

Forhandlingene ved

Det 30. nordiske juristmøtet

Oslo 15. – 17. august 1984

Del I

Utgitt av det norske styret

Forord

Dette bind inneholder det arbeidsgrunnlag for møtet som er utarbeidet av referenter og andre innledere.

Siden de nordiske juristmøter begynte i 1872, har det faglige program ved møtene blitt stadig mer innholdsrikt. Denne gang omfatter det 2 plenarmøter, 3 gruppediskusjoner og 15 seksjonsmøter med emner fra rettslivets forskjellige områder.

Det norske styret ønsker de nordiske jurister velkommen til det 30. nordiske juristmøtet.

Oslo, april 1984

Det norske lokalstyret for De nordiske juristmøter

Carsten Smith

Innhold

	Side
Birgitta Alexanderson: Familjerettslige problem vid insemination	9
Ole Stigel: Efterforsknings- og bevisspørgsmål ved narkotikaforbrydelser	29
Gunnar Aasland: Fra oljeutblåsning til motorveistøy. Erstatningsspørsmål ved forurensning	51
Gerhard af Schultén: Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott)	77
Nils Mattsson: Kringgående problemet i skatterätten	123
Bent Christensen: Fuldmagtslovgivning og anden delegation af lovgivningsmagt	143
Jan Fridthjof Bernt: Rettssikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern	159
Ingebjørg Roll-Matthiesen: Offerets stilling i straffeprosessen	187
Ulla Jacobsson: Prosessformer i Norden: Muntliga eller skriftliga?	211
Allan Rosas: Medborgarskap och rösträtt	225
Bernhard Gomard: «Letters of intent» (hensigtserklæringer)	245
Thor Falkanger: Kundefordringer som kredittgrunnlag – Faktoring og beslektede ordninger	313
Ebbe Suenson: International factoring	333
Aage Spang-Hansen: Advokaternes uafhængighed – særlig i forholdet til myndighederne	339
Olof Bergqvist: Samhällsfarliga arbetskonflikter	351
Raimo Lahti: Bestickning och andra otillbörliga förmåner	377
Gunnar G. Schram: Havretten og de nordiske lande	401
Bjørge Ven: Forhandleres og mellommenns stilling ved avtalens opphør .	425
Johs. Andenæs: Rettsvesenet og massemedia	451

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Birgitta Alexanderson

Familjerättsliga problem vid
insemination

Innhold

	Side
Inledning	11
Historisk bakgrund m.m.	12
Bör insemination tillåtas?	14
Barnets interesse mest skyddsvärt	19
Inseminationsbarnet likställt med andra barn	25
Inseminationsbarnet och givaren	26
Avslutning	26
Förkortningar och källor	27

Familjerättsliga problem vid insemination

Av advokaten Birgitta Alexanderson, Sverige

Inledning

Inseminationsproblematiken har under senare år debatterats flitigt i Norden, särskilt i Danmark men även i Sverige inte minst efter det att den s.k. inseminationsutredningen i september 1983 avgivit sitt huvudbetänkande Barn genom insemination (SOU 1983:42).

Det är emellertid inte de juridiska aspekterna som satt känslorna i svallning utan det är framför allt de etiska och psykosociala frågorna som engagerar. Tvistefrågan framför andra är om spermagivaren skall ha rätt till anonymitet och barnet därigenom betas möjligheten att få kunskap om sitt ursprung.

I Sverige är icke blott den allmänna opinionen – om nu en sådan kan sägas finnas – delad i två läger, utan även offentliga organ har svårt att enas. Således har Socialstyrelsen inte kunnat enas i sitt remissvar på betänkandet, utan skiljaktig mening har anförts av bland andra styrelsens ordförande generaldirektören Barbro Westerholm med vilken tre ledamöter förenade sig. De skiljaktiga anser att barnet skall ha rätt till kunskap om sitt ursprung.

När det gäller överläggningsämnet innebär det, i vart fall för mig, vissa svårigheter att avgränsa detta till de rent familjerättsliga problemen vid insemination, eftersom de juridiska lösningarna är avhängiga av inställningen till de rättspolitiska frågorna.

Det föreligger enligt min mening följande huvudfrågor.

- Bör insemination tillåtas över huvud taget?
- Vilket intresse är det mest skyddsvärda – inseminationsbarnets, inseminationsföräldrarnas eller givarens?
- Föreligger behov av lagstiftning?

Med utgångspunkt från angivna frågeställningar kommer de familjerättsliga problemen att behandlas. Med viss förenkling kan sägas att dessa till en del har haft sin motsvarighet när adoptionsinstitutet en gång skulle utformas. För att underlätta en efterföljande diskussion, bör dock först vissa definitioner klaras ut. Dessutom vill jag kortfattat redovisa hur frågan tidigare behandlats och i vad mån åtgärder vidtagits för att lösa problemen kring insemination.

Med insemination förstås i det följande införande på konstlad väg av sperma i kvinnans slida.

Med makeinsemination avses införande på konstlad väg i kvinnans slida av sperma från make.

Med samboinsemination avses införande på konstlad väg i kvinnans slida av sperma från den man med vilken kvinnan lever under äktenskapsliknande förhållande.

Med givarinsemination avses införande på konstlad väg i kvinnans slida av sperma från en annan man än kvinnans make eller sambo.

Dessa definitioner ansluter sig i allt väsentligt till den tidigare nämnda inseminationsutredningens, dock att den utredningen valt att beteckna samboinsemination som makeinsemination.

Utanför överläggningsämnet faller således t.ex. de juridiska problem som hänför sig till provrörsbarn liksom även de som hänför sig till s.k. surrogat-mödrar, det senare en alltmer omfattande «industri» i USA. De konsekvenser som exempelvis födsel genom surrogatmoder medför av etisk, moralisk, psykologisk och juridisk karaktär är – enligt min mening – av den omfattningen att samhället inte ens borde överväga att sanktionera förfarandet.

Historisk bakgrund m.m.

Insemination på människor har förekommit i vart fall sedan mitten på 1800-talet. Det finns en uppgift om att barn fötts redan 1834 efter insemination. Läkare i USA och Frankrike har använt insemination som en behandlingsform alltsedan 1860-talet. I huvudsak rörde det sig om makeinsemination. Givarinsemination har i Sverige förekommit sedan 1920-talet, dock inte i någon större omfattning.

Ärvdabalksakkunniga framhöll i förslaget till ny föräldrabalk (SOU 1946:49) att insemination förekom i så ringa omfattning att man inte behövde ta hänsyn till detta fåtal fall i lagstiftningen utan ansåg att eventuella tvistefrågor borde kunna lösas genom rättspraxis. När det gällde givarinsemination av gift kvinna där mannen givit sitt samtycke menade de sakkunniga för övrigt att mannen genom sitt samtycke till konstgjord befruktning även samtyckt till att det barn som eventuellt föddes skulle anses ha äktenskaplig börd.

De sakkunnigas överväganden accepterades inte, främst på grund av motstånd från dåvarande Medicinalstyrelsen som ansåg bl.a. att både rätten att utföra insemination och frågan om barnets börd borde regleras i lag.

En utredning tillsattes också 1947 – Inseminationskommittén. Kommitténs

arbete resulterade i ett förslag (SOU 1953:9), som dock endast reglerade givarinsemination på gift kvinna.

Utgångspunkten i förslaget var att gift kvinna skall få föda barn inom äktenskapet. Makeinsemination ansågs ej behöva någon närmare lagreglering, eftersom barnets rättsliga ställning ansågs vara densamma som om befruktning skett på naturlig väg. Insemination fick inte äga rum utan samtycke, varvid kommittén rekommenderade att samtyckeshandlingen skulle vara skriftlig.

Mot givaren skulle inte kunna väckas talan om faderskap till barn som avlats med sådan sperma. Förslaget ledde emellertid inte till lagstiftning. Jag har sökt få besked från justitiedepartementet om anledningen härtill, men någon förklaring har ej gått att få.

Även i övriga nordiska länder är problemen kring insemination välkända. Dock saknas även där lagstiftning på området. Danmark lär ha den mest omfattande inseminationsverksamheten i Norden, men enligt uppgift från danska justitiedepartementet anses något behov av lagreglering inte föreligga. I Finland analyserar en arbetsgrupp bestående av representanter för justitieministeriet och socialstyrelsen förekomsten av samt praxis vid inseminationer. Arbetsgruppen har också till uppgift att analysera behovet av lagstiftning. Ministeriet har – i vart fall då detta referat skrivs – den uppfattningen att något behov av lagstiftning ej torde föreligga.

I Norge pågår för närvarande ingen utredning angående behovet av lagstiftning men från justitiedepartementet har uppgetts att utredning om eventuell lagstiftning övervägs. Beslut härom kommer att fattas under våren 1984.

Det är inte bara Norden som saknar lagstiftning i ämnet. Situationen är densamma i hela Västeuropa.

Av visst intresse kan vara att frågor om insemination har behandlats i Europarådet. Inom Kommittén för rättsligt samarbete (European Committee on legal Cooperation (CDCJ)) utarbetades 1978 ett förslag till rekommendation i ämnet. Denna omfattade dock endast regler vid givarinsemination. Givaren måste ge sitt samtycke till insemination liksom även kvinnan och, om hon är gift, mannen. Om givarinsemination ägt rum med makes samtycke, skall barnet anses fött i äktenskapet och den äktenskapliga bördan får ej bestridas enbart på den grunden att barnet avlats genom insemination. Givaren får ej genom faderskapsfastställelse förklaras som far till barnet. Inga processer om underhållsbidrag för barnet får föras mot givaren eller av givaren mot barnet. CDCJ:s förslag antogs inte av Europarådets ministerkommitté.

Även inom Europarådets parlamentariska församling har inseminationsfrågorna debatterats. Kommittén för rättsliga frågor har 1981 gjort ett uttalande, varvid kommittén särskilt framhöll att inseminationsbarnets intressen borde

beaktas i första hand. Därför borde bland annat bestämmelserna göras så klara som möjligt och dessutom borde samtycke från föräldrar och givare vara bindande. Kommittén varnade för att inseminationen kunde göras betingad av ekonomiska, sociala eller andra villkor, som skulle leda till diskriminering av vissa grupper. Kommitténs slutsats var att det torde vara ogenomförbart för Europarådet att rekommendera allmänna regler.

Fortsättningsvis avser jag att anknyta till några av huvudfrågorna och därvid också presentera vissa synpunkter. Min problemdiskussion sker med utgångspunkt i svensk rätt och svenska förhållanden.

Bör insemination tillåtas?

För att belysa denna frågeställning har jag valt att inledningsvis diskutera tre punkter. Insemination är nämligen ett ämne som är tämligen känsloladdat och ett otal olika åsikter för och emot har redovisats. Jag tror dock att de tre punkterna ganska väl anger en sammanfattning av de rikt varierande åsikterna som framförts i den allmänna debatten. Jag är medveten om att man i och för sig skulle kunna angripa frågan även från andra infallsvinklar. Men som jag redan påpekat har jag inriktat min framställning på de mer renodlade rättsfrågorna varför ytterligare uppdelningar mot bakgrund av samhällliga eller sociala önskemål inte får anses behövliga. De tre punkterna, som alltså i grova drag skulle spegla de skilda uppfattningar som framförts för insemination, har formulerats med tanke på de familjerättsliga frågor som kan uppkomma. Förslagsvis skulle då en inledande diskussion kunna ske med utgångspunkt i följande.

1. Kvinnor i fertil ålder bör föda barn.
2. Kvinnor i fertil ålder har rätt att föda barn.
3. Kvinnors viktigaste uppgift är att föda barn.

Vad först angår p.1 anses det i det svenska samhället i och för sig önskvärt att fler barn föds. I andra samhällen är situationen däremot den motsatta, vilket har lett till att antalet barn där begränsas även för gifta. Frågan har alltså en lätt västerländsk karaktär.

I Sverige ökar antalet pensionärer kraftigt och beräknas bli en mycket betungande grupp för den yrkesverksamma delen av befolkningen medan antalet barn minskar. Allt färre skall betala för allt fler.

Inför de rent samhällsekonomiska perspektiven borde man således i Sverige vara intresserad av att stödja förslag som leder till höjning av befolkningstalet, exempelvis insemination. För att från den utgångspunkten nå ett så gott

resultat som möjligt får man avstå från regler som kan verka hindrande. En fråga blir då det totala anonymitetsskyddet för givare. Att döma av hittills kända förhållanden verkar det nämligen som om ett sådant skydd skulle vara en förutsättning för att få fram givare i större omfattning.

Om man skulle ansluta sig till uppfattningen i p.1 uppkommer således ett svårbemästrat problem. Skulle det nämligen anses angeluget att kvinnor föder barn torde för många insemination vara den kanske enda lösningen. Ett väl fungerande inseminationsförfarande skulle då vara nödvändigt. För att åstadkomma detta torde ett anonymitetsskydd för givaren vara en förutsättning. Barnets rätt att känna sitt ursprung, liksom dess rätt till två föräldrar är då intressen som skulle få vika. Hur stämmer då detta med svenska förhållanden?

I den svenska regeringsformen (RF) 1 kap. 2§ betonas att den enskilda individens personliga välfärd skall vara ett grundläggande mål för de offentliga organen, som bl.a. har att verka för social omsorg och trygghet och en god levnadsmiljö. Detta anges också i vår nya sociallagstiftning. Ur dessa regelsystem torde snarast kunna utläsas att barnets intressen skulle gå före givares i förevarande fall.

Även den lagstiftning som reglerar familjerättsliga förhållanden får antas bygga på att barn har rätt till två föräldrar, att barn har rätt till kändedom om sitt ursprung. Bördsreglerna i föräldrabalken (FB) liksom arvsbestämmelserna kan sägas peka i denna riktning. Det hittills förda resonemanget talar således mot att en framtida lagstiftning skulle kunna byggas upp enligt tankarna i p.1. Inte heller torde paralleller kunna dras med annan lagstiftning. Det torde inte finnas några regler överhuvudtaget som grundar skyldighet för kvinnor att föda barn. Situationen är i stället den motsatta. Rätt att förebygga graviditet genom preventiva åtgärder är exempel härpå. Steriliseringsbestämmelserna ger kvinna i åldern 18–25 år rätt till sterilisering under vissa givna förutsättningar och därefter rätt till fri sterilisering. Vidare har kvinna rätt att avbryta påbörjat havandeskap under de första 12 veckorna av havandeskapet under förutsättning att ingreppet inte medför allvarlig skada för hennes liv och hälsa. Upp till 18:de havandeskapsveckan har kvinnan i princip rätt till abort efter viss utredning. För tiden därefter skall Socialstyrelsen ge sitt medgivande. Någon skyldighet vare sig juridiskt eller moraliskt till fortplantning föreligger således inte.

Tankarna i p.2 är däremot enligt min mening sådana att de skulle kunna utgöra en mer realistisk utgångspunkt för nya regler. Bortsett från vissa mer udda fall har en kvinna rätt att föda barn. Samhället bestraffar dock samlag med eget barn och dess avkomling liksom det straffar samlag mellan helsyskon, vilket innebär i vart fall indirekt en inskränkning i rätten att föda barn.

Beträffande p.3 kan sägas att barnafödandet ostridigt är en viktig del av många kvinnors liv. Emellertid varierar uppfattningarna från tid till annan. Från att ha tidigare ansetts som kvinnans centrala uppgift är den i vårt samhälle en bland många andra. Den ökade förvärvsverksamheten bland gifta kvinnor har bland annat medfört att kvinnors intressen och uppgifter från att tidigare ha koncentrerats till hemmet nu i stor utsträckning ligger utanför detsamma. Även andra faktorer påverkar. Många unga människor avstår medvetet från att skaffa barn med hänsyn till en oviss framtid för kommande generationer.

Jag är medveten om att en del av de problem som nu redovisats kan synas väl tillspetsade. Någon kan därför också göra den reflektionen att adoption alltid kan vara ett alternativ. Så är naturligtvis fallet, men det förändrar ju inte bilden. Det problem vi skall diskutera rör frågan om just insemination skall tillåtas och i så fall hur reglerna därom bör vara utformade.

Jag återkommer då till den inledningsvis ställda frågan om insemination bör tillåtas. De frågor och problem som jag tidigare pekat på ger naturligtvis inget entydigt underlag som svar på den frågan. Enligt min mening ger de dock en bild av olika problem vilka, beroende på hur allvarliga de bedöms vara, kan tala för eller emot att över huvud taget införa ett nytt rättsligt institut på familjerättens område. Det är inte heller säkert att rätta svaret är ett ja eller ett nej. Mellanlösningar kan finnas. Jag tar nu upp olika typer av insemination och redogör i anslutning till ett vart av dem för vissa juridiska problem.

Vad först gäller *makeinsemination*, är svaret tämligen givet. Det ligger inga etiska problem inneslutna i denna. Två makar som av olika skäl ofrivilligt är barnlösa bör givetvis få lösa detta problem med insemination. Reglerna i FB är redan nu i princip tillämpliga för att säkra barnets börd. Vissa kompletteringar är dock nödvändiga. I FB 1 kap. 1§ stadgas att om modern är gift vid ett barns födelse skall mannen i äktenskapet anses som barnets far. Detsamma gäller om modern är änka och barnet föds inom sådan tid efter mannens död att det kan vara avlat dessförinnan.

Rätten kan dock förklara att mannen i äktenskapet inte är far till barnet. Ingen av de i lagrummet angivna förutsättningarna är uppfyllda om inseminationsbarnet föds medan föräldrarna är gifta. Mannen kan således inte vinna förklaring att han inte är barnets far.

Situationen är dock annorlunda om föräldrarna hunnit skiljas innan barnet är fött. Faderskapet måste då fastställas genom erkännande eller dom. För erkännande krävs att detta skall vara skriftligt, bevitnat av två personer och godkänt av socialnämnden och av modern eller särskild förordnad förmyndare. Är barnet myndigt skall erkännandet godkännas av barnet självt.

Den situationen kan emellertid inträffa att efter en skilsmässa mannen vägrar erkänna faderskapet. I så fall måste talan föras om fastställelse av detta. Rätten kan enligt FB 1 kap. 5§ förklara en man vara far om det är utrett, att han haft samlag med barnets mor under tid då barnet kan vara avlat och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet avlats av honom. Eftersom det vid insemination även när det gäller makeinsemination inte i lagens mening kan utredas att barnet avlats vid samlag mellan makarna innebär de nuvarande bestämmelserna att faderskapet ej kan fastställas. En komplettering av lagstiftningen måste således ske för att undvika denna situation. Dessutom bör enligt min uppfattning även krav ställas på skriftligt, bevittnat samtycke till insemination av båda makarna.

Ett krav på uttryckligt samtycke kan tyckas vara en överloppsgärning, eftersom det så att säga ligger i sakens natur att parterna har givit sitt samtycke genom att de ställer upp till behandling. Min erfarenhet av familjerättsliga konflikter gör emellertid att man även vid makeinsemination så långt det går bör undvika eventuella efterföljande diskussioner om tvång, förledande, påtryckning m.m. Skulle dessutom lagstiftaren tillåta användning av fryst sperma är det nödvändigt att det föreligger ett samtycke. Samtycket bör också vara tidsbegränsat, förenat med rätt till återkallelse intill dess inseminationsförfarandet givit resultat. Genom att kräva skriftligt samtycke undviker man i möjligaste mån att makeinsemination utförs av misstag. Skulle ändå ett sådant misstag äga rum sedan samtyckestiden gått till ända eller på grund av att en återkallelse förkommit uppkommer frågan om barnets rättsliga ställning. Kan det inte styrkas att kvinnan haft samlag med annan man under tid då barnet kan vara avlat, anses mannen vara biologisk far till barnet. Skall mannen också rättsligt bindas till faderskapet? Inseminationsutredningen besvarar den frågan jakande och jämför med den situationen att kvinnan sanningslöst uppgivit att hon använt preventivmedel. Blir hon gravid får mannen stå för faderskapet. Det är enligt min mening den enda försvarbara inställningen. Ett barn får – som jag ser det – inte rättsligt göras faderslöst, vilket skulle bli resultatet med den motsatta inställningen.

Fryst sperma vid insemination är – i och för sig – ett självständigt problem inte bara av etisk karaktär utan här tillkommer en del extra juridiska komplikationer inte minst på arvssidan. Kort kan sägas att det torde innebära vissa svårigheter att genomföra i vart fall givarinsemination om man inte också tillåter att fryst sperma kommer till användning. När det gäller makeinsemination kan användning av fryst sperma vara aktuell om det föreligger risk för försämring av mannens celler t.ex. på grund av sjukdom. Om skriftligt samtycke även här krävs av parterna enligt den ovan skisserade lösningen

motverkar detta felaktigheter och misstag. Detta samtycke bör emellertid vara utformat så att mannens spermier inte får användas efter hans död. Tekniskt kunde det annars vara fullt möjligt att ett barn föds faderlöst. Föräldrabalkens nuvarande regler om fastställande av faderskap torde bland annat innebära att domstol ej kan fastställa faderskap till barn som avlats efter den uppgivne faderns död. Ej heller kan någon – enligt huvudregeln – ta arv som inte lever vid arvlåtarens död eller avlats före arvlåtarens död och sedermera föds vid liv (AB 1 kap. 1§). Ett barn som avlats med fryst sperma från den avlidne mannen skulle således förutom att det berövas en fader också berövas de juridiska rättigheter som tillkommer barn i äktenskap. Vissa psykologiska skäl skulle kunna tala för möjligheten att i vissa fall tillåta användning av fryst sperma efter avliden man – inseminationsförfarandet kan ha påbörjats när mannen hastigt avlider är en situation – eller inseminationen har inte hunnit påbörjas men parterna har haft en stark önskan att fullfölja äktenskapet med ett barn och vidtagit samtliga förberedelser då mannen hastigt avlider. Dessa skäl uppväger dock inte nackdelarna av att barnet föds faderlöst. Mot detta resonemang kan givetvis invändas att barn aldrig kan garanteras en far, men enligt min uppfattning bör samhället i vart fall inte medvetet medverka till att barn föds faderslösa oavsett möjligheten att genom ändrad lagstiftning tillförsäkra barnet samma juridiska rättigheter som barn födda i äktenskapet.

Förutsättning för tillstånd till makeinsemination bör därför vara att mannen är i livet.

Svaret blir alltså att makeinsemination bör tillåtas. De problem en sådan skulle föra med sig torde tämligen enkelt kunna bemästras.

Jag övergår nu till den närliggande frågan om *samboinsemination*. Insemination mellan sambor innehåller i likhet med makeinsemination inga problem av etisk karaktär. Parets ofrivilliga barnlöshet avhjälpas på medicinsk väg genom insemination.

Antalet män och kvinnor som lever tillsammans under s.k. äktenskapsliknande förhållanden har ökat under årens lopp. En sociologisk undersökning om detta publicerades i SOU 1978:55 av familjelagssakkunniga. Det framgår av denna att det blivit allt vanligare att sammanbo längre eller kortare tid innan man gifter sig. I flertalet fall var det inte fråga om något reflekterat val – «det bara blev så». Enligt familjelagssakkunniga beräknades den ogifta andelen sammanboende till 20%.

Vid insemination på ogift kvinna med sperma från hennes sambo är rättsläget oklart. Om kvinnans sambo erkänner faderskapet och föräldrabalkens formföreskrifter iakttagas uppstår inga särskilda problem (FB 1 kap. 4§).

Om sambon däremot av någon anledning vägrar erkänna faderskapet måste

talans – såsom är fallet när parterna är skilda vid barnets födelse och den frånskilde mannen ej erkänner barnet som sitt – föras inför domstol. Det mest sannolika är då att domstolen ej kan förklara sambon som far, även om utredningen skulle visa att barnet avlats av denne eftersom det enligt nu gällande lag måste vara utrett att barnet avlats genom samlag. Skulle sambon avlida innan inseminationsbarnet är fött saknas de skyddsregler som återfinns i FB 1 kap. 1§, vilka innebär att mannen i äktenskapet anses som far om barnet föds inom sådan tid efter mannens död att det kan vara avlat dessförinnan och situationen blir då densamma som i nyssnämnda fall.

Samboinsemination bör i likhet med makeinsemination tillåtas utan inskränkningar eftersom inseminationen där kan ses som en medicinsk teknisk åtgärd att avhjälpa barnlöshet. Emellertid måste lagreglerna kompletteras till skydd för barnets rätt. Det kan vidare ifrågasättas om inte samboparet bör vara skyldigt att styrka varaktigheten i förbindelsen. Situationen får inte bli sådan att det i själva verket är fråga om givarinsemination på ogift kvinna. Givetvis kan ett krav på varaktighet vålla vanskligheter i praktiken. Hur lång tid skall krävas osv.? Mot mitt resonemang kan också anföras den kritiken att det inte är särskilt troligt att en man påtar sig det juridiska ansvaret för ett barn, som han egentligen inte önskar.

I likhet med vad jag anført vid makeinsemination bör skriftligt samtycke utformat på det sätt, som förslagits tidigare, alltid föreligga även vid samboinsemination.

Vid *givarinsemination* är förhållandena helt annorlunda än i de tidigare fallen. Här är det svårare att ge ett svar eftersom olika intressen ställs mer på sin spets. Vilket intresse är det mest skyddsvärda; inseminationsbarnets, inseminationsföräldrarnas, givarens? Har ett barn rätt till två biologiska föräldrar och att alltså veta sitt ursprung? Dessa frågor tar jag nu upp i följande avsnitt.

Barnets intresse mest skyddsvärt

Genom lagstiftning kan givetvis inte barn garanteras två verkliga föräldrar. Kvinna kan inte hindras från att skaffa ett biologiskt barn utan att vara gift eller samboende. Inte heller kan rätten till äktenskapsskillnad inskränkas. Barn kan bli faderlösa efter ett dödsfall. Ensamstående tillåts adoptera. Psykologisk erfarenhet synes dock tala för att barn i vårt samhälle torde vara bäst betjänta av att ha två föräldrar. Därför måste samhället skapa ett regelsystem som ger

så litet utrymme som möjligt för att barn redan från födelsen betas rätten till den ena föräldern. Möjligen kan någon av mitt resonemang få den uppfattningen att jag är negativ till enföräldersadoption. Så är inte fallet även om min principiella inställning är att det även vid adoption är mest gynnsamt med två föräldrar. Adoptivbarnet har emellertid från början två biologiska föräldrar och kan oftast erhålla vetskap om vilka dessa är. Dessutom och det är den viktigaste skillnaden; i adoptionsfallet är barnet redan fött.

Barnlöshet kan vara frivillig eller ofrivillig. Frivillig barnlöshet torde vara vanligare nu än tidigare. Något statistiskt material som stöder denna uppfattning kan jag inte hänvisa till. Det är slutsatser jag dragit av samtal med klienter och av den allmänna debatten. Rädslan för framtiden är hos unga människor en realitet. Den uppfattningen att det är mer angeläget att redan existerande barn som saknar hem och föräldrar tas om hand än att ytterligare barn föds framförs inte sällan. Jämförelsevis är naturligtvis den ofrivilliga barnlösheten ett betydligt större problem. Sådana barnlösa par som vill lösa sitt problem har förutom insemination i huvudsak två vägar att gå, nämligen att adoptera ett barn eller att ta ett fosterbarn.

Vid adoption har en organiserad verksamhet byggts upp genom samhällets försorg. Lagregler och normer har fastställts för att i möjligaste mån skydda barnets intresse. Vid adoption utgår man från barnets intresse, dess behov och rätt. Ingen adoption får komma till stånd som inte gynnar barnet. De blivande föräldrarna granskas och förbereds på vad det innebär att vara adoptivförälder. De uppmanas bland annat att så tidigt som möjligt berätta för barnet om adoptionen. Det anses allmänt numera att det är viktigt för adoptivbarnet att få veta sitt ursprung så tidigt som möjligt. Barnet har också rätt att via myndighetsregister få uppgifter om sina biologiska föräldrar.

När det gäller fosterföräldraskapet är även detta omgärdat av bestämmelser. Blivande fosterföräldrar granskas av vederbörande socialnämnd som noggrant skall undersöka det blivande fosterhemmet och genom samtal med fosterföräldrarna och fortlöpande kontroller se till att fosterföräldrarna tillgodoser barnets intresse. Inom denna verksamhet anses det centralt att barnen kan behålla kunskap om sitt ursprung. Från och med den 1 juli 1983 har fosterföräldrarna möjlighet att under vissa speciella omständigheter erhålla den juridiska vårdnaden om fosterbarnet om det är bäst för barnet. Denna möjlighet innebär dock inte att barnets biologiska föräldrar därmed skall suddas ut. Barnets rätt tillmäts i den pågående lagstiftningen allt större betydelse och en talerätt för barnet i frågor som rör barnets person övervägs också. I fråga som rör omhändertagande av barn har barnet rätt till eget biträde att tillvarata dess intressen. Den pågående utredningen om Barnens rätt (Ju 77:08) har enligt

direktiven till uppgift att undersöka i vilka fall och på vilka sätt barns intressen och behov bör tillgodoses bättre än för närvarande.

När det gäller inseminationsbarnet har samhället hittills valt att enbart tillgodose det barnlösa paret intressen. Vid make- och samboinsemination blir inseminationsbarnet paret biologiska barn och enbart smärre juridiska relativt lättlösta problem kvarstår. Vid givarinsemination är däremot situationen helt annorlunda. Det barn som föds är biologiskt endast moderns och en anonym givares. Någon forskning av betydelse angående inseminationsbarnens önskan att få reda på sitt ursprung finns inte. Inte heller finns någon forskning utvisande inseminationsfaderns psykologiska reaktioner. Vid adoption är föräldrarna jämställda. Vid givarinsemination har kvinnan otvivelaktigt ett överläge. De flesta forskare som sysslar med adoptioner tycks vara ense om att det är viktigt att adoptivbarnet får kunskap om sitt ursprung. Adoptionscentrum – den institution som i Sverige förmedlar de flesta adoptioner – anser det viktigt att barnet får vetskap om adoptionen och att uppgifter bevaras som gör det möjligt för barnet att självt få kunskap om sitt ursprung. Eftersom forskning angående inseminationsbarnets önskan att få veta sitt ursprung saknas måste man använda kunskaper från närliggande områden – såsom adoptivbarns önskan, u.ä. barns önskan – liksom även vanligt sunt förnuft och egna erfarenheter. De flesta människor vill veta varifrån de kommer, vilka arvsanlag de kan ha, vill veta vilka fakta livet baserar sig på. De flesta vill känna trygghet och förankring i kunskapen om sig själva. Någon bärande invändning mot att inseminationsbarnet skall ha rätt till kunskap om sitt ursprung finns inte. För mig är det en självklarhet att – om givarinseminationen överhuvudtaget skall tillåtas – barnet, vars existens det handlar om, skall ha rätt att på ett tidigt stadium få veta att det är ett inseminationsbarn. Det skall också ha rätt att veta vem den biologiske fadern är. Därav följer att alla upplysningar om den biologiske fadern måste dokumenteras och sparas. Givarens eventuella intresse av att vara anonym får inte gå före barnets rätt även om detta skulle leda till svårigheter att få fram givare.

Även inseminationsföräldrarna måste ha uppgifter om givaren för att så tidigt som möjligt kunna informera barnet om dess ursprung. Det har framförts i den allmänna debatten att inseminationsföräldrarna har ett självständigt intresse av att givaren är anonym. Något bärande skäl härför har enligt min uppfattning ej presenterats. Inte enbart psykologiska skäl gör att ett inseminationsbarn skall ha rätt att känna sitt ursprung. Det vuxna inseminationsbarnet måste få veta – om det är en kvinna – att hon inte riskerar att få barn med sin egen far eller någon annan biologisk anhörig. Detta problem är givetvis inte av större omfattning men en sådan risk skall överhuvudtaget inte behöva finnas.

Frågan om vilket intresse som är det mest skyddsvärda vid givarinsemination är viktig och besvarandet en förutsättning för hur institutet skall utformas. Den centrala frågan är emellertid: om givarinsemination överhuvudtaget tillåtas?

Givarinsemination inger mig en stark olust. Massmedia har senaste året förmedlat uppgifter från USA om spermabankers användning i syfte att skapa vissa typer av barn; musikaliska, intelligenta etc. Ingen torde undgå att göra jämförelser med vad som förekommer i Tredje riket. Man måste fråga sig om vi verkligen vill ha ett samhälle där man kan beställa ett barn precis som man köper en vara. Perspektiven är hisnande. För mig strider givarinsemination mot livets grundläggande principer och min rent personliga uppfattning är att den inte bör tillåtas. Bortsett från denna subjektiva uppfattning saknar vi i dag på det hela kunskaper om inseminationsbarns förhållanden och problem. Kan det mot den bakgrunden ändå anses befogat att tillåta givarinsemination?

Tyvärr måste nog den frågan besvaras jakande. Om i dag ett förbud infördes mot givarinsemination föreligger nämligen stor risk för kringgående. Vissa kvinnor skulle ändå skaffa barn på detta sätt, exempelvis i utlandet. Situationen från tiden innan rätten till abort infördes – med s.k. Polen- eller Engelskresor – är exempel på en likartad problematik.

Verksamheten måste därför regleras genom lagstiftning både vad gäller dess utformning och de rättsliga konsekvenserna. Jag har i tidigare sammanhang hänvisat till vad som gäller vid adoptionsförfarande. En blivande lagstiftning bör så vitt möjligt anpassas till de regler som gäller vid adoption. Det gäller såväl utredningsförfarande som rättslig handläggning i övrigt. Allmän domstol skall ge tillstånd efter samma noggranna prövning som gäller adoptioner. Om adoptionsinstitutet i sin helhet skulle tas till förebild vid utformningen av lagstiftning angående givarinsemination får det bland annat till följd att ogift kvinna som fyllt 25 år får rätt till givarinsemination. Mot bakgrund av min tidigare redovisade inställning – att samhället inte bör medverka till regler som innebär att barn föds faderlösa – anser jag att ensamstående kvinnor inte bör få rätt till givarinsemination och inte heller kvinnor som lever i ett lesbiskt förhållande.

På adoptionsområdet gäller olika bestämmelser beronde på om föräldrarna är gifta med varandra eller inte. Andra än makar får ej adoptera tillsammans. Trots att sammanboende utan äktenskap är en vanlig företeelse i Sverige anser jag det mycket tveksamt om dessa skall ha tillgång till givarinsemination. Min erfarenhet som familjerättsadvokat är att samboförhållanden är av mycket skiftande karaktär, att parterna sinsemellan bedömer varaktigheten och stabiliteten helt olika. Vidare är mitt allmänna intryck att antalet särboendes fasta

relationer har ökat väsentligt under de senaste åren, vilket gör att kravet på sammanboende under äktenskapsliknande förhållande blir svårt att upprätthålla. Det kan visserligen sägas att lagstiftningen anpassat sig efter det ökade antalet sammanboende och på allt fler områden likställer dessa med gifta. Ändå är detta enligt min uppfattning inte skäl nog att andra regler skall gälla vid givarinsemination än vid adoption.

Oavsett vilken inställning man än må ha krävs lagstiftning till skydd för barnets rätt såväl om föräldrarna är gifta som om de är ogifta sammanboende när barnet föds.

Det rättsliga skyddet för ett barn som föds efter givarinsemination är svagt.

Enligt svensk rätt gäller den s.k. faderskapspresumtionen, dvs mannen i äktenskapet anses i princip som barnets far om modern är gift vid barnets födelse. Rätten kan emellertid förklara att mannen i äktenskapet ej är fader till barnet om, 1) det är utrett att modern har haft samlag med annan än mannen under tid då barnet kan vara avlat och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet har avlats av den andre, 2) det på grund av barnets arvsanlag eller annan särskild omständighet kan hållas för visst att mannen ej är barnets fader, eller 3) barnet har avlats före äktenskap eller under det att makarna levat åtskilda och det ej är sannolikt att makarna haft samlag med varandra under tid då barnet kan vara avlat (FB 1 kap. 2§).

Fadern kan utan begränsning i tiden hos domstol begära att få förklaring att han ej är far till barnet. Detta har Högsta domstolen förklarat i ett uppmärksammat rättsfall – NJA 1983 s. 320. Parterna i målet ingick äktenskap 1970. 1979 föddes ett barn i äktenskapet efter givarinsemination. 1981 dömdes till äktenskapsskillnad. Mannen yrkade sedermera att domstolen skulle förklara honom ej vara far till barnet under åberopande av FB 1 kap. 2 § 1 st. 2, nämligen att «det på grund av arvsanlag eller annan särskild omständighet kan hållas för visst att han ej är barnets far». Tingsrätten fann att mannen på grund av bristande samtycke inte kunde anses som rättslig far. Hovrätten fastställde tingsrättens domslut med en något annorlunda motivering och domen får troligen tolkas så att oavsett om samtycke förelegat eller ej måste talan bifallas med hänsyn till avfattningen av FB 1 kap. 2 §. Högsta domstolen fastställde hovrättens domslut och uttalade entydigt att samtycke saknade betydelse för bedömningen samt att negativ bördstalan skall bifallas när det kan hållas för visst att mannen ej är barnets far.

Domen innebär att inseminationsbarn födda i äktenskap efter 1976 – vid den tiden ändrades nämligen det aktuella lagrummet – på detta sätt kan förlora sin far. För barn som är födda dessförinnan torde risken för detta vara relativt liten. Den tidigare lagstiftningen innebar nämligen att en man som hade

vetskap om att hustrun haft samlag med annan man under tid då barnet kunde vara avlat och efter barnets födelse erkänt barnet som sitt, inte fick föra talan om barnets äktenskapliga börd. Barnet förlorar sålunda sin juridiska far och kan själv inte vända sig mot givaren ens om det vet vem denne är. Enligt den tidigare redovisade lagbestämmelsen måste det nämligen vara utrett att mannen mot vilken talan förs skall ha haft samlag med barnets mor vid tidpunkten för befruktningen.

Denna brist i lagstiftningen måste givetvis undanröjas om givarinsemination tillåts. En förutsättning för givarinsemination i äktenskapet måste vara att mannen klart uttrycker sitt samtycke liksom även hustrun. Samtycket skall vara utformat på sätt som jag föreslagit vid makeinsemination. Samtyckets rättsföljd blir då att mannen anses som barnets rättsliga far och alltså avskärs från talerätt på den grunden att barnet tillkommit genom insemination. Mannens talerätt i övrigt bör kvarstå på samma sätt som nu gäller. Skulle det således bli klarlagt att kvinnan haft samlag med annan man under den tid insemination pågår skall mannen liksom hans arvingar kunna föra talan om faderskapet. Om det i faderskapsmålet fastställs att barnet tillkommit genom givarinseminationen blir mannen som samtyckt till inseminationen att anse som fader. Skulle det däremot visa sig att den man med vilken kvinnan haft samlag är biologisk far bör givetvis denne bli rättsligt bunden till faderskapet. Även barnet bör i likhet med vad nu gäller ha rätt att väcka talan mot mannen eller om han är död hans arvingar rörande faderskapet.

Beträffande givarinsemination på ogift sammanboende kvinna har jag tidigare redovisat min uppfattning att, i likhet med vad som gäller för adoption, andra än makar ej bör ges tillstånd till givarinsemination. Inseminationsutredningen däremot anser att någon skillnad mellan samboende och gifta inte bör göras. För samboende föreslås att det skall föreligga äktenskapsliknande förhållanden. Enligt nuvarande lagstiftning är rättsskyddet för inseminationsbarnet i samboendeförhållande svagare än för inseminationsbarnet i äktenskap. Där faderskapspresumtion inte gäller skall faderskapet fastställas genom erkännande eller dom. Erkännande skall som tidigare beskrivits ske skriftligt, vara bevittnat av två personer och godkännas av socialnämnden respektive barnet självt om det uppnått myndig ålder. Socialnämnden får lämna sitt godkännande endast om det kan antas att mannen i fråga är barnets far. Rätten kan förklara ett faderskaps erkännande sakna verkan om det senare skulle visas att den som lämnat erkännandet inte är far. Om faderskapet skall fastställas genom dom krävs utredning om att samlag ägt rum vid tiden som barnet kan vara avlat och det med hänsyn till samtliga omständigheter är sannolikt att barnet avlats av mannen i fråga. Barn som i samboendeförhållande tillkommit

genom givarinsemination torde bli faderlösa utan nya regler.

En klar och tydlig viljeyttring bör föreligga från mannens sida och samtycket skall vara utformat på sätt föreslagits tidigare. Även kvinnan skall således formellt ge sitt samtycke.

