

Samma mutbrott för den privata sfären som för den offentliga?

SUZANNE WENNBERG*

Med detta ämne avser jag att försöka slå en bro över till civilrättens domän och därmed till ett ämne som jag hoppas ska intressera Göran som forskare inom kommersiell rätt. Finns det verkligen anledning att bedöma mutbrott efter samma riktlinjer inom den privata sektorn som inom den offentliga? Korruption brukar helt allmänt definieras som missbruk av offentlig makt för privat vinning. Vidgar man begreppet till att även omfatta den privata sfären, får man definiera korruption som missbruk av förtroendeställning till egen vinning. Sådant missbruk är emellertid i hög grad kriminaliserat på annat sätt. Behöver vi mutbrott på detta område?

Mutbrotten, eller närmare bestämt tagande och givande av muta, var länge brott som skyddade respekten för det offentliga beslutsfattandet och många av oss uppfattar nog fortfarande mutbrotten som brott som avser att förhindra att offentliga eller åtminstone halvoffentliga befattningshavare tar ovidkommande hänsyn och fattar beslut i strid mot kraven på oberoende, saklighet och opartiskhet.

Grundtanken var att ingen skulle kunna muta sig till ett bygglov, ett uppskov med skatteinbetalningen eller rent av en tjänsteställning – för att ta några exempel. Mutbrottet var också redigt och klart formulerat i termer av en ämbetsman som tagit emot en belöning som lämnats i syfte att förmå honom till en oriktig ämbetsåtgärd. Under de senaste 80 åren har härefter mutbrotten förändrats tretton gånger, vilket gradvis har givit oss en hybrid som nu blivit ytterst svårtillämpad. I stället cirkulerar – som i en egen värld – ett antal fristående föreställningar om vad man absolut inte får göra.

Först togs kravet bort att bestickaren skulle ha till *syfte* att förmå eller locka ämbetsmannen till att göra sig skyldig till oriktig eller pliktstridig tjänsteutövning. Detta krav visade sig vara alltför svårbevisat. Det fick räcka med att bestickaren lämnat en förmån som var att betrakta som otillbörlig. Inte heller krävdes att det funnits något visst planerat, aktualiserat eller avklarat *ärende mellan parterna*. Det fick räcka med att det förelegat ett tjänstesamband mellan mottagandet av förmånen och tjänsten, vilket dock

* Professor emerita i straffrätt vid Stockholms universitets juridiska fakultet.

inte var detsamma som att förmånen mottagits i vederbörandes egenskap av tjänsteman. Det handlade om att rent hypotetiskt kunna tänka sig en koppling mellan förmånen och någon åtgärd som mottagaren haft – inte en plikt – men väl en möjlighet att utöva inflytande över. Det gav naturligtvis upphov till en uppsjö av obesvarade frågor. Med tiden har även *personkretsen* på mottagarsidan förändrats och utvidgats genom avskaffandet av ämbetsansvaret och diverse arbetsrättsreformer. Andra utvidgningar av ansvaret har gått ut på att själva gärningen inte inskränker sig till att omfatta mottagande, utan omfattar även det fallet att mottagaren kan ha begärt eller godtagit ett löfte. Vidare behöver förmånen inte ha mottagits etc. för vederbörande själv, utan kan vara *för någon annan* och gärningen kan ha skett både *innan* vederbörande fick sin ställning och *efter* det att den upphört. Ett radikalt steg togs slutligen när man utvidgade personkretsen till att omfatta *alla arbets- och uppdragstagare i såväl offentlig som privat verksamhet*.

För att förstå hur svårtillämpade mutbrotten har blivit bör man först betänka att förmånens otillbörlighet testas genom en helhetsbedömning i det konkreta fallet, utifrån vilken man kan göra gällande att förmånen haft förutsättningar eller varit *ägnad att påverka* mottagaren till pliktstridigt handlande. Härefter ska tjänstesambandet prövas genom ett ännu mera konstlat resonemang som innebär att man hypotetiskt frågar sig om det funnits en tänkbar koppling mellan förmånen och någon åtgärd som mottagaren haft *möjlighet att utöva inflytande över* i den verksamhet som hans huvudman bedriver. Samtidigt betyder "ägnad att påverka" och "möjlighet att utöva inflytande över" två helt olika saker. Det finns inget presumtvt samband mellan dessa två bedömningar. Det framgår tydligt av Högsta domstolens dom i NJA 2008 s. 705 när man kom fram till att förmånen inte varit ägnad att påverka, samtidigt som mottagaren haft möjlighet att utöva inflytande över verksamheten.

