable human, technical and financial resources while such databases can be copied or accessed at a fraction of the cost needed to design them independently», og at «investment in modern information storage and processing systems will not take place within the

⁶⁵ Jf. førstvoterende i Rt. 1998 s. 1315; NIR 1999 s. 573 (Norges-Is) på s. 1322–1323: «Den konkrete vurderingen [av om et forhold er i strid med «god forretningsskikk», jf. mfl. § 1] må ta utgangspunkt i at vilkåret skal bidra til å sikre sunn konkurranse innen næringslivet. Bestemmelsen kan dermed ikke praktiseres så strengt at den virker hemmende på konkurransen.» Se også annenvoterendes votum på vegne av mindretallet: «Ved vurderingen av om et forhold rammes av [mfl. §§ 1 eller 8a] ... må behovet for å hindre at noen skal kunne snylte på en annens innsats, avveies mot behovet for en mest mulig fri konkurranse. De begrensninger som settes for hvilke virkemidler som kan brukes i konkurransen næringsdrivende imellom, må ikke være så omfattende at konkurransen ... blir urimelig hindret» (s. 1327).

⁶⁶ Innstilling 1966 s. 36. Jf. også førstvoterende i Rt. 1998 s. 1315; NIR 1999 s. 573 (Norges-Is) på s. 1323: «man [må] påse at for eksempel den som gjennomfører en aktiv og kanskje kostbar kampanje for å markedsføre sine produkter, oppnår vern mot at konkurrenter ved navnevalg og liknende høster fordeler av den goodwill vedkommende på denne måten har opparbeidet.» Se videre Lunde *op. cit.* (note 35) s. 254–258.

⁶⁷ Lunde *op. cit.* (note 35) s. 262 mener at hovedvekten bør legges på markedsposisjonen, og ikke på innsatsen. Se nærmere om beskyttelse av markedsposisjon under 4.2 nedenfor.

Community unless a stable and uniform legal protection regime is introduced for the protection of the rights of makers of databases». Det konkurranserettslige vernet virker her som en ren *investeringsbeskyttelse*, og ikke som en beskyttelse av markedsposisjon, idet andre næringsdrivende gjerne må skaffe seg den samme informasjon ved selvstendig flid og arbeid, og utnytte denne i konkurranse med første erverver, men de nektes den snarvei det ville innebære å tilegne seg kunnskapen direkte fra den originære erverver.

De nevnte bestemmelsene viser at lovgiver har ønsket å verne investeringer mot «free riders», men gir ingen ren investeringsbeskyttelse for forretningskonsepter generelt. Spørsmålet er om man skal se disse kasuistisk utformede bestemmelser som utslag av et mer generelt prinsipp om investeringsbeskyttelse, som kan forankres i mfl. § 1, eller om de tvert imot må anses som uttrykk for hvor langt lovgiver har ønsket å gå – så langt, men ikke lenger.

I norsk praksis har det vært lagt til grunn at det bør utvises en viss varsomhet med å anvende generalklausulen i mfl. § 1 på forhold som er beslektet med, men ikke dekkes av, en spesialbestemmelse. I Rt. 1998 s. 1315 (Norges-Is) fremholdt førstvoterende at spørsmålet om generalklausulen kan brukes til å supplere spesialbestemmelsene må avgjøres konkret: «generalklausulen supplerer spesialbestemmelsene i markedsføringsloven og andre lover av konkurranserettslig betydning. Generalklausulen kan anvendes uavhengig av om tilfellet saklig sett også reguleres av en spesialbestemmelse ... Vurderingstemaet vil primært være om det foreligger elementer i saken som ikke fanges opp av vedkommende spesialbestemmelse, og som hensynet til sunn konkurranse tilsier bør gis et vern som går ut over det som følger av spesialbestemmelsen. I denne sammenheng er det et sentralt moment i hvilken utstrekning spesialbestemmelsen kan anses uttømmende å regulere den aktuelle situasjonen» (s. 1322). I forhold til mfl. § 8a er det ikke grunnlag for å anta at bestemmelsen er ment å være uttømmende, slik at rettsvern forutsetter at det ikke bare har funnet sted en urimelig utnyttelse av en annens investering, men at det også må foreligge risiko for forveksling (skade på markedsposisjon). Tvert imot må det anses som sikker rett at generalklausulen kan ramme urimelige etterligninger selv om det ikke foreligger risiko for forveksling, jf. Rt. 1994 s. 1584 (Lego), der førstvoterende fremholdt at «selv om forvekslingsfare ikke kan anses å foreligge, vil slike etterligninger som beskrevet i § 9 [nå § 8a] kunne rammes av den alminnelige bestemmelse – den såkalte generalklausul – i § 1 første ledd» (s. 1586–1587).⁶⁸

Det kan etter dette ikke ses å være noe til hinder for å beskytte forretningskonsepter som er et resultat av vesentlige investeringer, selv om det ikke foreligger noen direkte skade på markedsposisjon. Når forretningskonsepter eller annen knowhow har vært beskyttet, har det riktignok som oftest også foreligget skade på

⁶⁸ Jf. Lunde *op. cit.* (note 35) s. 230–234. Se også RG 1999 s. 1564 (Schjelderup-Lund), som vil bli gjennomgått under 4.2 nedenfor.

markedsposisjon.⁶⁹ Eller det har vært snakk om hemmelig knowhow, som er blitt beskyttet etter reglene om bedriftshemmeligheter.⁷⁰ Dessuten har man de mange tilfeller som dreier seg om beskyttelse i kontraktsrelasjonen, f.eks. overfor tidligere arbeidstakere eller samarbeidspartnere.⁷¹ Men det er ikke vanskelig å tenke seg et behov for vern av investeringer også utenfor de nevnte tilfellene. For det første har man de tilfeller der det overhodet ikke foreligger noen etablert markedsposisjon. Det kan f.eks. gjelde investeringer i den forberedende fasen til en markedsintroduksjon; selv om innehaveren ennå ikke har kommet så langt at han har rukket å opparbeide en posisjon i markedet, bør han være vernet mot at andre på urimelig måte etterligner hans konsept, og dermed utnytter hans investeringer i forberedelsesfasen.⁷² Eller det kan være at innehaveren har gjort betydelige investeringer i utlandet, men ennå ikke kommet så langt som til å lansere konseptet her i landet, slik at noen posisjon på det norske markedet ikke eksisterer.⁷³ For det andre har man tilfeller der det er etablert en markedsposisjon, men hvor denne ikke er blitt utsatt for noen risiko for skade, men hvor man likevel må anse det som stridende mot god forretningsskikk om konkurrentene skaffer seg en uhjemlet fordel ved nærgående etterligning.⁷⁴

4.2 Beskyttelse av markedsposisjon

«Markedsposisjon» brukes her om en næringsdrivendes omdømme eller goodwill, dvs. som betegnelse på de positive forestillinger som knytter seg til en næringsdrivendes varer eller tjenester, eller til hans virksomhet mer generelt (jf. ovenfor ved note 55). Markedsposisjonen forutsetter visse *kommunikasjonsmidler*, f.eks. varemerker, som danner en forbindelse mellom den næringsdrivende og kundekretsen.⁷⁵ Denne forbindelsen har en økonomisk verdi, fordi den danner grunnlaget for at kundene skal finne frem til (og tilbake til) den næringsdrivendes varer og tjenester.

⁶⁹ Se f.eks. RG 1999 s. 1564 (markedsføringsmetode), som vil bli nærmere omtalt under 4.2 nedenfor.

⁷⁰ Se f.eks. Rt. 1997 s. 199; NIR 1998 s. 90 (Cirrus).

⁷¹ Se f.eks. Rt. 1959 s. 712; NIR 1960 s. 120 (skilt) og ovenfor ved note 59.

⁷² Jf. Lunde *op. cit.* (note 35) s. 263. Se også Birger Stuevold Lassen, Oversikt over norsk varemerkerett, 2. utg., Oslo 1997 s. 120–122.

⁷³ Jf. Østre landsrets dom i U 1999 s. 1762 («Who Wants to be a Millionaire?»). Se også Per Brunsvig, Utilbørlig efterligning av produkt under den norske konkurranseloven, NIR 1960 s. 146–165 på s. 150. Smnl. Pariskonvensjonens art. 8, om vern av utlendingers handelsnavn. Se om denne bestemmelsen Stuevold Lassen *op. cit.* (note 72) s. 461–467.

⁷⁴ Se f.eks. Marknadsdomstolens avgjørelser i sakene 1999:21, NIR 2000 s. 102 (Robinsonchips) og 2000:25, NIR 2001 s. 470 (Hästens).

⁷⁵ Smnl. Førsteinstansrettens avgjørelse i sak T-88/00 *Mag Instrument* (ennå ikke i Sml.): «the essential function of a trade mark is to guarantee the origin of the marked goods or services to the consumer or end user ... Only in this way will a consumer who purchases the goods or services identified by the mark be in a position, on a subsequent purchase, to make the same choice, if his experience is a positive one, or to choose differently if it is not» (premiss 31).

Risiko for skade på markedsposisjonens økonomiske verdi forutsetter en forstyrrelse av kommunikasjonsprosessen, typisk ved at en annen næringsdrivende tar i bruk lignende kommunikasjonsmidler, som i kundekretsens bevissthet skaper en forbindelse til de etablerte kommunikasjonsmidler. Det er forskjellige former for kommunikasjonsforstyrrelser som kan skade innehaverens markedsposisjon. Med utgangspunkt i EF-domstolens avgjørelse i *Sabel v. Puma*,⁷⁶ kan man hensiktsmessig skille mellom *tre kategorier*: Risiko for direkte forveksling, risiko for indirekte forveksling og risiko for assosiering.⁷⁷

Risiko for direkte forveksling foreligger der kommunikasjonsmidlene er så like at kundene ikke klarer å holde dem fra hverandre i handelssituasjonen. To varemerker er f.eks. så like at kundene kjøper konkurrentens varer når de har ment å kjøpe fra varemerkeinnehaveren.

Ved *risiko for indirekte forveksling* er ikke likheten så stor at kundene blander sammen kommunikasjonsmidlene, men stor nok til at de kan komme til å anta at det foreligger en *kommersiell forbindelse* i produksjon eller omsetning. Når f.eks. kundene møter det nye varemerket SUNSET for tobakksprodukter, kan de komme til å tro at det er et nytt merke fra samme leverandør som det velkjente SUNRISE.⁷⁸

Selv om kundene verken vil ta feil av varene eller tjenestene, eller tro at det foreligger en kommersiell forbindelse, kan det foreligge likhetstrekk som gjør at innehaverens kjennetegn e.l. *bringes frem i bevisstheten* – når f.eks. kundene møter et yngre kjennetegn, vil det vekke en *assosiasjon* til det eldre.

Alle de tre formene for kommunikasjonsforstyrrelse kan føre til skade på markedsposisjon. Hvis ingen av de tre formene foreligger, vil det derimot normalt ikke oppstå noen slik skade, verken i form av konkret omsetningstap eller en generell svekkelse av markedsposisjonen.⁷⁹ Skal rettsbeskyttelse likevel komme

⁷⁶ Sak C-251/95 *Sabel v. Puma*, Sml. 1997 s. I-6191.

⁷⁷ Se *Sabel v. Puma*, premiss 16: «the likelihood of association may arise in three sets of circumstances: (1) where the public confuses the sign and the mark in question (likelihood of direct confusion); (2) where the public makes a connection between the proprietors of the sign and those of the mark and confuses them (likelihood of indirect confusion or association); (3) where the public considers the sign to be similar to the mark and perception of the sign calls to mind the memory of the mark, although the two are not confused (likelihood of association in the strict sense).»

⁷⁸ Eksempelet er fra OHIM-avgjørelsen R-109/99 *Sunset Tobacco v. Badische Tabakmanufaktur*. Se i denne forbindelse også SØ- og Handelsrettens dom i NIR 2001 s. 224 (EVA-TRIO), der bruk av tilnærmet identisk innpakning for en gryteserie ble ansett å skape risiko for forveksling, selv om varene ble solgt under helt ulike varemerker (henholdsvis LUCIANO og EVA-TRIO).

⁷⁹ Smnl. Rt. 1995 s. 1908; NIR 1996 s. 351 (MOZELL), der førstvoterende etter å ha konstatert at det ikke forelå risiko for forveksling, uttalte at «Det er vanskelig å se at bruken av ordmerket MOZELL og figurmerket i dets nåværende form – anvendt på mineralvann – kan være egnet til å medføre skadevirkninger for vinprodusentene i Moseldistriktet, heller ikke i form av «uttynnning» av Mosel som opprinnelsesbetegnelse» (s. 1918). Unntaksvis kan nok imidlertid et merke bli utsatt for slitasje selv om konkurrentens merkebruk ikke fremkaller assosiasjoner til det første merket, og det heller ikke foreligger risiko for forveksling, f.eks. dersom to merker som brukes for ulike vareslag fremkaller samme forestillingsbilde, uten at de dermed blir assosiert med hverandre.

på tale, må det i så fall være på grunnlag av de investeringer som er nedlagt i forretningskonseptet (jf. under 4.1 ovenfor), eller den intellektuelle innsats som ligger bak (jf. under 4.3 nedenfor).

De grunnleggende bestemmelser til beskyttelse av markedsposisjoner finner man i varemerkeloven. Etter vml. §§ 4 og 6 kan innehaveren av et varemerke forby andre å bruke lignende varemerker for lignende vareslag, dersom dette skaper risiko for forveksling («er egnet til å forveksles»). Det følger av praksis at rettsvernet etter varemerkeloven som hovedregel bare omfatter tilfeller der det foreligger risiko for direkte eller indirekte forveksling.⁸⁰ Dersom et varemerke er «velkjent», kan det imidlertid også være vernet mot risiko for assosiering, forutsatt at bruken av det andre merket ville bety «en urimelig utnyttelse eller forringelse av dets anseelse (goodwill)», jf. § 6 annet ledd.⁸¹

Med det omfanget varemerkebegrepet har fått etter nyere praksis (se ovenfor ved notene 50–52), vil varemerkeretten trolig dekke en vesentlig del av behovet for vern av markedsposisjoner. Men i enkelte tilfeller må vernet suppleres med grunnlag i den alminnelige konkurranserett. Det kan f.eks. foreligge en risiko for forveksling som ikke skyldes bestemte varemerker, men som oppstår som følge av likhetstrekk mellom forretningskonseptene som helhet, herunder bruken av reklamemidler, markedsføringskanaler o.l.⁸² Det kan også hende at risiko for assosiering bør kunne rammes etter markedsføringsloven, selv om tilfellet faller utenfor rekkevidden av bestemmelsen i vml. § 6 annet ledd.

En avgjørelse fra Patentstyrets annen avdeling, inntatt i NIR 2001 s. 284, kan tjene som eksempel: Innehaveren av varemerket McDONALD'S reiste innsigelse mot registreringen av McMOON for alle varer i klasse 30 (kaffe, brød, bakverk og konditorvarer, spiseis, sauser, krydder mv.). Annen avdelings flertall fant at varemerkene ikke var egnet til å forveksles, og at registreringen av McMOON heller ikke kunne anses å ha skjedd i strid med bestemmelsen i § 6 annet ledd: «Selv om bestemmelsens ordlyd kan sies å åpne for en tolkning som utvider de vanlige rammer for kjennetegnslikhet, og selv om det kan foreligge situasjoner som *de lege ferenda* kan tale for en slik lesning, må man etter flertallets oppfatning legge avgjørende vekt på at så vel redaksjonen som lovhistorien viser at § 6 handler om *vareslagslikhet*, og ikke om kjennetegnslikhet ... Noe unntak fra lovens vanlige krav om kjennetegnslikhet som vilkår for å konstatere forvekselbarhet, kan etter flertallets oppfatning ikke forankres i lovens § 6 annet ledd» (s. 286). McMOON måtte således godtas til registrering, men det ble uttalt at *bruken av merket* etter omstendighetene vil kunne rammes etter markedsføringsloven: «det kan finnes

⁸⁰ *Sabel v. Puma* (note 76), premissene 18–21.

⁸¹ Se nærmere om bestemmelsen Riis *op. cit.* (note 55) s. 37 flg.

⁸² Jf. Koktvedgaard *op. cit.* (note 34) s. 342: «Der kan ... tænkes tilfælde, hvor man ... generelt lægger sig for tæt på konkurrenterne, fx gennem *systematisk efterligning* af deres forretningskoncept og/eller produktlinier.»

andre hindringer for et varemerke enn de strengt varemerkerettslige. Subjektivt klanderverdig snyltevirksomhet i markedsføringen vil kunne rammes av generalklausulen i markedsføringslovens § 1 første ledd ... Dette innebærer at det i en del tilfelle vil bli registrert varemerker som registreringsinnehaveren ikke vil kunne bruke i markedsføringen på vanlig måte. I en sak som den foreliggende vil formentlig spørsmålet om søkerens motiv for å velge merket McMOON kunne ha vesentlig betydning for vurderingen etter markedsføringsloven, men kan vanskelig trekkes inn ved registreringsmyndighetens vurdering av forvekselbarhetsspørsmålet» (s. 285–286).⁸³

Markedsføringslovens bestemmelser har en særlig oppgave der en handlemåte *både* representerer et element av kommunikasjonsforstyrrelse (risiko for forveksling eller assosiering) og utnyttelse av en annens investeringer. Mens det etter varemerkeloven bare er risikoen for markedsforstyrrelse som er relevant, legger nemlig markedsføringsloven opp til at de to aspektene skal ses i sammenheng.⁸⁴ Dette følger som nevnt direkte av mfl. § 8a, som legger vekt både på om det har skjedd en «urimelig utnyttelse av en annens innsats» og på om det er «fare for forveksling». Siden bestemmelsen således åpner for å legge vekt også på innsatsen, er det rimelig å anta at den etter omstendighetene kan komme til anvendelse der risikoen for forveksling er mindre enn den som kreves etter varemerkeloven.⁸⁵

Også i andre tilfeller kan markedsføringsloven supplere det varemerkerettslige vernet av markedsposisjoner. Som det fremgikk av Annen avdelings uttalelse i McMOON, kan det f.eks. hende at etterligningen bærer preg av *illojalitet* eller andre subjektivt klanderverdige forhold, som varemerkeretten i liten grad åpner for å ta hensyn til,⁸⁶ men som man ønsker å ramme av hensyn til den sunne konkurranse.⁸⁷

Dommen i Rt. 1998 s. 1315 (Norges-Is) er egnet til å belyse dette. Selskapet Norsk Iskrem BA, som i forbindelse med markedsføringen av sitt ismerke DIPLOM-IS hadde brukt slagordet «Hele Norges iskrem», gikk til sak mot Norges-Is AS, som hadde søkt registrering av varemerket NORGES-IS. Høyesteretts flertall kom til at bruken av *firmaet* Norges-Is AS verken kunne anses stridende mot firmaloven eller varemerkeloven, særlig under hensyn til kjenne-tegnes svake særpreg og beskrivende karakter. Bruk av NORGES-IS som

⁸³ Se fra svensk praksis Marknadsdomstolens avgjørelse om Hästens rutemønstrede madrasser, sak 2000:25 (NIR 2001 s. 470), der Skeidar ble dømt for «renommésnylting» (den svenske markedsføringslovens § 4) i et tilfelle der risiko for forveksling ikke forelå. Se også Ulf Bernitz, Gunnar Karnell, Lars Pehrson og Claes Sandgren, Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 7. utg., Stockholm 2001 s. 256–257 og Erling Borchert og Frank Bøggild, Markedsføringsloven, København 2001 s. 108–111.

⁸⁴ Se f.eks. Eidsivating lagmannsretts dom i RG 1976 s. 426 (Eswa).

⁸⁵ Jf. Rt. 1998 s. 1315; NIR 1999 s. 573 (Norges-Is). Tilsynelatende motsatt Lunde *op. cit.* (note 35) s. 238.

⁸⁶ Jf. Stuevold Lassen *op. cit.* (note 72) s. 280–287.

⁸⁷ Jf. Brunsvig *op. cit.* (note 73) s. 156 og Madsen *op. cit.* (note 40) s. 204.

varekjennetegn ble derimot ansett å være i strid med god forretningsskikk, dels under henvisning til de *betydelige investeringer* Norsk Iskrem BA hadde gjort i forbindelse med en forutgående markedsføringskampanje – rettet mot svenske GB – der slagordet hadde vært benyttet, og dels under henvisning til at Norges-Is AS ikke hadde utnyttet de foreliggende variasjonsmuligheter. Førstvoterende, på vegne av flertallet, tok utgangspunkt i at kravet om god forretningsskikk «verner ... om lojaliteten i næringslivet, og henviser til en alminnelig lojalitetsvurdering. Ved denne vurderingen kan både forhold av subjektiv karakter og de objektive kriteriene i saken være relevante ... Den konkrete vurderingen må ta utgangspunkt i at vilkåret skal bidra til å sikre sunn konkurranse innen næringslivet» (s. 1322). Selv om det ble ansett å foreligge et klart friholdelsesbehov for uttrykk som henspiller på det nasjonale – et behov som ble ansett utslagsgivende ved den kjennetegnsrettslige vurderingen – kunne dette ikke anses avgjørende etter markedsføringsloven: «Selv om det nok kan ha en viss egenverdi å framheve det nasjonale i markedsføringen, kunne ikke valget av Norges-Is være nødvendig for å nå de mål man angivelig ønsket å nå. Dette kunne også ha vært oppnådd ved å bruke andre navn som henspilte på det nasjonale uten å ha samme nærhet til Norsk Iskrem BA. I en situasjon som den foreliggende bør man derfor ikke under henvisning til en alminnelig rett til å bruke språket kunne legge seg tett inn på en konkurrents firmanavn og dennes slagord, og dermed ved bruk av firmaet som varekjennetegn skape en forvekslingsfare med mulighet for å høste fordeler av goodwill opparbeidet av konkurrenten» (s. 1324).⁸⁸

Den konkrete anvendelse av de alminnelige kjennetegns- og konkurranserettslige prinsipper på forretningskonsepter, reiser særlig to spørsmål. For det første hvilken betydning konseptet skal tillegges for utmålingen av det vern som tilkommer de enkelte elementer. En kan f.eks. tenke seg at to nokså like varemerker utnyttes i forbindelse med nokså ulike konsepter, eller at varemerker med relativt beskjedne likhetstrekk utnyttes i temmelig like konsepter. For det andre kan man spørre hvilket vern et forretningskonsept nyter i seg selv, som en sammensatt helhet, uavhengig av, eller i tillegg til, de elementene det består av. Dette spørsmålet har særlig interesse for konsepter som består av et antall enkeltelementer som ikke i seg selv har noe vern, samt i situasjoner der de elementene som eventuelt er vernet, ikke har blitt utnyttet av konkurrenten.

I varemerkeretten er det på det rene at spørsmålet om det foreligger en krenkelse må vurderes i lys av den *kontekst* varemerket inngår i. Ikke bare skal den påståtte inngriperens varemerke vurderes som en helhet, men det skal også tas i betraktning hva slags varer han bruker det på, hvorledes varene omsettes, hvilke kunder han henvender seg til osv. Det avgjørende er hvorledes gjennomsnittsför-

⁸⁸ Se også Rt. 2000 s. 110 (Leather Man) og Rt. 1995 s. 1908; NIR 1996 s. 351 (MOZELL). Jf. Brunsvig *op. cit.* (note 73) s. 161–162. Norges-Is-dommen er kritisert av Lunde *op. cit.* (note 35) på s. 285–286 og 311–312.

brukeren – som anses å være alminnelig opplyst, rimelig oppmerksom og velinformert – oppfatter kjennetegnene i handelssituasjonen.⁸⁹ Tilsvarende prinsipper må i utgangspunktet legges til grunn for den konkurranserettslige forvekselbarhetsvurderingen etter mfl. § 8a,⁹⁰ selv om det i forhold til denne bestemmelsen – som nevnt – etter omstendighetene kan bli tale om å legge terskelen for den objektive forvekselbarhet noe lavere, under hensyn til de foretatte investeringer og eventuelle subjektivt klanderverdige forhold.

Det er innlysende at konteksten kan påvirke risikoen for forveksling eller assosiering i begge retninger: På den ene siden kan elementer som brukes i tilknytning til selve varemerket forsterke likheten, og dermed øke risikoen for skade på markedsposisjon. På den andre siden kan elementer i konteksten skape ulikhet og øke avstanden til det beskyttede elementet.

MOZELL-dommen i Rt. 1995 s. 1908 er et eksempel på at de elementer som ledsager et varemerke kan bidra til å fremkalle en risiko for forveksling eller assosiering. Spørsmålet i saken var bl.a. om varemerket MOZELL for mineralvann som inneholdt råsaft av druer og epler, var egnet til å villedde (jf. vml. § 14 første ledd nr. 2 og § 36 annet ledd), eller i strid med god forretningsskikk (jf. mfl. § 1), fordi det kunne gi kundekretsen inntrykk av at produktet inneholdt fruktsaft fra Moseldistriktet, eller virke skadelig for interessene til vinprodusentene i Moseldalen. Høyesterett anså det klart at bruken av ordmerket MOZELL ikke i seg selv var egnet til å villedde eller fremkalle forveksling. Heller ikke kunne det

⁸⁹ Jf. EF-domstolens avgjørelse i sak C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik v. Klijsen*, Sml. 1999 s. I-3819: «According to the ... case-law [of the Court of Justice], likelihood of confusion on the part of the public must be appreciated globally, taking into account all factors relevant to the circumstances of the case ... [T]he global appreciation of the likelihood of confusion must, as regards the visual, aural or conceptual similarity of the marks in question, be based on the overall impression created by them, bearing in mind, in particular, their distinctive and dominant components. The wording of Article 5(1)(b) of the Directive – «... there exists a likelihood of confusion on the part of the public ...» – shows that the perception of marks in the mind of the average consumer of the category of goods or services in question plays a decisive role in the global appreciation of the likelihood of confusion. The average consumer normally perceives a mark as a whole and does not proceed to analyse its various details ... For the purposes of that global appreciation, the average consumer of the category of products concerned is deemed to be reasonably well-informed and reasonably observant and circumspect ... However, account should be taken of the fact that the average consumer only rarely has the chance to make a direct comparison between the different marks but must place his trust in the imperfect picture of them that he has kept in his mind. It should also be borne in mind that the average consumer's level of attention is likely to vary according to the category of goods or services in question» (premissene 18 og 25–26). Jf. også Stuevold Lassen *op. cit.* (note 72) s. 332: «Det er alltid en konkret og praktisk spørsmålsstilling man står overfor, der svaret må gis under hensyn til varenes art, omsetningskretsens sammensetning, omsetningsmåten, osv. ... Å gi en helt generell og noenlunde uttømmende regel om hvor stor ulikhet det må være mellom kjennetegnene for at man skal kunne si at kjennetegnslikhet ikke foreligger, er allerede av denne grunn umulig. Avgjørelsene må alltid bero på en *helhetsvurdering*. De vil derfor også alltid måtte være i utpreget grad forankret i de faktiske omstendighetene i den enkelte sak.»

⁹⁰ Se generelt Lunde *op. cit.* (note 35) s. 234–246.

anses å oppstå noen slik risiko når ordet ble kombinert med bildet av et norsk fjordlandskap. Når derimot produsenten – i en tidlig fase – hadde valgt å utstyre flaskene med et bilde som hadde «et umiskjennelig preg av vindistrikt, og ... etiketten for øvrig hadde større likhet med en vinetikett enn mineralvannetiketter flest», kunne førstvoterende ikke se det annerledes enn at «kombinasjonen av ordmerket og figurmerket i noen grad innebar en utnyttelse av assosiasjoner til andre næringsdrivendes produkter».⁹¹

Selv om ulikheter kan bidra til å forebygge risiko for forveksling, må det advares mot å legge for stor vekt på dette. Ulikheter kan nemlig meget vel være tilstrekkelige til å unngå direkte forveksling, uten at de dermed er tilstrekkelige til å forebygge indirekte forveksling eller risiko for assosiering med et etablert forretningskonsept; selv om gjennomsnittsforbrukeren registrerer ulikhetene, og holder varene eller tjenestene fra hverandre, kan likhet i enkelte elementer få ham til tro at det foreligger en kommersiell forbindelse, eller iallfall fremkalle det etablerte konseptet i hans bevissthet. Selv om direkte forvekslinger unngås, kan det dermed foreligge risiko for forveksling (eller assosiering) i varemerkelovens eller markedsføringslovens forstand.

Spørsmålet om hvilket vern et forretningskonsept nyter som en sammensatt helhet – den egentlige *konseptbeskyttelse* – må vurderes etter konkurranserettens alminnelige prinsipper. Etter disse kan det neppe anses tvilsomt at et konsept etter omstendighetene kan ha et vern utover det som tilkommer de enkelte elementer. Grunnlaget for vernet må dels søkes i den innsats som ligger i innsamlingen og sammenstillingen av elementene, og dels i den risiko for skade på markedsposisjon som kan oppstå når likhet foreligger i en rekke enkelttrekk. Selv om likheten i de enkelte elementer ikke er tilstrekkelig til å fremkalle risiko for forveksling eller assosiering, kan summen av likheter ha en slik effekt.⁹²

Et eksempel på konseptbeskyttelse gir den foran under 3 nevnte lagmannsrettsdommen i RG 1999 s. 1564 (Schjelderup-Lund). Reklamebyrået Schjelderup-Lund hadde – etter engelsk forbilde – utviklet en arbeidsmetode for gjennomføringen av samarbeidet mellom byrået og annonsøren under utviklingen av en reklamekampanje, og denne metoden ble markedsført under et særskilt registrert

⁹¹ Jf. også den ovenfor refererte dommen i Rt. 1998 s. 1315; NIR 1999 s. 573 (Norges-Is). Norsk Iskrem BA kunne som nevnt ikke nekte en konkurrent å bruke Norges-Is AS som firma, men konkurrenten kunne ikke bruke sitt firma «på måter som i forbindelse med markedsføring av varer kan skape fare for forveksling av selskapets varer og Norsk Iskrem BAs varer. For å forebygge slik forveksling kan Norges-Is AS etter omstendighetene f.eks. måtte bruke særpreget skriftform, tilføyelse av stedsnavn m.v., og iallfall unngå å bruke eventuell særpreget skriftform m.v. som Norsk Iskrem BA måtte ha benyttet» (s. 1326). Førstvoterende erkjente at grenseoppgangen kunne falle vanskelig, men henviste Norges-Is AS til å innrette seg i henhold til den alminnelige «plikt til å vise lojalitet mot andre rettighetshavere ved bruk av kjennetegn».

⁹² Jf. Lunde *op. cit.* (note 35) s. 256: «Måten flere kjende element er sett saman på til eit ferdig produkt, vil ... samla sett kunne tale for vern mot etterlikning.»

varemerke, ADaxept. Det var enighet mellom partene om at Schjelderup-Lund ikke kunne hindre andre byråer i å tilby en «tilsvarende tjeneste». «Det er tjenestens kjennetegn,» heter det i dommen, «herunder dens navn og den produktbeskrivelsen man har valgt i markedsføringen, som eventuelt er gjenstand for beskyttelse. Lagmannsretten finner at byrået her har sannsynliggjort at det gjennom undersøkelser i marken og utvikling av produktbeskrivelse og produktkjennetegn har foretatt en produktutvikling og en presentasjonsmåte som er beskyttet mot illojal etterligning» (s. 1569). Bates-Gruppen, som hadde lansert en lignende tjeneste under varemerket ADapt, ble av lagmannsretten ansett å ha handlet i strid med god forretningsskikk: «Produktnavnet og beskrivelsen av de forskjellige fasene i prosessen er samlet sett så påfallende like at det foreligger en etterligning som på urimelig måte utnytter en annens innsats. At uttrykk som benyttes i presentasjonen dels er alminnelig kjent i reklamebransjen, er ikke avgjørende. Det er etter en samlet vurdering at Bates' markedsføring fremstår som en etterligning» (l.c.). Det var således summen av likhetstrekk – likhetstrekk som etter lagmannsrettens mening medførte «at kundene oppfatter situasjonen slik at de får samme tjeneste» – og ikke likhet i noe enkelt element, som ble ansett avgjørende.⁹³ Schjelderup-Lund hadde ikke engang anført at retten til varemerket ADaxept var krenket.

Den danske avgjørelsen i U 1999 s. 1762 (Østre landsret) synes basert på en tilsvarende rettsoppfatning. Spørsmålet var her om Danmarks Radio med sitt program «Kvit eller Dobbelt» hadde krenket rettighetene til tv-formatet «Who Wants to be a Millionaire?». Formatet var utviklet av et engelsk foretak gjennom to år, og de fakturerte arbeidstimer hadde kostet omkring 100 000 pund. Elementene i formatet var visstnok originale; rekruttering av deltagere skjer ved såkalt «telefon-casting», som både har til formål å foreta en foreløpig utvelgelse, og finansiere premiene gjennom telefongebyrene; på dette grunnlaget velges det ut en pulje på ti personer, hvorfra den endelige deltaker utvelges i starten av programmet, ved det såkalte «Fastest Finger First-prinsippet», dvs. at den som først markerer riktig svar på et spørsmål får delta i selve konkurransen. Også opplegget av konkurransen følger et fast mønster, bl.a. med fire alternative svar på hvert spørsmål («Multiple Choice»), og adgang til å bruke tre bestemte hjelpemidler («Life Lines»). Bruk av bakgrunnsmusikk og lyssetting skal understreke den «dramatiske stemning». Fogedretten, som landsretten sluttet seg til, anså etterligningen som stridende mot god forretningsskikk, idet den uttalte at «Kvit eller Dobbelt» av seerne måtte antas å «opfattes som den danske version af «Who

⁹³ Lagmannsretten tok ikke standpunkt til om den risiko for «sammenblanding» av tjenestene som forelå, kunne anses som en «fare for forveksling» i forhold til mfl. § 8a, idet etterligningen iallfall kunne rammes etter generalklausulen i § 1. Etter lagmannsrettens beskrivelse av situasjonen, synes det å ha foreligget en *risiko for direkte forveksling* (jf. ovenfor ved note 77), som bør kunne rammes også etter § 8a.

