

# Rettsikkerhet, stat og næringsliv

Av Morten Kinander, jurist og filosof i Civita<sup>1</sup>

## INNLEDNING

Allerede i 1958 mente John Lyng å kunne slå fast uten nærmere dokumentasjon "at vårt samfunns struktur i dag er bestemt av et regelverk som – rent utvortes sett – fortøner seg som voluminøst, komplisert og lite oversiktlig" (1958:10). Etter over 50 år med regulerings- og velferdsstat, for ikke å snakke om en eksplosiv vekst i det utenlandske juridiske rammeverket til omtrent enhver norsk juridisk problemstilling, fremstår Lyngs diagnose som nesten søt. Imidlertid; hvis man legger borgernes rettsikkerhet og ikke statens effektivitetshensyn til grunn for vurderingen av den utstrakte fullmaktslovgivningen som eksisterte på den tiden Lyng skrev, blir dette mer enn utelukkende en frustrert reaksjon fra en jurist og politiker som strever med å følge med i tiden. Fullmaktslovene var, mente Lyng, uheldige sett i et rettsikkerhetsperspektiv fordi de brøt med grunnleggende rettsstatlige verdier, som at alle – også forvaltningen – er underlagt de samme lover, hvis innhold er kjent på forhånd.<sup>2</sup> Fullmaktslovene har siden blitt erstattet av særlover og konsesjonslover, hvor man fortsatt er avhengig av statens gunst for å få tillatelse. Fullmaktslovene har funnet sine arvtagere i statens kontroll- og tilsynsmyndighet, som ser ut til å få stadig mer omfattende hjemler, både når det gjelder konsesjoner og sanksjoner.

Dette notatet omhandler rettsikkerhetsbegrepet på næringslivets område.<sup>3</sup> Den første delen vil omhandle rettsikkerhet og forvaltningsrett mer generelt, med det formål å se hvordan begrepet ikke bør reserveres for visse utsatte grupper, individer og/eller minoriteter. Deretter skal vi i den andre delen se på to former for forvaltningsvirksomhet som er spesielt relevante i et rettsikkerhetsperspektiv, og som begge særlig berører spenningen mellom statens behov for effektiv samfunnsstyring og borgernes vern mot nettopp denne effektiviteten.

Dette viser seg for det første på de områdene hvor forvaltningen tildeles en til tider forholdsvis stor og omfattende skjønnsmessig myndighet til å ta avgjørelser som vanskelig kan leses ut av Stortingets lovbestemmelser. For eksempel viser denne typen forvaltningsaktivitet seg på områder som involverer virksomheter og handlinger som i utgangspunktet er forbudt, men som krever konsesjon, tillatelse eller annen form for avhengighet av forvaltningsmakten. Dette skaper en avhengighet av forvaltningens mer eller mindre vilkårlige makt – også kalt dens diskresjonære kompetanse. Denne formen for diskresjonær kompetanse – forvaltningens "frie skjønn" – kan ikke uten videre overprøves av domstolene. Man er derfor prisgitt at den er rimelig, rettferdig, likebehandlende og riktig. Dette er et brudd med prinsippet om at man ikke skal styres av lover som man ikke har hatt en anledning til å være med på å utforme selv gjennom frie valg. Som Olav Meisdalshagen så presist uttrykte det i debatten om fullmaktslovenes legitimitet i skjæringspunktet mellom den umiddelbare etterkrigstidens behov for politisk styring, og den samme etterkrigstidens erfaring med overgrep fra forvaltningsdiktaturet: "Det er nettopp her sjølve den prinsipielle kampen i samfunnet står".<sup>4</sup> Dette

---

---

var – og er – ingen overdrivelse. Balansen mellom statlig og forvaltningsmessig effektivitet på den ene siden og rettssikkerhet, liberalitet og individuelle menneskerettigheter på den andre siden kan tjene som en informativ innfallsvinkel for en analyse av det moderne offentlige Norge. I tillegg skal vi se at denne lovgivningstradisjonen, som Norge har benyttet seg av i stor grad, møter utfordringer når man ikke lenger har en lukket nasjonal blandingsøkonomi, men en åpen, internasjonal markedsøkonomi basert på europeiske forpliktelser. Det er i denne sammenhengen snakk om det såkalte *legalitetsprinsippet* – at alle, også forvaltningen, er underlagt loven.<sup>5</sup>

Det andre temaet for rettssikkerhetsrelevant forvaltningsvirksomhet som vi skal se på er de såkalte *forvaltningssanksjonene*. Disse kjennetegnes av at statens inngripen er og oppleves som alvorlig og dyptgripende. Vi snakker om tvangshandlinger overfor borgerne, som beslag hjemme hos privatfamilier og ransaker med mulig påfølgende straffeprosesser. Denne virksomheten har en side til menneskerettighetene, selv om vi er på næringslivets områder. "Selskaper" er en teoretisk konstruksjon, men det er alltid individer som står bak disse konstruksjonene, og som blir rammet dersom "selskapet" blir rammet. Den forsiktige hypotesen er at vi muligens kan se noen nye trender i at forvaltningens makt underlegges en stadig større rettslig kontroll, mot statens vedvarende og insisterende motstand. Samtidig har man dessverre sett en voldsom vekst i forvaltningens makt til å foreta forholdsvis dramatiske inngrep overfor borgerne. Denne veksten har langt på vei oversteget de rettssikkerhetsgarantiene man har begynt å se på næringslivets område. Forvaltningen har til sammen i dag 28 hjemler, spredt rundt omkring i lovgivningen, for å ilegge overtredelsesgebyr når den finner at en regel er overtrådt. 20 av disse hjemlene har kommet etter 1990.<sup>6</sup> Gebyrene er en konstruksjon som kommer istedenfor, og innimellom i tillegg til, straff som bøter og fengsel. Overtredelsesgebyrene – som de kalles – har ofte en formidabel størrelse: vi har sett gebyrer på inntil 300 millioner kroner, og de er ilagt etter en prosess som åpenbart ikke oppfyller strafferettsprosessens krav; det er tvert imot gebyrets inverterte logikk at det *nettopp ikke* oppfyller straffeprosessens rettssikkerhetsprinsipper. Derfor kan gebyrene heller ikke påklages i særlig grad. Samlet etterlater dette et inntrykk av at næringslivsaktører får et stadig dårligere vern mot statens makt. Temaet i denne delen av notatet er fremveksten av et straffesystem for næringslivet uten straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantier. Det er imidlertid viktig å understreke at bak enhver næringslivsinteresse står (minst) én individuell interesse. Og bak næringslivsinteressene står de såkalte fellesskapsinteressene.

Vi skal også se på en lite tematisert restkategori, nemlig statens uformelle makt. Selv om staten ofte møter barrierer når det gjelder dens formelle makt, og krav om at denne må avgrenses og underlegges forutberegnelighet og rimelighet, finnes det alltid en makt som utøves utenfor og i tillegg til de spesielle forvaltningsmessige reglene. Dette er den uformelle makten, som viser seg gjennom saksbehandlingsskikker, gjennom omfanget av beslag, gjennom å kreve skriftlighet og å nekte møter etc. Dette er forhold som ofte er vanskelige å regulere, og som må henvises til den noe vanskelig regulerbare kategorien forvaltningsetikk. Denne etikken er en profesjonsetikk, som det har vært for lite fokus på i den offentlige debatten, annet enn gjennom såre enkeltskjebner, som representanter for staten ikke føler seg kallet til å kommentere.

Disse forholdene leder til en anbefaling om to lovgivningsendringer: man bør innføre en egen rettssikkerhetslov, som samler og regulerer forvaltningens inngreps- og tvangshjemler i én lov og man bør uttrykkelig slå fast legalitetsprinsippet i Grunnloven vår. Disse to endringene vil bidra til klarere å fortelle private rettssubjekter hvilke plikter og rettigheter de har, og hva slags sanksjoner de kan bli utsatt for fra forvaltningens side.

## OM RETTSSIKKERHET

Ordet "rettssikkerhet" blir ofte brukt i forskjellige sammenhenger, men det er ikke like ofte dette begrepet har et klart meningsinnhold. Som regel brukes ordet i sin videste betydning, som en samlebetegnelse for alt som er bra og viktig i rettssystemet, og om svakere parters rettsvern

---

---

mot maktmisbruk fra det offentlige.<sup>7</sup> Et raskt søk på Google avslører at de fleste tilfellene hvor rettssikkerhet diskuteres er i forbindelse med spørsmål om politivold, overgrepssaker, fengselsvilkår og særlig psykisk helsevern. Slik sett oppfatter man at begrepet fanger bredere enn det som strengt tatt følger av ordlyden; sikkerhet om *hva retten er*. Selv om dette i seg selv ikke sier så mye om selve rettssikkerhetsbegrepets betydning, ligger det i dette et sentralt moment, nemlig at retten ikke skal være et utslag av vilkårlighet eller gi rom for et stort individuelt skjønn for den som anvender den, samt at man ikke skal utforme lover som strider mot et grunnleggende vern som rettssystemet innrømmer personer. Og slik sett er ikke begrepet begrenset til visse grupper eller områder hvor man tradisjonelt har sett det anvendt; det gjelder som *et generelt trekk ved all rettsanvendelse*, enten det er i rettergang som beskyttelse av den tiltaltes straffeprosessuelle rettigheter, i forvaltningen ellers når den fatter vedtak som går utover enkeltpersoner, eller når staten griper inn og regulerer næringslivet.<sup>8</sup> Etter min mening er fortsatt en av de beste definisjonene den som F. A. Hayek lanserte i 1944:

Stripped of all its technicalities, [Rule of Law] means that government in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand – rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge (1972:80).<sup>9</sup>

Rettssikkerhet karakteriseres dermed som et generelt trekk ved all myndighetsutøvelse, og er et krav om forutberegnelighet og en avgrensning mot vilkårlighet. Slik sett er rettssikkerhet ikke nødvendigvis det samme som mindretallets beskyttelse mot flertallet, selv om det ofte vil kunne være en sammenheng. Det er først og fremst et spørsmål om vern mot, og avgrensning av, staten.

Rettssikkerhetsidealer har til en viss grad gjennomsyret rettstenkningen siden antikken, og kan på mange måter sies å være selve årsaken til at man i det hele tatt har organisert konfliktløsningsmekanismer på den måten man har. Men den moderne menneskerettighetstenkningen, først og fremst representert gjennom Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og i EU-retten, har ført til at man har anvendt disse idealene på områder man ikke tidligere anså som relevante for menneskerettighetene, nemlig områder som er utpregede kommersielle i sin art. I mellomkrigstiden tok mange til orde for at individuelle rettigheter som forsvarsvåpen mot staten i seg selv var betenkelig: individets forsvar mot vilkårlig statsmakt fikk raskt de nedsettende merkelappene "individualisme" og "egoisme" i møte med den gode staten som fellesskapets myndige representant. Men jo mer den regulatoriske staten har vokst, desto større relevans har slike idealer også på næringslivsområder, og motstanden mot dem viser seg i brytningen mellom statlig styring, effektivitet og kontroll på den ene siden, og forutberegnelighet, sikkerhet og skranker mot statens vilkårlighet på den andre. Staten vil ofte ha mest mulig skjønnsmessig albuerom for sin virksomhet, mens næringslivsaktører føler seg utsatt for uforutsigbarhet når statens makt baseres på hvilke signaler sittende regjering sender til sine byråkrater. Staten kaller dette skjønnsrommet for fellesskapsinteresser; næringslivet kaller det vilkårlighet. Jo mer staten har lovgivers tillatelse til å foreta utpregede faglige og politiske vurderinger, jo mer skaper dette et problem i forhold til forutberegnelighet og likhet: skattekontoret i vest praktiserer skjønnet sitt annerledes enn skattekontoret i øst, og vi vet ikke helt hvordan og om dette skjønnet endrer seg ettersom forvaltningen finner det for godt, for å ta ett eksempel. Dette er forvaltningens såkalte *diskresjonære kompetanse*. Vi skal se litt nærmere på hvordan den myndigheten utarter seg (s. 9), men først må vi se på noen flere aspekter ved rettssikkerhetsbegrepet.

Rettssikkerhet impliserer at man skal kunne vite med sikkerhet hva retten er, og dette har et knippe av implikasjoner. For det første ligger det i dette at man skal kunne vite hva retten er *på forhånd*, slik at man skal kunne innrette seg etter dens regler. Dette prinsippet viser seg både i en offentlig lovsamling og i en kunngjøringsprosedyre for nye lover, som må følges strengt av det offentlige, dersom loven skal anses som gyldig. Dette prinsippet finner delvis sin bestemmelse i Grunnloven, nemlig i forbudet mot tilbakevirkende kraft i §§ 96 og 97. For det andre impliserer dette også en begrensnings av det offentliges skjønnskompetanse. Hjemmelen for disse inngrepene må med andre ord være tilstrekkelig klar til at man kan vite når det offentlige går for langt. Derav følger også et

---

---

tredje moment: Rettssikkerhet, knyttet til det offentliges inngrepshjemler, forutsetter en forutgående demokratisk prosess som autoriserer de hjemlene det offentlige utstyres med vis-à-vis landets borgere. Disse tre momentene suppleres av et fjerde, nemlig at alle, også det offentlige, er underlagt de samme lovene.<sup>10</sup>

### **Formell rettssikkerhet: Sikkerhet og likebehandling**

Rettssikkerhetsbegrepet er utpreget formelt ved at i det vesentlige sentrerer seg rundt det offentliges saksbehandlingsregler. Og av disse er det særlig de som knytter seg til forutberegnelighet og klageadgang, samt til manglende adgang for forvaltningen til å "synse" seg fram til hvor stor statens makt skal være, som er sentrale. Som Høyesterett har uttalt: "Formålet med Grunnlovens § 97 [som forbyr tilbakevirkning] er å skape trygghet og forutberegnelighet" (Rt. 2006: 293:79). Disse idealene gjelder både på lovgivningsnivå og på offentlig forvaltningsnivå. Det er særlig det siste som interesserer oss i denne sammenhengen.