Lägg därtill frågan hur man tillämpar dessa två krav när mottagaren tillhör ledningen i ett privat företag eller har en chefsfunktion som ger honom/henne rätt att fatta beslut efter eget omdöme. Hur ser ett pliktstridigt handlande ut, när *avtalsfrihet och marknadsekonomi* råder och det inte finns några normer eller instruktioner att hålla sig till som man kan relatera oberoende, saklighet och opartiskhet till? Eller med andra ord hur bedömer man om förmånen varit otillbörlig? Ska pliktstridigheten bedömas utifrån frågan om handlandet strider emot lojalitetsplikten mot företaget? Och vad innebär denna lojalitetsplikt?

Man frågar sig om inte mutbrottet fortfarande är konstruerat utifrån på den offentliga sfärens problematik i någon slags tyst förhoppning att den ska gå att tillämpa även på den privata sfären. Man tar helt enkelt för givet att anställda och uppdragstagare i den offentliga och i den privata

sfären sitter i samma båt, vilket de ju inte gör. Här ligger förklaringen till att mutbrotten blivit så svårtillämpade.¹

Hur ser mutbrottens olika skyddsintressen ut?

Man medger i förarbetena till lagändringen, när man lät brotten omfatta såväl den offentliga som privata sfären, att skyddsintresset inte är detsamma för dessa båda sfärer och man understryker att otillbörlighetsbedömningen ska göras utifrån frågan om förmånen kan anses skada det straffrättsligt skyddsvärda intresset eller med andra ord *skyddsintresset*.² På vilket sätt då, frågar man sig.

För den offentliga sfären är ett väsentligt skyddsintresse är allmänhetens tilltro till korrekt myndighetsutövning mot enskild eller offentligt beslutsfattande i största allmänhet och de offentliga organens integritet. Allmänheten måste kunna förlita sig på att offentliga organ bedriver sin verksamhet med absolut pliktenlighet och opartiskhet. Blotta föreställningen att det allmännas verksamhet kan påverkas av mutor kan ha en starkt demoraliserande effekt.

För det privata näringslivet är skyddsintresset ett annat, nämligen lojalitetsplikten mot huvudmannen, liksom den fria och sunda konkurrensen i en marknadsekonomi. Hur fungerar ett sådant skyddsintresse i förhållande till ett mutbrott som förbjuder mottagande av otillbörliga belöningar? När blir en belöning otillbörlig som parterna frivilligt utväxlar i en privat marknadsekonomi?

Låt oss börja med en ytterlighet. En *egenföretagare*, innehavare av en firma eller ett enmansaktiebolag, kan inte göra sig skyldig till mutbrott, även om han/hon skulle motta rejäla förmåner, av den anledningen att han/hon varken är anställd eller uppdragstagare. Egenföretagaren kan utnyttja sin avtalsfrihet och låta sig påverkas i vilken riktning som helst utan att riskera ansvar för mutbrott. Lojalitetsplikten mot företaget kränks inte, eftersom det är företagaren själv så att säga som är företaget. Från denna kategori kan man alltså bortse.

En mellankategori utgöres av *anställda och uppdragstagare* i den privata sfären, vilka genom att ta emot en belöning från en tredje part frångår de order och instruktioner som givits för arbetet. Här finns givetvis ett intresse att han eller hon sköter sina uppgifter i enlighet med instruktioner och

¹ Justitiekanslern ansåg i sitt remissvar att förslaget att kriminalisera korruption inom den enskilda sektorn inte var tillräckligt övertygande för att motivera den fullständiga samordningen av mutansvaret för offentliga och enskilda arbetstagare. Skillnaden mellan offentlig och enskild verksamhet var fortfarande betydande. Prop. 1975/76:176 s. 19.