Wants To Be A Millionaire». Uanset at musikken ikke er ens, og at «Kvit eller Dobbel» indeholder underholdningsindslag, fremtræder programmet med påfaldende mange lighedspunkter med hensyn til selve quizzens udførelse. Dette gælder den måde, hvorpå udsendelsen starter, deltagernes placering, den grafiske opsætning, den visuelle fremtoning, anvendelsen af Multiple-Choice og Life Lines, anvendelsen af skærme, værtens fysiske entre og attitude, farvevalg m.v.» (s. 1767). Det ble også lagt vekt på at «Who Wants to be a Millionaire» hadde «et vist særpræg», og på at Danmarks Radio under utviklingen av «Kvit eller Dobbel» hadde «tilstræbt at efterligne» det engelske formatet.⁹⁴

I Sverige synes innstillingen til konkurranserettslig vern generelt, og til vern av forretningskonsepter spesielt, å ha vært mer restriktiv. Marknadsdomstolens avgjørelse i Hemglass-saken (1993:26) viser dette med tydelighet. Hemglass Sverige AB hadde utviklet et konsept for salg av is fra frysebiler, som alle var malt i en bestemt blåfarge, utstyrt med like skilt og reklamelys. Videre ble det benyttet et bestemt lydsignal for å varsle bilens ankomst, reklametrykksaker og plakater av et visst format og utseende, samt særpregede varemerker mv. Glassbilen i Sverige AB hadde tatt i bruk et lignende konsept i franchiseform, med samme type biler, nær identisk farge, og likheter i bl.a. produktutvalg og markedsføring. Marknadsdomstolen kom til at verken elementene i konseptet eller konseptet som helhet var vernet mot Glassbilens etterligning.

Allerede bedømmelsen av enkeltelementene signaliserer en restriktiv holdning. Om fargebruken heter det f.eks.: «Marknadsdomstolen finner att Glassbilen har till sina bilar valt en blå färgnyans som är anmärkningsvärt lik den blå färgen på Hemglass bilar. Det får hållas för troligt att konsumenterna i inte obetydlig utsträckning kan förväxla de båda företagens bilar på grund av likheten i färgsättning, även om bilarnas utsmyckning i övrigt skiljer sig väsentligt från varandra. Det kan också hållas för troligt att färglikheten innebär att Glassbilen drar fördel av den association mellan blå bil och glassförsäljning som konsumenter får antas ha på grund av Hemglass långvariga verksamhet. Marknadsdomstolen har emellertid i tidigare avgöranden ... funnit att användandet av en viss färg inte i och för sig kan ge särprägelse. Samma bedömning måste göras i detta fall.» Og selv ikke når likhetstrekkene ble sett i sammenheng, fant Marknadsdomstolen grunnlag for å konstatere at det var skjedd en krenkelse: «Marknadsdomstolen finner vid en sådan bedömning att Glassbilens marknadsföring som helhet har fått en form som ligger anmärkningsvärt nära Hemglass. Inget av de ovan bedömda inslagen i marknadsföringen har dock befunnits otillbörligt i och för sig. Visserligen måste de motsvarande inslagen i Hemglass marknadsföring tillsammans anses ha större särskiljningsförmåga än varje inslag för sig. Inslagen har dock inte heller tillsam-

⁹⁴ Dommen er kommentert av Steffensen *op. cit.* (note 49). Se nedenfor under 4.3 om de opphavsrettslige spørsmål i forbindelse med tv-formater.

mans i första hand en särskiljande funktion. I stället framstår de i stort sett som naturliga beståndsdelar i en affärsverksamhet som bygger på idén att sälja glass från ambulerande bilar. Marknadsföringsmetoder av detta slag måste normalt, om inte annat följer av särskild lagstiftning, med hänsyn till det allmänna intresset av effektiv konkurrens få användas av envar.»

Avgjørelsen i Hemglass-saken bør trolig ses som utslag av en foreldet rettsoppfatning. Når det foreligger risiko for forveksling, og saksøkte ved etterligning har dratt nytte av, og utsatt for skade, innehaverens markedsposisjon, er det inkonsistent å slutte at det ikke har skjedd en krenkelse fordi forretningskonseptet ikke har «særskiljningsförmåga»; hadde konseptet ikke hatt «særskiljningsförmåga», ville det heller ikke foreligget en markedsposisjon som kunne utnyttes av saksøkte. En må i denne forbindelse også huske på at konsepter som i utgangspunktet har vært nokså frie for særpreg, kan ha ervervet særpreg gjennom bruk eller innarbeidelse.⁹⁵ Marknadsdomstolens avgjørelse har da også vært utsatt for kritikk⁹⁶ – etter min mening med rette – og nyere praksis kan tyde på at domstolen er på vei bort fra denne restriktive linje,⁹⁷ mot en rettsoppfatning nærmere den som forlengst har vært etablert i Norge og Danmark.

4.3 Opphavsrettslig vern

De nordiske opphavsrettslover – i Norge åndsverkloven – verner kunstneriske og litterære verk, såfremt de oppfyller kravet om *verkshøyde*, dvs. at de skal besitte en viss *originalitet*. Grunnlaget for beskyttelsen er verken de foretatte investeringer eller en opparbeidet markedsposisjon, men den *skapende innsats* som kommer til uttrykk gjennom verket. Det opphavsrettslige vernet skiller seg således grunnleggende fra investeringsbeskyttelsen (ovenfor under 4.1) og beskyttelsen av markedsposisjoner (ovenfor under 4.2), noe som på flere måter får betydning for det vernet som oppnås. Iøynefallende er det at selve krenkelsesvurderingen må bli annerledes, fordi det ikke kan legges noen vekt på om opphavsmannens investeringer er utnyttet, eller om det har skjedd et angrep på hans markedsposisjon; det avgjørende er om de kunstneriske eller litterære elementer i verket er utnyttet på en måte som innebærer at etterligningen frembringer den samme estetiske opplevelse hos betrakteren. Videre vil en opphavsrettslig beskyttelse kunne påberopes selv om konseptet er helt ukjent her i landet, og uansett om opphavsmannen har noen planer om å utnytte det her eller ikke. Om f.eks. en nordmann kopierer et australsk forretningskonsept, og lanserer dette på det norske markedet, vil neppe mfl. § 8a komme til anvendelse (men kanskje § 1, jf.

⁹⁵ Jf. Brunsvig *op. cit.* (note 73) s. 159.

⁹⁶ Jf. Ulf Bernitz, Förväxlingsbart utnyttjande av kännetecken och marknadsföringskoncept?, *Juridisk Tidskrift* 1993–94 s. 540–545.

⁹⁷ Se f.eks. sakene 1999:21, NIR 2000 s. 102 (Robinsonchips), 2000:25, NIR 2001 s. 470 (Hästens) og 2000:28, NIR 2001 s. 479 (Företagskatalogen).

ovenfor ved note 73), mens den opphavsrettslige beskyttelse vil være upåvirket av om den australske opphavsmannen har noen interesse i det norske markedet. Endelig kan det nevnes at en eventuell opphavsrettslig beskyttelse gir tilgang til åndsverklovens sanksjonsbestemmelser, som i enkelte sammenhenger kan tenkes å stille opphavsmannen bedre enn de alminnelige erstatningsrettslige og prosessuelle regler som kommer til anvendelse overfor krenkelser av markedsføringsloven.

Det opphavsrettslige vernet reiser en rekke vanskelige spørsmål, som det ville føre for langt å gå nærmere inn på i denne sammenheng. Jeg må derfor nøye meg med å antyde noen utgangspunkter for vurderingen, og mulige måter å løse problemene på.

Spørsmålet om opphavsrettslig beskyttelse har først og fremst vært diskutert i forbindelse med tv-formater,⁹⁸ men har ikke betydning bare for denne typen av forretningskonsepter. Åndsverkloven likestiller som hovedregel all slags kunstneriske og litterære verk, så i den utstrekning forutsetningene med hensyn til verkets art og originalitet er oppfylt, skulle f.eks. et franchisekonsept innenfor restaurantbransjen kunne nyte den samme beskyttelse som et format for et «gameshow» e.l.

Det er på det rene at *beskrivelsen* av et forretningskonsept (manualen) kan nyte opphavsrettslig vern som et litterært verk. Det er imidlertid usikkert hvilken beskyttelse dette gir opphavsmannen. Klart nok vil det gi beskyttelse mot ettergjøring ved fremstilling av eksemplarer av selve beskrivelsen, men beskrivelsen i seg selv har normalt begrenset verdi. Det opphavsmannen ønsker beskyttelse mot, er utnyttelse av konseptet i markedet, ved produksjon og kringkasting av tv-programmer, åpning av nye restauranter osv. Prinsipielt kan opphavsretten til beskrivelsen av konseptet gi en slik beskyttelse, på samme måte som et skjønnlitterært verk kan være vernet mot filmatisering. Man kan imidlertid ikke få enerett til tekniske eller merkantile prinsipper alene ved å beskrive dem litterært.⁹⁹ Det kan i denne forbindelse trekkes en parallell til tekniske tegninger, som i praksis er blitt ansett å nyte et temmelig begrenset vern: «Det er et grunnleggende prinsipp at når åndsverkloven beskytter tekniske tegninger, jf § 1 nr 11, gjelder beskyttelsen ikke de tekniske løsninger eller det produkt som tegningen beskriver.»¹⁰⁰ Men

⁹⁸ Jf. note 49 ovenfor.

⁹⁹ Jf. Birger Stuevold Lassen, Om tyveri av bygninger og anlegg – idébeskyttelse og vern mot etterligning (foredrag i Norsk Forening for Bygge- og Entrepriserett), Oslo 1988 s. 3: «Opphavsretten beskytter ... *aldri en idé, aldri en teknisk lære* – den beskytter overhodet *aldri verkets innhold, men bare dets utforming.*»

¹⁰⁰ Rt. 1997 s. 199; NIR 1998 s. 90 (Cirrus) på s. 219. Jf. Stuevold Lassen *op. cit.* (note 99) s. 3–4: «Det er nok en betydelig forskjell på tegningenes vern som *tegnkunst*, og deres vern som *bygningskunst*. – Vernet for bygningskunsten er hos oss sterkt preget av frykt for at vernet skal gi monopol på planløsninger og andre løsninger av mer teknisk karakter, slik at man her i realiteten skal få patenter, med hundre års varighet eller mer. – Det må regnes med at norske domstoler vil være tilbakeholdende med å akseptere bygningskunst som åndsverk med krav på vern etter opphavsrettsloven, og at de når de gjør det, vil gi bare en nokså begrenset beskyttelse – altså arbeide med en smal beskyttelses sektor.»

dette «grunnleggende prinsipp» kan åpenbart ikke strekkes så langt som til å oppstille en regel om at et produkt aldri kan anses som en krenkelse av opphavsretten til en tegning eller beskrivelse. Det avgjørende etter åndsverkloven er om «produktet», f.eks. et tv-program eller en restaurant, kan anses som en «bearbeidelse, i annen litteratur- eller kunstart eller i annen teknikk» (§ 2) eller som et nytt og selvstendig verk (§ 4 første ledd).¹⁰¹ Noen effektiv beskyttelse vil disse prinsipper trolig ikke gi. Dessuten vil det antagelig nokså sjelden kunne bevises at saksøkte faktisk har hatt tilgang til manualen. Som regel vil konseptet kunne etterlignes uten denne.¹⁰²

Videre kan enkelte *elementer* i et forretningskonsept kan være vernet som åndsverk, f.eks. en kjenningsmelodi, interiør- eller studiodekorasjoner, en original logo osv. Etterligninger av slike elementer må bedømmes på vanlig måte, og det er prinsipielt uten betydning at elementene inngår i et forretningskonsept. Hvis elementene er vesentlige i konseptet, vil en slik beskyttelse kunne være verdifull. Men den vil ikke alltid ha noen særlig kommersiell slagkraft, fordi forutsetningen for å konstatere en krenkelse er at *de kunstneriske eller litterære* elementene i verket er ettergjort, på en slik måte at etterligningen formidler vesentlig samme estetiske opplevelse. En etterligning som nyttiggjør seg verkets kommersielle kvaliteter, men ikke de estetiske, vil dermed ikke representere en krenkelse av opphavsretten.¹⁰³

Endelig kan man tenke seg en opphavsrettslig beskyttelse av *konseptet i seg selv*, eventuelt som et *sammensatt verk* etter åvl. § 1, eller som *samleverk* etter § 5. Et sammensatt verk foreligger når flere enkeltverk stilles sammen, som f.eks. hvor kjenningsmelodi, scenedekorasjoner og replikker settes sammen til et film- eller sceneverk. Samleverk er beslektet med sammensatte verk, men ved samleverk har man en opphavsmann også til selve sammenstillingen. I den grad elementene i konseptet ikke kan skilles fra hverandre som særskilte verk, foreligger det eventuelt et *fellesverk*, om flere opphavsmenn har vært inne i bildet (jf. åvl. § 6 første ledd).¹⁰⁴

Rettslitteraturen synes generelt å ha stilt seg skeptisk til opphavsrettslig beskyttelse av tv-formater. I *Schønning*s kommentar til den danske opphavsrettsloven heter det f.eks. at «Programkonsepter på radio/tv-området (formater) nyder næppe opphavsretsbeskyttelse».¹⁰⁵ Det fremgår ikke klart hva Schønning i denne forbindelse sikter til med «Programkonsepter», men formentlig sikter han

¹⁰¹ Smnl. Oslo byretts dom i RG 2000 s. 1042 (Hebler) der en scenedekorasjon for en serie av fjernsynsprogrammer ble ansett som en selvstendig bearbeidelse av et maleri.

¹⁰² Jf. Grønæk *op. cit.* (note 49) s. 90.

¹⁰³ Jf. Rt. 1962 s. 964; NIR 1963 s. 204 (Wegner).

¹⁰⁴ Jf. Birger Stuevold Lassen, Sameie i opphavsrett og i opphavsrettslige «naboretter», TfR 1983 s. 324–428 på s. 326–332.

¹⁰⁵ Peter Schønning, Ophavsretsloven med kommentarer, 2. utg., København 1998 s. 136. I samme retning Wallberg *op. cit.* (note 44) s. 55 og Lambert *op. cit.* (note 49) s. 389–390.

kun til de underliggende ideer, og ikke til det konkrete uttrykk konseptet har fått, f.eks. i et tv-program.¹⁰⁶ En slik forståelse ble iallfall lagt til grunn av Sø- og Handelsretten i saken om «Who Wants to be a Millionaire?» (se ovenfor ved note 94), der den uttalte at et «tv-format er en samling idéer og prinsipper, som isolert set ikke ydes ophavsretlig beskyttelse ... Den konkrete udformning af et tv-program kan imidlertid være ophavsretligt beskyttet. For at bedømme, om rekvisitus i denne relation har krænket rekvirenten, skal der foretages en lighedsbedømmelse. Det afgørende for en krænkelse er, om der på væsentlige og afgørende punkter er et sådant sammenfald mellem de to programmer, at de kan siges at udgøre samme værk» (s. 1766).

I nyere litteratur finner man til dels kritiske bemerkninger til en såpass restriktiv anvendelse av de opphavsrettslige regler. *Grønæk* hevder at oppfatningen beror på foreldede synspunkter om hva et tv-format er: «Udformningen af de ældre, simple formater hænger ved til skade for de nye, detaljerede tv-formater ... Et moderne tv-format, der i detaljer beskriver alle de elementer, der indgår deri via en omfattende manual samt via f.eks. musik-noder, arkitekt- og tekniske tegninger over sættet, må antages at være en tilstrækkelig konkret udformning af den bagvedliggende idé.»¹⁰⁷ Dette syn støttes også av *Steffensen*, som mener at «Spørgsmålet er således ... ikke om formater generelt kan nyde ophavsretlig beskyttelse. Dette er ... utvivlsomt tilfældet. Spørgsmålet er snarere, om et konkret foreliggende format er tilstrækkeligt originalt.»¹⁰⁸

Kritikken er imidlertid i noen grad preget av at det ikke skilles klart mellom den beskyttelsen manualen eller konseptbeskrivelsen nyter som litterært verk (jf. ovenfor ved notene 100 og 101), den beskyttelsen tv-programmene har som filmverk – eventuelt som en serie av filmverk¹⁰⁹ – og endelig den beskyttelsen formatet kan ha i seg selv. Et mulig opphavsrettslig vern for tv-formater og andre forretningskonsepter må nemlig, her som ellers, i praksis ta utgangspunkt i en fysisk manifestasjon – eventuelt flere – av konseptet (verket), dvs. i et *eksempel*, som for tv-formater kan være selve filmopptaket, og for andre konsepter selve forretningsstedet eller avbildninger av dette. Dette betyr at bare de elementer i konseptet som fremtrer for omverdenen gjennom eksemplaret kan anses som en del av verket, som vil være relevante ved krenkelsesvurderingen. Underliggende prinsipper, f.eks. for økonomistyring, kan ikke tas i betraktning. Det samme gjelder løsrevne deler, som ikke fremstår i sammenheng med de øvrige delene av

¹⁰⁶ Karnell *op. cit.* (note 49) s. 492–493 er kritisk til idébegrepet.

¹⁰⁷ Grønæk *op. cit.* (note 49) s. 83–84.

¹⁰⁸ Steffensen *op. cit.* (note 49) s. 197.

¹⁰⁹ Spørsmålet om en serie av programmer – programmenes «common unifying features», eller seriens «skeleton structure» – kan bedømmes som et åndsverk, har særlig vært drøftet av Karnell *op. cit.* (note 49) s. 493 flg. Uansett hvorledes man ser på dette, vil trolig programmene i serien ofte være så like, at et eventuelt opphavsrettslig vern for serien ikke vil avvike vesentlig fra vernet for det enkelte program som filmverk.

konseptet. For igjen å ta saken om «Who Wants to be a Millionaire?» som eksempel (se ovenfor ved note 94): Verken ideen om å finansiere premiene ved telefongebyrer eller måten å utføre den såkalte «telefon-casting» på, kan anses som en del av et eventuelt åndsverk. Dette betyr at de såkalte konsepter eller formater neppe vil nyte noe vern som går ut over den beskyttelse de har som filmverk, brukskunst e.l. I et opphavsrettslig perspektiv er det derfor grunn til å gi sin tilslutning til *Lambert*, når han uttaler at tv-formater vanskelig kan betraktes som annet enn «de prinsipper, som styrer tv-programmet, og som ikke er ophavsrettlig beskyttet. TV-programmet er således værket i dets konkrete form, mens formatet er de bagvedliggende idéer og prinsipper, der er tilgjengelige for enhver.»¹¹⁰ Overfor denne oppfatningen er det ikke noe avgjørende argument at også de underliggende ideer, og detaljeringen av disse, kan være resultater av betydelige investeringer, og romme verdifulle erfaringer. Opphavsretten tar ikke sikte på å beskytte den slags innsats, som mer hensiktsmessig kan beskyttes etter de konkurranserettslige regler som ble gjennomgått ovenfor under 4.1 og 4.2.

5. Avslutning

Spørsmålet om rettsvern av forretningskonsepter og -metoder har så mange sider, og involverer så mange rettsområder, at det ikke har vært mulig å gi det en fremstilling som er fullt dekkende – verken i bredden eller dybden. Jeg har heller ikke foretatt noen egentlig sammenligning av rettstilstanden i de nordiske landene, eller vurdert behovet for ny lovgivning i et nordisk perspektiv. Et slikt nordisk perspektiv ville uansett være for snevert for et emne som dette, som i det minste må vurderes i en europeisk sammenheng. Mitt opplegg har vært konsentrert om gjeldende rett, og som grunnlag for diskusjonen vil jeg sammenfatte mine viktigste konklusjoner:

- a) Forretningsmetoder med *teknisk karakter* kan beskyttes ved patentering, forutsatt at de alminnelige vilkår for patentering er oppfylt, bl.a. kravene om nyhet og oppfinnelseshøyde. Hva som skal til for å gi en forretningsmetode teknisk karakter er fortsatt uavklart. Den sparsomme europeiske praksis som foreligger kan tyde på at *formålet* med fremgangsmåten må være å frembringe et teknisk resultat, i motsetning til administrative, finansielle o.l. resultater. Det kan imidlertid anføres gode grunner for å anse det tilstrekkelig om en fremgangsmåte gjør bruk av en fysisk anordning eller frembringer et konkret, praktisk resultat.
- b) Kravet om oppfinnelseshøyde bør anses oppfylt dersom oppfinnelsen *som helhet* ikke var nærliggende for en gjennomsnittsfagmann som var kjent med

¹¹⁰ *Lambert op. cit.* (note 49) s. 390.

teknikkens stand. Alle hindre som måtte overvinnes for å komme frem til oppfinnelsen bør tas i betraktning, hva enten disse hindre i seg selv var av teknisk karakter eller ikke. En forretningsmetode bør derfor kunne patenteres selv om det oppfinneriske ikke ligger i selve de tekniske elementer, men f.eks. i nye finansielle, organisatoriske e.l. prinsipper.

- c) Gode argumenter kan anføres for at man *de lege ferenda* ikke bør åpne for en utvidet adgang til patentering av forretningsmetoder, men det er lite trolig at en slik konservativ holdning vil få gjennomslag på lengre sikt. Snarere er det grunn til å tro at rettsutviklingen vil bevege seg i retning mot «amerikanske tilstander».
- d) *Funksjonelle ideer* som ikke er patentbeskyttet kan som hovedregel anvendes av enhver. Den konkurranserettslige beskyttelse etter markedsføringsloven kan som hovedregel bare gi vern for den *konkrete utformingen* av et forretningskonsept, herunder konseptets fremtoning i markedet.
- e) Forretningskonsepter, som franchisekonsepter, tv-formater etc., kan være beskyttet etter markedsføringsloven, særlig etter den såkalte «generalklausulen», dersom de er resultater av *vesentlige investeringer* eller det foreligger *risiko for forveksling eller assosiering*. Både risiko for direkte eller indirekte forveksling, og risiko for assosiering, kan etter omstendighetene være tilstrekkelig.
- f) Ved vurderingen av om det har skjedd en rettsstridig etterligning, bør omfanget av investeringene og risikoen for forveksling eller assosiering ses i sammenheng, slik at jo større investeringene har vært, desto mindre krav stilles til risikoen for forveksling eller assosiering. Etter omstendighetene kan en etterligning være rettsstridig selv om det ikke foreligger risiko for forveksling eller assosiering.
- g) TV-formater og andre forretningskonsepter kan nyte opphavsrettslig vern. Det opphavsrettslige vernet kan gjelde beskrivelsen av konseptet (manualen) som litterært verk, de enkelte kunstneriske eller litterære elementer som inngår i konseptet, f.eks. en melodi eller en dekorasjon, eller det kan gjelde den konkrete utformingen av konseptet som helhet.
- h) Vernet av manualen som *litterært verk* vil sjelden gi noen effektiv beskyttelse. De enkelte *elementene* i konseptet nyter alminnelig opphavsrettslig vern, dersom kravet om verkshøyde er oppfylt. Beskyttelsen er snever, i den forstand at beskyttelsen bare kan påberopes overfor etterligninger som formidler samme kunstneriske eller litterære inntrykk, og ikke overfor dem som bare har utnyttet elementets kommersielle verdi. Endelig kan *konseptet i seg selv* være vernet, men beskyttelsen omfatter ikke de underliggende prinsipper, bare den konkrete utformingen av konseptet, slik det fremtrer for betrakteren. For tv-formater kan det gjelde programmets forløp, scenografi, programlederens «stil» mv. For andre konsepter, f.eks. restaurantkonsepter, kan det gjelde interiør, stemningsskapende effekter etc.

Sven Unger

Professionsansvar för advokater och andra
rådgivare – omfattning, försäkringsmöjligheter
och friskrivningsklausuler

Professionsansvar för advokater och andra rådgivare – omfattning, försäkringsmöjligheter och friskrivnings- klausuler

Av advokat *Sven Unger*, Sverige
Mannheimer Swartling Advokatbyrå

Utgångspunkten är att det skadeståndsrättsliga ansvaret är ett culpaansvar. Bedömningen av aktsamhetsnormen påverkas av bl a om rådgivaren utger sig för att vara – eller kan med fog förväntas vara – specialist på det aktuella området. Mycket långtgående reservationer kan innebära att rådgivaren inte utför sitt uppdrag. Reservationer kan också vara påstående som grundar skadeståndsansvar. Frågan om advokats ansvar för självständiga medarbetare kommer sannolikt att aktualiseras oftare, pga ökad specialisering och internationalisering som innebär att en rådgivare oftare än förr måste lägga ut deluppdrag på andra. Försäkringsmöjligheterna är än så länge goda. I vissa speciella ärenden finns det utrymme för även advokater att begränsa sitt ansvar.

Sven Unger är född 1947. Han blev advokat 1978. Under åren 1992–1996 var han ordförande i Sveriges advokatsamfund. Han är verksam vid Mannheimer Swartling Advokatbyrå, och arbetar med affärsjuridik, främst associationsrätt.

1. Professionsansvarets omfattning

Om man är energisk kan man behandla professionsansvaret i tre olika avseenden:

- (i) skadeståndsansvar; som gäller för alla rådgivare
- (ii) disciplinärt ansvar; som gäller för vissa rådgivare, t ex advokater
- (iii) straffansvar. Förutom allmänna regler om medverkan, finns i Sverige en särskild straffregel i lag (1985:354) om förbud mot juridiskt eller ekonomiskt biträde i vissa fall.

Jag kommer här att behandla endast skadeståndsansvaret. Det blir långrandigt nog ändå.

1.1 Utgångspunkt

Utgångspunkten torde i all enkelhet vara att skadeståndsansvaret för såväl advokater som andra rådgivare är ett culpaansvar. Omfattningen i tiden bestäms av de allmänna reglerna om preskription. För ”sysslomän” finns i Sverige en särskild preskriptionstid: ”inom natt och år” som den så poetiskt beskrivs i Handelsbalken. En del rådgivare har ofta uppdrag som syssloman (advokater t ex). I sysslomans

uppgifter kan i och för sig ingå en viss rådgivning, men rådgivning i allmänhet är inte sysslomannaskap.

1.2 Skadeståndsansvaret för advokater

1.2.1 Aktsamhetsnormen

Om vi så har tagit till utgångspunkt att ansvaret är ett culpaansvar, är nästa fråga: hur fastställa aktsamhetsnormen?

Påverkas kravet på advokaten av

- om advokaten har kort eller lång erfarenhet som advokat?
- om advokaten utger sig ha specialistkompetens på det aktuella rättsområdet?
- om advokaten arbetar på en stor eller liten byrå?
- om advokaten tar mycket eller litet betalt?
- om advokaten inte tar betalt alls?
- om advokaten har kort eller lång tid på sig att besvara en fråga?
- om ärendet för klienten är av stor betydelse personligt eller ekonomiskt eller på annat sätt?
- om rättsområdet är ovanligt?
- om rättsläget nyligen har ändrats på ett avgörande i sista instans; eller på en lagändring?
- om advokaten inlindar sitt svar med en rad reservationer om att rättsläget är oklart; eller att frågan är svår att bedöma etc?
- om advokaten grundat sitt råd på uppgifter från klienten vilka visade sig vara felaktiga?

1.2.2 Några exempel

Låt oss ta ett exempel (svensk rätt):

En klient ber advokaten om hjälp med att utfärda kallelse till ordinarie bolagsstämma att hållas snarast. Advokaten konstaterar att det är ett privat aktiebolag och att stämman inte skall behandla en ändring av bolagsordningen. Advokaten bedömer då att en kallelsetid om två veckor är tillräckligt, och kallelse utfärdas genom annons för 10.000 kronor. Därefter hör upprörda aktieägare av sig och påpekar att det är för kort kallelsetid. Det visar sig att bolagets bolagsordning inte innehåller någon bestämmelse om att kallelse får ske på två veckor. I sådant fall måste kallelsetiden vara minst fyra veckor. Detta framgår entydigt av lagtexten, så från den synpunkten är frågan inte komplicerad. Advokaten har dock inte beaktat denna regel.

Bolaget beslutar att ställa in stämman och kalla till en ny. Skada: onödig annonskostnad om 10.000 kronor. Är advokaten skadeståndsskyldig?

Variant 1: Advokaten är allmänpraktiserande och enmansbyrå, och sysslar sällan med aktiebolagsrätt.

Enligt min mening fråntar just detta inte advokaten från skadeståndsansvar. Bristande erfarenhet av ett rättsområde bör föranleda advokaten att avböja uppdraget, inte att avböja skadeståndsansvaret.

Om vi varierar exemplet: Klientens företrädare är bolagets VD som advokaten framgångsrikt biträtt i andra ärenden – familjerättsliga och fastighetsrättsliga. När VD:n kommer och vill ha hjälp med kallelsen, svarar advokaten att han inte sysslar med bolagsrätt, och föreslår VD:n att gå någon annanstans. Men VD:n svarar att han inte vill eller inte hinner och ber advokaten göra så gott han kan.

Påverkar detta ansvaret?

Låt oss variera exemplet ytterligare: Advokaten läser på regeln att det måste finnas en bestämmelse i bolagsordningen som tillåter den kortare kallelsetiden om två veckor. Han ber VD:n om ett exemplar av bolagsordningen och protokoll från stämma där denna antagits. Han får dessa dokument och där finns en bestämmelse som anger att den kortare kallelsetiden är tillåten. Grundat på detta ger advokaten rådet att kallelsetiden kan vara två veckor. Men så visar det sig att denna bolagsordningsändring inte blivit registrerad i Patentverket, och alltså inte får tillämpas. Advokaten kontrollerar inte detta. Och så blir det fel.

Advokaten har utgått från klientens uppgifter men har inte kontrollerat att de var riktiga.

Är han skadeståndsansvarig då?

1.2.3 Kontroll av uppgifter från klienten

I de svenska vägledande reglerna om god advokatsed sägs att advokat inte är skyldig att kontrollera riktigheten av de uppgifter som hans klient lämnar honom, om det inte finns särskild anledning. Den här regeln tror jag inte skall tillämpas utan vidare i bedömningen av vilken omsorg advokaten skall visa i förhållande till klienten vid utförande av uppdraget. Den här regeln är intagen i samband med vilka uppgifter advokaten får lämna i domstol när han utför talan. Det är dessutom en regel som är avsedd för det disciplinära ansvaret.

När det gäller det skadeståndsrättsliga ansvaret tycker jag man kan resonera så här: Man får skilja på olika typer av uppgifter, och man måste också ta hänsyn till vem klienten är.

- a. Är det uppgifter som klienten är bäst på att ta fram, t ex om interna förhållanden i ett bolag som omsättningssiffror eller personalens anställningstid, bör huvudregeln vara att advokaten kan utgå från de uppgifter han får från klienten. Om det emellertid är så att advokaten bör förstå att klienten inte riktigt begriper vad det är fråga om, bör advokaten kontrollera uppgifterna så gott det nu går.
- b. Är det uppgifter som är lätta att kontrollera i offentliga register – som t ex bolagsbordningar och firmatecknare – bör det ligga på advokaten att kontrollera dem. Om emellertid uppgifterna lämnats av en erfaren och skicklig bolagsjurist bör advokaten kunna utgå från att de är riktiga.

I vart fall i en typ av ärenden är det vanligtvis en självklar rutinåtgärd att advokaten skall kontrollera klientens uppgifter: det gäller i processer. Om exempelvis ett företag är inblandat i en process kan det tänkas att företrädare för bolaget lämnar ofullständiga uppgifter därför att

- a. de inte förstår betydelsen av de uppgifter de inte lämnar, eller
- b. de inte känner till alla viktiga uppgifter, vilket däremot andra anställda i bolaget kanske gör, varför advokaten inte kan nöja sig med vad bara en företrädare berättar: advokaten måste borra vidare, eller
- c. de inte vågar lämna en viss uppgift för att de tror att den skadar deras, eller någon arbetskamrats, karriär i bolaget, eller
- d. de "glömt" vissa åtgärder hos det egna bolaget eller motparten därför att dessa talar till bolagets nackdel.

Här ligger i kravet på omsorg att advokaten så långt möjligt på eget initiativ försöker få fram uppgifter för att begränsa risken av att klienten går in i en process där det senare dyker upp tidigare okända uppgifter som – om de varit kända tidigare – hade föranlett en helt annan inriktning på processen eller kanske ingen process alls.

1.2.4 Reservationer

En särskild fråga är om advokatens ansvar påverkas av reservationer kring det råd han ger. Jag menar här reservationer till skillnad från uttryckliga ansvarsbegränsningar.

Exempel på en reservation är: Rättsläget är oklart eller frågan är svår att bedöma så något säkert svar kan inte ges.

Jag tror man bör skilja på några olika fall, när en klient ber advokaten om en bedömning av en viss fråga.

Till att börja med kan alltför omfattande reservationer som utmynnar i ett intetsägende svar innebära att advokaten inte lämnar en bedömning. Klienten har bett om en bedömning, och advokaten har helt enkelt inte utfört sitt uppdrag.

Det är vidare så att en reservation också är ett påstående för vilket advokaten bär ansvar.

Exempel: En klient överväger att genomföra en viss åtgärd om skatten blir högst 100 men han är inte beredd att genomföra den om skatten blir mer än 100.

Advokaten svarar att mycket talar för att skatten blir högst 100, men att frågan är svårbedömd och det finns inget säkert svar. Grundat på detta råd avstår klienten från transaktionen och går miste om en vinst före skatt på 110. Om det då är så att lagtext, rättsfall och doktrin entydigt säger att skatten skall bli högst 70 och det finns ingenting som pekar på att skatten skulle bli mer, och i andra fall med samma förutsättningar visar det sig att skatten blir inte mer än 70: har advokaten då ådragit sig skadeståndsskyldighet genom sitt onödigt reservationstyngda svar, som föranlett klienten att avstå från affären?

Jag tror att man kan tänka sig fall där advokaten i detta läge blir skadeståndsskyldig.

Ett annat exempel: En klient vill genomföra ett marknadsföringsprogram och ber advokaten om en bedömning: innehåller programmet något som är olagligt?