Rättsföljden av det lämnade samtycket innebär att mannen blir rättsligt bunden vid det barn som föds genom givarinsemination. Givarinseminationen blir då att likställa med befruktning vid samlag och mannen bör genom erkännande kunna få faderskapet fastställt. Som en följd av detta synsätt bör mannen inte ha möjlighet att sedermera föra talan om att faderskapserkännandet skulle sakna verkan.

Om mannen av något skäl vägrar erkänna faderskapet trots samtycket – den situationen kan inträffa exempelvis om han misstänker att kvinnan haft samlag med annan man under inseminationsperioden – kan som tidigare framhållits enligt nuvarande lagstiftning faderskapet inte fastställas genom dom. Givetvis bör i likhet med vad som föreslagits beträffande den gifte mannen även mannen i samboförhållanden kunna få faderskapsfrågan prövad. Visas det emellertid att barnet avlats genom givarinsemination med erforderligt samtycke från kvinnans sambo, skall domstolen förklara sambon som fader.

Inseminationsbarnet likställt med andra barn

Av det föregående resonemanget framgår att jag anser att barnet har rätt till kunskap om sitt ursprung men att det samtidigt måste garanteras en rättslig ställning i förhållande till inseminationsföräldrarna. Inseminationsbarnet skall likställas med andra barn i familjerättsligt hänseende. Detta bör liksom beträffande adoption gälla även annan lagstiftning än den familjerättsliga.

Genom lag 1971:80 infördes en allmän lagregel om adoptions rättsverkan. Föredragande statsråd hänvisade i sin föredragning bland annat till att en allmän likställighetsprincip hade en stark förankring i det allmänna rättsmedvetandet. Likställighetsregeln gäller emellertid inte om annat följer av särskild föreskrift eller av rättsförhållandets natur. Denna sistnämnda bestämmelse skall i dess egenskap av undantagsregel tolkas restriktivt, vilket framhölls av föredraganden som också underströk att de enda fall då rättsförhållandets natur kan motivera avvikelser från huvudregeln är sådana där de rent biologiska banden är avgörande, under det att den sociala samhörigheten inte skall tillmätas betydelse. Reglerna om äktenskapshinder på grund av släktskap och om straff för otukt med avkomling eller syskon nämndes som exempel. En motsvarande regel bör rimligtvis också gälla vid givarinsemination.

Inseminationsbarnet och givaren

Mitt förslag till hur reglerna för givarinsemination bör utformas innebär bland annat att barnet i rättsligt hänseende skall betraktas som inseminationsparets gemensamma. Givarens uppgift blir enbart att bidra med sperma. Den situationen kan emellertid inträffa att kvinnan utan erforderligt samtycke fått tillgång till insemination. Mannen respektive sambon kan då inte mot sin vilja rättsligen bindas till barnet. Inga juridiska hinder föreligger för givaren att erkänna barnet som sitt. Att så skulle ske förefaller inte särskilt troligt. Är det rimligt att barnet i den situationen inte skall ha möjlighet att föra talan mot givaren? Om givarinsemination skall få förekomma torde det vara helt orealistiskt att barnet i den situation som nu beskrivits skulle få talerätt mot givaren. Här måste tyvärr barnets intresse vika för givarens rätt att inte bli juridiskt bunden.

Avslutning

Inledningsvis angav jag några frågeställningar såsom varande centrala för behandlingen av överläggningsämnet. Jag är väl medveten om att ämnet kan angripas på annat sätt, att jag inte behandlat alla juridiska problem och jag gör inte heller anspråk på att ha åstadkommit någon heltäckande inventering. Till en del kan det förklaras av att jag är advokat och inte rättsvetenskapsman och givetvis också av att min inställning till hur frågan om givarinsemination skall lösas är den att nya regler bör utformas med adoptionsinstitutet som förebild. Min grundläggande uppfattning att barnets rättigheter måste tillgodoses framför andras har varit avgörande för mina förslag till lösningar. Jag vet att detta synsätt innebär att jag förespråkar en lagstiftning som medför vissa frihetsinskränkningar och ett utökat kontrollsystem. Men för mig är lagstiftning bl.a. ett medel att skydda svaga och otrygga.

Förkortningar och källor

GB = giftermålsbalken

FB = föräldrabalken

NJA = Nytt Juridiskt Arkiv

RF = Regeringsformen

SOU = Statens Offentliga utredningar

ÄB = Ärvidabalken

I referatet saknas hänvisning till källor.

Det material jag använt är i huvudsak lagkommentarer och förarbeten.

Av särskild betydelse har varit f.d. Justitierådet Walins Kommentar till föräldrabalken (1979) och Inseminationsutredningens betänkande Barn Genom Insemination SOU 1983:42.

Därutöver har av betydelse varit Professor Ulla Jacobssons Ett barns rättigheter (1978) samt tidningsartiklar i ämnet.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Ole Stigel

**Efterforsknings- og bevisspørgsmål
ved narkotikaforbrydelser**

Indhold

	Side
1. Indledning	31
2. Politiets rolle i narkotikasager	31
3. Særlige efterforskningsskridt	33
3.1. Generelt	33
3.2. Telefonaflytning og rumaflytning	34
3.3. Meddelere	36
3.4. Infiltration og provokation	36
3.5. Controlled-delivery	41
3.6. Plea-bargaining	41
4. Bevisspørgsmål	43
5. Vidneforklaringer	45
5.1. Generelt	45
5.2. Anonyme vidner	46
5.3. Agenten som vidne	48
6. Teser	49

Efterforsknings- og bevisspørgsmål ved narkotikaforbrydelser

Af statsadvokat OLE STIGEL, Danmark

1. Indledning

Narkotikakriminaliteten har gennem en årrække med stigende styrke gjort sig gældende i hele den vestlige verden, herunder også i de nordiske lande. For Danmarks vedkommende har den registrerede narkotika-kriminalitet i årene 1974–1982 udgjort:

	overtrædelse af straffelovens § 191 ¹	overtrædelse af lov om euf. stoffer
1974	410	4.624
1975	364	3.564
1976	309	4.964
1977	290	4.937
1978	583	4.111
1979	1128	4.053
1980	1275	3.522
1981	1854	5.338
1982 ²	1391	7.101

2. Politiets rolle i narkotikasager

Af mange grunde må politiets efterforskning gribes anderledes an i narkotikasager end ved andre kriminalitetsformer.

1 Lov om euf. stoffer, jfr. lovbkg. 391 21.7.1969, som ændret ved 1 160 28.4.1982, kriminaliserer ind- og udførsel, salg, køb, udlevering, modtagelse, fremstilling, forarbejdning og besiddelse af euf. stoffer. Efter lovens § 3 straffes overtrædelse med bøde, hæfte eller fængsel indtil 2 år. Strfl. § 191, som til særskilt streng behandling udskiller visse overtrædelser af lov om euf. stoffer, er indført ved 1 276 18.6.1969, som senere ændret ved 1 268 26.6.1975.

Overtrædelse straffes med fængsel indtil 6 år. Angår overtrædelsen en betydelig mængde særligt farligt eller skadeligt stof, eller har overdragelsen af et sådant stof i øvrigt haft en særlig farlig karakter, kan straffen stige til fængsel i 10 år.

2 Faldet i 1982 af antallet af grove narkotikasager er omtalt i Politiets Årsberetning 1982, s. 71–72. Som mulig årsag er angivet stedfunden personaleudvidelse og forbedret teknisk udstyr.

Er der tale om voldssager eller gængse berigelsesforbrydelser kommer politiet almindeligvis først ind i billedet, efter at den forurettede har indgivet anmeldelse. Ved særlig økonomisk kriminalitet og ved narkotikasager har politiet ikke sjældent en mere aktiv og opsøgende rolle.

Økonomiske forbrydelser iværksættes ofte i forbindelse med systematiske skatte- og afgiftsunddragelser, og det er således fortrinsvis det offentlige, som her er den forurettede part. Dette er en medvirkende årsag til, at det sjældent er efter indgivet anmeldelse fra privatpersoner, at efterforskning i disse sager iværksættes. Ved omfattende økonomisk kriminalitet i øvrigt, hvor private systematisk er blevet besveget, ses det ikke sjældent, at kun få af forholdene er anmeldt til politiet. Nogle af de forurettede kan have affundet sig med gerningsmandens bortforklarende anbringender. Andre kan føle ulyst ved at gå til politiet, og et enkelt forhold, som anmeldes, vil isoleret set sjældent give et tilstrækkeligt sikkert bevisgrundlag for sigtedes bedrageriske forsæt. En anmeldelse kan være en indgang til sagen, men kun gennem en centreret aktiv efterforskningsindsats, hvor også de uanmeldte forhold drages frem, skabes der mulighed for at tegne et tilstrækkeligt fældende bevismønster.

Ved køb og salg af narkotiske stoffer har sælger og køber i strid med en lovgivning, som forbyder denne form for handel, udvekslet ydelser: stof og penge. Der er således typisk ingen forurettet privat part. Dette forhold bevirker, at politiets efterforskning normalt ikke kan lægges an på, at der indgives en anmeldelse. Dette sammenholdt med de særlige miljøer, hvor narkotikakriminaliteten trives, gør at der opstår særlige efterforskningsproblemer, som ikke bliver mindre derved, at stofferne i det væsentligste hidrører fra udlandet, hvorfra et ofte veletableret leverandørnet kan opbygge og sikre forsyningen til et efterhånden ligeså veletableret distributionsnet på det indenlandske marked (aftagerlandet). De mange penge, som skal muliggøre de store opkøb, fordrer, at der kan fremskaffes store kontante beløb. Det har vist sig vanskeligt at finde frem til personkredse, som finansierer købene. Når varen først er kommet ind i landet, sker den indenlandske viderehandel typisk på gradvist lavere plan, indtil den når frem til brugeren.

Politiets efterforskning må derfor på tilsvarende måde være indrettet på at skulle ske på flere plan med et indbygget samarbejde med toldvæsenet og med udenlandsk politi.

3. Særlige efterforskningskridt

3.1. Generelt

Efter retsplejelovens § 108, stk. 1, er det politiets opgave at opretholde sikkerhed, fred og orden, at påse overholdelsen af love og vedtægter samt at foretage det fornødne til forhindring af forbrydelser og til efterforskning og forfølgning af sådanne.

Ifølge retsplejelovens § 742, stk. 1, skal politiet efter anmeldelse eller af egen drift iværksætte efterforskning, når der er rimelig formodning om, at et strafbart forhold, som forfølges af det offentlige, er begået.

Der er således pålagt politiet pligt til at foretage det fornødne til hindring af forbrydelser og til af egen drift eller efter anmeldelse at indlede efterforskning.

Ved afdækning af bl.a. forhandlerledene ved narkotikakriminalitet må politiet for at opnå en gunstigere udgangsposition undertiden indtage en afventende, observerende rolle og ikke straks rejse sigtelse, foretage anholdelse m.v., selv om betingelserne for politiets indskriden muligt er til stede. Der kan således tilsyneladende herved opstå en konflikt med retsplejelovens regelsæt, hvorefter politiet skal søge at hindre forbrydelser i at blive begået: så længe politiet tøver med at handle, bliver narkotikalovgivningen overtrådt, idet stoffet forhandles og forbruges.

Når imidlertid formålet med at indtage den afventende position alene er at sikre opnåelsen af et solidere bevisfundament med mulighed for at inddrage flere sigtede, og navnlig hovedmændene, i sagskomplekset og således på længere sigt hindre grovere forbrydelser end de allerede begåede, kan denne taktik i politiefterforskningen ikke kritiseres. Den er nødvendig og legitim.³

Spørgsmålet om lovligheden af politiets efterforskningskridt opstår i hovedsagen først, når det kommer på tale at anvende efterforskningsmetoder, som ikke er undergivet lovregulering, og som der ikke er tradition for at anvende, eksempelvis brug af agent provocateur. Et særligt spørgsmål om lovlighed opstår ved politiets brug af såkaldte tilfældighedsfund.⁴

Nedenfor vil de efterforskningskridt, som i særlig grad finder anvendelse i narkotikasager, blive omtalt. Det kan dog være på sin plads at bemærke, at de sædvanlige efterforskningsmetoder, som finder anvendelse ved opklaringen af

³ Anvendelse af controlled-delivery behandles nedenfor i 3.5.

⁴ Man taler om et tilfældighedsfund, hvor politiet i forbindelse med et fuldt lovligt tvangsindgreb i en sag tilfældigt kommer i besiddelse af oplysninger om helt andre kriminelle forhold. Om spørgsmålet se nærmere Koktvedgaard og Gammeltoft-Hansen: Lærebog i Strafferetspleje (1978), s. 202, Gammeltoft-Hansen: Straffeprocessuelle Tvangsindgreb (1981), s. 205 ff. og H. Kallehauge i NTfK 1983, s. 84 ff.

anden kriminalitet, naturligvis også indgår som en integreret del af efterforskningen i narkotikasager. Fremsættelse af sigtelse, afhøring af den sigtede og af vidner, forehold af efterforskningsresultater og af modstridende forklaringer, ransagninger og beslaglæggelse af bevismidler, fremskaffelse af afslørende dokumenter, brug af teknisk bevis, observationer m.v. er også det basale fundament i efterforskningen af narkotikasager. Erfaringen har imidlertid vist, at disse metoder ikke slår til.

3.2. Telefonaflytning og rumaflytning

3.2.1. Rettes politiets opmærksomhed på en bestemt person som mistænkt for at være forhandler til et større antal personer af narkotika, vil det være naturligt, at det ved foreløbige observationer omkring den lokalitet, hvorfra handelen formodes at udgå, søges bragt på det rene, om der jævnlige indfinder sig personer, som må antages at være købere af stoffet. Underbygger observationerne formodningen om, at der hos den mistænkte foregår handel i større omfang, må den videre politimæssige efterforskning taktisk lægges an på at sikre sig bevis herfor.

En afhøring af den mistænkte eller en ransagning på dennes bopæl på så indledende et stadium vil som oftest være kontraindiceret. Kan den indledende efterforskning ske ved midler, der ikke kommer den mistænkte til kundskab, øges muligheden for sagens opklaring. I et vist omfang har telefonaflytning i så henseende vist sig som et egnet middel i efterforskningen.

Det erkendes fra alle sider, at der knytter sig store betænkeligheder til hemmelig aflytning af en andens telefon.⁵ Derfor kan dette efterforskningskridt alene iværksættes under strenge betingelser, jfr. rpl. § 787 og § 788.

Som udgangspunkt kan telefonaflytning kun foretages efter rettens forudgående kendelse. Der skal være påviselig grund til at antage, at der over telefonen gives meddelelse fra eller til nogen som mistænkes for overtrædelse af straffelovens § 191 (og altså ikke blot lov om euforiserende stoffer), og at aflytning skal være af væsentlig betydning for forbrydelsens opklaring. Når aflytning af en telefon i privat eje har fundet sted, skal der af retten gives telefonens indehaver meddelelse herom, når det kan ske uden skade for undersøgelsen, og omstændighederne i øvrigt ikke taler herimod. Om tilintetgørelse af optegnelser eller anden gengivelse (båndoptagelse) er der givet regler i § 787, stk. 5.

⁵ Reglerne om telefonaflytning er indført ved 1 202 11.6.1954 (FT 1953/54, Tillæg A, sp. 2147 – 2155 og Tillæg B, sp. 986 – 87). Strafferetsplejeudvalget er i juli 1983 af justitsministeriet anmodet om at afgive delbetænkning om indgreb i meddelelsesfriheden.

Telefonaflytning til brug i efterforskningen er ikke noget universalmiddel. Det er meget tidrøvende og ressourcekrævende for politiet gennem en længere periode at effektuere en telefonaflytning. Narkotikahandlere er ofte på det rene med, at de af dem benyttede telefoner kan blive aflyttet. Der tales derfor ofte i kode, og der sker hyppigt bevidst sløring af indholdet af samtalerne. Erfaringerne har imidlertid vist, at der ofte gennem telefonaflytning skabes det nødvendige bevismæssige fundament for at underbygge antagelsen om, at der hos den mistænkte foregår handel i større stil med narkotika. Derfor er dette efterforskningsmiddel med de svagheder og betænkeligheder, der er knyttet til brugen af det, ikke blot et egnet, men også nødvendigt led i politiets efterforskningsmuligheder. Diskretion i forbindelse med aflytning er af vital betydning. Så få og erfarne efterforskere og medhjælpere som muligt bør have indsigt med de løbende samtaler og med resultatet af aflytningen.

3.2.2. Ikke alle meddelelser ved narkotikahandel gives selvsagt over telefonen. Ofte sker det fra person til person, og der opstår for disse tilfælde vedkommende et efterforskningsmæssigt behov for at kunne foretage aflytning og optagelse af sådanne samtaler og forhandlinger (rumaflytning).

Rumaflytning kan kun finde sted under tilsvarende strenge betingelser, som gælder for telefonaflytning, jfr. rpl. § 789.⁶ Rettens forudgående kendelse kræves altid ved rumaflytning. I modsætning til telefonaflytning er det ikke foreskrevet, at der efterfølgende skal gives underretning om, at aflytning har fundet sted.

Som tilfældet er ved telefonaflytning er der også store betænkeligheder ved rumaflytning, som vel ret beset må betragtes som et endnu mere indgribende straffeprocessuelt tvangsindgreb end telefonaflytning allerede af den grund, at indgrebet i mange tilfælde forudsætter, at politiet samtidig skaffer sig adgang til den mistænkte lokaliteter for at installere de nødvendige tekniske apparater.

For at modvirke misbrug eller mytedannelse herom må det være op til domstolene i de enkelte sager ikke blot at foretage en nøje kontrol af, at de formelle betingelser for at tillade indgrebet er til stede, men også at efterprøve politiets anbringender om, at forbrydelsens opklaring i det væsentlige afhænger af, at indgrebet bringes i anvendelse.

⁶ Reglerne om rumaflytning er indført ved 1 89 29.3.1972 (FT 1971/72, Tillæg A, sp. 561 – 62). Vedrørende forslag til adgang til rumaflytning i Sverige henvises til Per Olof Ekelöf i Sv. J. T. 1982, s. 654 ff.

3.3. Meddelere

En række berigelsesforbrydelser, sædelighedsforbrydelser og forbrydelser mod liv og legeme opklares alene ved, at politiet fra udenforstående (meddelere) modtager underhåndsoplysninger, som fører til, at efterforskningen rettes mod en bestemt person eller personkreds. Som anført af Kallehauge i U 1976 B, s. 1, er meddelere såvel her i landet som i udlandet antageligt blevet benyttet af politiet, så længe et organiseret politi har eksisteret, jfr. også Dorenfeldt i Lov og Rett 1978, s. 294 «Tysting dvs. at man mottar opplysninger fra en meddeler, oftest en kriminell, mot en liten dusør, har alltid vært akseptert». De opplysninger, som hidrører fra meddelere, er naturligvis af forskjellig valeur. Ud fra det samfundsmæssigt nødvendige behov der er for, at gemingsmanden til alvorlige forbrydelser pågribes og retsforfølges, er sådanne opplysninger fra meddelere i særlige tilfælde blevet honoreret med dusører. Det er administrativt⁷ fastsat, at der som påskønnelse for bistand til opklaring af forbrydelser i særlige tilfælde efter politimesterens (politidirektørens) skøn kan ydes private personer dusører på indtil 500 kr. Såfremt der undtagelsesvist skønnes at være anledning til at udbetale en større dusør, skal spørgsmålet herom forelægges gennem rigspolitichefen for justitsministeriet.

Også afdækningen af narkotikaforbrydelser sker i et vist omfang ved hjælp af meddelere, som i overensstemmelse med Kallehauges definition⁸ kan beskrives som personer, der blot videregiver opplysninger om kriminelle forhold, det være sig påtænkte eller allerede iværksatte forbrydelser, som de ikke selv har nogen del i.

Meddeleren sætter politiet på sporet, og på dette grundlag iværksættes eller intensiveres efterforskningen. Skal meddelerens udsagn ikke bruges som bevis under sagen, er hans identitet uden betydning. Så længe det her beskrevne rollemønster fastholdes, opstår der ikke noget spørgsmål om lovlighed ved anvendelse af denne efterforskningsmetode. Glidende overgange til tilfælde, hvori der indgår infiltration og provokation, er imidlertid ikke utænkelige. Herved kan der opstå et spørgsmål om lovlighed, som på den anden side mest naturligt behandles i forbindelse med omtalen nedenfor af disse metoder, jfr. 3.4.

3.4. Infiltration og provokation

3.4.1. Som påpeget af Volmer Nissen i U 1977 B, s. 402, er det en karakteristisk ting ved handel med narkotika, at selve afviklingen af handlerne

⁷ Jfr. Rigspolitichefens Kundgørelse II, nr. 34.

⁸ Jfr. U 1976 B, s. 1.

kun tager få øjeblikke. Såfremt politiet ikke «er så heldig at gribe ind, hvor stof udveksles med penge, vil bevis ofte være vanskeligt at fremskaffe».

Dette efterforskningsmæssige problem gælder vel også ved andre kriminalitetsformer, men det gør sig med særlig styrke gældende i narkotikasager.

Hertil kommer, at det i de miljøer, hvor narkotikahandelen finder sted, sjældent er muligt at foretage ordinære politimæssige observationer. Det har derfor været nødvendigt for politi og anklagemyndigheden at overveje, om efterforskningen i narkotikasager bør gøres aktiv i den forstand, at politiet i visse tilfælde – navnlig med henblik på at afsløre de overordnede handelsled – infiltrerer miljøet for at skaffe sig underretning om situationen på narkotikamarkedet eller ligefrem provokerer til en salgssituation på et givet tidspunkt og sted for at skaffe det fornødne fældende bevis.

Siden midten af 1970'erne er spørgsmålet om anvendelsen af sådanne utraditionelle efterforskningsmetoder jævnligt blevet omtalt og offentligt debatteret⁹ i de nordiske lande.

3.4.2. Infiltration. Infiltration er af Dorenfeldt¹⁰ beskrevet som en efterforskningsmetode, hvor politiet går ind i narkotikamiljøet og ofte blander sig med miljøet for at få oplysninger om, hvad der sker.

Formålet med denne aktive, udadvendte efterforskningsform er af konstaterende karakter. Politiet vil eksempelvis undersøge, om der i et bestemt geografisk område eller i et særligt miljø sker handel med narkotika, hvorledes importen af stoffet er sket, og hvem der organiserer handelen.

Politiet kan tillige have interesse i, at der fremskaffes en stofprøve til klarlæggelse af kvalitet, farlighed m.v. Skal infiltrationen være effektiv, kan det blive nødvendigt, at en del af infiltrators arbejde sker i private hjem.

Formentlig vil de fleste føle, at denne efterforskningsmetode er betænkelig ud fra etiske overvejelser. Den kan imidlertid være den eneste udvej for, at politiet kan varetage sin i henhold til rpl. § 108, stk. 1, pålagte opgave: at foretage det fornødne til forhindring af forbrydelser og til efterforskning og

9 Jfr. således: Niels Madsen i Dansk Politi 1975, s. 191, H. Kallehaug i U 1976 B, s. 1 – 7, U 1978 B, s. 85 – 91, U 1979 B, s. 28 – 30 og i NTfK 1983, især s. 82 – 84, Volmer Nissen i U 1977 B, s. 401 – 06 og U 1978 B, s. 336 – 341, L. J. Dorenfeldt i Lov og Rett 1978, s. 291 – 303, A. Rothenborg i U 1978 B, s. 83 – 85 og i Advokatbladet 1983, især s. 332 – 33, Gammeltoft-Hansen i U 1979 B, især s. 15 – 16 og i Straffeprocessuelle Tvangsindgreb (1981), især s. 66 – 71, Vagn Greve i Dansk Politi 1976, s. 43 – 45 og Bjørn Edquist i Sv. J. T. 1982, s. 425 – 26.

10 Jfr. Lov og Rett 1978, s. 294.

forfølgning af sådanne. Alt efter omstændighederne kan infiltrationen være den eneste måde, hvorpå det kan bringes på det rene, om et stort parti narkotika står foran realisation.

Så længe infiltrationen holder sig inden for den her nævnte afstukne grænse, ses der således ikke at kunne rejses noget spørgsmål om lovlighed ved metoden, ligesom der ikke ses behov for lovregulering.

På linje hermed ses hovedparten af de forfattere, som har ytret sig om spørgsmålet, således Dorenfeldt i hans tidligere citerede artikel fra 1978, s. 294.

Vagn Greve har derimod i Dansk Politi 1976, s. 43 ff. taget afstand fra efterforskningsmetoden og foreslået, at den ikke anvendes, før der er gennemført lovregler herom.

3.4.3. Provokation. Inden for de sidste 8–9 år er der i Danmark forelagt domstolene nogle straffesager vedrørende overtrædelse af straffelovens § 191, hvor politiet med skjult identitet eller gennem mellemmand har optrådt som interesseret køber af narkotiske stoffer, som man var vidende om skulle omsættes på det danske marked. Ved de på skrømt førte og af politiet styrede forhandlinger har man efterforskningsmæssigt kunnet afdække forhandlerledene og skaffet sig bevis for, hvilket kvantum stof der påtænkte omsat. De oplysninger, som derved er fremkommet, har i hovedsagen dannet grundlag for en senere tiltalerejsning og under straffesagen været af afgørende betydning ved vurderingen af den tiltaltes skyld. Aktionerne har medført, at store mængder narkotika, som ellers ville være blevet omsat, er beslaglagt. Antallet af provokationssager er begrænset og har i alt andraget omkring 15 tilfælde. To af sagerne, hvor metoden har været anvendt, er trykt:

U 1976.236 ØL (Vallensbæk-sagen). En meddeler var af politiet blevet udstyret med penge til brug under forhandlinger om køb af morfinbase, som var indført her i landet med henblik på videresalg. En af politiet kontrolleret salgssituation blev resultatet af de mellem meddeleren (agenten) og sælgerne førte forhandlinger, hvilket medførte en aktion, hvor sælgerne anholdtes.

U 1978.367 HK (Bilka-sagen). Tre personer, hvoraf de to var politifolk, havde i et varehus under foregivende af at være købere ført forhandlinger om køb af 710 g morfinbase, som var indsmuglet her i landet med henblik på videresalg. Forhandlingerne, som var optaget på bånd, førte til en politiaktion, hvor de to sælgere anholdtes.

I U 1977 B, s. 404, har Volmer Nissen (jfr. også Dorenfeldt i den tidligere citerede artikel i Lov og Rett, s. 298) omtalt den ikke trykte ØL-ankedom af 6.7.1977 (Skandinaviassagen), hvor en mellemmand efter aftale med politiet havde optaget forhandlinger med en dansk forhandler om køb af ca. 4000 morfintabletter. Hovedformålet, som i øvrigt blev opnået, var fra politiets side at afsløre forhandlerens

pakistanske leverandører (bagmændene). Gennem observation, skygning og fotografering havde politiet fået bekræftet, at der fra den danske forhandlers bopæl foregik handel af morfinpiller til brugere og viderehandlere. Man havde formodning om, at han af de pakistanske leverandører ville få overladt et stort parti narkotika til eneforhandling i Danmark. Denne antagelse kunne der ikke skaffes bevismæssig dækning for ved yderligere observationer. Der blev derefter på et hotel etableret en fingeret og af politiet overvåget forhandling, hvor en mellemmand mødte frem med en pengesum til fremvisning. Under salgsforhandlingerne slog politiet til og anholdt sælgeren og hans to pakistanske leverandører og beslaglagde tabletterne.

Efterforskningsmetoderne er blevet godtaget af domstolene. De har vist sig effektive og ud fra et efterforskningsmæssigt synspunkt nødvendige, når andre traditionelle metoder har vist sig ikke at slå til. Ved den erfaring, som er indhøstet, men også som følge af den offentlige debat, brugen af agents provocateurs har givet anledning til, har metoden undergået en vis ændring. Udgangspunktet er således i dag, at kun politifolk anvendes som agenter.

Ved de hidtil beskrevne efterforskningsdispositioner og metoder har der i hovedsagen ikke foreligget noget spørgsmål om, hvorvidt efterforskningen må betragtes som lovlig eller ulovlig. Brugen af agent nødvendiggør derimod af flere grunde, at dette spørgsmål rejses.

Provokation ved agent er med hensyn til tid og sted årsagen til, at der sker omsætning af et ulovligt stof, og derved opstår spørgsmålet om, hvorvidt agenten kan pådrage sig ansvar for strafbar medvirken og derved gøre sig skyldig i en ulovlighed.

Muligheden for glidende overgange fra meddelervirksomhed og infiltration til provokationstilfælde er omtalt ovenfor under 3.3. De refererede afgørelser vedrørende provokationssagerne viser, at sådanne glidende overgange med rolleskift forekommer, hvilket fører med sig, at spørgsmålet om lovlighed må udvides i overensstemmelse hermed.

Spørgsmålet om grænsedragningen mellem lovlig/ulovlig provokationsvirksomhed har været flittigt debatteret.¹¹ Der er enighed om, at det er uacceptabelt og ulovligt, såfremt politiet selv eller gennem mellemmand formår nogen til at begå en forbrydelse, som ellers ikke ville være begået.¹² Dette fører med sig, at provokationen ikke må indebære en forøgelse af lovovertrædelsens omfang eller grovhed. Har den mistænkte ikke gjort noget forsøg på at

¹¹ Jfr. note 9.

¹² Klarest og enklest formuleret af L. J. Dorenfeldt i Lov og Rett 1978, s. 294: «Men i intet land har man akseptert, at politiet selv eller ved hjælp av medvirkere tilskynder en person til å begå en straffbar handling han ellers ikke ville begått. Her går det en helt sikker grense», jfr. også Gomard, Studier i den danske Straffepoces, s. 205.

overtræde narkotikalovgivningen, vil en provokation hertil være ulovlig. Som en i hvert fald praktisk hovedregel må der stilles krav om, at stoffet er til stede her i landet. Ligger det imidlertid fast, at der er truffet foranstaltninger til at bringe stoffet ind i landet, kan provokationen ikke være udelukket.¹³ Kredsen af gerningsmænd må ikke udvides som følge af provokation. Hvis personer, som ikke i forvejen har haft noget med forbrydelsen at gøre, medinddrages på grund af forhold, der må tilregnes agenten, må provokationen anses for ulovlig i forhold til de nytilkomne.

Såfremt provokationen begrænses i overensstemmelse med foranstående, ses der ikke fra agentens side at kunne blive tale om strafbar medvirken til en forbrydelse, og spørgsmålet om ulovlighed opstår derfor ikke.

I intet af de nordiske lande foreligger der lovregulering af agentvirksomhed. I Danmark er der fra flere sider rejst spørgsmål herom.¹⁴

Hvad enten der lovgives om efterforskningsmetoden eller ikke, bør brug af agent kun finde sted, når særlige omstændigheder foreligger og kun under iagttagelse af særlige forholdsregler. Beslutning herom bør alene tages på chefplan, og det vil være rimeligt, at statsadvokaten inddrages i beslutningsprocessen. Andre efterforskningsmåder skal have udtømt deres virkning eller være udsigtsløse. Der skal være begrundet mistanke om, at straffelovens § 191 er overtrådt eller vil blive overtrådt i forbindelse med påtænkt omsætning her i landet af et betydeligt kvantum narkotika. Som udgangspunkt bør alene politifolk optræde som agenter og penge, som skal forevises for sælgeren, skal altid skaffes af politiets midler og ikke af den enkelte agents. Retten og forsvareren skal loyalt underrettes om, at agent har været anvendt.

Vedrørende spørgsmålet om afhøring i retten af agenten, henvises der nedenfor til 5.3.

Har meddeleren undtagelsesvist optrådt også som agent, eller har der forekommet infiltration og er denne på et tidspunkt gået over til at være provokation, bør en eventuel lovgivning følgelig finde tilsvarende anvendelse på den del af deres virksomhed, hvor de har optrådt som provokatører.

Det er referentens opfattelse, at efterforskningsmetoden: provokation ved agent, er et forsvarligt (og nødvendigt) middel, såfremt brugen heraf sker under iagttagelse af den ovenfor beskrevne procedure.

¹³ Danske statsborgeres besiddelse i udlandet af euforiserende stof er i øvrigt omfattet af dansk strafmyndighed, jfr. strfl. § 7, stk. 1, nr. 2, og forbudet mod besiddelse er ikke territorielt begrænset, jfr. U 1983. 117 H.

¹⁴ Jfr. således Vagn Greve i Dansk Politi 1976, s. 45, H. Kallehauge i NTfK 1983, især s. 83 – 84 og s. 101, note 2. Justitsministeriet har i juli 1983 anmodet strafferetsplejeudvalget om at afgive delbetænkning om spørgsmålet.

3.5. *Controlled-delivery*

Det er ovenfor under 3.1. omtalt, at politiet undertiden må indtage en afventende, observerende rolle og ikke straks rejse sigtelse og foretage anholdelse, selv om betingelserne for politiets indskriden er til stede.

Bekæmpelsen af den professionelle og internationale narkotikahandel har nødvendiggjort, at denne efterforskningstaktik finder anvendelse også på tværs af landegrænserne, således at der i særlige tilfælde landene imellem indgås aftaler om metoder, hvor et eller flere lande afstår fra at foretage anholdelse, skride til beslaglæggelse og indlede retsforfølgning, når en kurér med et parti narkotika med politiets vidende passerer gennem vedkommende land, således at det videre aftales, at der først iværksættes en politiaktion, når kureren eller partiet har ledt politiet hen til modtageren. Det eller de lande, hvorigennem transporten sker, afstår altså fra at foretage retsforfølgning, selv om dets lovgivning er krænket, for at hovedformålet derved bedre kan nås: afdækning af modtager (organisationen) og derved muligvis også afsender (organisationen). Denne form for efterforskning kaldes *controlled-delivery*. I Danmark er *controlled-delivery* taget i anvendelse for 3–4 år siden og anvendt fra 5 til 10 gange årligt i de sidste par år med tilfredsstillende resultater.

Betænkeligheden ved at gøre brug af denne efterforskningsmetode ligger fortrinsvis i faren ved, at partiet kommer ud af politiets kontrol. For at eliminere denne fare, må der under en aktion etableres stadig og fuld kontrol med kurér og varer.

De fornødne aftaler med og tilladelser fra de kompetente myndigheder i de lande, kurerer og varer passerer, må i hvert enkelt tilfælde selvsagt foreligge. Er disse betingelser opfyldt må *controlled-delivery* betragtes som en særdeles nyttig efterforskningsmetode.

3.6. *Plea-bargaining*

Elsebeth Rasmussen har i U 1980 B, s. 153 ff. redegjort for begrebet *plea-bargaining*: aftaler mellem anklagemyndigheden, sigtede og hans forsvarer, eventuelt også med dommeren om at begrænse tiltalen eller straffens udmåling, mod at den sigtede tilstår sig skyldig i aftalt omfang. Forfatteren har i artiklen nævnt andre former for tilsagn til den sigtede, hvorved han stilles gunstigere, såfremt han aflægger tilståelse eller afgiver forklaring om andres forhold. I U 1983 B, s. 311 ff. er forfatteren fremkommet med supplerende (kritiske) bemærkninger og eksempler. Begge artikler angår *plea-bargaining* i forbindelse med narkotikakriminalitet.

Rpl. § 752, stk. 3, foreskriver, at løfter, urigtige foregivender eller trusler ikke må anvendes ved afhøringer. Om og i bekræftende fald i hvilket omfang,

der gives sigtede i narkotikasager tilsagn om fordele, såfremt de tilstår sig skyldige, er usikkert. Det er i øvrigt ikke muligt at drage en skarp skillelinie mellem tilfælde, hvor tilsagn må anses for tilladelige og tilfælde, hvor de er utilladelige.

Oplysning til den sigtede om, at det af retten kan tillægges betydning for strafudmålingen, såfremt sigtede aflægger tilståelse, er et eksempel på en tilladelig disposition, jfr. herved straffelovens § 84, stk. 1, nr. 9.

Gives der en person, som må antages at have gjort sig skyldig i narkotikakriminalitet af ikke ubetydeligt omfang, tilsagn om immunitet mod tiltale overhovedet, såfremt han giver oplysninger om medimpliceredes forhold, vil dette være klart utilladeligt, også selv om muligheden for at afdække et stort sagskompleks derved forskertses.

I det område, som ligger mellem disse ydertilfælde, kan der i et meget begrænset omfang gives en sigtet visse tilsagn, eksempelvis om en forkortet sagsbehandlingstid, såfremt han aflægger tilståelse. Hensættelse af en varetægtsfængslet i isolation sker for at imødegå risikoen for kollusion. Vil den sigtede aflægge tilståelse og fortælle om sagsforholdet, er der almindeligvis ikke længere nogen risiko for kollusion. En orientering om disse sammenhænge må være tilladelig, uden at det kommer i strid med § 752, stk. 3. Tilsvarende oplysninger kan gives den sigtede af politiet, men oftest vil det være en klog disposition, at sådanne orienteringer tilgår sigtede gennem hans forsvarer.

Politiet har ikke rådighed over tiltalen, og løfter om påtalebegrænsninger kan allerede af den grund ikke gives af politiet. Også den overordnede anklagemyndighed bør afholde sig fra at stille påtalebegrænsninger i udsigt som belønning for oplysninger fra den sigtede, som derved påregner at opnå en strafreduktion. Om der skal idømmes sigtede en mildere straf p.g.a. hans bistand til sagens opklaring, afgør alene retten.

Spørgsmålet om plea-bargaining ses ikke at have været forelagt for domstolene. I sagen U 1982.1027 HK, hvor der under visse betingelser var indgået aftale om ikke-iværksættelse af yderligere retsforfølgning i Danmark mod en i USA bosat person, som var sigtet for overtrædelse af narkotikalovgivningen, ses der alene taget stilling til, hvorvidt vidneafhøring af den pågældende var tilladelig.

Er tilsagn blevet givet eller er der i øvrigt anvendt utraditionelle efterforskningsmetoder, bør det fremgå af sagen.

4. Bevisspørgsmål

I det foregående er der redegjort for, hvorfor efterforskningen i narkotikasager ofte må gribes anderledes an end i andre sager. Også bevisproblematikken er til dels forskellig fra den, man kender i de fleste andre sagstyper.

Jo enklere faktum er i en straffesag, desto lettere er beviset at håndtere: et indbrud, som er blevet observeret af en forbipasserende vægter, giver sjældent anledning til store bevisovervejelser, selv om tiltalte nægter sig skyldig.

I narkotikasager kan sagsforholdet være tilsvarende enkelt. Besiddelse af narkotisk stof uden tilladelse er forbudt. Antræffes en person med stof på sig, er der derved også bevis for, at han har overtrådt loven om euforiserende stoffer. Er personen i besiddelse af en større mængde stof, opstår der en formodning om, at stoffet skal videresælges. Det bliver i dette tilfælde nødvendigt at foretage en vurdering af, om man skal tro på sigtedes anbringende om, at varen kun er til eget brug. Almindeligvis giver denne vurdering sjældent anledning til særlige overvejelser: jo større mængde stof, der findes, desto større bliver formodningen for, at stoffet skal omsættes. Er den fundne stofmængde ringe, kan der alligevel være indikation for, at der har fundet handel sted i større stil, nemlig såfremt der samtidig findes store pengebeløb, som den pågældende ikke kan redegøre for.

