

# "Efter fällningen mot Sverige i Europadomstolen måste HD ändra sin praxis"

Publicerad 2014-01-28 11:09



**DEBATT/ANALYS** - av advokat Jan Södergren, Advokatbyrån Lewis & Partners och huvudombud i målet *Söderman mot Sverige*

**Det så kallade Trygg-Hansa avgörandet** – NJA 2007 s 747 – om att enskilda inte av svenska domstolar kan förpliktas att betala skadestånd direkt grundat på brott mot Europakonventionen, är konventionsrättsligt dysfunktionellt och måste snarast rättas till, efter den fällande domen i *Söderman mot Sverige*.

**Det nyligen avgjorda målet *Söderman mot Sverige*** (dom den 12 november 2013 i mål nr. 5786/08) handlade i sak om styvpappan som smygfilmade den då 14 år unga styvdottern naken i duschen, utan att detta sanktionerades på något sätt i det svenska rättssystemet. Egentligen handlade målet mer om effektiva nationella rättsmedel, än om integritetsskydd.

**Som bekant har det skett en rättsutveckling** i HD under den senare hälften av 2000-talet om skadestånd på nationell nivå på grund av brott mot Europakonventionen. Först hette det emellertid från vissa håll att Europadomstolen utgjorde ett exklusivt forum för utdömande av skadestånd direkt grundat på konventionen och att dylika anspråk således skulle avvisas av svensk domstol med stöd av RB 10 kap 17 § (specialdomstol - en linje torgförd av bland andra JK under Göran Lambertz tid). Men detta höll naturligtvis inte eftersom entydig praxis från Europadomstolen sedan i vart fall år 2001 förpliktar staterna att tillhandahålla nationella effektiva rättsmedel inkluderat möjlighet till kompensation och skadestånd (*T.P. och K.M. mot Förenade konungariket*, ref. *Danelius SvJT* 2001 s 604, vilket jag påtalade kort efter domen i *Advokaten* nr. 9, 2001 s 24).

**Rimligt grundade påståenden om konventionsbrott** skall enligt den så kallade subsidiaritetsprincipen i första hand hanteras på nationell nivå. HD har genom en successiv rättsutveckling också funnit att inte bara staten, utan även kommuner (NJA 2009 s 463), har att utge skadestånd för sådana brott mot konventionen som de ansvarar för, "utan särskilt stöd i lag", om det krävs för att leva upp till konventionsförpliktelse. Denna HD-praxis måste numera uppfattas så att skadeståndsskyldighet principiellt måste utgå för alla typer av överträdelser, oavsett vilken rättighet som avses, i samma situationer där Europadomstolen dömer ut skadestånd enligt artikel 41 (förutsatt således att skadegöraren är stat eller kommun).

**Men även enskilda kan ju göra intrång** i andras konventionsrättigheter (i den så kallade privata sfären), exempelvis genom kränkande smygfilmning (bland mycket annat). Om detta sa HD i Trygg-Hansa målet att skadestånd *inte* skall utgå. I det målet var det också fråga om smygfilmning, dock på uppdrag av ett försäkringsbolag under mycket lång tid, i stor omfattning och i nära miljö (dock inte så närgånget som i *Söderman*).

**HD ansåg att konventionen inte ålägger** privata subjekt förpliktelser och att det många gånger skulle vara oförutsebart för enskilda att avgöra när de i så fall skulle bli skadeståndsskyldiga. Skadestånd kunde därför inte utgå i den privata sfären om det inte fanns ett "internt" svenskt lagstöd (eller i vart fall så kallat. fördragsvänligt tolkningsutrymme i ett nationellt stadgande).

**Majoriteten av den skadeståndsrättsliga** doktrinen har instämt med, närmast lovsjungit, HD: s avgörande (med undantag för professor Mårten Schultz, åtminstone i *de lege ferenda* perspektiv). Professorn Bertil Bengtsson har uttalat att domen "är välbetänkt".