Advokaten svarar att programmet har inslag som kanske innebär bestickning (muta), och så redogör advokaten för vad som talar för detta och vad som talar för att det kanske inte är bestickning. Klienten säger då att han förstår vad advokaten sagt, att klienten nu måste välja mellan att lägga ner företaget eller köra marknadsföringsprogrammet, att han naturligtvis inte vill köra programmet om det är olagligt, men att han heller inte vill lägga ner företaget om det är så att det är lagligt att köra programmet. Klienten befinner sig således i situationen att han inte bara kan säga att för säkerhets skull låter jag bli – det valet får nämligen mycket dystra följder, och det valet vill han således inte göra om det inte är nödvändigt. Han ber advokaten inte om en rättsutredning, ty det har han redan fått, utan om advokatens egen bedömning: är det olagligt eller inte? I detta läge kan advokaten naturligtvis säga att jag kan inte lämna en sådan bedömning. Han åtar sig helt enkelt inte uppdraget. Det är fullt hedervärt. Men om advokaten åtar sig uppdraget, finns det inte längre utrymme för reservationer. Svaret måste vara ja eller nej. Svaret kan motiveras utförligt med resonemang fram och tillbaka, men måste slutligt utmynnas i ja eller nej. Och då menar jag inte ett påstående att det garanterat förhåller sig på ett visst sätt, utan just advokatens bedömning av hur det är.

I praktiken finns det naturligtvis ganska många fall där klienten vill ha inte bara en rättsutredning med för och emot (en sådan kan han i och för sig också vara intresserad av och ha användning för), utan också en bedömning som mynnar ut i ja eller nej. I de fall advokaten tycker det är för svårt att göra en sådan bedömning kan han avstå från uppdraget. Men han kan också välja att ta uppdraget, och får då ta ansvar för sin bedömning. Om den visar sig felaktig innebär det inte nödvändigtvis att han blir skadeståndsansvarig: har han läst på och i övrigt gjort sin bedömning med tillräcklig omsorg blir han inte skadeståndsansvarig. Om i exemplet med marknadsföringsprogrammet advokatens svar blir att han bedömer att det är olagligt, kan den bedömningen visa sig vara felaktig, och har advokaten inte varit omsorgsfull nog, kan han bli skadeståndsansvarig.

Man hör ibland, när en advokat har lämnat ett råd som lett till negativa resultat, uttalanden (av andra, som har facit i hand) i stil med: "Han behövde ju inte vara så tvärsäker, han kunde ju ha reserverat sig". Om detta kan sägas att det må vara att man inte skall vara tvärsäker; och det är naturligtvis så att i advokatens uppgift ligger att peka på risker (och möjligheter) med olika handlingssätt, men det är viktigt att komma ihåg att när alla risker är påpekade och reservationer avgivna, kommer klienten till en punkt där han måste välja mellan A och B, och då önskar han ibland en bedömning, eller ett råd, av advokaten, och då är reservationernas tid förbi, ty valet mellan A och B kan inte innehålla några reservationer.

Med dessa mångordiga resonemang om reservationer vill jag sammanfattningsvis framhålla följande.

- (i) För många reservationer kan innebära att svaret blir innehållslöst och oanvändbart och då har advokaten inte utfört sitt uppdrag.
- (ii) En reservation är också ett påstående, som kan vara felaktigt och skadeståndsgrundande.
- (iii) I vissa uppdrag ingår att lämna en bestämd bedömning om A eller B skall väljas och den bedömningen kan motiveras med påpekande av risker etc, men måste mynna ut i en bestämd slutsats: A eller B.

Stundom ingår i advokatens uppdrag att ge råd inte bara i strikt juridiska frågor, utan även i andra avseenden, t ex affärsmässiga eller personliga, eller ”i största allmänhet”. Ansvaret är strängare i de juridiska frågorna. Rent praktiskt kan det naturligtvis ibland vara svårt att i efterhand sortera ut vilket led i resonemangen som betydde vad för det råd som det hela mynnade ut i.

1.2.5 Ansvaret för självständiga medarbetare

Exempel: Advokaten A har klientens uppdrag att ”sköta det juridiska” i samband med en företagsöverlåtelse. Advokaten A finner att i en delfråga om svensk miljö rätt saknar han erforderlig kompetens och anlitar advokat B att utreda denna fråga och lämna råd. Vidare krävs att en deltransaktion registreras i Italien. För detta anlitar advokat A den italienska advokaten C.

Vilket ansvar har advokat A för advokat B och för advokat C? Är det tillräckligt att han *utvalt* B och C med omsorg och varit omsorgsfull i sina instruktioner? Eller kräver aktsamhetsnormen att A också *övervakar* B och C? Har det någon betydelse för A:s ansvar om han utan att meddela klienten anlitat B och C, jämfört med om A meddelar klienten i förväg och kanske ”kommit överens” med klienten att B och C anlitas? Om klienten inte meddelats om att andra advokater anlitas: är det skillnad på ansvaret för B och C? Har advokat A ett strängare ansvar för B eftersom B anlidades om en fråga i svensk rätt? Är A:s ansvar för C lindrigare eftersom det var uppenbart att A inte själv kunde klara av italiensk rätt?

1.2.6 Förhållandet mellan skadeståndsansvaret och det disciplinära ansvaret

I de svenska vägledande reglerna om god advokatsed sägs att juridiska råd skall vara grundade på erforderlig undersökning av gällande rätt och att uppdrag skall utföras med omsorg, noggrannhet och tillbörlig skyndsamhet.

Om en advokat ådöms en disciplinär påföljd för att han ansetts bryta mot den regeln, och klienten lidit en ekonomisk skada, torde en domstol påverkas av detta i sin bedömning av huruvida advokaten levtt upp till aktsamhetsnormen.

Men det finns ingen nödvändig koppling mellan skadeståndsansvar och

disciplinansvar. Man kan tänka sig fall där advokaten gjort ett misstag som är skadeståndsgrundande utan att han därför brutit mot god advokatsed.

Om däremot advokaten genom en handling som innebär brott mot god advokatsed orsakat klienten en ekonomisk skada, är det högst sannolikt att han blir skadeståndsansvarig. Reglerna om god advokatsed är ju ett viktigt inslag – om än inte det enda – vid bestämmandet av aktsamhetsnormen.

Redan titeln advokat är ett viktigt inslag i bestämmandet av aktsamhetsnormen. En av grundidéerna med Advokatsamfundet är ju just att framhålla att här har den rättssökande allmänheten en kår vars ledamöter har en viss hygglig nivå när det gäller kunskap, erfarenhet, etik och omdöme. Detta gäller i och för sig redan innan vi kopplar på det disciplinära ansvaret, men det ansvaret understryker vad Advokatsamfundet vill framhålla om advokatens särskilda egenskaper.

1.3 Skadeståndsansvaret för andra rådgivare

1.3.1 Allmänt

Utgångspunkten är, som sagt, även här ett culpaansvar.

I rättsliga angelägenheter är – allmänt sett – aktsamhetsnormen för andra rådgivare inte lika sträng som för advokater.

Vid bestämmande av aktsamhetsnormen är naturligtvis en viktig utgångspunkt vilken kompetens rådgivaren utger sig för att ha eller med fog kan förväntas ha inom det område han verkar: byggsektor, kapitalförvaltning etc.

I ett tidigare avsnitt har jag pekat på några faktorer som kanske kan påverka kravet på advokaten: den tid rådgivaren har på sig osv. De flesta av dessa faktorer torde vara aktuella att tillämpa även för andra rådgivare än advokater.

En annan omständighet som kan påverka bestämmandet av aktsamhetsnormen är förekomsten av mer eller mindre utförliga regler eller rekommendationer utvecklade av eller för branschen (liksom regler om god advokatsed). Typexempel i Sverige är Föreningen Auktoriserade Revisorers etikregler och rekommendationer i redovisningsfrågor.

Inom vissa andra branscher, exempelvis fondförvaltning, har det riktats kritik mot sättet att behandla konsumenterna. Detta har föranlett branschen att upprätta rekommendationer för verksamheten. Dessa åtgärder kan tänkas ha vidtagits för att dämpa kritiken och bättra på branschens anseende. En effekt av dessa rekommendationer kan bli att de kommer att utgöra underlag vid bestämmandet av aktsamhetsnormen.

1.3.2 Revisorer

För revisorer finns i Sverige särskilda regler om skadeståndsansvar. Dessa finns i aktiebolagslagen och avser revisorer endast vid utförande av uppdraget som revisorer i aktiebolag. I det uppdraget ingår inte nödvändigtvis rådgivning. Men rådgivning kan ingå även om det inte är nödvändigt. Till sin typ är ansvaret ett

culpaansvar – så det skiljer sig i så måtto inte från vad som skulle gällt även utan regeln i aktiebolagslagen. Betydelsen av den regeln gäller istället kretsen av skadeståndsberättigade och tidsfrister för skadeståndstalan. Regeln innehåller också att om ett revisionsbolag är revisor, revisionsbolaget *och* den för revisionen huvudansvarige är ersättningsskyldiga.

Det kanske kan nämnas att under de senast 10–15 åren har vi – åtminstone i Sverige – kunnat notera en markant ökning av antalet fall där revisorer krävs på skadestånd; och stora skadestånd. En del av dessa har avsett ”rena” revisionsuppdrag men en del har nog avsett också allmän rådgivning. En av förklaringarna till denna ökning av antalet krav kan nog vara det enkla faktum att revisorer har försäkringar.

1.3.3 Fastighetsmäklare

I fastighetsmäklarens uppdrag ingår, enligt svensk lag, rådgivning ”i den mån god fastighetsmäklarsed kräver det”. Fastighetsmäklaren skall dessutom, enligt lagen, ge råd till både köpare och säljare, oavsett vem som är hans uppdragsgivare; vilket onekligen är en mycket säregen situation. Fastighetsmäklares skadeståndsansvar är också särskilt lagreglerat i Sverige. Även det är ett culpaansvar. Skadeståndsansvaret gäller både mot köpare och säljare, oavsett vem som är mäklarens uppdragsgivare.

1.4 Skadeståndsansvaret mot tredje man

Ett exempel: En advokat upprättar en due diligence-rapport på uppdrag av ett klientföretag A, som överväger att köpa alla aktier i målbolaget B. Rapporten tillställs klientföretaget A. A lämnar kopia av rapporten till en bank som på grundval av rapporten lånar ut pengar till A för finansiering av förvärvet, som sedan genomförs. Banken får aktier i pant. Målbolaget B har ett värdefullt 5-årigt licensavtal med C. Strax efter det att A köpt aktierna i B, säger C upp licensavtalet, med hänvisning till att aktierna i B övergått till ny ägare. Licensavtalet ger C denna rätt. Detta har inte påpekats i due diligence-rapporten. A betalar inte sitt lån till banken, som realiserar panten. Panten har halverats i värde när nu B inte längre har licensavtalet. Banken gör en kreditförlust.

Är advokaten skadeståndsskyldig mot banken?

Frågan faller möjligtvis något utanför ramen för ämnet rådgivares skadeståndsansvar. En due diligence-rapport kan dock innehålla inslag av rådgivning, liksom en legal opinion om frågor kring hållbarheten av vissa bestämmelser i ett låneavtal.

Det är fastlagt i ett rättsfall i Högsta domstolen i Sverige att om D skriver ett fastighetsvärderingsintyg till uppdragsgivaren E, kan D bli skadeståndsansvarig mot en bank som D inte har något avtal med och som så till vida är tredje man, och som ”förlitar sig” på värderingsintyget. Avgörande för utgången var att denna typ av intyg typiskt sett var avsett att användas av tredje man, och var utfärdat av en professionell värderare som måste ha insett detta.

Nu är det kanske inte så vanligt att en rådgivares råd till en klient typiskt sett skall ligga till underlag för en tredje mans beslut om exempelvis att låna ut pengar. Men det kan tänkas fall, exempelvis due diligence-rapporter och legal opinions, där rådgivaren inser att åtminstone i det aktuella fallet klienten/uppdragstagaren/adressaten har avsett att visa upp dokumentet för tredje man. Ett sätt att försöka undvika ett ansvar mot tredje man är att författaren uttryckligen anger i dokumentet att det är avsett endast för adressaten, och att författaren inte tar något ansvar för annans användning. Jag kan inte se något bärande skäl varför inte en sådan förklaring skulle hålla.

Det kan ju tänkas fall då klienten säger att i så fall har jag ingen användning för dokumentet, för min avsikt var just att visa upp det för banken för att kunna låna pengar. Ja, då har man klarlagt att uppdraget var något annat än vad rådgivaren tänkt sig. Och så får man hantera situationen från denna nya utgångspunkt.

2. Försäkringsmöjligheter

2.1 Advokater

Såvitt jag känner till finns det hyggliga möjligheter för advokater att genom försäkringar skydda sig för risker med skadeståndsansvaret.

Sveriges advokatsamfund har sedan 1970-talet ordnat en ansvarsförsäkring för advokater och deras anställda. Försäkringen är avsedd att ge ett grundskydd. För närvarande är försäkringsbeloppet 3 miljoner kronor vid varje skada. Försäkringsens tak är totalt (dvs för alla försäkrade) 150 miljoner kronor per försäkringsår. En av tankarna med försäkringen är att se till att "den vanlige konsumenten" har ett skydd: man räknar med att enskilda personer inte normalt drabbas av skador över 3 miljoner kronor i detta sammanhang. Premien som betalas för denna samfundets försäkring motsvarar ca 10.000 kronor per advokat och biträdande jurist.

Många advokatbyråer behöver naturligtvis härutöver försäkringar som täcker långt större belopp. Såvitt jag känner till tas sådana försäkringar hos försäkringsbolag både i Sverige och utomlands. Vad jag vet är försäkringsmöjligheterna hyggliga i den meningen att det finns möjligheter att täcka risker upp till rimliga belopp utan prohibitivt dyra premier. Det finns också möjligheter att lägga självrisk i olika steg: exempelvis den första självrisken är 10, sedan täcker försäkringen mellan 10 och 100, sedan är självrisken mellan 100 och 150, sedan täcker försäkringen mellan 150 och 200. Det finns alltså möjligheter att variera sitt skydd efter vad man tycker kan vara lämpligt.

2.2 Andra rådgivare

Jag har inte hört annat än att det fortfarande finns hyggliga möjligheter för t.ex. revisorer och fastighetsmäklare att försäkra sig.

3. Friskrivningsklausuler

3.1 Advokater

3.1.1 Inledning

Begränsningen av advokatens skadeståndsansvar kan ske på två sätt. Det ena är en med klienten avtalad begränsning av ansvaret. Ordet friskrivningsklausul kan möjligtvis leda tanken till friskrivning helt från ansvar. Sådana klausuler torde allmänt sett vara ovanliga i affärslivet, och torde inte och borde inte förekomma alls i advokats avtal med klient. Vad det handlar om normalt är en begränsning av ansvaret, och vanligtvis används ordet ansvarsbegränsning snarare än friskrivning; här får vi väl anse att ordet friskrivning innebär friskrivning från en del av ansvaret.

Ett annat tänkbart sätt att begränsa advokatens ansvar vore om advokaten fick driva sin verksamhet i form av aktiebolag (aktieselskab) på samma villkor som andra näringsidkare. Denna fråga ryms inte i rubriken men har ett visst samband med den avtalade ansvarsbegränsningen, så jag tänker därför beröra den något här.

3.1.2 Aktiebolagslagens ansvarsbegränsning

Fram till för ca 25 år sedan var det förbjudet för advokat i Sverige att driva sin verksamhet i aktiebolag. Detta sammanhänger med den "klassiska" uppfattningen om advokatuppdraget såsom något så personligt att det var otänkbart att advokaten drev rörelsen i aktiebolag. Kring år 1980 skedde en ändring. Men den hade faktiskt inte alls med ansvaret att göra. Bakgrunden var att år 1975 svenska politiker: socialdemokrater, centerpartister och folkpartister (liberaler) röstade igenom en regel som innebar att vissa medborgare skulle betala mer än 100 % av sina inkomster i skatt. De som drabbades av denna regel var de som inte drev sin verksamhet i aktiebolag: exempelvis författare som normalt inte hade behov av aktiebolag, och advokater som inte fick driva aktiebolag.

Att socialdemokrater röstade för en regel om mer än 100 % i skatt är inte överraskande eftersom det ligger i linje med deras ideologi (eller i varje fall i förlängningen av linjen). Att centerpartister röstade för denna regel är inte heller överraskande, eftersom centerpartiet inte har någon ideologi och eftersom för övrigt ingenting som centerpartiet gör längre väcker någon förvåning. Däremot kan man tycka att det var överraskande att liberaler medverkade till att medborgarna skulle betala mer än 100 % i skatt: det är en lite speciell form av liberalism att befria medborgarna från alla deras inkomster.

Alltnog.

Det fanns även hängivna anhängare av den sociala ingenjörskonsten som ansåg att det här var att gå ett steg för långt. Men politikerna var orubbliga. Då startade man i Sveriges advokatsamfund ett projekt som skulle leda till att advokaten skulle få driva sin verksamhet i aktiebolagsform. Detta hade dock som sagt inte

med det personliga ansvaret att göra, och det markerades av att man föreslog en särskild regel om att advokat som driver verksamheten i aktiebolagsform svarar personligen solidariskt med bolaget för förpliktelser mot klienter. Resultatet blev så småningom en lagändring som öppnade möjligheten för advokaten att arbeta i aktiebolag, och med den särskilda regeln om ansvaret mot klienter.

(Parentetiskt kan nämnas att den absurda skatteregeln senare ändrades, men inte på grund av hövliga påpekanden om orimligheten, utan på grund av att den folkkära författarinnan Astrid Lindgren i början av 1976 upplystes om att hon skulle betala mer än 100 % i skatt. Hon skrev då "Sagan om Pomperipossa": en lysande satir med skatteregeln som måltavla. Dåvarande finansministern Gunnar Sträng bemötte henne pösigt: Astrid Lindgren var nog bra på att skriva sagor, men hon förstod sig inte på siffror. Astrid Lindgren replikerade att hon lovade att sluta med siffror om Gunnar Sträng lovade att sluta med att berätta sagor. Regeln ändrades och efter valet på hösten det året, 1976, fick vi i Sverige en regering utan socialdemokrater för första gången sedan den allmänna rösträtten infördes (i stort sett). Det är roligt att litteraturen fortfarande har sådan kraft.)

Alltnog.

Den särskilda regeln att *alla* aktieägare i ett advokataktiebolag skall svara solidariskt med aktiebolaget för förpliktelser mot klienter – som alltså avsåg endast att bevara status quo – kom så småningom att framstå som något mer vittomfattande än vad som var nödvändigt för att upprätthålla tanken om advokatens personliga ansvar mot klienten.

I en advokatrörelse som drivs i ett kommanditbolag med en komplementär och 10 kommanditdelägare finns bara *en* advokat som är solidariskt ansvarig med bolaget. I ett advokataktiebolag med en aktieägare och 10 anställda advokater är situationen densamma. Detta anses godtagbart. Det finns då inget sakligt skäl varför i ett advokataktiebolag med 10 aktieägare *alla* skall vara solidariskt ansvariga med bolaget.

Man skulle i och för sig kunna gå ett steg längre i resonemanget. Man kan med visst fog tycka att det finns ingen anledning varför advokater inte skulle ha möjlighet att driva sin verksamhet under samma villkor – från den här synpunkten – som alla andra näringsidkare, nämligen att aktieägaren *inte* är solidariskt ansvarig med bolaget. Jo, men invänder någon, det kan finnas lägen då uppdraget ändå är så personligt att advokaten inte skall kunna gömma sig bakom aktiebolaget. Jo, det är riktigt. Men detta bör följa av allmänna regler – som gäller alla – om när ett uppdrag är av den arten att den fysiske person som faktiskt utför det skall svara solidariskt med det aktiebolag som är uppdragstagare i avtalet med uppdragsgivaren, t ex revisorer (när de ger råd), och i andra uppdrag än rådgivning, t ex mäklari eller konkursförvaltning.

Läget nu i Sverige är att det lagts fram ett lagförslag (SOU 2001:1) som innebär att inte *alla* aktieägare i advokataktiebolag är ansvariga, utan endast den advokat som är ansvarig för uppdraget.

3.1.3 *Avtalad ansvarsbegränsning*

3.1.3.1 Inledning

Nå. Nu till den avtalade ansvarsbegränsningen.

Bakom de särskilda reglerna om advokater och aktiebolag låg som sagt uppfattningen att advokatens uppdrag är så personligt att det inte passar sig för aktiebolagslagens ansvarsbegränsning. Det har därför funnits anledning att fråga sig: är det godtagbart att advokaten avtalar med klienten om en ansvarsbegränsning?

Enligt min mening är det alldeles klart att det finns fall då detta är godtagbart. För att klargöra detta gjorde Sveriges advokatsamfunds styrelse ett uttalande våren 1996:

”Under vissa förutsättningar kan det vara förenligt med god advokatsed att advokat i avtal med klienten begränsar sitt skadeståndsansvar. En förutsättning är att ansvarsbegränsningen inte är oskälig. I detta ligger bl a att det belopp till vilket ansvaret begränsas skall vara rimligt i förhållande till ärendets natur, klientens ställning och advokatens möjlighet –exempelvis genom försäkring – att betala skadestånd.”

(Styrelsens beslut om att göra detta uttalande var emellertid inte enhälligt; så alla tyckte tydligen inte att det var så självklart som jag tyckte.)

På initiativ av Sveriges advokatsamfund diskuterades frågan också i CCBE (en samlingsorganisation för advokatsamfund i EU) samma år. I session den 13–15 juni 1996 antog CCBE följande resolution:

”While the professional liability of the lawyer is a necessary element in the relation with the client, it is not of essence of the profession that the liability is unlimited.

Insurance in combination with a clear and reasonable limitation of the liability offers the client a fair protection.”

(Inte heller detta beslut var enhälligt. Fyra länder avstod från att rösta och ett land röstade emot.)

Sveriges advokatsamfund tog under år 1998 fram ett exempel på ”Allmänna villkor för advokatuppdrag” som godkändes av fullmäktige och styrelsen. Avsikten var att den advokat som så önskade skulle kunna tillämpa villkoren. I dessa villkor finns en klausul om ansvarsbegränsning:

”Advokatbyrån ansvarar för skada som klient lidit endast om skadan vållats genom fel eller försummelse vid uppdragets utförande. Ansvaret skall vara begränsat till _____ kronor.”

Som framgår skulle advokaten i varje enskilt fall själv komplettera med belopp för ansvarsbegränsningen. Styrelsen rekommenderade (1998) att beloppet inte sattes lägre än 3 miljoner kronor.

I anvisningarna till de allmänna villkoren sägs följande angående ansvarsbegränsningen:

”Samfundet har inte funnit det meningsfullt att föreslå något begränsningsbelopp att generellt tillämpas av alla advokater. Ansvarsgränsen måste uppenbarligen anpassas till uppdragets karaktär. Det synes inte lämpligt att begränsningsbeloppet bestäms utifrån vad som kan erhållas från advokatens försäkringsgivare. Skälet för denna ståndpunkt är främst att om advokatens ansvarsförsäkring tagits i anspråk för annat skadefall under aktuellt försäkringsår detta kan leda till att vad som återstår under ansvarstaket är inget alls eller ett belopp som framstår som oskäligt lågt. Det måste antas att en domstol i så fall kan komma att bryta igenom ansvarsbegränsningen med påföljd att ingen ansvarsgräns alls gäller. Ett annat skäl för beloppsbestämd ansvarsgräns är att advokatbyrå som tecknat tilläggsförsäkring antagligen skulle komma att nödgas uppge vilket försäkringsbelopp som gäller. Att upplysning därom lämnas kan få en negativ inverkan på möjligheterna att åstadkomma en förlikning på en för advokaten fördelaktig nivå.

Vad gäller frågan om lämpligt ansvarstak förefaller det klart att detta inte bör sättas lägre än det belopp som generellt gäller enligt den obligatoriska ansvarsförsäkringen, för 3 miljoner kronor. Beloppet bör bestämmas med beaktande av de risker som regelmässigt kan identifieras i advokatbyråns verksamhet. Antagligt är, vid sidan av uppdragets typiska risker, att de arvodesnivåer som advokatbyrån tillämpar kan komma att få betydelse för en domstols bedömning av ansvarstakets rimlighet. För de affärsjuridiskt inriktade byråerna torde ett avpassat ansvarstak behöva ligga avsevärt över försäkringsbeloppet i den obligatoriska försäkringen.”

För att lugna läsare med svaga nerver och starka känslor för konkurrensrätt vill jag nämna att Advokatsamfundet hos det svenska Konkurrensverket begärde och erhöll icke-ingripandebesked.

3.1.3.2 När är en ansvarsbegränsning godtagbar?

Låt mig från början konstatera att det enligt min mening är endast i vissa rätt speciella typer av ärenden som en ansvarsbegränsning över huvud taget är aktuell.

Ett exempel: En transaktion där klienten, ett storföretag med egen juristavdelning, skall satsa 100 miljoner kronor. Advokaten utför en due diligence och begränsar sitt ansvar till 150 miljoner kronor.

Det finns ingen kartläggning av i vilken omfattning advokater har avtal om ansvarsbegränsningar. Jag har aldrig hört talas om att det skulle förekomma i ärenden inom humanjuridiken eller andra ärenden där klienten är en fysisk person som är ”konsument”. Man kan säga att ett allmänt lämplighetsresonemang leder till slutsatsen att ansvarsbegränsningar inte bör förekomma i ärenden som innefattar risker mot vilka advokaten på ett rimligt sätt kan skydda sig genom försäkring medan klienten inte kan det. Detta betyder att i den överväldigande delen av advokatuppdragen – de ”vanliga advokatuppdragen” om man nu kan tala om

sådana – är ansvarsbegränsning inte aktuellt, och har förmodligen heller aldrig aktualiserats av advokaten.

En ansvarsbegränsning är ju en del av uppdragsavtalet och förhandlingen skulle således föras innan advokaten fått ett uppdrag. På detta stadium föreligger således ännu inte något klientförhållande. Hade det gjort det hade situationen varit mycket speciell: rådgivaren blir plötsligt motpart. I en viss mening är ju advokaten och klienten visserligen alltid motparter: uppdragstagare och uppdragsgivare, som kan ha olika intressen i fråga om exempelvis arvodet. Men frågan om ansvarsbegränsning är ändå speciell. Och även om advokaten under förhandlingen om uppdraget ännu inte har något uppdrag, så tycker jag det ligger nära till hands att anse att om advokaten får uppdraget, advokatens lojalitetsplikt mot klienten omfattar även uppdragsavtalet (en slags retroaktiv verkan, således). En ansvarsbegränsning är en del av de ekonomiska villkoren, liksom överenskommelse om arvodet. Med lojalitetsplikten följer att advokaten är skyldig att se till att en ansvarsbegränsning är skälig, på samma sätt som advokaten är skyldig att se till att arvodet är skäligt.

Jag tror man kan gaffla in den godtagbara ansvarsbegränsningen till situationer där (den blivande) klienten har tillräcklig styrka i fråga om kunskap, erfarenhet och överblick för att bedöma advokatens förslag om ansvarsbegränsning. Sådana klienter finns det också: exempelvis storföretag med erfarna bolagsjurister.

3.1.3.3 På vilket sätt kan ansvaret begränsas?

Allmänt

Det finns några olika sätt att i avtal begränsa ansvaret för fel. I standardavtal i industrin var det tidigare vanligt att avtalet föreskrev att leverantörens ansvar inte avsåg ”indirekt skada” eller ”indirekt förlust” eller ”följdskada”.

I de köplagar som trädde i kraft i Norden kring 1990 infördes en begränsning av säljarens ansvar för ”indirekt förlust”, en term som då fick en legaldefinition. Denna legaldefinition täckte förmodligen inte riktigt detsamma som man tidigare i standardavtalen tänkt sig med ”indirekt förlust”. Därför har standardavtalen nu startat från andra hållet: avtalet beskriver vad leverantören ansvarar för (t ex felavhjälpning) och anger att något annat ansvarar han inte för.

Ett annat sätt att begränsa ansvaret är en beloppsbegränsning, alldeles oavsett vilken typ av skada (direkt eller indirekt) som har orsakats. Begränsningen kan bestämmas till ett visst angivet belopp i kronor eller annan valuta, eller bestämmas i förhållande till priset (exempelvis högst 10 gånger priset). Dessa beloppsbegränsningar passar särskilt i de fall då de skador leverantören kan orsaka typiskt sett är endast indirekta skador; eller i de fall det kan vara svårt att avgöra om skadan skall anses som direkt eller indirekt.

Man kan också tänka sig en kombination: ”leverantören ansvarar endast för direkta skador och med högst X miljoner kronor”.

Advokatens ansvar

Är det tänkbart att begränsa advokatens ansvar till att avse endast vissa typer av skador, exempelvis "direkt förlust"?

Det är klart att en sådan ansvarsbegränsning inte passar i ett uppdrag där ett fel från advokatens sida kan orsaka typiskt sett endast indirekta förluster. Skall man överväga detta sätt att begränsa ansvaret måste man först bestämma vilken typ av skador advokatens misstag kan förorsaka. Och det är inte lätt. Men det kan finnas fall där det är möjligt att tydligt ange, förslagsvis med exempel, vilken typ av skador advokaten ansvarar för och vilken typ advokaten inte ansvarar för (exempelvis förluster i nästa eller mer fjärran led).

Oavsett om det föreskrivs begränsning till en viss typ av skada, är det nog rimligt och praktiskt att ha en begränsning till belopp. En sådan begränsning får då bestämmas efter genomgång av advokatens och klientens möjlighet att försäkra sig, och klientens behov av skydd.

Uppdragsbeskrivning

Det är vad jag vet inte så vanligt ännu att advokater i Norden skriver en uppdragsbeskrivning innan ett uppdrag påbörjas. I vissa speciella fall kan det vara klokt att göra det. Dels för att det kan få betydelse för ansvaret, men också av andra goda skäl.

Det förekommer i starten av ett uppdrag att klienten och advokaten har olika föreställning om vad det är advokaten skall göra, utan att de är medvetna om denna skillnad i uppfattning. Inför ett större uppdrag, t ex ett planerat företagsförvärv, kan det vara lämpligt att advokaten formulerar ett utkast till uppdragsbeskrivning för diskussion med klienten. Här kan advokaten ange vilka åtgärder advokaten svarar för (t ex due diligence), vilka områden hans uppdrag *inte* täcker (t ex bedömning av skatterättsliga konsekvenser med olika alternativ) vilka insatser som klienten förväntas svara för, vilka insatser andra inkopplade i ärendet (t ex advokater i en annan jurisdiktion, eller revisorer) förväntas svara för, etc. I en sådan uppdragsbeskrivning kan också anges beräknad arbetsinsats, tidplan och en uppskattning av arvodet. En sådan uppdragsbeskrivning kan innehålla en uttrycklig ansvarsbegränsning, till t ex X miljoner kronor, men behöver inte göra det. Även om den inte innehåller en särskild ansvarsbegränsning, har uppdragsbeskrivningen avgränsat advokatens uppdrag. Detta kan vara praktiskt mycket betydelsefullt för advokatens ansvar.

Även om skadeståndsansvar aldrig senare aktualiseras, kan en sådan här uppdragsbeskrivning ha det goda med sig att den förhindrar missnöje som grundar sig i missförstånd om uppdragets innehåll.

3.2 Andra rådgivare än advokater

Möjligheten för andra rådgivare än advokater att begränsa sitt skadeståndsansvar menar jag kan bedömas från allmänna avtalsrättsliga utgångspunkter. De rådgivare som får anses ha en särskild lojalitetsplikt mot sina klienter, t.ex. auktoriserade och godkända revisorer, menar jag har en särskild skyldighet att se till att en ansvarsbegränsning är skälig.

Jens Vedsted-Hansen

Udlændingelovgivning og menneskerettigheder

Udlændingelovgivning og menneskerettigheder

Af professor Jens Vedsted-Hansen, Danmark
Juridisk Institut, Aarhus Universitet

Der fokuseres på udlændingelovgivningen i snæver forstand, d.v.s. reguleringen af udlændinges ret til ophold. Selvom dette falder inden for kerneområdet af staternes suverænitet, har internationale menneskerettighedsnormer i væsentlig grad medført begrænsninger i udøvelsen af den statslige frihed. Dette belyses med hovedvægten dels på de normer, der angår materiel og processuel beskyttelse af asylsøgere og flygtninge, dels på den menneskeretlige beskyttelse af privatliv og familieliv, som begrænser adgangen til at udvise fastboende udlændinge og samtidig indebærer visse forpligtelser til at give opholdstilladelse med henblik på familiesammenføring. Endvidere drøftes spørgsmål vedrørende diskrimination i udlændingelovgivningen, og tvangsforanstaltninger som led i udlændingekontrollen berøres kort. Trods de internationale normers stigende indflydelse findes der stadig betydeligt råderum for nationale beslutninger på dette reguleringsområde, ligesom der er behov for at tage selvstændig stilling til gennemførelsen af sådanne forpligtelser. På den baggrund peges der på de principielle problemer, der kan opstå, hvis lovgivningsmagten enten afstår fra stillingtagen hertil eller lægger distance til de menneskerettighedsnormer, som kan indebære begrænsning af den nationale legislative kompetence.

Jens Vedsted-Hansen er født 1953, blev cand.jur. 1980 og dr.jur. 1997 på Aarhus Universitet. Han var kandidatstipendiat på Aalborg Universitetscenter fra 1980 og blev ansat på Aarhus Universitet 1983, fra 1984 som lektor i offentlig ret. I perioden 1993–97 arbejdede han som seniorforsker på Det Danske Center for Menneskerettigheder, hvorpå han var lektor i offentlig ret på Københavns Universitet. Han har været ansat som professor i retsvidenskab med særligt henblik på menneskerettigheder på Aarhus Universitet siden 1999. I sin forskning har han navnlig beskæftiget sig med forvaltningsret, socialret, udlændingeret og menneskerettigheder. I perioden 1987–1994 var han medlem af Flygtningenævnet, og han har siden 1999 været medlem af Undersøgelseskommissionen vedrørende Politiets Efterretningstjeneste.