En forenkling af bevisproblematikken i narkotikasager kan opnås ved brug af utraditionelle efterforskningsmetoder, herunder provokation. Skandinavia-sagen (jfr. ovenfor under 3.4.3.) er et eksempel herpå. Formodningen om den mistænkte rolle som storforhandler (eneforhandler i Danmark) kunne ikke verificeres gennem observationer, skygning m.v. Provokationssituationen skaffede et klart, fældende direkte bevis. Men i det store antal tilfælde står et sådant efterforskningsmiddel ikke til disposition, og der er sjældent tale om enkle sagsfakta. Derimod er sagerne som oftest store og tunge og udgør egentlige sagskomplekser som følge af, at der almindeligvis er flere personer, som er mistænkt eller sigtet i sagen. De pågældende vil typisk have forskellige roller. De fleste er brugere eller en kombination af brugere og viderehandlere (pushere). Fra dette led og til den udenlandske leverandør kan der være en stor vifte af muligheder spændende fra den lejlighedsvis medhjælper over kureren til den egentlige hovedmand og eventuelt dennes financier. Den bevismæssige afdækning af dette rollemønster er vanskelig. Jo højere man befinder sig på rangstigen i dette system, desto mindre er tilbøjeligheden til at afgive forklaring om sammenhængene, idet en afsløring heraf har til følge, at straffen derved bliver strengere samtidig med, at store ulovligt oppebårne fortjenester inddrages. I nogle sagstyper kan det bevismæssigt være på det rene, at en

mistænkt er forhandler af narkotisk stof. Omfanget af handelen kendes ikke. Efter den mistænktes egen forklaring har handelen været lejlighedspræget og kun af begrænset omfang. Ved observationer, telefonaflytninger og afhøringer af brugere og viderehandlere kan der tegne sig et billede af omfanget af den mistænktes handel, som i væsentlig grad overstiger de mængder, han selv har fortalt om. Men en eksakt fastlæggelse af omfanget af handelen kan derved sjældent foretages. Køberne oplyser cirka-angivelser for de enkelte køb og omtrentlige antal gange, de har handlet med den mistænkte. Der må på dette grundlag foretages beregninger til det sandsynlige samlede varesalg. Sådanne beregninger vil være behæftet med en usikkerhed, som ikke bliver mindre ved, at køberne undertiden ændrer forklaring om omfanget fra den ene rapportafhøring til den anden. Forklaringen kan ændres på ny, når den afgives i retten enten i forbindelse med behandlingen af deres egen sag eller under straffesagen mod den mistænkte som vidner. De særlige problemer, som foreligger i forbindelse med vidneforklaringer i narkotikasager, behandles nedenfor under 5.

I andre straffesager end narkotikasager benytter de sig kun sjældent af deres ret til at nægte at afgive forklaring, jfr. retsplejelovens § 752. I narkotikasager indtager de sigtede ikke sjældent det standpunkt, at de ikke ønsker at udtale sig. Det vigtige bevismiddel¹⁵, som en sigtets forklaring trods alt er – hvad enten den er sand eller ikke – vil mangle. Hertil kommer, at anmeldere er et særsyn i disse sager. Og medens andre sagstyper kan belyses gennem den forklaring om hændelsesforløbet, som anmelderen afgiver, må man i narkotikasager klare sig uden. Afslørende dokumenter i form af f. eks. regnskabsbøger, som man ser det i økonomiske sager, foreligger sjældent; højst er der tale om nogle løsrevne, uordnede notater, som det kan være nødvendigt at sammenholde med kryptiske telefonbeskeder for at få mening ud af dem. Dette gør, at sagerne sjældent kan opbygges på et fundament af direkte bevisligheder eller sikre indicier, men alene på mere usikre indicier, hvor mange små brudstykker skal samles flere steder fra for at danne et mønster.

Det spørgsmål har været rejst, om domstolenes bevisbedømmelse i narkotikasager er anderledes end i andre sagstyper.¹⁶ Nogle har således givet udtryk for den opfattelse, at der er sket en slækkelse af beviskravene.

Efter min mening er der ikke støtte for denne antagelse.

¹⁵ Jfr. H. Kallehauge i NTfK 1983, s. 99.

¹⁶ Jfr. herved H. Kallehauge i NTfK 1983, især s. 95 – 101 og i Advokatbladet 1983, s. 425 ff. og A. Rothenborg i Advokatbladet 1983, s. 329 ff. og s. 427 ff.

Derimod medfører sagernes særegenhed, at der i visse tilfældegrupper kan opstå nogle formodningsregler om visse sagsammenhænge, som det må være op til den tiltalte om ikke at modbevise så dog at afsvække.

Den formodning om hensigt til videresalg, som opstår, når en person findes i besiddelse af et større kvantum narkotika, er allerede omtalt. Den person, som sammen med en anden befinder sig i en kurérbil, der standses af politiet fyldt med narkotisk stof, må formodes også at være kurér og ikke blot passager. Paralleller kan drages til visse bofællesskaber. Udsagn fra en person, som antræffes med en kuffert indeholdende farlig narkotika, om at han troede, at der var tale om et mere ufarligt stof, har også formodningen imod sig.

5. Vidneforklaringer

5.1. Generelt

I nær sammenhæng med det under 4. anførte hører en beskrivelse af nogle af de spørgsmål, som vidneførelsen i narkotikasager rejser. Der er tidligere redegjort for, at der i disse sager typisk ikke er nogen forurettet part. I næsten alle andre sagstyper er netop vidneforklaringen i retten fra den forurettede et af de mest betydningsfulde bevismidler. De vidneudsagn, som skal belyse faktum i straffesager mod narkotikaforhandlere afgives derfor fortrinsvis af brugere og viderehandlere. Brugerne skal afgive forklaring om af hvem, de har købt stoffet, altså om viderehandlerne. Og disse skal forklare om deres forbindelse med den tiltalte forhandler. Begge vidnegrupper har ulyst ved at forklare og forklare sandt. Brugerne er afhængige af stof. Denne afhængighed gør, at de nødtigt udleverer deres leverandør. Viderehandlerne er af økonomiske grunde afhængige af deres leverandør. Nogle af dem er tillige afhængige af stof. Heller ikke de er motiveret for at fortælle om de rette sammenhænge, idet de derved afskæres fra yderligere leverancer. Begge grupper er som følge af deres forbrug/videresalg af narkotika overtrædere af narkotikalovgivningen. Brugerne er for at skaffe sig penge til at købe stof derudover typisk berigelseskriminelle. Miljøet, den kriminelle baggrund og afhængigheden af stof og af hinanden er medvirkende årsager til, at der knytter sig usikkerhed til værdien af de forklaringer, som afgives. Også fra andre sagsområder kendes imidlertid problemet om vidners troværdighed.¹⁷ I sager om sædelighedsforbrydelser over for børn, hvor strafniveauet er tilsvarende strengt som ved de grove

¹⁷ Jfr. således Lindegaard og Trolle: Procedure i straffesager (1975) s. 21 – 38 og s. 43 – 49 med oversigt over litteraturen.

narkotikaforbrydelser, kan afgørelsen af tiltaltes skyld stå og falde med vurderingen af den vidneforklaring, som barnet afgiver. Og det er en velkendt ting, at der er særlige problemer ved vidneforklaringer afgivet af børn. Domstolene står således ikke fremmed over for dette problem. Kommer retten i en sag til det resultat, at der knytter sig en så stor usikkerhed til troværdigheden af vidnets forklaring, at der opstår grundet tvivl om den tiltaltes skyld, må der ske frifindelse.

5.2. *Anonyme vidner*

Det problem, som er nyt for vort retssystem, og som i særlig grad gør sig gældende i narkotikasager, har sit udgangspunkt i det faktum, at vidner ikke sjældent nærer frygt for at afgive forklaring. I en række sager, som har været forelagt domstolene, og i nogle artikler¹⁸ er problemet belyst.

Denne frygt kan være af mere abstrakt karakter¹⁹, men også ganske konkret. Narkotikamiljøet er hårdt og skånselsløst. Diskretionsbrud afregnes med afstraffelse af vidnet selv eller dets nærmeste. Trusler på livet, vold, hærværk og lignende metoder tages i anvendelse. Det er på den ene side nødvendigt, at forklaringer fra vidner fra narkotikamiljøet kommer frem, således at de strafskyldige kan drages til ansvar og ikke får mulighed for at terrorisere sig fri for retsforfølgning og på den anden side vigtigt, at det erkendes, at der er et klart behov for, at vidnerne beskyttes bedst muligt mod overlast. Herved opstår spørgsmålet, om der i særlige tilfælde kan forholdes på den måde, at vidnets anonymitet sikres.

Efter retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1 – 3, foreligger der ikke vidnepligt, såfremt forklaring vil udsætte vidnet eller hans nærmeste for tab af velfærd eller påføre vidnet eller hans nærmeste anden væsentlig skade.

Afgives forklaring i et sådant tilfælde (frivilligt, eller hvis vidnet er blevet det pålagt i henhold til § 171, stk. 3), skal retten påse, at særligt hensyn tages til vidnet, jfr. § 173, stk. 2.

En forudsætning for, at det kan overvejes at sikre et vidne anonymitet må være, at der foreligger en konkret indikation for, at vidnet er omfattet af en fritagelsesgrund som i § 171, stk. 2, nr. 1–3 nævnt. Denne afvejning kan være vanskelig, jfr. herved U 1982.337 H. Referatforbud og dørlukning kan i første omgang hindre, at omverdenen får kendskab til vidnets identitet. Men et

18 Jfr. således Jens Gabe i U 1983 B, s. 295 ff.: Vidnebeskyttelse og Peter Blume i U 1983 B, s. 399 ff.: Anonyme vidner.

19 Jfr. herved U 1982.337 H, hvor en narkotikasmuglers begæring om vidnefritagelse afvistes, da den alene var baseret på en upræcis henvisning til frygt for sig selv og hans forlovede, såfremt han røbede sin bagmands identitet.

tilstrækkeligt værn giver disse foranstaltninger ikke, idet tiltalte vil have det i sin magt, når lejlighed byder sig, enten selv eller gennem sine hjælpere at iværksætte repressalier. Skal beskyttelsen være effektiv, må der træffes yderligere forholdsregler: vidnets identitet må ikke fremgå af bevisfortegnelsen eller af retsbogen eller af dommen. Når vidnet afhøres, skal det være uden tiltaltes tilstedeværelse. Og når vidnets forklaring gennemgås og vurderes under proceduren, må tiltalte ikke være til stede.

Retsplejeloven foreskriver, at vidners navne skal angives på bevisfortegnelsen (§ 834), at bevisfortegnelsen skal tilsendes forsvareren, og at sagens bevisligheder så vidt muligt skal gøres «tilgængelige» (§ 835), at tiltalte normalt skal være til stede under domsforhandlingen (§ 846), og at han – hvis han er fjernet fra retssalen, medens et vidne afhøres – skal gøres bekendt med vidnets forklaring (§ 848).

Spørgsmålet om, hvorvidt disse forskrifter i retsplejeloven, som tilgodeser tiltaltes tarv og stilling i straffeprocessen, har primat over for de hensyn, der er at tage i relation til vidnet og retshåndhævelsen, har for nylig været forelagt højesteret i en sag, hvor politiet havde lovet to vidner anonymitet. Deres forklaringer viste sig at være af væsentlig betydning for domfældelsesmulighederne.

De blev indkaldt som vidner, men deres navne var ikke opført på bevisfortegnelsen, hvor de alene var betegnet med bogstav. De blev både ved byretten og ved landsretten afhørt, således at deres identitet, der var retten, anklageren og forsvareren bekendt, blev holdt skjult for tiltalte. Ved anke af sagen til højesteret blev afgørelsen herom, der tillige indebar et pålæg til forsvareren om ikke at røbe identiteten, anfægtet som en rettergangsfejl.

Ved højesterets dom af 2. december 1983 (U 1984.81 H) udtalte flertallet:

«Efter retsplejelovens § 173, stk. 2, skal retten påse, at særligt hensyn tages til et vidne, der afgiver forklaring i de i §§ 169–172 nævnte tilfælde. Hvis omstændighederne giver grundlag for at antage, at afgivelse af forklaring i sådanne tilfælde indebærer en nærliggende risiko for vidnet eller vidnet nærstående personer for at lide overlast, findes hensynet til vidnet at kunne begrunde, at vidnets identitet hemmeligholdes for tiltalte, såfremt hensynet til retshåndhævelsen på grund af sagens alvor samt forklaringens betydning ganske undtagelsesvis måtte gøre det påkrævet, at forklaringen afgives. Er der herefter truffet bestemmelse om hemmeligholdelse af vidnets identitet i forhold til tiltalte, må de i retsplejelovens §§ 834 og 835 indeholdte bestemmelser om bevisfortegnelsen og sagens øvrige dokumenter samt bestemmelserne i § 846 om tiltaltes tilstedeværelse under domsforhandlingen og § 848, stk. 2, om pligten til at gøre tiltalte bekendt med forklaringer, der er afgivet under hans fjernelse fra retssalen, forstås med den begrænsning, der er en naturlig følge af vidneanonymiteten.

Efter det anførte tiltræder disse dommere, at de i sagen oplyste omstændigheder har

givet grundlag for at hemmeligholde vidnerne A's og D's identitet for tiltalte og dermed også for den trufne bestemmelse om, at tiltalte skulle forlade retssalen under anklagemyndighedens detaljerede gennemgang af disse vidners forklaringer. De finder herefter, at påstanden om ophævelse af de afsagte domme og om hjemvisning af sagen ikke kan tages til følge.»

Et mindretal i højesteret fandt ikke, at retsplejelovens § 173, stk. 2, eller andre af lovens bestemmelser afgav hjemmel til at fravige det gældende regelsæt.

Under snævre betingelser vil der således undtagelsesvist kunne sikres vidnet den fornødne anonymitet. Den forklaring fra et vidne, hvis identitet skjules for tiltalte, som derfor ikke har haft mulighed for at anfægte vidnets troværdighed og motiver, har som udgangspunkt en svagere bevismæssig værdi end en vidneforklaring, hvor tiltalte har haft denne mulighed.

Forsvarerens hverv er også derved vanskeliggjort. Han afskæres fra at drøfte enkeltheder i vidneudsagnet mod klienten og derved få hans medvirken til at imødegå udsagnet. Den bevis tvivl, som derved kan opstå, må komme tiltalte til gode, jfr. herved U 1976.236 Ø og U 1978.367 HK, som omtales nedenfor.

5.3. *Agenten som vidne*

Spørgsmålet, om hvorvidt agenten i provokationssager skal afhøres som vidne i retten, har i nogle enkelte tilfælde været forelagt domstolene til afgørelse, og spørgsmålet har i øvrigt været genstand for en diskussion mellem H. Kallehauge og Volmer Nissen.²⁰

I Vallensbæk-sagen (U 1976.236 Ø), hvor agenten var en privatperson, og i Bilka-sagen (U 1978.367 HK), hvor en af agenterne var privatperson, modsatte anklagemyndigheden sig vidneførsel under henvisning til den fare, agenten derved ville komme i. I begge tilfælde fulgte retterne anklagemyndighedens påstand, idet det samtidig i afgørelserne bemærkedes, at den bevis tvivl, som måtte følge af, at agenten ikke førtes som vidne i retten, måtte komme den tiltalte til gode.

I Skandinavia-sagen (U 1977 B, s. 404–405), hvor agenten også var en privatperson, bestemte landsretten, at han skulle føres som vidne i retten.

Ved vidneafhøringen oplyses omstændighederne ved provokationen, og retten får derigennem adgang til at prøve, om grænsen for provokation er overskredet.

Når man fra anklagemyndighedens side i de tre nævnte tilfælde modsatte sig

²⁰ Jfr. note 9.

vidneførsel, skete det først og fremmest med henvisning til faren for agenternes sikkerhed.

Spørgsmålet må i det enkelte tilfælde løses ved en konkret vurdering af, hvorvidt en vidneforklaring må antages at ville påføre agenten selv eller hans nærmeste tab af velfærd eller anden væsentlig skade, jfr. retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1–3. (Er agenten en privat person, må risikoen ved at afgive vidneforklaring gennemsnitligt antages at være mere nærliggende, end når det er en polititjenestemand, som har fungeret som agent). Afvejningen bør ikke nødvendigvis føre til, at domstolene vælger enten den ene løsning (vidneførsel) eller den anden løsning (ikke-vidneførsel). En mellemløsning, hvorefter vidneførsel sker, men hvor anonymiteten sikres, vil kunne være en rimelig løsning, jfr. herved højesterets dom 2.12.1983.

6. Teser

- a. Narkotikasager udgør efterforskningsmæssigt et sådant problem, at ekstraordinære metoder må tages i anvendelse. Der må være nøje kontrol med anvendelsen af disse efterforskningsmetoder, som i øvrigt først bør tages i brug, når sædvanlige efterforskningskridt har vist sig ikke at slå til.
- b. Det er nødvendigt, at det sikres, at de professionelle narkotikakriminelle ikke får mulighed for at terrorisere sig fri for retsforfølgning.
- c. Bevisbedømmelsen i narkotikasager bør være den samme som i andre straffesager. De sædvanlige beviskrav bør ikke slækkes. Men der kan foreligge situationer, hvor der opstår en formodning for den tiltaltes skyld, som tiltalte selv må afsvække.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Gunnar Aasland

Fra oljeutblåsning til motorveistøy.
Erstatningsspørsmål ved forurensning

Innhold

	Side
I. Innledning	53
II. Er det ønskelig med alminnelige lovregler om erstatning for forurensningsskade?	57
III. Objektivt ansvar?	60
IV. Tålegrensen	62
V. Årsaks- og bevisspørsmål	64
VI. Erstatningsmessig tap og erstatningsvernede interesser	65
Bil. 1: Fra SOU 1983:7. Forslag till miljöskadelag	69
Bil. 2: Fra NOU 1982:19. Lovutkast til kap. 8 i forurensningsloven: Erstatning for forurensningsskade	72

Fra oljeutblåsning til motorveistøy. Erstatningsspørsmål ved forurensning

Av høyesterettsdommer GUNNAR AASLAND, Norge

I. Innledning

Rettslige spørsmål i tilknytning til forurensning har også tidligere stått på dagsordenen ved de nordiske juristmøter, senest ved møtet i Reykjavik i 1975. Her ble samfunnets kontroll med forurensende virksomhet tatt opp på bred basis. Det emne som skal behandles i det følgende, erstatningsspørsmålene, representerer bare en liten bit av forurensningsproblematikken. Og som virkemiddel mot forurensninger er erstatning åpenbart ikke det viktigste. Men emnet har stor og økende praktisk betydning. Praktiserende jurister stilles stadig overfor spørsmål om erstatning som følge av forurensende utslipp, noe også domssamlingene bærer bud om. Emnet har dessuten fått økt aktualitet ved at det både i Sverige og Norge foreligger ferske utredninger med utkast til nye lovregler om erstatning ved forurensninger, jfr. henholdsvis SOU 1983:7 «Ersättning för miljökador» og NOU 1982:19 «Generelle lovregler om erstatning for forurensningsskade».

I Sverige vil de regler som foreslås, tre i stedet for erstatningsregelen i 30 § i Miljöskadelagen, som er en generell regel om erstatning ved miljøskader, dog slik at både den gamle og de foreslåtte regler er begrenset til skader voldt ved bruken av fast eiendom. Norsk rett har i dag ingen generelle regler om erstatning for forurensninger. Dels foreligger det spesialregler på enkelte områder, men for øvrig må erstatningsspørsmålene avgjøres på grunnlag av alminnelige erstatningsrettslige regler. Dette synes også å være rettstilstanden i Danmark, Finland og Island.

De erstatningsspørsmål som knytter seg til forurensninger, er omfattende, noe som illustreres av de to nevnte utredninger som begge er på ca. 300 sider. Forurensningsskadene reiser problemer som spenner over bortimot hele den alminnelige erstatningsrett foruten deler av ekspropriasjonsretten. I dette diskusjonsgrunnlag kan det bare bli tale om å ta opp enkelte hovedspørsmål til drøftelse, og drøftelsen må nødvendigvis bli oversiktspreget. Det er nok heller ikke til å unngå at den blir preget av at forfatteren var formann i det norske

lovutvalg. Man vil kunne konstatere en betydelig grad av sammenfall mellom de teser jeg oppstiller i det følgende og de forslag lovutvalget har fremsatt.

Hensynene bak regler om erstatning for forurensningsskader er vel i det vesentlige de samme som gjør seg gjeldende ved erstatningsansvar for øvrig – prevensjon og gjenoppretting. Disse hensynene har imidlertid enkelte spesielle aspekter på dette felt.

Det er en nokså banal observasjon at mange former for forurensning er en helt unngåelig følge av virksomhet som vi ikke kan være foruten i det moderne industrisamfunn. Utslipp av forurensende stoffer til vann og luft fra industriell virksomhet vil kunne begrenses med forbedrede produksjons- og rensemetoder, men aldri helt unngås. Det samme gjelder for støy og annen forurensning fra den stadig økende bilparken eller fra flyplasser. Andre former for forurensning kan være av den art at de prinsipielt ikke burde finne sted, men i praksis er vanskelige å forhindre. Under transport av olje og kjemikalier vil det f. eks. neppe være til å unngå at det iblant skjer uhell med forurensning til følge, og under oljeboring må man regne med risikoen for en blowout. Men det kan selvsagt også tenkes tilfelle hvor forurensningen skyldes forkastelig atferd fra forurenserens side; f. eks. ulovlig dumping av avfall eller nedgraving av gifttønner som man har sett enkelte uhyggelige eksempler på. At det bør være et strengt erstatningsansvar i denne siste typen av tilfelle, trenger ingen nærmere påvisning. Men hva med erstatning i de mer vanlige tilfelle, hvor forurensningen er en nødvendig eller iallfall statistisk påregnelig følge av lovlig og nyttig virksomhet?

Også når det gjelder slik forurensning, har erstatningsregler sin klare berettigelse. Selv om reglene ikke kan hindre forurensninger, kan de virke som et insitament til å unngå forurensning eller holde den på et lavest mulig nivå. Erstatningsregler kan påvirke en bedrift til å treffe sikkerhetstiltak, til å finne frem til mindre forurensende produksjonsmetoder eller til å velge en lokalisering av den forurensende virksomhet hvor skaden på omgivelsene blir minst mulig. Men ved siden av at erstatningsregler således kan virke preventivt, vil de også bevirke at skadelidte får økonomisk kompensasjon når forurensning har voldt skade eller tap. At forurenseren skal betale erstatning for skader og ulemper, er i overensstemmelse med det såkalte «polluter pays principle». Det er naturlig å anse forurenseren nærmest til å bære disse utgiftene, fordi han har den økonomiske fordel av den skadevoldende virksomhet.

Disse synspunkter har imidlertid sine begrensninger. Når det gjelder erstatningsreglenes preventive side, kan det således være grunn til å understreke at erstatning bare er ett av flere virkemidler i bekjempelsen av forurensninger, og langt fra det viktigste. Større betydning har nok den kontroll det offentlige

øver med forurensende virksomhet, f. eks. gjennom arealdisponeringen etter bygningslovgivningen og gjennom å gi eller nekte tillatelse til forurensende tiltak, stille vilkår for tillatelsene samt føre kontroll med at vilkårene blir overholdt.

Den kontrollen det offentlige på denne måten øver med forurensende virksomhet, gjør selvsagt ikke erstatningsregler overflødige. Men det fremstår likevel som et problem hvor langt det er rimelig og riktig å pålegge erstatningsansvar for forurensning som er en uunngåelig følge av virksomhet som myndighetene har funnet å burde tillate fordi den anses samfunnsmessig ønskelig. Hvordan bør hensynet til skadelidte balanseres mot hensynet til at erstatningsreglene ikke må legge for store byrder på samfunnsmessig nødvendig virksomhet? Særlig den svenske utredning er preget av et ønske om å vise tilbakeholdenhet her, men avveiningen er selvsagt også kommet til uttrykk i den norske utredning.

Før jeg forlater disse alminnelige rettspolitiske betraktninger, kan det også være grunn til å fremheve at det ved fastsettelsen av erstatningsregler for forurensningsskader er vesentlig å ha for øye at forurensninger i stor utstrekning rammer fellesgoder, hvor den erstatningsrettslige beskyttelse tradisjonelt har vært mangelfull. Det har i senere år ofte vært fremhevet at erstatningsreglene er utilstrekkelige fordi de i det vesentlige bare tar vare på den enkeltes økonomiske særinteresser. De allmenne interesser i ren luft, vann og sjø har ikke erstatningsvern, fordi det her er tale om fellesgoder som ikke er undergitt privat eiendomsrett. Det bør overveies om erstatningsreglene bør utbygges for bedre å ivareta de allmenne interesser.

Jeg skal ikke gi noen systematisk redegjørelse for gjeldende rett om erstatning ved forurensningsskade. Gjeldende rett i de nordiske land er gjennomgått i de to nevnte utredninger, og i den svenske utredning finnes også bemerkninger om rettstilstanden i en rekke andre land. For å gi en innføring i emnet og samtidig vise mangfoldet i de erstatningsspørsmål forurensningene reiser, skal jeg imidlertid kort nevne enkelte skadesituasjoner og peke på de erstatningsregler som kommer til anvendelse på dem. Jeg holder meg til norsk rett, for å unngå at fremstillingen blir belastet med for mange detaljer. Lesere fra de øvrige nordiske land vil gjenkjenne problemene, selv om de til dels kan opptre under andre juridiske etiketter.

Det man vel umiddelbart tenker på i forbindelse med forurensningsskader, er de akutte og dramatiske forurensningsulykkene. Driftsuhell ved en fabrikk fører til at skadelige kjemikalier strømmer ut i en elv eller at det legger seg en sky av giftig gass over omgivelsene. Et tankskip går på grunn, og oljen strømmer ut og forurenser strendene. Men de vanligste forurensningsskader og

-ulemper er nok de som skyldes den jevne og stadige forurensning som er en normal følge av en bedrift eller virksomhet – røyk og støvnedfall fra en fabrikkpipe, støy fra en motorvei eller en flyplass.

Når det gjelder skader som volder ved akutte forurensninger, vil det selvsagt kunne bli tale om erstatningsansvar på grunnlag av uaktsomhet utvist av noen som den forurensende bedriften eller virksomheten svarer for. Det må antas at rettspraksis vil bygge på en streng aktsomhetsnorm. I norsk rett vil det imidlertid i betydelig utstrekning være unødvendig å ta standpunkt til om det er grunnlag for uaktsomhetsansvar, fordi det under enhver omstendighet foreligger erstatningsansvar på objektivt grunnlag. Det er gjennom langvarig rettspraksis etablert et ulovfestet objektivt risikoansvar for bedrift eller virksomhet som utsetter sine omgivelser for en særpreget og påregnelig risiko. En virksomhet som volder akutt forurensningsskade, vil nok oftest innfanges av det objektive bedriftsansvaret.

På enkelte områder foreligger det et særskilt lovgrunnlag for erstatning. Sjølovens kapittel 12, som bygger på Brussel-konvensjonene av 1969 og 1971, fastsetter under nærmere beskrevne vilkår objektivt ansvar for skade voldt ved oljesøl fra skip. Det finnes her detaljerte regler om maksimalansvar, forsikringsplikt, ansvarskanalisering m.v. Jeg nevner ellers at det foreligger en innstilling med lovutkast (NOU 1981:33) fra Petroleumslovutvalget om erstatningsansvar for forurensningsskade som følge av petroleumsvirksomhet på norsk kontinentalsokkel. Utgangspunktet er her at rettighetshaveren pålegges et objektivt ansvar, som flertallet i utvalget vil gjøre beløpsmessig ubegrenset. Dette er fulgt opp i Ot.prp. nr. 72 (1982–83). Også etter gjeldende rett må det som hovedregel antas å gjelde objektivt erstatningsansvar for forurensningsskade voldt ved uhell under oljevirkomheten.

Et spørsmål som bare i beskjeden utstrekning er lovregulert, og som ofte volder problemer i praksis, er hvilke interesser som nyter erstatningsvern, og hva slags tap som kan anses som erstatningsmessig. Utgifter som det offentlige har til å bekjempe en forurensning, vil i utgangspunktet kunne kreves dekket – sjølovens regler om ansvar for oljesøl har for øvrig en positiv bestemmelse om dette. Men hvor langt dette ansvaret rekker, kan i flere henseender diskuteres. Videre er man i de senere år i stigende grad blitt oppmerksom på de problemer som knytter seg til at den erstatningsrettslige beskyttelse – som allerede nevnt – tradisjonelt stort sett har vært begrenset til den enkeltes økonomiske særinteresser. Det har vært reist spørsmål om hvorvidt og i tilfelle i hvilken utstrekning det kan kreves erstatning for forurensning som volder økonomisk skade for utøvelsen av allemannsretter, f. eks. ved å ødelegge fiskebestanden i en innsjø eller fjordarm. Det kan også i forskjellige henseender oppstå

spørsmål om erstatning for skade på ikke-økonomiske interesser knyttet til friluftsliv og naturvern. Men etter gjeldende rett er det få holdepunkter for å anse slike interesser erstatningsvernet.

Går vi så over til den jevne og stadige forurensning som er en normal følge av en bedrift eller virksomhet, vil erstatningsprospørsmålene hovedsakelig måtte avgjøres på grunnlag av reglene i granneloven. Det gjelder her et objektivt erstatningsansvar, men med den vesentlige begrensning som følger av den såkalte tålegrense: Erstatning kan bare kreves for så vidt forurensningen urimelig eller unødig er til skade eller ulempe på naboeiendom. Praktiseringen av denne tålegrense har voldt store problemer for rettspraksis.

Skader og ulemper ved stadige forurensninger kan også bli å erstatte i forbindelse med ekspropriasjon. Det må eksproprieres grunn til en forurensende virksomhet, f. eks. en motorvei eller en flyplass. Den som må avstå grunn, kan da i ekspropriasjonssaken kreve erstatning for skader og ulemper som vil oppstå på hans gjenværende eiendom. Også ved ekspropriasjon vil erstatningsfastsettelsen i utgangspunktet følge reglene i granneloven, men det kan bli ulikhet i detaljer.

Selvsagt kan det også ved erstatning for stadige forurensninger oppstå problemer i tilknytning til erstatningsmessig tap og erstatningsvernede interesser.

II. Er det ønskelig med alminnelige lovregler om erstatning for forurensningsskade?

Før jeg går over til de enkelte spørsmål om hvilke erstatningsregler som bør gjelde ved forurensningsskade, kan det være grunn til å se på hvorvidt det er ønskelig med generelle lovregler om erstatningsansvar for forurensning, slik Sverige for tiden er det eneste nordiske land som har, eller om man bør nøye seg med spesialregler på enkelte felter og for øvrig falle tilbake på de alminnelige erstatningsrettslige regler.

Norge har nokså nylig fått en samlet lov om vern mot forurensninger og avfall, lov av 13. mars 1981 nr. 6. De foreslåtte erstatningsregler er tenkt som et kapittel i denne loven. Det er fremhevet som en fordel både lovteknisk sett og ut fra hensynet til lovens informasjonsvirkning at den generelle forurensningslov inneholder regler om erstatning. Men i nordisk sammenheng synes dette ikke å anses som et tungtveiende argument. Danmark har således sin miljøbeskyttelseslov av 1973, som dekker de administrative sider ved vernet mot forurensninger, men loven har ingen erstatningsbestemmelser. Den sven-

ske lovutredningen foreslår at 30 § i Miljöskadelagen oppheves og at erstatningsreglene ved miljøskader overføres til en særskilt lov. Finland og Island har ingen generell forurensningslov, og som før nevnt heller ingen generelle regler om erstatning for forurensning.

Tyngre enn de lovtekniske argumenter veier nok de reelle hensyn som taler for en samlet lovregulering av erstatningsspørsmålene ved forurensningsskader. Disse erstatningsspørsmålene har stor praktisk betydning, og de reiser til dels problemer som er særegne for eller iallfall særlig fremtredende i disse saker. En rekke av de spørsmål jeg skal ta opp i det følgende, vil gi eksempler på det; spørsmålet om det her bør gjelde objektivt ansvar, om tålegrense, de særskilte årsaks- og bevisproblemer som oppstår og ikke minst spørsmålet om hva erstatningsansvaret omfatter og hvilke interesser som har erstatningsvern.

Imidlertid kan det også anføres argumenter som taler mot en særskilt lovregulering. Argumentene knytter seg dels til at det kan være betenkelig å introdusere erstatningsrettslige løsninger som er særegne for forurensningstilfellene. Det kan lede til «sektorløsninger» av erstatningsrettslige spørsmål og til en «oppflising» av erstatningsretten. Dels kan det hevdes at de enkelte former for forurensning er så forskjellige at det er vanskelig å oppstille generelle regler for dem.

En særskilt lovregulering av erstatningsspørsmålet ved forurensninger krever en avgrensning mot andre skadetilfelle som reglene ikke får anvendelse på – iallfall ikke direkte. Det norske utkastet til erstatningsregler er sterkt knyttet til forurensningslovens definisjon av forurensninger; reglene skal gjelde for skade eller ulempe som følge av utslipp av fast stoff, væske eller gass til luft, vann eller i grunnen, for støy og rystelser samt enkelte andre nærmere oppregnede påvirkninger, utkastets § 54 annet ledd jfr. lovens § 6. Også det svenske utkastet gjelder forurensning av luft, vann og grunn, støy og rystelser, men rekker noe videre ved at det også omfatter enkelte typer av skader som kan betegnes som miljøskader uten å skyldes forurensning, f. eks. forringelse av landskapsbildet eller «invasjon» på en naboeiendom fra et turistanlegg. Dessuten omfatter lovforslaget skader som følge av graving og sprengning. I andre henseender har imidlertid det norske utkastet et mer omfattende virkeområde enn det svenske. Mens det svenske utkastet således er begrenset til skader som skyldes bruken av fast eiendom, omfatter det norske også annen forurensningsskade, mest praktisk skade som voldes av transportmidler. Dog skal reglene bare få anvendelse så langt ikke særlige regler følger av annen lovgivning, jfr. § 56.

At virkeområdet for generelle regler om erstatning for forurensningsskade vil kunne trekkes noe forskjellig opp, er neppe i seg selv noen tungtveiende

innvending mot slike regler. Men det bidrar til å illustrere at det undertiden kan virke noe tilfeldig hvilke skadetilfelle som vil gå inn under de særlige erstatningsreglene for forurensningsskader og hvilke, kanskje nær beslektede, skadetilfelle som faller utenfor reglene. Den som volder skade på et naturområde gjennom et forurensende utslipp, vil således være undergitt de særlige regler om objektivt ansvar, om bevislettelse for skadelidte når det gjelder årsakssammenhengen og om erstatning til innehavere av allemansretter og til beste for allmenne interesser som foreslås i det norske lovutkast. Voldes skade på annen måte, f. eks. gjennom brann eller oversvømmelse, eller ved anlegg som ødelegger landskapsbildet, vil reglene ikke få direkte anvendelse. At det vil oppstå slike harmoniseringsproblemer, bør imidlertid neppe hindre en særskilt lovregulering av erstatningsspørsmålene ved forurensning når det spesielt er på dette området behovet for nye regler gjør seg gjeldende. For øvrig vil en slik lovfesting av nye erstatningsrettslige prinsipper kunne åpne for en rettsutvikling også utenfor reglenes egentlige virkefelt.

Som nevnt kan det imidlertid også reises spørsmål om forurensningsskadene er så forskjelligartede at det er vanskelig å oppstille generelle regler for dem. Det er uten videre klart at de forskjellige former for forurensning og forurensningsskader er mangfoldige. Blant annet går det – som før nevnt – et vesentlig skille mellom på den ene side de akutte forurensninger, undertiden med preg av forurensningskatastrofe, som når en kjemikalietank springer lekk og giften strømmer ut, og på den annen side den jevne og stadige forurensning av røyken fra en fabrikkpipe. De problemer som knytter seg til støy, kan til dels synes å stå i en klasse for seg. Videre kan det blant annet reises spørsmål om hvordan de generelle reglene passer når de også skal anvendes på personskade som følge av forurensning, slik både det svenske og det norske utkast tar sikte på.

Ulikheten mellom forskjellige typer av forurensningsskader kan nok tilsi at det på enkelte punkter bør gjelde særregler for visse forurensningstilfelle, slik jeg skal gi eksempler på i det følgende (jfr. nedenfor under avsnitt IV om talegrensen og avsnitt VI om de erstatningsvernedede interesser). Men i det store og hele synes ikke det svenske og norske lovarbeidet å tyde på at det er forbundet med avgjørende betenkeligheter å gi generelle erstatningsregler for forurensninger.

Jeg finner grunn til å tilføye at selv om det etter min oppfatning i prinsippet bør gis generelle erstatningsregler for all forurensning, kan det være behov for sær-regulering på enkelte områder, på grunn av internasjonale konvensjoner eller spesielle forhold for øvrig. Eksempler gir reglene om oljesølsansvar i de nordiske sjølover, reglene om atomansvar og de regler som nå er under

utarbeidelse i Norge om ansvar for forurensning fra petroleumsvirksomheten på den norske del av kontinentalsokkelen. Men for spørsmål som ikke er særskilt regulert i spesialloven, bør de generelle regler gjelde. Reglene om oljesølansvar i sjøloven inneholder f. eks. få regler om erstatningsmessig tap og erstatningsvernede interesser. Her bør de suppleres med de generelle lovregler om erstatning for forurensningsskader.

Det blir etter dette min *tese*: Det bør etableres egne lovregler om erstatning for forurensninger. Reglene bør i prinsippet omfatte all forurensning, men det er behov for å opprettholde særregler på enkelte områder.

III. Objektivt ansvar?

Både etter det svenske og det norske utkast gjelder som utgangspunkt et objektivt ansvar for forurensningsskader med visse modifikasjoner. Reglene om objektivt ansvar må imidlertid ses i sammenheng med at skadelidte i mange tilfelle må avfinne seg med endog ganske følelige skader og ulemper på grunn av tålegrensen, jfr. nedenfor under avsnitt IV.

Det svenske utkast (1 §) fastsetter objektivt ansvar for eieren av fast eiendom når hans virksomhet på eiendommen volder miljøskaade. Objektivt ansvar har også «tomträttshavare» og den som ellers bruker eiendommen i sin næringsvirksomhet eller i offentlig virksomhet (6 §). Motsetningsvis har f.eks. leieboere bare et skyldansvar. Entreprenører som i næringsvirksomhet utfører arbeid på eiendommen, har objektivt ansvar for personskaader og for tingsskaader som forårsakes av arbeid for privatpersoners regning (7 §).

Etter det norske utkast (§ 57) er utgangspunktet ansvar uten hensyn til skyld, men med unntak for den «som har medvirket til forurensningsskaade i annen rekke ved å levere tjenester, yte bistand eller øve kontroll og tilsyn eller liknende med virksomheten». Et mindretall i lovutvalget foreslår også at det bare skal gjelde skyldansvar for forurensningsskaade som voldes av privatpersoner og ikke skyldes utøving av næringsvirksomhet.

Også etter de någjeldende norske regler vil det – som før nevnt – langt på vei gjelde et objektivt ansvar. Av vesentlig betydning er her grannelovens erstatningsregler og det ulovfestede objektive bedriftsansvar. Men på skipsfartens område antas det i dag bare å gjelde skyldansvar utenfor de særlige regler om oljesølansvar i sjølovens kapittel 12.

I de øvrige nordiske land synes det å være objektivt erstatningsansvar for forurensningsskader bare i en del tilfelle hvor loven særskilt foreskriver det. I Finland inneholder grannelagen og vattenlagen regler om objektivt ansvar i en

rekke praktisk viktige forurensningssituasjoner. Men selv om utgangspunktet i de øvrige nordiske land er et skyldansvar, må det antas at forskjellen fra et objektivt ansvar ikke blir så stor i praksis, fordi det opereres med et strengt aktsomhetskrav til den som driver en forurensende virksomhet. Dessuten gjelder skyldansvaret også når personer som er ansatt i virksomheten, har opptrådt uaktsomt.

At det bør gjelde et objektivt ansvar for den som volder forurensning i næringsvirksomhet og dermed likestilt virksomhet, f. eks. det offentlige anleggsdrift, er et naturlig utslag av det såkalte «polluter pays principle». Det synes naturlig at den som driver virksomheten, skal bære erstatningen for mulige skader som en driftsutgift, og ikke kunne velte tapet over på den tilfeldige skadelidte. Hvor langt det objektive ansvaret ellers bør strekkes, således når det gjelder forurensning voldt av privatpersoner utenfor næringsdrift, kan nok diskuteres. Når flertallet i den norske lovkomité har valgt å foreslå objektivt ansvar også her, er det fordi det i de praktisk viktigste tilfelle, hvor forurensning skriver seg fra fast eiendom, allerede i dag gjelder objektivt ansvar etter granneloven. For øvrig vil ansvaret kunne lempes etter erstatningsrettens alminnelige lempningsregler for så vidt det vil virke urimelig tyngende eller andre særlige grunner foreligger.

Et spørsmål for seg er hvem som bør bære det objektive ansvar i tilfelle hvor flere kan sies å ha bidradd til en forurensningsskade. Det svenske lovutkast har positive bestemmelser om hvem som er ansvarlig, jfr. ovenfor. Det norske utkast bygger på en forutsetning om at det objektive ansvar påhviler den som driver selve den forurensende virksomhet. Tvil om hvem dette er, f. eks. i entrepriseforhold, overlates til domstolene. Den som har bidradd til forurensningen «i annen rekke», hefter bare på skyldgrunnlag. Dette gjelder hvis f. eks. en offentlig eller privat kontrollinstans overser en farlig egenskap ved et anlegg med den følge at anlegget volder forurensning. Her kan det dels bli spørsmål om å utelukke ansvar ut fra hovedårsaks- eller adekvansbetraktninger. Men under ingen omstendighet blir det tale om objektivt ansvar.