**Särskilt tongivande har professor Håkan Andersson** varit. Han har, i en rad artiklar, i egen bok och så sent som i andra numret 2013 av *Juridisk Publikation* (nyligen publicerad runt årsskiftet 2013/14), hävdad att skadeståndsskyldigheten "aldrig går över på tredje man utan stannar på staten". "Tredje man" torde syfta på den direkta skadegöraren. Andersson synes mena att det är en sak att den svenska staten blir fälld i Europadomstolen, en annan att ålägga privata subjekt skadeståndsskyldighet på det nationella planet. Detta skulle med nuvarande interna rättsläge innebära att skadelidandena vid bristande nationell lagstiftning systematiskt måste vända sig till Europadomstolen för att få ett brott i den privata sfären fastställt och reparerat. Detta skulle i de fall svensk lag är otillräcklig (det lär den alltid vara i viss mån), principiellt förvandla Europadomstolen till en permanent förstainstans för prövning av skadeståndsanspråk till följd av brott mot konventionen i den privata sfären. Det blir med en sådan ordning svårt att förstå varför klaganden ändå först måste uttömma de nationella rättsmedlen enligt artikel 35 i konventionen.

**Det hävdas också att det inte finns något** stöd för att staten har en konventionsrättslig förpliktelse "att ålägga enskilda civila parter skadeståndsskyldighet utöver den nationella regleringen" (Andersson, JP s 262).

**Men nu finns det avgöranden** – förvisso mot andra länder än Sverige – där tydligt sådant stöd för nationellt skadestånd avseende den privata sfären finns. Således har Europadomstolen i fallet *Kotov mot Ryssland* (ref. *Danielius SvJT* 2012 s 609 f.), med hänvisning till fallet *Blumberga mot Lettland* (ref. *Danielius SvJT* 2008 s 88 f.) – som i sak avsåg egendomsskyddet (vilket saknar betydelse) – uttalat följande:

"...when an interference with the right to peaceful enjoyment of possessions is perpetrated by a *private individual*, a positive obligation arises for the State to ensure in its *domestic legal system* that property rights are sufficiently protected by law and that adequate remedies are provided whereby the victim of an interference can seek to vindicate his rights, including, where appropriate, by *claiming damages* in respect of any loss sustained."

(*Blumberga* § 67, kursiverat här med risk för övertydlighet.)

**Fallen har givetvis prejudikatverkan** och bör därför direkt påverka även svensk rättstillämpning (till HD: s försvar i 2007 års avgörande kan möjligen noteras att *Kotov* och *Blumberga* avgjordes efter Trygg-Hansa).

**Det är möjligt att det inte finns så många** situationer i den privata sfären som utgör överträdelser av konventionen, där det inte finns ens ett fördragsvänligt

tolkningsutrymme i någon intern svensk bestämmelse. Men de är sannolikt fler än de flesta föreställer sig (exempelvis inom arbetsrätten och flertalet situationer där yttrandefriheten balanseras mot den personliga integriteten utöver kränkande fotografering, vissa diskrimineringsituationer m.m.).

**Svensk skadeståndsrätt tillämpas enligt** mig alltför stelbent och det är säkerligen ingen slump att den rättsutveckling som nu har skett under knappt ett decennium i HD (och som HD i flera avgöranden har fått beröm för av Europadomstolen), har uppstått just i Sverige. Det är en rimlig gissning att andra länder, med mindre formalistisk tillämpning, bättre än Sverige har klarat av konventionsproblem med stöd av den nationella skadeståndsrätten och bakomliggande nationell materiell rätt.

**Söderman handlade egentligen om** rättsmedel och grunder för nationellt effektivt skydd, snarare än bara smygfilmning som sådan. Regeringen åberopade ett antal straffstadganden som, enligt den, i vart fall teoretiskt kunde beivra smygfilmningen (i syfte att visa att det *inteförekom* ett betydande "*flaw in the [domestic] law*"). Främst åberopade regeringen *barnpornografibrott*, men även *förtal*, *hemfridsbrott* m.m. (i skriftväxlingen åberopade regeringen t.o.m. *olovlig underättelseverksamhet* och *spioneri*).