² SOU 1974:37 s. 112.

order. Fråga är om det bästa sättet att komma till rätta med denna typ av lojalitetsbrott mot huvudmannen verkligen är bestraffning för mutbrott.

Man kan tänka sig en privatanställd uppköpare som frångår sina förhållningsorder eller instruktioner och låter sig särskilt belönas av en kund som får ordern, med verkan att huvudmannen/arbetsgivaren får betala ett alltför högt pris. Före lagändringen som inkluderade den privata sfären under mutbrotten bestraffades denna typ av handlingar enligt lagen (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens. Fråga är om det inte vore lämpligare och naturligare att bestraffa denna typ av handlingar som *trolöshet mot huvudman* enligt 10:5 BrB än att inkludera dem under mutbrotten. Eller för att ta ett annat exempel: en inköpschef vid ett privat företag, som tar emot pengar från en utomstående kund för att skriva av en fordran som företaget har mot kunden, missbrukar sin förtroendeställning till skada för huvudmannen.

Den andra ytterligheten utgöres av *ledningen* för ett företag, som i en fri marknadsekonomi har att fatta beslut med hjälp av sin avtalsfrihet. På vilken grund blir en mottagen förmån att betrakta som otillbörlig och därmed förbjuden?

I praxis tycks man på åklagarsidan inte vid otillbörlighetsbedömningen ta någon som helst hänsyn till de båda sfärernas olika skyddsintressen. Snarare blundar man helt inför olikheterna och resonerar som om offentliga och privata beslutsfattare satt i samma båt. Ändå kan man ha viss förståelse för detta sätt att resonera. Hur skulle ett resonemang se ut för personer på chefsnivå i det privata näringslivet om man inte argumenterade så? Eller med andra ord finns det något alternativ mellan fällande dom på samma grunder som den offentliga sfären och frikännande dom?

Vad gör representation otillbörlig inom privata företag?

Låt mig få belysa problematiken med hjälp av bedömningen av *representation* som ledningen i privata företag inbjuder till och låter sig bjudas till. Varför ska man överhuvudtaget gå in och pröva om rekvisiten för mutbrott är uppfyllda, när varken lämnare eller mottagare av förmånen kommer från den offentliga eller halvoffentliga sektorn? Ska inte ett företag få satsa på att bygga nätverk och skapa kontakter som kan vara användbara och nyttiga för framtida affärer? I sådana mål kan man få höra försvararen intyga att företaget, som via ledningen inbjudit till representationsmiddagen, inte har eller planerar ha några som helst affärer med det gästande företaget! Här skulle man vilja få skjuta in en fråga om inte ledningen i så fall handlat illojalt mot företaget genom att använda dess medel till något som garanterat

inte kommer att gynna företaget. Meningen med representation borde ändå vara att den ska leda till utvecklande affärer för företaget.

Men försvararens intygande är säkerligen en följd av den särskilda distinktionen mellan attitydpåverkan och beteendepåverkan som föreslås i den s.k. Näringslivskoden som Institutet mot mutor arbetat fram.

Institutet mot mutor har givit ut den s.k. Näringslivskoden, med rådgivande riktlinjer till arbets- och uppdragstagare inom näringslivet (i betydelsen privat eller offentligt ägda företag). Denna kod varken är eller gör anspråk på att vara uttryck för gällande rätt.³ Kodens är nämligen avsedd att vara strängare än de straffrättsliga bestämmelserna när det gäller att dra upp gränsen mellan tillåtna och förbjudna förmåner. Tanken är att den som följt kodens riktlinjer ska kunna presumeras inte ha gjort sig skyldig till något brottsligt.⁴ Han eller hon ska så att säga befinna sig på den säkra sidan.

I denna kod görs en distinktion mellan förmåner, som enbart är *attitydpåverkande* och som erbjuds i syfte att skapa eller vidmakthålla goda kundrelationer men som inte riskerar att inverka på mottagarens beslut eller sätt att fullgöra sina arbetsuppgifter och förmåner som är *beteendepåverkande* genom att de påverkar eller riskerar att påverka mottagarens beslut eller sätt att fullgöra sina arbetsuppgifter, t.ex. en gåva av högt ekonomiskt eller personligt värde för mottagaren.