Tese: Utgangspunktet bør være objektivt ansvar for den som volder forurensningsskade, men med visse begrensninger. Ansvaret bør kunne lempes etter erstatningsrettens alminnelige lempningsregler.

IV. Tålegrensen

En regel om at det skal betales erstatning for all skade og ulempe som følge av forurensning, ville knapt være til å leve med i det moderne industrisamfunn. Når det gjelder forurensning som er en nødvendig følge av lovlig virksomhet, må nok tvertimot utgangspunktet være at det bare kan bli tale om erstatning ved en vesentlig forverring av forurensningssituasjonen. Det må opereres med en *tålegrense*. Dette synes å samsvare med rettstilstanden i alle de nordiske land, selv om tålegrenseregelen ikke i alle landene er lovfestet.

Hvordan tålegrensen nærmere bør utformes, volder imidlertid betydelige problemer. Disse problemer knytter seg først og fremst til den generelle avveining av hvor langt det må anses ønskelig eller endog nødvendig å fritta forurensende virksomheter for å betale erstatning for skader og ulemper som er en uunngåelig følge av virksomheten. Tålegrenseproblemene knytter seg i dagens samfunn kanskje først og fremst til offentlige tiltak – især veier og flyplasser. Det er et vanskelig avveiningsspørsmål hvor langt begrensede offentlige midler på samferdselssektoren bør benyttes til å betale erstatninger til naboer som påføres skade eller ulempe ved nødvendige offentlige tiltak.

Det må åpenbart anses ønskelig at lovgiveren tar standpunkt til de samfunnsmessige prioriteringsspørsmål en fastsettelse av tålegrensen krever. Men også den lovtekniske utforming av regler om tålegrensen skaper problemer. Det er på dette felt særdeles vanskelig, for ikke å si umulig, å forme regler som kan gi noen særlig presis veiledning for domstolenes praksis. En lovgivning om tålegrensen vil måtte nøye seg med å peke på momenter av betydning for avgjørelsen av om tålegrensen skal anses overskredet. Stikkord i denne sammenheng er i Sverige reglene om «orts- och allmänvanlighet», i Norge reglene om urimelig eller unødig skade eller ulempe. Den nærmere vurdering må imidlertid nødvendigvis overlates til domstolene. På denne måte vil det lett bli rettspraksis som blir avgjørende for gjennomføringen av de verdiprioriteringer som naturlig hører under lovgiveren, og med begrensede muligheter for lovgiveren til å korrigere domstolenes praksis.

I norsk rettspraksis omkring tålegrensen har tidsprioriteten spilt en stor og til dels avgjørende rolle. Det er i en rekke saker lagt til grunn at den som har etablert seg på stedet etter at den forurensende virksomhet ble anlagt, ikke har krav på erstatning for skader eller ulemper som følge av virksomheten, selv om ulempene forverres i betydelig grad. Det norske lovutvalget foreslår en viss oppmykning av denne rettstilstanden.

En fyllestgjørende drøftelse av de mange spørsmål som knytter seg til tålegrensen, kunne ha krevd et særskilt forhandlingsemne. Jeg skal av plass-

hensyn ikke gå inn på noen nærmere drøftelse, men nøyer meg med å oppstille følgende *teser*:

1. Det må oppstilles en tålegrense ved erstatning for forurensninger som er en normal og uunngåelig følge av lovlig virksomhet. Men ved annen forurensning, f. eks. som følge av driftsuhell, er det neppe grunn til å operere med noen tålegrense, selv om slike uhell med statistisk påregnelighet vil inntreffe fra tid til annen. Ved forsettlig eller uaktsom skadeforvoldelse bør det ikke gjelde noen tålegrense.

2. Den nærmere utforming av tålegrenseregelen må bli nokså generell og upresis, og overlate meget til domstolene. Av momenter som må tillegges betydning ved tålegrensevurderingen, kan nevnes:

a. Er det tale om en vesentlig forverring av forurensningssituasjonen? Nyanlegg eller utvidelser som fører til en vesentlig forverring, vil lettere lede til erstatning enn en gradvis utvikling.

b. Det bør imidlertid ikke bare ses hen til *forverringen*, men også til den *samlede* forurensningsbelastning. Ellers blir det lett til at man prisgir dem som på forhånd har det verst.

c. Det må legges vekt på om forurensningen rammer et større område, eller om den særlig rammer en begrenset krets av skadelidte. Dersom enkelte blir spesielt rammet, vil dette tale for at de kan kreve erstatning.

d. Tidspunktet da henholdsvis den forurensende virksomhet og skadelidte etablerte seg på stedet, må tillegges atskillig, men ikke nødvendigvis avgjørende, betydning.

e. Ved avgjørelsen av hvilke skader og ulemper en virksomhet erstatningsfritt kan utsette omgivelsene for, må det tas hensyn til den tekniske og økonomiske utvikling når det gjelder mulighetene for å begrense eller hindre forurensningen.

f. Tålegrensevurderingen må bygge på de samlede, kumulerte, skader og ulemper virksomheten volder. Også mulige andre skadelige følger enn forurensning må telle med.

g. I noen utstrekning må det ses bort fra skader som skyldes at skadelidtes eiendom er særlig ømfintlig.

h. Det synes tvilsomt hvorvidt tålegrensebetraktninger har noen plass når det gjelder personskade.

V. Årsaks- og bevisspørsmål

Spørsmål om årsakssammenheng er ofte problematiske i saker om erstatning for forurensninger. Dels er det tale om rent rettslige årsaksspørsmål. Disse henger gjerne sammen med at det ofte er en rekke forskjellige kilder som bidrar til en forurensningsskade. Et eksempel: Bedriften A får utslippstillatelse til et vassdrag. Det oppstår ingen økonomisk skade – resipientforholdene er slik at vassdraget «tåler» forurensningen. Noen år senere får bedriften B utslippstillatelse til det samme vassdraget. Så viser det seg at forurensningene fra de to bedriftene til sammen er tilstrekkelige til å drepe fisken i vassdraget, slik at grunneierne lider økonomisk tap. Er B i dette tilfelle årsak til hele skaden, eller blir det solidaransvar? Det kan anføres argumenter til støtte for begge løsninger.

Et annet eksempel: Et fiskevann blir ødelagt av sur nedbør, forvoldt av SO₂ i atmosfæren. Mer enn halvparten av den sure nedbøren skyldes et større antall uidentifiserte bedrifter, kanskje til dels utenlandske. Men den lokale bedrift bidrar med den siste og avgjørende andel av forurensningen. Er bedriften ansvarlig for hele skaden?

Slike rettslige årsaksspørsmål lar seg neppe løse i lovgivningen om erstatning for forurensninger. Det må overlates til domstolene å avgjøre dem etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper.

Men de rettslige årsaksproblemer vil oftest bli «forurenset» av tvil om de faktiske forhold. Kommer et utslipp fra bedrift A, bedrift B eller en ukjent skadevolder? Eller det kan hende at utslippet som sådant er på det rene, men at det er tvil om hvorvidt dette er årsak til *skaden*.

For denne siste situasjon, hvor det er skjedd et forurensende utslipp som etter sin art *kan* være årsak til skaden, er det i det norske lovutkast foreslått innført en omvendt bevisbyrde-regel, slik at den som er ansvarlig for forurensningen, anses for å ha voldt skaden med mindre han godtgjør at en annen årsak er mer sannsynlig (utkastets § 62 a). Etter min oppfatning må det være riktigere å la en uvisshet på dette punkt gå ut over forurenseren enn å pålegge skadelidte å bevise at utslippet har innvirket på det skadelige resultat. Jeg skulle for øvrig tro at domstolene også uten lovhjemmel ville tendere mot en slik bevisbyrde-regel. Også det svenske lovutkastet inneholder en regel (2 §) som medfører en viss bevislettelse for skadelidte, men som ikke er så vidtgående som det norske forslaget.

I forbindelse med spørsmålene om årsakssammenheng kan det også være grunn til å nevne de problemer som omfattes av stikkordet *adekvans*. Forurensninger kan undertiden ha omfattende følger, og det kan da oppstå

spørsmål om enkelte av disse må anses så fjerne og avledet at de faller utenfor grensen av hva som kan kreves erstattet. Man kunne for en tid siden lese om en hendelse – det var ikke i et nordisk land – hvor driftsuhell ved en bedrift førte til at det bredte seg en sky av giftig gass over nabolaget, og en rekke hus måtte midlertidig evakueres i hui og hast. Mens beboerne var borte, ble det begått tyverier fra flere boliger. Var dette et tap som kunne kreves erstattet av forurenseren? Det synes klart at adekvansspørsmålene ikke kan lovreguleres, men må overlates til domstolene.

Teser:

1. Det bør oppstilles en bevisbyrderegel til fordel for skadelidte for de tilfelle hvor det er tvil om en bestemt forurensning er årsak til skaden.
2. For øvrig er årsaks- og adekvansspørsmålene neppe egnet for lovgivning, og bør overlates til rettspraksis.

VI. Erstatningsmessig tap og erstatningsvernede interesser

Utgangspunktet er selvsagt at man ved forurensningsskader som ved andre skader får basere seg på alminnelige erstatningsregler ved avgjørelsen av hvilke interesser som har erstatningsvern og hva slags tap som kan kreves erstattet. Men dels kan det være uklart hva disse regler går ut på, og det kan være behov for særskilt presisering når det gjelder forurensningsskader. Dels kan det også tenkes å være behov for positive særregler.

De spørsmål jeg her skal ta opp, er såvidt jeg kjenner til, ikke lovregulert i noen av de nordiske land. Spørsmålene er drøftet både i den svenske og den norske utredning, men bare i den norske er det fremsatt forslag til lovregler på dette felt. Jeg finner det derfor praktisk å knytte an til de norske forslag i den videre fremstilling.

Utgangspunktet må, ved forurensningsskader som i erstatningsretten for øvrig, være at bare økonomiske tap kan kreves erstattet. Men på dette punkt oppstår det avgrensingsproblemer, hvor det er behov for avklaring.

Noe nytt som introduseres ved det norske forslag, er erstatning for *redusert bruksnytelse*. Dette kan være aktuelt i tilfelle hvor det voldes forurensningsskade på fast eiendom. Det er klart at eierens erstatningskrav omfatter erstatning for verdireduksjon eller for annet påviselig tap, f. eks. reduserte leieinntekter. Men hva om eieren ikke kan påvise noe tap i eiendomsverdien, og ulempene har rammet ham selv fordi han selv har bodd på og brukt eiendommen? Kan han da kreve erstatning for tap ved selv å ha vært henvist til en eiendom med redusert bruksverdi? Dersom en må gå ut fra at ulempene

ville ha ledet til redusert leieinntekt ved bortleie, kan det hevdes at eieren lider et tilsvarende tap i sin egen bruksnytelse.

Spørsmålet har vært oppe flere ganger i norsk rettspraksis, og det foreligger sikker praksis for at eieren ikke har noe slikt erstatningskrav etter gjeldende rett, jfr. Rt. 1973 side 1193, Rt. 1974 side 524 og Rt. 1980 side 309. Jeg antar, slik det norske utvalg har lagt til grunn, at dette er en mindre heldig rettstilstand, og at det bør gis erstatning også for redusert bruksnytelse. Slik erstatning vil nok ha særskilt betydning ved støyulemper, men erstatningsregelen vil også få anvendelse f. eks. dersom hytteeiere får sine strender tilsølt av olje.

Det kan nevnes at forslaget om erstatning for redusert bruksnytelse også forutsettes å komme leieboere til gode. Her oppstår det imidlertid problemer med disponeringen av erstatningsbeløpet. Ved borettslag og aksjeselskaper bør selskapet oppebære erstatningen; her kan man forutsette at den blir disponert til felles beste. Men hva med vanlige leieforhold? Å la den enkelte leieboer oppebære engangserstatning, går ikke an. Når han flytter, vil senere leieboere ha liten glede av erstatningen. På den annen side er det heller ikke ønskelig å la erstatningsbeløpet gå til gårdeieren uten noen plikt til å la det komme leieboerne til gode. Det norske lovutvalget har derfor funnet å burde foreslå en regel om at erstatning for forurensningsskade på leilighet utleid til bolig, skal brukes til vern mot forurensningen eller andre tiltak som kommer leieboerne til gode, utkastets § 61. Den nærmere lovtekniske gjennomføringen er imidlertid problematisk.

Jeg går så over til et annet erstatningsspørsmål. Det norske lovutkastet fastslår at erstatningsansvaret omfatter erstatning som følge av rimelige tiltak for å bekjempe eller avbøte forurensningsskade, § 59 annet ledd. Dette er neppe noe nytt i forhold til hva som gjelder i dag. Hvis det f. eks. er voldt et oljesøl, er det ikke tvilsomt at det offentlige eller private som er utsatt for å lide skade, kan kreve erstatning for utgifter til forurensningsbekjempelse og opprensning. Men undertiden har det oppstått tvist om hvor langt ansvaret rekker. Det bør nok antas at utgifter til tiltak må kunne kreves dekket uansett om tiltakene tar sikte på å verne ikke-økonomiske interesser, f. eks. dyrelivet eller naturbildet. Således må det f. eks. kunne kreves erstatning for utgifter til avlivning av oljeskadede sjøfugler, og også etter omstendighetene for tiltak til å gjenopprette dyre- eller plantelivet.

Et særskilt spørsmål som undertiden har oppstått, er om det offentlige kan kreve dekket lønnsutgifter til offentlige tjenestemenn som har deltatt i tiltakene mot forurensning. Det er uten videre klart at det offentliges krav må omfatte utgifter til f. eks. overtid eller vikarhjelp. Men de beste grunner synes å tale

for at det offentliges krav også må omfatte tjenestemennenes faste lønn i den tid de har måttet forlate sitt vanlige arbeid.

Et interessant og praktisk viktig spørsmål er om erstatning for forurensning også bør omfatte skade og tap som følge av at forurensningen hindrer eller vanskeliggjør utøvelsen av en allemannsrett. Som eksempel på allemannsretter kan nevnes retten til fiske i havet eller i det offentlige midtparti i innsjøer, sinking av tang og tare utenfor marbakken, bading, ferdsel og bærplukking i utmark. Etter gjeldende rett må det anses som et sikkert utgangspunkt at allemannsrettene ikke har erstatningsrettslig vern ved skadeforvoldelser. Helt ubetinget gjelder likevel ikke dette. Det finnes i Norge atskillig rettspraksis omkring allemannsrettens stilling ved ekspropriasjon, og i enkelte tilfelle er det her tilkjent erstatning til innehavere av allemannsretter. En ganske dekkende formulering av rettstilstanden er gitt i Rt. 1969 side 1220, hvor det ikke ble gitt erstatning for tap i hjemmefiske i en fjord på grunn av vassdragsregulering, og hvor det heter at for å gi grunnlag for erstatning må det «kreves at den bruk som har vært utøvd, er så konsentrert og særpreget at den utad fremtrer på vesentlig samme måte som utøvelsen av en rettighet».

Når det gjelder erstatning til innehavere av allemannsretter for skadevoldende handlinger utenom ekspropriasjon, finnes det i Norge svært lite rettspraksis, noe som vel kan tyde på at slik erstatning stort sett ikke har vært ansett praktisk oppnåelig.

Denne rettstilstand har vært kritisert, og det kan være mulig at domstolene også uten lovendring ville ha funnet grunn til å utvide erstatningsvernet for allemannsrettene. Imidlertid er dette åpenbart et spørsmål som lovgiveren bør ta standpunkt til.

Det norske lovutvalget har foreslått at det i noen utstrekning bør ytes erstatning når forurensning skader utøvelsen av allemannsretter. Men det ville ikke være noen praktikabel løsning at det i alle tilfelle skulle gis erstatning til den enkelte utøver. Forslaget går ut på at det bør ytes erstatning til den enkelte som lider tap i næring ved at en allemannsrett ikke kan utøves som før. Hvis f. eks. forurensning ødelegger fisket i en fjordarm, vil de fiskere som driver næringsmessig fiske i området, kunne kreve erstatning for sitt næringstap. Videre – uavhengig av om forurensningen rammer næringsutøvelse – foreslås erstatning dersom forurensningen fører til inngrep i ferdselsrett som er av vesentlig betydning for eier eller bruker av fast eiendom, typisk ved at isen ikke legger seg på grunn av såkalt termisk forurensning.

Utenfor slike tilfelle synes det vanskelig å tenke seg individuell erstatning for inngrep i allemannsretter. Derimot vil det kunne etableres erstatningsvern på mer kollektiv basis. Den ikke næringsmessige utnyttelse av allemannsretter

vil særlig knytte seg til friluftinteressene. Man må regne med at disse interessene i dagens samfunn vil bli stadig høyere verdsatt, og de er i mange henseender blitt tilgodesett ved lovgivningen i de senere år. Å etablere et erstatningsrettslig vern for disse interesser kan synes rimelig og naturlig, men den nærmere utforming volder betydelige problemer.

Det norske utvalg er kommet til at det i denne sammenheng ikke bør gis erstatning for inngrep som skyldes *lovlige* forurensninger. Når det offentlige ut fra en interesseavveining har funnet at samfunnsmessige hensyn tilsier å tillate en forurensende virksomhet, ville det neppe være en heldig løsning om det skulle kunne fremmes erstatningskrav på vegne av allmennheten som følge av virksomheten. Ved *ulovlige* forurensninger bør det derimot etter utvalgets oppfatning etableres et erstatningskrav for de allmenne interesser som rammes. Dette krav bør prinsipielt gjøres gjeldende av det offentlige på allmennhetens vegne, men subsidiært av private organisasjoner med rettslig interesse i saken, jfr. lovutkastets §§ 62 d og 62 e.

Når det gjelder kravets omfang, er det imidlertid dissens. Utvalgets flertall finner at kravet bør begrenses til det man med et stikkord kan kalle gjenoppsettelsesomkostningene, eller som det står i utkastets § 60: Rimelige utgifter til å gjenopprette miljøet slik at allemannsretten i størst mulig utstrekning kan utøves slik som tidligere. Et mindretall vil gå lenger, og mener at det bør gis erstatning til allmennheten også for selve avsavnet.

Om det bør etableres lovregler om erstatningsvern for allemannsrettene, må selvsagt delvis bero på hvilke problemer som er knyttet til den nærmere utforming av slike regler. Jeg tror ikke man kommer utenom at problemene med utformingen er store. Likevel er det etter min oppfatning så tungtveiende grunner som taler for et slikt erstatningsvern, at man må søke å overvinne de praktiske problemer. En særskilt innvending kan være at spørsmålet om erstatning for skadeforvoldelse som rammer utøvelsen av allemannsretter, ikke er spesielt for forurensningsskadene, og at det derfor bør ses i en bredere erstatningsrettslig sammenheng. Imidlertid har nok spørsmålet særskilt stor betydning for forurensningsskadenes del, og det kan derfor være naturlig at lovgiveren tar de første skritt i retning av erstatningsrettslig vern for allemannsrettene nettopp på dette området.

Jeg nøyer meg med følgende avsluttende *tese*:

Det bør gis regler som fastslår at det i noen utstrekning skal betales erstatning når forurensning hindrer eller vanskeligiggjør utøvelsen av allemannsretter.

Bilag 1.

Fra SOU 1983:7. Förslag till miljöskadelag

(Förslag til endringer i andre lover er ikke tatt med.)

1 §

En fastighetsägare är skadeståndsskyldig enligt vad som sägs i denna lag, om en verksamhet som han bedriver eller låter bedriva på fastigheten orsakar skada i omgivningen genom

1. förorening av vattendrag, sjö eller annat vattenområde,
2. förorening av grundvatten,
3. ändring av grundvattennivån,
4. luftförorening,
5. markförorening,
6. buller,
7. skakning,
8. andra sådana störningar.

Första stycket är dock inte tillämpligt i fråga om skador orsakade av joniserande strålning eller inverkan av elektrisk ström från elektrisk anläggning, varom särskilda bestämmelser gäller.

Första stycket 1–3 gäller inte heller i fråga om skador orsakade av ett vattenföretag eller en vattenanläggning enligt vattenlagen (1983:000).

2 §

Skadeståndsskyldigheten enligt 1 § omfattar skador som störningen skäligen kan antas ha orsakat med hänsyn till störningens och skadeverkningarnas art, andra möjliga skadeorsaker samt omständigheterna i övrigt.

3 §

Om vållande inte har förekommit på fastighetsägarens sida utgår ersättning enligt 1 § bara i den mån störningen skäligen inte bör tålas med hänsyn till förhållandena på orten eller till dess allmänna förekomst under jämförliga förhållanden.

Skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada ersätts endast om den är av någon betydelse.

4 §

En fastighetsägare, som utför eller låter utföra sprängningsarbete på fastigheten, skall ersätta person- och sakskador som i anledning av verksamheten orsakas i omgivningen genom sprängsten eller andra lössprängda föremål.

Detsamma gäller en fastighetsägare, vilken på fastigheten driver annan verksamhet som medför särskild fara för explosion.

5 §

En fastighetsägare, som utför eller låter utföra grävning eller liknande arbete på fastigheten, skall även i annat fall än som anges i 1–4 §§ ersätta person- och sakskador som uppkommer i omgivningen till följd av att han eller någon som han anlitat försummat att vidta sådana säkerhetsåtgärder som omtalas i 3. kap. 3 § jordabalken eller i annat hänseende brustit i omsorg vid arbetets utförande.

Är arbetet särskilt ingripande eller medför det av annan anledning särskild risk för omgivningen, skall den skada som uppkommer till följd av arbetet ersättas även om försumlighet inte föreligger.

6 §

Skadeståndsskyldighet enligt 1–5 §§ åvilar på motsvarande sätt den som brukar fastigheten, även om han inte är fastighetsägare. Oberoende av vållande ansvarar dock endast den som

1. är tomträttshavare,
2. i annat fall brukar fastigheten i sin näringsverksamhet eller i offentlig verksamhet.

7 §

Skadeståndsskyldighet enligt 1–4 §§ åvilar också andra än fastighetens ägare eller brukare, om de i egen näringsverksamhet åtagit sig att utföra arbete på fastigheten, för

1. personskador,
2. sakskador som orsakas av arbete för privatpersoners räkning,

I annat fall än som anges i första stycket är den som utför arbete på fastigheten skadeståndsskyldig enligt denna lag endast om han eller någon som han anlitat brustit i tillbörlig omsorg och varsamhet eller om arbetet är av särskilt farligt slag.

8 §

Skall två eller flera ersätta samma skada enligt denna lag, svarar de solidariskt för skadeståndet i den mån inte annat följer av att begränsning gäller i den skadeståndsskyldighet som åvilar någon av dem.

Vad de solidariskt ansvariga har betalat i skadestånd skall om inte annat avtalats fördelas mellan dem enligt vad som är skäligt med hänsyn till grunden för skadeståndsansvaret, möjligheterna att förebygga skada och omständigheterna i övrigt.

9 §

Kan i fråga om skador som avser egendom ersättningens belopp lämpligen uppskattas på förhand, skall ersättning bestämmas för framtida skador, om en part begär det.

Om det finns skälig anledning kan ersättning för framtida skador på egendom bestämmas till visst årligt belopp. En ersättning som bestämts på sådant sätt kan jämkas efter vad som är skäligt med hänsyn till ändrade förhållanden.

10 §

Medför en verksamhet som avses i denna lag att en fastighet helt eller delvis blir onyttig för ägaren eller att synnerligt men uppkommer vid begagnandet, skall fastigheten eller fastighetsdelen lösas, om ägaren begär det.

I fråga om inlösen gäller expropriationslagen (1972:719) i tillämpliga delar. 4 kap.

3 § expropriationslagen skall tillämpas i fråga om värdeøkning som ägt rum under tiden från dagen tio år före det talan väcks vid domstol. Ogillas ett yrkande om inlösen, tillämpas allmänna regler om rättegångskostnader.

11 §

Om en verksamhet kan medföra en sådan störning som avses i 1 §, kan den som utövar eller ämnar utöva verksamheten begära prövning av ersättningsfrågan. Han skall därvid ange det ersättningsbelopp han erbjuder.

12 §

Den som vill framställa ersättningsanspråk, fordra inlösen enligt 10 § eller yrka att ersättning fastställs enligt 11 § på grund av en verksamhet som avses i denna lag skall väcka talan vid den fastighetsdomstol inom vars område verksamheten utövas eller skall utövas.

Om det är lämpligt, får fastighetsdomstolen pröva yrkanden som har samband med den verksamhet det är fråga om men rör rättsförhållanden som inte skall bedömas enligt denna lag.

13 §

I mål enligt 11 § skall bestämmelserna om kostnad i expropriationsmål tillämpas på motsvarande sätt.

I andra mål gäller rättegångsbalkens bestämmelser i fråga om rättegångskostnader.

14 §

I fråga om nedsättning, fördelning och utbetalning av ersättning, som fastställs att utgå på en gång för framtida skada på en fastighet och som tillkommer ägare av fastigheten eller innehavare av tomträtt i denna, samt om verkan därav gäller i tillämpliga delar expropriationslagen (1972:719).

Om en borgenär som har panträtt i fastigheten lider förlust genom att ersättning som avses i första stycket har blivit för lågt beräknad och ersättningen till följd av överenskommelse mellan den ersättningsskyldige och den ersättningsberättigade eller av annan anledning inte har blivit prövad av domstol, har borgenären rätt att av den skadeståndsskyldige få gottgörelse för förlusten mot avskrivning på fordringshandlingen. Talan om sådan gottgörelse skall väckas vid den fastighetsdomstol som anges i 12 §.

Denna lag träder i kraft den I fråga om skador orsakade av sådana störningar som avses i 1 § tillämpas dock äldre lag, om störningen upphört före ikraftträdandet.

Bilag 2.

Fra NOU 1982:19.

Lovutkast til kap. 8 i forurensningsloven: Erstatning for forurensningsskade

(Forslag til endringer i andre lover er bare på ett punkt tatt med.)

§ 54 (saklig virkeområde)

Kapitlet her gjelder plikten til å betale erstatning for forurensningsskade.

Med forurensningsskade menes her skade, herunder personskade, ulempe eller tap som følge av forurensning (jfr. § 6). Som forurensning regnes i kapitlet her også lys og annen stråling uten hensyn til hva som er bestemt i medhold av § 6.¹

Bestemmelsene i kapitlet her får tilsvarende anvendelse på skade, ulempe eller tap som følge av avfall (jfr. § 28). Med avfall menes i kapitlet her også større etterlatte gjenstander som kjøretøy, skip, fly og etterlatte faste gjenstander i sjø og vassdrag.

§ 55 (stedlig virkeområde)

Bestemmelsene i kapitlet her gjelder forurensningsskade som skriver seg fra virksomhet i Norge eller fra leting etter eller utnyttelse av undersjøiske naturforekomster på den norske delen av kontinentalsokkelen.

Bestemmelsene gjelder også forurensningsskade som oppstår i Norge eller i Norges økonomiske sone og utgifter til tiltak for å hindre, stanse, fjerne, begrense eller avbøte slik skade i Norge eller i Norges økonomiske sone uansett hvor tiltakene er truffet. Det samme gjelder forurensningsskade som er oppstått eller truer med å oppstå på det åpne hav utenfor Norges økonomiske sone eller på en annen stats territorium, for så vidt norsk erstatningsrett kommer til anvendelse.

Skadelidte kan kreve at spørsmålet om erstatning for forurensningsskade som nevnt i annet ledd skal avgjøres etter bestemmelsene i den stat der den forurensende virksomhet foregår.

§ 3 tredje ledd gjelder tilsvarende for kapitlet her.

§ 56 (forholdet til andre erstatningsregler)

Bestemmelsene i kapitlet her gjelder for så vidt ikke særlige regler følger av annen

¹ Forurensningslovens § 6 har følgende ordlyd:

Med forurensning forstås i denne lov:

- 1) tilførsel av fast stoff, væske eller gass til luft, vann eller i grunnen,
- 2) støy og rystelser,
- 3) lys og annen stråling i den utstrekning forurensningsmyndigheten bestemmer,
- 4) påvirkning av temperaturen som er eller kan være til skade eller ulempe for miljøet.

Som forurensning regnes også noe som kan føre til at tidligere forurensning blir til økt skade eller ulempe, eller som sammen med miljøpåvirkning som nevnt i nummer 1 til 4 er eller kan bli til skade eller ulempe for miljøet.

lovgivning. Bestemmelsene gjør heller ingen innskrenkning i det erstatningsansvar som følger av ellers gjeldende erstatningsregler eller påhviler noen etter kontrakt.

§ 57 (ansvarsgrunnlag)

Den som er ansvarlig for forurensningsskade, plikter å betale erstatning etter kapitlet her uten hensyn til skyld.

Den som har medvirket til forurensningsskade i annen rekke ved å levere tjenester, yte bistand eller utøve kontroll og tilsyn eller liknende med virksomheten, er likevel bare ansvarlig dersom det foreligger forsett eller uaktsomhet.

Mindretallets forslag til annet ledd første punktum:

Forurensningsskade som voldes av privatpersoner, og som ikke skyldes utøving av næringsvirksomhet, kan likevel bare kreves erstattet dersom den ansvarlige har utvist forsett eller uaktsomhet.

§ 58 (tålegrense)

Erstatning for forurensning som er tillatt, kan bare kreves i den utstrekning forurensningen er urimelig eller unødig etter bestemmelsene i granneloven § 2 annet til fjerde ledd.²

Selv om det ikke kan kreves erstatning for forurensningsskade etter kapitlet her, kan forurensningen tas i betraktning ved krav om erstatning etter granneloven.

§ 59 (hva ansvaret omfatter)

Erstatningsansvaret omfatter forurensningsskade som nevnt i § 54. Ansvaret omfatter også erstatning for redusert bruksnytelse.

Videre omfatter ansvaret erstatning for utgifter, skade, tap eller ulempe som følge av rimelige tiltak for å hindre, stanse, fjerne, begrense eller avbøte forurensningsskade. Det kan likevel ikke kreves erstatning for utgifter til tiltak mot forurensning som er tillatt, dersom slik erstatning klart ville overstige erstatningen for den forurensningsskade tiltakene gjelder.

Ansvaret omfatter også skade, ulempe eller tap i næring ved at forurensningen hindrer eller vanskeliggjør utøvelse av en allemannsrett. Det samme gjelder skade, ulempe eller tap ved at forurensningen hindrer eller vanskeliggjør utøvelse av alle-

2 Grannelovens § 2 foreslås i utkastet gitt følgende ordlyd:

Ingen må ha, gjera eller setja i verk noko som urimeleg eller uturvande er til skade eller ulempe på granneeigedom. Inn under ulempe går og at noko må reknast for farleg.

I avgjerda om noko er urimeleg eller uturvande, skal det leggjast vekt på kva som er teknisk og økonomisk mogeleg å gjera for å hindra eller avgrensa skaden eller ulempa.

I avgjerda om noko er urimeleg, skal det vidare leggjast vekt på om det er venteleg etter tilhøva på staden og om det er verre enn det som plar fylgja av vanlege bruks- eller driftsmåtar på slike stader.

Sjølv om noko er venteleg eller vanleg etter tredje stykket, kan det reknast som urimeleg så langt som det fører til ei vesentleg forverring av brukstilhøva som berre eller i særleg grad rår av ein avgrensa krins av personar.

mannsrett til ferdsel når ferdselsretten er av vesentlig betydning for eier eller bruker av eiendommen.

For skade, ulempe eller tap med hensyn til annen utøvelse av allemannsrett gjelder bestemmelsene i §§ 60, 62 d og 62 e.

En *fraksjon* (fire medlemmer) foreslår et *femte ledd* som lyder:

Dersom forurensning fører til driftsinnskrenkning eller driftsstans i en virksomhet slik at en arbeidstaker lider tap, kan han kreve tapet erstattet av den ansvarlige. Dette gjelder likevel ikke når heller ikke virksomheten som sådan kan kreve sitt mulige tap erstattet av den ansvarlige som følge av at tapet er en for fjern eller upåregnelig følge av forurensningen.

§ 60 (erstatning til allmennheten ved forurensningsskade som rammer allemannsretter)

Dersom forurensning som ikke er tillatt, hindrer eller vanskeliggjør utøvelse av en allemannsrett eller begrenser utbyttet ved utøvelsen, kan det i overensstemmelse med §§ 62 d og 62 e kreves erstatning for rimelige utgifter til å gjenopprette miljøet slik at allemannsretten i størst mulig utstrekning kan utøves slik som tidligere.

Mindretallets forslag til annet ledd:

I tillegg til utgiftene nevnt i første ledd, kan det fastsettes erstatning for det tap allmennheten lider ved ikke å kunne utøve allemannsretten slik som før forurensningen inntrådte. Ved fastsetting av slik erstatning skal det særlig legges vekt på hvor mange som rammes, hvor lenge forurensningsskaden varer, hvor alvorlig og langvarig den blir og om det finnes muligheter for utøvelse av tilsvarende allemannsrett i nærheten.

§ 61 (bruken av erstatning ved utleie av leilighet til boligformål)

Erstatning for forurensningsskade på leilighet utleid til bolig skal brukes til vern mot forurensningen. I den utstrekning dette er lite tjenlig for leieboerne, kan erstatningen brukes til andre tiltak som øker bostandarden eller for øvrig slik at det også kommer leieboerne til gode.

Forurensningsmyndigheten fastsetter nærmere forskrifter om gjennomføringen av første ledd, herunder nødvendige prosessuelle bestemmelser.

§ 62 (engangserstatning eller terminvis erstatning)

Bestemmelsen i granneloven § 16 om engangserstatning og terminvise erstatninger gjelder tilsvarende for erstatning etter kapitlet her.

§ 62 a (bevisbyrde ved årsakskravet)

Den som er ansvarlig for forurensning som alene eller sammen med andre årsaker kan være egnet til å volde forurensningsskade, regnes for å ha voldt den med mindre han godtgjør at en annen årsak er mer sannsynlig.

§ 62 b (lemping av ansvaret)

Ansvaret kan lempes etter reglene i skadeserstatningsloven § 5–2. Oppstår forurensningsskade på fast eiendom eller ting, kan det ved anvendelsen av skadeserstatningsloven § 5–2 tas hensyn til om eiendommen eller tingen tåler særlig lite.

§ 62 c (sikkerhetsstillelse)

I tillatelse etter § 12 kan settes som vilkår at sikkerhet skal stilles for det erstatningsansvar som følger av kapitlet her. Forurensningsmyndigheten avgjør hvilken sikkerhet som i det enkelte tilfelle skal kreves.

Forurensningsmyndigheten kan gi forskrifter om at virksomheter som kan volde forurensningsskade, skal stille sikkerhet for sitt erstatningsansvar etter kapitlet her.

§ 62 d (forfølgning av krav på erstatning for forurensningsskade på allemannsrett)

Krav etter § 60 fremmes av kommunen når forurensningsskaden begrenser seg til områder innenfor kommunen. Når forurensningsskade er voldt i flere kommuner, tilligger retten fylkeskommunen. Det samme gjelder hvis kommunen selv er ansvarlig for forurensningsskaden. Er flere fylker rammet av forurensningsskaden, fremmes kravet av staten. Det samme gjelder hvis det er fylkeskommunen som er ansvarlig for forurensningsskaden.

Når søksmål etter paragrafen her er fremmet, kan det ikke senere avvises av domstolen fordi søksmålet skulle ha vært reist av annen myndighet etter første ledd.

Forurensningsmyndigheten kan gi nærmere regler om hvordan erstatningsbeløpet etter § 60 skal fordeles mellom flere kommuner eller fylker, og hvordan beløpet skal nyttes.

§ 62 e (søksmålsrett for andre enn stat og kommune)

Dersom kommune, fylkeskommune eller stat ikke fremmer krav om erstatning etter § 60 jfr § 62 d innen seks måneder etter at forurensningsskaden inntraff eller viste seg, kan private organisasjoner eller sammenslutninger med rettslig interesse i saken fremme slikt krav på vegne av stat eller kommune. Stat, fylkeskommune eller kommune har rett til å tre inn i saken.

Saksomkostningene må dekkes av den organisasjon eller sammenslutning som reiser saken, men hvis saken fører fram, kan nødvendige saksomkostninger kreves dekket av erstatningsbeløpet.

§ 62 f (verneting ved kumulasjon)

Søksmål om erstatning eller andre krav som nevnt i tvistemålsloven § 22 tredje ledd kan – når grunnlaget for kravene er det samme eller vesentlig likeartet – reises i enhver rettskrets hvor det er verneting for ett av kravene og av flere skadelidte eller mot flere skadevoldere i fellesskap.

§ 62 g (ikrafttreden og endringer i forurensningsloven og andre lover)

Loven her trer i kraft fra den tid Kongen bestemmer.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Gerhard af Schultén

Moderbolags ansvar för dotterbolags
förpliktelser (ansvarsgenombrott)

Innehåll

	Side
1. Utgångspunkterna	79
2. Definitioner och avgränsningar	80
3. Aktieägares lagstadgade betalningsansvar	83
3.1. Allmänna regler till skydd för aktiekapitalet	83
3.2. Moderbolags gäldsansvar enligt lag	85
4. Ansvarsgenombrott enligt gällande rätt	88
4.1. Doktrin och praxis	88
4.2. Ansvarsgrunden	93
4.3. Slutsatser	95
4.4. Avsiktsdeklarationer	97
5. Ansvarsgenombrott i utländsk rätt	99
5.1. USA	99
5.2. Tyska Förbundsrepubliken	101
5.3. England	102
5.4. Europeiska Gemenskapen (EG)	103
6. Internationella aspekter	104
6.1. Multinationella företag	104
6.2. Den juridiska regimen	105
6.3. Internationella koder	107
7. Synpunkter de lege ferenda	109
7.1. Fördelar och nackdelar av moderbolags ansvar	109
7.2. Regleringsalternativ	114
7.3. En långsiktsprogos	117
7.4. Multinationella företag	118
8. Sammanfattande teser	120

Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott)

Av konsumentombudsman GERHARD AF SCHULTÉN, Finland

1. Utgångspunkterna

Aktiebolags delägare är ej personligen ansvariga för bolagets förpliktelser (danska aktieselskabsloven (DAL) 1.2 §, norska aksjeselskapsloven (NAL) 1:1.2 §, finska aktiebolagslagen (FABL) 1:1.2 § samt svenska aktiebolagslagen (SABL) 1:1.1. §). Aktiebolag vinner när det registrerats full rättskapacitet. Bolaget svarar med sina egna tillgångar för sin gäld och andra förpliktelser. Aktieägarna kan ej med bolagsrättslig verkan åläggas att tillskjuta medel för täckande av bolagets skulder.¹ Ej heller kan aktieägares borgenärer söka betalning ur bolagets egendom.

Alla aktier i ett aktiebolag kan enligt gällande nordiska aktiebolagslagar tillhöra en enda fysisk eller juridisk person, t.ex. ett annat aktiebolag, utan att detta medför personligt gäldsansvar för ägaren.