Saksbehandlingsreglene som gjelder for det offentlige, har en sentral funksjon i rettsstaten, og finnes i forvaltningsloven fra 1967.<sup>11</sup> Norge var med denne loven, som i alt det vesentlige dreier seg nettopp om saksbehandlingsreglene til det offentlige, forholdsvis tidlig ute med å etablere fellesregler som skulle regulere borgernes rettssikkerhet i møtet med den offentlige forvaltning, jf (Ot.prp. nr. 38 (1964-1965):9); og det er først og fremst hensynet til at forvaltningens utøvelse ikke skal være vilkårlig som gjennomsyrrer rettssikkerhetsbetraktningene for det offentlige.

Blant det mest sentrale i den formelle versjonen av rettssikkerhetsbegrepet er prinsippet om at man skal dømmes av lov og ikke av mennesker; dvs. at også forvaltningen og det offentlige er underlagt loven og ikke styres av enkeltmennesker. Det er dette som ligger i det velkjente utsagnet om "Government of laws, not of men", som vi i moderne tid i en rettslig forstand for første gang møter i konstitusjonen til Massachusetts av 1780, eller enda tidligere i John Lockes beskrivelse av tyranniet som resultat av rettens opphevelse.<sup>12</sup> I dette ligger det at det var rettens oppgave å hindre at den utøvende makten ble både vilkårlig og for sterk. Skal den utøvende makt være sterk og ha myndighet til å foreta dramatiske inngrep overfor den enkelte borger, må det som et minimum være som resultat av en velfundert demokratisk prosess som knesetter denne makten. Dette er imidlertid ikke nok: Likebehandlingen, som står som et så sentralt prinsipp i rettens grunnverdier, opererer her på to måter; både som et prinsipp om at man skal dømmes av likemenn, og som et prinsipp om at de som gir reglene skal være de samme som reglene skal gjelde for. Vi skal nå se litt nærmere på rettssikkerhetsbegrepets krav om at myndighetsutøvelse ikke må være vilkårlig.

### **Avgrensningen mot vilkårlighet**

Rettssystemet skal verne sine borgere mot statens og det offentliges maktmisbruk gjennom legalitetsprinsippet – at enhver inngripen i borgernes rettssfære krever hjemmel i lov som ikke kan endres uten forutgående demokratisk prosess – og domstolskontroll. Legalitetsprinsippet er et krav om hjemmel i lov, og at denne hjemmelen fremstår som tilstrekkelig klar. Legalitetsprinsippetets krav om hjemmel i lov er relevant som et forsvar mot vilkårligheten ved at det offentlige blir underlagt en lov, i motsetning til en generalfullmakt til å gjøre det som forvaltningen selv anser som nødvendig for å utføre dens oppgaver.<sup>13</sup> Dette følges opp ved at det offentliges vedtak også er gjenstand for en domstolskontroll; man kan påklage enkeltvedtak til domstolene for å få prøvd om et vedtak er gyldig på grunn av saksbehandlingsfeil.<sup>14</sup> Dette er et avgjørende element ved borgernes rettssikkerhet, rett og slett fordi legalitetsprinsippetets krav om klar og tydelig lov hjemmel også for forvaltningen, samt adgangen til i stor utstrekning å få rettslig prøvd det enkelte forvaltningsvedtak, bidrar til å redusere den vilkårlighet som forvaltningen står i fare for å styrke gjennom utstrakt bruk av diskresjonær kompetanse fra vage og bredt formulerte fullmaktslover. Det var også dette som John Lyng reagerte så sterkt på; delegering av myndighet til forvaltningen gjennom fullmakter betyr at forvaltningen får et fritt skjønnsrom til å ta de beslutningene som den selv mener er best. Det bekymringsverdige i dette i et legalitetsperspektiv er at *dette frie skjønnet har domstolene som utgangspunkt ikke anledning til å kritisere*. Det er med andre ord siste ord i saken.

---

---

---

---

At forvaltningen må ha adgang til å treffe vedtak basert på skjønn og diskresjon, er åpenbart. Den virksomheten forvaltningen er satt til å regulere, er så variert og i så kraftig endring at vi hadde hatt et lovverk av drakonisk størrelse dersom alle de beslutninger som fattes skulle være nøyaktig utformet i lov. Og det er dette som skaper den sentrale spenningen mellom rettssikkerhet og hensyn til borgerne på den ene siden og kontroll, effektivitet og makt til å gjennomføre politiske beslutninger på den andre siden, som alle betraktninger om rettssikkerhet springer ut av.

Allerede forvaltningskomiteen som utredet ”spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning”, og som endte i forvaltningsloven av 1967, konstaterte denne spenningen, og uttrykte sin bekymring for utviklingen av en omseggripende forvaltningsvirksomhet i den moderne velferdsstaten:

Når forvaltningsorganene utstyres med stor diskresjonær myndighet på viktige forvaltningsområder, blir den enkelte borgers rettsstilling tilsvarende usikker. (...) Dernest vil det alltid hvor diskresjonær myndighet utøves, være en større fare for misbruk enn hvor myndigheten er bundet til faste normer. Denne fare blir større, jo videre fullmakten er. Det kan også være vanskelig å gjennomføre kravet til lik behandling av alle. Det siste moment kommer særlig sterkt frem under det bevillings- og konsesjonssystem som mer og mer ser ut til å prege utviklingen på mange forvaltningsområder. I denne sammenheng er det grunn til å nevne ett forhold særskilt: Når lovgivningen griper regulerende inn i de forskjellige sektorer av samfunnslivet, kan det ofte være vanskelig – i enkelte tilfeller ikke engang gjørlig – å fastsette ved generelle bestemmelser grensen for hva som skal være tillatt eller ikke tillatt for borgerne for at lovens målsetning skal nås. Man velger da den fremgangsmåte å gi et generelt forbud, som gir full kontroll over det forvaltningsområde det gjelder, men samtidig får forvaltningen myndighet til å dispensere fra forbudet ved tillatelser og bevilgninger. På denne måten kan forvaltningen avgjøre hver individuell sak etter sitt diskresjonære skjønn. (NUT 1958 3:15).<sup>15</sup>

Med andre ord: den teknikken det offentlige bruker med sin konsesjonsbaserte innfallsvinkel, kombinert med de stadig voksende oppgavene for det offentlige, fører til en *usikkerhet* for den enkelte borger og en *avhengighet* av denne diskresjonære myndigheten til en slik grad at det bryter mot grunnleggende rettssikkerhetsgarantier. Borgeren blir utsatt for et *fait accompli*: han er avhengig av det offentliges tillatelse, men vet ikke om denne tillatelsen kommer eller ikke kommer, eller hvor omfattende den er. Enda verre blir det når det offentlige på denne bakgrunnen også utstyres med omfattende sanksjonshjemler. Vi skal først se på forholdet mellom rettssikkerhet og forvaltningsskjønn.

### **Om forvaltningens diskresjonære kompetanse og fullmaktslovgivning**

Med diskresjonær kompetanse siktes det i juridisk sammenheng til den skjønnsmessige kompetansen som forvaltningen har til å tolke en lov eller en forskrift mer eller mindre fritt, og som sett fra forvaltningens side gir det beste resultatet. Hvor fri denne kompetansen er, varierer fra rettsområde til rettsområde og ut fra formålet med forvaltningens regulering. Friheten vil også variere i tråd med om de skjønnsmessige vurderingene er av utpreget politisk eller faglig karakter. Dette har også en konsekvens for hvor aktive domstolene kan være med å overprøve de skjønnsmessige vurderingene som forvaltningen foretar. Det fremgår av høyesterettspraksis at domstolene tradisjonelt sett skal være mer forsiktige med å overprøve forvaltningens skjønn<sup>16</sup> når det gjelder vurderinger som er av faglig eller samfunnspolitisk art.<sup>17</sup> Ofte vil forvaltningens skjønn være helt fritt, i den forstand at det ikke kan prøves av domstolene i det hele tatt. Dette har en side til legalitetsprinsippets forutsetning om at også forvaltningen er bundet av lov. Når en avgjørelse overlates til forvaltningen, betyr det også at forvaltningen foretar den *endelige vurderingen* som blir bestemmende for utfallet.<sup>18</sup> Utstrakt delegasjon av myndighet til forvaltningen representerer et brudd med prinsippet om at også forvaltningen er underlagt lover gitt av den lovgivende forsamlingen. Slik sett er delegasjon av myndighet betenkelig i et rettssikkerhetsperspektiv.

Utviklingen av forvaltningens diskresjonære kompetanse representerer en interessant periode både i et kulturidentitets- og i et styringsperspektiv. Den offentlige troen på at forvaltningen kan ordne opp

---

---

i de fleste ting, hvor borgerne må finne seg i å bøye seg for fellesskapsinteresser helt uten videre, er egnet til å si noe om utviklingen av det offentlige Norges selvforståelse. Særlig maler den utstrakte bruken av konkret og vilkårlig skjønnsrett som vi historisk har sett i Norge, for eksempel gjennom fullmaktslovenes glansperiode, et megetsigende bilde av forholdet mellom staten og borgeren og statusen til disse: Borgeren er først og fremst samfunnsprodusent og et tannhjul i maskineriet. Utviklingen av forvaltningens kompetanse er imidlertid ikke kun av historiske interesse; det er stadig stigende benyttelse av delegering av skjønnsmessig kompetanse til forvaltningen. Vi skal derfor unne oss et lite streiftog gjennom denne fullmaktslovgivningen som Lyng reagerte på i sitatet innledningsvis.

Norge har gjennom etterkrigstiden i utstrakt grad benyttet seg av en lovgivningsteknikk som kort og noe unyansert sagt går ut på at man i stedet for å knesette styringsprinsipper heller gir forvaltningen makt til å bestemme hva og hvordan ting skal styres.<sup>19</sup> Avgjørende betydning får dette først og fremst på to områder; de områdene hvor en bestemt type virksomhet i utgangspunktet er forbudt men hvor forvaltningen kan gi konsesjon – for eksempel det å drive verdipapirforetak, jordbruk, erverve eiendom etc. – og de områdene hvor forvaltningen har myndighet til å foreta tvangsinngrep – som å ransake privatboliger, kreve opplysninger, ta beslag etc. Vi skal senere se nærmere på tvangsmidlene. Nå skal vi derimot se på forholdet til konsesjons- og fullmaktslovgivningen, og hvilke konsekvenser denne typen lovgivnings- og forvaltningsteknikk har i et rettssikkerhetsperspektiv.

Etter hvert som Norges statsapparat ble kraftig modernisert og sofistikert mot slutten av 1800-tallet, vokste det også fram en tanke om at statens oppgaver ikke bare var å legge til rette for det private næringslivet, men også føre kontroll med det samme. Denne tanken hadde sin praktiske konsekvens i at man begynte det som etter hvert skulle bli en omsegripende regulering gjennom bruk av konsesjoner. Konsesjoner har sin dynamikk i at man i utgangspunktet forbyr en viss type aktivitet, for så å gi tillatelse gjennom en konkret vurdering eller et lovregulert unntak.<sup>20</sup> Slik sett utgjør styring gjennom konsesjon den ultimate kontrollfunksjon: man kan tillate noe som er forbudt så å si ved å gi noen en tjeneste, og man kan trekke konsesjonen tilbake dersom man ikke liker den utviklingen konsesjonshaveren legger for dagen. Dermed er man i prinsippet fullstendig underlagt statens og det offentlige kontroll.

De første sporene til denne utviklingen fant man i den såkalte statsborgerloven av 1888, som forbød utlendinger å kjøpe eiendom i Norge, med mindre staten godkjente det. Etter vassdragslovgivningen ble denne modellen nærmest institusjonalisert som et lovgivningens *modus operandi* i etterkrigstidens statsfunksjon: Gjennom de såkalte *lex Thagaard* og *lex Brofoss* skulle det moderne Norge utvikles gjennom en modernisert embetsmannsstatsideologi; den besluttsomme forvaltningstjenestemannen som visste best og som skjønnte det beste for fellesskapet. Som Francis Sejersted parafraserer Wilhelm Thagaards program:

I det nye system trengtes 'innsiktsfulle, våkne og initiativrike tjenestemenn', som så sammenhengen i de avgjørelser som skulle treffes. 'For nasjonaløkonomene faller dette ikke vanskelig', men dessverre var det få økonomer i forvaltningen. Thagaard foreslo en omskolering. Dette viser hvor radikalt han tenkte i retning av en ny type forvaltning".<sup>21</sup>

Denne type lovgivning – som fungerte ved å overlate tilsyn og regulering av utvalgte områder til en gruppe mennesker som ikke er underlagt en demokratisk kontroll – har en fortsatt direkte relevans for spørsmålet om spenningsforholdet mellom styringseffektivitet og individuell beskyttelse mot styringsvilje.<sup>22</sup> Å overlate styringsrett til en gruppe personer med en byråkratisk styringsideologi innebærer uten videre at man unndrar reguleringen demokratisk kontroll; de personer som har kompetanse til å styre kan ikke bli avsatt ved valg og deres beslutninger kan heller ikke i særlig grad prøves gjennom domstolene. Det ironiske er at nettopp fordi disse beslutningene er et resultat av forvaltningens skjønnskompetanse – foretatt av forvaltningens ikke-valgte embetsmenn – har de som utgangspunkt ikke kunnet prøves av domstolene. Domstolene har historisk sett i liten grad vært villig til å overprøve det man har kalt "forvaltningens frie skjønn", fordi forvaltningen har blitt

---

---

ansett som å være nærmere til å ta den rette beslutningen enn den nøytrale tredjepart. Dette har hatt konsekvenser for den og de som forvaltningens mer eller mindre heldige beslutninger har gått utover.