1. Indledende bemærkninger om referatets genstand og fokus

Eftersom emnet for dette referat anvender udtrykket 'udlændingelovgivning' uden nærmere specifikation, er det nødvendigt at foretage en vis afgrænsning af mit genstandsfelt. Der har med 'udlændingelovgivning' traditionelt været sigtet til den lovgivning, der vedrører *ikke-statsborgere*, i både en vid og en snæver betydning. Udlændingelovgivningen i vid forstand omfatter samtlige de retsregler, der regulerer ikke-statsborgeres forhold i og til et givet værtsland, d.v.s. dels retsstillingen med hensyn til *indrejse og ophold*, dels rettighederne *under selve*

opholdet i det pågældende land. I den mere snævre betydning omfatter udtrykket alene det førstnævnte aspekt, d.v.s. reguleringen af indrejse og ophold for ikke-statsborgere. De to aspekter af udlændingelovgivningen er blevet betegnet 'adgangsretten' og 'positionsretten', med henvisning til det forskellige fokus på udlændinges adgang til landet i form af indrejse og ophold, henholdsvis deres retspositioner når de én gang befinder sig inden for landets territorium.¹

Dette referat vil som oplæg til drøftelse primært fokusere på udlændingelovgivningen i snæver forstand, hvilket jeg vil betegne som *opholdsretten* for at markere, at jeg hermed sigter til udlændinges ret til ophold i et givet land. Hermed afgrænser jeg mig negativt over for på den ene side retten til indrejse på territoriet,² på den anden side de bredere spørgsmål vedrørende udlændinges civile, sociale og økonomiske rettigheder under ophold i værtslandet. Der er dog grund til at betone, at der i visse henseender består en nær sammenhæng mellem rettigheder af sidstnævnte art og reguleringen af den egentlige opholdsret; jeg sigter her navnlig til problemerne i forbindelse med familiesammenføring eller genforening med udenlandske slægtninge, d.v.s. spørgsmål om disses opholdsret, som ofte vil bero på de herboende familiemedlemmers – heriblandt mange udlændinges – sociale og økonomiske forhold.

Problemerne vedrørende opholdsret for udlændinge vil jeg behandle i det følgende gennem drøftelse af de vigtigste situationer, i hvilke internationale menneskerettighedsnormer begrænser den suveræne ret, der som udgangspunkt tilkommer staterne til at regulere spørgsmål om udlændinges indrejse, ophold og forbliven på territoriet. At disse normer indebærer endog ganske væsentlige begrænsninger i så henseende tør anses for utvivlsomt, omend begrænsningernes rækkevidde langt fra altid lader sig fastlægge nøjagtigt. Det grundlæggende princip kan beskrives med en nærmest klassisk formulering fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol:

The Court recalls at the outset that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including the Convention, to control the entry, residence and expulsion of aliens. ... in exercising their right to expel such aliens Contracting States must have regard to Article 3 of the Convention, which enshrines one of the fundamental values of democratic societies.³

¹ Jfr. Torkel Opsahl, 'Utlændingers rettslige stilling', i *Forhandlingerne ved Det 29. Nordiske Juristmøde*, 1981, s. 172–74; Hans Gammeltoft-Hansen, *Flygtningeret*, 1984, s. 83–84.

² Indrejseaspektet omfatter såvel en række tekniske forhold vedrørende grænsepassage, dokumentudstedelse og -kontrol som ganske principielle spørgsmål om statslig suverænitet og jurisdiktionsudøvelse. Enkelte menneskeretlige problemer i relation til det sidstnævnte vil blive berørt nedenfor under 2.4.

³ EMD 2. maj 1997, *D mod UK*, ECHR Reports 1997 – III, s. 777, para. 46–47. Også andre bestemmelser i EMRK end artikel 3, såvel som andre menneskerettighedskonventioner end den europæiske, kan selvsagt have relevans for emnet.

Det drejer sig for det første om internationale normer for beskyttelsen af asylsøgere og flygtninge, både materielretligt med hensyn til afgrænsning af de persongrupper, der har behov for international beskyttelse og derfor ikke kan returneres til oprindelseslandet, og processuelt vedrørende behandlingen af asylanmodninger (jfr. afsnit 2). Den menneskeretlige beskyttelse af privatliv og familieliv har betydning for udlændingelovgivningen dels i form af visse forpligtelser til at tillade indrejse og ophold for udlændinge, der ønsker at blive genforenet med nære familiemedlemmer, dels som begrænsning af staternes adgang til at udvise udlændinge, som allerede har fået opholdstilladelse og under opholdet har knyttet bånd til værtslandet ved familieetablering eller på anden vis. Beskyttelsen af familiens enhed vil blive drøftet med særligt henblik på spørgsmål om udvisning af fastboende udlændinge samt om national regulering af adgangen til familiesammenføring (jfr. afsnit 3).

Mens opholdsretten i den her anvendte betydning pr. definition kun har relevans for *ikke-statsborgere*, kan der opstå spørgsmål i relation til rettigheder under opholdet, som er stort set identiske for udlændinge og for statsborgere af udenlandsk oprindelse i det aktuelle opholdsland. Disse spørgsmål angår nationale retsregler, som – skønt de i formen er neutrale med hensyn til de berørte personers nationale eller etniske baggrund – i realiteten alene eller fortrinsvis har betydning for personer med udenlandsk baggrund; dette beror i så fald på, at reglerne enten vedrører spørgsmål som i praksis udelukkende opstår for denne persongruppe, eller at de i hvert fald særligt ofte vil influere på sådanne personers livsforhold.⁴ I sammenhæng hermed kan der opstå spørgsmål om *diskrimination*, som efter omstændighederne ligeledes kan være identiske for statsborgere og ikke-statsborgere. Selvom den internationale beskyttelse mod diskrimination i og for sig falder uden for udlændingelovgivningen, således som denne er afgrænset her, vil jeg dog omtale enkelte diskriminationsproblemer i forhold til denne lovgivning: relevansen af statsborgerskab som forskelskriterium og den sontring, der i så henseende må anlægges mellem selve opholdsretten for udlændinge og disses øvrige rettigheder, efter at ophold er blevet bevilget (jfr. afsnit 4).

Endelig vil jeg kort komme ind på nogle af de menneskerettighedsproblemer, der opstår i tilknytning til anvendelsen af tvangsforanstaltninger, som i sagens natur er temmelig ofte forekommende i kontrollen med udlændinge. Det er formentlig især her, de aktuelle sikkerhedsmæssigt motiverede stramninger slår igennem i forhold til udlændingelovgivningen (jfr. afsnit 5).

Det emne, der drøftes i dette referat, er præget af en usædvanlig høj grad af aktualitet og dynamik, og det giver anledning til betydelige kontroverser. Det aktuelle, dynamiske og kontroversielle ved udlændingelovgivningen angår ikke alene de rent politiske spørgsmål, som synes at opstå stadig mere hyppigt. De

⁴ Jfr. hertil Jens Vedsted-Hansen, *Opholdsret og forsørgelse*, 1997, s. 395–96.

samme træk er kendetegnende for den juridiske side af emnet og dets enkeltproblemer, hvad enten man anskuer det som lovgivningsteknisk reguleringsområde, som genstand for konkret domstols- og forvaltningsvirksomhed eller som undervisnings- og forskningsområde.

Ikke mindst kendetegnes udlændingeretten ved en høj grad af retskildemæssig kompleksitet, hvad angår samspillet mellem forskellige nationale retsområder såvel som samspillet mellem nationale og internationale normer, herunder navnlig de menneskeretlige. Det er nærliggende at antage, at denne internationale dimension af retskildematerialet er en af hovedårsagerne til, at udlændingelovgivningen har så stærkt et dynamisk præg. Reguleringsområdets grænseoverskridende og internationale karakter – som udslag af rettens globalisering, om man vil – ligger formodentlig tillige bag den kontroversialitet, der ofte præger debatter herom på nationalt plan, i hvert fald i visse dele af Norden.

2. Flygtningestatus og asyl

2.1. Fortolkning og anvendelse af Flygtningekonventionen

Det kan forekomme indlysende rigtigt og samtidig ganske diskutabelt at begynde gennemgangen af menneskeretlige forpligtelser i relation til udlændingelovgivningen med omtale af FNs Flygtningekonvention fra 1951. Konventionen bør nævnes først i denne sammenhæng, så vist som den ved sin tilblivelse var det internationale menneskerettighedsdokument, der mest direkte havde implikationer for staternes udlændingelovgivning. Dette er så meget desto mere tilfældet i dag, som Protokollen fra 1967 ophævede muligheden for begrænsning til flygtninge fra Europa, hvormed konventionen fik egentlig universel karakter. Når det alligevel kan diskuteres, i hvilket omfang Flygtningekonventionen bør inddrages i dette referat, beror det på, at den primært vedrører flygtnings rettigheder *under* ophold i asyllandet og derfor som udgangspunkt falder uden for det reguleringsområde, der er i fokus for drøftelsen her. Det er en ofte overset kendsgerning, at Flygtningekonventionen – i overensstemmelse med sit officielle navn: *Convention relating to the Status of Refugees* – helt overvejende regulerer den retsstilling, der tilkommer flygtninge i forhold til de enkelte asylstater, jfr. konventionens artikel 3–32. Disse bestemmelser har normalt spillet en ganske underordnet rolle i nordisk sammenhæng, fordi behandlingen af de flygtninge, der havde opnået asyl her, utvivlsomt og som en ren selvfølge levede op til de heri fastsatte standarder.

Det er således lidt af et paradoks, at interessen traditionelt har rettet sig mod den beskedne del af Flygtningekonventionen, som afgrænser dens anvendelsesområde, nemlig flygtningedefinitionen i artikel 1. Fokus har endda i mange år været endnu snævrere, idet man stort set alene interesserede sig for den generelle positive definitionsbestemmelse i artikel 1 A (2), mens ophørs- og udelukkelsesbestemmelserne i artikel 1 C-F kun sjældent tiltrak sig opmærksomhed. Dette

illustrerer ganske godt årsagen til fokusering på denne del af konventionen. Som følge af den tiltagende spænding mellem de velstillede industrilandes indvandringskontrol og den forøgede og lettede adgang til persontransport over grænser og mellem kontinenter, er flygtningedefinitionen kommet til at fremstå som en slags nåleøje i mange staters udlændingelovgivning: Trods stop for arbejdskraftindvandring var der her fremdeles en mulighed for at få bevilget ophold.

Da der i 1990'erne pludselig opstod et stort flygtningeproblem inden for Europa med ankomst af hidtil nærmest usete antal flygtninge til en lang række lande, og man samtidig havde håb om snarlig løsning af de flygtningeproducerende konflikter gennem international indsats, opstod der interesse for anvendelsen af *midlertidig beskyttelse*, et asylretligt begreb som i princippet er baseret på mere systematisk anvendelse af ophørsbestemmelserne i Flygtningekonventionens artikel 1 C, særligt nr. (5) og (6).⁵ Og som følge af den skærpede internationale opmærksomhed på retsopgør med krigsforbrydere under Balkan- og Rwanda-konflikterne i 1990'erne, og senest som led i den koordinerede internationale indsats til bekæmpelse af terrorisme siden september 2001, er der nu kommet stærkt øget fokus på udelukkelsesbestemmelserne i konventionens artikel 1 F, der vedrører blandt andet krigsforbrydelser og alvorlige ikke-politiske forbrydelser, herunder terrorhandlinger.

Det bør dog ikke overses, at Flygtningekonventionens væsentligste betydning for staternes udlændingelovgivning i praksis stadig udspringer af den heri forudsatte forpligtelse til at yde beskyttelse til personer, der falder inden for den generelle definition i artikel 1 A (2). Selv mellem de nordiske lande, der ellers synes at være præget af relativt stor reguleringsmæssig ensartethed på det udlændingeretlige område, kan anvendelsen af denne flygtningedefinition give anledning til betydelige forskelle; i forening med de vanskeligheder og kontroverser, som i det hele præger fortolkningen af definitionsbestemmelsen, illustrerer dette ganske godt, hvad der kan siges på én gang at være Flygtningekonventionens svaghed og dens styrke. Når det således hævdes, at konventionen ikke tager højde for den udvikling, der gennem det seneste årti er sket i flygtningeproblemerne i kraft af etniske og religiøse konflikter med massefordrivelse til følge, er det i høj grad udtryk for undervurdering af dens potentiale som internationalt beskyttelsesinstrument, idet man med sådanne påstande overser væsentlige aspekter af konventionens ordlyd, formål og intentioner, således som de viser sig gennem dens tilblivelseshistorie.⁶

Samtidig må det dog erkendes, at Flygtningekonventionen har en afgørende svaghed derved, at den i vidt omfang overlader fortolkningen af den til dels

⁵ Jfr. Terje Einarsen og Jens Vedsted-Hansen, 'Retlige problemer i forbindelse med ophør af kollektiv beskyttelse', i *Midlertidigt asyl i Norden*, Nord 1999:3, s. 168–213.

⁶ Se herom nærmere Terje Einarsen, *Retten til vern som flykting*, 2000, særligt kapitel IV, s. 142–201.

ubestemte flygtningedefinition i artikel 1 til staternes praksis, uden nogen systematisk overvågning – endsige effektiv kontrol – fra internationalt hold, som det normalt er tilfældet for konventioner om menneskerettigheder. For at råde bod herpå vil nogle sætte deres lid til den *politiske udvikling* henimod harmoniseret fortolkning af konventionens flygtningedefinition; navnlig EU har taget initiativer i den retning som led i den generelle harmonisering af asyl- og immigrationspolitikken. Andre – herunder iagttagere, der anlægger mere forsigtige eller ligefrem skeptiske vurderinger af EU-harmoniseringen på dette område – vil formentlig i højere grad betone nødvendigheden af at oprette *judicielle mekanismer*, som kan overvåge og om muligt korrigere staternes fortolkning af flygtningedefinitionen og dermed deres gennemførelse af beskyttelsesforpligtelserne i henhold til konventionen.⁷

Uanset hvordan man stiller sig til disse spørgsmål, virker det forholdsvis oplagt, at behovet for international og navnlig regional harmonisering er endnu større, når det drejer sig om de former for beskyttelse af flygtninge og andre fordrevne, som falder uden for rammerne af FN's Flygtningekonvention. Dette bliver da det næste reguleringsproblem, som her skal søges belyst i et menneskeretligt perspektiv.

2.2. Subsidiær beskyttelse: humanitær opgave eller retlig forpligtelse?

I alle de nordiske lande er der gennem tiden ad administrativ eller legislativ vej indført ordninger for meddelelse af opholdstilladelse til personer, som man anså for at falde uden for Flygtningekonventionens definition, men som man på den anden side ud fra humanitært prægede betragtninger fandt det umuligt, urimeligt eller uønskeligt at tilbagesende tvangsmæssigt til deres oprindelsesland.⁸ Der har været anvendt nok så forskellige betegnelser for den asylretlige beskyttelse af sådanne personer, heriblandt navnlig udtryk som *de facto*-flygtningestatus, *B-status*, *humanitært* ophold, eventuelt opholdstilladelse med særlig beskyttelse mod *refoulement*. Med den sidstnævnte betegnelse henvises samtidig til en væsentlig udvikling i den internationale menneskeretsbeskyttelse; ifølge denne består der konventionsmæssige forpligtelser til at undlade tvangsreturnering til et land, hvor pågældende person vil være i risiko for overgreb, ud over det *refoulement*-forbud, der følger af Flygtningekonventionens artikel 33.⁹ Udtrykket

⁷ Jfr. hertil Terje Einarsen, *anf. sted*, s. 663–67.

⁸ Se om baggrunden for disse asylordninger og om den tidligere retstilstand Peter Nobel, 'De facto-flyktningbegreppet i Norden', i *Asyl i Norden*, 1990, s. 102–18.

⁹ Jfr. Terje Einarsen, 'The European Convention of Human Rights and the Notion of an Implied Right to *de facto* Asylum', *International Journal of Refugee Law* Vol. 2, No. 3, 1990, s. 361–89; Jens Vedsted-Hansen, 'Torturforbud som udsendelsesbegrænsning: *Non-refoulement*-virkningen af EMRK artikel 3', *EU-Ret & Menneskeret* nr. 2, 1998, s. 49–57; Morten Kjærum, 'Flygtningeret – Menneskeret. *Non-refoulement* bestemmelsen i FNs Konvention mod tortur', *EU-Ret & Menneskeret* nr. 2, 1999, s. 8–17.

de facto-flygtningestatus er derfor kun delvist rammende, men rummer dog stadig en væsentlig *pointe* i forhold til sådanne beskyttelsesordninger.

Også med hensyn til den internationale beskyttelse af fordrevne, som ligger uden for Flygtningekonventionens rammer, er der således tale om, at menneskeretlige normer indebærer begrænsninger af de enkelte staters handlefrihed. At den *retlige normering* har bredt sig til et område, der oprindeligt blev anskuet som et – i hvert fald overvejende – humanitært anliggende, betyder dog ikke, at spørgsmål vedrørende *de facto*-flygtningestatus er blevet fjernet fra den nationale politiske dagsorden. For det første er den personelle afgrænsning af *refoulement*-forbudet, som følger af de internationale menneskeretsnormer, langt fra éntydig og præcis; derfor vil det stadig være op til nationale myndigheder at fastlægge nærmere kriterier for opnåelse af beskyttelse efter de ordninger, der tilsigter at supplere Flygtningekonventionen. For det andet er det fremdeles muligt at tænke sig enkeltsager, hvor den internationale beskyttelsesforpligtelse kan stille sig ganske tvivlsom, men hvor rent humanitære betragtninger kan gøre sig gældende med en sådan styrke, at det efter nationalt fastsatte kriterier kommer til at supplere de internationale normer.

Endelig er der behov for national stillingtagen til de rettigheder, der skal tilkomme *de facto*-flygtninge i det enkelte opholdsland, eftersom det netop er karakteristisk for den internationale beskyttelse på dette område, at den alene indebærer et forbud mod tvangsreturnering til oprindelseslandet. Der er et videre spillerum for nationale beslutninger vedrørende de materielle rettigheder, der skal tilkomme personer under sådanne subsidiære beskyttelsesformer, end med hensyn til konventionsflygtninge, hvis retsstilling er normeret af Flygtningekonventionens beskyttelsesstandarder. I den forbindelse bør det dog ikke overses, at den nationale beslutningsramme vedrørende standarderne for *de facto*-flygtninge i væsentlige henseender er normeret af konventionsmæssige forpligtelser vedrørende de generelle civile, sociale og økonomiske menneskerettigheder.

At de beskyttelsesformer, der supplerer FN's Flygtningekonvention, i betydelig grad er blevet internationalt reguleret, viser sig blandt andet ved den bestemmelse i EF-Traktatens artikel 63, stk. 2 (a), som efter Amsterdam-traktaten fra 1997 har skabt kompetence til i det supranationale samarbejde i EU's Første Søjle at fastsætte mindstestandarder for personer, som i øvrigt – d.v.s. uden for Flygtningekonventionens rammer – har behov for international beskyttelse. Denne kompetence, der samtidig udgør en *reguleringsforpligtelse* for EU-instanser, søges for tiden udmøntet på baggrund af et direktivforslag fra Kommissionen af 12. september 2001 om sådanne mindstestandarder; det er værd at bemærke, at det fremlagte forslag tilsigter at regulere definition og status såvel for flygtninge i konventionens forstand som for personer, der i øvrigt har behov for international beskyttelse, det sidste nu i EU-regi betegnet *subsidiær beskyttelse*.¹⁰

¹⁰ Kommissionens forslag af 12. september 2001 til Rådsdirektiv, COM (2001) 510.

2.3. Processuelle problemer ved behandlingen af asylsager

Ligesom fortolkningen og anvendelsen af Flygtningekonventionens materielle bestemmelser i praksis tilkommer de enkelte konventionsparter, er det op til staterne at udforme den processuelle ordning for behandlingen af asylansøgninger. Selvom Flygtningekonventionen ikke stiller udtrykkeligt krav om en særskilt asylprocedure,¹¹ og ej heller krav til den nærmere udformning heraf, må den siges at nødvendiggøre etablering af et system, som giver staterne mulighed for at *identificere* de personer, der er omfattet af konventionen og dermed af de statslige beskyttelsesforpligtelser i henhold hertil. Den formelle anerkendelse af en asylsøger som flygtning er ganske vist ikke afgørende for erhvervelsen af flygtningestatus, idet anerkendelsen alene udgør en *konstatering* af, at den pågældende person har en sådan retlig status, som da er indtrådt allerede på det tidspunkt, hvor han eller hun opfyldte definitionen i konventionens artikel 1.¹² Da formentlig ingen stat vil være villig til at sikre de med flygtningestatus forbundne rettigheder for alle udlændinge, der anmoder herom, er gennemførelsen af en procedure med det formål at udsønde dem, der er omfattet af definitionen, imidlertid reelt nødvendig.

Den heraf følgende forpligtelse for staterne til at realitetsbehandle asylansøgninger har i en vis forstand overflødiggjort yderligere drøftelse af den *ret til at søge asyl*, som i og for sig har opnået international anerkendelse,¹³ men hvis nærmere retlige indhold og karakter fremdeles kan give anledning til nogen tvivl. At der må antages at bestå en indirekte forpligtelse til at realitetsbehandle asylansøgninger, indebærer på den anden side ikke, at enhver asylsøger har krav på behandling af sin anmodning i *enhver stat* efter eget valg, eller eventuelt tilmed successivt i flere stater. De særlige spørgsmål, der opstår i forbindelse med afvisning af asylsøgere uden realitetsbehandling med henblik på tilbagesendelse til såkaldt 'sikre tredjelande', og de asyl- og menneskeretlige normer, der begrænser staternes råderum i så henseende, skal dog ikke drøftes mere indgående på dette sted.¹⁴

Mens det altså må anses for forudsat i international ret, at staterne etablerer et myndighedssystem med kompetence til at tage stilling til asylansøgninger, er

¹¹ Eksistensen af en form for asylprocedure synes forudsat i konventionens artikel 9, hvoraf dog næppe kan udledes nogen egentlig forpligtelse for staterne til at etablere en sådan.

¹² Jfr. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, 1979, para. 28; G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Second Edition, 1996, s. 32 og 141; Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 2000, s. 279–84.

¹³ Jfr. artikel 14 i Verdenserklæringen om Menneskerettigheder.

¹⁴ Se herom nærmere Kim U. Kjær, 'Afvisning af asylansøgere', i *Udlændingeret*, 2. udgave, 2000, s. 97–133; sm. forf., *Den retlige regulering af modtagelsen af asylansøgere i en europæisk kontekst*, 2001, s. 21–38 og s. 246–53; Terje Einarsen, *Retten til vern som flyktning*, 2000, s. 624–37; Jens Vedsted-Hansen, 'Non-admission policies and the right to protection: refugees' choice versus states' exclusion?', i Frances Nicholson & Patrick Twomey (red.), *Refugee Rights and Realities*, 1999, s. 269–88.

spørgsmål vedrørende organiseringen af disse asylmyndigheder og udformningen af den processuelle ordning for behandlingen af asylsager ikke specifikt normeret på internationalt plan. De enkelte stater har i udgangspunktet frihed til at organisere myndighedssystemet, fastlægge kompetenceforholdene og tilrettelægge procesordningen; dette må naturligvis ses i sammenhæng med ikke blot princippet om statslig suverænitet, men også de betydelige eksisterende forskelle mellem enkeltstaters traditioner og ressourcer i relation til myndighedernes organisatoriske opbygning og virkemåde.¹⁵

Staternes frihed er dog i nogen grad modificeret gennem vedtagelsen af internationale standarder for behandlingen af asylanmodninger. Modifikationernes delvist retligt forpligtende karakter følger af, at visse internationale standarder er at betragte som nødvendige til sikring af, at staternes forpligtelser i henhold til Flygtningekonventionen og andre internationale aftaler opfyldes effektivt og reelt. Hertil kommer, at der kan udledes konkrete processuelle forpligtelser af bestemmelser såsom EMRK artikel 13 om effektive retsmidler; i EU-regi er man netop for tiden i færd med at vedtage bindende standarder for procedurer, der angår tildeling og fratagelse af flygtningestatus, som forudsat i EF-traktatens artikel 63, stk. 1 (d).¹⁶ Skal man i kort form angive de processuelle standarder, der har vundet generel international anerkendelse, og som i et vist omfang må antages at have retligt bindende karakter, fordi de udgør minimumforudsætninger for realisering af den materielle beskyttelsesforpligtelse over for flygtninge, er det navnlig relevant at pege på følgende:¹⁷

- Eksistensen af en klart identificeret *central myndighed* med ansvar for at behandle anmodninger om flygtningestatus og asyl i første instans; lokale grænsemyndigheder bør ikke kunne afvise asylanmodninger uden forelæggelse for den centrale instans.
- Adgang for asylsøgeren til under en *personlig samtale* at fremstille sin sag og bidrage til belysning af eventuelle uklarheder, så vidt muligt direkte over for en repræsentant for beslutningsinstansen.
- Adgang til fornøden *tolkebistand*; tolkene skal ikke alene have sproglige kvalifikationer til korrekt oversættelse, men må tillige fremstå som neutrale i forhold til asylsøgernes baggrund.

¹⁵ Jfr. UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, 1979, para. 189 og 191.

¹⁶ Jfr. Kommissionens forslag af 20. september 2000 til Rådsdirektiv om minimumsstandarder for procedurer i medlemsstaterne for tildeling og fratagelse af flygtningestatus, COM (2000) 578.

¹⁷ Jfr. UNHCR's Eksekutivkomités konklusioner No. 8: Determination of Refugee Status (1977), No. 15: Refugees without an Asylum Country (1979), og No. 30: The Problem of Manifestly Unfounded or Abusive Applications for Refugee Status or Asylum (1983); Europarådets Ministerkomités Recommendation No. R (81) 16 on the Harmonisation of National Procedures Relating to Asylum (1981); EU-Rådets resolution af 20. juni 1995 om mindstegarantier for behandling af asylsager, EFT nr. C 274/1996.

- Mulighed for *juridisk bistand*, beroende på sagens omstændigheder.
- Adgang til *kontakt med en UNHCR-repræsentant*, og til at blive informeret herom, med henblik på at søge vejledning og assistance.
- *Appeladgang* over for negative afgørelser enten til højere administrativ instans eller til domstol; som absolut minimum må sagen kunne undergives *effektiv revurdering* i førstestansen.
- *Suspensiv virkning* af appel.

Herudover skal det nævnes, at Europarådets Ministerkomité har vedtaget en rekommandation, som efter sin titel omhandler processuelle garantier for *afviste asylsøgere*. Præamblen henviser til EMRK artikel 3 og 13 og til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis med hensyn til de to bestemmelser i relation til afviste asylsøgere, som står over for udvisning. På den baggrund anbefales medlemsstaterne at sikre overholdelsen af følgende standarder enten i lovgivning eller i praksis:

1. An effective remedy before a national authority should be provided for any asylum seeker, whose request for refugee status is rejected and who is subject to expulsion to a country about which that person presents an arguable claim that he or she would be subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment.
2. In applying paragraph 1 of this recommendation, a remedy before a national authority is considered effective when:
 - 2.1. that authority is judicial; or, if it is a quasi-judicial or administrative authority, it is clearly identified and composed of members who are impartial and who enjoy safeguards of independence;
 - 2.2. that authority has competence both to decide on the existence of the conditions provided for by Article 3 of the Convention and to grant appropriate relief;
 - 2.3. the remedy is accessible for the rejected asylum seeker; and
 - 2.4. the execution of the expulsion order is suspended until a decision under 2.2 is taken.¹⁸

Selvom disse standarder formelt ikke vedrører den egentlige asylprocedure, har de i hvert fald for Danmarks vedkommende betydning også ved behandlingen af asylsager. Dette beror på, at beskyttelse mod *refoulement* i henhold til EMRK artikel 3 i dansk ret udgør et integreret led i asylproceduren; vurdering heraf indgår i afgørelser om *de facto*-flygtningestatus, jfr. udlændingelovens § 7, stk. 2, og der skal tages stilling til det modsvarende refouleringsproblem i henhold til lovens § 31, stk. 2, jfr. § 32 a.¹⁹

¹⁸ Europarådets Ministerkomités Recommendation No. R (98) 13 to Member States on the Right of Rejected Asylum Seekers to an Effective Remedy Against Decisions on Expulsion in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights.

¹⁹ Om rekommandationen og dens forhold til dansk lovgivning, se Jens Vedsted-Hansen, 'Internationale standarder for asylproceduren', i *Udlændingeret*, 2. udgave, 2000, s. 424–26.

Foruden de internationale standarder, der som ovenfor omtalt drejer sig om processuelle forhold af generel betydning ved asylsagsbehandlingen, er der gennem de senere år blevet vedtaget anbefalinger, som specielt søger at tage højde for den særligt belastende situation for visse grupper af asylsøgere. Det drejer sig navnlig om standarder vedrørende uledsagede børn samt kvindelige asylsøgere, hvis sager rummer kønsrelaterede elementer.²⁰

2.4. Ekstraterritoriale beskyttelsesproblemer

Som nævnt indledningsvist kan der opstå spørgsmål i relation til udlændinges indrejse på territoriet, der adskiller sig fra den egentlige opholdsret, som er primært fokus i dette referat, men som til trods herfor bør omtales på grund af deres menneskerettighedsimplikationer. Disse principielle spørgsmål vedrører *adgangen til territorial beskyttelse*, som er blevet et stadig mere prekært asylretligt problem i takt med navnlig de vestlige industrilandes intensiverede bestræbelser gennem de senere år på at modvirke ankomsten af spontane asylsøgere. Selvom staterne kan have fuldt legitime grunde til at søge at beskytte sig mod sådanne uautoriserede ankomster af udlændinge, og selvom omfanget af dette fænomen er blevet markant forøget som følge af de lettede internationale transportmuligheder, er det efter min opfattelse en uafviselig kendsgerning, at bestræbelserne på at modvirke sådanne spontane indrejseforsøg er blevet intensiveret i en sådan grad og har antaget sådanne former, at det kan aktualisere konflikter med de normer og værdier, der ligger under den internationale flygtningebeskyttelse.²¹

Med en betydelig grad af forenkling, men dog nogenlunde dækkende for de faktiske og retlige realiteter i forbindelse med disse tendenser i immigrationskontrollen, kan man lægge til grund, at jo længere kontroludøvelsen fjerner sig fra det potentielle destinationslands grænse, desto større er den formodede risiko for, at kontrollen direkte eller indirekte resulterer i tilbagesendelse til sådanne overgreb, som de menneskeretlige mekanismer netop skulle yde beskyttelse imod. At der er tendenser til en sådan *eksternalisering* af grænsekontrollen, er samtidig åbenbart. De første tiltag i den retning så vi i slutningen af 1980'erne med indførelse af forskellige former for transportøransvar, hvis virkning – og givetvis også formål – var gennem trussel om bøder eller andre økonomiske sanktioner at tilskynde transportselskaber til at udøve kontrol med passagerers rejsedokumenter; herigennem skulle personer uden fornødent pas og visum standses allerede ved forsøg

²⁰ Jfr. Jens Vedsted-Hansen, anf. sted, s. 426–27.

²¹ Jeg anvender her bevidst udtrykkene *spontan* og *uautoriseret* om de indrejseforsøg og ankomster, der ikke har forudgående accept fra modtagerstatens side. Gennem anvendelse af disse retligt neutrale begreber søger jeg at undgå den værdiladning, der ofte uden nærmere juridisk refleksion knytter sig til termer som 'illegal indrejse', 'illegale indvandrere', 'organiseret kriminell transport' af personer.

på ombordstigning på fly eller andre transportmidler til et destinationsland, hvor de ville være uønskede.²²

Samtidig med, at transportøransvarsordninger er blevet et systematisk led i grænsekontrollen, ikke mindst gennem EU-staternes harmoniseringstiltag, er de blevet suppleret af forskellige former for myndighedssamarbejde med en række transit- og formentlig tillige oprindelsesstater, der tjener samme formål.²³ Herved er det *privatiserede* regi for kontroludøvelsen, der var kendetegnende for transportøransvaret, blevet forladt, og ifaldelse af statsansvar for den eksternaliserede kontrol synes tilsvarende vanskeligere at undgå. Betingelserne herfor er et komplekst folkeretligt spørgsmål, som jeg ikke skal forfølge til bunds på dette sted; men det turde være uomgængeligt at påpege, at *ekstraterritorial* myndighedsudøvelse ikke pr. definition ligger uden for de agerende statsmyndigheders ansvarssfære.

3. Beskyttelse af familiens enhed

3.1. Menneskeretlige regler om respekt for familielivet

Den internationale beskyttelse af retten til respekt for familieliv og privatliv har implikationer for udlændingelovgivningen i to henseender, som er forskelligartede, men delvist sammenfaldende: For det første begrænser disse menneskeretlige normer adgangen til at *udvise* udlændinge, der har en sådan familiemæssig tilknytning til andre personer, som er bosat i pågældendes opholdsland, at udvisningen og den deraf følgende tvangsmæssige adskillelse af familien ville indebære et indgreb i én eller flere af de pågældende personers ret til respekt for familielivet; denne side af beskyttelsen af familielivet – som efter omstændighederne suppleres af retten til respekt for *privatliv* som udtryk for den pågældende udlændings mere generelle tilknytning til opholdslandet – omtales nedenfor under 3.3. For det andet indebærer reglerne om respekt for familielivet, at staterne i et vist omfang er forpligtet til at give ikke-statsborgere, som har nær familiemæssig tilknytning til personer bosat på territoriet, tilladelse til at indrejse og *opholde sig dér* af hensyn til de berørte personers reelle mulighed for at udøve retten til familieliv; i denne variant vil de internationale normer under visse omstændigheder beskytte familiemedlemmernes ret til at blive genforenet i et land, hvor de ikke (alle) har statsborgerskab, jfr. nedenfor under 3.4.