Våra rättsordningar tillerkänner alltså det helägda dotterbolaget en i förhållande till ägaren – moderbolaget autonom ställning. Det förhållandet, att moderbolagets rättsliga ansvar för dotterbolagets förpliktelser begränsas till aktiekapitalinsatsen i dotterbolaget, upplevs vid det här laget som en självklarhet – ett tingens naturliga ordning. Det är först när man ställs inför praktiska exempel på konsekvenserna av denna ansvarsbegränsning som invändningar infinner sig. Eller vad menar läsaren själv om följande tänkta situationer? Är det rättfärdigt och ändamålsenligt, att moderbolaget i dessa tillfällen går fri från ansvar?

a) Moderbolaget, ett kommunalt ägt kraftverksbolag, hade grundat ett dotterbolag för att administrera en dammanläggning. Dotterbolagets funktion var att med hjälp av dammen reglera vattenflödet till kraftverket. Moderbolaget svarade för underhålls- och regleringskostnaderna sedan dotterbolagets aktiekapital «konsumerats». Vid en vårlig översvämning åsamkade dammbolaget genom sina regleringsåtgärder skador på tredje persons mark och egen-

¹ Enligt norsk rätt kan aktieägare genom bestämmelse i bolagsordningen åläggas tillskottsplikt. En sådan bestämmelse skapar dock ej rätt för borgenär att göra aktieägare ansvarig. Se Andenaes, Mads Henry, Aksjeselskapsrett (Oslo 1981) 77–78.

dom av sådan omfattning, att dammbolagets tillgångar täckte endast en bråkdel av ersättningskraven. Dammbolaget försattes i konkurs sedan moderbolaget vägrat tillskjuta medel för skadans ersättande.

b) B var ett belgiskt dotterbolag till det amerikanska multinationella företaget M, som sysslade med planering av processindustriärläggningar. B styrdes av ett dotterbolag till M i Holland. Efter några års verksamhet beslöt M lägga ned B med hänvisning till brist på uppdrag. På grund av nedläggningen blev avgångsersättningar till personalen (c. 250 personer), vilka enligt belgisk lag skulle betalas i dylika fall, obetalade till ett belopp överstigande 100 miljoner Bfr. M ansåg sig ej ansvarigt för dessa ersättningar.

c) L med ett aktiekapital på 800 000 dollar chartrade åtta av sina fartyg till det nygrundade dotterbolaget L Rederi (med ett aktiekapital på 10 000 dollar) mot en hyra som väsentligt underskred fartygens avkastningsvärde. L Rederi ådrog sig ett skadeståndskrav på 1,3 miljoner dollar gentemot ett annat företag F på grund av kontraktsbrott. F fann sitt krav mot L Rederi vara värdelöst, enär bolagets fartyg ägdes av L.

d) Aktiebolaget Stjärnfynd bedrev postorderverksamhet i Sverige med varor, som levererades från ett schweiziskt moderbolag. Sedan Stjärnfynd verkat i två år hade bolaget ådragit sig många reklamationer och avbeställningar på grund av varornas dåliga kvalitet samt krav enligt av bolaget givna garantilöften. När konsumenterna i rättslig väg sökte genomdriva sina krav, befanns Stjärnfynd vara medellöst. Det schweiziska moderbolaget i sin tur var ett helägt dotterbolag till ett nordamerikanskt företag.

d) Bolaget A grundade ett dotterbolag P för att bedriva bryggeriverksamhet. Det inbetalda aktiekapitalet åtgick till att uppföra bryggeriet. Därutöver lånade A åt P medel till ett belopp, som översteg aktiekapitalet, för att P skulle kunna inleda driften. P började gå med förlust och A fick sträcka till ytterligare driftskapital. Som säkerhet för A:s lån intecknades bryggerifastigheten. När P gick i konkurs, yrkade A på betalning för sina intecknade fordringar.

Den följande framställningen syftar till att genom en kartläggning och värdering av lagstiftning, doktrin och praxis belysa frågan, huruvida avsteg från principen om moderbolags frihet från ansvar för dotterbolags förpliktelser är eller borde vara möjliga och i så fall på vilka grunder.

2. Definitioner och avgränsningar

Ett moderbolag kan ådraga sig *avtalsrättsligt* ansvar för sitt dotterbolags förpliktelser. Det är inte ovanligt, att moderbolaget går i borgen för sitt dotterbolags lån eller garanterar uppfyllelse av ett dotterbolags förpliktelser.

Mången gång kan ett ansvar för moderbolaget uppkomma därigenom, att bolaget betraktas som medkontrahent. Dessa ansvarsgrunder faller utanför den fortsatta framställningen bortsett från vissa gränsfall. Likaså förbises ansvarssituationer, där medansvar kan uppkomma på *straffrättslig* grund. Av utrymmesskäl har det också varit nödvändigt att förbigå de *skatterättsliga* aspekterna av koncernansvaret.

Vad som följaktligen återstår att behandla är moderbolagets ansvar för dotterbolagets gäld i allmänhet eller enskilda förpliktelser. Framställningen omfattar således även ansvarssituationer till följd av att dotterbolaget inom eller utom kontraktsförhållanden åsamkat skada eller annars ådragit sig en ekonomisk förpliktelse.

Om moderbolag i nyss nämnda tillfällen blir ansvarigt för dotterbolags förpliktelser, talar man om «*ansvarsgenombrott*», i tysk rätt om «*Haftungsdurchgriff/Durchgriffhaftung*» och i engelsk och amerikansk rätt om «*lifting the corporate veil*» eller «*disregarding the legal entity*».² Terminologin är inte helt fast. I detta referat används termen framförallt för att beskriva fall, då moderbolagets ansvar inte följer omedelbart av stadganden i aktiebolagslagen eller annan lag. Som «*indirekt ansvarsgenombrott*» betecknas det fall, att moderbolaget ej tillåts bevaka fordran i ett dotterbolags konkurs. En variant av ansvarsgenombrott, som inte kommer att uppmärksammas särskilt, inträffar, när dotterbolags borgenär medges rätt att kvitta sin (värdelösa) fordran med en skuld till moderbolaget.

Typiskt för ansvarsgenombrott är att det aktualiseras i dotterbolagets konkurs. Detta utgör dock ej en premis för den fortsatta framställningen.

Frågeställningen gäller moderbolags ansvar. För att renodla resonemangen presumeras dotterbolaget i fortsättningen vara *helägt* med mindre annat sägs. Man torde dock kunna hävda, att förekomsten av utomstående aktieägare i dotterbolaget i många fall inte är av avgörande betydelse för ansvarsfrågans bedömning. Här måste man skilja mellan fall, där minoriteten i dotterbolaget faktiskt samarbetar med majoriteten eller förhåller sig passivt till bolagets verksamhet, och fall, där minoriteten antingen står i opposition till majoriteten eller annars har egna intressen, som de aktivt bevakar. I sistnämnda fall är det mindre sannolikt, att dotterbolaget kan helt underordnas koncernledningens (moderbolagets) vilja och drivas uteslutande för att tillgodose koncernens

² Se Rodhe, Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder, Festskrift 1984 till Jan Hellner, 486.

intressen, även när dessa avviker från dotterbolagets egna intressen.³

När *stat* eller *kommun* äger hela aktiestocken i ett aktiebolag, föreligger inte en koncern i bolagsrättslig bemärkelse. Frågan om ansvarsgenombrott är dock inte utan intresse även i sådana fall. För den som kontraherar med ett stats- eller kommunalt ägt aktiebolag kan ju ägaren på samma sätt som ett känt och stabilt moderbolag framstå som en garant för att dotterbolaget uppfyller sina förpliktelser. Å andra sidan kan det verka minst lika stötande, att stat eller kommun undandrar sig ansvar för sitt helägda bolags agerande som att ett privat moderbolag gör det. Tanken att staten eller en kommun vore beredd att låta ett av sina bolag gå i konkurs hellre än att betala dess gäld är numera inte enbart akademisk. De skärpta kraven på att också dylik företagsverksamhet skall vara lönsam, kan tänkas leda till att ett förlustbringande bolag som en sista utväg överges.⁴

Framställningen tar i första hand sikte på *nordisk rätt* och nordiska förhållanden. När det hänvisas till aktiebolagslagen, har författaren strävat till att beakta de fyra nordiska lagarna. Däremot har den danska anpartsselskabsloven inte beaktats särskilt för sig. I övrigt har särskilt svensk doktrin gett material för beskrivningar och värderingar.⁵ Referatet innehåller också ett avsnitt om utomnordisk rätt samt ett särskilt avsnitt om ansvarsgenombrott i internationella koncerner.⁶

3 Har utomstående aktieägare minst 10 procent av aktiekapitalet föreligger ju en konkret risk för att minoriteten vid behov tyr sig till aktiebolagslagens särskilda skyddsregler (t.ex. påkallande av extra granskning och väckande av talan mot bolagsledning och huvudaktieägare) utan att moderbolaget som motdrag kan tvångsinlösa minoritetens aktier (enligt DAL 20b §, FABL 14:8 §, NAL 14:9 § och SABL 14:9 §). Se även Huttunen, Yhdenmiehen osakeyhtiöstä (Porvoo 1963) 187–188.

4 Se Rodhe 492. I Finland har statsrådet 1983 utfärdat uttryckliga direktiv beträffande statsägda bolags drift enligt lönsamhetsprincipen. Av intresse är också fallet Tandberg i Norge, där staten varit berett att offra bolaget (sedan saneringsåtgärderna misslyckats) men avstog från detta bl.a. på grund av den internationella kapitalmarknadens negativa reaktioner. Enligt NAL 14:9.2 § jämnställs staten med moderbolag i fråga om rätten att inlösa utomstående aktieägare.

5 Se särskilt Nilsson-Stjernquist, Föreningsfirmans funktion (Lund 1950), Nial, Svensk associationsrätt, 2 uppl. (Stockholm 1976) kapitel 27 samt Rodhes artikel angiven ovan i not 2.

6 Centrala källor härvidlag har varit Drobning, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften (Berlin 1959) samt en studie av OECD:s kommitté för internationella investeringar och multinationella företag från år 1980 «Responsibility of parent companies for their subsidiaries».

3. Aktieägares lagstadgade betalningsansvar

3.1. Allmänna regler till skydd för aktiekapitalet

I det inledande avsnittet konstaterades, att aktieägarnas ansvar för bolagets gäld enligt de nordiska aktiebolagslagarna begränsas till det riskkapital som inskjutits i bolaget (aktiernas nominella belopp samt överkurs). Skulle det visa sig, t.ex. vid bolagets konkurs, att aktieägare faktiskt ej inbetalt akties hela belopp, kan det som fattas inkrävas till konkursboet jämte ränta.

Då aktieägarnas ansvar sålunda begränsats till det bundna egna kapitalet, har lagstiftaren vinnlagt sig om att detta kapital inte får röras utan borgenärens samtycke, dvs. att det skall finnas täckning åtminstone för aktiekapitalet. Här kan hänvisas till reglerna om nedsättning av aktiekapitalet med återbetalning till aktieägarna (DAL 44–47 §§, FABL, NAL och SABL 6 kap.) samt till reglerna i FABL 7:2 § om inlösen av aktier med vinstmedel.

Principen om aktiekapitalets okränkbarhet har också legat bakom de låneförbud, som intagits i aktiebolagslagarna. Även om dessa förbud är olika utformade i de olika länderna, kan man säga, att de alla strävar till att förhindra att återbetalningsförbudet kringgås genom att aktieägare får låna tillbaka sin aktieinsats under förhållanden, som riskerar att bolaget kan komma att sakna full täckning för det bundna egna kapitalet. Med lån jämnställs ställande av säkerhet för aktieägares förpliktelser.⁷

De nordiska låneförbuden undantar emellertid lån mellan bolag inom samma koncern. Den omständigheten, att moderbolaget återlånat utan säkerhet det aktiekapital, som inskjutits i dotterbolaget, kan komma som en otrevlig överraskning för dotterbolagets borgenärer, även om man i lag sökt säkerställa, att uppgift skall ges i årsredovisningen beträffande koncerninterna gälds-förhållanden.⁸

De betydelsefullaste reglerna till skydd för bolagets kapitalbas återfinns i stadgandena om vinstutdelning och annan användning av bolagets egendom (kap. 12 i FABL, NAL och SABL samt DAL 109–115 §§). Utdelning av bolagets medel får ske bara i form av vinstutdelning eller vid nedsättning av

⁷ FABL 12:7 § i lydelse enligt 1981:248 tillåter dock rent kommersiella lån till aktieägare likaså lån till småaktieägare. Detsamma kan i stort sett sägas gälla SABL i lydelse enligt 1982:236. NAL 12:10 § undantar bara kommersiella lån till aktieägare, DAL 115 § innehåller ett mer kategoriskt låneförbud.

⁸ Se Koski – af Schultén, Uusi osakeyhtiölaki selityksin II (Vammala 1979) 134.

aktiekapitalet eller reservfonden samt vid utskiftning i samband med likvidation.⁹

Vinstutdelning får bara ske i den utsträckning bolaget har fritt eget kapital enligt senast fastställda balansräkning efter avdrag för balanserad förlust och eventuella obligatoriska avsättningar till fond.¹⁰ Påföljden av att vinst utdelats i strid med lagens stadganden är *tillbakabetalningsskyldighet* för aktieägarna. Aktieägare, som haft skäligen anledning tro att utbetalningen utgjorde laga vinstutdelning, drabbas ej av återbäringsskyldighet.

Huvudregeln gäller alla slag av olaga utdelning också utdelning som brukar betecknas som *förtäckt vinstutdelning*. Typiskt för denna form av vinstutdelning är att den vanligen företas av bolagets ledning. Förtäckt vinstutdelning förekommer t.ex. i form av långfristigt lån mot låg ränta, lön eller arvoden för fiktiva arbetsinsatser eller köp av aktieägares egendom till överpris. Ofta, om också inte alltid, sker förtäckt vinstutdelning bara till en del av aktieägarna.¹¹

Till den del hela det belopp, som olagligen utdelats, ej återburits svarar de som medverkat till beslutet om utdelningen eller verkställande därav eller till upprättande eller fastställande av oriktig balansräkning solidariskt för återbäringen.

När reglerna om återbäring av olaga vinstutdelning blir tillämpliga i ett koncernförhållande, t.ex. i anledning av dotterbolagets konkurs, kan man antaga, att det rör sig just om förtäckt vinstutdelning. Något godtrosskydd kan moderbolaget i praktiken inte åberopa. Beslut innebärande förtäckt vinstutdelning fattas knappast på dotterbolagets bolagsstämma, utan «uttagen» ur dotterbolaget har sannolikt skett inom ramen för den löpande verksamheten genom beslut av dotterbolagets organ, t.ex. i form av extra låg prissättning av varor, som säljs till moderbolaget, överstora betalningar för förmåner som moderbolaget beviljat dotterbolaget o.dyl.

Man kan då fråga sig, huruvida moderbolaget självt skall anses ha medverkat till «beslutet om utbetalningen eller verkställande därav». Även om ett direkt återbäringsansvar inte i alla tillfällen skulle inträda enligt DAL 113 §,

9 SABL 12:1 § talar visserligen uttryckligen bara om utbetalning men torde böra ges ett lika vidsträckt innehåll som i de andra lagarna. Se härom Rodhe 482. Utdelning avser såväl kontanta utbetalningar som överföring av realtillgångar, efterskänkande av aktieägares gäld till bolaget, gåvor av osedvanlig storlek o.likn. Se härom t.ex. Koski-af Schultén II 181.

10 NAL 12:5 § innehåller därutöver ett generellt krav på att försiktighet skall iakttagas vid bestämmande av utdelningens storlek.

11 Se t.ex. Koski-af Schultén II 205–206 och Kedner-Roos, Aktiebolagslagen Del II (Lund 1982) 218.

FABL 12:5 §, NAL 12:8 § eller SABL 12:5 §, torde ansvar i många fall komma att inträda med stöd av reglerna om aktieägares skyldighet att ersätta skada, som han genom att medverka till överträdelse av aktiebolagslagen eller bolagsordningen uppsåtligt eller av grov oaktsomhet tillfogar bolaget, aktieägare eller annan, t.ex. borgenär (se DAL 142 §, FABL 15:3 §, NAL 15:1 § och SABL 15:3 §). Det är svårt för moderbolaget att gentemot dotterbolagets konkursbo hävda, att det ej insett, att utdelningen från dotterbolaget varit olaglig.¹² Om moderbolagets ledning anses ha medverkat till den olaga utdelningen, blir också moderbolaget självt ersättningsskyldigt på grund av medverkan.

I varje fall i norsk och svensk koncernpraxis förekommer olika former av *koncernbidrag*. Dessa är utbetalningar mellan koncernbolag, vilka skattemässigt är avdragsgilla för givaren och vilka normalt inte är avsedda att återbetalas eller amorteras. Fråga är om ett kapitaltillskott *sui generis*, som t.ex. ett moderbolag kan lämna sitt dotterbolag för verksamhetens finansiering eller omvänt «lyfta» från sitt dotterbolag i stället för dividend eller aktieägarlån. En fråga som knappast låter sig entydigt besvaras är, huruvida dotterbolags konkursbo kan kräva att moderbolaget återbär av dotterbolaget uppburna koncernbidrag med hänvisning till reglerna om olaga utdelning.¹³

3.2. Moderbolags gäldsansvar enligt lag

I föregående delavsnitt har jag redogjort för de regler som tillkommit för att hindra att aktieägarna disponerar över bolagets riskkapital till skada för borgenärerna. Det betalningsansvar, som i dessa tillfällen kan uppkomma, är naturligt nog begränsat till själva aktiekapitalets belopp eller, vid olaga vinstutdelning, till det utdelade beloppet. I sistnämnda fall kan moderbolaget i egenskap av aktieägare tänkas bli ställt inför betydande återbetalningskrav, om olaga utdelning förekommit under en längre tid.

Aktiebolagslagstiftningen innehåller emellertid också några stadganden, som statuerar ett mer direkt och från bolagets kapitalbas fristående ansvar för aktieägare/moderbolag. De finska och svenska lagarna (13:2 §) innehåller stadganden om att ett aktiebolag, vars aktiekapital till mer än 2/3 «konsumerats», skall vidtaga skyndsamma åtgärder för att öka täckningen för aktiekapitalet till hälften resp. hela aktiekapitalet vid äventyr av likvidation. I fråga om sanktionerna för underlåtenhet att iakttaga denna skyldighet skiljer sig svensk

¹² Se t.ex. Kedner-Roos II 218–219.

¹³ Se Rodhe 482–483. I Finland opererar man ej med koncernbidrag, emedan de ej i beskattningen gödas som främmande kapital hos mottagaren.

rätt från finsk. Enligt den svenska aktiebolagslagen blir nämligen de aktieägare, som med vetskap om att likvidationsplikt föreligger, deltagit i beslut om att fortsätta bolagets verksamhet (trots att täckning saknas för aktiekapitalet) solidariskt ansvariga tillsammans med bolagets ledning för gäld, som uppkommer för bolaget under den tid det rättsstridiga tillståndet pågår. I ett koncernförhållande torde moderbolaget alltid bli ansvarigt för dotterbolagets förpliktelser under den kritiska perioden. En förutsättning för att ansvaret skall kunna göras gällande torde ej vara, att dotterbolaget först sökts utan resultat. Den finska lagen föreskriver som påföljd endast skadeståndsansvar för de medagerande.

Ovan nämndes redan de nordiska reglerna om *aktieägars ansvar för skada*, som han genom att medverka till lagstridigt handlande avsiktligen eller av grov oaktsamhet tillfogar bolaget, annan aktieägare eller tredje person. Detta stadgande kan i en koncern bli aktuellt även i andra fall än vid medverkan till olaga vinstutdelning. Om moderbolaget i egenskap av aktieägare på bolagsstämma i dotterbolaget eller genom utövande av sitt inflytande över dotterbolagets ledning genomdriver ett beslut, som åsamkar dotterbolaget ekonomisk förlust, kan moderbolaget åläggas att ersätta denna förlust till dotterbolagets konkursbo, varigenom ersättningen kommer hela borgenärskollektivet till godo. Man kan också tänka sig att det lagstridiga beslutet skadar någon eller några enskilda borgenärer, varvid dessa, men ej övriga borgenärer, kan kräva moderbolaget på skadestånd, om betalning ej erhålls av dotterbolaget. Ett tänkbart fall för finsk del vore, att moderbolag i stället för att sanera dotterbolaget, när likvidationshot enligt FABL 13:2 inträtt, förmår dotterbolaget att anställa ny personal och öka produktionen. Slutar det hela med konkurs för dotterbolaget, kan man tänka sig att staten, som fått lov att stå för obetalda löner till de anställda, skulle kunna framställa krav på skadestånd mot moderbolaget för de merutgifter det lagstridiga beslutet att fortsätta dotterbolagets verksamhet inneburit.

Frågan, när moderbolaget skall anses ha utövat sin bestämmanderätt över dotterbolagets ledning, måste avgöras in casu. Ett viktigt kriterium för bedömningen är graden av integration mellan koncernbolagen. Är dotterbolaget mycket löst knutet till koncernen och har det en helt självständig ledning, skall mera till för att moderbolaget kan göras ansvarigt för dotterbolagets handlande, än om dotterbolaget är underställt en enhetlig koncernledning.

Hur långt moderbolagets ansvar för dotterbolagets förpliktelser i praktiken kan föra är än så länge oklart. Rättspraxis har ännu ej hunnit utveckla sig. Dessutom måste man beakta, att ansvar ej kan uppkomma annat än när fråga är om överträdelse av aktiebolagslagen eller bolagsordningen. Det är därför

svårt att föreställa sig, att moderbolaget på grund av denna regel skulle kunna hållas ansvarigt, t.ex. för att dotterbolaget engagerat sig i riskfylld verksamhet med ett otillräckligt eget kapital. Bedömningen kan tänkas bli en annan, om dotterbolaget på order av moderbolaget handlat i strid med bolagsordningens bestämmelser om bolagets verksamhetsföremål och besluten fattats med åsidosättande av dotterbolagets egna organ.¹⁴

Av intresse är också att konstatera, att nyss nämnda begränsningar av aktieägares ansvar inte gäller enligt NAL 15:1 §. Aktieägare/moderbolag kan här bli ansvarigt även för skada som inte hänför sig till överträdelse av aksjeselskapsloven eller bolagsordningen.¹⁵

Redogörelsen för moderbolags legala betalningsansvar kan lämpligen avslutas med påpekandet, att moderbolag vid dotterbolags konkurs betraktas som konkursgäldenären «närstående». Detta har till följd att de förlängda fristerna för *återvinning i konkurs* blir tillämpliga på transaktioner mellan dotter- och moderbolag. Om således, för att anknyta till finsk rätt (konkursstadgan 46 §), dotterbolaget under det år som föregått konkursen, överlätit tillgångar på moderbolaget på villkor som är att jämnställa med gåva, betalat icke förfallen skuld till moderbolaget (t.ex. genom överlåtelse av realltillgångar) eller ställt pant för lån, som ursprungligen getts utan säkerhet, kan dessa transaktioner på talan av konkursboet förklaras återgå. Motsvarande ehuru ej identiska regler finns i de andra nordiska konkurslagarna.

Däremot innehåller nordisk konkurslagstiftning veterligen inte några uttryckliga föreskrifter, som skulle förhindra moderbolag att bevaka fordran i ett dotterbolags konkurs, eller som skulle göra det möjligt att, när moderbolag och dotterbolag vardera försatts i konkurs, behandla tillgångar och skulder som en helhet.

Sammanfattningsvis kan om aktieägares/moderbolags betalningsansvar enligt aktiebolagslagen för dotterbolags förpliktelser sägas, att ansvaret ej tillkommit som ett utslag av föreställningen att bolagen i en koncern utgör en ekonomisk helhet. Snarare styrker omsorgen om det bundna kapitalet strävan att tillerkänna aktiebolaget – även det helägda dotterbolaget – rättslig autonomi.

Det personliga gäldsansvaret enligt SABL 13:2 § bygger uppenbarligen på

14 Angående aktieägares ansvar se t.ex. Rodhe 485 och Kedner-Roos II 306. Se också Koski-af Schultén II 390, där det refereras till den situationen, att aktieägare medverkat till att bokslutet ger en vilseledande bild av bolagets kreditvärdighet och därigenom kan komma att skada en kreditgivare.

15 Se Skåre, Lov om aksjeselskaper (Oslo 1976) 294.

föreställningen att bolaget, efter att ha förlorat täckningen för större delen av sitt riskkapital, bör med avseende å ny gäld jämnställas med ett personbolag, där de som aktivt medverkar i beslutsfattandet ådrar sig personligt gäldsansvar. En liknande ordning existerade i tidigare nordisk bolagsrätt för det fall, att antalet aktieägare nedgått under den lagstadgade minimigränsen.

4. Ansvarsgenombrott enligt gällande rätt

Tyngdpunkten i detta avsnitt ligger på en redogörelse för hur man i nordisk doktrin och praxis förhållit sig till det egentliga ansvarsgenombrottet (se ovan avsn. 2). Vidare beskrivs i korthet bruket av sk. «letters of responsibility», vilket kan medföra konsekvenser för moderbolaget påminnande om ansvarsgenombrott.

Inledningsvis är det skäl att påminna om att ett moderbolag givetvis kan bli ansvarigt för ett dotterbolags förpliktelser enligt allmänna civilrättsliga principer. Jag hänvisar här till reglerna om ansvar för biträdes handlingar och skadeståndsansvar på grund av medverkan eller anstiftan. Ansvar kan också följa av att moderbolaget genom sitt uppträdande förlett tredje person till att tro att moderbolaget är den egentliga medkontrahenten, ej dotterbolaget. Moderbolaget har då ett direkt och primärt ansvar. Ett finskt rättsfall, HD 1958 II 43, som visserligen ej gäller ett rent koncernförhållande, får illustrera denna tankegång.

Verkställande direktören i bolaget Länsi-Lapin Radio Oy i Torneå hade efter gjord näringsanmälan börjat bedriva affärsrörelse i grannstaden Kemi under firman Länsi-Lapin Radio. Aktiebolaget hade i offentligheten agerat på ett sätt som gav anledning tro att bolaget ägde den i Kemi verkande rörelsen. En borgenär, som i förlitan härpå hade levererat varor till rörelsen i Kemi, berättigades att erhålla betalning av aktiebolaget.¹⁶

4.1. Doktrin och praxis

Är egentligt ansvarsgenombrott i koncernförhållanden möjligt enligt gällande rätt i Norden? Låt oss först se vad några företrädare för bolagsrättslig expertis har att säga om detta.

Gomard uttalar att det inte är uteslutet, att skadeståndsrättsliga regler kan medföra att aktieägare ansvarar för gäld som de genom ett klandervärt förfarande har låtit bolaget ådraga sig. Det faktum allena, att bolagets eget

¹⁶ Jfr. fallet NJA 1982 s 244.

kapital har varit för litet för verksamhetens bedrivande, är ej en tillräcklig grund för sådant ansvar. Gomard konstaterar vidare att reglerna i DAL 142 § (aktieägares skadeståndsansvar) ger grund för att begränsningen av aktieägares ansvar för bolagets gäld i speciella tillfällen kan åsidosättas. Han konkluderar med att det således finns möjlighet till Haftungsdurchgriff också i dansk rätt.¹⁷

Frågan har i Danmark behandlats också av *Borum* i en specialartikel.¹⁸ Borum konstaterar först att dotterbolagets medkontrahent kan ha grund till att antaga, att dotterbolaget uppträder som «agent» för moderbolaget. Härutöver torde man, menar Borum, nog kunna antaga, att moderbolaget skall anses ansvarigt, när det kan karakteriseras som missbruk av bolagsformen, att moderbolaget driver sin verksamhet, särskilt den riskfyllda delen därav, genom att dotterbolag, som är underkapitaliserat och/eller står under kontroll av moderbolaget, i vars intresse verksamheten bedrivs.

Om norsk rätt uttalar *Skåre*: «Det følger dessutom av dette utgangspunkt at morselskapet, som enhver annan aksjeeier, ikke er ansvarlig for datterselskaps gjeld med mindre det foreligger avtale om dette, eller ansvaret følger av erstatningsrettslige synspunkter o.l. eller av konkurslovens regler om omstøtelse».¹⁹ ²⁰ Hänvisningen till skadeståndsrättsliga synpunkter tar uppenbarligen fasta främst på reglerna i NAL 15:1 §. Vad som kvarstår är följaktligen hänvisningen till «andra liknande förhållanden».

De finska kommentarerna till 1978 års aktiebolagslag uttalar sig inte i ansvarsgenombrottsfrågan. Inte heller *Koski* har behandlat frågan de lege lata i sina koncernrättsliga arbeten. Däremot har frågan rätt ingående dryftats av *Huttunen* i hans avhandling om enmansbolaget (se närmare avsn. 4.2).

Mera uppmärksamhet verkar ansvarsgenombrottsfrågan att ha väckt i svensk doktrin. Sålunda innehåller *Kedner – Roos* under 1:1 § ett kort avsnitt rubricerat «ansvarighetsgenombrott», där det konstateras bl.a. att «Aktieägare

¹⁷ Gomard, Aktieselskaber og anpartsselskaber efter lovene af 13 juni 1973 (Köpenhamn 1974) 26 och 146. Däremot innehåller Graesvaenge, Larsen & Roelsen, Aktieselskabsloven af 1973 med kommentarer, 2 uppl. (Köpenhamn 1983) inte några uttalanden som belyser frågan om ansvarsgenombrott.

¹⁸ Borum, Disregard of Legal Entity, Festskrift til Stephan Hurwitz (Köpenhamn 1971) 80 ff.

¹⁹ Skåre 20.

²⁰ Här kan också citeras ett uttalande av Andenaes om att aktieägarna för att kunna dra fördel av aktiebolagsformen själva måste respektera den. Aktieägare kan således ej vänta sig att gäld skall betraktas som bolagets, om han ej hållit linjerna klara. Se Andenaes 44. Vilken relevans detta uttalande skall tillmätas koncernförhållanden är svårt att säga.

i ett bolag kan åläggas att svara för bolagets förpliktelser i undantagsfall som ej regleras i lag. Man talar i sådana fall om ansvarighetsgenombrott Särskilt nära till hands ligger läran om ansvarighetsgenombrott i fall där ansvarssubjektet är ett kapitalsvagt dotterbolag till ett finansiellt bättre utrustat moderbolag». ²¹

Rodhe för sin del framhåller att det i «undantagsfall kan tänkas att en aktieägare, som fullgjort sin tillskottsplikt på grund av aktieteckning och som inte gjort sig skyldig till någon överträdelse av ABL eller bolagsordningen, likväl ålägges att gentemot fordringsägare ansvara för bolagets skuld». ²²

Ansvarsgenombrottsproblemet har vidare behandlats av bl.a. *Nial*, *Hellner* och *Grönfors*, se närmare 4.2.

Vad grundar sig uttalandena i doktrinen på? Vad finns det för domstolsavgöranden som stöder ovan återgivna uttalanden? Författaren av detta referat har inte haft möjlighet att närmare penetrera danska och norska rättskällor för att finna relevant material på denna punkt. ^{23a} Om framställningen därför begränsas till svensk och finsk rätt, blir svaret att det finns några avgöranden av högsta rättsinstans som utmynnat i ett ansvarsgenombrott. Å andra sidan måste också framhållas, att en del av dessa avgöranden inte är särskilt färska och att domsmotiveringarna i hög grad tar fasta på de specifika elementen i de enskilda fallen.

Det ledande svenska rättsfallet har i något förenklad form refererats i avsnitt 1 såsom exemplet a).

Högsta domstolen, NJA 1947 s 647, dömde här dammbolagets delägare att ersätta den uppkomna skadan med motiveringen, att dammbolaget utgjort allenast ett kraftverksägarnas gemensamma verkställighetsorgan för handhavandet av vattenhushållningen vid dammen och ej utövat någon självständig verksamhet. Med hänsyn härtill och till «omständigheterna i övrigt» kunde delägarna ej undgå att ersätta skadan. ²³

Även NJA 1942 s. 473 brukar i svensk litteratur anföras som ett exempel på

21 Kedner-Roos, Aktiebolagslagen Del I (Lund 1982) 17.

22 Rodhe, Aktiebolagsrätt, 11 uppl. (Stockholm 1983) 225.

23 I verkligheten hade alltså dammbolaget flera delägare. Denna omständighet hindrar ej att avgörandet klassificeras som ett fall av ansvarsgenombrott inom koncern. Se också Rodhe 486–487.

23 a Se dock angående dansk praxis Munch, Mogens, Modregning i konkurs i lyset af nyere retspraksis, U.f.R. 1983 B 153–156 och där kommenterade rättsfall U.f.R. 1978.880 H samt U.f.R. 1980.806. Särskilt det senare rättsfallet är relevant med tanke på ansvarsgenombrott i det att dotterbolagets anställda här gavs rätt att bevaka lönefordran i moderbolagets konkurs under återopande, att det i konkurs varande

ansvarsgenombrott.²⁴ Här var förhållandet det att ett tryckeribolag ägde 46 av 50 andelar i en ekonomisk förening, vars syfte var att tillhandahålla medlemmarna bostäder. Föreningens enda tillgång var en tomt. På tomten uppfördes en tillbyggnad avsedd för tryckerirörelsen. Entreprenadkontraktet ingicks av föreningen. Under grävningensarbetena skadades en grannfastighet. Bolaget förklarades skyldigt att ersätta skadorna, emedan bolaget, som i verkligheten rådde över tomten som om det varit ägare till densamma, måste betraktas som den verkliga byggherren.

Vidare kan nämnas rättsfallet NJA 1975 s. 45.

Frågan gällde tvenne systerbolag, av vilka det ena fungerade som kommissionärsbolag för det andra (huvudbolaget). Efter det att kommissionärsbolaget försatts i konkurs, förde såväl konkursförvaltaren som vissa borgenärer talan mot huvudbolaget. Högsta domstolen godtog borgenärernas talan och ålade huvudbolaget betalningsskyldighet gentemot dem. Domstolen uttalade att betalningsansvar för huvudbolaget inte kunde grundas enbart på det faktum, att ägarintressena var de samma i bolagen och att kommissionärsbolagets verksamhet bedrivits uteslutande i huvudbolagets intresse. Kvalificerande omständigheter var emellertid, att kommissionärsbolagets egna tillgångar inte varit tillräckliga för en självständig verksamhet, varför huvudbolaget fick betraktas såsom den egentliga rörelseidkaren eller i allt fall såsom i så hög grad medverkande i verksamheten, att bolaget inte kunde undgå att svara för kommissionärsbolagets gäld.

Slutligen bör rättsfallet NJA 1982 s. 244 omnämnas.

Ett moderbolag med 17 dotterbolag hade centraliserat koncernens ekonomifunktion till moderbolaget så, att när varor beställdes till dotterbolagen, uppmanades leverantörerna sända ordererkännandena till vederbörande dotterbolag och fakturorna direkt till moderbolaget, som skötte utbetalningarna. Borgenärerna i ett dotterbolag yrkade betalning av moderbolaget dels på avtalsrättsliga grunder dels med åberopande av principen om ansvarsgenombrott. Högsta domstolen fann att moderbolaget förhållit sig gentemot leverantörerna på ett sådant sätt, att de haft anledning uppfatta moderbolaget såsom ansvarigt för betalningen av leveranserna. Då denna uppfattning varit känd även för moderbolaget, kunde det inte undgå betalningsskyldighet för leveranserna. Moderbolaget ålades alltså ett avtalsrättsligt (med)ansvar. Frågan om ansvarsgenombrott blev inte närmare prövad.

I fråga om finsk rätt får man gå tillbaka till ett avgörande av högsta domstolen från 1929, HD 1929 II 638.

dotterbolaget varit kapitalsvagt, saknat reell beslutsrätt och fungerat endast som mellanled vid utbetalning av lönerna till bolagets anställda.

En dylik lösning vore på sätt och vis en logisk påbyggnad till koncernredovisnings- och koncernvinstinstitutet. Reglerna i t.ex. FABL 12:2 § och SABL 12:2 §, enligt vilka moderlag ej får dela ut vinst i större utsträckning än vad som redovisas som fritt eget kapital enligt koncernbalansräkningen även om moderbolagets egna vinstmedel vore större, innebär ju att lagstiftaren ålagt moderbolaget ett visst ansvar för dotterbolagets förlust. Förlusten behöver visserligen ej kontinuerligt täckas, men den minskar det belopp, som kan utbetalas från koncernen.

24 Rodhe (486 not 17) menar dock att avgörandet numera är rätt ointressant på grund av de ändringar som skett beträffande lagstiftningen om ekonomiska föreningar.

Ett svenskt moderbolag hade bevakat kontofordringar i sitt helägde finska dotterbolag på drygt 2 milj. mk. Moderbolagets fordran kunde emellertid ej göras gällande emedan, förklarar domstolen, dotterbolaget endast skenbart varit ett särskilt bolag, men faktiskt varit ett av moderbolaget ägt och för dess ekonomiska syften verkande under självständig förvaltning fungerande filial (på finska *haaraliike*).

Här inträffade alltså ett indirekt ansvarsgenombrott. Huruvida hänsyftningen på filial skall tillmätas betydelse är svårt att säga.²⁵ Det mest sannolika är att ordvalet närmast ger uttryck för att domstolen velat behandla dotterbolaget som en faktisk del av moderbolaget.

Trots att formuleringen i domslutet kan inge viss tveksamhet är det av intresse att konstatera, att den haft avgörande betydelse i ett senare ärende, som avgjorts av högsta förvaltningsdomstolen, HFD 1950 II 4.

Fallet som sådant är mycket specifikt. Bolaget D hade krävt ersättning av finska staten för egendom, som genom vapenstillståndet 1944 gått förlorad. Aktiemajoriteten innehades av ett tyskt moderbolag M, vars egendom i Finland enligt lag förklarats tillfalla Sovjetunionen. HFD fann med utnyttjande ord för ord av formuleringen i det tidigare HD-fallet, att D, när skadan inträffade, bara skenbart var ett särskilt bolag men faktiskt en filial till M. Då ersättning inte kunde utgå till M, kunde inte heller D refunderas.

En för finska förhållanden särpräglad form för åsidosättande av dotterbolags autonomi uppvisar domstolsavgörandena i sk. *grynderfall*. Det typiska för dessa fall är att en byggfirma (gryndern) grundar ett bostadsaktiebolag och med detta ingår avtal om uppförande av ett eller flera bostadshus. Aktierna i bostadsbolaget, vilka berättigar till innehav av bestämda lägenheter i bolagets hus, tecknas av gryndern men säljs sedan vidare åt bostadsbehövande medan byggnadsarbetena ännu pågår. Aktieköparna får som regel herravälde över bostadsbolaget sedan tillträdessyn mellan bolaget och gryndern hållits i huset och bostadsbolaget, som dittintills behärskats av gryndern, beviljat styrelsen ansvarsfrihet. Två slag av problem med intresse för ansvarsfördelningsfrågan kan här infinna sig. Sedan ny styrelse tillsatts, visar det sig att bostadsbolaget har beviljat säkerhet för grynderns leverenskrediter i andra byggprojekt genom att inteckna (pansätta) bolagets fastighet. Högsta domstolen har i dylika fall

²⁵ I finsk såsom och i annan nordisk rätt finns fortfarande särskilda bestämmelser om filialer till utländska bolag. För förpliktelser som uppkommit i filialens verksamhet svarar huvudbolaget med hela sin förmögenhet. Se t.ex. DAL kapitel 17 och finska lagen om idkande av näring 1919 2 §. I Finland har troligen av skatteskal filialerna nästan helt försvunnit ur bruk.

konstaterat, att inteckningshavaren ej kan åberopa pantsättningen mot bostadsbolaget. Bolaget har ej haft fördel av grynderns kredit och inteckningsbeslutet har inte ansetts binda de nya aktieägarna också om det fattats i formellt riktig ordning. Domstolen har alltså till denna del fränkämt bolagsstämmans beslut giltig verkan, när bolaget varit under grynderns – moderbolagets kontroll. Vanligen har det också presumerats, att tredje person varit i ond tro beträffande det faktum att pantsättningen skett i en gryndersituation.

Det andra problemet uppkommer efter att den av gryndern beviljade garantitiden (1 år) gått till ända och det uppdragas konstruktions- eller andra dolda fel i byggnaden eller de enskilda lägenheterna. När bostadsbolaget yrkar på reparation eller ersättning av gryndern (det foma moderbolaget), åberopar detta en friskrivningsklausul i entreprenadkontraktet med bostadsbolaget. I en del avgöranden har högsta domstolen ställt sig på aktieägarnas sida genom att inte ge friskrivningsklausulen i avtalet mellan gryndern och bostadsbolaget giltig verkan gentemot det av bostadsköparna förvaltade bostadsbolaget. Domstolen har i stället låtit grynderns felansvar bestämmas utgående från köpavtalet mellan gryndern och aktieförvärvarna. Detta avtal har inte innehållit friskrivningar från byggnadsfel.²⁶

4.2. Ansvarsgrunden

Vad kan man dra för slutsatser av ovan refererade domstolsavgöranden? Allt tyder på att ansvarsgenombrott kan ske i koncernförhållanden. Detta konstaterande ger emellertid inte någon ledtråd för bedömningen av när ett ansvarsgenombrott är möjligt och på vilka grunder. Vilken eller vilka är de rättsregler domstolarna stöder sig på i dessa fall?

I doktrinen har man sökt en normativ förklaring till fenomenet ansvarsgenombrott dels genom att anknyta till någon känd rättsfigur, såsom bulvanskap eller identifikation, dels genom att särskilja och systematisera reella (och rättspolitiskt godtagbara) skäl för ansvarsgenombrott, såsom dotterbolagets underkapitaliseringen, moderbolagets inflytande på dotterbolagets ledning, sammanblandning av bolagens egendom, missbruk av bolagsformen, illojalt handlande.