Det er i hovedsak to problemer med denne typen samfunnsstyring: Man overlater beslutninger til forvaltningstjenestemenn utenfor demokratisk kontroll som utstyres med tvangsinngrepshjemler, og man unndrar deres beslutninger en rettslig overprøving. Illustrerende i denne sammenhengen er den såkalte *Hvalavgiftsdommen* (Rt. 1952:1089), hvor forvaltningens "delegasjonen av myndighet til å pålegge avgiften gikk (...) langt videre enn i noe tidligere tilfelle i fredstid". Ingen kunne forutberegne sin avgiftssituasjon i henhold til en hjemmel som nok ikke var forbilledlig tilgjengelig.<sup>23</sup> Det "forelå allikevel ikke grunnlag for domstolene til å sette seg ut over lovgivningsmaktens skjønn om hvor langt det etter forholdene var nødvendig og konstitusjonelt forsvarlig å gå". Forvaltningen sto med andre ord fritt til å kreve de avgifter den anså nødvendig ut fra "allmenne interesser". Mer spesifikke kriterier for illeggelse av avgift var ikke angitt. Nærmere et *fait accompli* fra den næringsdrivendes perspektiv kommer man neppe: ikke har han vært med på å bestemme avgiften og ikke kan han protestere.

### **Forvaltningsskjønnet og de fire friheter**

Den typen lovgivning som vi har sett i Norge, som jo har vært et sentralt trekk ved velferds- og reguleringsstatens oppbygning, kan illustrere et trekk ved all forvaltningsvirksomhet. Forvaltningen trenger handlingsrom, uten å måtte spørre lovgiver hver eneste gang det dukker opp et nytt tilfelle som lovgiver ikke har tenkt på. Det er åpenbart. På den annen side; forholdet mellom lovgivning og forvaltning utgjør et naturlig spenningsforhold mellom idealer om demokrati og effektivitet. På den ene siden har man det uopnåelige idealet om at lovgivningen representerer den nærmest mytiske "folkeviljen", og på den annen side har man den gode men frie forvaltningstjenestemann som vet hva som er best for fellesskapet ved smidig styring gjennom forskjellsbehandling og differensiering. Vi har med andre ord å gjøre med ytterpunkter på en skala. Det er imidlertid ikke vanskelig å forestille seg mellomposisjoner, og det er nok mer uenighet om legitimiteten til et utbredt forvaltningsskjønn enn om hvorvidt Norge har gått forholdsvis langt etter andre verdenskrig i retning av å gi forvaltningen forholdsvis frie fullmakter. Særlig når det gjelder inngripen i næringslivsforhold, er det bred enighet om at denne har vært omfattende, ved bruk av konsesjonsteknikken hvor alt i utgangspunktet er forbudt. Spørsmålet er imidlertid om dette frie forvaltningsskjønnet kan harmoniseres med våre forpliktelser etter EØS-avtalens bestemmelser om den frie bevegelsen av tjenester, varer, kapital og arbeid.

Ifølge en håndbok i lovgivningsteknikk som Justisdepartementets lovavdeling har gitt ut, innebærer EØS-avtalen at Norge har en plikt til "å ikke gi lover eller forskrifter eller utøve offentlig myndighet på annen måte i strid med avtalen".<sup>24</sup> Særlig betyr dette at Norge ikke kan gi lover som innskrenker de fire frihetene – dvs. fri flyt av varer, tjenester, arbeidskraft og kapital. I denne sammenhengen er det verdt å merke seg at EU bygger på en rettstradisjon hvor det er større oppmerksomhet rundt lovene som sådan; i Norge er vi vant til å fylle ut lovforståelsen med diverse forarbeider, for så å la domstoler og forvaltning i fellesskap utvikle den nærmere meningen med loven i møte med den konkrete virkeligheten. En utstrakt skjønnsmessig adgang til forvaltningen til å foreta en konkret helhetsvurdering i det enkelte tilfellet bryter med prinsippet om de fire friheter: forvaltningens skiftende og sammensatte tillatelsesbaserte holdning til de områdene som er omfattet av de fire frihetene skaper i seg selv så stor usikkerhet for utenlandske investorer og næringsdrivende at det kan anses som å være i strid med EØS-retten. Dette er et område som hittil ikke har blitt viet den oppmerksomheten det fortjener, og det kan ha vidtrekkende konsekvenser.<sup>25</sup> EØS-avtalen og den rettspraksis som EU-domstolen har utviklet, fastsetter nemlig at der hvor forvaltningens skjønn må være avgjørende, er det visse kriterier som legges til grunn for at slikt skjønn skal være en akseptabel myndighetsutøvelse: de kriteriene som skjønnet utøves etter må nemlig være kjent på forhånd og de kan ikke bli anvendt vilkårlig. Forvaltningsskjønnet må være fundert i et system

---

---

som er lett tilgjengelig for borgerne, og som kan sikre at søknader om konsesjoner vil bli rimelig raskt og upartisk avgjort. I tillegg, og i eksplisitt motstrid med den generelle norske holdningen til forvaltningsskjønnet: Avgjørelsene må kunne utfordres av domstolene.<sup>26</sup>

Dette er prinsipper som overhodet ikke er reflektert i den nevnte håndboken fra justisdepartementet for hvordan man skal lage lover i Norge. Men viktigere; dette prinsippet om klare regler som man kjenner på forhånd er også egnet til å hindre innføringen av en blandingsøkonomi, som utgjorde det politiske bakteppet til mange av de norske fullmaktslovene. De fire friheter er dermed rettighetsbaserte friheter i en markedsøkonomisk og liberal statsforfatning.<sup>27</sup> Og for at markedsøkonomi skal fungere, er det helt avgjørende med klare og forutberegnelige kjøreregler. Den blandingsøkonomien som vi har hatt i Norge har hvilt på en stilltiende legitimitetsforutsetning; det frie forvaltningsskjønnet kan bare overleve og få aksept i en befolkning hvor det er en stor grad av kulturell og verdimeslig konsensus: man trenger ikke å lese seg til hvilke regler som gjelder siden man stort sett er av en felles oppfatning av hva som kjennetegner den riktige beslutningen på fellesskapets vegne. Men når man åpner økonomien, slik man gjør ved tiltredelsen til EØS-avtalen, frasier man seg også konsensusen som begrunnelse for forvaltningens store skjønnsrett: utlendinger skal ikke være avhengige av å kunne "ta pulsen" på norsk forvaltning for å få oversikt over hvilke regler som gjelder på det området de vurderer å investere i. Og dette betyr at legalitetsprinsippet bør stå sterkere i norsk rett.

## FORVALTNINGENS REAKSJONSSYSTEM, RETTSSIKKERHET OG STRAFFEPROSSESS

Siden 1958 har vi sett en omfattende utvikling på forvaltningsrettens område. Særlig har forvaltningens myndighet blitt underlagt en sterkere rettslig kontroll, noe som også inkluderer en utvidet klageadgang for borgerne. Men samtidig har også det offentliges oppgaver vokst dramatisk, noe som fører til at spenningen mellom de to forskjellige hensynene vedvarer. Men, som nevnt innledningsvis: Man har utviklet et eget rettsområde som ikke har blitt supplert med de rettssikkerhetsprinsippene som gjelder i den vanlige straffeprosessen. Tilsyns- og kontrollorganenes tvangshjemler har hatt en sterk økning de siste 20 årene. Med forvaltningens tvangshjemler siktes det normalt til de hjemlene som forvaltningen har til å ilegge overtredelsesgebyrer, til å foreta husransakelser, bevissikring, kreve utlevert opplysninger og forklaringer, etc.; kort og godt myndighet til å underkaste borgerne en tvang. Dette er myndighetsutøvelse som har alle de vanlige karakteristika som straff; det heter bare ikke straff. Dette området – forvaltningssanksjonene – kan man for enkelhets og ikke minst ærlighetens skyld kalle *forvaltningsstrafferetten*. Det som imidlertid kjennetegner den vanlige strafferetten – den man utsettes for når man forgår seg mot en bestemmelse som var underlagt straff – er at man også samtidig er vernet av *straffeprosessen*. Straffeprosessen er et knippe regler som skal sikre at politi og påtalemyndighet oppfører seg etter allment aksepterte spilleregler. Disse spillereglene kalles ofte for rettssikkerhetsgarantier, og særlig er disse utpenslet gjennom menneskerettighetene. På forvaltningsstrafferettens område, derimot, har man ikke slike garantier, og forvaltningen står i mye større grad fritt til å iverksette de tiltak den selv mener er riktige, uten vurderinger av alvorlighet og viktighet. Utgangspunktet for denne betraktningen er altså at statlige tilsyn og kontrollorganers hjemler for å ilegge gebyrer har vokst nærmest eksponensielt de siste 20 årene; fra under 10 relevante hjemler i 1990 til dagens nærmere 30. At man flytter regulering av lovovertrædelse fra straffesystemet til forvaltningssystemet er en alvorlig og lite tematisert utvikling. Den er alvorlig fordi man er mye mer ubeskyttet hvis det offentlige følger "forvaltningssporet" istedenfor "strafferettssporet". Sett i sammenheng betyr det at den som forgår seg mot trafikkreglene, har et mye sterkere vern enn den som risikerer en husransakelse og bot i mangehundremillionerklassen. Vi kan stille spørsmål ved om ikke framveksten av forvaltningsstrafferetten som egen disiplin ikke også skaper behov for en forvaltningsstraffeprosess, som nettopp tar opp i seg det vernet som eksisterer i den vanlige straffeprosessen.<sup>28</sup> Det er heller ikke hvilke som helst straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantier det er snakk om. For at politi og påtalemyndighet skal kunne ha anledning til å gjøre mye av det som



---

---

forvaltningen har hjemler til – det vil si foreta husransakelser og ta beslag med det formål å illegge store bøter – kreves det normalt at tre vilkår er oppfylt: man må ha en skjellig grunn til mistanke, det vil si at det må foreligge sannsynlighetsovervekt for at det har funnet sted en lovovertrødelse, man må foreta en alvorlighetsvurdering av forholdet, og sist, men ikke minst, man må ha rettens kjennelse for husransakelsen *på forhånd*. Disse tre kravene gjelder derimot ikke når forvaltningen – med politiets bistand – foretar nøyaktig de samme handlingene.<sup>29</sup> Og i motsetning til i de tilfeller hvor politiet reagerer, er det i forvaltningssammenheng samme organ som forvalter regelverket, som etterforsker og avdekker overtrødelsler, og som eventuelt bestemmer at det skal illegges en sanksjon. Forskjellene er med andre ord slående; ikke bare er sanksjonene (som regel) hardere og rettssikkerhetsgarantiene færre, men man møter også en voldsom maktkonsentrasjon på den andre siden, som gjør at begreper som nøytralitet og objektivitet kan få dårlige levekår. Det er også en manglende harmoni mellom de forskjellige tilsynenes og kontrollorganenes hjemler, slik at det er vanskelig å orientere seg med hensyn til hvilke regler som gjelder for forvaltningens tvangsinngrep. Samme departement kan også ha forskjellige avdelinger som ikke er koordinert.

Som vi skal komme tilbake til har forvaltningen, når den for eksempel foretar husundersøkelser, rett til å kreve bistand fra politiet. Men heller ikke dette impliserer at de rettssikkerhetsgarantiene som vanligvis skal være oppfylt når politiet banker på døra, må være oppfylt. I slike tilfeller opptrer politiet som forvaltningstjenestemenn. Finner politiet derimot andre ting de mener kan være strafferettslig relevant, vil de ofte ha en plikt til å initiere etterforskning av disse andre forholdene – stadig uten å oppfylle de garantiene som ellers ville gjelde for denne delen av deres virksomhet.

Det at forvaltningen har blitt utstyrt med så mange hjemler for tvangsinngrep og illeggelse av gebyr er en ønsket utvikling, hvor formålet har vært å redusere bruken av straff. Dette er imidlertid i beste fall en formell reduksjon, i det man ved å flytte samme handling over til forvaltningssystemet unngår å betegne det som en straffereaksjon. Det er nemlig ikke "straff" i lovens forstand å bli utsatt for forvaltningens reaksjoner. Realiteten er imidlertid ofte den samme, med unntak av at man mangler de rettssikkerhetsgarantiene som ellers i større grad ville ha beskyttet mot maktmisbruk. En annen forskjell er at reaksjonen – størrelsen på gebyret – vil kunne være mye høyere når det er snakk om en forvaltningsreaksjon enn en bot. Illustrerende i denne sammenhengen er NOU 2003: 15, med den megetsigende tittelen *Fra bot til bedring*, hvor ett av hovedformålene er reduksjon av straff. Den sier:

Altfor mange, til dels bagatellmessige regelbrudd er straffbare, og en altfor stor del av straffebestemmelsene er tomme trusler i den forstand at de i liten grad – eller ikke i det hele tatt – blir håndhevet. Begge deler er samfunnsmessig uheldig og svekker respekten for straff. På mange områder er det dessuten grunn til å anta at andre sanksjoner enn straff både kan gi bedre etterlevelse av reglene og kreve færre ressurser (NOU 2003: 15:19).

Det reflekteres imidlertid ikke særlig over at den samlede sanksjonsanvendelsen overfor borgerne ser ut til å øke ved at man bare flytter det som tidligere har blitt søkt regulert gjennom straffesystemet til forvaltningssystemet med tilsvarende dårligere vern for borgerne.

Vi skal se på hvordan spenningen mellom effektivitet og rettssikkerhet utfolder seg på næringslivets område. Først må vi imidlertid se helt kort på *i hvilken grad* slike rettssikkerhets- og rettsstatshensyn med tilhørende menneskerettsgarantier gjør seg gjeldende på næringslivets område.