De menneskeretlighedsnormer, der således begrænser staternes suverænitet

²² Se herom nærmere Jens Vedsted-Hansen, 'Transportørens ansvar for passagerernes opfyldelse af indrejseforskrifter', *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 1989, s. 127–95.

²³ Om sådanne 'pre-entry measures' i EU-regi, se Gregor Noll, *Negotiating Asylum*, 2000, s. 161–82. Det seneste udtryk herfor er Direktiv 2001/51/EF af 28. juni 2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til artikel 26 i konventionen om gennemførelse af Schengen-aftalen af 14. juni 1985, EFT nr. L 187/2001.

med hensyn til at tillade indrejse og ophold for udlændinge, findes både på globalt og på regionalt europæisk plan. I den førstnævnte sammenhæng viser dette sig allerede i Verdenserklæringen om Menneskerettigheder fra 1948, hvis artikel 16, stk. 3 fastslår familien som samfundets naturlige og fundamentale enhedsgruppe med krav på samfundets og statens beskyttelse; ifølge erklæringens artikel 12 må ingen være genstand for vilkårlig indblanding i private forhold, familie, hjem eller korrespondance. Disse – i sig selv kun politisk forpligtende – normer blev traktatfæstet i artikel 23, henholdsvis artikel 17 i FN-Konventionen af 1966 om borgerlige og politiske rettigheder. Selvom denne konvention ikke regulerer udenlandske statsborgeres indrejse og ophold eksplicit, antages den implicit at medføre en forpligtelse for staterne til i visse tilfælde at give opholdstilladelse til udlændinge som udslag af forpligtelsen til at respektere familielivet.²⁴ I europæisk sammenhæng er det dog først og fremmest EMRK artikel 8, der påkalder sig interesse inden for dette lovgivningsområde.

EMRK artikel 8 har følgende indhold:

Stk. 1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.

Stk. 2. Ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed.

Selvom heller ikke EMRK rummer nogen direkte regulering af udlændinges ret til indrejse og ophold som sådan, følger det af konventionsorganernes fortolkning, at opholdsretten under visse omstændigheder kan være beskyttet i henhold til artikel 8. Dette indebærer, at såvel udvisning af udlændinge, der allerede befinder sig i en konventionsstat, som nægtelse af opholdstilladelse til udlændinge, der ønsker at tage ophold dér med henblik på at leve sammen med derboende familiemedlemmer, vil kunne være i strid med statens forpligtelse til at respektere de pågældendes ret til familieliv.²⁵

3.2. Nærmere om indholdet af familielivsbeskyttelsen

Vurderingen af, om en afgørelse vedrørende indgreb i eller nægtelse af opholdsret for en ikke-statsborger vil indebære krænkelse af EMRK artikel 8, er ifølge

²⁴ Jfr. Human Rights Committee, General Comment 15-27 (The position of aliens under the Covenant), para. 5, gengivet i Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 1993, s. 861-63.

²⁵ Se herom nærmere Peer Lorenzen, Lars Adam Rechhof og Tyge Trier, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 1994, s. 237-40; P. van Dijk og G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, 1998, s. 515-21.

sagens natur nok så konkret. Der kan desuden forekomme en vis variation i den måde, hvorpå konventionsorganerne anskuer de indbragte nationale afgørelser, jfr. under 3.4. Ud fra disses praksis kan man dog beskrive bestemmelsens indhold således, at vurderingen typisk vil omfatte følgende elementer:

- om der består en relation mellem den udlænding, der har eller ansøger om opholdstilladelse, og en eller flere i konventionsstaten bosatte personer, der kan karakteriseres som familieliv;
- om den aktuelle udlændingeretlige afgørelse vil indebære et indgreb i – eller er udtryk for manglende respekt af – retten til familieliv;
- om indgrebet i så fald kan legitimeres efter artikel 8, stk. 2.

Spørgsmålet om der mellem de berørte personer eksisterer et sådant *familieliv*, som er omfattet af EMRK artikel 8, beror dels på den juridiske familierelation, dels på det faktiske familiemæssige fællesskab mellem de pågældende. Den personkreds, der kan komme i betragtning som familiemedlemmer, omfatter i hvert fald ægtefæller og fast samlevende samt deres eventuelle fællesbørn. Også børn uden for ægteskab eller samliv, søskende, forældre, bedsteforældre og børnebørn kan høre til den omfattede personkreds, hvis der faktisk har eksisteret et familieliv; dette forudsætter almindeligvis, at der tidligere har været husstands-fællesskab eller aktuelt består en eller anden form for praktisk, økonomisk eller emotionel afhængighed. Vurderingen må foretages under ét, idet der normalt stilles strengere krav til godtgørelse af familielivets hidtidige eksistens, desto fjernere selve familierelationen er.

For de nærmeste familiemedlemmer er det således ikke nogen forudsætning for at være beskyttet efter EMRK artikel 8, at der i forvejen har bestået faktisk samliv. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har statueret, at forholdet mellem personer, der har indgået et lovligt og seriøst ('genuine') ægteskab, er omfattet af bestemmelsen, selvom ægtefællerne endnu ikke har etableret egentligt samliv.²⁶ Domstolen har yderligere fundet, at der i og med fødslen som udgangspunkt består familieliv mellem forældrene og et barn, der fødes som resultat af et sådant ægteskab; dette gælder, uanset om forældrene ikke længere er samlevende på tidspunktet for barnets fødsel.²⁷ Disse familierelationer er således ikke undtaget fra beskyttelsen efter artikel 8, blot fordi der ikke består et aktuelt husstands-fællesskab.

3.3. Udvisning af fastboende udlændinge

På baggrund af det ovenfor beskrevne vurderingsskema vedrørende EMRK artikel 8 bliver det første spørgsmål, der skal tages stilling til i udvisningssager,

²⁶ EMD 28. maj 1985, *Abdulaziz, Cabales og Balkandali mod UK*, ECHR Series A No. 94, para. 62–63.

²⁷ EMD 21. juni 1988, *Berrehab mod Nederlandene*, ECHR Series A No. 138, para. 21.

hvorvidt en sådan foranstaltning vil udgøre et *indgreb* i udøvelsen af en beskyttet ret til familieliv. Hvis man begrænser drøftelsen til udlændinge med fast bopæl og stabil tilknytning til opholdslandet – ofte betegnet som 'integrated aliens' – vil det i praksis sjældent volde vanskeligheder at fastslå eksistensen af et sådant indgreb. I tidligere praksis fra konventionsorganerne blev der normalt foretaget en nøjere vurdering af dette spørgsmål, hvilket jævnligt resulterede i statuering af ikke-indgreb som følge af, at der fandtes at være mulighed for at fortsætte familielivet i den udvistes hjemland. Til forskel herfra efterlader Menneskerettighedsdomstolens nyere afgørelser ikke større tvivl om, at udvisning af fastboende udlændinge rummer et indgreb.

Spørgsmålet er derimod snarere blevet, hvilken artikel 8-rettighed der med en eventuel udvisning vil blive foretaget indgreb i; en ændring i vurderingstemaet, der givetvis afspejler forandrede sociale og personlige forhold for en stor del af de indvandrere, der er bosat i de europæiske lande. Mere konkret er spørgsmålet i visse situationer, om det for fastboende udlændinge med lang opholdstid i værtslandet alene drejer sig om beskyttelse af *familielivet*, eller om tillige deres *privatliv* vil blive berørt i tilfælde af udvisning. Nogle af de første svar blev givet i mindretalsvota i *Nasri*-dommen fra 1995, hvor der blev henvist til, at privatlivet udgør et bredere begreb, hvoraf familielivet må betragtes som et delelement:

This approach is somewhat artificial, because the element of the respect of his private life is missing. In such cases, it would be more realistic to look at the whole social fabric which is important to the applicant, and the family is only part of the entire context, albeit an essential one.

Deportation from a country in which the person concerned has lived from birth or from childhood constitutes an interference with this private and personal sphere where it entails, as in this case, the separation of the person concerned from his essential social environment, his emotional and 'social circle', including his family.²⁸

I senere afgørelser vedrørende udlændinge med tilsvarende tilknytningsgrad har der været en tendens til at inkludere privatliv på linie med familieliv i angivelsen af de individuelle interesser, som vil blive berørt af den omstridte udvisningsbeslutning.²⁹ Dette ændrer selvsagt ikke ved det forhold, at der under alle omstændigheder skal foretages en afvejning i henhold til bestemmelsen i artikel 8, stk. 2. Men angivelsen af privatliv i disse sager kan tænkes at rumme mere end blot en afspejling af faktiske forhold eller en pragmatisk løsning af det rejste

²⁸ EMD 13. juli 1995, *Nasri mod Frankrig*, ECHR Series A No. 320 B, særudtalelser fra henholdsvis dommer Wildhaber og dommer Morenilla.

²⁹ Se f.eks. EMD 24. april 1996, *Boughanemi mod Frankrig*, ECHR Reports 1996 – II, s. 593, para. 35; EMD 29. januar 1997, *Bouchelkia mod Frankrig*, ECHR Reports 1997 – I, s. 47, para. 41; EMD 21. oktober 1997, *Boujlifa mod Frankrig*, ECHR Reports 1997 – VI, s. 2250, para. 36.

subsumptionsproblem; det kan næppe udelukkes, at yderligere henvisning til denne beskyttelsesinteresse kan influere på den samlede afvejning i individets favør over for de offentlige hensyn, der er gjort gældende til støtte for udvisningen.³⁰

Ved den foreskrevne afvejning i henhold til artikel 8, stk. 2 er det som dominerende hovedregel *proportionaliteten* af udvisningen som aktuelt indgreb i forhold til de udvisningsbegrundende hensyn, der bliver det springende punkt. Det er stort set aldrig omtvistet, at der eksisterer fornøden lovhjemmel for udvisningsbeslutninger, og det er normalt også på det rene, at disse er truffet for at forebygge uro eller forbrydelse og eventuelt tillige ud fra andre af de hensyn, der er opregnet i artikel 8, stk. 2. Påberåber staten sig udelukkende *generelle* hensyn til indvandringspolitikken og håndhævelsen heraf – f.eks. som begrundelse for at nægte fortsat ophold til en udlænding, som har fået opholdstilladelse på grundlag af ægteskab, efter at dette er blevet opløst – vil det dog ikke være forebyggelse af uro eller forbrydelse, men beskyttelsen af landets økonomiske velfærd, der udgør det relevante offentlige hensyn. En konsekvens heraf er formentlig, at proportionalitetsafvejningen forrykkes til fordel for det berørte individ, således at udvisning, der rummer indgreb i én eller flere fastboende enkeltpersoners familie- eller privatliv, kun forholdsvis vanskeligt vil kunne legitimeres som proportional i forhold til rent generelle kontrolhensyn i tilfælde af denne art.³¹

Er der derimod tale om *kriminalitet* som udvisningsbegrundende hensyn, viser praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol gennem 1990'erne, at der er ganske vidt spillerum for staterne til at beslutte og iværksætte udvisning. Den temmelig omfattende domstolspraksis bygger på en række kriterier, der indgår i den samlede – ofte nok så komplekse – afvejning efter artikel 8, stk. 2:

- Den pågældende udlændings tilknytning til opholdslandet, herunder opholdstiden, alderen på ankomsttidspunktet, ægteskab, eventuelt med statsborger i opholdslandet, eventuelle børn og deres situation i opholdslandet, andre familiemedlemmer bosat i opholdslandet samt øvrige tilknytningsfaktorer i form af arbejde, uddannelse eller lignende;
- Den pågældende udlændings tilknytning til oprindelseslandet, herunder ophold og besøg dér samt disses varighed og karakter, hvorvidt han eller hun forstår og taler sproget, har fået uddannelse dér, er fortrolig med kulturen, samt om der findes familiemedlemmer eller anden form for tilknytning til personer i oprindelseslandet;

³⁰ Foreligger der derimod alene indgreb i privatlivet, fordi udlændingen ikke har familiemæssig tilknytning til opholdslandet, vil afvejningen formodentlig blive forrykket i modsat retning og udvisning i videre omfang være proportional; jfr. Mohammed Ahsan og Andreas Christensen, 'Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols udvisningspraksis', *Juristen* 2000, s. 372–73.

³¹ Jfr. EMD 21. juni 1988, *Berrehab mod Nederlandene*, ECHR Series A No. 138, para. 26 og 29.

- Arten og frekvensen af begået kriminalitet i opholdslandet, herunder ikke mindst spørgsmål om recidiv og omfanget af den samlede strafudmåling.³²

Det er blevet stadig tydeligere, at konkrete afvejninger baseret på kriterier som disse er vanskelige at foretage og endnu vanskeligere at efterprøve på nogen konsistent måde. Dermed er udfaldet af sådanne afgørelser også ofte ganske vanskeligt at forudsige. Dette har ført til diskussion både inden for Menneskerettighedsdomstolen i form af dissenser og i den faglige debat om, hvorledes man kunne opstille mere operationelle kriterier, der kunne være egnet som grundlag for en højere grad af konsistens navnlig ved behandlingen af udvisningssager vedrørende indvandrere af anden generation og andre 'integrated aliens'.³³

Forudsigelighedsproblemet i relation til EMRK artikel 8 rummer samtidig noget af en udfordring for retssikkerheden for de aktuelt eller potentielt berørte individer. Der er på den baggrund behov for, at de nationale lovgivere gennem opstilling af yderligere kriterier og måske især afvejningsregler udfylder det skønsmæssige råderum, som Domstolens praksis indtil videre efterlader, således at beslutningerne i konkrete sager vil blive truffet ud fra blot nogenlunde præcise kriterier. Erfaringerne i Danmark gennem de seneste 5–6 år illustrerer med stor tydelighed, hvad mangelfuld legislativ stillingtagen i så henseende kan føre til.³⁴

3.4. Genforening af familiemedlemmer: positiv eller negativ forpligtelse?

Hvad angår den situation, at en udlænding søger om tilladelse til indrejse og ophold i et europæisk land for at kunne leve sammen med nære familiemedlemmer dér, er der sket en vis udvikling i Strasbourg-organernes vurderingsmåde gennem det sidste tiår. Mens man tidligere anskuede afslag på indrejse- og opholdstilladelse i sådanne tilfælde som potentielle *indgreb* i de pågældendes ret til familieliv – hvilket indebar, at man vurderede forholdet ud fra en *negativ forpligtelse* for den pågældende opholdsstat – synes der i nyere praksis at være blevet anlagt en anderledes betragtning vedrørende sådanne situationer.³⁵ I og for sig på linie med en mere generel tendens til at fortolke EMRK artikel 8 på den måde, at bestemmelsen efter omstændighederne indebærer *positive forpligtelser* for staterne, har Menneskerettighedsdomstolen i tilfælde af afslag på

³² Se herom nærmere Mohammed Ahsan og Andreas Christensen, 'Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols udvisningspraksis', *Juristen* 2000, s. 365–81.

³³ Jfr. således P. van Dijk, 'Protection of 'Integrated' Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights', *European Journal of Migration and Law* Vol. 1, 1999, s. 293–312; en række dissenser er omtalt af Mohammed Ahsan og Andreas Christensen, *anf. st.* s. 371–72.

³⁴ Se herom nærmere Gunnar Homann, 'Udvisning', i *Udlændingeret*, 2. udgave, 2000, s. 608–11, 618–25 og 662–66.

³⁵ Jfr. hertil P. van Dijk og G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, 1998, s. 516–19. Jeg står i gæld til Stéphanie Lagoutte for inspiration til de følgende bemærkninger om karakteren af de statslige forpligtelser i henhold til EMRK artikel 8.

tilladelse til familiegenforening vurderet sagen i dette perspektiv; det bliver da i udgangspunktet et spørgsmål, om den indbragte stat i tilstrækkelig grad har opfyldt sin positive forpligtelse til at beskytte retten til respekt for familielivet i forhold til den eller de personer, der er bosat i det pågældende land.

Grænsedragningen mellem positive og negative forpligtelser i henhold EMRK artikel 8 er ikke skarp, og den forskellige betragtningsmåde bliver heller ikke nødvendigvis afgørende for udfaldet af den konkrete vurdering. Ikke desto mindre kan det, der isoleret kunne fremtræde som et udvidet beskyttelsespotentiale ud fra forståelsen af artikel 8 som basis for positive forpligtelser, tilsyneladende resultere i mindre forudsigelige vurderinger, og muligvis tillige danne baggrund for mere restriktiv interesseafvejning. Disse udsagn skal dog tages med det væsentlige forbehold, at der er tale om en forholdsvis begrænset praksisdannelse, hvorfor dens implikationer endnu ikke lader sig beskrive med sikkerhed.

Problemstillingen kan illustreres af to sager afgjort af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i 1996, *Gül*-sagen og *Ahmut*-sagen.³⁶ I begge sagerne havde Menneskerettighedskommissionen fundet, at afslaget på opholdstilladelse til et barn, hvis forældre boede i henholdsvis Schweiz og Holland, rummede et indgreb i de pågældendes ret til respekt for familielivet; i *Gül*-sagen blev Kommissionens opfattelse udtrykt på den måde, at afslag på at imødekomme forældrenes ønske om at lade mindreårige børn leve sammen med dem udgjorde et indgreb i forældrenes ret til respekt for familielivet. Heroverfor begrundede Domstolen sit standpunkt på følgende måde:

The Court reiterates that the essential objects of Article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities. There may in addition be *positive obligations* inherent in effective 'respect' for family life. However, the boundaries between the States' positive and negative obligations under this provision do not lend themselves to precise definition. *The applicable principles are, nonetheless, similar.* In both contexts regard must be had to the *fair balance* that has to be struck between the competing interests of the individual and of the community as a whole; and in both contexts the State enjoys a certain *margin of appreciation*....

The present case concerns not only family life but also immigration, and the extent of a State's obligation to admit to its territory relatives of settled immigrants will vary according to the particular circumstances of the persons involved and the general interests. As a matter of well-established international law and subjects to its treaty obligations, a State has the right to control the entry of non-nationals into its territory....

Moreover, where immigration is concerned, Article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect a choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorize family reunion in its territory. In order to establish the scope of the State's obligations, the facts of the case must be considered...³⁷

³⁶ EMD 19. februar 1996, *Gül mod Schweiz*, ECHR Reports 1996 – I, s. 159; EMD 28. november 1996, *Ahmut mod Nederlandene*, ECHR Reports 1996 – VI, s. 2017.

³⁷ *Gül*-dommen, para. 38 (mine fremhævelser).

Domstolen fandt i begge sager, at afvejningen mellem individuelle og statslige interesser måtte føre til, at de respektive stater ikke havde undladt at opfylde deres positive forpligtelser i henhold til artikel 8, stk. 1; der var derfor ikke foretaget noget indgreb i ansøgernes familieliv i denne bestemmelses forstand. Det ses heraf, at man ved denne betragtningsmåde ikke tager udgangspunkt i en vurdering af den aktuelle afgørelses *faktiske virkninger* for de berørte individer, men i stedet ud fra overvejelser om udstrækningen af statens beskyttelsespligt kommer til at foretage en interesseafvejning, som kun indirekte fokuserer på afgørelsens betydning for individet.³⁸ Heri ligger næppe blot en teknisk forskydning af vurderingen fra 'indgreb' og berettigelsen heraf, jfr. artikel 8, stk. 2, til (mangel på) 'respekt' i henhold til bestemmelsens stk. 1. Det synes tillige at kunne få den substantielle virkning, at der sker en forskydning bort fra det forholdsvis præcise vurderingstema, der er angivet i artikel 8, stk. 2, henimod mere abstrakte overvejelser og afvejninger, som er svagere retligt normeret. Som resultat heraf vil der typisk blive levet staterne en videre 'margin of appreciation', hvilket ikke nødvendigvis modsvarer af mindre indgribende virkninger for de enkelte individer.

Uanset hvilken af disse betragtningsmåder, der anvendes, vil det i de fleste tilfælde, hvor afslag på opholdstilladelse med henblik på familiesammenføring skal vurderes i forhold til EMRK artikel 8, fremstå som et centralt spørgsmål, om retten til familieliv for den person, der allerede er bosat i EMRK-staten, alternativt kan udøves i et andet land. Udfaldet af en sådan vurdering vil formentlig ofte bero på forskellige, omend overlappende kriterier: dels den allerede bosattes personlige status som statsborger i opholdslandet, flygtning eller indvandrer med andet opholdsgrundlag; dels den konkrete mulighed for og rimelighed i at henvise denne til at etablere sit familieliv sammen med den ansøgende udlænding i ansøgerens oprindelsesland eller eventuelt i et tredjeland.

På den baggrund er der anledning til at fremhæve, at EMRK artikel 8 må anses for at medføre pligt for staterne til at opretholde forholdsvis lempelig adgang til genforening af nære familiemedlemmer til flygtninge, såfremt de pågældende har samme statsborgerskab som flygtningen selv. Er situationen således den, at et hidtidigt familieliv er blevet bragt til ophør ved et af familiemedlemmernes flugt fra oprindelseslandet, vil den påtvungne adskillelse ikke være til hinder for beskyttelse af retten til fortsat familieliv. Anerkendelsen af en persons status som flygtning har samtidig den konsekvens, at henvisning af den pågældende til at genetablere sit familieliv i oprindelseslandet må betragtes enten som et direkte indgreb eller som udslag af manglende respekt for familielivet.³⁹ Noget sådant ville gøre realisering af den beskyttede rettighed efter EMRK artikel 8 afhængig

³⁸ Jfr. hertil Hélène Lambert, 'The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion', *International Journal of Refugee Law* Vol. 11, No. 3, 1999, s. 438-40.

³⁹ Jfr. forudsætningsvist *Giil*-dommen, para. 41-43.

af, at flygtningen skulle udsætte sig for risiko for forfølgelse og dermed samtidig for krænkelse af EMRK artikel 3, hvilket ikke ville være foreneligt med staternes forpligtelse til at sikre de i konventionen beskyttede rettigheder, medmindre artikel 8, stk. 2's betingelser for indgreb er opfyldt.

Der er især to lovgivningsspørgsmål, som aktuelt synes at trænge sig på i relation til det her drøftede. Anerkendes det, at der består særlige beskyttelsesforpligtelser med hensyn til genforening af flygtningefamilier, vil der i så henseende næppe kunne gøres væsentlig forskel mellem konventionsflygtninge og *de facto*-flygtninge eller andre personer med anerkendt behov for international beskyttelse.⁴⁰ Og anses staterne for at være principielt forpligtet til at tillade familiesammenføring i visse situationer, bliver spørgsmålet, i hvilket omfang de kan opstille betingelser herfor vedrørende referencepersonens forsørgelsesevne, boligforhold og lignende; mens sådanne nationale kriterier i sig selv forekommer velbegrundede, kan det undertiden i praksis stille sig uklart, hvorvidt de er motiveret af saglige integrationshensyn eller antager karakter af ekstra opholdsbetingelser med prohibitiv virkning.

4. Diskriminationsproblemer i udlændingelovgivningen

Påstande om diskrimination fremkommer jævnligt i varierende retlige, administrative og politiske sammenhænge, hvad angår udlændingelovgivningens præmisser og vel navnlig dens effekter. Som de nedenfor omtalte sager fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol viser, kan der forekomme nok så forskelligartede situationer med hensyn til, i hvilket omfang der med rette kan tales om diskrimination i forbindelse med en sådan lovgivning, og hvorvidt den i så fald er forenelig med internationale normer, der tilsigter at beskytte imod diskrimination. Disse normer medtager normalt ikke det formelle statsborgerskab som forbudt forskelskriterium, men er på den anden side ikke udtømmende i angivelsen af sådanne kriterier.

I en sag mod Belgien vedrørende udvisning af en ung indvandrer havde denne gjort gældende, at han havde været udsat for diskrimination på grund af sin nationalitet, i strid med EMRK artikel 14 sammenholdt med artikel 8, i forhold til to andre grupper af ungdomskriminelle: dem der var i besiddelse af belgisk statsborgerskab, som ikke kunne deporteres; og dem der var statsborgere i en anden EF-medlemsstat, idet en straffedom ikke ville være tilstrækkeligt til at udsætte dem for udvisning. Domstolen anførte hertil:

Like the Commission, the Court would reiterate that Article 14 safeguards individuals placed in similar situations from any discriminatory differences of treatment in the enjoyment of the rights and freedoms recognised in the Convention ...

⁴⁰ Jfr. Europarådets Ministerkomités Recommendation No. R (99) 23 on Family Reunion for Refugees and other Persons in Need of International Protection.

In the instant case the applicant cannot be compared to Belgian juvenile delinquents. The latter have a right of abode in their own country and cannot be expelled from it; this is confirmed by Article 3 of Protocol No 4.

As for the preferential treatment given to nationals of the other member States of the Communities, there is objective and reasonable justification for it as Belgium belongs, together with those States, to a special legal order.⁴¹

På den baggrund fandt Domstolen, at der ikke forelå noget brud på EMRK artikel 14. Heroverfor er det nærliggende at stille *Gaygusuz*-dommen som – til forskel fra *Moustaquim*-sagen, der må siges at angå et af kerneområderne for staternes suverænitet: adgangen til udvisning af ikke-statsborgere⁴² – ingen som helst forbindelse havde med immigrationsspørgsmålet som sådant. Derimod drejede *Gaygusuz*-sagen sig om statsborgerskabskrav i relation til modtagelse af en social forsikringsydelse, hvortil den tyrkiske klager havde betalt sædvanlige bidrag under sit lovlige ophold som arbejdstager i Østrig. Som tilsyneladende mere generel retsopfattelse udtalte Menneskerettighedsdomstolen her:

... very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention.⁴³

Ud fra den konkrete sags omstændigheder må dommen formentlig forstås på den måde, at der indfortolkes et *saglighedskrav* i EMRK artikel 14, således at den ikke-udtømmende opregning af forbudte forskelskriterier suppleres med statsborgerskab, når der i den underliggende retlige relation – d.v.s. her socialforsikringsordningen – består samme vilkår uanset personers forskellige statsborgerskab. Da Domstolen samtidig fandt, at forskelsbehandlingen her var uden enhver saglig begrundelse, blev den betragtet som diskrimination i strid med artikel 14, jfr. bestemmelsen i EMRK-protokol 1, artikel 1 om ret til ejendom.

Menneskerettighedsdomstolen har hermed statueret et væsentligt princip, der sandsynligvis kan finde anvendelse i forbindelse med en række andre internationalt beskyttede rettigheder, som er af betydning for ikke-statsborgeres integration i et opholdsland. Det samme princip om ligebehandling må nærliggende anses for at skulle indfortolkes i andre menneskerettighedskonventioner, som indeholder diskriminationsforbud med tilsvarende ordlyd som den europæiske. Herudover er der anledning til at betone, at mens det *formelle* statsborgerskab kan være legitimt

⁴¹ EMD 18. februar 1991, *Moustaquim mod Belgien*, ECHR Series A No. 193, para. 49.

⁴² Hermed er ikke sagt, at udøvelsen af indvandringskontrol er uden for rækkevidde af de menneskeretlige diskriminationsforbud; se herom Terje Einarsen, 'Discrimination and Consequences for the Position of Aliens', *Nordic Journal of International Law* Vol. 64, 1995, s. 435–46; Gregor Noll, *Negotiating Asylum*, 2000, s. 480–94.

⁴³ EMD 16. september 1996, *Gaygusuz mod Østrig*, ECHR Reports 1996 – IV, s. 1129, para. 42.

forskelskriterium i udlændingelovgivningen, må man også på dette område iagttage forbudet mod forskelsbehandling på grund af national *oprindelse*, som fremgår udtrykkeligt af bestemmelser som EMRK artikel 14.

5. Tvangsforanstaltninger i udlændingekontrollen

Som nævnt indledningsvist forekommer tvangsforanstaltninger i sagens natur ofte i forbindelse med udlændingekontrollen. De optræder i forskellige former, mere eller mindre indgribende – f.eks. varierende fra ugentlig meldepligt hos politiet til langvarig indespærring under fængselslignende forhold – og med nok så forskellig motivation.

Det forholder sig givetvis sådan, at mængden af tvangsanvendelse er en afspejling af den generelle vægt, staterne lægger på *kontrolelementer* i udlændingepolitikken. Når der f.eks. i dag foregår omfattende anvendelse af frihedsberøvelse over for asylsøgere, beror det delvist på den intensiverede indvandringskontrol, der tilsigter at modvirke disses spontane ankomst; forsøg på at undgå eller omgå denne kontrol fører til adfærdsformer hos en del asylsøgere, som da i næste omgang kan motivere myndighederne til øget anvendelse af frihedsberøvelse og anden tvang.⁴⁴

Drøftelse af de tvangsmæssige foranstaltninger og deres forhold til menneskeretlige normer falder uden for rammerne af dette referat, hvorfor jeg vil nøjes med at pege på et par principielle spørgsmål i sammenhæng hermed. For det første den oplagte mulighed for, at der bliver anvendt endog meget langvarig frihedsberøvelse over for udlændinge, der søger at omgå indvandringskontrollen, eller som det viser sig vanskeligt at få returneret til deres oprindelsesland. Mens frihedsberøvelse med det formål at forebygge ulovlig indrejse eller at gennemføre udsendelse eller udlevering er specificeret som tilladelige indgreb i den personlige frihed efter EMRK artikel 5, stk. 1 (f), synes det klart, at denne bestemmelse også i væsentlig grad begrænser udstrækningen af frihedsberøvelserne; der er altså ikke frit spil for myndighederne i så henseende, blot fordi indgrebet som udgangspunkt har et accepteret formål.

De kontrolstramninger, der gennemføres på baggrund af den sikkerhedsmæssige situation siden september 2001, har stor betydning for udlændingelovgivningen, og her ikke mindst med hensyn til iværksættelse af tvangsforanstaltninger. Det har da vist sig fristende for visse lovgivere at påberåbe sig muligheden for *derogation*, især med henblik på at kunne frihedsberøve udlændinge uden tidsbegrænsning. Uden at tage stilling til konkrete lovgivningsinitiativer kan man vist tillade sig at anføre, at det ikke virker indlysende, at der i de vesteuropæiske lande

⁴⁴ Se vedrørende dansk ret Kim U. Kjær, 'Frihedsberøvelse og andre tvangsforanstaltninger', i *Udlændingeret*, 2. udgave, 2000, s. 731–80.

i dag eksisterer en sådan aktuel terrortrussel, at derogationsbetingelserne i EMRK artikel 15 kan anses for at være til stede. Henset hertil illustrerer den aktuelle situation i og for sig på udmærket vis, hvilken betydning det har, at også sådanne nationale foranstaltninger vil være undergivet Menneskerettighedsdomstolens kontrol.⁴⁵

6. Afslutning: Menneskerettigheder under og efter lovgivningsprocessen

Jeg har ovenfor søgt at påvise, hvorledes menneskerettighedsnormer begrænser suveræniteten, også når det drejer sig om udlændingelovgivningens indhold. Nogle af de omtalte reguleringsområder vil sikkert forekomme vigtigere end andre, og yderligere elementer end de her fremdragne kunne fortjene drøftelse. På nogle områder kan det angives nogenlunde præcist, hvilke begrænsninger der følger af de internationale forpligtelser, men ofte lader det sig ikke gøre. Der er således under alle omstændigheder behov for stillingtagen til, på hvilken måde overholdelsen af sådanne forpligtelser sikres, og hvorledes det eksisterende – ikke ubetydelige – nationale råderum skal udfyldes.

Den nationale beslutningsproces kan selvsagt ikke undgå at tage stilling til de menneskeretlige normer og deres betydning for landets retstilstand. Spørgsmålet er for så vidt blot, i hvilken fase og på hvilket niveau af den nationale regulering der skal tages højde herfor. I Danmark har vi i 1990'erne set en tendens til, at lovgivningsmagten ikke mindst på udlændingelovgivningens område i hovedsagen har indskrænket sig til at angive, at de vedtagne regler vil skulle praktiseres under respekt af internationale forpligtelser, men ikke selv har taget nærmere stilling til implikationerne heraf.⁴⁶ Dette har måske været en nærliggende lovgivningsteknisk løsning, men er næppe udtryk for nogen heldig tendens. Den anvendte reguleringsteknik har således konsekvenser for lovgivningens klarhed og dermed for den retssikkerhedsmæssige situation, såvel som for magtfordelingen mellem de lovgivende og de retsanvendende myndigheder.

Et yderligere problem, der synes at være blevet mere påtrængende i den senere tid, udspringer af selve holdningen til eksistensen og rækkevidden af normer, der efter omstændighederne begrænser den nationale legislative kompetence. Især i visse lovgivningskredse, men også i dele af den faglige debat, har skepsis heroverfor ført til fremkomsten af temmelig markante udsagn, der eventuelt kan give grundlag for at overveje, om der fremdeles er vilje til fuldt ud at opfylde de

⁴⁵ Jfr. hertil pressemeddelelse af 21. december 2001 fra Europarådets generalsekretær i anledning af modtagelsen af den britiske regerings derogationsmeddelelse; se tillige resolution af 24. januar 2002 fra Europarådets Parlamentarikerforsamling.

⁴⁶ Se eksempler på denne lovgivningsteknik i Betænkning nr. 1407: *Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret*, 2001, kapitel 5, navnlig s. 101–06.

menneskeretlige normer, som staten har forpligtet sig på. Muligvis er denne debat blot et forbigående fænomen her i Danmark. Men den kan illustrere vigtigheden af, at vi drøfter forholdet mellem internationale forpligtelser og nationale beslutninger, og at lovgivningsmagts rolle i den henseende afklares. Udlændingelovgivning er blot ét element i denne problematik, og tilmed et, der kun angår få mennesker; måske er dette lovgivningsområde netop derfor et velegnet udgangspunkt for drøftelsen.