Det är särskilt rättsfallet NJA 1947 s 647 (dammbolagsfallet) som stimulerat till försök att ge en allmängiltig förklaring. *Stjernquist* framhåller, att högsta domstolen visserligen genom att hänvisa till «omständigheterna» velat undvika ett principiellt ställningstagande, men att domstolen dock tryckt på det faktum, att bolaget ej drivit någon självständig verksamhet i den mening att det

²⁶ Se angående rättspraxis t.ex. HD 1963 II 27, HD 1966 II 95, HD 1981 II 99.

saknade resurser för verksamheten och alltså var helt beroende av kapitaltillskott från delägarna, vilka å sin sida erhöll bolagets tjänster gratis.²⁷ Stjernquist finner här likheter med det några år äldre tryckeribolagsfallet (NJA 1942 s. 473). Framförallt var även i det fallet dotterföretagets (föreningens) tillgångar otillräckliga. Föreningens verksamhet dirigerades av tryckeribolaget och dess enda tillgång, tomten, användes för moderbolagets rörelse. Byggnadsarbetet finansierades av moderbolaget.

Stjernquist anser inte att domstolsavgörandena bygger på en bulvanskapsfiktion. Det synes däremot *Grönfors* göra. Grönfors betonar dock även han betydelsen av att kapitalunderlaget för dotterbolaget varit otillräckligt i förhållande till den bedrivna verksamheten, när det gäller att dra gränsen mellan lojala och illojala fall. Han menar, att det måste krävas starka skäl för «ett så pass radikalt steg som att bortse från den juridiska förvaltningsformen för verksamheten».²⁸

Hellner åter anser att rättspraxis ger ett magert underlag för allmänna slutsatser i ansvarsgenombrottsfrågan. Han framhåller i sin analys av NJA 1942 s. 473 och 1947 s. 647, att man ej får pressa domsmotiveringarna för hårt i fråga om den vikt dotterbolagets bristfälliga ekonomi skall tillmätas. Det är också möjligt att den bakomliggande skadestånds- resp. vattenrättsliga grunden i vardera fallet varit lika betydelsefull för ärendets utgång. Hellner anser dock att man «ganska trevande» kunde formulera en princip om «lifting the corporate veil».²⁹

Principen torde ej kunna tillämpas på andra bolag än dem som har ett begränsat antal delägare, driver en verksamhet som är osjälvständig i förhållande till delägarnas egen verksamhet och därvid eftersträvar att tillgodose delägarnas direkta intressen mera än att uppnå vinst inom bolaget, samt har i förhållande till sannolika skadeståndanspråk begränsade tillgångar.

Nial ansluter sig i sin analys ganska nära till Hellner. Nial förmodar att domstolarna endast med försiktighet kommer att döma till ansvarsgenombrott och han framhåller, att man inte får bryta mot principen om medlemmarnas frihet från personligt ansvar «i andra fall än då arrangemanget med dotterbolaget framstår som ett klart, mot fordringsägarna illojalt missbruk».³⁰ Han konkluderar:

27 Nilsson-Stjernquist 98 ff.

28 Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap (Stockholm 1961) 311–313.

29 Hellner, Teori och Praxis, Skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren 1964, 165–166.

30 Nial 199 ff.

Det synes emellertid inte osannolikt att domstolarna kommer att visa sig benägna att, åtminstone när det gäller helägda dotterbolag och därmed likartade fall presumera att, om ett dotterbolag inte kan uppfylla sina förpliktelser, moderbolaget har drivit dotterbolaget på ett mot borgenärerna illojalt sätt och att alltså moderbolaget för att ej bli ansvarigt för dotterbolagets förpliktelser måste visa att dotterbolaget inte fått otillbörligt svaga resurser och inte heller otillbörligt utsugits av moderbolaget.

I Finland har, såsom nämnts, *Huttunen* ingående behandlat enmansaktiebolagets ägares ansvar. Huttunen har inspirerats särskilt av tysk och amerikansk doktrin samt av diskussionen kring de svenska rättsfallen från 1940-talet. Huttunen använder begreppet *identifikation* (på finska *samaistus*). Han avfärdar tanken att aktieägarens ansvar för bolagets gäld skulle uppkomma enbart av den omständigheten, att bolaget är kapitalsvagt eller att dess tillgångar sammanblandats med ägarens. Huttunen motiverar detta bl.a. med det särskilda lagstadgade ansvaret för återbäring av olagligen uppburna medel. Inte heller anser Huttunen att lokutionen «missbruk av bolagsformen» eller principen om «tro och heder» lämpar sig som identifikationskriterier, därtill är de alltför intetsägande.

Huttunen utgår från att det vid identifikation i grunden rör sig om en normkollision, där det gäller att avväga huruvida aktiebolagets lagstadgade rättskapacitet (autonomi) skall vika för det av rättsordningen skyddade intresse, som skulle kränkas, om identifikation ej tillåts. Denna av borgenären åberopade bakomliggande rättsregels ratio, dvs. styrkan hos det intresse normen tar sikte på att skydda, blir avgörande för om identifikation skall äga rum. Principen om aktiebolagets rättskapacitet skall väga tungt vid denna normavvägning. Ju längre förhållandena i dotterbolaget avlägsnar sig från det som är typiskt för aktiebolaget, desto starkare är skälen för att tillåta identifikation. Sålunda bör moderbolaget kunna göras ansvarigt för skada, som dotterbolaget vållat (såväl inom som utom kontraktsförhållanden), om dotterbolaget har ett obetydligt riskkapital, driftskapitalet är lånat av moderbolaget, dotterbolaget leds direkt av moderbolagets styrelse och dotterbolaget utnyttjas direkt för moderbolagets intressen.³¹

4.3. Slutsatser

Kan man i redogörelsen ovan finna en röd tråd, som leder fram till en allmängiltig förklaring av när ansvarsgenombrott kan förekomma enligt nordisk rätt? Går det att göra en nordisk syntes? Med tanke på hur likartad civilrätten – för att inte tala om aktiebolagsrätten – är i de nordiska länderna

31 Huttunen 155 ff.

och sannolikt också bolagspraxis, kan det vara värt att göra ett försök.

Vad som förefaller ganska klart är att domstolarna under givna förutsättningar är beredda att «dra åt sidan ridån» mellan ett dotterbolag och dess moderbolag för att ålägga moderbolaget ett ansvar, som det inte skulle ha, om det bolagsrättsliga privilegiet skulle respekteras. Lika klart förefaller det att ett moderbolag inte har något generellt ansvar för ett dotterbolags gäld eller andra förpliktelser, inte ens om dotterbolaget är mycket fast sammanlänkat med moderbolaget.

En minsta gemensamma nämnare för ansvarsgenombrott kan inte skapas genom att man betraktar relationen moderbolag – dotterbolag som en form av bulvanskap. Man kan visserligen säga att dotterbolaget i en del av de ovan relaterade fallen handlat i eget namn men för moderbolagets räkning och i syfte att resultatet av bolagets verksamhet skall komma moderbolaget (hela koncernen) till godo. Däremot uppfylls inte det väsentliga kriteriet att moderbolaget döljs för dotterbolagets medkontrahent och att detta sker i moderbolagets intresse. Vidare är det för bulvanskap typiskt, att huvudmannen (moderbolaget) blir bunden av bulvanens (dotterbolaget) handlande såsom part och skall bära det slutliga ansvaret. Typiskt för ansvarsgenombrott däremot är att moderbolagets ansvar är subsidiärt, att det blir aktuellt först när och till den del det visar sig att dotterbolaget inte kan stå för sina förpliktelser.³²

Det borde däremot vara möjligt att i likhet med Huttunen förankra ansvarsgenombrott i principen om identifikation. *Ansvarsgenombrott skulle alltså vara resultatet av en avvägning, där upprätthållandet av det aktiebolagsrättsliga normsystemet ställs mot vikten av att i det enskilda fallet ge andra rättsregler genomslagskraft.* Den ovan refererade finska domen HFD 1950 II 4 är enligt min mening ett typiskt exempel på ett sådant resonemang. Principen om identifikation går emellertid också väl att tillämpa på NJA 1947 s. 647 och NJA 1975 s 45.

Fördelen med denna princip är att den täcker såväl kontraktuella som utomkontraktuella situationer och att den ger domstolarna en fastare grund att stå på än om de skall tvingas motivera ansvarsgenombrott med missbruk av bolagsformen eller liknande. Identifikation bygger på en objektiv bedömning av moderbolagets och dotterbolagets förfarande. Detta harmonierar enligt min mening med de domstolsavgöranden som återopats i detta referat. Man kan inte utläsa ur domsmotiveringarna, att subjektiva missbrukssyften skulle varit avgörande för ärendenas utgång.

I denna förklaringsmodell är graden av dotterbolagets integrering med

32 Jfr. Rodhe 489–490. Om bulvanskap se närmare Grönfors 282 ff.

moderbolaget, det egna kapitalets tillräcklighet m.m. inte utgångspunkten för moderbolagets ansvar men omständigheter av väsentlig betydelse, när det gäller att låta det bolagsrättsliga regelsystemet vika undan för andra rättsliga hänsyn.

Då referatet är inriktat på ansvarsgenombrottsproblematiken har uppmärksamhet inte särskilt ägnats åt sådant koncernbeteende, att ett moderbolag utnyttjar ett dotterbolag för att undgå verkan t.ex. av ett vitesbelagt förbud eller för att uppnå fördelar, som det självt på grund av lag är uteslutet från. Jag har inte heller stött på rättsfall av betydelse för denna fråga. Från finsk rättspraxis finns fall, där ett bolag använts för förvärv av fast egendom, som aktieägaren på grund av lag ej kunnat förvärva. Dessa fall är dock av mindre intresse i detta sammanhang. *I och för sig kan jag ej se skäl till att inte principen om identifikation kunde tillämpas vid försök att kringgå olika förbud.* Uppenbart är att det subjektiva missbruksuppsåtet får betydelse vid bedömningen av moderbolagets ansvar. Se vidare avsn. 7.

Enligt finsk rätt har det varit möjligt att i dotterbolags konkurs underkänna fordran som moderbolaget bevakat. På grund av mina ringa insikter i andra nordiska länders konkursrätt måste frågan, huruvida detta är möjligt i de andra nordiska länderna, lämnas obesvarad.³³

4.4. Avsiktsdeklarationer

I internationell affärspraxis har utvecklats en egenartad rättsfigur, som här i brist på en gängse svensk beteckning kallas «*avsiktsdeklaration*». På engelska talar man om «*letter of responsibility*», «*letter of intent*» eller «*letter of comfort*». Även andra uttryck förekommer. Den tyska benämningen är «*Patronatserklärung*». Typiskt för avsiktsdeklarationerna är,

- att moderbolaget avger dem till ett oftast utländskt dotterbolags kreditgivare,
- att de vanligen ges i samband med att dotterbolaget upptar en större kredit eller påtar sig ett avtalsrättsligt ansvar av annat slag och
- att moderbolaget i dem uttrycker sitt stöd åt dotterbolaget.

Moderbolagets stöd åt dotterbolaget kan uttryckas på många olika sätt. Ett gemensamt drag är emellertid, att avsiktsförklaringen inte formuleras som ett egentligt garanti – eller borgensåtagande. Skalan är vid och omfattar såväl löften, vilka rätt klart uttrycker en vilja att hålla mottagaren av deklarationen skadelös, som formuleringar, vilka på sin höjd kan tolkas som en moralisk

³³ Måhända är denna frågeställning mindre intressant i de länder, där man allmänt opererar med koncernbidrag och konsoliderade lån, vilka hur som helst står efter oprioriterade borgenärsfordringar.

förbindelse, en gest av god vilja. Till den förre kategorin kan hänföras förklaringar att moderbolaget kommer att tillse, att dotterbolaget under lånetiden har ett eget kapital som täcker lånesumman, eller att moderbolaget kommer att hålla ett konsoliderat lån i dotterbolaget till förmån för borgerna. Ett exempel på en svag deklaration är att moderbolaget under kredittiden ämnar behålla sin aktieandel i dotterbolaget.³⁴

Det finns många orsaker till att man börjat laborera med avsiktsdeklarationer av detta slag, trots den uppenbara oklarhet som mången gång råder beträffande deklarationens juridiska innebörd. Dessa deklarationer begärs av kreditgivaren i sådana fall, då moderbolaget inte är berett att t.ex. gå i borgen för sitt dotterbolag, men kreditgivaren å andra sidan inte vill totalt utlämna sig åt moderbolagets kulans, om dotterbolaget kommer på obestånd. Avsiktsdeklarationerna har den fördelen för givaren, att de inte behöver redovisas som en ansvarsförbindelse i balansräkningen och därigenom belasta moderbolagets egen kreditvärdighet.

I en del länder, såsom i Finland, är möjligheten för ett utländskt moderbolag att gå i borgen för ett finskt dotterbolag i praktiken begränsad till en viss del av dotterbolagets aktiekapital. – Praxis är liberalare, om dotterbolaget idkar fabriksverksamhet. – Finskt moderbolag åter måste alltid ha Finlands Banks tillstånd till garanti eller borgen för ett utländskt dotterbolags skulder, ej för en avsiktsdeklaration.

I många fall, då en avsiktsdeklaration ges, torde moderbolaget av hänsyn till sin renommé vara berett att stå för dotterbolagets förpliktelser, oberoende av deklarationens närmare innehåll. Det förefaller också som om bankerna, i varje fall i Finland, accepterar avsiktsdeklarationer närmast av seriösa, välkända moderbolag, inte av andra.

Det ovan sagda tyder på att avsiktsdeklarationerna sällan blir föremål för en konkret juridisk test. De juridiska aspekterna är emellertid av visst intresse för det ämne som här behandlas. Om en avsiktsdeklaration tillmäts rättslig relevans, föreligger ju en form av ansvarsgenombrott.

Då vägledande nordiska domstolsavgöranden saknas, kan någon säker beömning inte göras. Avgörande betydelse måste fästas vid deklarationens ordalydelse samt vid omständigheterna i samband med dess avgivande. Betydelse måste tillerkännas principen om lojalitet i avtalsförhållanden, även om deklarationen formellt framstår som en ensidig rättshandling. Ett kvalificerande faktum torde en sådan utformning utgöra, vilken innehåller en uttrycklig hänvisning till den aktuella krediten.

34 Se närmare Rodhe 495–497.

Kommer man efter en samlad bedömning till att moderbolaget med sitt uppträdande gett motparten (dotterbolagets kreditgivare) anledning att lita på att han kommer att hållas skadelös, bör det vara möjligt att väcka skadeståndstalan mot moderbolaget med krav på att bolaget skall utge skillnaden mellan den totala krediten och det belopp, som kunnat indrivnas av dotterbolaget. Talan torde normalt väckas vid domstol i moderbolagets hemland. Skall nordisk rätt tillämpas, är ansvarsgrundern sannolikt utomobligatorisk.^{35 36} På samma sätt som vid ansvarsgenombrott på grund av identifikation, är moderbolagets ansvar alltså subsidiärt.

5. Ansvarsgenombrott i utländsk rätt

5.1. USA

USA uppfattas ofta som ansvarsgenombrottets hemland. Epitetet har sitt berättigande såtillvida som man kan hänvisa till domstolsavgöranden och diskussioner i den juridiska litteraturen omspännande största delen av detta sekel. En orsak kan vara att borgenärsskyddet allmänt sett inte är lika väl utvecklat i de amerikanska aktiebolagslagarna som i nyare europeiska. Det är dock något tveksamt, om man härav kan dra den slutsatsen, att risken för att moderbolag hålles ansvarigt för dotterbolags förpliktelser är väsentligt större i USA än i Europa.

Ett exempel på amerikansk praxis utgör fallet c) i det inledande avsnittet (avsnitt 1 ovan). Här ålades L betalningsansvar med motiveringen: «for all practical purposes the two concerns are one, and it would be unconsciable to allow the owner of this fleet of steamers, worth millions of dollars, to escape

35 Se närmare Wallgren, *Letters of intent* (Helsinki 1983) 171. Det är inte möjligt att här gå in på de lagvalsproblem, som kan uppstå, när det blir aktuellt att åberopa en avsiktsdeklaration given av ett utländskt bolag.

36 Härvid är det att beakta att ersättning för ren förmögenhetsskada t.ex. enligt den finska skadeståndslagen 5:1 § bara utgår om särskilt tungt vägande skäl föreligger. Med tanke på denna kvalifikation kan det vara gynnsammare för kreditgivaren att försöka etablera ett avtalsrättsligt medansvar för moderbolaget i fall, då avsiktsdeklarationen undantagsvis har upptagits i bokslutet eller av valutamyndighet ansetts så bindande, att den blivit föremål för tillståndsförfarande och därför kan betraktas som en faktiskt garanti.

liability because it had turned them over a year before to a 10.000 dollars corporation, which is simply itself in another form».³⁷

Någon allmänt accepterad formel, som skulle beskriva praxis, är svår att uppställa. Ansvarsgenombrott motiveras särskilt i fall, då bolagsformen använts för att kringgå föreskrifter i lag (eller avtal) eller för andra olagliga ändamål. Härvid uppkommer ett offentligt intresse, som motiverar moderbolagets ansvar.³⁸

Den rättsfigur som oftast återopas i ansvarsgenombrottssammanhang är »principal – agent», vilket närmast motsvarar ombudsmannaskap enligt nordisk terminologi. Yttre omständigheter, som skapar en presumtion för att dotterbolaget verkat som «agent», är bristande ekonomiskt underlag, sammanblandning av moderbolagets och dotterbolagets angelägenheter (tillgångar, kontrakt, bokföring), direkt inblandning från moderbolagets sida i dotterbolagets beslutsfattande i allmänhet eller beträffande enskilda transaktioner.

Lattin förhåller sig kritisk till att otillräckligt riskkapital i dotterbolaget tillmäts avgörande betydelse vid ansvarsbedömningen och framhåller svårigheten att uppställa en allmängiltig måttstock för «tillräckligt kapital» och för den tid kapitalet skall vara tillräckligt. Lattin betonar i ordalag, som för tankarna till identifikation, att man i varje enskilt fall måste ställa frågan, har aktiebolagsprivilegiet blivit använt i god tro och för ett legitimit bolagsändamål.³⁹

Slutligen kan «Deep Rock»-doktrinen nämnas. Den innebär att fordringar, som moderbolaget (eller annan dominerande aktieägare) har på dotterbolaget, vid konkurs eller annan reorganisering av bolagets gäld, kan förklaras stå

37 Fallet är känt som Luckenbach S.S.CO v. W.R. Grace & Co (1920). Se t.ex. Drobnig 48 f. Det bör påpekas att L och L Rederi i verkligheten var systerbolag. Ett antal andra exempel på ansvarsgenombrott enligt amerikanska domar relateras t.ex. i Baker – Cary, Corporations (1959) 374 ff.

38 Se t.ex. OECD-rapporten 70 och Lattin, Lattin on coporations (1959) 67: «The entity will be disregarded when it is necessary to promote justice or to obviate inequitable results».

39 Se t.ex. Lattin 93 ff. Kopplingen till principen om «agency» har lett till att man i praxis starkt betonat betydelsen av sådana formella förhållanden som de bolagsrättsliga formaliteterna; har dotterbolagets egna organ sammanträtt och beslutat i sedvanlig ordning, har bolaget haft en egen kassaförvaltning, har bokföringen skötts separat från moderbolagets? För att dotterbolaget skall betraktas som ombud krävs nämligen en överenskommelse härom med moderbolaget. Om dotterbolaget nonchalerat ovan nämnda formaliteter, är detta ett indicium för att en överenskommelse om «agency» föreligger.

tillbaka för (subordineras) alla andra krav inklusive utomstående aktieägares. Ett exempel härpå är fallet e) i det inledande avsnittet (avsn. 1 ovan).⁴⁰

5.2. Tyska Förbundsrepubliken

I tysk rätt måste man i fråga om ansvarsgenombrott skilja mellan bolag med begränsat ansvar (GmbH) och aktiebolag (Aktiengesellschaft). När en koncern har ett GmbH-bolag som dotterbolag, har i rättspraxis utvecklats vissa principer för ansvarsgenombrott, vilka bygger närmast på skadeståndsrättslig grund och på föreställningen om missbruk av bolagsformen. Ansvarsgenombrott har godtagits särskilt när moderbolaget/aktieägaren avsiktligt utnyttjat friheten från gäldsansvar till skada för borgenärerna, antingen genom att tillskansa sig dotterbolagets tillgångar eller genom att från början utrusta det med ett otillräckligt kapital, i vardera fallet i akt och mening att låta borgenärerna stå för dotterbolagets förluster.⁴¹

I GmbH-lagen (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung) har 1980 införts ett nytt, uttryckligt stadgande (32 a §) om att lån från bolagsman till bolaget inte kan göras gällande i bolagets konkurs, om bolaget vid tidpunkten för långivningen varit i ett så beträngt läge, att medlen bort tillföras dotterbolaget som kapitaltillskott. Här införs alltså i lagen ett slags «arm's length» test.⁴²

Är dotterbolaget ett aktiebolag, kan moderbolaget bli ansvarigt direkt i stöd av lag. Ansvarsgrunden är beroende av hur starkt dotterbolaget är sammanlänkat med moderbolaget (som kan vara ett aktiebolag eller ett GmbH-bolag). Den tyska aktiebolagslagens (Aktiengesetz 1965) regler om koncerner (Verbundene Unternehmen) är mycket detaljerade (se 15–22 §§ och 291–338 §§).⁴³ Ansvarsregleringen är i korthet följande.

Om dotterbolaget sammanslagits med moderbolaget (Eingliederung), är moderbolaget solidariskt med dotterbolaget ansvarigt för dess skulder. Har mellan bolagen ingåtts ett avtal om dominans (Beherrschung) eller om överlåtelse av dotterbolagets vinst, är moderbolaget skyldigt att täcka årsförlust i dotterbolaget, som ej kan täckas av fritt eget kapital i bolaget. Föreligger inte

40 Fallet är känt som *Arnold v. Phillips* (1941). Domstolen underkände A:s krav till den del lånedelen hänförde sig till uppförandet och utrustandet av bryggeriet med hänvisning till att P varit underkapitaliserat. Se t.ex. *Baker-Cary* 398 f.

41 *Drobnig* 94 f.

42 Se närmare *Rodhe* 484.

43 För en närmare orientering se t.ex. *Baumbach-Hueck*, *Aktiengesetz* 13 uppl. (München 1968).

ett dylikt «Unternehmensvertrag» mellan bolagen, är moderbolaget skyldigt att kompensera dotterbolaget för ekonomisk förlust som inträffat till följd av att moderbolaget givit direktiv, vilka varit ofördelaktiga för dotterbolaget.⁴⁴ I samtliga koncernsituationer (bortsett från Eingliederung) är moderbolagets ansvar subsidiärt i förhållande till dotterbolagets.

Vidare gäller som en allmän princip i enmansbolag, att aktieägare, som blandar ihop sina egna tillgångar med bolagets, personligen svarar för bolagets gäld. Aktieägaren anses i så fall stillatigande ha avstått från rätten att åberopa det begränsade ansvaret enligt lag.⁴⁵

5.3. England

Principen att ett dotterbolag har full rättskapacitet i förhållande till ägaren-moderbolaget har sedan det ledande avgörandet i *Salomon v. Salomon & Co Ltd.* haft en betydande genomslagskraft i koncernförhållanden.⁴⁶ Companies Act 1948 känner bara ett egentligt undantag från principen om juridisk separation. Enligt section 332 kan aktieägaren-moderbolaget bli ansvarigt gentemot dotterbolagets borgenärer, om vid sistnämnda bolags konkurs det kan visas, att moderbolaget genom sin kontroll över dotterbolaget medverkat till att dotterbolaget handlat bedrägligt gentemot borgenärerna (fraud).⁴⁷ Vad som denna väg kan vinnas till dotterbolaget kommer samtliga borgenärer till godo.

Ansvarsgenombrott är också möjligt, när koncernförhållandet uppfyller villkoren för «agency».⁴⁸

Salomon-doktrinen har ej heller hindrat domstolarna från att i enstaka fall se till de ekonomiska realiteterna och till behovet av materiell rättfärdighet, särskilt när dotterbolaget använts för syften som är bedrägliga eller annars klart otillbörliga. För att missbruk av bolagsformen skall föreligga krävs kvalificerande omständigheter, såsom att moderbolaget helt kontrollerar dotterbolaget såväl när det gäller inriktningen av verksamheten som dess finansiering.

44 Moderbolaget måste, när det utövar sitt inflytande över dotterbolaget, visa samma omsorg som bolagsledningen i ett oavhängigt bolag i motsvarande situation skulle visa det egna bolaget. Baumbach-Hueck 938.

45 Baumbach-Hueck 773.

46 Se t.ex. Gower, *Gower's Principles of Modern Company Law*, 4 uppl. (London 1979) 97 ff.

47 I OECD-rapporten framhålls dock i det engelska svaret, att bevisvärigheter i praktiken leder till att anspråk i första hand riktas mot moderbolagets ledning.

48 Gower 124 ff.

Gower konstaterar dock att domstolarnas attityd fortfarande är ambivalent på denna punkt och sammanfattar:

On the whole, outside creditors are still left to suffer from the unrestricted application of this rule (*Salomon*) and shareholders are still allowed the full benefit of it.⁴⁹

Som kontrast härtill får stå ett välkänt uttalande av *Lord Denning M.R.* i ett dissensvotum i fallet *Littlewoods Mail Order Stores Ltd. v. I.R.C.* (1969):

The decision in *Salomon v. Salomon & Co.Ltd.* has to be watched very carefully. It has often been supposed to cast a veil over the personality of a limited company through which the courts cannot see. But that is not true. The courts can and often draw aside the veil. They can, and often do, pull off the mask. They look to see what really lies behind The legislature has shown the way with group accounts and the rest. And the courts should follow suit.

5.4. Europeiska Gemenskapen (EG)

Arbetet på en harmonisering av aktiebolagsrätten i EG-länderna är av intresse med tanke på bolagsrättens utveckling i Europa. Detta gäller också förslaget till förordning om *Europabolag* (*Societas Europaea*), som sedan 1975 legat vilande bl.a. i väntan på att man kan uppnå enighet beträffande ett harmoniseringsdirektiv om koncerner samt därom, hur arbetstagarnas medbestämmanderätt skall utformas på det bolagsrättsliga planet.⁵⁰

Förslaget till förordning innehåller i en särskild avdelning om koncerner ett uttryckligt stadgande, enligt vilket moderbolag ansvarar för dotterbolags förpliktelser (artikel 239). Ansvar är generellt men krav kan framställas mot moderbolaget först efter det att borgenären förgäves skriftligen har krävt dotterbolaget. Koncernreglerna i förslaget har influerats av tysk rätt. Sålunda talas om «herskende koncernvirksomhed» och «afhaengigt koncernselskab» ej om moderbolag och dotterbolag. Koncernbegreppen är emellertid inte, såsom i den tyska aktiebolagslagen, knutna till olika slag av avtal, utan de bygger på presumtioner. Sålunda skulle ovan nämnda ansvarsregel vara tillämplig på ett koncernförhållande, där ett bolag innehar mer än hälften av rösträtten i ett

⁴⁹ *ibid.*

⁵⁰ Förordningstexten finns återgiven på danska i supplement 4/75 till «Bulletin for De Europaeiske Faellesskaber» (1975).

annat bolag eller kan tillsätta mer än hälften av ett annat bolags ledning (artikel 6).⁵¹

6. Internationella aspekter

6.1. Multinationella företag

Koncerner som sträcker sig över nationella gränser så att moderbolaget har sitt hemvist i ett land (hemland) och dotterbolaget i ett annat land (värdland), fungerar naturligtvis i många avseenden på samma sätt som en rent nationell koncern, och koncernens verksamhet ger upphov till liknande problem beträffande bolagens ansvar. Man finner emellertid på det internationella planet en speciell koncerntyp, det multinationella företaget. Dessa företags verksamhet skapar vissa problem också med hänsyn till ansvarsbedömningarna, som det är skäl att behandla särskilt för sig.

Det multinationella företaget utmärks av att moderbolaget har dotterbolag i ett eller flera främmande länder och att dotterbolagen styrs på ett sätt som möjliggör en enhetlig målsättning och strategi för hela koncernen. Detta beslutsfattande sker antingen i koncernledningen i hemlandet eller regionalt, t.ex. så att dotterbolagen inom en region leds av ett av bolagen inom regionen.

Valet av värdland sker utgående från bestämda företagsekonomiska premisser såsom: tillgång till råvaror, billig arbetskraft eller energi, lönsamma marknader eller marknader som är mer eller mindre avskärmade från import. Verksamheten i ett multinationellt företag är ofta diversifierad men man kan hävda, att de utländska dotterbolagen i allmänhet inte har ett från koncernen i övrigt avvikande och självständigt verksamhetsföremål, vilket ofta kan vara fallet i en nationell koncern. Det multinationella företaget strävar till att dotterbolagen om möjligt är helägda och till att de skall utnyttja den lokala kapitalmarknaden för sina investeringar. Ofta får man dock ta hänsyn till värdlandets önskemål om att dotterbolagets verkställande ledning skall ha ett tillräckligt inslag av nationella representanter.

⁵¹ I ett ännu ej publicerat utkast till direktiv rörande koncernförhållanden, har man stannat för en ansvarsreglering, som nära påminner om de tyska reglerna om ansvar för skada, som uppkommit genom att moderbolaget begagnat sitt inflytande över dotterbolaget till dispositioner som inte är i sistnämnda bolags intresse. Har däremot avtal ingåtts om rätt för moderbolaget att ge dotterbolaget bindande direktiv, skulle moderbolaget enligt huvudregeln ha ett direkt ansvar gentemot tredje person för dotterbolagets förpliktelser. Se Rodhe 491.

Ett multinationellt företags utländska enhet kan drabbas av samma kriser, som ett nationellt dotterbolag. Verksamheten kan bli olönsam, dotterbolaget kan ådra sig stora och oväntade skadeståndskrav etc. Dessa företag kan också skapa problem av mer speciell natur. Skulle det visa sig att premisserna för en utlandsetablering sviker, kan det bli aktuellt för koncernledningen att lägga ned dotterbolaget eller låta det självdö i brist på investeringskapital och eventuellt överflytta verksamheten till ett annat dotterbolag i ett annat land. Denna möjlighet till omdisponering av bolagsverksamheten (ofta på global nivå) kan och har utnyttjats också som påtryckningsmedel mot värdlandets myndigheter, fackföreningar o.a. intressenter, t.ex. för att uppnå ekonomiska lättnader. Multinationella företag är ofta också känsligare för «politiska risker» i värdlandet än en nationell koncernledning, som på ett annat sätt är hänvisad till stanna där det är.

Multinationella företags dotterbolag kan å andra sidan bli utsatta för påtryckningar och krav från värdlandets sida i vidare utsträckning än vad som är fallet beträffande nationella bolag, vilket ytterligare kan komplicera situationen.

Av det ovan sagda följer att verksamheten i multinationella företag kan skapa konflikter av ett annat och mer genomgripande slag än i nationella koncerner. Härtill kommer, att multinationella företag ofta är mycket stora företag och att en dotterbolagsnedläggning redan av den orsaken kan komma att förorsaka svåra sysselsättningsproblem och andra följdverkningar.

6.2. Den juridiska regimen

Ur rättslig synvinkel uppkommer svårlösta problem i samband med konflikter som involverar multinationella företag. En viktig fråga är, vilken eller vilka juridiska regimer det multinationella företaget lyder under. Något generaliserat kan sägas, att de västliga industriländerna (läs OECD-länderna) utgår från att dotterbolagen lyder under värdlandets och moderbolaget under hemlandets jurisdiktion. Inte alldeles sällan ges emellertid i vissa länder den egna lagstiftningen extraterritoriell tillämpning. Detta förekommer bl.a. i beskattningen – som inte berörs närmare i detta sammanhang – och i konkurrensrätten. Sålunda har amerikanska myndigheter och domstolar tillämpat federal antitrustlagstiftning (såsom Sherman Act) på kartellavtal ingångna utomlands, i vilka amerikanskt ägda dotterbolag har varit inblandade. Avgörande för lagtillämpningen har varit, huruvida kartellavtalet har negativ effekt på den amerikanska marknaden eller på landets exporthandel.

Den Europeiska Gemenskapen (EG) har för sin del givit artiklarna 85 och 86 i Rom-avtalet rörande konkurrensbegränsningar tillämpning utanför EG-

området bl.a. i det kända Dyestoff-fallet (1972). Europadomstolen i Luxemburg ansåg före Englands inträde i EG, att det engelska bolaget I.C.I. underlydde EG-myndigheternas jurisdiktion på grund av att det hade ett dotterbolag inom EG-territoriet (som överträtt konkurrensreglerna). Man resonerade utgående från den tanken, att det inte var meningsfullt att rikta ett förbud enbart mot dotterbolaget, som inte självständigt kunde besluta om sitt handlande på EG-marknaden. Koncernen behandlades här som en ekonomisk helhet.⁵²

Multinationella företag kan bli utsatta för motstridiga krav också när territorialitetsprincipen tillämpas. Ett klassiskt exempel är fallet Fruehauf (1965).

Fruehauf-France, ett franskt dotterbolag till det amerikanska Fruehauf, hade avtalat med ett annat franskt bolag om leverens av släpvagnar till en serie lastbilar, som skulle levereras till Folkrepubliken Kina. Det amerikanska moderbolaget gav order om att avtalet skulle hävas, emedan det stod i strid med amerikansk lagstiftning gällande handel med fiendeland (Trading with the Enemy Act). Hävning hade medfört ruinerande avtalsviten för fransken Fruehauf. De franska minoritetsaktieägarna väckte därför talan vid domstol om utseende av en interimistisk förvaltare. Sådan utsågs av domstolen för att fullfölja släpvnagnskontraktet. Avgörandet byggde på tanken att dotterbolaget som en separat ekonomisk enhet kan ha ett intresse, som avviker från moderbolagets och som bör kunna ges prioritet.⁵³

Tendensen att utsträcka det egna landets jurisdiktion att omfatta utomlands etablerade koncernenheter leder till att värdlanden söker skydda sig genom sk. blockerande lagstiftning eller motsvarande åtgärder med den innebörden, att det t.ex. är lagstridigt för företag med domicil i värdlandet att följa direktiv från moderbolaget, vilka skulle begränsa bolagets rörelsefrihet på exportmarknaderna.

När det blir fråga om att göra gällande ett krav på ansvarsgenombrott mot ett moderbolag i en multinationellt koncern, stöter man på problem av internationellt privaträttslig natur, vilka inte här kan beskrivas annat än

52 Se t.ex. Schmitthoff, *Group Liability of Multinationals*, ingår i verket *Legal Problems of Multinational Corporations* (London 1977) 77. Ett annat område, där särskilt amerikanska myndigheter varit aktiva, när det gäller att följa utlandsetableringar i spåren, är bankverksamheten.

53 Se t.ex. Schmitthoff 74–75. Senare har liknande konflikter uppkommit i samband med amerikanska exportrestriktioner bl.a. rörande leverenser till det transsibiriska oljerørsbygget.

antydningssvis. Som utgångspunkt lämpar sig fallet d) i inledningen (se ovan avsn. 1), där dotterbolaget var ett konkursmoget svenskt postorderföretag och moderbolaget ett schweiziskt bolag.

Först uppstår frågan, i vilket land talan skall väckas mot moderbolaget. Innan talan väcks i Sverige gäller det att utreda, huruvida en dom mot moderbolaget fyller kraven för att bli erkänd enligt reglerna om erkännande av civildom i Schweiz interna rätt och därigenom kan bli verkställbar i Schweiz. I Sverige finns ju inte andra tillgångar än det medellösa dotterbolaget.

Oberoande av huruvida talan väcks i Sverige eller i Schweiz, uppstår frågan enligt vilket lands lag kravet skall bedömas. Det kan förefalla som om de starkaste anknytningspunkterna i ärendet finns till Sverige och svensk rätt. Dotterbolaget och de skadelidande finns i Sverige, avtalen har ingåtts i Sverige osv. Å andra sidan kan man hävda att fråga är om ett bolagsrättsligt ärende (aktieägares ansvar), som borde bedömas enligt lagen i det land, där bolaget är registrerat.⁵⁴ Kommer schweizisk domstol till att svensk rätt skall tillämpas, är nog risken stor för att avsaknaden av ett uttryckligt lagstadgande eller en fast praxis leder till att talan förkastas.

6.3. Internationella koder

Behovet av att utarbeta internationellt acceptabla principer för de multinationella företagens verksamhet och deras relationer till de samhällen de fungerar i har under de senaste tvenne decennierna uppmärksamrats inom olika internationella organisationer. Ett sätt att närma sig problemen är att utarbeta förhållningsregler, internationella uppförandekoder. I det följande skall i korthet redogöras för en fungerande kod, nämligen OECD:s «Deklaration om internationella investeringar och multinationella företag» från 1976 – här kallad OECD:s uppförandekod.^{55 56 57}

54 Se t.ex. Karlgrén, Internationell privat- och processrätt, 5 uppl. (Lund 1974) 76 ff. Märk ett uttalande av Karlgrén (82) om att personalstatutet kan bli avgörande för frågan om personligt ansvar för delägarna i en sammanslutning.

55 OECD:s uppförandekod finns återgiven på finska i en trycksak utgiven av utrikesministeriet «Kansainvälistet sijoitukset ja monikansalliset yritykset» och på svenska i en trycksak från industridepartementet.

56 Uppförandekoder rörande multinationella företag har också utarbetats inom den internationella arbetsorganisationen ILO och FN:s konferens för handel och utveckling UNCTAD (beträffande överföring av teknologi).

OECD-koden innehåller, förutom en rad allmänt hållna principer om beaktande av värdlandets ekonomiska och sociala strävanden, särskilda avsnitt beträffande publicering av koncerninformation, konkurrens, finansiering, beskattning, sysselsättning och arbetsmarknadsfrågor samt vetenskap och teknologi. Uppförandekoden är inte juridiskt bindande för företagen och den innehåller inga uttryckliga regler beträffande moderbolags juridiska ansvar i förhållande till dess dotterbolag. I samband med koden antogs även en principdeklaration om att värdland skall tillförsäkra multinationella företags dotterbolag samma behandling som nationella företag samt regler om konsultation mellan medlemsstaterna i frågor som gäller tillämpningen av koden och därmed sammanhängande överenskommelser. Konsultationerna äger rum inom OECD:s kommitté för internationella investeringar och multinationella företag.

Betydelsen av uppförandekoden för frågan om multinationella företags ansvar får exemplifieras med det sk. Badger-fallet. Fakta i ärendet har återgivits under punkten b) ovan avsn. 1. Sedan det amerikanska moderbolaget vägrat stå för det belgiska dotterbolagets obetalda avgångsersättningar, tog den belgiska regeringen 1977 upp frågan till diskussion inom ovan nämnda OECD-kommitté. Även om kommittén enligt statuterna inte kan uttala sig om huruvida ett namngivet företag handlat i strid med kodens principer, kan kommittén göra en bedömning av hur koden skall tolkas i olika praktiska situationer.