## **MENNESKERETTIGHETER OG RETTSSIKKERHET FOR SELSKAPER?**

Det er en intim sammenheng mellom rettssikkerhet og menneskerettigheter; på mange måter er det rettssikkerhet som er menneskerettighetenes formål.<sup>30</sup> Og mange av de verdiene man tradisjonelt sett har rubrisert under merkelappen "rettssikkerhet", har blitt operasjonelle rettigheter gjennom nettopp menneskerettighetene. Som nevnt innledningsvis, er det som regel svake og utsatte grupper

---

---

som man vanligvis tenker på som gjenstand for menneskerettighetsvern.<sup>31</sup> Det er også åpenbart at man hadde slike grupper av mennesker i tankene da man etter den annen verdenskrig nedsatte de universelle menneskerettighetene i Verdenserklæringen av 1948. Dette ble imidlertid formulert som et vern som disse gruppene og individene hadde mot *statens makt*. Det er altså staten som er den forpliktete etter menneskerettighetene, og det er staten som er gjenstand for begrensning. Og når det gjelder behov for beskyttelse mot vilkårlighet og manglende forutberegnelighet mot statens vekslende skjønnsutøvelse og forskjellsbehandling, mot lover med tilbakevirkende kraft, og mot konfiskering av eiendom uten grunnlag i lov, kan man like fullt si at næringslivet har et vel så stort behov for de tankene som ligger bak rettssikkerhetsbeskyttelsen. Dette ble påpekt allerede av Lord Mansfield, av mange regnet som grunnleggeren av engelsk næringslivsrett, for rundt 250 år siden: "The daily negotiations and property of merchants ought not to depend upon subtleties and niceties; but upon rules easily learned and easily retained, because they are the dictates of common sense, drawn from the truth of the case".<sup>32</sup> Alan Greenspan svarte også "Rule of law" på spørsmål om hva han anså var den viktigste bidragsyter til økonomisk utvikling.<sup>33</sup> Utviklingen har også vist at den beskyttelsen som ligger i menneskerettighetene, i stor grad kan og bør anvendes på selskaper og næringsdrivende nettopp fordi de hensyn som ligger bak rettssikkerhetsbegrepet, er så avgjørende for næringslivets virkemåte. Dette er på sitt tydeligste på eiendomsrettens område, men også andre særlig viktige og generelle bestemmelser er ansett for å gjelde for selskaper. Dette er klart nedfelt i EMK, hvor protokoll 1 artikkel 1 sier rett ut at:

Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.

Her slås det altså fast at eiendomsretten er vernet både gjennom EMK og "folkerettens alminnelige prinsipper", som ikke bare gjelder for fysiske personer, men også for såkalte juridiske personer. Dette har blitt tolket utvidende til ikke bare å gjelde eiendomsretten. Den viktigste "juridiske personen" vi kjenner i norsk rett er selskapet, og med denne bestemmelsen får vi en klar indikasjon på at også selskaper skal nyte godt av det vernet som blir fysiske personer og utsatte grupper til del gjennom menneskerettighetene. Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen viser også at selskaper i stor grad har blitt innvilget slikt vern. Norsk høyesterett ser også ut til å bevege seg i denne retningen, som vi skal se. Litteraturen, debatten og ikke minst rettsutviklingen omkring dette har imidlertid vist en markert vegring mot å anerkjenne det faktum at EMK også gjelder for selskaper.

Selv om det kan fremstå klart ut fra en enkel lesning av EMK at selskaper har menneskerettigheter, har selve anerkjennelsen av dette og den nærmere rekkevidden av en slik beskyttelse, vært omdiskutert i norsk rett. Særlig har staten, representert ved sine prosessfullmektiger, motsatt seg tanken om at selskaper skal ha den samme grad av menneskerettighetsvern som den enkelte borger har.

### **Hensyn for og imot at selskaper skal ha et menneskerettighetsvern**

Det er flere grunner som taler mot at selskaper skal nyte det vernet som tildeles individer og utsatte grupper.<sup>34</sup> For det første har selskaper innimellom meget ressurssterke eiere, som har bred erfaring med å kjempe for sine interesser, og som i tillegg ofte er bistått av advokater. Dette gjelder imidlertid kun for de store og aktive allmennaksjeselskapene; små selskaper er ikke bedre stilt enn fysiske personer til å kjempe mot et mektig statsapparat. For det andre, og viktigere, er det slik at aksjeselskapers eiere – som jo er den mest relevante selskapsformen – kun hefter for den innskutte aksjekapitalen. Man er derfor som aksjeeier beskyttet på en måte som en enkeltperson ikke er. I tillegg kan man neppe si at den *integriteten* som er knyttet til en fysisk person – og som ofte tenkes som selve gjenstanden for menneskerettighetsbeskyttelsen – uten videre kan anvendes på selskaper. Og sist; næringslivets egne behov for forutberegnelighet og likebehandling er aldri spesielt fremtredende årsaker eller faktorer i dannelsen og inngåelsen av menneskerettighetstraktater. Dette, mener mange, sammen med at menneskerettigheter bare gjelder mennesker, bør være viktige momenter for at man bør være varsom med å inkludere selskaper under menneskerettighetsparaplyen.

---

---

På den annen side er det en rekke hensyn som tilsier at selskaper absolutt bør ha et slikt vern. En vilkårlig behandling av en juridisk person vil ofte implisere en vilkårlig behandling av (minst) en fysisk person; det er fysiske personer som er eiere, som er ansatte, og som har andre juridiske forpliktelser – som låneforpliktelser og skattekrav – basert på stabiliteten til den juridiske personen, nemlig selskapet. Dette henger sammen med et annet sentralt moment, nemlig at selskaper er sentrale i den økonomiske modellen vi baserer vårt samfunn på, og som utgjør det økonomiske fundamentet for staten og det såkalte "fellesskapet". Og selv om det er åpenbart at en del av de rettighetene som er nærmest knyttet til "integritet", som frihetsberøvelse og tortur, ikke kan anvendes på selskaper, er det like åpenbart at dette ikke er argumenter *mot* ideen om at selskaper kan ha et like sterkt og berettiget behov for slike rettigheter som en del individer. Selskaper kan for eksempel, i egenskap av å være selskaper, bli straffet etter bestemmelsene om foretaksstraff i straffeloven §§ 48a og 48b. Da er det også nærliggende å tenke seg at de straffeprosessuelle garantiene som utledes av EMK, samt generelle rettssikkerhetsstandarder, også skal gjelde for slike selskaper.

Et annet forhold er at de hensynene som begrunnet rettssikkerhetsbetraktningene i forvaltningsloven, også gjør seg gjeldende for selskaper. Med andre ord, den veksten som vi har sett i den regulatoriske staten, og som årsaksforklarte vilkårlighet, individuelt skjønn og uklare hjemler, gjelder ikke bare på velferdspolitikken område, men er et generelt trekk ved all virksomhet, og det i en slik grad at det kan føles stadig mindre hensiktsmessig å opprettholde det klassiske skillet mellom privatrett og offentlig rett. Det er også på dette forvaltningsområdet, og ikke på strafferettens, at vi ser de fleste sakene i EMD hvor selskaper er part, selv om det kan være en glidende overgang mellom eksempelvis konkurranseretts og strafferett. Og det er på slike områder – hvor regulatoriske og forvaltningsmessige forhold krysser de straffeprosessuelle – at vi klart har sett fremveksten av rettssikkerhetstankegang og menneskerettigheter på selskapsrettens område.

Dette er også fremhevet av Høyesterett, i den såkalte Petrolia-kjennelsen, som vi skal komme nærmere tilbake til: det er ofte flytende overganger mellom selskapsinteresser og private interesser. En ransakelsesordre mot et selskap vil, avhengig av størrelsen på selskapet, ofte også være en ransakelse hos de individene som arbeider i selskapet. For disse vil nok en ransakelse klokken syv om morgenen føles som en like stor belastning uansett om ransakelsen har sin hjemmel i konkurranseloven eller straffeloven, og uansett om det gjelder forhold foretatt i embets medfør eller som privatperson. Etter EMK har "alle" krav på "rettferdig rettergang", et begrep som inkluderer domstoladgang, kontradiksjon, uskyldspresumsjon og vern mot selvinkriminering. Som Høyesterett slår fast: "disse generelle rettssikkerhetshensyn [er] et sterkt argument for at også juridiske personer kan påberope seg vernet mot selvinkriminering når de risikerer foretaksstraff. En domfellelse kan ha inngripende konsekvenser for dem. Da bør de også ha beskyttelsen mot selvinkriminering." (Rt. 2011: 800 (40)). Høyesterett fremhever også at det alltid vil være fysiske personer som treffer beslutninger og som handler på selskapets vegne, samt at det kun vil være en gradforskjell i hvor hardt en straff rammer en fysisk person og et selskap. Både den identiteten som oppleves mellom et selskap og vedkommende som enten arbeider der eller som driver det, innebærer at det bør være gode grunner for *ikke* å behandle selskaper og personer likt i et rettssikkerhetsperspektiv, rett og slett fordi rettssikkerhetsperspektivet gjelder grunnleggende verdier som med rette begrenser statens vilkårlige handlingsrom. Det er også respekten for disse verdiene som EMK er tuftet på. Generelt sett er hele EMK basert så sterkt på den markedsøkonomiske modellen at det synes fremmed å frakoble selskaper fra rettssikkerhetsbeskyttelsen. Det samme kan utledes av EMKs begrep om "rule of law".

Motstanden mot rettssikkerhet for næringslivet, som vi ser fra tid til annen, synes å ha funnet sin fremste representant i både lovgiver og forvaltning. Det er all grunn til å se nærmere på denne motstanden mot selskapers rettssikkerhet fra statens side. Det er også betimelig å spørre hvorfor staten er en så kraftig motstander av å innrømme selskaper det samme rettssikkerhetsvernet som man uten videre og med bifall innrømmer individer. For det er en kjensgjerning at staten aktivt har motsatt seg utvidelsen av rettssikkerhetsbegrepet for næringslivet. På én måte er det kanskje ikke

---

---

så merkelig, siden rettssikkerhet først og fremst er en sikkerhet mot statens inn- og overgrep. På den annen side, det er de samme hensynene som ligger bak rettssikkerhet for individer, noe staten ikke har protestert mot på samme måte. Forskjellen ligger nok i at næringslivet representerer en inntektskilde for staten og at staten dermed er en kommersiell aktør med helt andre interesser enn når det f.eks. gjelder regulering av trafikken. Vi skal se litt nærmere på hvordan denne motstanden arter seg på noen utvalgte næringslivsrelevante lovområder.

Det er særlig på to rettsområder hvor vi i norsk rett har sett rettssikkerhets- og menneskerettighetsargumentasjon for næringslivet, nemlig konkurranserett og skatterett, og vi skal se nærmere på disse to områdene nå. Formålet er å se på hvilke regler som gjelder for slike inngripende tiltak fra statens side, og å se hva slags argumentasjon staten gjør seg bruk av når den motsetter seg rettssikkerhetsgarantier for næringslivet. Felles for disse to områdene er at de involverer straffesanksjoner og dyptgripende statlige tvangsmekanismer som husransaker og straff både for foretaket som sådant og for ledelsen.

### **Konkurranseregulering**

Konkurransetilsynet har etter konkurranseloven § 25 hjemmel til å ransake private boliger og å forsegle forretningslokaler, samt "andre oppbevaringssteder hvor det kan finnes bevis for overtredelse". Etter § 24 plikter "enhver" å gi den informasjonen som konkurransemyndighetene krever, noe som typisk rammer den som er under etterforskning hvis konsekvens er mulig tiltak, beslag og leggelse av gebyr. Det er to former for reaksjoner ved brudd på konkurranseloven; overtredelsesgebyr eller bøter og fengsel i opp til 3 år. Overtredelsesgebyret kan ikke påklages slik som andre forvaltningsvedtak kan, og illeggelsen av gebyret gir grunnlag for utlegg hos selskapet. Man må altså til domstolene for å få prøvd urimelige eller uriktige forhold rundt undersøkelser, ransaker og bøteleggelser i forbindelse med mistanke om overtredelse av konkurranseloven.

Det å bli utsatt for en prosess fra konkurransemyndighetenes side, er fullt ut å sammenligne med å bli utsatt for en vanlig, personlig straffeforfølgelse. Det er ofte store verdier som står på spill, og aggressive, "beslagvillige" representanter fra konkurransetilsyn og politi kan gjøre et skremmende inntrykk på en familie klokken syv en mandags morgen. Allikevel har staten hevdet at de straffeprosessuelle rettssikkerhetsgarantiene, som særlig finnes i EMK, og som uten tvil gjelder for individer, ikke skal gjelde for selskaper og personer som er utsatt for konkurransetilsynets aksjoner.

Den første dommen hvor problemstillingen ble aktualisert, er den såkalte bølgepapp-kjennelsen. Den uttaler seg nemlig om forholdet mellom norske rettssikkerhetsgarantier i straffeprosessuelle spørsmål og EMK, og hvorvidt EMK gjelder i konkurranserettslige spørsmål. Spørsmålet var om hvorvidt opptak av forklaringer fra flere bedrifters direktører ved mistanke om ulovlig prissamarbeid kunne brukes i en etterfølgende straffesak, og om de hadde en plikt til å forklare seg. Opplesning av politiforklaringer er som hovedregel ikke tillatt i norsk rett, med mindre tiltaltes forklaring ikke stemmer med det han tidligere har forklart, såkalt konfrontasjon. Dette er ulovlig i en vanlig straffesak i henhold til straffeprosessloven, men staten mente altså at dette ikke skal gjelde i konkurransesaker, hvor tiltaltes forklaringer til myndighetene har funnet sted uten at han blir fortalt at det vil kunne bli aktuelt å lese disse opp i retten, eller at han har krav på advokat: Alt han har blitt fortalt er at han er underlagt en lovpålagt forklaringsplikt. I en oppsiktsvekkende uttalelse anførte Økokrim at myndighetene selv kan komme til å ødelegge tillitsforholdet mellom borger og stat, dersom straffeprosessloven skal virke også for slike forhold. De kan nemlig finne på å gå for langt:

Reguleringslovgivningen hviler i stor utstrekning på tillit mellom stat og borger. Bevisavskjæring vil ha en uheldig signalvirkning og vanskeliggjøre avdekkingen av straffbare forhold på et område hvor bevissikringsproblemene er store. Kontrollmyndighetene kan bli tvunget til å velge andre og mer vidtgående sanksjoner for å sikre bevis (Rt. 1994: 610:614).