Suzanne Wennberg

Tillsammans och i samförstånd – ett nytt begrepp
för gärningsmannaskap

Tillsammans och i samförstånd – ett nytt begrepp för gärningsmannaskap

Av professor Suzanne Wennberg, Sverige

Flera personer som "tillsammans och i samförstånd" deltagit i utförandet av ett brott kan dömas som medgärningsmän. Många gånger finns ingen gärningsman som ensam uppfyller brottsrekvisiten. Däremot finns flera (med)gärningsmän som tillsammans utfört det brottsliga projektet. I Sverige har emellertid medgärningsmannaskapet på senare år kommit att tillämpas på ett sätt som inger farhågor för rättssäkerheten. Man tillämpar ett utvidgat medgärningsmannaskap och grundar detta på så svaga grunder som att vederbörande medgärningsman måste ha varit införstådd med den brottsliga verksamheten, som sedan utförts av de andra medgärningsmännen. När flera personer varit närvarande på brottsplatsen och man inte riktigt vet vem som gjort vad respektive vem som stått helt utanför verksamheten, får man på så sätt ett redskap med vars hjälp samtliga kan fällas till ansvar. Även i andra situationer, t.ex. inom företagsamheten, kan det utvidgade medgärningsmannaskapet användas på ett sätt som innebär ett slags kollektivt straffansvar som görs mer eller mindre oberoende av vilket konkret handlande som ligger de olika individerna inom kollektivet till last. Om inte ens åklagarens gärningsbeskrivning individualiserar vars och ens insats, får en tilltalad person inte reda på vad som läggs honom till last, utan samtliga tilltalade buntas ihop till en grupp som betraktas som brottssubjekt för gärningen.

Suzanne Wennberg är sedan 1990 professor i straffrätt vid Stockholms universitet. Hon disputerade 1977 på en avhandling "Förskingring" och har därefter främst forskat inom straffrättens allmänna del (bl.a. boken "Försök till brott") men även inom området för ekonomisk brottslighet. Hon är en av medförfattarna till Kommentaren till Brottsbalken och har givit ut läroböcker och diverse straffrättsliga artiklar i Svensk Juristtidning, Juridisk Tidskrift samt Tidskrift för Rettsvitenskap.

Medgärningsmannaskap

Vår straffrätt känner inte något kollektivt straffansvar, som skulle drabba alla medlemmar av en grupp eller ett kollektiv, oberoende av vad varje individ kan lastas för. Tvärtom bygger straffrätten på det individuella ansvaret samt på principen att straffets grund är den företagna gärningen och att vi ansvarar för våra egna gärningar, inte för någon annans gärning. Men begreppet gärning innefattar både handling och underlåtenhet. Det individuella ansvaret utesluter inte att brott kan utformas så att en person straffbeläggs för att han underlåtit att avvärja någon annans brott eller för att han underlåtit att utföra en viss handling.

Inte heller utesluter det individuella ansvaret att flera individer kan ställas till

svars för ett brott. Alla som *främjat* viss gärning kan enligt medverkansbestämmelsen i 23:4 BrB dömas för denna sin medverkan, i den utsträckning bestämmelsen är tillämplig på brottet i fråga. Vidare kan flera personer, som tillsammans begått ett brott, dömas var och en som *medgärningsman* för detta brott. Flera personer kan alltså ansvara som gärningsmän, ej blott som främjare av detta brott. Se NJA 1980 s. 606, RH 1984:31, RH 1987:26, RH 1987:87 samt RH 1996:82. Se även NJA 1985 s. 544, 1987 s. 680, 1991 s. 332, 1992 s. 679 och 1995 s. 405.

Medgärningsmannaskap är först och främst aktuellt i sådana situationer, då flera personer tillsammans *utför likartade handlingar* på ett sätt som medför att de gemensamt uppfyller brottsrekvisiten. Skulle var och en av dem uppfylla brottsrekvisiten på egen hand oberoende av de andras gärningar, föreligger snarare ett självständigt brott för varje gärningsman. Men vanligt är att var och en inte uppfyller brottsrekvisiten fullt ut, av den anledningen att den brottsliga effekten orsakas av en av deltagarna eller av deltagarna tillsammans. Två personer har tillsammans knivhuggit en person till döds eller flera personer har kastat sten mot en fönsterruta som krossats. Även om fönsterrutan krossades av en viss sten som kastades, är samtliga stenkastare att straffa som medgärningsmän på den grunden att de gått samman och gemensamt utfört brottet. Det synes orimligt att som gärningsman för fullbordat brott döma endast den som bevisligen orsakat den brottsliga effekten, eftersom det i de flesta fall måste vara omöjligt att separera handlingarna och avgöra vem som orsakat effekten. Medgärningsmannaskapet förutsätter dock att de deltagande handlat i samråd eller åtminstone i samförstånd. Det brukar uttryckas med någon av fraserna "gemensamt och i samråd" respektive "tillsammans och i samförstånd".

I andra situationer begår flera personer ett brott i samverkan på så sätt att de *utför olikartade handlingar* och därigenom tillsammans uppfyller brottsrekvisiten för ett brott. Två personer kommer överens om att begå ett rån på så sätt att en av dem hotar bankkassörskan med sitt vapen, medan kompanjonen hoppar över disken och packar ned sedlarna i en väska. Båda två kan dömas som medgärningsmän för detta rån som de tillsammans utfört. Eller en man utövar våld mot en kvinna och håller fast henne, medan den andre tilltvingar sig ett samlag med hjälp av våldet. Båda två kan enligt min mening dömas som medgärningsmän för våldtäkt.

Skulle brottet bestå av *en verksamhet som bedrivs*, t.ex. tillverkning av narkotika enligt 1 § p. 2 narkotikastrafflagen (1968:64), kan de personer som samverkat och direkt utövat denna verksamhet dömas som medgärningsmän för brottet. Medgärningsmannaskapet utesluter dock inte att andra personer, som haft mer perifera roller, döms för sitt främjande av gärningen. De straffas som medhjälpare, inte som medgärningsmän.

Även *äktade underlåtenhetsbrott* kan begås i medgärningsmannaskap, om fler än en person brutit mot en viss handlingsplikt. I ett företag, t.ex., kan flera personer ställas till svars för underlåtenhet att deklarerera för företaget eller underlåtenhet att

lämna kontrolluppgifter. Är det däremot fråga om ett *oäkta underlåtenhetsbrott*, som normalt tar sikte på en aktiv handling, uppstår fråga om medgärningsmannaskap kan tillämpas, förutom naturligtvis på två eller flera personer som alla utfört aktiva handlingar tillsammans, även på den som i strid mot åvilande handlingsplikt lastas för sin underlåtenhet att ingripa och hindra brottet. Anser man t.ex. att mordbrand tillhör kategorin oäkta underlåtenhetsbrott och att eld kan anläggas ej blott genom aktiv handling, utan även genom underlåtenhet att hindra att en kontrollerad brand övergår i en okontrollerad sådan (se Jareborg, N., Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001 s. 200), uppstår fråga om såväl den aktive som den passive gärningsmannen kan dömas som medgärningsmän. Alternativt kan man ifrågasätta om den aktive personen kan dömas som gärningsman, medan den andre döms för sin passiva medverkan, dvs. för att han främjat gärningen genom sin underlåtenhet att ingripa. I det senare fallet kommer man in på frågan i vad mån främjande enligt 23:4 BrB kan användas som ett oäkta underlåtenhetsbrott. Det förutsätter först och främst att underlåtenheten i det konkreta fallet kan sägas innebära ett främjande. Kan man anlägga brand genom underlåtenhet, borde man rimligen även kunna främja en brand genom underlåtenhet (jfr Jareborg, N., Allmän kriminalrätt. Uppsala 2001 s. 422). Men avgörande är att det krävs att just främjaren varit ålagd en omsorgs- eller tillsynsplikt, även kallat en handlingsplikt. Man skall kunna peka på en särskild plikt att agera som åvilat just vederbörande. Tillräckligt är inte att man kan hänvisa till vad en ansvarskännande människa borde ha gjort enligt allmänna moralnormer. Viktigt är att de oäkta underlåtenhetsbrotten inte får funktionen att endast fungera som en uppsamlingsreserv för misstänkta personer som inte kan överbevisas om visst aktivt handlande. Då är nämligen risken stor att man kommer att fingera en omsorgs- eller tillsynsplikt.

Bortsett från alla former av medgärningsmannaskap, som innebär att flera personer deltagit i utförandet av brottet i fråga, tillämpas ett *utvidgat medgärningsmannaskap* på en person som inte kan sägas ha utfört ett gärningsmoment i brottet men som ändå *spelat en central roll för att brottet kommit till stånd*. Man talar om "funktionale Tatherrschaft" (se Roxin, C., Täterschaft und Tatherrschaft. 7:e Auflage. Berlin 2000) när en person som bokstavligen endast *främjat* brottet döms som medgärningsman tillsammans med dem som utfört gärningen. Tre personer har planerat ett bankrån och införskaffat vapen och masker. När brottet skall utföras, tar en av de maskerade och beväpnade männen på sig rollen att hålla vakt utanför banken, medan de övriga två tar sig in i banken och genomför rånet. Alla tre kan dömas som medgärningsmän för rånet, även den som hållit vakt utanför lokalen, om han spelat en lika central roll vid brottets planering som de övriga och det mera varit en slump vem av dem som gjorde vad när brottet utfördes.

I medverkansbestämmelsen (23:4 st. 2 BrB) förklaras att "(d)en som inte är att anse som gärningsman" kan dömas som anstiftare eller medhjälpare. Uttrycket "(d)en som inte är att anse som gärningsman" har tolkats så att det lämnas en

möjlighet för domstolarna att tillämpa ett utvidgat gärningsmannaskap på den medverkande som av någon särskild anledning är att betrakta som gärningsman, även om han inte är gärningsman i bokstavlig mening genom att han uppfyller brottsrekvisiten.

Normalt brukar ett utvidgat gärningsmannaskap tillämpas främst i sådana fall då en anstiftare/främjare, som samtidigt intar ställning som specialsubjekt eller överordnad, spelat en central roll för brottets förverkligande eller då en person anstiftat ett viljelöst eller omdömeslöst redskap i hans händer, t.ex. ett barn, en psykiskt avvikande person eller en person som kände sig tvingad att utföra gärningen. Specialsubjektet respektive anstiftaren, som utnyttjat en annan person till att utföra ett brott, döms som gärningsman och den andre personen, som bokstavligen utfört brottet, kan straffas för medhjälp i den mån han kan göras ansvarig. Parterna byter med andra ord roller. Ett utvidgat gärningsmannaskap innebär naturligtvis inte att vem som helst, som står helt utanför brottet, kan utses till att axla rollen som gärningsman. Ett minimikrav är att vederbörande kan styrkas ha främjat brottet.

Det säger sig självt att det utvidgade medgärningsmannaskapet måste användas med en viss försiktighet, eftersom man annars riskerar att kränka den för rättssamhället grundläggande principen att straffets grund är den faktiskt företagna gärningen, inte det brottsliga sinnelaget. Det ligger en frestelse i användandet av det utvidgade medgärningsmannaskapet i fall, när man inte riktigt vet vem av de tilltalade som gjort vad. Genom att slå ihop alla tilltalade till en grupp och förklara att dessa personer "gemensamt och i samråd" eller "tillsammans och i samförstånd" begått den åtalade gärningen, undviker man att göra den individuella prövning av vars och ens insatser som är nödvändig och som var och en har rätt att kräva.

Uppstår bevisproblem genom att man i ett fall inte kan visa vem av flera personer som begått brottet, främjat brottet eller kanske endast närvarat på brottsplatsen, måste man annars formulera vars och ens insats enligt samtliga tänkbara alternativ i det konkreta fallet. Därefter väljes det för var och en mest gynnsamma alternativet. En person, som enligt samtliga alternativ åtminstone har främjat brottet, kan dömas för detta främjande, medan en person som enligt något av alternativen varken utfört brottet eller medverkat därtill skall frikännas från ansvar. Se t.ex. NJA 1986 s. 802.

Minimikravet för att någon skall kunna dömas som medgärningsman är att just denna individ kan visas ha åtminstone främjat gärningen och att han haft en avgörande funktion för brottets tillkomst. Det kan därför vara av intresse att fundera något över var den *nedre gränsen* går för ett främjande och i vad mån underlåtenhet att ingripa kan bestraffas som främjande.

För att börja med *aktivt handlande* kan man ställa sig frågan om det skulle kunna innefatta ett främjande att *närvara på brottsplatsen* när brottet begås. Man kan tänka sig att gärningsmannen skulle kunna känna sig lite extra motiverad att

begå brottet, när han har åskådare. Men även motsatsen är naturligtvis tänkbar. Enligt min mening räcker inte blotta närvaron till för ett straffbart främjande. Om inte på annan grund, så på grund av "livets regel" och människors rätt att röra sig fritt. I rättsfallet NJA 1984 s. 922 åberopade Högsta domstolen att det inte föranleder något medverkansansvar att enbart närvara på brottsplatsen när ett brott begås, så länge den närvarande personen varken fysiskt eller psykiskt har övat inflytande på brottets tillkomst. Det gäller givetvis även om den närvarande personen ingår i samma grupp eller gäng, som den eller de agerande personerna, och på denna grund kan misstänkas vara fullt kapabel att begå brottet i fråga.

Den som inte råkar vara närvarande på brottsplatsen när brottet begås, men *beslutar sig för att följa med* gärningsmannen till brottsplatsen för att där närvara när denne utför brottet, har därigenom knappast främjat gärningen. En annan sak är att ansvar möjligen kan utkrävas för hans underlåtenhet att ingripa, men det ligger utanför denna bedömning.

Så snart en person, som närvarat på brottsplatsen utan att ha deltagit i brottets utförande, dock visas ha *ingått en överenskommelse*, ett samråd, med övriga deltagare om utförande av detta brott, förändras underlaget för bedömningen. I denna överenskommelse ligger i regel en form av psykisk medhjälp. De som träffar överenskommelsen stärker varandras motivation att begå brottet. Resonemangset förutsätter att det kan styrkas att man verkligen kommit överens om att begå det aktuella brottet eller att det i vart fall funnits *en outtalad sådan plan*, ett samförstånd, hos samtliga deltagare. Det skall fortfarande ske en individuell prövning avseende var och en av de tilltalade. Om någon av deltagarna sedan gick längre än vad som enligt de övriga ingick i planen, kan de senare inte anses ha främjat hela den utförda gärningen. I förhållande till den gärning, som inte ingick i den gemensamma brottsplanen, svarar de övriga i gruppen endast i den mån de kan hållas ansvariga för sin underlåtenhet att ingripa häremot.

Om en person inte främjat gärningen genom något aktivt handlande, vare sig fysiskt eller psykiskt, återstår som sista utväg att pröva i vad mån han *främjat gärningen genom sin underlåtenhet att agera*. Denna problematik har ägnats lite utrymme i den svenska doktrinen. Enligt en uppfattning skulle man psykiskt kunna främja ett brott genom underlåtenhet, om det är så att en person läser ut ett budskap ur en annan persons underlåtenhet att säga ifrån. Underlåtenhet kan med andra ord fungera som kommunikationsmedel. I sådana fall fordras inte någon handlingsplikt för att ansvar skall utdömas. Ansvar kan dock utdömas endast i sådana fall där gärningsmannen observerat motpartens underlåtenhet, eftersom han i andra fall inte blivit påverkad av budskapet. Handlar det däremot om andra typer av främjanden genom underlåtenhet uppställs det vanliga kravet för oäkta underlåtenhetsbrott, nämligen att vederbörande haft en handlingsplikt eller intagit en relevant garantställning.

Som grund för en handlingsplikt kan åberopas att den som själv föranlett en fareframkallande situation sedermera kan bli ansvarig för sin underlåtenhet att

förhindra uppkomsten av skada. Handlingsplikten grundas alltså på vederbörandes eget föregående handlande. Fråga uppstår nu om en handlingsplikt kan grundas på den fareframkallande situation, som föreligger när flera personer börjar utföra ett brott (se Husabø, E.J., *Straffansvarets periferi. Medverking, forsøk, førebuing*. Bergen 1999 s. 193 ff.). Det skulle i så fall betyda att de eventuellt skulle kunna straffas, förutom för det begångna brottet, även för sin underlåtenhet att ingripa för att förhindra vad den av dem som gått vidare utfört i form av ett grövre brott än det planlagda brottet. Risken med resonemanget är att det åberopas även beträffande den person, som knappt deltagit i utförandet av brottet. En förutsättning för ett underlåtenhetsansvar är vidare att den förväntade handlingen var möjlig att utföra och att det var rimligt att förvänta sig att vederbörande hade utfört handlingen. Dessutom bör den förväntade handlingen alltid formuleras, så att man verkligen gör klart för sig vad det är som vederbörande inte gjorde men borde ha gjort.

Utvecklingen av praxis i Sverige de senaste åren

Nedan redovisas fem rättsfall rörande medgärningsmannaskap, varav ett fall från Högsta domstolen och fyra hovrättsfall, de s.k. Malexandermorden, den s.k. Göteborgsbranden, mordet på Björn Söderberg samt det s.k. Törebodamordet. Avsikten är att använda dessa fall som underlag för en diskussion om utvecklingen av det utvidgade medgärningsmannaskapet.

Det första rättsfallet, *NJA 1992 s. 474*, kan ha varit bidragande till den förändring av rättsläget som jag har för avsikt att ifrågasätta. Fallet handlar om en man, Riyadh, som dödats genom knivhugg. Två personer, Mikael och Jani, stod åtalade som de enda personer som närvarat när mordet begicks. Mikael erkände att han tillfogat Riyadh alla knivhugg utom det dödande hugget i hjärtat. Det utdelades enligt hans berättelse av Jani. Denne förnekade att han utdelat några knivhugg alls. Det kunde inte fastställas vem av dem som utdelat det dödande hugget.

HD dömde både Mikael och Jani för dråp i medgärningsmannaskap. Det var visserligen inte styrkt att våldet mot Riyadh hade föregåtts av samråd mellan Mikael och Jani. För bedömningen av Mikaelns gärning saknade det avgörande betydelse att dödens inträde inte kunde härledas från ett av de knivhugg som han erkänt. Det berodde närmast på tillfälligheter vilket knivhugg som kom att bli den direkta dödsorsaken. För bedömningen av Janis gärning kunde det inte anses styrkt att han övat våld mot Riyadh annat än med en köksstol. Även om han inte kunde visas ha tillfogat Riyadh någon livshotande skada, hade han dock på ett verksamt sätt bidragit till Riyadhs död att han skulle dömas som medgärningsman för dråp. Jani deltog i våldet på ett stadium av händelseförloppet, då han inte kunde ha undgått att uppfatta att Mikael avsåg att döda Riyadh och att denne var svårt skadad. Härav följde att Jani själv måste ha varit inställd på att händelserna skulle få en dödlig utgång.

Kommentar

Jag tolkar detta rättsfall så att HD inte tillämpar ett ordinärt medgärningsmannaskap grundat på att såväl Mikael som Jani utövade våld mot Riyadh, som lett till dennes död. Snarare betraktades Mikaelns knivhugg som en våldsgärning och Janis agerande som ett främjande av denna gärning. Men både Mikael och Jani dömdes för dråp i medgärningsmannaskap, med hjälp av ett utvidgat medgärningsmannaskap vad avser Jani. Denne uppfattas således inte som en ordinär medgärningsman, som tillsammans med Mikael deltagit i utförandet av dråpet, utan HD tar sig friheten att betrakta honom som medgärningsman, trots att han endast främjat gärningen. Några särskilda skäl härför, t.ex. att han spelat stor roll för brottets förverkligande, åberopas inte. Tvärtom lyckas man inte lägga honom mera till last än att han övat våld med en köksstol, samtidigt som det inte kunnat fastställas exakt vad han gjort med stolen. Det talar inte för att han måste betraktas som gärningsman. Inte heller hade brottet föregåtts av samråd mellan Mikael och Jani. Man kan mot hela denna bakgrund inte gärna göra gällande att Jani tagit lika stort ansvar för gärningens utförande som Mikael och att det närmast varit en slump vem av dem som handlat som gärningsman respektive som främjare. Det utvidgade medgärningsmannaskapet för Jani ser inte ut att kunna motiveras med något annat skäl än att det utgjorde en förutsättning för den fällande dråpdomen mot Mikael och Jani. Genom att både Mikael och Jani dömdes som medgärningsmän, kunde man bortse från problematiken vem som hade orsakat Riyadhs död.

Nästa rättsfall gäller mordåtalet i det s.k. *Malexandermorden* (Göta hovrätts dom 2000-06-07, mål nr B 158-00, B 180-00). Andreas, Jackie och Tony åtalades för att de "gemensamt och i samförstånd" uppsåtligen berövat två polismän livet genom att skjuta dem till döds. De färdades i en bil efter ett rån, utrustade med skarpladdade vapen, i avsikt att kunna bruka dessa för att undkomma förföljare. De hade en mental beredskap för dödande och sköt omedelbart mot polismännen, då dessa befann sig i polisbilen endast några meter bakom dem. Så kan gärningsbeskrivningen avseende mordåtalet i åtalspunkt 5 sammanfattas.

Själva händelseförloppet vid mordplatsen kunde inte helt utredas. Det kunde inte klarläggas vem som avlossat de skott som träffade polismännen eller vem som avlossat de direkt dödande skotten. Dock visste man att tre vapen, förutom polisens tjänstevapen, kommit till användning. Andreas, som uppgivit att han lämnat bilen för att söka skydd och då omedelbart blivit skjuten, blev inte helt trodd. Det faktum att han blivit skjuten framifrån, liksom att polismännen överhuvudtaget sköt på honom, ansågs tyda på att han aktivt angripit dessa. TR:n fann det vidare i så hög grad osannolikt att en enskild person skulle ha sprungit runt och skjutit med samtliga vapen från olika positioner att det måste hållas för visst att både Tony och Jackie måste ha deltagit i skottlossningen. Samtliga tre dömdes därför för mord av TR:n.

Även HovR:n fann samtliga tre skyldiga till mord. Sammantaget visade utred-

ningen att samtliga deltagit i skottlossningen mot polismännen. Det ansågs i hög grad osannolikt att endast en av de tilltalade skulle ha skjutit med samtliga vapen. Det bedömdes också som helt osannolikt att någon av dem, efter det att skottlossningen påbörjats, skulle ha lämnat flyktbilen obehäpnad eller att någon – under det snabba händelseförloppet – skulle ha haft tillfälle att hämta ett nytt vapen från flyktbilen eller varit behäpnad med mer än ett vapen.

Vem eller vilka av de tilltalade som avlossat de direkt dödande skotten mot polismännen var inte heller i hovrätten klarlagt. Med hänsyn till den kraftiga eldgivning som förekommit mot polismännen fick det anses bero endast av tillfälliga omständigheter att dessa inte dödats tidigare under skottlossningen. Var och en av de tilltalade hade solidariserat sig med de båda övrigas handlande och gjort gemensam sak med dem genom att beskjuta polismännen.

Kommentar:

Accepterar man uppfattningen att samtliga tre måste ha deltagit i skottlossningen, innebär domen att man tillämpar ett ordinärt medgärningsmannaskap helt i linje med traditionell praxis. Alla tre har i så fall tillsammans begått ett brott som inneburit att två polismän dödats. De har gemensamt åstadkommit den brottsliga effekten. Att Jackie ett år senare trätt fram och förklarat att det var han som avlossade de dödande skotten förändrar inte bedömningen. En ny dom grundad på denna information skulle inte förvandla Andreas' och Tonys brott till mordförsök.

Mera uppseendeväckande är två andra åtalpunkter i samma mål, nämligen åtalpunkterna 15 och 16 avseende försök till grovt rån respektive grovt rån. Andreas och Jackie åtalades för att de "tillsammans och i samråd" med ytterligare en, icke namngiven, person beslutat att genomföra två rån, dels mot ICA Ömohallen i Österbymo och dels mot Systembolaget i Österbymo och att därvid utöva allt det hot och våld som skulle komma att visa sig nödvändigt för att genomföra brottet och undkomma förföljare. Rånarna hade "tillsammans och i samråd" planerat och förberett rånerna genom att anskaffa rånarutrustning och tillgripa en flyktbil att användas vid rånerna.

Enligt åklagarens gärningsbeskrivning körde de tre rånarna i den tillgripna bilen fram till ICA-butiken, där en av rånarna, maskerad och behäpnad med yxa och kofot, trängde in i avsikt att utföra ett rån. Rånerna misslyckades dock, då kassörskan tillfälligt hade lämnat kassan. Rånaren utdelade hugg med yxan mot en kund, som försökte hindra honom. Därefter flydde rånaren från butiken utan att ha lyckats tillgripa några pengar.

De två andra rånarna färdades vidare i den stulna bilen till Systembolaget, där de maskerade och behäpnade med skjutvapen trängde in i butiken. Rånarna riktade skjutvapen mot personal och kunder, varefter de tillgrepp pengar. Efter rånerna har rånarna "tillsammans och i samförstånd" avlossat ett skott med ett skjutvapen mot en person som sökt hindra dem att fly från rånplatsen.

Rånarna hade alla enligt åklagaren deltagit i så aktiv mån vid rånförsöket mot

ICA-butiken och rånet mot Systembolaget att deras handlande var att bedöma som gärningsmannaskap.

TR:n dömde Andreas och Jackie för försök till rån och för grovt rån. Båda två hade visserligen uppgivit att de varit på annat håll vid den aktuella tidpunkten, men TR:n fann omständigheter som talade för att det var Andreas, Tony och Jackie som varit i Österbymo den aktuella dagen och att det varit dessa tre som varit aktiva. Alla tre hade så aktivt deltagit i både rånförsöket och rånet att de borde betraktas som gärningsmän avseende hela skeendet. TR:n gjorde det tilläggat att den tredje mannen, Tony, inte var åtalad.

I HovR:n erkände Andreas att han deltagit i planeringen, rekognoseringen och införskaffandet av vapen inför brotten samt att han kört gärningsmännen till och från brottsplatserna. Efter det att han hade släppt av en av rånarna ("den kortare rånaren") utanför ICA-butiken, fortsatte han och "den längre rånaren" till Systembolaget. Detta erkännande talade enligt HovR:ns mening för att Andreas var att bedöma som gärningsman vid rånförsöket mot ICA-butiken. Vid detta rånförsök hade ett livsfarligt vapen, en yxa, kommit till användning och ett hugg med denna riktades mot en kund. Andreas måste ha varit införstådd med risken för att vapnet skulle komma till sådan användning. Brottet bedömdes som försök till grovt rån. Även Jackie dömdes för försök till grovt rån. Den i ICA-butiken skadade kundens iakttagelser angående rånarens längd och "mörka ögon" överensstämde väl med Jackies utseende. Omständigheterna talade för att Jackie deltagit i brottet genom att med yxa försöka råna ICA-butiken.

Vad härefter beträffar rånet mot Systembolaget erkände Andreas att han deltagit i detta rån genom att bl.a. hålla ner pengar från kassalådorna i en väska, sedan "den längre rånaren" beordrat kassörskan att öppna kassalådorna. HovR:n fann styrkt att Andreas som gärningsman deltagit i det väpnade rånet mot Systembolaget och han dömdes för grovt rån. Även Jackie dömdes för grovt rån, främst grundat på Andreas'uppgift att "den längre rånaren" i Systembolaget överlämnat pistolen till "den kortare" för att få den att fungera, i förening med den omständigheten att det otvivelaktigt var Jackie som var mest vapenkunnig av de tilltalade. "Den kortare rånaren" var alltså Jackie och han skulle därför ha deltagit i rånet av Systembolaget.

Kommentar:

Anmärkningsvärd är först och främst åklagarens gärningsbeskrivning, i det att man undviker att individualisera vars och ens insatser. Två namngivna personer åtalas för att de tillsammans och i samråd med en tredje, icke namngiven, person planerat ett brott. Detta kollektiv av personer beskrivs sedan som "rånarna". "En av rånarna" – oklart vem – utför det ena brottet, rånförsöket mot ICA-butiken. "De två andra rånarna" – oklart vilka – utför därefter det andra brottet, ett rån riktat mot Systembolaget. I detta kollektiv som benämnes "rånarna" ingår en helt anonym person och någon klarhet skapas inte vilka gärningsmoment som tillvitas

denna okända person. Därmed lämnas frågan öppen hur det eventuella medgärningsmannaskapet egentligen ser ut för de utpekade personerna, Andreas och Jackie. De tillskrivs inte ett enda konkret handlande, utan deras ansvar grundas helt på den omständigheten att de "tillsammans och i samråd" planerat och förberett de båda brotten. Enligt denna gärningsbeskrivning vore det fullt möjligt att det första rånförsöket utfördes av den anonyma, icke åtalade, tredje mannen. Åndå yrkas ansvar för Andreas och Jackie.

TR:n låter sig inte hindras av den berörda problematiken. Både Andreas och Jackie döms för båda brotten utan att man med ett enda ord berör frågan vad de rent konkret gjort som kan läggas dem till last. Genom att man betraktar de s.k. rånarna som ett kollektiv och även slår ihop de båda brotten till en enhet, kan man nöja sig med att konstatera att alla i kollektivet bör betraktas som gärningsmän avseende hela skeendet.

När HovR:n skall avkunna sin dom har man fått vissa erkännanden från Andreas att bygga på. Man dömer dock Andreas som gärningsman för rånförsöket mot ICA-butiken, trots att man kommit fram till att detta brott utfördes av Jackie ensam. Att man håller fast vid det kollektiva ansvaret kan möjligen bero på att man annars skulle få problem med bedömningen av rånet av Systembolaget. Man vet nämligen inte om Jackie deltog i detta rån eller endast närvarade på brottsplatsen, när han såsom den mest vapenkunnige tog emot pistolen från "den längre rånaren". För att slippa fälla Andreas till ansvar för ett rån som han begått i medgärningsmannaskap med en helt anonym person, utanför åtalet, föredrar man måhända att göra såväl Andreas som Jackie till gärningsmän för båda brotten.

Ett annat exempel på ett kollektivt straffansvar, som innebär en upplösning av det individuella ansvaret, utgör fallet med den s.k. *Göteborgsbranden* (Hovrätten för Västra Sverige, dom 2000-08-29, B 2957-00). I detta rättsfall fick totalt fyra personer som gärningsmän bära ansvaret för en gärning – grov mordbrand – som inte hade utförts av dessa fyra personer i samverkan. Tillräckligt var att en av de tilltalade erkänt sig ha utfört gärningen och att de övriga tre närvarande solidariserat sig med honom och inte tagit avstånd från gärningen.

Redan i åklagarens gärningsbeskrivning markeras det kollektiva ansvaret på så sätt att åklagaren inte närmare pekar ut vem av de fyra som gjort vad. Inledningsvis förklaras att de fyra personerna, A, B, C och D, "tillsammans och i samförstånd" anlagt brand i en fastighet i Göteborg. Branden anlades i trapphuset i anslutning till en festlokal under en pågående ungdomsfest. Den anlagda elden spred sig in i festlokalen och förorsakade att 63 unga människor omkom och att minst 50 ungdomar skadades.

På väg till trapphuset under kvällen fann "de", dvs. någon av A, B, C respektive D, en dunk innehållande brännbar vätska, som "de" tog med sig. I trapphuset "hålldes" brännbar vätska ut över ett större antal där uppstaplade stolar. Vidare "revs och placerades" papper under och ovanpå stolarna. Därefter antände "i vart

fall A” det brännbara materialet. ”Någon av de övriga” uppmanade A att även slänga en sopsäck på elden. Samtliga var enligt åklagaren medvetna om att brand skulle anläggas då dunken medfördes, pappersmaterial ihopsamlades och brännbar vätska hälldes ut över stolarna i trapphuset. Genom att medfölja dit och där närvara samt utan att visa några betänkligheter mot vad som pågick solidariserade de sig med A och styrkte honom, när branden anlades.

TR:n dömde samtliga fyra som gärningsmän för grov mordbrand. A erkände att han anlagt branden. Det utreddes att det var A som i kulverten tagit upp en dunk med brandfarlig vätska som han burit med sig till nödtrapphuset, där han skvätte ut vätska från dunken över stolarna. A erkände sig vidare ha rivit papper, som sedan antändes av honom. Ytterligare en av de övriga tre var enligt A med när papper revs och elden tändes, men A ville inte uppge vem det var. Det kunde därför inte styrkas att branden anlagts av alla fyra i samverkan. Möjligt var naturligtvis att branden hade anlagts av två eller tre av dem – oklart vilka – i samverkan.

För att komma förbi denna problematik konstaterade TR:n följande. Alla fyra hade befunnit sig i trapphuset, då branden anlades. Det var vidare klarlagt att A kort före det att branden bröt ut uttalat att han skulle förstöra festen genom att åstadkomma att brandlarmet gick och genom att brandkåren kom till platsen. Utifrån antagandet att A måste ha berättat om sina avsikter för vännerna B och C, drar domstolen slutsatsen att även B och C haft för avsikt att förstöra festen genom att anlägga eld! B och C måste ha sett att A hade dunken med sig in i nödtrapphuset och att han skvätte ut vätska från dunken över stolarna. B och C lades till last att de varken protesterade eller på annat sätt tog avstånd från att anlägga brand. På grund av det anförda ansågs A, B och C ”gemensamt och i samförstånd” ha anlagt branden i nödtrapphuset.

D, som inte tillhörde vänkretsen, hade tydligt visat att han ville vara tillsammans med A, B och C och att han ville vara delaktig i vad de företog sig. D var heller inte främmande för att A skulle anlägga eld. På grund härav blev även D ansvarig för det fortsatta händelseförloppet. I nödtrapphuset gjorde han inte något för att visa att han tog avstånd från det som skedde. D ansågs därför ha handlat ”gemensamt och i samförstånd” med A, B och C vid anläggandet av branden.

Även HovR:n dömde samtliga fyra som gärningsmän för grov mordbrand. Samtliga fyra befann sig i trapphuset eller i mycket nära anslutning till detta, när elden anlades. Avgörande var enligt HovR:n om A, B, C och D gemensamt hade kommit överens om att anlägga eld. Mot bakgrund av att A:s åtgärd att ta med sig dunken inte kan ha haft någon annan förklaring än att innehållet skulle användas för att anlägga eld, ansåg HovR:n att det inte kunde ha funnits någon annan förklaring till att de fyra gick in i kulverten än att de hade kommit överens om att anlägga eld i nära anslutning till festlokalen. Sammantaget ansåg HovR:n det styrkt att A tände eld i trapphuset sedan han, B, C och D gemensamt hade kommit överens om att förstöra festen genom att anlägga eld. Vid den bedömningen

saknade det avgörande betydelse för skuldfrågan att det inte kunnat utredas om det var någon eller några andra än A som rev papper eller tände eld i trapphuset.