**Europadomstolen avfärdade dessa "förslag"** men slog också fast att den aktuella gärningen inte nödvändigtvis behövde sanktioneras nationellt med straffbestämmelser. Också civilt skadestånd kunde vara tillfyllest (vilket klaganden också hävdade redan från början. Vi argumenterade naturligtvis inte för att förövaren skulle fällas till ansvar med stöd av defekt strafflag). Domstolen konstaterade därefter att det inte heller fanns tillräckliga civila skadestandsgrunder i den interna rättsordningen.

**Klaganden hävdade därutöver att** svenska domstolar ytterst måste döma ut skadestånd med direkt stöd av konventionen till följd av överträdelsen av bland annat artikel 8 (även i den privata sfären). Enligt oss fanns det inte några processuella hinder för detta (jfr RB 22 kap 7 § och även *jura novit curia*, NJA 1993 s 13). Vi hävdade att hovrätten, "*could have, should have, but did not*" (*award damages*), vilket vi ansåg utgöra den viktigaste överträdelsen av konventionen. Det reella hindret låg naturligtvis i Trygg-Hansa prejudikatet (som var avgjort i vart fall före HD: s avslag på *Södermans* prövningstillståndsansökan).

**Europadomstolen noterade HD: s ovan** nämnda rättsutveckling om att skadestånd "utan särskilt stöd i lag", men fann att detta i Sverige "*... could not apply to claims between individuals as it would be difficult for an individual to foresee from the Court's case-law when he or she could be liable to pay damages [med explicit referens till] NJA 2007 p. 747,...*".

**Europadomstolen fann sammanfattningsvis** att den konkreta situation måste skyddas under artikel 8 samt att "*neither a criminal remedy nor a civil remedy existed under Swedish law that could enable the applicant to obtain effective protection against the said violation of her personal integrity in the concrete circumstances of her case. Accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention.*"

**Man kunde väl förvisso önska att** Europadomstolen någon gång slängde av sig den diplomatiska finkappan och uttryckte sig lite mer tydligt. Den som vill fördjupa sig mer, bör även läsa domare *Pinto de Albuquerque*s skiljaktiga motivering. Han ville gå ännu längre och fälla även för en överträdelse av artikel 13 om bristande nationella rättsmedel. Men vare sig majoriteten eller *Albuquerque*s kan tolkas på annat sätt än att en skadeståndssanktion i den privata sfären principiellt måste finnas på det nationella planet, direkt grundat på en överträdelse av någon av rättigheterna i konventionen (om det i övrigt saknas bestämmelser i den nationella rättsordningen),

om det inte finns andra remedier genom vilka skadelidanden kan kompenseras (man skulle ju kunna tänka sig att staten i tydlig lag tar på sig något slags ansvar – för bristande lagstiftning eller dylikt - men en sådan ordning lär, på grund av den förhärskande svenska traditionen och balansen mellan lagstiftare och rättstillämpning, inte se dagens ljus i Sverige under överskådlig tid).

**Nu får Söderman som sagt inte enbart** "prejudikatverkan" i Sverige. Det blir till och med fråga om något som kan benämnas en slags "*europarättslig exekutionstitel*". Eftersom Sverige var part i målet, slår artikel 46 till. Bestämmelsen har rubriken "*Bindande kraft och verkställighet av domar*". I första punkten sägs att staterna "... förbinder sig att rätta sig efter domstolens slutliga dom i varje mål där de är parter."

**Detta innebär principiellt att staterna måste** rätta till det som Europadomstolen funnit vara dysfunktionellt med den nationella rättsordningen. Förvisso talar Europadomstolen inte om *hur* ättelse skall ske. Bara *att* så skall ske, så länge dysfunktionen *de facto* korrigeras. Det kan vara fråga om såväl generella som individuella åtgärder. Det gäller således inte bara klaganden i det konkreta målet utan åtgärder "*must also be taken in respect of other persons in the applicant's position, notably by solving the problems that have led to the Court's findings*" (se bland annat *Greens och M.T. mot Förenade konungariket*, § 106, ref. *Danelius SvJT 2011 s 236 f.*)