Sett från ett straffrättsligt perspektiv fungerar denna distinktion bra för offentliga/semioffentliga tjänstemän eller uppdragstagare, men den kan bli stelbent och enögd om den skulle tillämpas rakt av på representation som företagsledningen i helt privata företag deltar i, med tanke på att företagsledningen normalt har makten att fatta beslut med full avtalsfrihet.

Representation och upphandling är två olika saker. Representation i näringslivet definieras allmänt som aktiviteter som syftar till att förbättra – inleda eller upprätthålla – relationer med kunder, leverantörer eller andra intressenter. I skatterättsliga sammanhang används representation som ett samlingsbegrepp för avdragsgilla utgifter som görs för att främja verksamheten. Representation har med andra ord som ett syfte att vara relationsfrämjande och eventuellt också affärsbefrämjande. Offentlig upphandling, däremot, har till syfte att säkerställa att myndigheter behandlar alla som vill få affärskontrakt med offentlig sektor lika. Offentlig upphandling regleras av speciella lagar och författningar. Eftersom det privata näringslivet inte är underkastat något upphandlingssystem, har ledningen full rätt att låta representation fungera både relationsfrämjande och affärsbefrämjande,

³ Kod om gåvor, belöningar och andra förmåner i näringslivet, även kallad Näringslivskoden, senaste versionen publicerad den 9 december 2014 av Institutet mot mutor. Näringsliv är i denna kod ett sammanfattande begrepp för företag som bedriver näringsverksamhet, oavsett om ägandet är privat eller offentligt.

⁴ Cars, Th., Mutbrott och korruptiv marknadsföring. 3 uppl. (2012) s. 185.

utan att man behöver ställa sig frågan om alla som vill få affärskontrakt har fått lika möjlighet.

Antag att en verkställande direktör genom representation kommer i kontakt med en person, som han får respekt och förtroende för och överväger att anställa för att fylla en lucka i företagets kompetens. Om representation inledningsvis på detta sätt varit relationsfrämjande, så kan naturligtvis nästa steg innebära att man skrider till handling, i detta exempel till ett anställningsbeslut. Det betyder att representation kan fungera såväl attitydpåverkande som beteendepåverkande, samtidigt som syftet är helt seriöst.

Skulle man göra gällande att otillåten beteendepåverkan föreligger så snart mottagaren av en representationsförmån skulle kunna tänkas dra konkurrensfördelar av att alla konkurrenter inte varit inbjudna och därmed inte fått en chans att hävda sina intressen, då skulle en rätt stor del av all representation vara straffbelagd och därmed meningslös.

Låt oss pröva mutbrottens rekvisit närmare på just representation som företagsledning eller självständiga chefer på lägre nivå deltar i. Mottas en *otillbörlig förmån* om middagen som man deltar i är relativt påkostad?

Mutansvarskommittén säger: "Otillbörlig är varje transaktion som objektivt sett är ägnad att påverka funktionärens tjänsteutövning. Den befarade påverkan är i allmänhet att mottagaren av förmånen skall förfara pliktstridigt."⁵ Men hur förfar t.ex. en verkställande direktör pliktstridigt, när han utrustats med avtalsfrihet och med de maktbefogenheter som aktiebolagslagen ger honom? Värdet av representationsförmånen – högt eller lågt – är knappast någon indikator härpå.

En i sammanhanget tänkbar form av pliktstridighet kan tänkas föreligga om verkställande direktören uppenbart frångår sin lojalitetsplikt mot företaget och tar ovidkommande hänsyn som innebär att han favoriserar en avtalspartner och på ett flagrant sätt ger honom förmånligare villkor än vad affärsmässigheten ytterst motiverar. Däremot föreligger ingen pliktstridighet endast på den grunden att den verkställande direktören gör affärer på affärsmässig grund med den som givit honom en representationsförmån. Varför skulle man annars satsa på att knyta kontakterna?

Möjligen låter man sig vid otillbörlighetsbedömningen vilseledas av det något diffusa begreppet vänskapskorruption. Tankegången ser ut så här: vänskapskorruption som låter illa kan inte accepteras; en verkställande direktör mottar en inte obetydlig representationsförmån av en kollega i ett annat privat företag; det påminner om vänskapskorruption; "här sitter dom och vältrar sig i lyxen och kliar varandra på ryggarna"; alltså är förmånen otillbörlig och mottagandet av förmånen korruptivt. Men har lojalitetsplikten mot företaget kränkts av detta kliande, frågar man sig.