Kommentar:

HovR:ns dom är oklar. Först och främst frågar man sig om B, C och D läggs till last att de genom aktivt handlande åtminstone har främjat gärningen eller om de blir ansvariga för sin underlåtenhet att ingripa och stoppa branden? Läger man dem till last att de gjort något som de inte borde ha gjort, eller menar man att de inte utfört en handling som de bort utföra? Låt mig först försöka tolka domen utifrån ett antagande att B, C och D gjort något som de inte borde ha gjort, dvs. att de ställs till svars för *aktivt handlande*. Avgörande för gärningsmannaskapet för var och en av de fyra var som sagt att de gemensamt hade kommit överens om att anlägga eld. Man slår fast att det saknar avgörande betydelse för skuldfrågan att det inte kunnat utredas om det var någon eller några andra än A som anlade branden.

Med det anförda resonemanget åsyftas inte ett strikt medgärningsmannaskap, eftersom man inte gör gällande att branden anlagts av alla fyra i samverkan. Fråga är om man tillämpar ett utvidgat medgärningsmannaskap grundat på främjande. Då inställer sig nästa fråga, nämligen på vilken grund B, C och D främjat gärningen.

Att A uppfyller kraven på ett gärningsmannaskap står klart. Någon fysisk medhjälp har ingen av B, C eller D dem bevisligen lämnat. Så länge man inte vet vem eller vilka av dem som hjälpte till med att riva papper etc., får man utgå från att någon sådan hjälp inte har lämnats. Något främjande kan inte utläsas ur den omständigheten att de närvarat på brottsplatsen eller att de följt med in i kulverten. De befann sig alla enligt HovR:n i trapphuset eller i mycket nära anslutning därtill, när elden anlades. Däremot skulle man kunna utläsa ett psykiskt främjande av den sedermera av A utförda gärningen, om det förhållit sig på det viset att alla fyra träffat en gemensam överenskommelse att utföra en mordbrand.

Fråga är emellertid om det faktiskt förelegat något samråd eller någon outtalad brottsplan som gått ut på att man skulle gå så långt som till att utföra en mordbrand. Vidare har man anledning att ifrågasätta om sådan psykisk medhjälp – om vi för ett ögonblick förutsätter att en sådan överenskommelse förelegat – utgör en tillräcklig grund för att förvandla dessa främjare till medgärningsmän.

Härefter övergår jag till att försöka tolka domen utifrån antagandet att B, C och D döms som medgärningsmän för sin *underlåtenhet att ingripa* och stoppa den av A anlagda elden. Alla fyra döms i så fall i medgärningsmannaskap, A på grund av aktivt handlande samt B, C och D på grund av underlåtenhet att ingripa. Fråga är först och främst på vilken grund B, C och D skulle kunna åläggas en handlingsplikt. Man kan inte rimligen göra gällande det resonemang, som nämndes ovan och som innebär att de börjat anlägga en eld och på den grunden framkallat en farlig situation, eftersom det var A som anlade elden, inte såvitt man vet B, C eller D. Vidare kan man enligt min mening inte som grund för en handlingsplikt,

som kan generera underlåtenhetsansvar, åberopa den allmänna plikt, som åvilar envar enligt 39 § räddningstjänstlagen (1986:1102), att tillkalla hjälp eller varna dem som är i fara, när man får kännedom om en brand eller kännedom om att det föreligger en överhängande fara för en brand. För övrigt åberopar inte HovR:n denna lag som grund för en handlingsplikt eller garantställning. Däremot kan man möjligen ifrågasätta om HovR:n som grund i stället åberopar att B:s, C:s och D:s föregående handlande, dvs. att de åstadkommit en fareframkallande situation genom att delta i överenskommelsen att anlägga eld. Problemet är emellertid att de – i bästa fall – inte utfört något annat handlande än att de kommit överens om att anlägga eld. En sådan stämplingshandling kan knappast, innan någon av dem någon skridit till verket och börjat utföra planerna, grunda någon plikt att ingripa för att förhindra uppkomst av skada av den karaktären att ansvar för underlåtenhet jämföras med aktivt handlande. Härav drar jag slutsatsen att HovR:n förmodligen inte grundar medgärningsmannaskapet för B:s, C:s och D:s del vare sig på ett främjande som skulle bygga på ett underlåtenhetsansvar, eller på uppfattningen att de som medgärningsmän i ett strikt medgärningsmannaskap gjort sig skyldiga till mordbrand enligt 13:1 BrB genom sin underlåtenhet att ingripa och stoppa den av A anlagda elden.

Mitt fjärde rättsfall rör det s.k. *mordet på antinazisten Björn Söderberg* (Svea hovrätts dom 2000-07-14, mål nr B 3225-00). Tre personer, A, B och C, åtalades i första hand för mord på den grunden att de "gemensamt och i samråd" berövat Björn Söderberg livet genom att skjuta honom med ett flertal skott; i andra hand för medhjälp till mord på den grunden att de under en tid före morddagen i Stockholm främjat gärningen genom att inhämta uppgifter om Björn Söderberg, kontrollera huruvida han befunnit sig i bostaden, företa rekognoseringssturer i området vid brottsplatsen, tillhandahålla vapen och ammunition samt köra eller medföra gärningsmännen till och från brottsplatsen.

TR:n tillämpade varken något medgärningsmannaskap eller utvidgat gärningsmannaskap, utan dömde var och en av A, B och C för medhjälp till mord. Björn Söderberg sköts till döds i trapphuset utanför sin lägenhet av en eller två män. Han träffades av sju skott som avlossats med en viss pistol. Ytterligare ett – grövre – vapen användes, från vilket avlossades något skott som gick igenom ytterdörren till lägenheten. Det kunde dock inte styrkas vem eller vilka som deltagit i skottlossningen. Beträffande A kunde inte bevisas att han deltagit i skottlossningen och beträffande B kunde varken styrkas att han sprungit efter Björn Söderberg i trapporna eller att han deltagit i skottlossningen. Däremot kunde styrkas att var och en av A, B och C i vart fall främjat mordet genom att i förväg kontrollera huruvida Björn Söderberg befunnit sig i bostaden, genom att företa rekognoseringssturer i området vid brottsplatsen samt genom att medföra – respektive för C köra – gärningsman eller annan medverkande till brottsplatsen. Samtliga tre ansågs uppfylla ett eventuellt uppsåt i förhållande till mordet.

HovR:n, däremot, fann att såväl A som B var att anse som gärningsman och dömde dem, var och en, för mord, medan C dömdes för skyddande av brottsling. Det kunde fastslås att det var C som satt kvar i bilen och väntade, medan A och B uppsökte Björn Söderberg. Utredningen visade att två vapen använts i trappan. Skotten i trapphuset måste ha avlossats av antingen A och B eller av en av dem. Det kunde inte fastställas vem av A eller B som skjutit de dödande skotten. Av ett vittnesmål framgick att den av de två personer, som sprungit sist efter Björn Söderberg uppför trapporna, vid ett tillfälle uppe i trappan hade "höjt sig uppåt och vinklat armen uppåt". Vittnet såg dock inte om han hade ett vapen i handen. Härav ansåg sig HovR:n kunna dra slutsatsen att han räckt över ett skarpladdat vapen till den andre som stod ovanför honom i trappan. Antingen hade båda männen deltagit i skottlossningen i trappan, var och en med sitt vapen, eller hade den som sprang närmast efter Björn Söderberg, när de var uppe i trappan, avlossat skottet med det andra vapnet, som den andre räckt över till honom. Resonemanget bygger på antagandet att en av dem inte kan ha börjat springa uppför trapporna med båda vapnen.

Med hjälp av detta resonemang kom HovR:n fram till att var och en av A och B måste anses som gärningsman och därmed ansvarig för dödsskjutningen. Någon ursprunglig plan att döda Björn Söderberg hade dock inte förelegat. Mest sannolikt var att de skarpladdade vapnen medfördes för att skrämma eller hota Björn Söderberg. Som en följd av det bråk som föregick dödsskjutningen kan A och B ha mist behärskningen och händelseförloppet tagit den riktning som slutade med att Björn Söderberg sköts till döds. C dömdes för skyddande av brottsling, grovt brott, för att han skjutsat gärningsmännen från brottsplatsen. Åtalet för medhjälp till mord, grundat på att C skjutsat A och B till brottsplatsen, ogillades då det inte kunde styrkas att han uppsåtligen främjat ett mord.

Kommentar:

Accepterar man antagandet att ingen av dem, varken A eller B, kan ha börjat springa uppför trapporna med båda vapnen, har alltså både A och B jagat Björn Söderberg uppför trapporna och de har båda varit försedda med skarpladdade vapen. Om både A och B avlossat skott med sina vapen – den ena de dödande skotten mot Björn Söderberg och den andra skott som gick genom Björn Söderbergs ytterdörr – har de dödat honom i medgärningsmannaskap, även om man inte vet vem av dem som avlossade de dödande skotten. Skulle emellertid den ene av dem ha avlossat samtliga skott som skjutits med båda vapnen, måste helt enkelt den andre ha överlämnat sitt vapen till honom uppe i trappan. Utgångspunkten var ju att en av dem inte varit försedd med båda vapnen, när han börjat springa uppför trapporna. I så fall synes det närmast vara en slump vem av de båda männen som avlossat samtliga skott, i vart fall om skotten avlossats av den av dem som stod bäst till i förhållande till Björn Söderberg. I så fall synes A och B ha handlat i ett utvidgat medgärningsmannaskap. C bör hållas utanför detta

medgärningsmannaskap, då han definitivt inte haft en lika avgörande roll för händelseförloppet.

I det s.k. *Törebodamordet* (Göta hovrätts dom 2001-10-22, mål nr B 915 – 01), slutligen, åtalades två snart sjuttonåriga pojkar, Daniel och Jimmy, för mord på den grunden att de en kväll "gemensamt och i samråd" beslutat sig för att gå in i ett hus i Töreboda och döda mannen som bodde där. Inne i huset hade de "gemensamt och i samråd eller i vart fall samförstånd" uppsåtligen berövat den 89-årige mannen, Nils Hermansson, livet genom att med en hammare utdela flera kraftiga slag mot mannens huvud, varvid han tillfogats sådana skador att han avlidit. Envars medverkan hade varit en nödvändig förutsättning för brottets genomförande och båda hade varit aktiva som gärningsmän. I vart fall hade de båda, var och en för sig, främjat gärningen med råd och dåd. Så formulerade åklagaren sin gärningsbeskrivning.

TR:n fann Jimmy skyldig till mord och Daniel skyldig till medhjälp till mord. Daniel uppgav att han plockat upp en hammare, som låg på trappan till huset, när han och Jimmy varit på väg mot huset för att ringa på dörren. Sedan de släppts in i huset uppgav Daniel att han vid ett tillfälle, bakom sin egen rygg, räckt över hammaren till Jimmy som stod bakom Nils Hermansson, varefter Jimmy utdelat de dödande slagen. TR:n fann det utrett att Daniel tagit med hammaren in i huset och där överlämnat den till Jimmy för att denne skulle använda den för att slå ihjäl Nils Hermansson. Daniels uppsåt omfattade därför Nils Hermanssons död. Med hänsyn till vars och ens medverkan vid dödandet av Nils Hermansson fann TR:n att Jimmy var gärningsman, medan Daniel gjort sig skyldig till medhjälp bestående i att han främjat Jimmys gärning genom att överlämna hammaren till honom.

HovR:n dömde både Jimmy och Daniel för mord. Tidigare under den aktuella kvällen hade Jimmy, Daniel och en kamrat till dem konsumerat en större mängd sprit. Jimmy kastade fram ett förslag om att göra inbrott i en konsumaffär, men på vägen dit väckte han tanken att "ha ihjäl någon". Daniel accepterade förslaget och började diskutera i vilket hus de skulle gå in. Hans förslag ratades dock, varefter Jimmy i stället föreslog Nils Hermanssons hus. Han kände till detta hus och visste att där bodde en ensam gammal man. Jimmy och Daniel skildes från kamraten strax utanför Nils Hermanssons hus. De släpptes motvilligt in av Nils Hermansson. I ett ögonblick när Nils Hermansson vände sig mot Daniel, tilldelade Jimmy honom flera slag med hammaren. Härefter lämnade Jimmy över hammaren till Daniel, som lade den i diskhon i köket och sköljde av den.

Sammantaget ansåg HovR:n att det måste ha stått klart för Daniel – i vart fall när han och Jimmy gick in till Nils Hermansson – att gärningen skulle komma att genomföras. Det ansågs utrett att Daniel överlämnat hammaren till Jimmy. Genom Daniels agerande härefter avleddes Nils Hermanssons uppmärksamhet så att Jimmy kunde fullfölja gärningen. Daniel hade på detta sätt medverkat till Nils Hermanssons död. Denna effekt måste ha varit hans avsikt med gärningen.

Härefter ställde HovR:n frågan om Daniel kunde anses ha medverkat i sådan grad att han skulle dömas som gärningsman. Skillnaden mellan Daniels och Jimmys handlanden var att Jimmy utdelat de dödande slagen. Jimmy framstod som den mest aktive, både före och efter brottet. Emellertid var också Daniel aktiv vid valet av hus och därmed offer. Vidare räckte han över hammaren till Jimmy, gjorde en avledande manöver så att Jimmy kunde fullfölja dådet samt tog därefter hand om hammaren och rengjorde den. Dessa omständigheter sammantagna med övrig utredning ledde till slutsatsen att Daniels medverkan inte bara var en nödvändig förutsättning för att brottet skulle kunna fullbordas, utan också att han medverkat i sådan mån att han inte kunde undgå ansvar som gärningsman. Han dömdes därför för att han "gemensamt och i samråd" med Jimmy uppsåtligen berövade Nils Hermansson livet.

Kommentar:

Trots att man inte har några bevisproblem – man vet att det var Jimmy som utförde mordet och Daniel som främjade gärningen – väljer HovR:n att betrakta både Jimmy och Daniel som gärningsmän. Personligen känner jag mig inte övertygad om att Jimmy och Daniel verkligen betraktat mordet som ett gemensamt projekt, som de haft att ro iland på det sätt som kännetecknar ett utvidgat medgärningsmannaskap. Snarare gör Jimmy intryck av att vara den drivande kraften som får med sig Daniel såsom hantlangare. Daniels medhjälp utgör förvisso en betingelse för att brottet skulle komma till stånd, men det betyder inte att han intagit en lika central och avgörande roll för händelseförloppet som Jimmy, som tog det avgörande steget och förvandlade planen till handling. Det var knappast en slump att det var Jimmy – inte Daniel – som slog ihjäl mannen. Denna skillnad i skuld borde enligt min mening ha markerats genom att Jimmy dömts som gärningsman, Daniel som medhjälpare.

Vilka frågor väcker denna utveckling av praxis?

Enligt min mening ger denna utveckling av praxis upphov till några frågor som skulle behöva diskuteras närmare, nämligen (1) i vad mån det överhuvudtaget finns anledning att skilja mellan medgärningsmannaskap och medhjälp samt – om svaret blir positivt – frågan hur man lämpligen bör bestämma den nedre gränsen för ett utvidgat medgärningsmannaskap för att särskilja detta från det ordinära medhjälpsansvaret; (2) frågan under vilka förutsättningar underlåtenhet att ingripa och hindra ett brott bör bestraffas som en form av främjande av brottet samt (3) vilka krav som bör ställas på åklagaren att närmare konkretisera och individualisera ansvaret när flera personer åtalas för brott som de begått "tillsammans och i samförstånd". Det handlar bl.a. om vilka krav som bör uppställas på gärningsbeskrivningens utformning.

Den typiske medgärningsmannen är en person, som ser brottet som ett gemensamt projekt som man tillsammans med övriga medlemmar i gruppen har att genomföra. Man kanske delar upp sysslorna sig emellan, vilket för med sig att någon eller några utför vad som i strikt juridisk mening är själva brottet, medan någon annan i gruppen utför en mer eller mindre nödvändig handling som faller utanför brottsrekvisiten. Man kan som sagt tänka sig ett bankrån som planeras av tre personer, som för ändamålet skaffar sig vapen och masker. När brottet utförs ställer sig en av de maskerade och beväpnade männen och håller vakt utanför banken, medan de övriga två tar sig in i banken och rånar denna. Även om alla tre inte är medgärningsmän i strikt mening, är de att uppfatta som medgärningsmän. Var och en av dem har solidariserat sig med de övrigas handlande och gjort gemensam sak med dem genom att ta på sig ett ansvar för att brottet skall komma till stånd och samtliga deltagare är att betrakta som medgärningsmän.

Enbart det faktum att någon solidariserat sig med ett brott betyder dock inte att hans deltagande är att betrakta som ett gärningsmannaskap. Ansvar för medhjälp till (ett uppsåtligt) brott förutsätter ett uppsåt i förhållande till brottet. Det är naturligtvis inte ovanligt att den som inser att han främjar ett visst brott också känner sympati för brottet och i den meningen solidariserar sig därmed. Det ligger så att säga i den uppsåtliga medhjälpsens natur och det förvandlar inte medhjälparen till medgärningsman.

Den typiske medhjälparen kan solidarisera sig med brottet, men han tar inget ansvar för brottets utförande. Han är så att säga inte med och "härskar över gärningsförloppet" i den meningen. Han lämnar ett bidrag i någon mening och detta bidrag kan till och med vara av avgörande betydelse för brottets tillkomst, men fortfarande är hans främjande att betrakta som medhjälp, så länge han inte tar något ansvar för brottets utförande och därför ställer sig utanför själva gärningen. Någon avgörande roll spelar inte det faktum att medhjälparen befunnit sig på brottsplatsen, när gärningen begicks. Även en främjare som närvarar på brottsplatsen kan ställa sig utanför själva gärningen.

Innan man som grund för ett medgärningsmannaskap åberopar sig på ett gemensamt samråd mellan två eller flera personer att begå ett visst brott, bör man skilja mellan överenskommelser som är allvarligt menade och sådana som en person endast med läpparnas bekännelse anslutit sig till. Inte sällan är en person i en grupp den drivande ledaren och anledningen till att han får med sig de övriga är att de fungerar som lydiga redskap eller vapendragare, som inte vågar erkänna att så är fallet. De känner ett visst motstånd som de inte vågar ge uttryck för. Vad som ser ut som ett gemensamt projekt att begå ett brott är i själva verket inte allvarligt menat från dessa personers sida. Det är i så fall inte en slump att de inte deltagit i brottets utförande, utan snarare ett uttryck för att de inte velat ta på sig ansvaret för denna uppgift. Deras eventuella främjanden bör då bedömas som medhjälp och inte pressas in under ett medgärningsmannaskap.

När två eller flera personer handlat i samråd eller i samförstånd, utgår man från

ett faktiskt föreliggande tillstånd. Ett samråd grundas inte på ett hypotetiskt resonemang, någon slags kålsuparteori av innebörden att alla inblandade deltagare visat sig vara av samma skrot och korn och därför får förmodas vara kapabla att begå brottet, med verkan att de skall betraktas som medgärningsmän. Bedömningen av ett medgärningsmannaskap vilar på ett faktiskt föreliggande samråd eller samförstånd, som innebär att de medverkande tagit ansvar för att brottet skall utföras. De har upplevt brottet som ett gemensamt projekt.

Det tycks emellertid finnas en föreställning att de olika tilltalade personernas insatser inte skulle behöva synliggöras, då ett utvidgat medgärningsmannaskap alltid är tillämpligt. Tillräckligt skulle vara att man konstaterar att dessa personer agerat "tillsammans och i samförstånd" eller "gemensamt och i samråd". Man tänker sig ett kollektivt straffansvar som är tämligen oberoende av vilket konkret handlande som utförts av de olika individerna inom kollektivet. Detta markeras redan i åklagarens gärningsbeskrivning på så sätt att verben formuleras i passiv form. Det "hålldes" brännbar vätska, det "revs och placerades" papper under stolarna etc.

Avgörande för vars och ens gärningsmannaskap i fallet med Göteborgsbranden var enligt HovR:ns mening att de gemensamt hade kommit överens om att anlägga eld. En av de fyra tilltalade, A, erkände att han härefter tänt eld i trapphuset. Vid den bedömningen saknade det enligt HovR:n avgörande betydelse för skuldfrågan att det inte kunnat utredas om det var någon eller några andra än A som anlade branden i trapphuset. B, C och D behövde alltså inte delta i brottets utförande alls, utan betraktades var och en som gärningsman endast på grund av det ursprungliga samråd som antagits ha ägt rum.

I detta fall betraktar HovR:n samtliga fyra tilltalade som gärningsmän och det är svårt att släppa tanken att denna dom grundar sig på det faktum att man inte vet vem eller vilka av de fyra tilltalade som deltog i anläggandet av branden. Möjligt är naturligtvis att mordbranden anlades av totalt två eller tre personer av de tilltalade i medgärningsmannaskap, men eftersom man inte vet vilka dessa personer var och vad de gjorde mera konkret, tvingas man tillämpa ett utvidgat medgärningsmannaskap på alla fyra med undantag för den person (A) som erkänt sig ha utfört gärningen.

HovR:n använder här den gemensamma överenskommelsen att anlägga eld som grund för det utvidgade medgärningsmannaskapet. Ingen av B, C eller D har bevisligen fysiskt främjat brottet och ingen av dem kan således på den grunden straffas som medgärningsman. Men enligt HovR:n skulle deras samråd räcka för att utgöra en grund för ett utvidgat gärningsmannaskap. Man får då förutsätta att HovR:n uttolkat ett psykiskt främjande ur detta samråd. Det betyder att det samråd, som alltså normalt konstituerar ett medgärningsmannaskap för de medverkande som deltagit i brottets utförande, här skulle duga som grund för ett utvidgat gärningsmannaskap för dem som *inte* deltagit i utförandet. Mot denna ståndpunkt kan resas den invändningen att den innebär att en stämplingshandling,

nämligen att i samråd besluta en gärning, skulle komma att straffbeläggas även för alla brott som inte är straffbelagda på stämpningsnivå, nämligen i form av gärningsmannaskap.

HovR:n gör inte på något sätt gällande att dessa personer, B, C och D, spelat en central roll vid träffandet av överenskommelsen. Det utvidgade medgärningsmannaskapet blir i värsta fall ett verktyg som man helt enkelt tar till i fall, då man inte kan styrka vem eller vilka personer som utfört ett brott, snarare än ett verktyg att använda för att lägga gärningsmannaansvaret på den medverkande som intagit en särskilt central roll. Vi får ett slags kollektivt straffansvar. Frasen "gemensamt och i samråd" eller "tillsammans och i samförstånd" används som en sköld som lyfts upp för att skylla över det faktum att man inte riktigt vet vad som har hänt. Med hjälp av denna magiska sköld behöver man endast exemplifiera gärningsförloppet med några axplock. I slutänden innebär resonemanget att ett gärningsmannaskap avseende ett grovt brott grundas på att man helt enkelt utgår från att en överenskommelse att begå detta brott måste ha förelegat. Det känns inte tilltalande.

En annan fråga, slutligen, handlar om vilka krav som bör ställas på åklagaren, när han formulerar en gärningbeskrivning i vilken flera personer är inblandade som medgärningsmän eller som (med)gärningsmän med hjälp av ett utvidgat gärningsmannaskap. Vilka krav bör ställas på åklagaren att *individualisera vad han lägger varje tilltalad till last av gärningsförloppet*? Som vi sett i flera av rättsfallen ovan får en tilltalad person inte reda på vad som läggs honom till last, utan samtliga tilltalade buntas ihop till ett kollektiv som betraktas som brottssubjekt för gärningen. Alla anklagas för att ha begått brottet och åklagaren preciserar inte hur de olika tilltalades insatser skiljer sig åt. Det finns knappast någon anledning att klaga på en sådan framställning, så länge åklagaren anklagar flera personer för att var och en ha utfört den åtalade gärningen, t.ex. deltagit i den skottlossning eller den stenkastning som är föremål för åtalet. Saken ställer sig dock annorlunda om flera personer tillsammans har begått ett brott genom att var och en av dem gjort helt olika saker. Gärningsbeskrivningen bör då knappast utformas så att samtliga tilltalade anklagas för att ha utfört samma gärningsmoment. I avsnittet rörande rånen i Österbymo i den s.k. Malexanderrättegången anklagades "en av rånarna" för att han försökt råna ICA-butiken, medan "de två andra rånarna" färdades vidare och rånade Systembolaget. Genom att "rånarna" handlat "tillsammans och i samråd" vid utförande av de båda gärningarna, klargör man inte vem som anklagas för den ena respektive den andra gärningen. Här sammanförs två gärningar till en enhet.

Var och en som anklagas för brott har enligt Europakonventionen (art. 6 p. 3 a) rätt att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom. Skyldigheten att lämna fullständig och detaljerad information om anklagelsen motiveras med att den tilltalade måste ha fullgoda möjligheter att förbereda sitt försvar. Nu kan man

visserligen invända att åklagaren uppfyller kravet på en precision av den brottsliga gärningen, så länge han preciserar den gärning som hela kollektivet tillsammans gjort sig skyldiga till. Men Europakonventionens krav utgår snarare från anklagelsen mot individen, inte från den brottsliga gärningen. Individen har rätt att få reda på vad som läggs just honom till last.

Kortfattat om brott som utförs i gemenskap enligt norsk, dansk och finsk rätt

Enligt *norsk* rätt är medverkansbegreppet restriktivt i den meningen att det inte inrymmer alla som samverkar, utan syftar på den eller dem som verkar tillsammans med någon som intar en mera central funktion, gärningsmannen. I och för sig kan flera personer dömas som gärningsmän till ett brott, i den mån man inte nöjer sig med att betrakta en person som (huvud)gärningsman och de övriga som medverkande till brottet. Men man har inte sett någon anledning att lägga ner möda på att särskilja vilka främjare som är att "anse som" gärningsmän enligt de tyska principerna om ett "funktionellt gärningsherradöme" (se angående norsk rätt Husabø, E.J., Straffansvarets periferi. Medverking, forsøk, førebuing. Bergen 1999 s. 70 ff.). Strafframarna är normalt desamma.

Intressant att notera är att Husabø som ett avgränsningsinstrument uppställer ett *orsakskrav* mellan medverkansgärningen och huvudbrottet, men härmed åsyftas inte ett krav på betingelse. Ett orsaksförhållande kan således föreligga, även om medverkansgärningen inte varit en betingelse för att huvudbrottet kommit till stånd. Orsakskravet beträffande fysisk medverkan formuleras på följande sätt: "Resultatet av medverkaren sin handlemåte må ha inngått i den faktiske föresetnadsbasisen for hovedgjerninga." (a.a. s. 81) Den medverkandes handling skall ha inverkat på gärningsmannens gärning på så sätt att den avspeglar sig i gärningen och i de rättsligt relevanta följderna av denna. För psykisk medverkan uppställs kravet att den medverkandes handlande skall ha ingått i det positiva motivationsunderlaget för huvudbrottet.

Vidare uppställs ett *rättsstridighetskrav* som innebär att vissa handlingar som kan sägas vara socialt adekvata utesluts från ansvarsområdet för medverkan. Det kan exempelvis gälla försäljning av varor, masstransporter med buss, tåg, båt eller flyg, matlagning åt gärningsmannen samt förmedling av sann information.

I gränsområdet mellan straffbar medverkan och det straffria området befinner man sig i sådana fall då den eller de medverkande *närvarat på brottsplatsen*, när brottet utfördes. Psykisk medverkan kan föreligga, om t.ex. närvaro i förening med underlåtenhet att protestera faktiskt har varit motiverande för gärningsmannens handlande. Då är orsakskravet uppfyllt. Fråga är emellertid om rättsstridighetskravet är uppfyllt. I Rt. 1956.789 dömdes (av byrätten; frågan togs inte upp i Högsta domstolen) fyra ungdomar för att ha kastat en hemgjord bomb mot den sovjetiska ambassaden. För två av dem visade sig verksamheten ha varit inskränkt

till att följa med de andra och närvara på brottsplatsen. Alla fyra dömdes av byrätten med en motivering som gick ut på att de mera passiva personerna psykiskt medverkat till brottet genom att följa med gärningsmännen och närvara som publik när brottet begicks.

I rättsfallet Rt. 1994.1195 dömdes i lägre instans ett större ungdomsgäng för att ha utövat våld och skadegörelse, trots att man inte fått klarhet i vem av de tilltalade som gjort vad. Man fäste avseende vid att handlingarna hade utförts av flera i gemenskap. Högsta domstolen upphävde domen och uttalade att de objektiva och subjektiva brottsrekvisiten skall värderas individuellt för var och en av de tilltalade. Därmed torde man enligt Husabø ha menat att psykisk medverkan måste slås fast för var och en av dem med hjälp av bl.a. orsakskravet och uppsåtskravet.

I Rt. 1994.481 dömdes 30 kurder för kränkning av den turkiska ambassaden i Oslo och grov skadegörelse, trots att man inte närmare visste vem eller vilka som bidragit med vad. Psykisk medverkan ansågs dock föreligga på grund av en ömsesidig outtalad förståelse mellan deltagarna. Var och en hade därmed medverkat till den samlade skadegörelsen. Husabø talar om "ein ring av gruppetillit" och därmed ett underförstått avtal mellan deltagarna.

Har det förelegat ett *avtal om att begå ett eller flera brott* utgör redan denna överenskommelse en form av psykisk medverkan till det brott som sedermera kommer till stånd, oberoende av om alla deltagare i överenskommelsen kan visas ha deltagit i förberedandet eller utförandet av brottet eller brotten. I Rt. 1974.1042 hade tre förrymda fångar åtalats för att de inom loppet av några dagar utfört ett antal brott för att skaffa sig mat, pengar m.m. I lägre instans dömdes alla tre för medverkan till samtliga brott, trots att det inte stort klart att alla tre var med på alla brott. Högsta domstolen upphävde domen och åberopade att även medverkande skall bedömas individuellt både när det gäller de objektiva och de subjektiva kraven. Det utesluter inte att var och en i gruppen kan bli ansvarig för samtliga brott som gruppens övriga deltagare begått, om det föreligger ett förhandsavtal om utförande av brotten som gör att kraven på fysisk eller psykisk medverkan uppfylles för var och en av deltagarna. Varje deltagare måste alltså kunna visas ha påverkat gärningsmannen att utföra det aktuella brottet.

Föreligger varken fysisk eller psykisk medverkan genom aktivt handlande återstår att pröva i vad mån passiv medverkan enligt norsk rätt kan bestraffas som ett *oäkta underlåtenhetsbrott* (se Husabø a.a. s. 174 ff.). Utgångspunkten sägs visserligen vara att passivitet endast i undantagsfall bestraffas som medverkan i praxis, men man synes efter svenska mått i vissa domar gå relativt långt. Kravet på orsakssamband mellan medverkan och huvudgärning innebär att underlåtenheten står i ett "hindringssamhang" med huvudgärningen. Den påbjudna handlingen måste dock inte med nödvändighet ha hindrat utförandet av huvudgärningen, eftersom man avvisar betingelse teorin. Men man kräver att den påbjudna handlingen antingen fysiskt eller psykiskt skulle ha motverkat huvudgärningen.

Vidare uppställs ett "tilknytningskrav" som innebär att det föreligger en särskild förväntan om handling från den underlåtandes sida.

Vid gemensam brottslighet, när flera personer går samman för att utföra ett brott, inträffar ibland den situationen att någon av deltagarna går längre än vad man planerat och då uppstår fråga om de övriga deltagarna kan straffas för sin underlåtenhet att protestera eller ingripa mot handlingar som ligger utanför planen. Ansvar för psykisk medverkan kan enligt vad som tidigare sagts ådömas deltagare i förhållande till det brott man kommit överens om. Men om en av rånarna plötsligt griper tag i en kniv, uppstår fråga om det ger upphov till en särskild skyldighet för övriga rånare att försöka avbryta rånet. Exemplet bygger på rättsfallet Rt. 1995.355 i vilket fall två personer hade bestämt sig för att råna en butik. Den ena av dem visste inte att den andra hade tagit med sig kniv. Högsta domstolen dömde för passiv medverkan till dråp på grundval av gemensam kriminalitet. I Rt. 1995.1228 dömdes likaså deltagare i en flygkapning för passiv medverkan för dråp som skett under kapningen. "Ved slik kriminell verksemd som ran og flygkapning er det ein klart pårekneleg fare for endå meir alvorlege brotsverk. Den som med forsett går inn i slike situasjonar, pådreg seg dermed også eit ansvar for den vidare hendingsgangen, på same måte som om ein føretek andre farevaldande handlingar." (Husabø a.a. s. 195 f.)

I sådana fall tycks det mig särskilt viktigt att domstolen närmare konkretiserar hur den påbjudna handlingen ser ut. Vad var det vederbörande inte gjorde som han borde ha gjort? Hade han en möjlighet att utföra denna handling?

Utgångspunkten enligt *dansk rätt* är att alla som samverkar om ett brott straffas. Brottbeskrivningarna utvidgas med hjälp av 23 § SL till att omfatta alla som har medverkat till gärningen. Därför görs ingen uppdelning mellan huvudperson och bipersoner eller mellan gärningsman/medgärningsman och medverkande. Den enda intressanta gränsen blir i stället gränsen mellan det straffbara och det straffria området. Detta hänger samman med den förhållandevis stora vikt man i Danmark lagt vid den subjektiva skulden. (Se Greve, V., Jensen, A. & Toftegaard Nielsen, G., Kommenteret straffelov. 7 Udgave. København 2001 samt Toftegaard Nielsen, G., Strafferet I. Ansvar. København 2001.)

Medverkansansvaret förutsätter *inte kausalitet* i snäv mening eller att medverkan varit en nödvändig betingelse för brottet. Dock krävs att det skall vara en "forbindelse mellem den pågaeldende handling og forbrytelsen". (Toftegaard Nielsen a.a. s. 218.)