Med andre ord, dersom man innfører sentrale straffeprosessuelle garantier som gjelder i vanlige straffesaker, kan dette gå ut over borgeren i det lange løp. Staten kan nemlig komme til å utfordre

---

---

det tillitsforholdet som skal eksistere mellom stat og borger dersom borgeren beskytter seg med rettssikkerhetsargumenter mot statens makt. Det at noe kalles en forvaltningssanksjon i motsetning til en straff, for eksempel at det heter "gebyr" istedenfor "bot", gjør at man ikke er beskyttet av de rettssikkerhetsgarantiene som ligger i straffeprosessen. I tillegg kan også reaksjonen bli mye strengere ved at forvaltningen må gå utover disse garantiene, noe som igjen vil forverre borgernes rettssikkerhet og redusere den nødvendige tilliten mellom borgere og stat (!). Høyesterett kom her til at straffeloven bare gjelder for straff, og ikke i straffelignende forhold. Dette kunne imidlertid tolkes som å stride mot EMK-forpliktelser som Norge hadde påtatt seg, og spørsmålet ble hva man gjorde i slike situasjoner hvor det var konflikt mellom norsk rett og de internasjonale menneskerettighetene: Hvilket rettssystem skulle gå foran? Staten vant her fram med sitt syn – at norsk rett måtte få forrang til ulempe for næringslivsinteressene og -aktørene – men det skulle vise seg at det etter hvert skulle mye mindre til for at norsk rett var å anse som i strid med FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter og EMK.

At rettssikkerhet ikke har vært bestemmende for utformingen av store deler av det regelverket vi har i dag, fremgår forholdsvis klart av forarbeidene til konkurranseloven av 1993, dvs. den forrige konkurranseloven, og det har ikke blitt vesentlig mye bedre med den nye loven av 2004. I NOU 1991:27:191 fremkommer arbeidsmåten til konkurranselovutvalget: "Det er viktig at loven håndheves effektivt. Dette har vært retningsgivende for utvalget", og på side 197 fastslås det at effektiv informasjonsinnhenting og derigjennom vide fullmakter er av sentral viktighet: "I korthet vil konkurranselovens håndheving stå og falle med hvorvidt myndighetene får den kunnskap som er nødvendig". Denne linjen er fulgt opp videre i forarbeidene.<sup>35</sup> Som eksempel kan nevnes at de sanksjonene som står til myndighetenes disposisjon – og som ikke oppleves som like dramatiske som straffeetterforskning – har en lavere terskel enn straffeprosessens krav. Etter konkurranseloven § 25 kan myndighetene benytte "et av de mest dramatisk og inngripende virkemiddel i norsk rett" (Ryssdal 2003:189), nemlig husransakelse, som i loven har fått det noe mer nøytrale uttrykket "bevissikring". Dette kan de gjøre dersom det er "rimelig grunn til å anta" at det har funnet sted et brudd på konkurranseloven. Det er en stor forskjell på "rimelig grunn til å anta", som kreves fra myndighetenes side, at det har foregått noe ulovlig, og "skjellig grunn til mistanke", som må til før straffeprosessen begynner å rulle. Begge inngrep er like dramatiske, det er få om noen relevante forskjeller. En ransakelse av en privatbolig av konkurransemyndighetene, assistert av politi, krever altså ikke en sannsynlighetsovervekt, slik som etter straffeprosessen. Som Ryssdal skriver: "Det kan følgelig være en overvekt av sannsynlighet for at overtredelse *ikke* har funnet sted samtidig som vilkåret i § 6-2 [nåværende § 25] er oppfylt" (Ryssdal 2003:189, min utheving). Kombinert med at den store nyvinningen i konkurranseloven av 2004 var at man generelt åpnet for overtredelsesgebyr som forvaltningssanksjon utenfor det straffeprosessuelle systemet, blir dette dramatiske virkemidler.<sup>36</sup>

I forarbeidene til nåværende konkurranselov av 2004 foreslo lovutvalget at alle rettighetene etter EMK artikkel 6 også skulle gjelde foretak, dersom det ikke var konkrete grunner til å gjøre unntak. Her delte imidlertid utvalget seg i et flertall og et mindretall, hvor flertallet ville foreslå en lovbestemmelse som ga et slikt vern. Mindretallet ville nøye seg med en "vente og se"-holdning, og så "ingen grunn til å introdusere ytterligere et regelsett med nye og uklare regler som ikke er i samsvar med norsk rett og som heller ikke er påkrevet etter folkeretten" (NOU 2003: 12:186). Departementet sluttet seg i dette tilfellet, slik det ofte er når det står om mer eller mindre vern for andre enn staten, til mindretallets minstestandsyn.

Statens linje på dette området skulle vise seg å ikke vinne fram, særlig fordi Høyesterett etter hvert oppga den regelen som ble knesatt i bølgepapp-kjennelsen. Denne regelen tilsa at for at EMK skulle gå foran norsk rett, måtte EMK-regelen være "klar og entydig". Dette kravet ble oppgitt i senere dommer,<sup>37</sup> og EMK fikk fullt gjennomslag i norsk rett på en måte man neppe hadde forutsett da man undertegnet konvensjonen. Særlig har denne linjen medført begrensninger for statens makt overfor næringslivet på en del sentrale områder.

I den såkalte Petrolia-kjennelsen, avsagt 1. juni 2011, kan man si at Høyesterett fullfører en utvikling

som den begynte i 2000 med tilbakevisningen av det prinsippet som bølgepapp-kjennelsen hvilte på når det gjaldt forholdet mellom norsk rett og internasjonale menneskerettigheter. Spørsmålet i denne kjennelsen var om forbudet mot selvinkriminering etter EMK også gjelder for juridiske personer. Tidligere, for eksempel i bølgepapp-kjennelsen, hadde man kommet til at juridiske personer bare hadde et begrenset vern av EMK, og at staten sto relativt fritt når det gjaldt reguleringen av næringslivet. Det vernet man hadde innrømmet selskaper, var også begrunnet med at det i visse tilfeller var vanskelig å skille mellom private forhold og selskapene, særlig når det var snakk om små selskaper. Det ville derfor i mange tilfeller være helt tilfeldig om det var snakk om et selskap eller en privatperson. Nå var tonen en annen: "Etter konvensjonspraksis gjelder dermed artikkel 6 nr. 1<sup>38</sup> i alle fall som utgangspunkt også for juridiske personer. Det er ikke holdepunkter for at vernet mot selvinkriminering står i en særstilling. Og praksis etter denne bestemmelsen gir heller ikke grunnlag for å sondre mellom hjemmebaserte og andre selskaper" (Rt. 2011: 800:33). At EMK også skulle gjelde juridiske personer ble ansett å ha støtte i rettssikkerhetshensyn. Og som det heter: "[S]elv om straff som rammer foretaket kan ramme selskapsrepresentantene mindre hardt, dreier det seg etter mitt syn mer om en gradforskjell enn en prinsipiell ulikhet som kan begrunne at juridiske personer ikke er omfattet av vernet mot selvinkriminering" (Rt. 2011: 800:42).

På konkurranserettens område – et område særpreget av harde sanksjoner med straffeprosessuelle virkemidler – kan man derfor si at statens minimumslinje har stått for fall, og at både selskapene og de personene som leder disse selskapene, har fått en anerkjennelse av at basale rettssikkerhetsgarantier gjelder også for dem.<sup>39</sup> Det foreløpige siste eksempelet i denne sammenheng er den såkalte Tine-kjennelsen (Rt. 2011: 910), hvor statens ileggelse av overtredelsesgebyr til Tine for utilbørlig utnyttelse av markedsrett ble opphevet.

### **Skatterettens område**

Skatteretten og ligningsforvaltningen står i en særklasse når det gjelder statens effektivitetsbehov i og med at skatt – og særlig skatt fra næringslivet – utgjør en av statens hovedinntektskilder. Skatteetaten utgjør også en voldsom maktkonsentrasjon, særlig etter reorganiseringen av etaten i 2008, hvor man fikk fem regionale kontorer. Alle disse fikk nå selv ansvaret for både å fatte endringsvedtak og å illegge tilleggsskatt. Det er liten samhandling mellom de fem regionskontorene, slik at alle klager på vedtak behandles av samme etat som utstedte vedtaket i utgangspunktet. Når reaksjonen uten videre er så hard – 30 % tilleggsskatt uten vurdering av skyld – er det uheldig at samme organ som skal forvalte regelverket, også er det som etterforsker det, og som illegger sanksjonen.

Ligningsvedtak er også unntatt forvaltningslovens enkeltvedtaksbegrep, til tross for at ligningsvedtak ubestridelig er enkle vedtak fattet av forvaltningen. Dermed er den klageretten man har etter forvaltningsloven avskåret, samt den strenge plikten til selv korrekt å rapportere inn de opplysningene som man skal vurderes og eventuelt straffes i henhold til.

### **Skatt og EMK**

Skatteretten representerer kanskje det området hvor staten har gått på flest menneskerettslige tap. Skatteetaten har tapt på en vedvarende insistering på at tilleggsskatt – den reaksjonsformen ligningsmyndighetene anvender når skattyter har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger i selvangivelsen, jf. ligningslovens § 10-2 – ikke er å anse som en straff, selv om reaksjonsformen nettopp har alle de samme karakteristika som en straff, for eksempel en bot. Dette har hatt en serie konsekvenser, for eksempel at man ikke kan dømmes flere ganger for samme forhold, at det skal gjelde strafferettslige beviskrav, og at selve tilleggsskatten har en karakter av å være en "criminal charge" i betydningen av EMK artikkel 6, slik at alle krav om rettferdig rettergang og domstoladgang kommer til anvendelse i slike tilfeller, herunder også særlig proporsjonalitetsprinsippet om forholdet mellom overtredelse og reaksjon.

En av statens gjennomgående anførsler har vært at den må ha stor handlefrihet på skatterettens område, også når det gjelder den skjønnsmarginen som den enkelte stat har på menneskerettighetenes område hva gjelder innføringen av de internasjonale reglene. Vid skjønnsmargin betyr at det enkelte

medlemsland står noe fritt i tilpasningen av den internasjonale regelen til hjemlige forhold. I denne sammenhengen har staten særlig insistert på at EMK inneholder kun *relative* rettigheter:

Konvensjonsrettighetene er relative, og subsidiært må Høyesterett ta standpunkt til om bruken av overvektprinsippet er et konvensjonsstridig inngrep i Sørums rettigheter etter konvensjonen. Det må skje en proporsjonalitetsvurdering. Videre må vurderes om kravet om alminnelig sannsynlighetsovervekt tjener et legitimt formål. *I den sammenheng må vektlegges at tilleggsskatt er en sanksjon utenfor den klassiske strafferettens kjerne, sanksjonens art og størrelse, samt de muligheter ankende part hatt til å forsvare seg. Det må legges til grunn at staten på skatterettens område har en vid skjønnsmargin* (Rt. 2008: 1409.32; min utheving).

Statens syn er altså at den har et nødvendig behov for å ha en vid skjønnsmargin på skatterettens område, noe som må føre til at tilleggsskatt ikke er å anse som straff etter EMK. Dermed er skattytere avskåret fra å nyte godt av den økte rettssikkerheten som overtredere av straffeloven gjør. Selv om det ikke ble rokket ved utgangspunktet om at statene har en skjønnsmargin etter EMK, ble synspunktet om nødvendigheten av det store handlingsrommet for staten avvist i denne dommen.<sup>40</sup>

Saksbehandlingen har etter hvert blitt underlagt rettssikkerhetsbetraktninger, men fortsatt er størrelsen på tilleggsskatten forholdsvis drakonisk. P.t. er tilleggsskatten 30 %, jf. ligningsloven § 10-2, noe som rammer særlig hardt i tilfeller hvor det for eksempel har vært slurv og ikke skatteunndragelsesønsker som har medført at uriktige opplysninger blir innrapportert.<sup>41</sup> Det er også forholdsvis liten anledning til å utmåle tilleggsskatten ut fra omstendigheter ved den aktuelle saken; en fastgrense på 30 % uten en bestemmelse som gir myndighetene rett og plikt til å vurdere rimeligheten av tilleggsskatten, rammer forglemmelser like hardt som forbryterske forsett.<sup>42</sup>

### **Klagesystemet og ligningsforvaltning**

Det å klage på et vedtak av ligningsmyndighetene innlemmer en i et klagesystem som er spesielt. Ved omleggingen av skattesystemet i 2008 innførte man det såkalte Skatteklagenemdsystemet. Det er en skattenemd for hver region, men de forholder seg kun til egne avgjørelser. Det er altså ikke slik at Skatt Øst behandler klager på Skatt Vests vedtak. Nemdene består av tre medlemmer i hver avdeling. Men det er skattekontorene selv som først behandler klage på et vedtak, og som *selv skriver forslag til vedtak for nemda*. Samme myndighet som avgjorde vedtaket som påklages, skriver da altså første forslag til vedtak hva gjelder klagen. Det er heller ikke uvanlig at *samme saksbehandlere som traff vedtaket, også skriver utkast til behandling av klagen*. Disse klagenene, sammen med forslag til vedtak, legges så inn i et datasystem som bare nemdas medlemmer har tilgang til. Disse medlemmene kan ikke ta utskrift, men må lese ofte flere hundre siders dokumenter på skjermen. Hver for seg vurderer så medlemmene klagen, og avgjør hvorvidt de er enige eller uenige i forslaget til vedtak som skattekontoret skrev. Og: det er kun omgjøringsvedtak som må begrunnes; avslag avslås uten begrunnelse. Systemet er altså lagt opp slik at det skal være enklere å la et forslag til vedtak stå enn å gi en klage medhold. Dette er oppsiktsvekkende i et rettssikkerhetsperspektiv. Jobben som medlem av klagenemden honoreres med 75 000 kroner i året og utføres i tillegg til vanlig arbeid. Den antas å ta rundt 200 timer i året, men dette er et urealistisk lavt anslag når man ser på antall klager som skal behandles og deres respektive omfang. Det gjør ikke arbeidet lettere at man kun får lese på pc-skjerm. I rettssystemet, i rettsaker hvor skattekontor og nemd enstemmig har avgjort saker i skattyters disfavør, taper staten omkring halvparten av sakene.<sup>43</sup> Dette er et dramatisk høyt tall som indikerer at det er et stort behov for en reell og faglig kompetent klageordning som treffer vedtak på en uavhengig måte. Også konsekvensen av å trå feil ser ut til å være dramatisk skjevdelt i statens favør: Når man får et vedtak mot seg og blir ilagt tilleggsskatt, må man betale inn beløpet uansett om man skal klage eller ikke. Det kan man ha forståelse for i et klagedependende perspektiv. Viser det seg etter lang saksbehandlingstid – opp til 10 år er ikke ukjente tidsforløp – at staten har tatt feil, betales det innbetalte beløpet tilbake – med tillegg av 1 % rente p.a. Når skattyter har trådt feil, er det som sagt uten videre 30 % tilleggsskatt. I tillegg er det slik at dersom det blir avholdt møte i forbindelse med en klagesak, kan det enkelte skattekontoret selv være tilstede ved diskusjonen om klagen, *men ikke skattyter*.