⁵ SOU 1974:37 s. 143.

När man funderar över vad pliktstridigt handlande i dessa sammanhang kan innebära för en person i ledningen för ett privat företag, är det viktigt att inte resonera som om de krav på oberoende, saklighet och opartiskhet som gäller för tjänstemän i den offentliga sfären också gällde inom den privata sfären, med motiveringen att båda sfärerna lyder under samma mutbestämmelser.

Arbets- eller uppdragsgivarens samtycke

Låt mig få växla spår och föra in ett helt annat perspektiv på mutbrottsproblematiken, nämligen *samtyckesfrågan*. Inom den helt privata sektorn kan arbetsgivaren inte muta sin egen arbetstagare, liksom uppdragsgivaren inte kan muta sin egen uppdragstagare, eftersom samtycke från huvudmannen utesluter otillbörlighet.⁶ Det hänger samman med skyddsobjektet inom den privata sektorn. I stället för allmänhetens krav på opartisk och pliktenlig tjänsteutövning kommer framför allt den enskilde arbets-/uppdragsgivarens intresse av att arbets-/uppdragstagaren fullgör sina åligganden utan ovidkommande hänsyn i förgrunden, låt vara att det naturligtvis också finns ett samhällligt intresse av ett sunt och fungerande näringsliv. En förmån anses därför inte otillbörlig, om den förmedlas av den privata arbets-/uppdragsgivaren eller mottas med hans/hennes tillåtelse eller samtycke.

Inom den privata sfären kommer ansvar för mutbrott därför främst att aktualiserats när arbets- eller uppdragstagaren mottagit en förmån från tredje man, t.ex. en kund, bakom ryggen på huvudmannen. Däremot gör sig en privat arbetstagare inte skyldig till mutbrott, om han eller hon av arbetsgivaren tar emot en extra hög bonus eller av honom/henne låter sig bjudas på extravaganta middagar. Inte heller kan en privat uppdragstagare, t.ex. en jurist, göra sig skyldig till mutbrott genom att ta emot vidlyftig ersättning av klienten för uppdraget att med sin argumentation i rätten försöka påverka domstolens dömande. Det låter lugnande. Klientens samtycke får till följd att ersättningen inte anses otillbörlig. Detsamma gäller om juristens uppdrag i stället går ut på att söka påverka vissa inflytelserika

⁶ Träskman, P.O. & Wennberg, S., Brottsbalken. En kommentar. Kap. 1–12 under BrB 10:5 a s. 9 under rubriken Otillbörlig förmån; Jareborg, N., Friberg, S., Asp, P. & Ulväng, M., Brotten mot person och förmögenhetsbrotten. Andra uppl. 2015 s. 352. Se även NJA 2009 s. 751 (s. 766) i vilket fall HD med syftning på en uppdragsgivare uttalar: "vilken enligt gängse uppfattning inte kan besticka sin egen uppdragstagare".

ledamöter vid middagsborden i Sällskapet Idun, även om den åsyftade påverkan sker på ett mera dolt plan.⁷

Inom den offentliga sektorn, däremot, har huvudmannens samtycke aldrig någon ansvarsfriande verkan. Räknas uppdraget till den semioffentliga sfären, t.ex. uppdraget som offentlig försvarare som utses av domstolen och avlönas av allmänna medel, lär man bortse från klientens samtycke för det fall att klienten lämnat extra arvodering.

Ett privat förlag kan således inte muta sina författare eller uppdragstagare genom att bjuda på överdådiga middagar, men om en författare samtidigt är uppdrags- eller arbetstagare i en annan relation, t.ex. hovrättsdomare, har man att *korsvis* pröva om det föreligger ett tjänstesamband mellan mottagandet av förlagets förmån och domarens anställning. Skulle så vara fallet – vilket inte är säkert – kan mutbrott föreligga. En person som är privat uppdragstagare i en relation kan med andra ord samtidigt vara offentlig uppdrags- eller arbetstagare i en annan relation. Skulle det exempelvis handla om belöning för en otillåten bisyssla, kan man tänka sig ett sådant tjänstesamband.