I Badger-fallet kom intresset att koncentrera sig särskilt kring paragraf 6 i

57 Ett ambitiöst försök att på global nivå utveckla riktlinjer för multinationella företags verksamhet och samhällseliga relationer innebär arbetet på en FN-kod rörande transnationella bolag (Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations). Tyngdpunkten i detta projekt ligger på strävan att reglera relationerna mellan de industrialiserade ländernas multinationella företag (och statsägda företag) och utvecklingsländerna i egenskap av värdland för dessa företags dotterbolag. Arbetet präglas i hög grad av spänningarna inom den sk. nord – syd axeln och det är i skrivande stund osäkert, huruvida strävandena verkligen kan utmynda i en globalt acceptabel kod. I koden försöker man uppnå balans mellan u-ländernas intresse av att för sin ekonomiska utvecklingspolitik få tillgång till de multinationella företagens tekniska och ekonomiska know how på villkor som inte hotar värdlandets sociala och kulturella särdrag, och företagens krav på ett just och icke diskriminerande bemötande samt garantier mot godtycklig expropriering av dotterbolags tillgångar. Koden skulle lika lite som OECD-koden innehålla uttryckliga regler av betydelse för moderbolagets juridiska ansvar. En utgångspunkt är att värdlandets lagar skall tillämpas på dotterbolagen och att stat inte skall utöva påtryckning på annan stat för att stöda ett multinationellt företags utländska enhet, utan att konflikter skall biläggas genom bilateralt och multilateralt samarbete och med iakttagande av principerna för handläggande av internationella juridiska krav.

avsnittet om «sysselsättning och arbetsmarknadsfrågor». Enligt denna paragraf skall moderföretaget, då det överväger förändringar i sin verksamhet, vilka avsevärt skulle inverka på de anställdas utkomst och särskilt vid tvångspermitteringar eller massavskedanden på grund av nedläggning av en enhet, samarbeta med de anställdas representanter och berörda myndigheter för att så effektivt som möjligt mildra de ogynnsamma följderna av förändringarna. Från belgiskt håll hävdades, att detta skulle förstås så, att samarbetskravet innebär skyldighet att betala dotterbolagets skulder. Kommittén uttalade, att sådant ansvar inte följer annat än om detta föreskrivs i nationell lag, men att paragraf 6 ställer avgångsersättningskrav i en särställning på grund av moderbolagets ansvar för dotterbolagets anställdas utkomst. Innan ärendet hann slutbehandlas, träffades under medverkan av den belgiska regeringen en uppgörelse med den innebörden, att moderbolaget åtog sig att svara för avgångsersättningarna.⁵⁸

7. Synpunkter de lege ferenda

Detta avsnitt innehåller en sammanfattande bedömning av de intresseavvägningar, som bör göras beträffande moderbolags gäldsansvar. Härefter gör jag ett försök att gallra fram sådant koncernbeteende som kan motivera ansvar för moderbolaget. Vidare diskuteras olika regleringsalternativ. Framställningen utmynnar i en spekulering över hur moderbolags ansvar på sikt kan tänkas bli reglerat i nordisk aktiebolagsrätt. Avsnittet avslutas med några tankar kring lösandet av ansvarsfrågorna i multinationella företag.

7.1. Fördelar och nackdelar av moderbolags ansvar

Den omedelbara nyttan av att moderbolaget blir ansvarigt, när dotterbolags tillgångar inte förslår till att betala skulderna, tillkommer, som ovan konstaterats, *dotterbolagets borgenärer*. Borgenärerna utgör emellertid inte någon homogen grupp. Kreditinrättningar, försäkringsbolag och andra yrkesmässiga kreditgivare beviljar kredit på basen av ofta ingående analyser av kredittaga-

⁵⁸ Flera konsultationer, där även dotterbolag i nordiska länder varit inblandade, har efter krav från fackföreningshåll ägt rum utgående från riktlinjerna i ovan nämnda avsnitt om sysselsättning och arbetsmarknadsfrågor, enligt vilka de anställdas representanter skall ha tillgång till information beträffande hela koncernens verksamhet samt möjlighet att förhandla med sådana företrädare för arbetsgivaren, som har fullmakt att fatta beslut i de frågor förhandlingarna avser.

rens ekonomi och verksamhetens framtidsutsikter. Vid denna bedömning beaktas också behovet av realsäkerheter och garantier av moderbolaget. Liknande bedömningar torde vanligen föregå ingående av mer omfattande samarbetsavtal mellan dotterbolaget och ett utomstående företag. Om kreditgivaren/samarbetspartnern nöjer sig med en avsiktsdeklaration av moderbolaget eller förlitar sig på att moderbolaget av hänsyn till sin renommé annars kommer att hålla borgenärerna skadelösa, är detta en ordinär affärsmässig risktagning.

Något annorlunda är läget för borgenärer, vars fordringar uppkommit som ett led i löpande affärstransaktioner (leverenser med sedvanlig betalningstid, beställning av varor mot förskott, underleverenser, konsultuppdrag etc.). Konkurrenten och tempot i affärsverksamheten gör att det knappast är regel att införskaffa kreditupplysningar på dotterbolaget eller företa bokslutsanalyser o.likn. Moderbolagets existens, vetskapen om att medkontrahenten är en del av en större helhet kan samtidigt skapa en känsla av säkerhet beträffande bolagets betalningsförmåga. Å andra sidan får man räkna med att mer tillfälliga borgenärer kanske inte alls är medvetna om att medkontrahenten ingår i en koncern.

Borgenärernas rättsskyddsbehov måste avvägas mot de olägenheter moderbolagets gäldsansvar kan medföra. Friheten från personligt gäldsansvar i kombination med aktiernas natur av värdepapper har gjort det möjligt att uppbringa finansieringskapital på den fria kapitalmarknaden utan att de som placerar pengar i ett aktiebolag behöver riskera annat än att förlora sin insats. Aktieägaransvar i koncernförhållanden innebar inte att grunderna för aktiebolagsformen som idé raseras eftersom moderbolagets gäldsansvar i och för sig inte innebär ett personligt ansvar för dess aktieägare. I sista hand blir det emellertid *moderbolagets aktieägare* som med sina aktieinsatser kan komma att stå för dotterbolagets gäld. Då aktieägarna vanligen inte kan inverka på bolagsledningens beslut om att grunda eller förvärva ett dotterbolag, kan man hävda, att moderbolags gäldsansvar påför aktieägarnas investeringar nya och oväntade risker.⁵⁹

Principen om ansvarsgenombrott och moderbolags gäldsansvar i övrigt

59 En sak för sig är som Rodhe påpekar att det väl många gånger ligger i moderbolagets intresse att rädda sitt dotterbolag genom ett kapitaltillskott eller genom att stå för dess gäld i en konkurs för att på så sätt bevara sitt eget anseende. Se Rodhe 493. Denna uppfattning bekräftas av en förfrågan till ett tiotal finska storbolagsjurister samt några advokater och bankjurister. Nästan alla tillfrågade menade att moderbolaget har ett faktiskt gäldsansvar på grund av vikten att bevara bolagets imago.

kommer däremot i konflikt med en annan grundförutsättning för aktiebolaget som associationsform, nämligen *risktagandet*. Aktiebolag arbetar med riskkapital för att kunna ta ekonomiska risker, t.ex. förknippade med utnyttjandet av en uppfinning, tillämpning av ny teknik o.likn. Inom många branscher är kostnaderna och behovet av tekniskt-ekonomiskt kunnande för dylika satsningar så stort, att bara redan fungerade bolag har reella möjligheter därtill. Här kommer dotterbolaget in som en ändamålsenligt organisationsform (och vid etablering utomlands som den kanske enda praktiskt tänkbara). Ett generellt ansvar för dotterbolagets förpliktelser utöver det, som moderbolaget explicit påtagit sig, skulle kunna omöjliggöra många riskfyllda, men företags- och nationalekonomiskt motiverade projekt.

Ansvarsgenombrott i vid utsträckning skulle försvåra *planmässigt* handlande inom koncernen, då man inte kan veta med säkerhet hur stort moderbolagets ansvar till en var tid är mätt i pengar. Detta kunde skapa allmän osäkerhet bland företagen och deras intressenter. Riskerna för att ekonomiskt risktagande kommer att bedömas i efterklokhetens ljus ökar. Om moderbolags gäldsansvar upphöjs till huvudregel, kunde det också återverka på dotterbolagets borgenärens attityder i förhållande till bolaget som riskfaktor. Man kan räkna med att många borgenärer skulle anse det onödigt att säkra sina fordringar på förhand. Dotterbolaget skulle på så sätt få ett faktiskt ekonomiskt svängrum, som inte stod i proportion till dess egen kreditvärdighet.

Blir moderbolaget ansvarigt för dotterbolagets förpliktelser, försämras givetvis moderbolagets finansiella situation. Saken ställs på sin spets, om såväl moderbolaget som dotterbolaget samtidigt kommer på obestånd. I så fall måste *moderbolagets borgenärer* konkurrera med dotterbolagets borgenärer om moderbolagets återstående tillgångar. Detta är en möjlighet som borgenärerna kan ha svårt att på förhand gardera sig emot koncernredovisningen till trots.⁶⁰

En samlad bedömning av argumenten ovan ger *inte vid handen*, att ett generellt moderbolagsansvar för dotterbolags gäld vore av behovet påkallat. Om ett sådant ansvar skulle påföras moderbolaget, får man räkna med att det kunde försvåra bruket av dotterbolag också i sådana fall, där detta är företagsekonomiskt och samhällsekonomiskt ändamålsenligt.

Lika litet verkar det motiverat, att låta ett ansvar inträda som följd av sådana generella kvalifikationer som att

- dotterbolaget styrs helt av moderbolaget,
- dotterbolaget saknar ett självständigt ekonomiskt syfte,
- dotterbolaget verkar med ett otillräckligt eget kapital.

60 Se Rodhe 493–494.

För vart och ett av dessa fall kan man peka på koncernbildningar som fungerar lojalt. Kapitalsvaghet har visseligen tillmätts betydande vikt i nordisk och internationell doktrin och praxis. Ensam för sig är emellertid denna omständighet otillräcklig som ansvarsgrund. Det är svårt att uppställa en allmän formel för när ett aktiebolag skall anses ha ett tillräckligt kapital. Lagstiftaren har nöjt sig med att föreskriva en minimigräns för aktiekapitalet, vilken i varje fall i Finland, Norge och Sverige (och i Danmark beträffande anpartsselskab) är betydelselös, som skydd för dotterbolagets borgenärer (vilket också kan sägas om reglerna i några lagar om obligatorisk avsättning till reservfond). Däremot finns det i speciallagstiftningen, såsom lagstiftningen om banker och försäkringsbolag, krav på att bolag skall ha ett eget kapital som är adekvat med tanke på bolagets risker. Ett eventuellt förbud mot underkapitalisering väcker också frågan vilken tidsperiod som skall beaktas. Skall man se till dotterbolagets hela livstid eller bara till en viss tid före det kom på obestånd?

För att vidga resonemanget kring behovet av ett moderbolagsansvar skall här införas en annan rättspolitisk dimension, nämligen personer, vilka utan eget val eller förskyllan blivit borgenärer i förhållande till dotterbolaget. Denna grupp kan bestå av *konsumenter*, som lidit en personskada på grund av att en produkt som dotterbolaget tillverkat varit defekt. Till gruppen utomstående skadelidande hör också *fastighetsägare*, vars egendom skadats till följd av dotterbolagets verksamhet.

Skadorna kan bero på miljöutsläpp från en produktionsanläggning, problemavfall, som lämnats åt sitt öde, eller sprängskador på närliggande egendom vid entreprenörverksamhet. Dylåka skador kan också ge upphov till krav från det *allmännas* – stat, kommun – sida och i värsta fall komma att vida överstiga dotterbolagets ekonomiska bas. Liknande synpunkter kan anläggas på skador, som vållas de *anställda*, t.ex. genom bruk av kemikalier, vars långtidseffekter inte på förhand utretts.

Ur rättspolitisk synvinkel är det viktigt, att samhället försöker skydda medborgarna från risker av ovan nämnt slag genom *förebyggande åtgärder*. Riskerna för skadliga produkter kan reduceras genom att normer för säkerhet och hållbarhet uppställs kompletterade t.ex. med ett effektivt förbudssystem, när förhandskontrollen sviker. Ser vi till modellfallet d) ovan avsn. 1 förefaller det som om konsumenternas rättsställning skulle vinna mer på att postförsäljningsföretag skulle avkrävas säkerhet motsvarande konsumenternas avbeställningskrav innan rätt att utnyttja postens tjänster beviljas, eventuellt också att garantiåtaganden bör säkras genom försäkring, än av att det utländska moderbolaget dras in i en kostsam och svårförutsebar rättegång.

Miljöskador återigen bör förebyggas genom lagstiftning, som fastställer

säkra gränser för utsläpp o.likn. Skadelidandes rätt till ersättning kan väsentligt tryggas genom obligatoriska försäkringsordningar, t.ex. produktskadeförsäkring, ansvarsförsäkring vid farlig verksamhet eller branschbundna garantifonder.

Genom lagstiftning och åtgärder av nyss nämnt slag kan inte alla risker förebyggas bl.a. för att reglerande åtgärder ofta släpar efter den teknisk-ekonomiska utvecklingen. Det enskilda företags förmåga att bära kostnaderna för skadevällande åtgärder förblir en betydelsefull faktor. Principen om *ansvarsgenombrott* utgör ett naturligt inslag i den arsenal av påföljder rättsordningen bör förfoga över för att kunna lägga ansvaret för skada på den som ytterst förorsakat skadan.

Studerar man den praxis, som uppstått i fråga om ansvarsgenombrott, kan man i många fall se hur moderbolagets planmässiga handlande för att minimera sin ekonomiska risk står i bjärt kontrast till borgenärens bristande möjligheter att gardera sig mot denna risk. Detta ger en utgångspunkt för ansvarsgenombrottet också de lege ferenda. *Moderbolaget bör ansvara för dotterbolagets förpliktelser, när dotterbolagets verksamhet ej uppfyller kraven på ett normalt affärsmässigt handlande, utan dotterbolaget framstår som en konstruktion avsedd att undandra moderbolaget ansvar.* Bolagsprivilegiet – ansvarsbegränsningen, den rättsliga autonomin – får inte bli en vindbrygga som fällt upp, när krav erkända av rättsordningen anmäler sig.^{60a}

Vid bedömningen, huruvida bolagsprivilegiet i det enskilda fallet bör respekteras för att tillgodose de intressen lagstiftningen förknippat därmed, bör man kunna ty sig till vissa *presumtioner*. Kan det visas, att nyttan av dotterbolagets verksamhet direkt tillfaller moderbolaget medan riskerna ligger hos dotterbolaget, vars eget kapital inte står i någon proportion till riskerna, måste det ankomma på moderbolaget att visa, att dotterbolaget drivits på ett lojalt sätt, som inte skiljer sig från vad som varit fallet, om bolaget fungerat som ett självständigt företag (principen om *arm's length*).

Ansvarsgenombrott bör inträda på *objektiva grunder*, någon missbruksavsikt behöver ej påvisas. Även de lege ferenda är det motiverat, att moderbolagets ansvar är *subsidiärt*. Det borde emellertid räcka, att borgenären för att kunna göra gällande sådant ansvar kan visa, att han inte fått betalning av dotterbolaget. För tydlighetens skull bör det påpekas, att ansvarsgenombrott skulle gälla både fordringar som uppkommit inom som utom ett kontraktsförhållande, också om tyngdpunkten kanske ligger på de senare.

60a Jfr. Munch, Modregning i konkurs, 155–156.

Vid dotterbolags konkurs är det särskilt med tanke på oprioriterade borgenärers rätt påkallat, att såsom huvudregel operera med ett *indirekt ansvarsge-nombrott*. Detta skulle innebära, att moderbolag kan göra gällande fordran mot ett dotterbolag bara om det kan visas, att den tillkommit under omständigheter, i vilka en motsvarande kredit hade kunnat erhållas av bank eller annan utomstående. Med hjälp av en sådan regel skulle moderbolagets fordringar stå tillbaka för övriga borgenärers (och utomstående aktieägares krav), när dotterbolaget varit underkapitaliserat och medlen med tanke på borgenärernas intressen borde ha getts i form av ett kapitaltillskott inte som lån. Lån, vilka en längre tid stått oamorterade, kan presumeras utgöra dotterbolagets eget kapital.

När moderbolag och dotterbolag samtidigt försätts i konkurs, borde det finnas möjlighet att förordna, att *konkursbona sammanslås*, varvid dotterbolagets borgenärer får konkurrera även om moderbolagets tillgångar och vice versa. En dylik sammanslagning kan vara praktisk i tillfällena, då bolagens tillgångar och kontrakt sammanblandats, kanske som led i ett försök att uppskjuta konkursen.⁶¹

7.2. Regleringsalternativ

Under föregående punkt har jag föreslagit begränsningar i moderbolags rätt att bevaka fordringar i dotterbolags konkurs samt möjlighet att sammanslå moderbolags och dotterbolags konkursbon. Dessa reformer hör naturligen hemma i *konkursrätten* och skulle förutsätta *lagstiftningsåtgärder*.

Vissa former för koncernmissbruk har så allvarliga samhällliga konsekvenser, att de kan betecknas som *ekonomisk brottslighet*. Hit hör fall, då bolag används som täckmantel för ohederlig verksamhet, t.ex. för att undandra borgenärerna egendom i en förestående konkurs eller för att kringgå lagstadgade förbud eller krav på tillstånd o.likn. Sådana operationer kan, men behöver ej genomföras med anlitande av dotterbolag. Andra alternativ är att samma fysiska personer äger flera aktiebolag, vilka alltså bildar en sidoordnad koncern, eller att «huvudbolaget» använder sig av en fysisk person som bulvan.

För att dylika missbruk skall kunna beivras, krävs särskilda regler i lag, vilka ger polis- och åklagarmyndigheterna samt domstolarna klara riktlinjer att gå efter. Reglerna måste ges en ganska allmän tillämpning för att de ej skall kunna kringgåås alltför lätt. Moderbolagets/huvudmannens civilrättsliga ansvar bör uppenbarligen kompletteras med andra påföljder, t.ex. företagsböter och

61 Se närmare Rodhe 494.

konkurskarantän för de medagerande personerna. En förlängning av fristerna för återvinning i konkurs kan också komma i fråga.

Som ett exempel på en tänkt speciallagstiftning, vilken även skulle kunna medföra visst gäldsansvar för moderbolag, kan nämnas den svenska utredningen med förslag till en allmän *bulvanlag* (SOU 1983:46). Förslaget har utarbetats av kommissionen mot ekonomisk brottslighet och skulle innebära bl.a., att tredje person, när ett bulvanskap föreligger, skulle kunna göra sin fordran gällande såväl mot huvudmannen (t.ex. ett moderbolag) som bulvanen (ett dotterbolag), om det inte visas, att bulvanskapet anordnats huvudsakligen av annan anledning än att huvudmannen skall undgå ansvar för gäld eller kunna kringgå tvingande stadganden i lag.⁶²

I detta sammanhang kan också nämnas att samma kommission 1983 gjort en framställan till den svenska regeringen om tillsättande av en särskild kommitté med uppgift att kartlägga i vilka fall det kan finnas behov av regler om ansvar för juridiska personers skulder.⁶³

Egentligt ansvarsgenombrott inträder typiskt under medverkan av domstol. Påtar sig moderbolag ansvar för ett dotterbolags förpliktelser av hänsyn till sitt rykte, kan man inte tala om ansvarsgenombrott, också om slutresultatet kunde bli det samma. Det finns två möjligheter att ge domstolen underlag för bedömningen i konkreta fall. Antingen föreskrivs i lag under vilka förhållanden moderbolag skall anses ansvarigt, eller så överlåter man åt domstolarna att också i fortsättningen bedöma ansvarsfrågan utgående från de allmänna principerna om identifikation.

Mot en reglering i lag av ansvarsgenombrott talar svårigheten att utforma regler, som är tillräckligt koncisa för att ge de medagerande – borgenärerna, moderbolaget, domstolarna – säkra riktmärken att gå efter. Strävar man åter till stor precision, växer risken för att man ej fångar upp alla önskvärda fall. Ett annat problem är att bestämma de ansvarigas krets. Skall man nöja sig med moderbolag till helägda dotterbolag, moderbolag i allmänhet eller också fånga in aktieägare som ej är aktiebolag?

För en reglering i lag talar framförallt det faktum att det, trots vad som ovan anförts beträffande doktrin och praxis, nog råder betydande osäkerhet och ovetskap därom, huruvida och inom vilka gränser ansvarsgenombrott kan

62 Enligt förslaget skulle visst slag av kringgående kunna medföra straffpåföljder både för huvudmannen och för bulvanen.

63 Någon kommitté har i skrivande stund ännu ej tillsatts. Såsom förslaget till direktiv har formulerats, går det utöver området för ansvarsgenombrott sådant det uppfattats i detta referat.

ske. Belysande är att enligt den enkät som nämns ovan i not 59, ingen av de tillfrågade bolagsjuristerna ansåg att moderbolaget har ett rättsligt ansvar för dotterbolags förpliktelser utöver vad som kan följa av regeln i aktiebolagslagen om aktieägares skadeståndsansvar. Man kan också förmoda att det koncernrättsliga ansvarsgenombrottet är en föga känd rättsfigur för många domare. Det vore knappast förvånansvärt, om t.ex. en finsk domstol skulle hysa betänkligheter mot att utan uttryckligt stöd i lag döma ett moderbolag att ersätta skador, som ett dotterbolag orsakat, i fall detta skulle ha som följd att moderbolagets existens sätts på spel.

En reglering i lag eliminerar inte de problem som hänger samman med att domstolarna måhända inte är särskilt vana att hantera så komplexa ekonomiska frågor, som en ansvarsgenombrottsprocess kan kräva. Här kan det ju bli fråga om att göra en *ex post* bedömning av dotterbolagets verksamhet och finansieringsstruktur under bolagets hela livstid. Ett lagstadgande skulle dock medföra avsevärda pedagogiska fördelar och samtidigt ha en allmänt preventiv effekt.⁶⁴

Personligen är jag *osäker* på, huruvida en reglering i lag av ansvarsgenombrott är att föredra eller ej. Enligt min mening saknas ett tillräckligt empiriskt underlag för att bedöma hur frekvent behovet av att kunna göra moderbolag ansvarigt är i praktiken. Min osäkerhet delas av de bolagsjurister jag tillfrågat. Majoriteten av de tillfrågade understödde de *lege ferenda* ett moderbolagsansvar, men på frågan, huruvida ansvaret borde regleras i aktiebolagslagen eller bestämmas *in casu* av domstol på basen av allmänna överväganden, fördelade sig svaren lika mellan alternativen.

Hur skulle ett eventuellt stadgande om ansvarsgenombrott i aktiebolag utformas? En ganska naturlig utgångspunkt vore stadgandena om aktieägares skadeståndsansvar. Dessa (se ovan avsn. 3.2.) kunde tänkas bli utbyggda med en särskild regel gällande koncernförhållanden av den innebörden, att moderbolaget skulle ha ett subsidiärt ansvar för skada som dotterbolaget förorsakat tredje person, såvida moderbolaget ej kan göra sannolikt, att skadan inte uppkommit som en följd av att moderbolaget dirigerat dotterbolagets verksamhet och försett bolaget med otillräckligt eget kapital. Ansvarspresumtionen

⁶⁴ Detta resonemang bygger på förutsättningen, att missbruk av bolagsformen för brottsliga syften skulle motverkas genom särskilda lagstiftningsåtgärder, varigenom «hotet om ansvarsgenombrott» skulle komma att rikta sig till en företagarkrets av mindre kallhamrad kaliber.

skulle alltså kunna hävas, om det visas att dotterbolagets verksamhet ej innebär ett illojalt utnyttjande av bolagsformen i moderbolagets intresse.⁶⁵

7.3. En långsiktsprogno

I vilken riktning kommer koncernbestämmelserna att utvecklas i Norden? För Danmarks del kunde man svara: i den riktning harmoniseringsarbetet inom EG anger. Detta är inte ett dåligt svar för övriga nordiska länders del, även om några formella harmoniseringsåtaganden inte existerar. Utvecklingen i de ledande västeuropeiska ländernas bolagsrätt utöver ett faktiskt inflytande, inte minst när det gäller rättsinstitut som är viktiga för det internationella samarbetet mellan företag. Just nu förefaller harmoniseringen av koncernreglerna inom EG att stampa på stället. Detsamma gäller genomförandet av Europa-bolaget. Utvecklingens hjul kan emellertid sättas i rullning t.ex. genom att koncernfrågorna regleras i Frankrike och att denna reglering fångar upp de centrala elementen i de vilande EG-förslagen.⁶⁶

Om och när i Norden frågan väcks om att utveckla koncernreglerna med bestämmelser om förhållandet mellan moderbolagets ledning och dotterbolagets organ samt om skyddet av utomstående aktieägares rätt i dotterbolag, blir det också aktuellt att ta ställning till moderbolagets ansvar för dotterbolags förpliktelser. I så fall talar flera skäl för att det föreskrivs ett *generellt men subsidiärt ansvar för moderbolaget, i varje fall om moderbolaget kan ge dotterbolaget bindande direktiv* (se ovan not 51). Arrangemanget mellan bolagen bör i så fall på lämpligt sätt offentliggöras, så att borgenärerna vet vilket slag av koncernansvar moderbolaget har. Jag har visserligen tidigare i detta avsnitt förfäktat den synpunkten, att det inte finns ett starkt behov av ett generellt moderbolagsansvar, i varje fall inte för skulder, som uppkommit inom gränserna för normala affärstransaktioner. Man kan dock inte blunda för att den ansvarsmodell, som jag skisserat de lege ferenda, är ganska invecklad och bygger på kriterier, som det kan svårt för berörda parter att behärska.

⁶⁵ Jfr. Borum 80 och Schmitthoff 79–80.

⁶⁶ Det kan nämnas att ett förslag till koncernlagstiftning lades fram 1978 i Frankrike. Förslaget, som inte lett till lagstiftning, kan karakteriseras som en förenklad version av den tyska aktiebolagslagens koncernregler. Enligt förslaget skulle moderbolag svara solidariskt med dotterbolaget för det sistnämndas gäld, om ett avtal om dominans (contrat d'affiliation) ingåtts mellan bolagen. I andra koncerner skulle moderbolaget svara subsidiärt för skada som orsakats dotterbolaget, när moderbolaget utövat sitt inflytande över dotterbolaget. Se Brachvogel, Die neuere Entwicklung des Konzernrechts in Frankreich, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1980, 486 ff.

Min konklusion skulle därför vara att fördelarna av att åstadkomma ett slags *lex mercatoria* på koncernrättens område, bl.a. med tanke på internationella gäldsregleringar, är så pass betydande, att de skulle uppväga olägenheterna av ett moderbolagsansvar, som är längre gående än vad som vore absolut nödvändigt med tanke på dotterbolagets borgenärs berättigade intressen särskilt pappa. Låt mig dock tillägga, att jag i denna «prognos» har blicken ställd på nästa sekel.⁶⁷

7.4. Multinationella företag

De särskilda problem – även i fråga om moderbolags ansvar – som de multinationella företagens verksamhet särskilt i utvecklingsländerna ger upphov till, måste i första hand lösas med andra medel än sofistikerade tillämpningar av ansvarsgenombrottsprincipen. Å ena sidan är det naturligt att värdlanden försöker förbättra sina *förhandlingspositioner* för att redan i etableringsskedet kunna bygga in säkerhetsmekanismer, såsom krav på tillräckligt eget kapital, garantier för verksamhetens fortbestånd, participation av det offentliga eller av nationella företag osv. Å andra sidan gäller det att utveckla internationella instrument, typ *uppförandekoder* för multinationella företag, vilka är ägnade att harmonisera och precisera de spelregler som bör gälla mellan de medagerande (moderbolag, dotterbolag, hemland och värdland), och därigenom påverka attityderna i en konfliktutjämnande riktning. Erfarenheterna t.ex. av OECD:s uppförandekod (se ovan avsn. 7.2) och möjligheterna att på basen av koden diskutera konkreta problem visar, att också regler utan rättsligt bindande verkan åtminstone på sikt kan påverka de multinationella företagens beteende.⁶⁸

Frågan, vilken eller vilka juridiska regimer, som det multinationella företaget skall lyda under, är inte lätt att besvara de lege ferenda. Inom OECD diskuteras som bäst problemen kring kolliderande krav (conflicting requirements), som riktas mot olika enheter inom samma koncern. Det är uppenbart, att den internationella privaträttens modeller inte är svaret på dessa problem. En ökad ensidig tillämpning av principen om lagars extraterritoriella verkan

67 Jfr. Koski, Konserni (Vammala 1977) 332 och Schmitthoff, Commercial Law in a Changing Economic Climate, 2 uppl. (London 1981) 45–46.

68 Följande uttalande av OECD:s kommitté för internationella investeringar och multinationella företag i Badger-fallet (se ovan avsn. 7.1) är värt att återges: «... in the course of time sections of the Guidelines, although voluntary in their origin and not being sanctioned by law, may pass, by virtue of their general acceptance and frequent application, into the general corpus of customary international law».

eller andra principer, varigenom den nationella jurisdiktionen utsträcks att gälla internationella koncerner som en helhet, är en utveckling som knappast gynnar mindre industriländer. I svåra konfliktsituationer kan principen att stat skall visa återhållsamhet (approach of comity) knappast bli utslagsgivande.

Det är uppenbart att man måste utveckla de bilaterala konsultationsmekanismerna mellan staterna för att förbättra förhandsinformationen beträffande multinationella företags åtgärder och planer samt beredskapen att förhandla därom. En uppenbarligen svår, men inte oviktig fråga i detta sammanhang gäller facklig organisering på koncernnivå.

Vid sidan av vad som ovan sagts kan man tänka sig att det för olika branscher eller delproblem utvecklas *multilaterala mekanismer*, med hjälp av vilka ansvarsfrågor avseende multinationella företag kan hanteras. Inom skatterätten har bl.a. genom dubbelbeskattningsavtalen dylika mekanismer utvecklats sig. Just nu är bankbranschen aktuell. Utvecklingen under senare år med en ökad etablering av dotterbanker (eller filialkontor) utomlands och överhuvudtaget med en ökande internationalisering av bankverksamheten har gett inte minst centralbankerna och bankinspektionsmyndigheterna anledning att överväga nya åtgärder och ett närmare samarbete, för att minska riskerna för att utomlands etablerade dotterbanker komma på obestånd och att moderbanken i ett sådant läge undandrar sig ansvaret för dotterbankens gäld, ett ansvar som hittills varit något av ett axiom inom bankvärlden.⁶⁹ Andra områden som kan tänkas lämpade för ett institutionaliserat samarbete är miljöskyddet, produkt-säkerheten, elektroniska kommunikationsmedel.

En utveckling av ovan antytt slag eliminerar inte behovet av att fortsättningsvis sträva till att bolagsrätten förenhetligas, verkställbarheten av utländska domar i civila mål ökar samt att förutsättningarna för att bilägga tvister, t.ex. rörande moderbolags ansvar, genom internationellt skiljedomsförfarande förbättras.

69 I dagstidningarna berättas i januari 1984 om att de nordiska affärsbankerna Skandinaviska Enskilda Banken, Föreningsbanken i Finland, Bergens Bank och Skånska Banken fått lov att tillskjuta 25 miljoner Sfr på grund av stora kreditförluster, som dessa bankers gemensamma dotterbolag Banque Scandinave en Suisse i Genève lidit föregående år. Betecknande för läget inom bankbranschen är, att de två största affärsbankerna i Finland företagit väldiga aktieemissioner bl.a. med hänvisning till det ökade ansvar den snabbt växande aktiviteten utomlands medför.

8. Sammanfattande teser

I. Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser

Enligt lag

1. Om moderbolaget «tömt» dotterbolaget i strid med reglerna om utdelning, t.ex. genom att uppbära förtäckt dividend, är bolaget skyldigt att återbära de olagligt uppburna beloppen.

2. Om moderbolaget på dotterbolagets bolagsstämma eller genom att utöva sitt inflytande över dotterbolagets ledning genomdriver ett beslut, som är i strid med aktiebolagslagen eller bolagsordningen, svarar bolaget för *skada* som beslutet vållat tredje person (dotterbolagets borgenär).

Enligt civilrättsliga regler

3. Moderbolaget kan bli *medansvarigt* för dotterbolags förpliktelse, om bolaget genom sitt uppträdande gett borgenär grundad anledning tro att moderbolaget är medkontrahent.

4. Moderbolaget kan bli *skadeståndsskyldigt* gentemot dotterbolags kreditgivare, om bolaget avgett en avsiktsdeklaration (letter of intent) till kreditgivaren och den kan tolkas som ett löfte att moderbolaget inte ämnar låta dotterbolaget råka på obestånd under kredittiden.

På grund av ansvarsgenombrott

5. Moderbolag kan ådraga sig ett *subsidiärt ansvar* för dotterbolags förpliktelse enligt principen om *identifikation*. Ansvarsgenombrott är då resultatet av en objektiv avvägning mellan vikten av att upprätthålla det aktiebolagsrättsliga normsystemet och behovet av att i det enskilda fallet ge rättsreglerna till skydd för den skadelidande genomslagskraft.

6. Principen om identifikation torde också kunna tillämpas, när moderbolag utnyttjar ett dotterbolag t.ex. för att *kringgå* tvingande regler i lag, förbud av myndighet eller avtalsbestämmelse.

7. I Finland kan moderbolags bevakning av fordran i dotterbolags konkurs underkännas på grund av identifikation (*indirekt ansvarsgenombrott*).

II. Synpunkter de lege ferenda

8. Något påtagligt behov finns ej att ålägga moderbolag ett *generellt ansvar* för dotterbolags gäld eller ansvar för sådant dotterbolag, som verkat med otillräckligt eget kapital.

9. Ansvarsgenombrott bör kunna ådömas av domstol enligt principen för *identifikation*. Moderbolaget borde ansvara för dotterbolagets förpliktelser, när dotterbolagets verksamhet ej uppfyller kraven på ett normalt affärsmässigt handlande, utan dotterbolaget framstår som en konstruktion avsedd att undandra moderbolaget ansvar. – Detta ansvar kan komplettera de lagstiftnings- o.a. åtgärder, varigenom samhället strävar att förebygga skador på person och egendom och trygga skadelidandes rätt till ersättning.

10. Moderbolag bör som huvudregel inte kunna *bevaka fordran i dotterbolags konkurs*, om dotterbolaget varit i ekonomiskt trångmål, när krediten gavs.

11. I vissa fall bör moderbolags och dotterbolags *konkursbon kunna sammanslås*.

12 För att motverka *ekonomisk brottslighet*, där dotterbolags huvudsakliga uppgift är att möjliggöra kringgående av lag el.likn., kan särskilda ansvarsregler innefattande också straff- o.a. sanktioner vara påkallade.

13. Om egentligt ansvarsgenombrott i enlighet med principerna ovan i punkt 8 av pedagogiska och andra praktiska skäl regleras i lag, rekommenderas att reglerna intas i stadgandena om aktieägares ansvar i form av en *ansvarspresumtion*, som moderbolaget kan häva genom att visa, att dotterbolagets verksamhet ej bedrivits på ett sätt som innebär ett illojalt utnyttjande av bolagsformen i moderbolagets intresse.

14. På lång sikt förutspås, att koncernrätten i EG-länderna harmoniseras och att som följd därav moderbolag kommer att bli subsidiärt ansvarigt för dotterbolags gäld, om moderbolaget har rätt att ge dotterbolaget bindande direktiv. I så fall talar starka skäl för att nordisk rätt anpassas till denna lösning, som har fördelen av att vara lätt att tillämpa och som skulle göra olika särregleringar överflödiga.

III. Multinationella företag

När moderbolag och dotterbolag har hemvist i olika länder, uppkommer med hänsyn till moderbolagets ansvar bl.a. följande speciella problem:

16. Nedläggning av dotterbolag och verksamhetens överflyttning till ett annat land har använts som påtryckningsmedel mot värdlandet. Motåtgärder mot multinationella företags rörlighet kunde vara *etableringsvillkor*, som tillvaratar värdlandets nationella intressen, samt *internationella koder* med riktlinjer för företagens uppförande.

17. Multinationella företags olika enheter kan mötas av krav från hemlandets och värdlandets lagstiftning, vilka är sinsemellan motstridiga. För att

motverka detta kan det behövas multilaterala arrangemang för att samordna dylika krav.

18. *Processuella svårigheter* kan uppkomma när det gäller att genomdriva ett ansvar mot moderbolag i främmande land. Det rekommenderas, att möjligheterna att få civila domar verkställda utomlands och avgöra tvister om multinationella företags ansvar genom internationellt skiljedomsförfarande förbättras.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Nils Mattsson

Kringgåendeproblemet i skatterätten

Innhold	Side
Inledning	125
Vad är kringgående?	128
Frågornas tidigare belysning	132
Kringgående och skatteplanering	133
Ingripande mot kringgående	135
En jämförelse mellan olika metoder att komma till rätta med kringgående	137
Formalistisk tolkning av skattelag	138
Rättsutveckling genom domstolarnas ingripanden	139
Generalklausuler i lagstiftning	140
Några frågor att diskutera	141

Kringgåendeproblemet i skatterätten

Av professor jur. dr. NILS MATTSSON, Sverige

Inledning

Skattetrycket i de västeuropeiska industriländerna har dramatiskt ökat under tiden från andra världskrigets slut. Särskilt markerad har stegringen varit under senare hälften av 1960-talet och under 1970-talet. Denna snabba förändring har haft långtgående konsekvenser för samhällets och för de enskilda medborgarnas ekonomi.

Med det kraftigt ökade skattetrycket har skattedebatten blivit allt intensivare. Viktiga rättsfrågor har kommit att belysas. Hur skall skattelagar skrivas? Vilket ansvar har lagstiftaren för en exakt utformning av skattereglerna? Hur skall skattelagar tolkas? Vilken betydelse har lagstiftarens intentioner bakom lagreglerna? Vilken ställning har domstolarna vid utformningen av rättsregler på skatterättens område?

Den fortsatta översikten skall behandla några av dessa frågor med utgångspunkt från referatets rubrik «Kringgåendeproblemet i skatterätten».

Av de olika skatterna spelar inkomstskatten en central roll. I den fortsatta framställningen kommer jag därför att uppehålla mig vid denna och först beskriva några av de problem, som uppkommer vid utformningen av de skatterättsliga reglerna.

Inkomstskatten skall träffa nettointkomsten. Detta innebär, att bruttointäkterna skall redovisas, varefter avdrag får ske för de kostnader, som varit nödvändiga för att förvärva ifrågavarande intäkter. Denna till synes enkla uträkning är i själva verket mycket komplicerad. Det finns inte en praktiskt användbar definition, hur en skattepliktig intäkt skall anges. I stället för en allmän beskrivning, under vilken de olika skattepliktiga intäkterna faller, är det nödvändigt med detaljerade uppräkningsbeskrivningar. Sådana beskrivningar blir i många avseenden besvärliga både för lagstiftaren, för beskattningsmyndigheterna och för de skattskyldiga. Denna metod har emellertid visat sig vara nödvändig.

Anledningarna till att en detaljerad uppräkning visat sig vara nödvändig är flera. Ett viktigt skäl har varit, att inkomsterna hänförs till olika grupper, i vilka den skatterättsliga behandlingen avviker. Det är därför nödvändigt att ange vilka inkomster som skall hänföras till de skilda grupperna.

Det är inte bara intäktsbegreppet, som omöjligt kan definieras. Det är nettoinkomsten, som skall bilda beskattningsunderlag, och därför skall vissa kostnader avdras från bruttointäkterna. Även här är det nödvändigt att i detalj redovisa de olika kostnader, som skall vara avdragsgilla och även de sätt, på vilka de olika utgifterna skall avdras under skilda beskattningsår.

Dessa omfattande uppräknings av skattepliktiga intäkter och av avdragsgilla kostnader gör inkomstskatteförfattningarna komplicerade. Men lika viktigt för förståelsen av skatteförfattningarnas uppbyggnad är andra orsaker.

Statsmakterna syftar att med sin finanspolitik uppfylla vissa mål. Detta sker genom att stat och kommun skaffar inkomster. Huvudsakligen sker det genom skatter. Inkomsterna fördelas sedan mellan olika ändamål, dvs till offentliga investeringar, till offentlig konsumtion och till transfereringar. De mål statsmakterna vill uppnå ligger på olika områden. Det kan vara fråga om att genom transfereringar utjämna inkomstskillnaderna i samhället. Genom transfereringar överför t ex samhällsorgan medel till de medborgare, som har låga inkomster eller som av andra skäl är särskilt i behov av samhällshjälp.

Med transfereringar kan statsmakterna även uppnå andra syften. Under dåliga tider får företagen ibland industristöd, t ex investeringsbidrag eller branschstöd. Vissa regioner i landet kan särskilt stödjas genom bidrag till industri och handel lokaliserad där.

Men bidrag är inte den enda möjligheten att uppnå offentliga mål av de nyss nämnda slagen. Genom skatter får statsmakterna de resurser, som är nödvändiga för att överföra medel i form av transfereringar och bekosta offentlig konsumtion. Men statsmakterna kan också använda de skatterättsliga reglerna så att skatterna inte bara tillför statskassan pengar utan även så att de skatterättsliga reglerna direkt uppfyller de mål, som statsmakterna vill se förverkligade genom bidrag. Regionalpolitiska mål kan uppnås inte bara genom bidrag utan även genom särskilda skattesubventioner. Det förekommer i de flesta länder, att t ex industri som lokaliserar sig i avlägsna landsändar får särskilt förmånliga skattevillkor. Förmånliga skatteregler kan gälla för vissa branscher, när statsmakterna särskilt vill skydda dem eller vill se att de expanderar. Som ett alternativ till direkt stöd kan skatteregler utformas på sådant sätt, att kapital lättare söker sig till dessa prioriterade branscher.