---

---

Det ser ut til å være et stort behov for reform av ligningsforvaltningen i Norge i et rettssikkerhetsperspektiv.<sup>44</sup> Dette har flere ganger også blitt reist som et tema, men har inntil finanskomiteen nylig ba regjeringen utrede spørsmålet blitt avvist som unødvendig.<sup>45</sup> Det gjenstår å se hva regjeringen kommer tilbake til på dette spørsmålet.

### Statens uformelle makt

Vi har hittil sett utelukkende på de *rettslige sidene* ved offentlig tilsyn og forvaltning på konkurranse- og skatterettens områder. De rettslige sidene er imidlertid kun de ytre rammene, og langt fra de eneste – eller til og med kanskje heller ikke de aller mest relevante – når man skal undersøke graden av makt som det offentlige har over næringslivet og/eller borgernes formuesforhold. Den uformelle makten er ofte den mest følbare og kanskje også den mest rammende. Den er i sin natur vilkårlig, og den er også langt på vei uangripelig. Det er et vilkår for å klage at forholdene er dokumenterbare og håndterbare av en domstol. Uformell makt er etter sin art ikke egnet til å bli gjenstand for en undersøkende domstolskontroll, nettopp fordi spørsmålet ikke er om man har holdt seg til loven. Den uformelle makten er nemlig ikke påviselig eller dokumenterbar i en domstol. Og det er bare ved å ha en retrett til en reell klagebehandling, hvor domstolsbehandlingen er klart den viktigste, at man kan snakke om fungerende rettssikkerhetsgarantier. Den uformelle makten kan like fullt være utøvet på en grovt urimelig og til og med bevisst krenkende måte. Bedre blir det ikke at adressaten for makten ikke har klageadgang. Denne typen maktutøvelse har vært altfor lite tematisert når det gjelder forvaltningen.

Det ligger i sakens natur at denne offentlige maktutøvelsen er vanskelig å dokumentere uten omfattende statistiske og kvalitative undersøkelser. Og kanskje er det nettopp dette forholdet som den har levd så godt under også; man vinner ikke fram med rettslige klager, og man blir stående uten andre valgmuligheter enn å rope om urettferdighet. Til og med det kan være en farlig taktikk, særlig hvis man er næringsdrivende og avhengig av konsesjoner og bevillinger fra samme myndighet eller tilsyn i framtiden.

Et par eksempler kan illustrere hvilket avhengighetsforhold man kan befinne seg i når det gjelder å være utsatt for statens uformelle makt. Under finanskrisen i 2008 var det mistanke om at noen i DnBNOR Markets ASA-systemet hadde handlet på bakgrunn av en fortrolig opplysning om at staten ville benytte det såkalte "gullkortet". Eller, mer teknisk; staten skulle utstede såkalte OMFer, obligasjoner med fortrinnsrett, som utvalgte banker, herunder DnBNOR, kunne benytte som sikkerhet og dermed få bedre rentebetingelser på sine innlån. Dette var en innsideopplysning i verdipapirhandellovens forstand, og den som sitter på slike opplysninger, har dermed handleforbud. I tiden etter mottak av opplysningene i møte med Norges Bank, men før det ble allment kjent i markedet, hadde det imidlertid vært mistenkelige bevegelser på noen finansielle instrumenter som kunne ha sammenheng med innsideopplysningene. Det ble igangsatt etterforskning, og i den forbindelse gikk Økokrim til et meget omfattende dokumentbeslag hos banken – et beslag som senere ble delvis omgjort av lagmannsretten. Det ble fastslått at beslaget strakk seg urimelig langt tilbake i tid. Alle dokumentbeslag (og det var en god del) fra tiden før 2005 ble opphevet, fordi det før den tid ikke var noen plikt til å operere med rutiner for behandling av innsideinformasjon. Det var også dette saken etter hvert dreide seg om, siden siktelsen mot de involverte personene ble trukket. DnBNOR ble etter hvert ilagt en bot, som banken aksepterte. Poenget med dette er å illustrere omfanget av Økokrims beslagsvillighet i saker det går politisk prestisje i. Når en bedrift blir gjenstand for et beslag fra Økokrim (eller Konkurransetilsynet, for den saks skyld), har de ansatte en plikt til å bidra til opplysningen av saken og til å fremskaffe de dokumenter som det bes om, samt all annen informasjon som man må skjønne kan være relevant for myndighetene. Som regel ber de om alt, i DnBNORs tilfelle også dokumenter som gikk tilbake til 1980-tallet. Hvordan dét skal belyse en konkret innsidesak, har vært vanskelig å forstå for mange. Den umiddelbare konsekvensen av en slik omfattende dokumentforespørsel er at den paralyserer den vanlige driften, ofte i ukevis. I en hektisk og ekstremt konkurranseutsatt hverdag blir dette raskt å oppleve som en tilleggsstraff



---

---

i tillegg til den belastningen det er å være utsatt for en politietterforskning. Dette er hensyn som tydeligvis ikke tillegges noen vekt eller relevans når staten skal avgjøre omfanget av beslaget, heller ikke i tilfeller hvor man åpenbart går langt utover hva som med all sannsynlighet er nødvendig for etterforskningen. At den næringsdrivende i slike tilfeller står i et avhengighetsforhold og er underlagt skjønnsmessige og vanskelig rettslig prøvbare vedtak, understrekes av at det ofte vil oppleves uklokt å protestere. Staten har alltid andre virkemidler.

Det andre eksempelet er hentet fra skatteretten, og gjelder mer enn bare skatteetatens atferd overfor selskaper. Vi så tidligere hvordan skatteetatens maktkonsentrasjon har et formelt preg som er relevant i et rettssikkerhetsperspektiv. Forhåpentligvis vil det bli foretatt grep i forbindelse med representantforslaget fra finanskomiteen om utredelse av skattyteres rettssikkerhet. På den annen side har det nedsatte Skatteundragelsesutvalget ikke lagt for dagen en betryggende satsing på rettssikkerhetsgarantier i sin iver på å sørge for at det ikke unndras mer skatt fra staten. Det er utvidete hjemler til inngrep og krav om utlevering av konfidensielle opplysninger som synes å være midlene.<sup>46</sup>

Et eksempel på uformell makt er skatteetatens egne beslutninger om å innføre skriftlighetskrav i saksbehandlingen. Alle andre offentlige etater og tilsyn innvilger sine subjekter møter i vanskelige og belastende saker, iallfall de av en viss størrelse. Ligningsforvaltningen, som i det konkrete tilfelle kan munne ut i vedtak som er ødeleggende både for privatpersoner og selskaper, bygger ofte på et stort og sammensatt faktum og et stort dokumentmateriale, hvor behovet for supplering og forklaring er stort for at man skal kunne være i stand til å sette informasjonen i sin rette kontekst. Å måtte forklare – og ikke minst å måtte debattere og ha en dialog om forholdet – i en utelukkende skriftlig form med tilhørende lang saksbehandlingstid, er en maktbeslutning som ikke kan påklages eller kontrolleres av noen annen instans. Den er like fullt alvorlig utfordrende for den som blir nektet å fremstille saken sin i en sammenhengende form, basert på dialog og spørsmål og svar.

Det samme gjelder skattekontorenes frister for ofte omfangsrrike krav om dokumentasjon. Disse fristene er som regel meget korte, og står i grell kontrast til den tid som skattekontoret selv innvilger seg når det gjelder svaret på dokumentasjonen, og hvor det kan gå årevis mellom hver gang skatteyder hører noe fra etaten. I denne tiden lever vedkommende i usikkerhet om utfallet av saken, et utfall som hvis negativt vil kunne ødelegge næringsgrunnlaget hans. Som også advokat Bettina Banoun fremhever: "Enkelte skattekontorer har fått ord på seg for å teste ut yttergrensene for den enkelte skattebestemmelse og for å være opptatt av å beskatte mest mulig (høyeste skatts prinsipp)" (2011:3).

## **AVSLUTNING: Behov for en rettssikkerhetslov og en grunnlovsendring?**

De utviklingstrekkene man ser innenfor forvaltningens stadig større myndighet til å foreta inngrep overfor næringslivet og dets aktører, er avgjort bekymringsverdige. Man underlegger stadig flere forvaltningsorganer stadig større myndighet til å foreta stadig mer inngripende handlinger. Samme organ forvalter regelverket, etterforsker og ilegger det som for alle praktiske forhold er bøter. Det heter bare noe annet, og da slipper staten å respektere grunnleggende garantier. Da er det nemlig ikke "straff", men "gebyr". At gebyret er på mange hundre millioner, at det har blitt ilagt etter husransaker assistert av politi med undersøkelser av hele familiens datamaskinpark, er uten særlig betydning i denne sammenheng. Grunnlovens § 102 forbyr "Hus-Inkvisitioner" unntatt "i kriminelle Tilfælde". Det skulle altså i utgangspunktet ikke bare være forbudt, men grunnlovsstridig å foreta slike inngrep – den typen handlinger som forvaltningen gjør. Det er tydeligvis ikke så tungtveiende. Danskene tok konsekvensen av denne utviklingen og vedtok i 2005 en rettssikkerhetslov som skal regulere slike alvorlige inngrep overfor borgerne.<sup>47</sup> I denne loven innførte man mange av de rettssikkerhetsgarantiene som hittil bare hadde vært del av straffeprosessen. Dette gjaldt selvinkrimineringsvern, kjennelse fra retten så langt som råd er i beslag og husransakesestilfeller, samt en del andre innstramminger

---

---

i det offentliges hjemler. Det er ingen grunn til at ikke vi i Norge bør gjøre det samme. En slik lov vil, foruten å sikre et visst minimumsvern for næringslivet og dets aktører, også føre til at man får harmonisert regelverket og samlet alle inngrepshjemlene som det offentlige har, i én lov. Dette utgjør i seg selv en sentral rettssikkerhetsverdi, jf. Hayeks definisjon av rettssikkerhet, som vi siterte innledningsvis. Borgerne har krav på å vite hvilke lovregler de skal utsettes for uten alt for store bestrebelse og løpende advokatrådgivning. Slik lovverket er utformet i dag, favoriserer det (nok en gang) de store selskapene som enten har egen juridisk avdeling og compliance-ansatte til å passe på slike ting, eller som holder seg med løpende juridisk rådgivning på annen måte. De små og mellomstore selskapene som ikke har råd til slikt, vil da, som ofte ellers, bli uforholdsmessig skadelidende, rett og slett fordi staten ikke er interessert i å gjøre en god nok lovgivningsjobb.

En rettssikkerhetslov vil imidlertid bare regulere tvangshjemlene; det manglende demokratiske innslaget i forvaltningens frie skjønn repareres egentlig ved å skrive inn prinsippet om at alle – også forvaltningen – skal være underlagt lover hvis innhold man kan finne ut av på forhånd og som gjelder likt for alle, det såkalte legalitetsprinsippet. Dette kan bare repareres ved å skrive inn legalitetsprinsippet, med de nødvendige modifikasjonene som f.eks. EU-domstolen foretar, i Grunnloven.

Det er altså to forslag som fremmes i dette notatet; å innføre en ny lov og å endre Grunnloven. Det første forslaget er at man innfører en ny rettssikkerhetslov for å samle og regulere forvaltningens tvangshjemler. Alternativt kan man revidere forvaltningsloven ved å innføre et nytt første kapittel. Forvaltningsloven er fra 1967, men ble i realiteten utformet allerede i 1958, på samme tid som John Lyng skrev sin bok om statens vekst som vi så på innledningsvis. På den tiden hadde vi fortsatt en blandingsøkonomi, med stor statlig styringskompetanse. Denne har endret seg, og særlig har vi sett utviklingen av en regulatorisk stat med stor makt til å foreta inngrep overfor næringsdrivende, en makt som også muligens er i konflikt med EØS-rettens bestemmelser om de fire friheter. Når vi ser hvor mye som har endret seg på forvaltningens område siden forvaltningsloven ble til, er det strengt tatt ikke for mye å forlange at også denne loven underkastes en revidering for å møte kravene som stilles til en moderne forvaltning i en markedsøkonomi.