Slutsatser

Det ligger då nära till hands att dra slutsatsen att om man ändå måste göra en distinktion mellan den offentliga sfären och den privata, när man bedömer effekten av ett samtycke, kunde man lika gärna lämna de renodlat privata anställningarna och uppdragen *utanför mutbestämmelserna*. Anställda, som låter sig belönas av kunder m.fl. till att missbruka sin förtroendeställning i förhållande till huvudmannen, borde i stället straffas för trolöshet mot huvudman eller något sekundärbrott därtill. Representation inom det privata näringslivet – vi renodlar exemplet till att både inbjudare och inbjudna tillhör den privata sfären – ska tillåtas vara både attityd- och beteendepåverkande på det sätt som normalt är meningen med just representation.

När man på detta sätt frigjort sig från den privata sektorn, skulle mutbestämmelserna tydligare kunna fokusera på den offentliga sfärens problematik. Med en modifikation: man behöver ta ställning till vilka uppdrag som bör hänföras till den semioffentliga kategorien – vid sidan av exempelvis offentliga försvarare och aktörer i offentligägda bolag – just på grund av släktskapet med den offentliga sfärens problematik.

⁷ Angående förhållandet mellan mutbrotten och det sekundära brottet handel med inflytande, 10:5 d BrB, som föreligger om någon – exempelvis en närstående till en offentlig beslutsfattare – tar emot en otillbörlig förmån för att vid frukostbordet påverka dennes beslutsfattande, se Wennberg, S., *Handel med inflytande – ett nytt brott utan tillämpningsområde?* I Festskrift till Josef Zila 2013 s. 215 ff.

Ett argument som har framförts för att man inte ska separera den privata sfären från den offentliga är att det inte går att utföra denna separation, eftersom *skalan är glidande* från myndighetsutövning mot enskild över till annat offentligt beslutsfattande, halvoffentliga uppdrag inklusive de statliga och kommunala bolagens verksamhet. Mot denna argumentation kan inom parentes invändas att begreppet myndighetsutövning mot enskild har utmönstrats i den nya förvaltningslagen (2017:900) som oklart och onödigt.⁸ Men väsentligt är att lagstiftaren för helt andra frågeställningar har ställt inför uppgiften att åstadkomma en separation och skapa sär-lagstiftning, bl.a. för att undvika att kommunerna lägger över uppgifter på kommunala bolag för att slippa ifrån reglerna om offentlighet och sekretess. Det betyder att man även på området för mutlagstiftningen måste kunna särskilja vilka uppdragsförhållanden som bör hänföras till den semi-offentliga kategorien och mera generellt formulera förutsättningarna för det straffrättsliga mutansvaret.

Ett problem, som uppstått när man vidgat personkretsen till att omfatta alla arbets- och uppdragstagare även inom den privata sfären, är att alla slussportar så att säga har öppnats upp för de vällande vattenmassorna. Det enda begränsande instrumentet är kravet på otillbörlighet, men som vi sett är detta krav inte formulerat så att det passar för tillämpning på den privata sfären. Samtyckesproblematiken behöver synliggöras. Bestämmelserna har på åklagarsidan tolkats som om det stod var och en fritt att göra sin egen värdering av vad som är otillbörligt och därmed också bortse från samtyckesproblematiken. Det kan då räcka med att man säger sig att det är något "skumt" med ersättningen eller belöningen och för somliga räcker det med att värdet är högt. Det hotar klyftorna i samhället. Men man kan knappast bygga ett straffrättsligt ansvar på så godtycklig grund. Medborgarna måste kunna förutse vad som är kriminaliserat. Och borde inte mutbrotten handla om korruption?

Den nuvarande ordningen har lett till att man blundat för de skilda skyddsintressena och ibland på ett nästan parodiskt sätt kommit att argumentera utifrån den bekväma tesen att *allt* är förbjudet. Ett regelverk med befängda inslag blir i längden paradoxalt nog svårtolkat.

⁸ Se SOU 2010:29 s. 101 och prop. 2016/17:180 s. 46 ff.