Att *ledsaga* gärningsmannen till brottsplatsen föranleder i regel inte något medverkansansvar. Se U 1982.900 V; U 1986.800 V. Jfr dock U 1956.647. Att *närvara på brottsplatsen*, när brottet begås, föranleder inte medverkansansvar, i vart fall inte om vederbörande på ett mera oskyldigt sätt kommit att bli vittne till brottet. U 1992.634. Jfr U 1996.1638 H.

Passiv medverkan kan i vissa fall tänkas bestraffas, men man ser ut att vara

försiktig i Danmark med att utdöma ansvar för *oäkta underlåtenhetsbrott*. Den tillsyns- eller omsorgsplikt som åvilar en viss person skall vara av extraordinär karaktär för att underlåtenhet skall likställas med aktiv handling. Man föredrar att bestraffa sådan underlåtenhet vid oaktsamhetsbrott.

För medverkansansvaret uppkommer fråga om bestraffning av passivitet i sådana situationer, då de deltagande har varit med om att skapa en farlig situation. Det kan inträffa när en av deltagarna går längre än man planerat. Då anses de övriga deltagarna ha en plikt att försöka hindra detta. Det förutsätter att de får tid på sig, dvs. att den agerande personen inte handlar alltför plötsligt. I U 1984.338 H utförde två deltagare ett rån mot en person. Senare tog den ene av dem ett "kvaelertag" på offret och stack honom med en kniv i halsen, medan den andre var närvarande men inte ingrep. Denne dömdes för medverkan till dråp. I vissa fall löses problematiken genom att vederbörande inte uppfyller uppsåtskravet i förhållande till den icke planerade delen av den brottsliga gärningen. Se U 1993.945; U 1994.359 V.

Enligt *finsk rätt* skiljer man mellan medgärningsmannaskap och anstiftan respektive medhjälp. I lagen regleras medgärningsmannaskapet i SL 5:1. När två eller flera personer gemensamt har utfört ett brott skall envar straffas som gärningsman. Så länge envar person för egen del uppfyller samtliga brottsrekvisit och de olika deltagande personerna inte handlat i gemenskap vid utförandet av brottet, föreligger inte medgärningsmannaskap, utan ett självständigt gärningsmannaskap.

Medgärningsmannaskap föreligger t.ex. när två personer utför ett rån gemensamt på så sätt att den ene av dem misshandlar offret och den andre tillgriper egendomen. Vidare kan medgärningsmannaskapet tillämpas på en person som inte deltar i utförandet av en gärning som ingår i brottsbeskrivningen, utan snarare främjat brottet. I HD 1996:94 hade tre personer planlagt ett väpnat rån som två av dem utförde. Den tredje personen väntade efter rånet på en avtalad plats med bil och skjutsade de övriga två tillsammans med bytet till en annan ort, där han deltog i delningen av bytet. Han dömdes för delaktighet i grovt rån som gärningsman.

Avgörande för medgärningsmannaskapet är kravet på samförstånd och kravet på s.k. gärningsherravälde. Samförstånd föreligger när flera personer har en gemensam handlingsplan men kan även uppstå under händelseförloppet konkludent. Kravet på gärningsherravälde är hämtat från tysken Claus Roxin (se Roxin, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*. 7 Auflage 2000). Det innebär att man vid en helhetsbedömning prövar den materiella vikten av de inblandades insatser för att det gemensamma målet skulle kunna nås. Medgärningsmannaskap förutsätter att en persons insatser varit av tillräcklig betydelse för det överenskomna slutresultatet. En delaktig person, som bidragit med en förhållandevis ringa aktiv insats och som endast erhållit en bråkdel av brottsresultatet, kommer förmodligen inte att betraktas som medgärningsman. Se HD 1988:42 och HD 1986 II 70.

Medhjälparen däremot besitter inte gärningsherravälde. Enligt SL 5:3 skall medhjälparen med råd, dåd eller uppmuntran uppsåtligen främja någon annans brott. Frände avvisar alla krav på kausalitet mellan medhjälpen och huvudgärningen, såväl ett kausalitetskrav grundat på betingelse teorin som s.k. förstärkande kausalitet (se Frände, D., Allmän straffrätt. Helsingfors 2001 s. 288). Den främjande handlingen skall ha ökat sannolikheten för uppkomsten av brottet. Helt bagatellartade handlingar anses dock falla utanför det straffbara området. Medhjälp kan begås i form av underlåtenhet, men de närmare förutsättningarna tycks svårfångade. Underlåtenhet att sända in vissa kontrolluppgifter till skattemyndigheten kan bestraffas som medhjälp till skattebedrägeri, nämner Frände. Men i vad mån underlåtenhet används vid gängkriminalitet är oklart. Frågan kommer måhända att lagregleras (se OJ 5/2000).

Teser värda att debattera:

Se de tre frågor som angivits ovan på s. 628.

Fredrik Wersäll

Åklagare och polis som domare

Åklagare och polis som domare

Av rättschefen Fredrik Wersäll, Sverige

I referatet konstateras att utvecklingen gått dithän att merparten av alla brottmål i praktiken handläggs av polis och åklagare utan domstols medverkan. Det konstateras vidare att polis och åklagare fått allt större befogenheter att själva besluta i brottmål på områden som normalt ansetts tillhöra domstolen.

Utvecklingen beror i stor utsträckning på att bördan på det judiciella systemet blivit sådan att det skulle vara helt ogörligt att föra ens merparten av alla anmälda mål till domstol. Då ställs man inför valet att antingen beivra endast en mycket begränsad mängd av brottmålen, men å andra sidan förbehålla dem en fullständig brottmålsprocess, eller att, såsom skett, introducera summariska processformer där polis och åklagare får beslutanderätten.

I referatet konstateras vidare att synen på den tilltalade kommit att allt mer likna den som gäller för part i dispositiva tvistemål. Uppgörelser i åtalsfrågor och rätt att disponera över skuldfrågan medför att framför allt åklagarens roll i processen blir starkare. Författaren är i huvudsak positiv till denna utveckling.

Fredrik Wersäll är född 1951 och blev jur kand 1976. Efter domstolstjänstgöring och arbete på försäkringsbolag tjänstgjorde han 1983–90 hos Riksåklagaren, bl.a. som byråchef för åtalsärenden. Han var 1990–92 sekreterare i Åklagarutredningen. Han var därefter chef för straffrättsenheten på Justitiedepartementet och är sedan 1998 rättschef där. Han är ordförande i Svenska Kriminalistföreningen.

Inledning

Min uppfattning av ämnet Åklagare och polis som domare är att det i första hand avser processformer där åklagare och polis får pröva ansvarsfrågor och därmed sammanhängande frågor utan inblandning av domstol. Till grund för framställningen har jag lagt erfarenheterna av de svenska instituten strafföreläggande och ordningsbot, i jämförelse med vad som gäller i de övriga nordiska länderna. Jag tar också upp andra frågor som polis och åklagare får besluta om, såsom rapportteftergift, åtalsunderlåtelse och förverkande. Av intresse i detta sammanhang är också, enligt min uppfattning, utvecklingen, inte minst internationellt, mot att framför allt åklagare vid handläggningen av grövre brott får disponera över ansvarsfrågan, i vissa fall efter överenskommelse med den misstänkte (plea bargain).

Man kan nalkas ämnet från två håll, lite schematiskt. Å ena sidan kan man föra ett rätts-teoretiskt och principiellt resonemang kring lämpligheten av att överlåta på polis och åklagare att besluta om sådant som normalt borde ligga på domstol i

en civiliserad rättsstat. Å andra sidan kan man se problemet från en praktisk synvinkel. Hur skall samhället bemästra den anmälda brottsligheten? Kommer vi någonsin att komma i den situationen att all anmäld brottslighet kan utredas och lagföras i ett fullt ut kontradiktoriskt förfarande inför en domare och vill vi ens ha det så?

Jag tänkte försöka belysa dessa perspektiv och avsluta med ett försök att dra ut linjerna inför framtiden. Vad är önskvärt och vad är troligt?

Varför kan inte alla mål prövas av domstol?

I Sverige anmäls årligen cirka 1,2 miljoner brott. I denna summa inräknas inte överträdelser av trafikförfattningar. Sådana brott uppgår till ett par hundra tusen varje år. Av de 1,2 miljoner anmälda brotten lagförs maximalt en tredjedel, alltså cirka 400 000. Återstoden av alla anmälningar läggs ner av ett eller annat skäl. En mycket stor andel av nedlagda utredningar beror helt enkelt på att resurser att utreda och lagföra brottet saknas.

Det totala antalet lagföringar som sker i domstol är cirka 60 000. Antal brott är dock högre, eftersom varje dom kan innehålla fler brott. Något färre lagföringar – cirka 50 000 – sker genom att åklagare utfärdar strafföreläggande. Detta institut beskrivs närmare nedan. Ungefär 200 000 brott lagförs årligen genom att polisen utfärdar föreläggande om ordningsbot – också detta institut beskrivs närmare nedan.

Det kan således konstateras att en stor majoritet av alla brott som överhuvudtaget tas upp och utreds av polis och åklagare lagförs utan domstols medverkan. När det gäller den lindrigare brottsligheten ligger således tyngdpunkten av rättsskipningen utanför domstol. Trots detta saknar rättsväsendet resurser att bemästra mer än en bråkdel av den anmälda brottsligheten.

Jag antar att situationen är likartad i alla nordiska länder. Rättsväsendets organ är inte – och kan inte vara – dimensionerade efter att all anmäld brottslighet skall klaras upp, åtal väckas och målet prövas fullständigt av domstol. Ambitioner i denna riktning från statsmakternas sida skulle göra att systemet kollapsar och faller ihop av sin egen tyngd.

Rättsväsendets dimensionering måste således vara rimlig i förhållande till såväl till vad statsfinanserna tål som till vad som kan uppfattas önskvärt i ett civiliserat samhälle. Halva befolkningen kan inte bestå av poliser.

Med denna utgångspunkt måste man se hur verkningsgraden och effektiviteten i brottsbekämpningen kan öka. Det kan konstateras att en domstolsprocess normalt sett är relativt omständlig och kostsam. Det är då naturligt att lagstiftaren undersökt förutsättningarna att pröva ansvarsfrågor på ett mer effektivt och billigare sätt. Framväxten av systemen där åklagare och polis kan förelägga bötesstraff och andra verkningar av brott, som skadestånd och förverkande, skall ses mot denna bakgrund.

Skall verkligen polis och åklagare spela domare?

Mot den utveckling som beskrivits ovan kan givetvis anföras en rad principiella och rättsteoretiska argument.

Att kriminalisera ett förfarande är en rätt dramatiskt åtgärd, från principiella utgångspunkter. Genom kriminaliseringen uttalar statsmakterna ett fördömande över dem som gör sig skyldiga till sådana förfaranden och förklarar sig beredd att bestraffa dem. I den meningen utgör kriminaliseringen kanske det yttersta av samhällets alla maktmedel. Straffrätten har karaktär av ensidig maktutövning. Den riktar sig mot alla landets medborgare.

Det är självklart att ett sådant maktmedel måste kringgärdas av en rad restriktioner. Det kan konstateras att en stor del av de internationella instrument som behandlar frågor om mänskliga rättigheter uppehåller sig kring frågor om den enskildes rätt och rättssäkerhet i brottmålsprocessen.

Genom straffrättens karaktär av ensidig maktutövning fordras att samhället har inbyggda mekanismer till skydd för den enskilde när fråga är om att ålägga straffrättsligt ansvar. Ett fundament i detta skydd är rätten att få sin sak prövad av en opartisk domstol. Rättegången skall vara akusatorisk. Den skall präglas av två så långt möjligt jämnstarka parter inför en opartisk domare. Normalt sett skall man också få möjlighet att framträda inför rätten och lägga fram sin sak muntligen.

Hur kan man hävda att ett system där kanske mindre än en tredjedel av alla fall där någon åläggs ansvar för brott avgörs efter förhandling i domstol är förenligt med dessa principer. Frågan tål att diskuteras.

Vad får polis och åklagare göra i praktiken

Som redan anförts finns ett betydande utrymme för polis och åklagare i alla nordiska länder att i praktiken avgöra ansvarfrågor och andra frågor som har samband med dessa. Nedan följer en kort beskrivning av särskilt det svenska och finska systemet, men också kort om systemen i Danmark och Norge.

Sverige

Strafföreläggande

Svensk åklagare har enligt bestämmelser i 48 kapitlet Rättegångsbalken möjlighet att utfärda föreläggande om ett straff. Tillämpningsområdet har alltsedan institutets tillkomst år 1948 utvidgats successivt. Enligt den ursprungliga lydelsen kunde föreläggandet avse endast ett lågt bötesstraff. Enligt nu gällande regler kan åklagare generellt förelägga bötesstraff och också, om det är uppenbart, villkorlig dom. Föreläggandet får också inkludera förverkande eller annan särskild rättsverkan av brottet. Också anspråk på skadestånd får föreläggas den misstänkte.

Förfarandet är helt skriftligt. Åklagaren skall på föreläggandet ange vilket straff som han anser rimligt och vad som i övrigt föreläggs den misstänkte. Till sin hjälp har han en handbok som riksåklagaren har gett ut. Åklagaren skall pröva ärendet på samma sätt som han prövar ett åtal. Samma krav på objektivitet gäller således. Endast om det finns tillräckliga skäl att anta att det skulle bli en fällande dom skall föreläggande utfärdas.

Om den misstänkte godkänner föreläggandet blir det bindande för honom. Han avstår således härigenom sin rätt till domstolsprövning. Det godkända strafföreläggandet gäller i princip som en laga kraft vunnit dom.

Av de cirka 50 000 förelägganden som utfärdas årligen avser omkring 1 000 villkorlig dom. Återstoden utgör förelägganden om bötesstraff.

Ordningsbot

För förseelser av lindrigare natur finns det förenklade institutet ordningsbot. Det omfattar brott som inte har annat än penningböter i straffskalan. Institutet innebär att polisman får förelägga ett bötesstraff antingen direkt på platsen för överträdelsen eller i efterhand. För varusmugglingsbrott har också tulltjänsteman sådan rätt. Vilka brottstyper som skall omfattas och vilka belopp som skall gälla för varje typ av överträdelse bestäms av Riksåklagaren efter samråd med Rikspolisstyrelsen och Tullverket. Dessa beslut ges ut i svensk Författningssamling. Avsikten är således att tillämpningen skall ske på ett tämligen schabloniserat sätt.

Ordningsbot tillkom ursprungligen för att skapa ett snabbt och effektivt sätt att beivra trafiköverträdelser. Det är fortfarande för överträdelser av trafikförfattningar som ordningsbot främst kommer till användning.

Godkännande sker på samma sätt som vid strafföreläggande genom skriftligt godkännande eller betalning. Ett godkänt föreläggande av ordningsbot har samma rättsverkan som ett godkänt strafföreläggande

Åtalsunderlåtelse och rapportteftergift

I Sverige gäller i princip absolut åtalsplikt. Från denna princip medges dock betydande undantag. Så gäller exempelvis att åklagare har betydande rätt att underlåta åtal av processekonomiska skäl. Om något allmänt eller enskilt intresse inte åsidosätts kan åklagare medge åtalsunderlåtelse när påföljden skulle bli böter och, om det finns särskilda skäl, också villkorlig dom. Åtal behöver inte heller väckas om den misstänkte begått annat brott och det utöver den påföljd som kan följa på det brottet inte behövs någon ytterligare påföljd. Denna senare grund för åtalsunderlåtelse är mycket vanlig, inte minst i stora utredningar, där den misstänkte begått många brott.

En polisman har också rätt att underlåta att rapportera ett misstänkt brott (rapportteftergift) om brottet är obetydligt och inte skulle ge annat än ett bötesstraff.

Förverkande

Såväl polis som åklagare har rätt att själva besluta om förverkande av egendom i fall där det inte har samband med något åtal för brott. Det kan gälla egendom som påträffats i tjuvgömma, påträffade narkotikapartier och liknande. Polisman har rätt att själv besluta i uppenbara fall där värdet av egendomen uppgår till högst några tusen kronor. För åklagare gäller begränsningen att om det som skall förverkas uppgår till betydande belopp eller om det finns andra särskilda skäl skall frågan om förverkande prövas av rätten.

Finland

Strafforderförfarande

Regler om strafforderförfarande finns i lagen om strafforderförfarande.

Förfarande enligt denna lag kan avse böter för brott vilka belagts med böter eller maximalt 6 månaders fängelse. Förfarandet kan även avse förverkande på högst 1 000 euro.

Ett straffanspråk kan framställas av en polisman, en tullman eller någon annan tjänsteman som utövar lagstadgad övervakning, på eget initiativ eller på åklagarens vägnar. Straffanspråket skall framställas skriftligen.

Innan straffanspråk framställs skall en summarisk förundersökning göras. Ett straffanspråk skall delges den misstänkte så snart som möjligt. Efter delgivning skall straffanspråket utan dröjsmål tillställas åklagaren för utfärdande av strafforder. Straffordern utfärdas av en åklagare. I vissa fall får en strafforder inte utfärdas, t.ex. om den misstänkte motsätter sig straffanspråket.

Ordningsbot

Vissa regler om ordningsbot finns i 2a kap i strafflagen. Ordningsbot är ett till beloppet fastställt förmögenhetsstraff som är lindrigare än böter. Ordningsboten får uppgå till högst 200 euro. Obetald ordningsbot får inte förvandlas till fängelse.

Ordningsbot kan utdömas som påföljd för vissa brott som hör under allmänt åtal, när det strängaste straffet är böter eller fängelse i högst sex månader. De brott som kan bli aktuella är främst vissa ringa vägtrafikbrott.

Ordningsbot föreläggs av en polisman eller någon annan tjänsteman som utför i lag föreskriven övervakning. Ordningsbot får inte föreläggas, om förseelsen har varit ägnad att föranleda fara eller olägenhet som inte är ringa, om den som begått förseelsen genom sitt förfarande har visat likgiltighet för förbud eller påbud i lag, eller om det är uppenbart att målsäganden med anledning av förseelsen kommer att framställa begäran om åtal till åklagaren eller polisen eller lägga fram ett skadeståndsyrkande.

Innan ett ordningsbotsföreläggande utfärdas skall den som misstänks för

förseelsen höras. Ordningsbotsföreläggandet skall innehålla anvisningar om hur vederbörande skall förfara, om han eller hon vill få saken prövad av domstol.

Vid förundersökning i ordningsbotsärende utreds endast de omständigheter som måste utredas med tanke på föreläggandet av ordningsbot. Om den som misstänks för en förseelse bestrider, utförs förundersökningen i den omfattning utfärdaren av ordningsbotsföreläggandet prövar vara behövligt.

Åtalsunderlåtelse

Åklagaren får besluta att inte väcka åtal när brottet inte kan förutses medföra strängare straff än böter och gärningen, med hänsyn till sin menlighet eller gärningsmannens skuld, är att bedöma som ringa i sin helhet. Åtalsunderlåtelse kan ges också för ett brott som begåtts av någon som inte har fyllt 18 år, om det inte kan förutses medföra ett strängare straff än böter eller fängelse i högst sex månader och gärningen snarare kan anses ha berott på oförstånd eller förhastande än på likgiltighet för förbud och påbud i lag.

Om inte ett viktigt allmänt eller enskilt intresse kräver något annat, får allmänna åklagaren även besluta om åtalseftergift när en rättegång kan anses oskäligen eller oändamålsenlig. De omständigheter som skall vägas in är bl.a. uppnådd förlikning mellan gärningsmannen och målsäganden, gärningsmannens övriga handlande för att avstyra eller avlägsna verkningarna av brottet, hans personliga förhållanden, de övriga följder som brottet medför för honom, social- och hälsovårdsåtgärder eller andra omständigheter. En grund för att underlåta åtal är om brottet inte på grund av vad som stadgas om bestämmande av gemensamt straff eller beaktande av tidigare utdömt straff väsentligen skulle inverka på det totala straffet.

Danmark

Bødeforelæg

I Danmark finns förfarandet "Bødeforelæg". Detta regleras i kapitel 81 § 931 i Retsplejeloven. För att en åklagare skall kunna använda sig av Bødeforelæg får påföljden för det misstänkta brottet inte medföra högre straff än böter. Förfarandet är skriftligt. Om den misstänkte godkänner föreläggandet blir det bindande för honom eller henne. Han eller hon avstår således härigenom sin rätt till domstolsprövning. Godkännandet av ett Bødeforelæg har samma rättsverknin- gar som en laga kraft vunnen dom. Av kapitel 81 § 931 i Retsplejeloven framgår också att Justitieministern kan besluta om regler som gör det möjligt för polis- tjänstemän att utfärda böter direkt på platsen för överträdelsen under förutsättning att bötesbeloppet inte överstiger 1 000 danska kronor. Justitieministern kan också besluta om regler som möjliggör förverkande i enlighet med förfarandet om Bødeforelæg.

Åtalsunderlåtelse

Möjlighet till åtalsunderlåtelse finns även i Danmark. Som exempel kan nämnas bagatellartade förseelser samt fall där den misstänkte begått många brott och det utöver den påföljd som kan följa på de brotten inte behövs någon ytterligare påföljd.

*Norge***Forelegg**

I kapitel 20 i Straffeprocessloven finns det regler om forelegg. Enligt reglerna i detta kapitel har en norsk åtalsmyndighet möjlighet att utfärda förläggande i stället för att väcka åtal. Med "åtalsmyndighet" menas den instans som har behörighet att väcka talan. När det gäller s.k. "förbrytelsemål" ligger behörigheten normalt hos statsadvokaten, men själva utfärdandet av forelegget kan överlåtas till polisen. När det gäller s.k. "förseelsemål" har polis som hör till åtalsmyndigheten behörighet. Föreläggandet kan avse antingen böter eller förverkande eller såväl böter som förverkande. Någon beloppsgräns för hur högt bötesbeloppet får vara finns inte. Godkännande av forelegget sker genom att den misstänkte skriver på forelegget. Forelegget kan, till förmån för den misstänkte, upphävas av överordnad åtalsmyndighet. I övrigt har ett godkänt forelegg i princip samma rättsverkningar som en dom.

Forenklet forelegg

Bestämmelser om forenklet forelegg finns i 31b § i Vegtrafikkloven. Detta kan användas vid vissa trafikförseelser. Forenklet forelägg får utfärdas för vissa trafikförseelser med fasta bötessatser, antingen direkt på platsen för överträdelsen eller i efterhand.

Åtalsunderlåtelse, konfliktråd m.m.

I kapitel 7 i straffeprocessloven finns bl.a. bestämmelser om möjligheter att låta bli att väcka åtal, bestämmelser om konfliktråd, m.m. Åtal behöver t.ex. inte väckas om den misstänkte begått annat brott och det utöver den påföljd som kan följa på det brottet inte behövs någon ytterligare påföljd. Åtal behöver inte heller väckas om åtalsmyndigheten, efter en samlad bedömning, finner att övervägande skäl talar för att åtal inte bör väckas. Åtalsmyndigheten kan också, om det är lämpligt, bestämma att målet skall sändas till ett s.k. "konfliktråd" för medling mellan den misstänkte parten och målsäganden. Förutsättningen är att bägge parter samtycker till att målet sänds till ett sådant konfliktråd.

Analys och slutsatser

De summariska processformerna inom straffrätten har, i vart fall i Sverige, visat sig vara ett mycket effektivt sätt att beivra lindrigare brott. De är förenade med relativt låga kostnader. Den misstänkte behöver inte inställa sig vid domstol och målet blir snabbt avklarat. Alternativet att alla dessa mål som idag avgörs genom förelägganden skulle provas av domstol är helt orealistiskt. Alternativet skulle istället möjligen vara att man hittade en helt annan form för beivrande av lindrigare överträdelser. I vissa länder, såsom exempelvis Tyskland, är inte ordningsförseelser kriminaliserade utan beivras i något som kan kallas administrativ ordning. I Sverige har propåer i denna riktning, t.ex. på trafikområdet, hittills avvisats med motiveringen att strafföreläggande och ordningsbot erbjuder en väl så effektiv form för lagföring.

Samtidigt kan naturligtvis inte förnekas att utvecklingen mot att allt större andel av brotten avgörs utanför domstol kan ifrågasättas från principiella grunder. Även om det oftast är bekvämt för den misstänkte att bli av med saken genom att godkänna föreläggandet är det i viss mån fråga om en utpressningsliknande situation. Om man inte betalar dras man inför domstol. Även om man anser sig oskyldig kan det således vara förenat med stort besvär och kanske stort obehag att hävda sin rätt.

Den misstänkte kan också tycka att det känns egendomligt att den som utrett ärendet också är den som i praktiken avgör skuldfrågan. Även om polis och åklagare i den roll de har när de ålägger ansvar är skyldiga att vara opartiska är det naturligt och till och med troligt att de dessförinnan bildat sig en stark uppfattning i skuldfrågan. Det är inte lätt att byta glasögon. Den misstänkte kan tycka att förfarandet innebär en sammanblandning av rollerna och rent av tappa förtroendet för rättssystemet.

Men frågan är om det finns någon väg tillbaka. Jag tror inte det. Tvärtom är det min uppfattning att utvecklingen kommer att fortsätta mot att allt större del av brottningsprocessen sker utanför domstol.

Att så kommer att ske är visserligen mycket beroende på knappa resurser inom rättsväsendet. Vi kommer helt enkelt inte att ha råd att tillhandahålla en fullständig brottningsprocess för alla mål. Men utvecklingen är också – måhända under trycket av ekonomiska faktorer – på väg mot en i viss mån annan syn på brottningsprocessen.

Historiskt är bilden av denna process att fråga är om ensidig maktutövning av staten mot en enskild. Detta har också präglat synen på hur förfarandet skall byggas upp för att svara mot rimliga krav på att skydda den enskildes rättigheter. Statens överläge i kombination med processens indispositiva karaktär har medfört att det ansetts särskilt viktigt med en tvåpartsprocess där allt gjorts för att utjämna styrkeförhållandena genom särskilda skyddsregler för den misstänkte.

Under trycket av ökande brottslighet, rättsväsendets knappa resurser och brott-

målen allt större komplexitet har denna syn gradvis kommit att förändras. Bedömning av vad som är rimligt i brottmålsprocessen har allt mer kommit att likna de bedömningar man gör i dispositiva tvistemål. Den misstänktes och målsägandens ställning har kommit att förändras. Den misstänkte har allt mer kommit att uppfattas som en likvärdig part till åklagaren. Den misstänktes inställning till åtalet har exempelvis kommit att väga tyngre. Det är en internationell trend att den misstänkte i allt större utsträckning ges rätt att disponera över skuldfrågan.

Den internationella trenden mot reparativ rättvisa (restorative justice) innebär också att målsägandens ställning i processen stärks. Om ett uttalat syfte med processen är att den skall medverka till någon form av bearbetning av brottet och upprättelse för målsäganden är det givet att dennes ställning i processen måste förändras och stärkas.

Om brottmålsprocessen allt mer går mot att den betraktas som en process mellan likvärdiga parter är det också givet att mycket talar för att den misstänkte – och målsäganden – i allt större utsträckning skall ges rätt att disponera över processföremålet. Förespråkarna för en sådan modell kan hävda att parterna blir myndigförklarade. De som är emot kan hävda att en sådan myndigförklaring är illusorisk, eftersom det ändå ytterst är – och skall vara – fråga om en ensidig maktutövning från statens sida. Det skulle också kunna hävdas att en sådan utveckling gynnar resursstarka och förslagna personer, medan de som har svårt att ta tillvara sina intressen råkar illa ut.

En annan trend som också talar i riktning mot allt färre mål i domstol är att domstolsprocessen, sägs det, skall förbehållas konfliktlösning i egentlig mening. Vad som avses med detta är rätt givet vid dispositiva tvistemål. Domstolen skall slita tvister mellan parterna. Är parterna överens finns inget skäl att blanda in domstolen.

Applikerat på brottmål blir resonemanget lite mer komplicerat. Med det traditionella sättet att betrakta straffrätten som ensidig maktutövning kombinerat med åklagarens objektivitetskrav blir talet om konfliktlösning egendomligt och närmast oegentligt. Det finns ju ingen konflikt i egentlig mening mellan åklagaren och den misstänkte.

Om man däremot ser brottmålsprocessen som en tvist mellan likvärdiga parter med motstridiga intressen, där båda parter disponerar över processföremålet blir talet om konfliktlösning naturligare. Om den misstänkte får disponera över frågan om sin egen skuld och till och med över påföljden blir det naturligt att hävda att endast sådana mål där parterna inte är överens bör föras till fullständig brottmålsprocess i domstol. Detta resonemang kan givetvis inte drivas hur långt som helst, men den möjlighet till åtalsuppgörelser (plea bargain) som finns inom det amerikanska rättssystemet utgör ett tydligt åskådningsexempel på en sådan utveckling.

I en proposition om utvidgning av möjlighet till strafföreläggande (1996/97:8) anförde den svenska regeringen att domstolsprövningen skall förbehållas sådana

mål där parterna inte är ense eller som avser allvarigare eller komplicerade brott. Detta synsätt skulle enligt regeringen prägla det fortsatta reformarbetet. Det finns också skäl att anta att så kommer att bli fallet. Genom särskilt den ekonomiska brottslighetens alltmer komplexa karaktär kommer det att bli nödvändigt att ge polis och åklagare större möjligheter att välja ut vad som går till åtal. Det är ofta i sak helt ogörligt att gå till domstol med hela de problemkomplex som finns i mål om ekonomisk brottslighet. Erfarenheten visar med all önskvärd tydlighet att det straffrättsliga systemet inte klarar av att ta hand om mål av detta slag. De havererar regelmässigt i domstol. Inte minst av detta skäl är det önskvärt och till och med nödvändigt att skala bort sådant från processen som parterna är ense om. Med största sannolikhet kommer vi att få se en utveckling mot åtalsuppgörelser i större och komplicerade mål.

Det är i belysning av denna utveckling som jag tror att utvecklingen mot att ge dömande uppgifter till polis och åklagare skall betraktas. Det finns ingen väg tillbaka. Man kan säga att den ekonomiska verkligheten har stakat ut kursen. Därefter har man – kanske gjort en dygd av nödvändigheten och – introducerat principen om att domstolsprocessen skall förbehållas egentlig konfliktlösning också i brottmålsprocessen. Det finns således, enligt min mening, ingen anledning anta att inte utvecklingen mot renodling av domstolsprocessen och att allt större ansvar läggs på polis och åklagare kommer att fortsätta.

Hur långt kan man gå?

Vad avser de summariska processformerna har man nog i vart fall i Sverige kommit så lång som man rimligen kan gå. Det skulle möjligen kunna finnas visst utrymme för att utvidga möjligheterna att ge strafföreläggande till andra fall där alternativ till fängelse kan komma ifråga än rena fall av villkorlig dom. Man kan också tänka sig att åklagares rätt att själv besluta om förverkande och annan särskild rättsverkan av brott skulle kunna ökas ytterligare. Däremot känns det rätt främmande att tänka sig att åklagare skulle få förelägga ovillkorliga fängelsestraff.

På nivån där fängelse kommer ifråga kan man anta att istället åtalsuppgörelser i kombination med en mer renodlad opportunitetsprincip kan komma att utvecklas. Åtalsplikten bör bli mer utpräglat diskretionär. Åklagare bör få större möjligheter än idag att välja vilka brott som skall föras till domstol. Parterna i brottmålet bör också få större möjligheter att välja ut vad i en brottmålsprocess de vill underställa en domstolsprövning. Självfallet bör sådan rätt kringgärdas av tillsyns- och kontrollfunktioner och andra redskap för att säkra rättssäkerheten och minska risken för missbruk från bl.a. åklagares sida. Det leder ändå till att åklagaren får större möjligheter att disponera över processen än han har idag. Erfarenheter från bl.a. Tyskland talar för att en sådan utveckling går att förena med grundläggande rättssäkerhetskrav.

För svensk del är dock frågan känslig med tanke på de starka maktbefogenheter som svenska åklagare har idag inom ramen för förundersökningen. De har redan idag befogenheter som internationellt framstår som vida. Min bedömning är dock att åklagarna hittills förmått hantera dessa maktbefogenheter med ansvar. Utöver kontroll och tillsyn torde dock ytterligare utveckling i den nu antydda riktningen kräva kontinuerliga utbildningsinsatser.

För polisens del tror jag också att utrymmet för utvidgning av användningen av de summariska processformerna är begränsat. För att ett system med bötesföreläggande skall vara effektivt i polisens hand krävs att det är tämligen schabloniserat och förutsebart. Det förutsätter i praktiken någon form av taxor. Det innebär att möjligheten och förutsättningarna för polis att förelägga straff annat än för relativt lindriga brott är litet.

Ett område där jag bedömer att utvecklingen kan fortsätta ytterligare är mål mot ungdomar. Insikten om det straffrättsliga systemets begränsningar i fråga om att ge adekvata reaktioner på brott av ungdomar bör leda till att alltmer av beslut om reaktionerna på brott läggs utanför domstol. Utveckling av medling, familjekonferenser och liknande kommer måhända på sikt att leda till att relativt få mål mot unga lagöverträdare förs till domstol. Här måste dock i vart fall åklagare ges en roll.

Avslutningsvis: polis och åklagare har redan, och kommer än mer i framtiden att få, en roll som historiskt varit förbehållen domare. Oavsett vad man kan tycka om detta från teoretiska och praktiska utgångspunkter är det förmodligen en oundviklig utveckling.

Frågor att diskutera

- Hur säkerställer man rättssäkerheten i ett system där allt färre brottmål går till domstol? Är ett sådant system över huvud taget förenligt med rättsstatliga principer?
- Har allt för mycket av dömande funktioner flyttats till polis och åklagare eller kan man – tvärtom – gå längre?
- Vad innebär utvecklingen för den grundläggande rollfördelningen mellan polis, åklagare och domstol?
- Är vi på väg mot ett amerikaniserat system med helt diskretionär åtalsplikt och uppgörelser i åtals- och påföljdsfrågor?