Det andre forslaget er at det grunnleggende rettstatlige prinsippet – legalitetsprinsippet – skrives direkte inn i Grunnloven slik at man klarere definerer forvaltningens skjønnsadgang. Grunnlovsjubileet i 2014 er en gylden anledning til å vise at vi har en tradisjonsrik, men også moderne og relevant, Grunnlov. En moderne Grunnlov inneholder ikke bare bestemmelser om parlamentarisme, men også for forholdet mellom forvaltningen og dens rettssubjekter. Den nåværende Grunnloven har ingen av disse delene.

## SLUTTNOTER

- 1 Jeg vil takke Marius Emberland, samt medarbeidere på Civita, for gjennomlesning og kommentarer til et tidligere utkast av notatet. Takk også til Marius Stub og Christoffer C. Eriksen for nyttige samtaler underveis. For ordens skyld bemerkes at notatet ikke utgjør noen vitenskapelig utredning, selv om jeg selvfølgelig mener at det som står her er korrekt.
- 2 Fullmaktslovene ble innført med det eksplisitte formål å overlate flere politiske beslutninger som normalt tilkom Stortinget å fatte til forvaltningens mer eller mindre frie, diskresjonære og individuelle skjønn etter hva den enkelte embetsmann fant for godt i det enkelte tilfellet. Den mest kjente av fullmaktslovene var den etter hvert beryktede prisloven. Denne hadde sin bakgrunn i at man ønsket å fordele de knappe varene man hadde umiddelbart etter krigen mest mulig rettferdig og ikke etter betalingsevne. Etter prisloven kunne forvaltningen bestemme det generelle prisnivået, og også kreve inndratt utbytte av forretningsvirksomhet *selv om denne var lovlig*. Forvaltningen hadde altså fullmakt til å drive utjevningspolitikk og å inndra utbytte som den mente var for høyt. Kriteriene for hva som var for høyt fikk man imidlertid ikke vite. Etter hvert som vareknapphetsproblemet forsvant ble prispolitikken en del av den såkalte "stabiliseringslinja", og mer et fordelingspolitisk virkemiddel. En annen kjent fullmaktslov er trustloven fra 1926, som nok hadde større

---

---

politisk betydning. Denne loven ble også kalt "de latente muligheters lov", noe som indikerer det større skjønnsrommet som forvaltningen ble innvilget til å gripe fatt i forhold den anså nødvendig å regulere. Prisloven og trustloven har sammen dannet grunnlaget for konkurranseretten. Fullmaktslovene ble ikke innført uten til dels ganske harde protester. Professor Keilhau serverte følgende uttalelse om utkastet til ny prislov av 1953: «Forslaget vil i realiteten overlate det til noen akademikere uten selvstendig erfaring fra produksjonslivet, uten kunnskap til arbeidsvilkårene, uten bransjekyndighet og uten økonomisk ansvar å skalte og valte med all økonomisk virksomhet i landet. Etter «skjønn». Et mer perverst samfunnssystem har aldri vært utpønsket.» (Keilhau 1952:) Selv om mange nok kan være til dels sterkt uenig med den typen lovgivning som overlater så mye makt til forvaltningen som fullmaktslovene gjør, er det kanskje færre som vil slite med å tenke seg verre samfunn enn Norge på 1950-tallet.

- 3 "På næringslivets område" betyr imidlertid ikke annet enn at man henger bjella på katta; det er regulering av det såkalte frie markedet som er gjenstand for debatt. På de områdene hvor det ikke har vært næringslivsinteresser involvert er inntrykket at den norske staten har vært mer generøs i å innvilge rettsstatsgarantier.
- 4 Tid. O. 1947 s. 481, sitert i Sejersted 2001:319.
- 5 Legalitetsprinsippet presenteres nærmere på s 7.
- 6 Dette er hentet fra Stub, 2011: 38-39. Store deler av argumentet om en manglende forvaltningsstraffeprosess er hentet fra denne avhandlingen.
- 7 Eller som den USA-baserte rettsteoretikeren Jeremy Waldron oppsummerer rettssikkerhetsargumentasjon: "Hooray for our side", sitert i Bingham 2010:5.
- 8 Slik sett er det en glidende overgang – om noen – mellom rettssikkerhet og rettsstat og rettsstatsbetraktninger og det engelske uttrykket "Rule of Law". Se også Erik Boe, "Forholdet mellom Rule of Law og rettssikkerhet", i Doublet, Krüger og Strandbakken, *Stat, politikk og folkestyre*.
- 9 Som den avgjort mest toneangivende juristen i sin generasjon – i noen sammenhenger kalt den juridiske husguden – Ragnar Knoph, uttykte det i 1934 om framveksten av den såkalte sosiale vendingen i rettsvitenskapen: "Det er ingen krusning på tingens overflate vi her står overfor. Det er selve det prinsipielle grunnsyn på eiendomsretten som tiden og utviklingen er i ferd med å legge om. Individualismen så på denne rett som noget der umiddelbart var nedlagt i menneskets og sakens natur. Eller man fant den tilstrekkelig begrunnet i hensynet til eieren og dennes tarv. *I våre dager vil en appell til medfødte menneskerettigheter lyde for døde ører*. Og når eiendomsretten fremdeles opprettholdes og forsvares i de privatkapitalistiske land, skjer det fordi den anses som det beste middel til å utnytte naturens goder og stimulere nasjonens produksjonskraft. Og det er ut fra denne sosiale begrunnelse av eiendomsretten at man naturlig ledes til å slutte, at selv en eier må finne sig i at hans rådighet blir beskåret når hensynet til almenheten krever det" (Knoph 1934:sidetall?; min utheving/original utheving) For mer om dette, se Kinander 2004: kap 3.
- 10 Rettssikkerhet deles innimellom også i to forskjellige kategorier, nemlig i et såkalt formelt og i et materielt rettssikkerhetsbegrep. Det materielle rettssikkerhetsbegrepet har særlig blitt diskutert i forbindelse med helse- og sosialtjenesterettslige og spørsmål, og sentrerer Jf. feks den såkalte Fusa-dommen, Rt. 1990: 874, som knesatte et prinsipp om at helse- og omsorgssektoren har en plikt til å yte visse "minstestandarder", mer bestemt at rettssikkerhetsbegrepet også inkluderte et krav om tildeling av visse ytelser av et visst innhold. Dette – i motsetning til at slike tjenesteytelser er avhengig av lokalt skjønn og tilgjengelige midler – binder igjen opp en stor del av kommunalbudsjettene, og fører til det som av mange har blitt kalt en uheldig "rettsliggjøring" av politikken fordi det gir borgerne et rettskrav på et bestemt ressursmessig gode. Som Bernt og Rasmussen fremhever: "Økt rettssikkerhet vil her bety mindre politisk handlingsrom for administrasjonen og folkevalgte organer" (2003:53). Bernt og Rasmussen foretar en lengre drøftelse av forskjellige områder hvor rettssikkerhet spiller en sentral rolle, som feks personvern, omsorg, demokrati, miljøvern. Interessant nok er næringslivet konsekvent utelatt i drøftelsene, noe som ikke er spesielt for deres fremstilling. Siden Jon Lyng skrev, har rettssikkerhetsbegrepet vært lite drøftet i forvaltningsrettslig og -politisk perspektiv.
- 11 Det finnes selvfølgelig også andre regler som er helt sentrale, for eksempel tvisteloven fra 2005, straffeprosessloven fra 1981 og domstolloven fra 1915. Men av naturlige grunner er det det offentliges virksomhet som er fokus i dette notatet.
- 12 Locke, *Two Treatises of Government*, § 202: "Whenever law ends, tyranny begins, if the law be transgressed to another's harm; and whosoever in authority exceeds the power given him by the law, and makes use of the force he has under his commands, to compass unto the subject which the law allows not, ceases to be a magistrate".
- 13 Som det fremheves av Alf Petter Høgberg og Morten Kinander representerer legalitetsprinsippet "tanken om at forvaltningen – negativt definert som verken lovgiver eller domstol – har behov for en særlig grunn hvis den skal gripe inn i borgernes rettssfære ved å forby handlinger eller pålegge borgerne plikter som ikke følger av loven. Hovedspørsmålet blir dermed om forvaltningen kan gjøre noe mer enn lovgiver, og hva det

---

---

legitime grunnlaget for dette eventuelt er. Kan forvaltningen gripe inn i, og forby og regulere, forhold som ellers er tillatt av lovgiver? I utgangspunktet er svaret på dette spørsmålet nei, siden *grunntanken i den demokratiske rettsstaten, og hele vilkåret for statens legitimitet, er at staten også er bundet av de lovene som borgerne er bundet av* (Høgberg og Kinander 2011:15; min utheving).

- 14 Dette prinsippet – om at forvaltningsvedtak er gjenstand for domstolskontroll – er et prinsipp som har vært i stadig utvidelse fra sitt negative utgangspunkt, hvor ingen forvaltningsvedtak kunne påklages. Domstolskontrollen av forvaltningsvedtak finnes derimot ikke i noen lov hjemmel, men er en utvikling som har funnet sted i rettspraksis, og anses nå for å være en del av sikker konstitusjonell sedvanerett. Dette prinsippet – som er så avgjørende for folks rettssikkerhet i møte med forvaltningen – er altså ikke politisk vedtatt, men utviklet av retten selv. Som det heter i Høyesteretts kjennelse i Rt. 1995: 1427: "[D]omstolene kan prøve forvaltningens generelle lovtolkning, om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det foreligger feil i saksbehandlingen, om det er tatt utenforliggende hensyn, om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet". Denne gyldighetsprøvingen – ofte sammenlignet med domstolenes prøving av lovers grunnlovsmessighet – er imidlertid avgrenset mot de tilfellene hvor forvaltningen er innrømmet et såkalt "fritt skjønn". Hans Petter Graver oppsummerer tilstanden: "Det ser ut til at vi gjennom rettspraksis har fått en tolkningsregel som innebærer at domstolsprøving er et grunnleggende rettsprinsipp, og at det skal særlige holdepunkter til for å komme til at loven gjør unntak fra dette ved å overlate til forvaltningen å bestemme om betingelsene for å treffe vedtak er oppfylt." (2007:371). Det er imidlertid fortsatt et stort område hvor domstolene ikke har noe de skal ha sagt når det gjelder vedtak fattet av forvaltningen: Man kan anklage forvaltningen for å mangle formell kompetanse og beslutningsmyndighet og man kan anklage den for å ha gått utover sine lovbestemte grenser. Men man ikke bruke domstolene til å angripe vedtakets *innhold*. En klage på at forvaltningen har fattet hårreisende vedtak kan ikke domstolene behandle.
- 15 Komiteens forslag endte opp med følgende to viktige konklusjoner: "1. Ved utformingen av forvaltningsslovgivningen bør det være en oppgave å påse at fullmakts- og delegasjonsbestemmelsene ikke gis et videre omfang enn strengt tatt nødvendig og formuleres slik at myndighetens innhold og grenser mest mulig bestemt fremgår av loven selv. 2. Ved lovens utforming synes det særlig viktig å påse at lovens formål og virkemidler formuleres så klart og presist som mulig, og at hensynet til den enkelte borgers rettssikkerhet særskilt vurderes i relasjon til de bestemmelser som i loven tillegger forvaltningen myndighet til å treffe vedtak som griper inn i den enkeltes rettsstilling." NUT 1958 3:24). Dette var ikke ukontroversielle synspunkter på slutten av 50-tallet.
- 16 Forvaltningens "skjønn" og dens "diskresjonære kompetanse" brukes her som synonymer.
- 17 Jf. for eksempel Isene-dommen, Rt. 1981: 745:751.
- 18 Graver 2002:249.
- 19 Det kan for så vidt nevnes at lovgivningen benytter seg av styringsprinsipper i form av formålsbestemmelser i lovene og mer utfyllende kommentarer i forarbeidene til lovene, som også er anerkjente rettskildeprinsipper. Men dette er bestemmelser og dokumenter som har et meningsinnhold som i prinsippet kun er forståelig for jurister og rettsanvendere, og er betenkelig i et demokratisk perspektiv.
- 20 For eksempel er alt erverv av eiendom i utgangspunktet forbudt i Norge. Det "frie" kjøp og salg av privatboliger er slik sett et lovregulert *unntak* fra hovedregelen. Som det heter i konsesjonsloven § 2: Med de unntak som følger av loven kan fast eiendom ikke erverves uten tillatelse av Kongen "konsesjon"). Det relevante unntaket for vanlig boligomsetning formuleres på illustrerende måte i lovens kapittel 3, § 4 (1), pkt 4: "bebygd eiendom, ikke over 100 dekar, der fulldyrka og overflatedyrka jord ikke er mer enn 25 dekar". Det som faller inn under dette vilkåret omfattes altså ikke av hovedregelen om at forvaltningen må eksplisitt godkjenne ervervet. Dette er elegant lovgivning bare i navnet. Gavnet står det dårligere til med.
- 21 Sejersted 2001:314.
- 22 Forslaget til den såkalte sysselsettingsloven av 1947 er illustrerende i denne sammenheng. Etter dette forslaget skulle ingen kunne ansettes uten godkjenning fra arbeidsformidlingen eller – om mulig mer dramatisk – forlate landet dersom man var arbeidsfær. I slike tilfeller skulle tillatelse fra Arbeidsdirektoratet kreves. Utreiseforbudet ble frafalt før stortingsbehandlingen, jf. Sejersted 2001:320.
- 23 Avgiftsvedtakene hadde hjemmel i henholdsvis § 2 (1) nr. 4 i provisorisk anordning av 8. mai 1945 og § 2 nr. 4 i mellombels lov av 14. desember 1946.
- 24 Jf. Justisdepartementets lovavdeling 2000:166.
- 25 Som Christoffer C. Eriksen fremhever i sin doktoravhandling om temaet: "I found evidence that the concept of the four freedoms as rights whose enjoyment may not be dependent on administrative discretion may compel Norwegian courts or the EFTA Court to annul discretion-authorising legislation and regulation if they impinge upon the exercise of those rights". (Eriksen 2011:185). For en nærmere begrunnelse av påstandene i dette notatet hva gjelder forholdet til EØS-retten, vises det til avhandlingen i sin helhet.