**Det är en annan sak att Europadomstolen** oftast hänför sig till och diskuterar artikel 46 i pilotmål eller i mål då det redan från början kan konstateras att det finns många som redan har drabbats på samma eller likartat sätt. Då brukar å andra sidan Europadomstolen till och med i domslutet ålägga staterna att vidta vissa preciserade åtgärder, exempelvis att inom en viss tidsfrist införa viss nationell lagstiftning (såsom exempelvis i *Greens*). I de fall Europadomstolen inte gör så, förändrar det emellertid inte grundförpliktelsen i bestämmelsen, att så långt möjligt tillse att den i målet funna överträdelsen/överträdelserna inte upprepas gentemot andra (låt vara att det inte finns några direkta sanktioner mot underlåtenhet eller senfärdighet, annat än om ett nytt mål förs ner till Europadomstolen och staten fälls igen. Då kan emellertid Europadomstolen komma med en åtgärdsförpliktelse i domslutet, vilket således hände i *Greens*).

**Men gör man anspråk på att följa** Europadomstolens praxis torde det i kölvattnet av *Söderman* krävas av Sveriges att tillse att svenska domstolar inte framdeles ogillar (eller avvisar) anspråk i den privata sfären, avseende rimligt grundade påståenden om konventionsöverträdelser, enbart av anledningen att det saknas stöd eller fördragsvänligt tolkningsutrymme i någon nationell bestämmelse.

**Saknas å andra sidan exempelvis** tillräckligt starkt stöd i Europadomstolens praxis, om ett visst agerande materiellt utgör en konventionsöverträdelse, så att ett skadeståndsansvar i det konkreta fallet genuint skulle bli oförutsebart, får de nationella domstolarna istället ogilla anspråket med motiveringen att agerandet helt enkelt inte utgör ett konventionsbrott. Det torde dock kräva ordentliga motiveringar. (Enligt mig är motiveringarna i svenska domar avseende konventionsfrågor ofta mycket sparsmakade, ibland intetsägande). Men finns det tillräckligt stöd för en konventionsöverträdelse i den privata sfären, och förutsättningar för skadestånd i övrigt är uppfyllda, ska svensk domstol utdöma skadestånd – tvärt emot *ratiot* i Trygg-Hansa avgörandet.

**För att uppfylla förpliktelserna enligt** artikel 46 i kölvattnet av *Söderman*, lär det inte räcka med införandet av straffbudet i BrB 4 kap 6 a § om *kränkande fotografering*. Hela *ratiot* i NJA 2007 s 747 måste undanröjas, lämpligen genom att HD tar upp ett sådant fall i plenum ungefärligen på samma sätt som HD i gjorde i *ne*

*bis in idem* frågan (jfr. NJA 2010 s 168 med NJA 2013 s 502). Eventuell lagstiftning om nationellt konventionsrättsligt skadeståndsansvar i den privata sfären kan vi rimligen inte vänta på.

**Det kan slutligen nämnas att Trygg-Hansa** avgörandet är anhängiggjort i Europadomstolen (*Dahlberg mot Sverige*, introduktions-datum den 26 november 2011, mål nr. 75201/11). I förhållande till Trygg-Hansa målet brukar ofta fallet *Verliere mot Schweiz* åberopas. Målen har till och med benämnts som dubbelgångare.

**Båda avsåg försäkringsbolags smygfilmning** av försäkringstagare som misstänktes fabricera eller överdriva medicinska problem samt därmed uppbära orättmätig ersättning. Men ungefär där slutar likheterna. Bland annat finns begränsningar för smygfilmning i tydlig Schweizisk nationell lag som Europadomstolen "godkände" (inom vilka det Schweiziska försäkringsbolaget hade hållit sig) och det fanns system för beivrande av missbruk (till och med straffstadgande). Detta är ju inte är fallet i Sverige (annat än *numera* genom det snäva straffstadgandet om kränkande fotografering). Dessutom erhöll klaganden i *Verliereskadestånd* på nationell nivå (det som prövades av Europadomstolen var i huvudsak en slags förbudstalan). Till skillnad från i Sverige fanns således rättsmedlen på plats i Schweiz – i den privata sfären.

*PS. Jag vill understryka att jag hade ovärderlig hjälp av advokat Kenneth Lewis och Clarence Crafoord vid Centrum för rättvisa inför och vid den muntliga förhandlingen inför Grand Chamber i april 2013.*