- 26 EU-domstolen har i Case C-372/04, *Watts* fra 2006:117 knesatt følgende premisser for en tillatelig diskresjonær kompetansutøvelse for offentlig myndighet: "[I]n order for a system of prior authorisation to be justified even though it derogates from a fundamental freedom of that kind, it must in any event be based on objective, non-discriminatory criteria which are known in advance, in such a way as to circumscribe the exercise of the national authorities' discretion, so that it is not used arbitrarily. Such a system must furthermore be based on a procedural system which is easily accessible and capable of ensuring that a request for authorisation will be dealt with objectively and impartially within a reasonable time and refusals to grant authorisations must also be capable of being challenged in judicial or quasi-judicial proceedings."
- 27 For mer om dette, se Eriksen 2011:185ff.
- 28 For dette argumentet, se Stub 2011.
- 29 Man kan derfor kanskje si at vi har med et såkalt "hull" i lovgivningen å gjøre. Staten er ofte veldig opptatt av å tette slike hull når de utnyttes av private borgere, men tydeligvis neppe like opptatt av å tette lovgivningsmessige utilsiktede hull til egen gunst. Norsk lovgivning har kun til en viss grad tatt opp i seg EMKs utvidelse av "criminal charge"-begrepet til også å gjelde forvaltningssanksjoner mot selskaper. Som det heter i den såkalte Petrolia-kjennelsen, som vi kommer tilbake til: "I saken Fortum Oil and Gaz Oy mot Finland anførte klageren, et aksjeselskap, at rettergangen for den høyeste forvaltningsdomstolen var i strid med artikkel 6. Bakgrunnen var at selskapet ikke hadde mottatt dokumenter som gjaldt beskyldninger om at det hadde misbrukt sin markedsposisjon. For EMD var det ikke omstridt at selskapet hadde partsstilling som « offer », jf. EMK artikkel 34. Saken ble antatt til behandling 12. november 2002, og i denne avgjørelsen heter det blant annet: "The court has already assumed that Article 6 applies to legal person in the same way as it does to individuals and that a company may be regarded as "charged with a criminal offence", within the autonomous meaning of that expression for the purposes of Article 6" (Rt. 2011:800:29).
- 30 Dette er imidlertid ikke en ukontroversiell påstand. Mange vil mene at menneskerettighetenes formål er å beskytte svake og utsatte grupper. Å beskytte slike grupper er vel og bra, men det kan innimellom skje gjennom metoder som etter min mening ikke har noe med menneskerettigheter å gjøre.
- 31 Mange er også aktive motstandere mot at andre enn sosio-økonomisk svake grupper skal beskyttes av menneskerettighetene. For et argument mot denne forståelsen av menneskerettigheter, se Emberland 2006a. Som han fremhever: "I menneskerettighetsdebatten er det lett å få det inntrykket at menneskerettslig argumentasjon er noe som bare er forbeholdt ideelle organisasjoner, og at arbeidet for å skape økonomiske verdier i seg selv diskvalifiserer en fra den menneskerettslige debatten, i hvert fall om en søker å påberope seg menneskerettslig beskyttelse til egen fordel. Dette er ikke noe som særkjenner den norske debatten, men hos oss vil dette trekkes tre tydelig frem fordi debatten i så stor grad domineres av andre aktører" (Emberland 2006a:112).
- 32 Sitert i Bingham 2010:38. Som Mansfield også legger til: "In all mercantile transactions the great object should be certainty: and therefore, it is of more consequence that a rule should be certain, than whether the rule is established one way or the other".
- 33 Bingham 2010:38.
- 34 For mer om dette, se fremstillingen hos Emberland 2006b:42—51. Denne delen av notatet er delvis basert på denne.
- 35 Jf feks. Ot. nr. 41 (1992—93):72. Forarbeidene er imidlertid også inne på at rettssikkerhetshensyn gjør seg gjeldende, for eks NOU 1991: 27:191, men disse hensynene blir ikke tillagt nevneverdig stor vekt. Se også Ryssdal 2003:169—201, særlig ss 185ff.
- 36 Jf. Graver 2004: 33.
- 37 Eks Rt. 2000:996, hvor det ble fastslått at norsk Høyesterett skal bruke samme fortolkningsmetode og innfallsvinkel til spørsmålene den vurderer som brukes av menneskerettighetsdomstolen, og ikke i spørsmålet om hvorvidt den internasjonale regelen er tilstrekkelig klar.
- 38 EMK art 6 (1) nr. 1 knesetter retten til rettfærdig rettergang, som inkluderer selvinkrimineringsvern, uskyldspresumsjon, kontradiksjon etc.
- 39 Det er også indikativt for denne utviklingen at staten selv har nedsatt et utvalg som skal se på om konkurranseloven er moden for revisjon. Blant de forholdene som mandatet dekker, er diskusjon om konkurranseloven har behov for å styrke rettssikkerhetsvernet. Se i denne sammenhengen, <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressesenter/pressemeldinger/2010/bor-konkurranse-loven-endres.html?id=628596> med vedlagte mandat.
- 40 Som det heter i premiss 100 i dommen: "selv om medlemsstatene har stor frihet til å sanksjonere handlinger og utforme vilkårene for illeggelse av slike sanksjoner, må de grunnleggende rettssikkerhetsvilkårene i EMK artikkel 6, være ivarettatt i den nasjonale lovgivningen."
- 41 Man har for eksempel hatt tilfeller hvor for sent innkomne lønns- og trekkoppgaver har ført til manglende in-

- nrapportering av lønnsinntekt har blitt ilagt tilleggsskatt på ca. 100 000 kroner. Dette til tross for at skattyteren hadde betalt skatt som normalt gjennom hele året gjennom forskuddstrekk, jf. *Skattebetaleren* 2011:9—10.
- 42 Dette er imidlertid ikke helt riktig. Dersom skatteetaten finner at man har grovt uaktsomt gitt gale opplysninger, kan tilleggsskatten skjerpes ytterligere, helt opp til 60 %, jf. ligningsloven § 10-5.
- 43 Eide 2011:51.
- 44 Advokat Bettina Banoun fremmer (2011:3) et forslag om å opprette et slags SEFO for skattesaker, gitt den dramatiske eksponeringen som skattytere blir utsatt for ved feil begått av skattemyndighetene. Forslaget tiltredes.
- 45 Se Inns. 213 S (2010 – 2011) til Dokument 8:17 S (2010 –20 11).
- 46 Se Tiltak mot skatteunndragelse, NOU 2009:4.
- 47 Se lov om rettsikkerhet ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og opplysningspligter af 9. juni 2004 nr. 442. Den danske borgelig-liberale tankesamien CEPOS (2009) har vært kritisk til at loven ikke går langt nok i å oppfylle sitt formål.

## LITTERATUR:

*Banoun, 2011*

Bettina Banoun, «Moden for reform», Dagens Næringsliv 2011:3

*Bernt og Rasmussen, 2003:*

Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, Frihagens forvaltningsrett. Bind I, Bergen: Fagbokforlaget 2003

*Bingham, 2010:*

Tom Bingham, *The Rule of Law*, London: Pinguin Books 2010

*CEPOS 2009:*

CEPOS, Offentlige myndigheders adgang til at foretage tvangsindgreb i private hjem og virksomheder udgør et rettsikkerhedsmæssigt problem og bør begrænses, København 2009 (Finnes på [http://www.cepos.dk/fileadmin/user\\_upload/dokumenter/Offentlige\\_myndigheders\\_adgang\\_til\\_at\\_foretage\\_tvangsindgreb\\_i\\_private\\_hjem\\_og\\_virksomheder\\_udgoer\\_et\\_retssikkerhedsmæssigt\\_problemm\\_og\\_boer\\_begraenses.pdf](http://www.cepos.dk/fileadmin/user_upload/dokumenter/Offentlige_myndigheders_adgang_til_at_foretage_tvangsindgreb_i_private_hjem_og_virksomheder_udgoer_et_retssikkerhedsmæssigt_problemm_og_boer_begraenses.pdf))

*Doublet, Krüger og Strandbakken, Stat, politikk og folkestyre*

Doublet, Krüger og Strandbakken (red.), *Stat, politikk og folkestyre*. Festskrift til Per Stavang i anledning 70årsdagen 19. februar 1998, Bergen: Alma Mater 1998.

*Eide, 2011:*

Finn Eide, «Skatteytters rettsikkerhet», *Finansavisen* 2011:51

*Hayek, 1972 (1944):*

F. A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago: University of Chicago Press, 1972 (1944)

*Emberland, 2006a:*

Marius Emberland, *Retorikk og realiteter. Norsk menneskerettighetsdebatt på et sidespor?*, Oslo: Civita 2006a

*Emberland, 2006b:*

Marius Emberland, *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford: Oxford University Press 2006b

*Eriksen, 2011:*

Christoffer C. Eriksen, *The European Constitution, Welfare States and Democracy. The Four Freedoms vs. National Administrative Discretion*, London: Routledge, 2011

*Graver, 2002:*

Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo: Universitetsforlaget 2002

*Graver, 2004:*

Hans Petter Graver, «Fra inngrep til forbud – Konkurranseloven av 2004», Konkurransstilsynets jubileumsskrift 2004 ss. 33—41

*Graver, 2007:*

Hans Petter Graver, «Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet», Lov og rett 2007 ss. 365—75

*Høgberg og Kinander, 2011:*

Alf Petter Høgberg og Morten Kinander, "Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren", Tidsskrift for rettsvitenskap 2011 ss. 15—55

*Justisdepartementets lovavdeling, 2000:*

Justisdepartementets lovavdeling, Lovteknikk og lovforberedelse. Veiledning om lov og forskriftsarbeid Justisdepartementet 2000

*Kinander, 2004:*

Morten Kinander, The View from Within. An Analysis and Critique of Legal Realism and Descriptive Jurisprudence, Bergen: FAGbokforlaget, 2004

*Keilhau, 1952:*

W. Keilhau, «Prisloven, naturretten og liberalisme», Samtiden 1952

*Knoph, 1934:*

Ragnar Knoph, Utviklingslinjer i moderne formuerett, Oslo 1934

*Locke, Two Treatises*

John Locke, Two Treatises of Government, London: Yale University Press, 2003

*Lyng, 1958:*

John Lyng, Veksten i statens makt. Streiftog i reguleringspolitikken, Oslo: Studieselskapet samfunn og næringsliv, 1958

*Ryssdal, 2003:*

Anders C. Stray Ryssdal, "Konkurransesprosessen", Jussens venner 2003:169—200

*Sejersted, 2001:*

Francis Sejersted, Demokrati og rettsstat, Oslo: Pax forlag 2001

*Stub, 2011:*

Marius Stub, Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet, Oslo: Universitetsforlaget, 2011

**Lover:**

Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 4. November 1950  
(Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK))

Kongeriget Norges Grundlov av 17. Mai 1814

Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967

Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr. 5

Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12

Lov om konkurranse i ervervsøyemed (konkurranseloven) av 11. juni 1993 nr. 65 [opphevet]

Lov om ligningsforvaltning (ligningsloven) av 13. juni 1980 nr. 24  
Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90  
Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25  
Lov om retssikkerhet ved forvaltningens anvendelse af tvangsindgreb og opplysningspligter af 9. juni 2004 nr. 442 [dansk lov]  
Lov om tiltak til å fremme sysselsetting (sysselsettingsloven) av 27. juni 1947 nr. 9  
Lov om verdipapirhandel (verdipapirhandeloven) av 29. juni 2007 nr. 75

### **Forarbeider og offentlige dokumenter**

NOU 1991: 27 (Konkurransen for effektiv ressursbruk)  
NOU 2003: 12 (Ny konkurranselov)  
NOU 2003: 15 (Fra bot til bedring)  
NOU 2009: 4 (Tiltak mot skatteunndragelser)  
NUT 1958: 3 (Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning)  
Ot.prp. nr. 38 (1964-65) (Behandlingsmåter i forvaltningssaker (forvaltningsloven))  
Ot.prp. nr. 41 (1992—93)  
Inns. 213 S (2010 – 2011) til Dokument 8:17 S (2010 –20 11)

### **Rettsavgjørelser**

Rt. 1952 s. 1089 (Hvalavgiftdommen)  
Rt. 1981 s. 745 (Isene-dommen)  
Rt. 1990 s. 874 (Fusa-dommen)  
Rt. 1994 s. 610 (Bølgepappkjennelsen)  
Rt. 1995 s. 1427 (Miljørett. Domstolenes prøvelsesrett)  
Rt. 2000 s. 996 (Bøhlerdommen)  
Rt. 2006 s. 293  
Rt. 2008 s. 1409  
Rt. 2011 s. 118  
Rt. 2011 s. 800 (Petrolia-kjennelsen)  
Rt. 2011 s. 910 (Tine-kjennelsen)  
Case C-372/04, [2006] ECR 4324 "Watts": *The Queen, on the application of Yvonne Watts v Bedford Primary Care Trust and Secretary of State for Health*

### **Nettsider**

*EFTAs domstol:*

[http://www.eftacourt.int/index.php/cases/posten\\_norge\\_as\\_v\\_efta\\_surveillance\\_authority](http://www.eftacourt.int/index.php/cases/posten_norge_as_v_efta_surveillance_authority)

**Forfatter:** Jurist og filosof i Civita, Morten Kinander. [morten@civita.no](mailto:morten@civita.no)