Det är klart, att skattereglerna, när de skall tjäna syften som de ovannämnda, inte får den utformning, som de annars hade fått. De är utformade för att tjäna vissa av statsmakterna från början mer eller mindre klart definierade mål och dessa mål skall då kläs i lagtext. Denna omständighet är en viktig faktor, när det gäller att förklara, varför skattereglerna är så komplicerade och svårbegripliga.

Av denna något summariska redovisning har vi emellertid tillräckligt med material för att kunna konstatera, att skattesystemet inte är neutralt. Det är också viktigt att konstatera, att många av de regler, som finns, inte heller är avsedda att vara neutrala. Det finns ett uttalat syfte med att de utformats på visst sätt. Bestämmelserna skall förmå skattskyldiga att träffa vissa beslut och dessa beslut skall underlättas genom skatteförmåner. Olika handlingsalternativ bedöms olika. Vilka motiv som ligger bakom de olika reglerna är därför väsentliga. Men väsentligt är också, att lagstiftaren i lagtexten klart anger bestämmelsens omfattning.

Men eftersom bestämmelserna inte är neutrala, är det naturligt, att skattskyldiga vill utnyttja de regler, som för dem är fördelaktigast och som ger lägst skatt. En konflikt uppkommer då, om de skattskyldiga utnyttjar skatte-regler i strid med de intentioner, som finns bakom bestämmelserna.

Orsakerna till avvikelser från ett neutralt skattesystem är ofta direkt uttalade. Ibland är det däremot svårare att direkt ange skälen till att vissa regler fått den utformningen de fått. Ett exempel må illustrera detta. I de flesta länder finns särskilda skatteregler för kapitalvinster (realisationsvinster), vilka i allmänhet leder till att kapitalvinster beskattas lindrigare än löpande inkomster. Skälen till särskilda beskattningsregler för realisationsvinster är flera. Vinsten kan till viss del på grund av inflation vara mer nominell än reell. Även om skattesystemet bygger på ett nominellt synsätt, är skillnaden mellan nominell och reell inkomst här ofta särskilt tydlig. Meningen är också att ge direkta förmåner till investerare, för att dessa skall vara villiga att riskera sitt kapital, som annars hade kunnat användas till andra ändamål. Eftersom realisationsvinstbeskattningen är förmånlig, försöker de skattskyldiga att få så mycket som möjligt av sin avkastning beskattad som realisationsvinst. Detta kan ske genom rättshandlingar, som förefaller konstlade. Man söker komma i åtnjutande av förmånliga skatteregler genom ovanliga transaktioner.

Men även med neutrala skatteregler finns det fall, där flera valmöjligheter existerar. Olika rättshandlingar leder till skilda skatterättsliga resultat. Även här gäller att det kan finnas transaktioner av särskilt intresse, framför allt i fall, då kontrahenterna har samma ekonomiska intresse och den spärr inte längre finns, som två parter motstridiga intresse medför. Detta är särskilt aktuellt vid transaktioner mellan närstående. Även här kan ett exempel vara till hjälp. Eftersom många länder i dag har en inkomstbeskattning, i vilken man och hustru är skattskyldiga för sin förvärvsinkomst utan hänsyn till den andre makens inkomst har det stor betydelse för familjens nettoresultat, hur makarnas totala inkomst är fördelad mellan dem. Ju jämnare inkomsten är fördelad, desto lägre blir den totala skatten. I de fall då makarna själva kan bestämma

över inkomstfördelningen (t ex rörelse och jordbruk) finns det anledning anta att skatterättsliga överväganden kan ha betydelse vid inkomstfördelningen dem emellan. Detsamma gäller också ofta i förhållandet mellan föräldrar och barn. Även här är fördelningen av inkomst betydelsefull, eftersom barn i allmänhet räknas som ett särskilt skattesubjekt och beskattas utan hänsyn till föräldrars och syskons inkomst.

Skattereglerna kommer att vara komplicerade, om inkomstskatten skall ha sin nuvarande struktur och tjäna alla de ändamål, till vilka den i dag används. Eftersom skattereglerna i flera avseenden inte är neutrala och flera valmöjligheter för de skattskyldiga existerar, har de intresse att utnyttja olikheterna för att få så låg skatt som möjligt. Frågan är bara hur detta sker.

Vad är kringgående?

Termen kringgående är inte exakt. Det höga skattetrycket gör det naturligt för många skattskyldiga att söka nå minsta möjliga skatt. Vissa av de åtgärder som skattskyldiga företar är dock inte lagliga. Andra åtgärder är däremot direkt sanktionerade av lagstiftaren. Han vill ha vissa rättshandlingar företagna. För den sakens skull ger han skattesubventioner till den som företar dem. Men även bland de åtgärder, som är lagliga, finns det vissa som är av den karaktären, att domstolarna vid tolkning finner, att de formellt tillämpliga lagrummen inte bör komma till användning. Vid bedömningen av olika frågor om skatteundandragande är det viktigt att skilja mellan spørsmålet om en rättshandling är straffbar eller ej och frågan hur skattebestämmelsen bör tolkas, när den skall tillämpas på en speciell rättshandling. Begreppet kringgående kommer till användning i samband med tolkning av skattelag.

En beskrivning av olika uttryck, som har nära anknytning till begreppet kringgående, är dock av värde för den fortsatta diskussionen.

1. *Skattebrott*. I diskussionen om kringgående måste man utgå från att alla relevanta omständigheter är öppet framlagda. Det är inte fråga om fall, då taxeringsbeslut fattats på oriktiga premisser. Bedömningen av kringgående är ju en fråga om tolkning av skattelag. Dessa fall skall därför skiljas från de situationer, då myndigheter och domstolar har att avgöra skatterättsliga frågor utifrån otillräcklig kunskap om faktiska förhållanden. Den skattskyldige har lämnat felaktiga eller otillräckliga uppgifter för bedömningen. Han yrkar t ex avdrag och lämnar då felaktiga uppgifter. Han kan också underlåta att ta upp inkomster till beskattning och därvid lämna uppgifter, som är otillräckliga för en riktig bedömning, huruvida skatteplikt föreligger. Det bör kanske sägas, att

denna grupp av fall med felaktiga eller otillräckliga uppgifter även rymmer sådana, som inte är straffbara eller på annat sätt sanktionsbelagda. När kringgåendefrågor i skatterätten skall bedömas, gäller det emellertid att avgöra dem under antagande, att hela händelseförloppet är klarlagt och möjligt att bedöma.

2. *Skentransaktioner.* Det förekommer att skattskyldiga utåt ger sken av att deras rättshandlingar har en viss utformning, trots att de i själva verket överenskommit om något helt annat. De kan t ex ha träffat ett köpeavtal, som både parterna är införstådda inte skall verkställas. De kan ha undertecknat en skuldrevers för skens skull. Med skentransaktioner är det karakteristiska, att de utåt helt eller delvis ger intryck av något annat än det som avtalsparterna överenskommit om.

Dessa fall kan ofta hänföras till grupp 1, eftersom taxeringsbeslutet då fattats på otillräckligt material och då inte uppfyller kravet att kringgåendeproblemen skall analyseras utifrån förutsättningen, att alla faktorer är kända. Det är klart, att skentransaktioner av detta slag kan bedömas felaktigt och ge de skattskyldiga skattemässiga fördelar, därför att inte alla faktorer avslöjats. Den skattemässiga bedömningen har gjorts utifrån oriktiga förutsättningar.

3. *Avtal och andra rättshandlingar med oriktiga benämningar.* Det är inte något för skatterätten specifikt, att avtalskontrahenter söker uppnå rättsverkningar av önskat slag genom att beteckna avtalet på visst sätt. Det finns avtal som betecknats som avbetalningsköp, därför att säljaren önskat behålla äganderätten till den försålda egendomen. Det finns rättshandlingar, som betecknas som kommissionsavtal bara för att ge säljaren bättre rätt till godset än han skulle ha haft om det försålts. Även andra exempel kan lätt hämtas från civilrättslig praxis. Domstolarna synes emellertid i dylika fall bortse från den beteckning avtalskontrahenterna givit avtalet och i stället se på de ekonomiska realiteterna bakom. Avtalskontrahenterna kan inte gentemot tredje man bestämma rättsverkningarna genom att beteckna rättshandlingen på visst sätt.

Samma sak gäller inom skatterätten. Om avtalet betecknats på visst sätt men avtalets innehåll och omständigheterna i övrigt är av sådant slag, att avtalsrubriken eller övriga beteckningar dåligt passar, är det rimligt att avtalets konkreta innehåll får avgöra de rättsliga konsekvenserna härav. Avtal och annan rättshandling skall således bedömas efter sitt reella innehåll och inte efter den juridiska beteckning som parterna åsatt den. Framgår det av ett avtal att det är fråga om en försäljning, skall det behandlas som en försäljning, även om det betecknats som arrende.

Även här är emellertid exakta gränser svåra att dra. Det är klart att några bestämmelser i avtalet kan tala för den beteckning kontrahenterna själva givit

avtalet, medan andra – de flesta och kanske de viktigaste – talar för annan form av rättshandling. När domstolarna skall ha rätt att bortse från den av avtalskontrahenterna givna beteckningen, är på gränsområdet naturligtvis en tolkningsfråga.

4. *Utnyttjande av skattesubventioner.* Som jag tidigare nämnde är skattesystemet inte neutralt. Många regler syftar direkt till att främja olika aktiviteter. Det är meningen, att de skattskyldiga skall utnyttja dessa möjligheter. Det kan t ex vara fråga om särskilda bestämmelser avsedda att gynna investeringar i viss industri eller i vissa landsändar. Det är dock möjligt att dessa skattesubventioner nyttjas på ett sätt, som inte varit avsett av lagstiftaren. I många länder förekommer extra förmånliga avskrivningsregler för viss typ av investering. Dessa investeringsmöjligheter utnyttjas inte sällan av skattskyldiga, som för övrigt inte driver sådan rörelse utan som använder dessa avskrivningsmöjligheter för att minska den skattepliktiga inkomsten från annan form av verksamhet (t ex tjänst). Detta kan till viss del anses vara naturligt, eftersom skattereglerna just är till för att locka kapital, men det finns ändå kanske olika utnyttjande av dessa avskrivningsregler, som lagstiftaren inte vill acceptera. I vissa fall kan de skattskyldiga ha utnyttjat dessa regler till den grad, att ett ingripande anses oundgängligt. Å andra sidan är det dock svårt att ange var gränsen skall anses gå mellan det tillåtna och det otillåtna, varför det endast i extrema fall kan anses vara möjligt att förklara sådana fall vara utanför det accepterade.

Men även i andra fall söker de skattskyldiga tillämpa regler som är till deras fördel. I den omfattning som räntor är avdragsgilla, söker man utnyttja avdragsrätten för dessa. Därefter utnyttjas det lånade kapitalet till att förvärva inkomster, som antingen är fria från inkomstskatt eller beskattade lindrigare än annan inkomst (t ex lotterivinster). Även här finns det ingen anledning att ingripa.

5. *Komplicerade transaktioner för att uppnå den mest fördelaktiga skattemässiga lösningen.* Ibland söker de skattskyldiga utnyttja fördelaktiga skatteregler genom tekniskt komplicerade lösningar. Det finns, som redan framhållits, t ex i många länder stora skillnader mellan den skatterättsliga behandlingen av löpande inkomster och av kapitalinkomster (realisationsvinster). Skattskyldiga söker att konstruera sina rättshandlingar på sådant sätt, att de lindrigare reglerna för beskattning av realisationsvinster blir tillämpliga. Detta kan medföra relativt komplicerade konstruktioner, där de skattskyldigas avsikt varit att finna en eller flera rättshandlingar, på vilka realisationsvinstreglerna skall användas.

6. *Rättshandlingar för att kringgå förbud som uppställts i skatterätten.*

Vissa förbud söker de skattskyldiga kringgå genom olika transaktioner. Det står dem t ex inte fritt att fördela efter eget skön inkomst mellan familjemedlemmar. Här söker skattskyldiga olika konstruktioner för att få ned den totala inkomstskatten för hushållet.

Realisationsförluster får endast avdras, då förlusten är realiserad. Genom olika rättshandlingar söker den skattskyldige få förlusten realiserad utan att förlora rådigheten över tillgången.

Kringgående kan i de kategorier som ovan nämnts förekomma under 4, 5 och 6. Kringgående av skattelag är i främsta hand en fråga om bedömningar i de situationer, då de skattskyldiga genom lagliga transaktioner uppnår skatterättsliga effekter, som lagstiftaren inte avsett med reglerna. Det kan vara fråga om fall, då de skattskyldiga kringgår förbud eller regler genom att finna avtalskonstruktioner, som är mer eller mindre konstlade men som ger avsevärt lägre skatt.

Man kan tala om två typer av kringgående. Någon definition av detta uttryck, varom allmän enighet skulle råda, finns dock inte. Den ena gruppen kan kallas för egentliga kringgåenden. Här underviker man regler (t ex förbud) genom att i stället finna omvägar varigenom man undviker den avsedda skatterättsliga regeln men når samma ekonomiska resultat. Det förfarande man väljer framstår dock från kommersiella och ekonomiska synpunkter som konstlat. Genom sådana omvägstransaktioner kan avsikten t ex vara att i stället för löpande beskattning komma i åtnjutande av kapitalvinst. Den klassiska dubbelbeskattningen av aktiebolagsvinster, som finns i många länder, kan man också undgå.

Men det finns även en annan grupp av fall. Det förekommer, som ovan nämnts, regler genom vilka lagstiftaren medvetet önskat främja ett visst beteende hos de skattskyldiga. Det finns emellertid skattskyldiga, som utnyttjar dessa regler på ett sätt som inte varit avsett av lagstiftaren, när de infördes. De bestämmelser det gäller kan vara förmånliga avskrivnings- och nedskrivningsregler. De kan även vara andra förmånliga värderingsregler.

Båda dessa grupper av kringgående finns det anledning att diskutera här. I båda fallen utgår man från att den skattskyldiges beteende på ett eller annat sätt strider mot de motiv lagstiftaren haft, när reglerna infördes. Kringgående innebär då, att *de skattskyldiga med rättshandlingar, som är civilrättsligt giltiga, utnyttjat regler i skattelagstiftningen och därvid nått effekter, som inte varit avsedda av lagstiftaren.*

Kringgående har därför närmast blivit en synonym för skatteflykt och omfattar både de egentliga kringgåendefallen, dvs då en skatteregel kringgås genom ofta komplicerade och konstlade rättshandlingar, och de fall, då de

skattskyldiga utnyttjar skattebestämmelser på ett sätt som inte varit avsett av lagstiftaren. Det finns dock anledning att understryka, att skattebrott, skentransaktioner och transaktioner med oriktig beteckning, lämnats utanför. Denna senare del utgör det stora antalet fall och den del, som bereder skattemyndigheterna de största problemen. Å andra sidan är det säkert de förra fallen, kringgående av skattelag, som från rättsvetenskaplig synpunkt är av störst intresse. Här bryts nämligen i debatten de viktiga frågorna om rättssäkerhet och effektivitet.

Frågornas tidigare belysning

Komparativa översikter av skatterättsliga problem av det slag det här gäller, tolkning av skattelag, är alltid vanskliga att göra. För att en undersökning skall vara meningsfull är det nödvändigt, att de rättssystem, som skall jämföras, är uppbyggda på sådant sätt, att frågan kan diskuteras utifrån samma utgångspunkter. När det gäller kringgående i skatterätten torde det i stora delar vara samma grundproblem, som är föremål för analys i åtminstone de allra flesta nordiska länder. Detta antagande är grundat på insikten om att de civilrättsliga och skatterättsliga regelsystemen i sin allmänna uppbyggnad förete så pass många likheter sinsemellan. Detta skapar en gemensam bas för diskussion om tolkning av skattelag, lagstiftningsteknik och i sista hand om rättspolitik.

Frågor om kringgående av skattelag har varit föremål för debatt inte endast i nordiska kretsar utan även i andra internationella fora. International Fiscal Association (IFA) har vid två tillfällen diskuterat problem med anknytning till dessa frågor. Vid 1965 års IFA-kongress behandlades tolkningsfrågor av skilda slag. Ämnet lydde «The Interpretation of Tax Laws with Special Reference to Form and Substance». Till denna kongress hade Danmark och Sverige lämnat en nationalrapport.

År 1983 hade IFA som ett av sina kongressämnen «Tax Avoidance/Tax Evasion». Till denna hade Danmark, Finland, Norge och Sverige utarbetat nationalrapporter.

För nordisk del har det viktigaste arbetet skett i Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådet. Särskilt skall nämnas den konferens, som forskningsrådet anordnade 1975 över ämnet «Kringgående av skattelag». Till denna konferens hade representanter från Danmark, Finland, Norge och Sverige författat nationalrapporter och professor Gustaf Lindencrona lämnade en generalrapport i ämnet.

Kringgående och skatteplanering

Ett av problemen är att finna gränsen mellan skattekringgående och skatteplanering. Skatteplanering är rättshandlingar, där skatteavväganden spelar en central roll. Syftet är att minska skatt. Skattekringgående är också rättshandlingar, där skatteavväganden spelar en central roll. Syftet är likaså detsamma – att minska skatten. I det första fallet skulle åtgärden accepteras. I det senare fallet skulle åtgärden däremot inte godtas.

Svårigheterna, när det gäller att bestämma vad som är kringgående och vad som är skatteplanering, är i praktiken mycket stora. Det finns nämligen ingen tillräckligt noggrann definition av vad som är kringgående och vad som är skatteplanering. Kringgående är inte accepterat. Skatteplanering är accepterat och t o m ibland önskvärt, eftersom de skattskyldiga då fullföljer de intentioner statsmakterna uppställt. Det skall stå den skattskyldige fritt att välja det alternativ, som är fördelaktigast för honom från ekonomisk synpunkt och vid denna bedömning utgör skatterättsliga avvägningar ett moment. Det är t ex självklart att den skattskyldige skall ha rätt att utnyttja de skatterättsliga stimulanser, som lagstiftaren uttryckligen infört. Att de skattskyldiga t ex investerar i viss bransch eller i visst geografiskt område beror kanske till stor del på att de skatterättsliga reglerna är förmånliga och därför gör investeringskalkylen sådan, att investeringen sker där i stället för i annan bransch eller i annat geografiskt område. Samtidigt kan ett missbruk av skattestimulanser vara ett kringgående.

Först tror jag det finns anledning att klart ange, att gränsen mellan kringgående och skatteplanering dras olika av olika personer och organ. Det är inte ovanligt, att man sätter likhetstecken mellan skattekringgående och skatteplanering. Det kan ske på så sätt, att man anser att all skatteplanering är skattekringgående. Mot skatteplanering skall skattemyndigheter och skattedomstolar ingripa. En sådan uppfattning bygger dock bl a på den missuppfattningen, att skattesystemet är neutralt. Som jag tidigare visat är så inte alls fallet. Det finns många medvetna olikheter i skattereglerna. Men det finns också de, som anser att det inte finns plats för begreppet skattekringgående. Skattekringgående är detsamma som accepterad skatteplanering, så länge som rättshandlingarna med en mycket formell tolkning fortfarande håller sig inom de åberopade skattebestämmelserna. Företrädarna för denna uppfattning hävdar också, att skattemyndigheterna och skattedomstolarna skall använda sig av denna formella tolkning. Form skall gå före substans.

När man söker finna skäl till ingripande mot kringgående kan man naturligtvis hänvisa till motiven, om det förfarande, mot vilket man reagerar, strider

mot lagstiftarens intentioner. Detta är naturligtvis enklast, när det uttryckligen i lagmotiven finns uttalat, hur ett förfarande i ett speciellt fall bör bedömas. Domstolarna är ofta benägna att följa de rekommendationer lagstiftaren i förarbetena lämnat. Det är emellertid inte vanligt, att situationerna är så lätta att bedöma. Ofta är lagmotiven inte så klara. Dessutom är transaktionerna ofta så komplicerade att de inte bara täcker en sektor på skatterättens område utan flera, tillkomna vid olika tidpunkter och med olika förarbeten. Lagmotiven lämnar då liten vägledning. Dessutom är det inte säkert att lagmotiven är tillräckligt à jour. De kan på grund av rättsutvecklingen ha börjat att bli obsoleta.

I debatten har man ofta diskuterat en rättstillämpning efter lagstiftningens grunder. Här är det inte längre fråga om direkta uttalanden i förarbetena utan om allmänna utgångspunkter för lagstiftningen, mer eller mindre diffust uttalade av lagstiftaren.

Det är svårt att ange, i vilken utsträckning det är möjligt att göra antaganden om lagstiftarens intentioner, dvs om grunderna för de olika lagbestämmelserna. Eftersom bestämmelsernas uppbyggnad är komplicerad, deras tillkomstdatum skiftar och motiven bakom dem är skilda, är det sannerligen många gånger ingen lätt uppgift att utifrån olika uttalanden finna stöd för rättstillämpning i den ena eller den andra riktningen. Det måste betraktas som en synnerligen vanskelig uppgift för rättstillämpningen att i de olika fall, som kan tänkas bli aktuella, hitta lagstiftarens intentioner och på så sätt finna ut, om förfarandet strider mot grunderna för lagstiftningen.

Särskilt besvärlig i detta sammanhang är den ständiga skiftningen som sker i det allmänna rättsmedvetandet gentemot olika skattesubventioner. Vissa av dessa kan synas självklara från början och lätt accepterade, men blir efter hand allt mer kritiserade. Så länge som lagstiftaren inte tagit ställning och uttryckligen företagit ändringar har emellertid inte lagstiftarens intentioner bakom rättsreglerna förändrats. Den allmänna opinionen är inte lagstiftare.

En annan möjlighet, dvs i stället för att se till lagstiftarens intentioner, är att granska transaktionernas reella innebörd. I stället för att se till rättshandlingarnas form gäller det att bedöma vad de syftar till. Deras substans är det avgörande för bedömning. I stället för att låta lagstiftningens grunder vara bestämmande vilar bedömningen på en konkret analys av vad avtalskontra- henterna syftar med rättshandlingarna. Om formen avviker från vanliga förfaranden med samma ekonomiska syfte kan det finnas anledning ingripa. Det innebär dock inte att ingripande måste ske. Om denna metod tillämpas får den naturligtvis inte innebära, att det ekonomiska livet läses för alltid till vissa från början tillämpade konstruktioner. Det ekonomiska livet förändras och därmed även de transaktioner med vilka de skattskyldiga vill uppnå samma ekonomi-

ska effekter. De skattskyldigas handlande påverkas och skall också påverkas av skatteregler. Därför är det naturligt, att transaktionernas natur förändras, allt eftersom skattereglerna förändras. Vilka förändringar som skall tillåtas blir då den centrala frågan.

Ingripande mot kringgående

Det finns således olika sätt att se på kringgående i skatterätten. Utgångspunkterna att komma till rätta med problemen varierar. Det är inte nödvändigt att de olika metoderna behöver renodlas. Det är möjligt att använda en syntes av dem.

Ett ingripande mot kringgående är en fråga för lagstiftare och för rättstillämpande organ. Lagstiftaren kan agera på olika sätt. Han kan göra det genom att ingripa på detaljområden och därigenom sätta de gränser han önskar. De regler som han anser blir missbrukade kan han justera, så att de fall, som han inte önskar hänföra dit, otvetydigt blir lämnade utanför. Han kan också genom regler klart ange för domstolarna, att de vid tillämpningen skall ta hänsyn till skattekringgående antingen så att de skall se till lagstiftarens intentioner i högre grad än vid normal tolkning av skattelag eller så att de skall se till substans i stället för form.

Behovet av lagstiftning på detta område har i många avseenden ytterst sitt ursprung i hur domstolarna tolkar skattelagarna. Det finns därför anledning att kort beskriva rättsläget i de nordiska länderna.

I Norge är det i främsta rummet domstolarna, som har ingripit mot skattekringgående. Detta innebär inte, att domstolarna vänder sig mot skatteplanering. Men de norska domstolarna verkar ha en realistisk tolkning som skulle stå i motsats till en formalistisk. Avgörande är det verkliga innehållet i transaktionen med bortseende från rättshandlingens yttre form. Detta synsätt har kommit till uttryck i ett par domar från Høyesterett. I ett mål (Norsk Retstidende 1966 s 1189) uttalar t ex den förste voterande domaren att «det reelle forhold må legges til grunn for den skattemessige bedømmelse uten hensyn til transaksjonens form».

Denna tolkning, substans tar över form, har också inneburit, att man i Norge inte funnit behov av en generalklausul i lagstiftningen mot kringgåendetransaktioner. Den tolkningsmetod de norska domstolarna använt har ansetts vara tillräckligt medel för ingripande. Det anses, att de norska domstolarna agerat på ett sådant sätt, att det finns en generalklausul i rättstillämpningen.

I Danmark är det också i främsta hand domstolarna som har ingripit mot

skattekringgående. Metoden förfaller vara likartad med den i Norge. Domstolarna bortser från form och ser till substans. Detta innebär, att möjligheten att genom flera formellt tillåtna men i sammanhanget konstlade transaktioner nå fördelaktiga skattemässiga resultat försvåras för de skattskyldiga. Det finns ingen skriven generalklausul på skatterättens område. Danska domstolar har ansett sig vara oförhindrade att ingripa på ett sådant sätt, att det inte anses föreligga ett behov av en skriven generalklausul.

Finland däremot har länge haft en generalklausul på skatterättens område. Har förhållande eller åtgärd givits sådan rättslig form, som ej motsvarar sakens egentliga natur eller syftemål, skall enligt bestämmelsen vid beskattningen förfaras, som om riktig form i saken använts. Det sägs vidare i klausulen, att skattenämnden äger rätt att uppskatta den beskattningsbara inkomsten och förmögenheten, om köpeskilling, annat vederlag eller prestationstid i köpe- eller annat avtal bestämts eller annan åtgärd vidtagits uppenbarligen i syfte att ernå befrielse från skatt. De finländska domstolarna har i flera fall tillämpat generalklausulen. I finländsk doktrin är den uppfattningen förhärskande, att skattemyndigheterna genom generalklausulen får begagna en tolkningsmetod, som annars inte skulle ha kommit till användning. Generalklausulen blir därför aktuell i sådana avgöranden, där inte normala tolkningsprinciper är tillämpliga. Det är möjligt att med den tillämpa skattelagarna mer realistiskt än annars vore tänkbart.

Sverige har haft en skatterättslig generalklausul sedan 1981. Under 1983 ändrades klausulen med syfte att göra den tillämplig på flera fall än tidigare. Enligt bestämmelsen skall vid taxeringen hänsyn ej tas till rättshandling som har företagits av den skattskyldige eller av juridisk person, vars inkomst helt eller delvis beskattas hos den skattskyldige, om följande tre förutsättningar är uppfyllda. För det första skall rättshandlingen, ensam eller tillsammans med annan rättshandling, i vilken den skattskyldige eller den juridiska personen direkt eller indirekt medverkat, ingå i ett förfarande som medför en inte oväsentlig skatteförmån för den skattskyldige. För det andra skall skatteförmånen med hänsyn till omständigheterna kunna antas ha utgjort det huvudsakliga skälet för förfarandet. För det tredje skall en taxering på grundval av förfarandet strida mot lagstiftningens grunder.

Den svenska generalklausulen är ny och det är svårt att ange vilken betydelse den kommer att få. Generalklausulen i dess tidigare lydelse har mycket sällan kommit till användning, sannolikt i främsta hand därför att den innehöll kravet att den ifrågasatta rättshandlingen skulle innebära en omväg i förhållande till ett närmare till hands liggande förfarande. Detta krav har nu tagits bort och tillämpningsområdet vidgats. Hur domstolarna kommer att

tillämpa generalklausulen är det dock för tidigt att ange. Det finns emellertid anledning anta, att den kommer att få en användning likartad med den som gäller för den finländska klausulen. Genom klausulen uppmanar lagstiftaren de rättstillämpande myndigheterna att använda sig av en mer realistisk lagtolkning än vad som tidigare tillämpats. Form skall vika för substans. De tolkningsmetoder som tidigare använts har varit för försiktiga. Mer realism har ansetts önskvärd.

Den ovan lämnade redogörelsen över rättsläget i fyra nordiska länder skulle då kunna sammanfattas sålunda. I Norge och Danmark synes domstolarna ha varit beredda att ingripa mot konstlade transaktioner, vilkas avgörande syfte varit att skapa skatteförmåner, som knappast varit av lagstiftaren avsedda. Något direkt behov av en generalklausul mot sådana förfaranden synes inte föreligga. I Finland däremot har sedan länge funnits en generalklausul, som använts på olika typer av rättshandlingar. Bestämmelsen förefaller att ha fungerat relativt väl. I Sverige förelåg länge missnöje från lagstiftarens sida mot den formalistiska tolkningsprincip som de svenska skattedomstolarna tillämpade. Efter hand blev kraven allt starkare på en generalklausul. År 1981 fick Sverige en klausul, som hade till syfte att komma till rätta med kringgående på främst inkomstskattens område. Klausulen fick år 1983 en ny utformning, vilket innebar att dess användningsområde vidgades.

En jämförelse mellan olika metoder att komma till rätta med kringgående

Problemet med skattekringgående kan lösas på olika sätt. Till diskussion vill jag ta upp tre olika metoder. För det första kan man tänka sig, att domstolarna tillämpar en formalistisk tolkningsmetod, där i gränsfall form mer än substans får påverka bedömningen. När domstolarna kommer till avgöranden, som lagstiftaren inte kan acceptera, blir det lagstiftarens sak att ändra på reglerna.

Den andra metoden skulle vara, att lagtillämparen får det huvudsakliga ansvaret när det gäller att ingripa mot kringgåendetransaktioner. Domstolarna känner sig då fria att reagera mot transaktioner, där skattefördelarna står i strid mot lagstiftningens syfte och där åtgärden är meningslös, om inte skattefördelen uppnås. Härigenom minskar behovet av lagstiftningsåtgärder för att hindra missbruk av vissa skattebestämmelser. Något behov av en allmän klausul, en generalklausul, föreligger inte på samma sätt. Domstolarna åstadkommer det resultat, som lagstiftaren annars kan åstadkomma med en generalklausul.

Den tredje metoden är en skriven generalklausul, med vars hjälp de rättstillämpande myndigheterna kan ingripa mot skattekringgående. Även

med denna metod minskar nödvändigheten av särskilda ingripanden på speciella områden från lagstiftarens sida.

Jag vill nu ta upp olika frågor kring de tre sätten att lösa kringgående i skatterätten. I praktiken behöver naturligtvis inte de tre metoderna renodlas. Skilda kompromisser är tänkbara.

Formalistisk tolkning av skattelag

Många menar, att med en formalistisk tolkning av skattelag sätts rättssäkerheten i främsta rummet. De skattskyldiga vet vad de har att rätta sig efter och kan själva på förhand bedöma transaktionernas skatterättsliga effekter. Detta är enligt företrädarnas uppfattning det mest elementära krav, som kan ställas på skattebestämmelserna. Kan inte lagstiftaren acceptera resultatet av gällande lagar, får han ingripa med ny lagstiftning.

Denna metod kritiseras samtidigt. Den innebär, att lagstiftaren alltid kommer efter. Han kan ingripa först sedan kanske relativt omfattande missbruk förekommit. Alla som hinner göra transaktionerna, innan ändringen sker, gynnas.

Metoden innebär också, att komplexiteten i skattelagstiftningen ökar. Alla de bestämmelser, mot vilka lagstiftaren anser ingripanden nödvändiga, blir genom regeländringarna ännu mer svårbegripliga. Formalismen i rättstillämpningen innebär att varje detalj måste vara angiven i lagtexten. Det är dessutom inte säkert, att avvägningen ändå blir riktig.

Det är därför inte ovanligt, att lagstiftaren – utan att införa en generalklausul – ändå genom generell lagstiftning söker finna medel att stoppa kringgående. Om det är osäkert, hur vid en bestämmelse på ett visst område bör vara utformad för att hindra kringgående, kan bestämmelsen göras betydligt mer omfattande än vad som är nödvändigt. Alla tänkbara kringgåendesituationer – och mer därtill – kommer då att täckas av bestämmelsen. För att sedan få en rimlig tillämpning av regeln ger lagstiftaren myndigheter rätt att lämna dispens från reglernas tillämpning. De nya strängare reglerna kommer då endast att tillämpas, när myndigheter av olika skäl inte anser det nödvändigt att lämna dispens. Administrativa myndigheter avgör genom sin dispensrätt regelns tillämplighetsområde.

Särskilt betänklig är denna metod med dispenser från omfattande regler, då reglerna är utformade som stoppregler. Med stoppregler menar jag bestämmelser, som är utformade med medvetet ogynnsamma skatterättsliga effekter, ifall en viss angiven transaktion vidtas. Stoppreglerna har tillkommit just för att

förhindra att sådana transaktioner vidtas, som angivits i regeln och som ofta syftar till skattefördelar genom kringgående. I Sverige har många av de bestämmelser, som före generalklausulens tillkomst syftade till att hindra skattekringgående, fått karaktären av stoppregler och antalet bestämmelser, vars tillämplighetsområde just regleras med dispenser, är ovanligt stort. Under 1970-talet var denna metod mycket använd – och kritiserad – i Sverige.

Genom att ständigt vara uppmärksam på lagreglernas utformning och tillämpning tvingas dock lagstiftaren samtidigt till regelbunden översyn. Han måste hela tiden vara uppmärksam på rättsutvecklingen och ingripa, när han finner skäl till detta. Lagstiftaren har genom denna metod det huvudsakliga ansvaret för rättsreglernas utformning.

Genom denna metod har kompetensfördelningen mellan lagstiftare och domstol gjorts så att den huvudsakliga makten lagts på lagstiftaren. Domstolarnas uppgift är att formalistiskt tillämpa skriven lag.

Rättsutveckling genom domstolarnas ingripanden

Enligt den första metoden har lagstiftaren huvudrollen vid ingripanden mot kringgåendetransaktioner. Det är emellertid också möjligt att de rättstillämpande myndigheterna anser sig ha det huvudsakliga ansvaret för att stoppa kringgåendetransaktioner.

Fördelen med ett aktivt ingripande från domstolarnas sida är främst att behovet av ständig detaljreglering från lagstiftarens sida minskar. Först om domstolarna intagit en klar ståndpunkt i en rättsfråga, som strider mot den lagstiftaren har, är ingripande direkt nödvändigt.

Å andra sidan blir möjligheterna för de skattskyldiga mindre att på förhand kunna ge ett bestämt besked vilka de skatterättsliga effekterna blir om en tänkt transaktion företas. Hur domstolarna kommer att bedöma frågan, kan inte säkert anges. Detta har medfört att kritikerna av systemet ansett att rättssäkerheten kommer i fara.

Speciallagstiftning mot skattekringgående kan emellertid leda till att rättsreglerna blir alltför grovt huggna. Det totala sambandet mellan de skatterättsliga reglerna försvinner. Genom ingripanden av domstolarna är det däremot möjligt att mer se till faktorerna i det enskilda fallet. Varje fall döms med utgångspunkt från olika omständigheter och alla faktorer kan läggas till grund för bedömningen. En liknande avvägning är inte tänkbar om lagstiftaren i förväg skall avgöra varje tänkbar fråga, som kan komma upp till bedömning. Lösningen av detta problem blir ofta att dispenserregler måste komma till

användning för att myndigheter skall göra den avvägning som annars domstolar hade kunnat göra.

Generalklausuler i lagstiftning

Ingripande mot skattekringgående kan ske från lagstiftaren genom specialregler. Det kan ske huvudsakligen från domstolarnas sida genom en realistisk rättstillämpning. Den tredje metod jag vill beröra kan betraktas som ett mellanting mellan de två tidigare nämnda metoderna. Lagstiftaren ger nu domstolarna genom en allmän bestämmelse, en generalklausul, medel att ingripa mot kringgående. Generalklausuler i skattelagstiftningen har därför mycket gemensamt med den mer realistiska tolkningsmetod, som beskrivits i förra avsnittet och som domstolarna synes tillämpa i Danmark och Norge. I mycket är generalklausulen att se som tolkningsdirektiv för domstolarna. De skall se mer till substans än form.

Genom en fri tolkningsmetod utan generalklausul har domstolarna själva drivit fram en praxis som accepterats av lagstiftaren. Med en generalklausul däremot vill lagstiftaren förmå domstolarna att arbeta efter andra principer än dem, som blivit resultatet med de ordinära lagtolkningsmodellerna.

Domstolarnas tidigare praxis har inte accepterats av lagstiftaren. Detta medför då krav från honom på andra bedömningar från domstolarnas sida. I Sverige har generalklausulen denna historiska bakgrund. Domstolarnas tolkning har varit alltför formalistisk. Försöken att komma till rätta med problemen genom speciallagstiftning ansågs till viss del ha misslyckats. Med en generalklausul skall domstolarna tvingas till en mer realistisk tolkning av skattelag.

I Finland har en generalklausul funnits länge och även i dess nuvarande utformning är den gammal. Det är därför svårt att säga hur rättstillämpningen hade utvecklats utan en generalklausul. Det är möjligt att skillnaden i resultat med och utan generalklausul hade varit liten. Ett hypotetiskt fall är svårt att besvara. Det kan dock sägas, att generalklausulen haft betydelse för rättsutvecklingen. Däremot är det inte möjligt att ange i vilken utsträckning detta skett.

Men en generalklausul är inte bara ett allmänt tolkningsdirektiv. Den är klädd i ord och den skall tolkas vid tillämpningen. Utformningen av klausulen är därför av betydelse. Är den snäv, kan den bli verkningslös. Är den däremot vid, kan den, om domstolarna även tolkar den formalistiskt, få ett mycket stort tillämpningsområde. Man skulle därför kunna säga att general-

klausulen som ett tolkningsdirektiv måste tolkas realistiskt och inte formellt. I annat fall är risken att generalklausulen blir tillämplig i fall, då den inte är avsedd att tillämpas. Det är svårt att uppmana domstolen att döma efter en ny tolkningsmetod och samtidigt klä denna uppmaning i ord.

Några frågor att diskutera

De två huvudfrågor som jag bedömer som viktigast är dessa: hur skall skattelagar skrivas och hur skall skattelagar tolkas?

I den allmänna debatten uttalas stundom, att det inte finns något annat krav på skattelagar än att de skattskyldiga på förhand skall veta vad de har att rätta sig efter. Är detta riktigt och rimligt? Är det över huvud taget möjligt att få regler, där kraven på förutsebarhet är uppfyllda? Finns det andra skyddsintressen, som bör tillgodoses?

Domstolarnas roll bör också diskuteras. Det är inte endast de enskilda skattebestämmelserna som kan vara svåra att formulera tillfredsställande. Det är också sambandet mellan de olika skattereglerna som kan vålla problem. Hur skall domstolarna då handla i en konkret situation? Ovan har jag beskrivit några möjligheter. Utan att skillnaden skall tilläggas alltför stor betydelse tror jag att danska och norska domstolar har en realistisk tolkningsmetod. De ser ofta till innehåll i stället för till form. De svenska domstolarna har åtminstone före generalklausulens tillkomst använt en formalistisk tolkning av skattelagarna. Finns det några faror med en realistisk tolkningsmetod? Skulle de skattskyldigas rättssäkerhet sättas på spel? Finns det nackdelar med en formalistisk tolkningsmetod? Skulle rättvisehänsyn komma i kläm? Kan en formalistisk tolkning vara till de skattskyldigas nackdel?

Generalklausul finns i två av de nordiska länderna; i Finland och i Sverige. Det finns alltså två olika metoder att komma till rätta med frågan om kringgående i skatterätten. Finns det någon skillnad mellan den metod som tillämpas i Danmark och Norge och den som tillämpas i Finland och Sverige t ex när det gäller hänsyn till effektivitet och rättssäkerhet?

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Bent Christensen

Fuldmagtslovgivning og anden delegation af lovgivningsmagt

Innhold

	Side
1. Forestillingen om parlamentet som den «rigtige» lovgivningsmagt .	145
2. Afvigelserne	146
2.1. Delegation af lovgivningsmagt	146
2.2. Skøn	148
2.3. Hvilke retsforhold bør fastlægges ved lov?	149
3. Hvorfor afvigelser?	150
4. Hvoraf forestillingens levedygtighed?	150
5. Akcept af afvigelser, men under former, der mere eller mindre stemmer med vurderingene bag forestillingen om parlamentet som den «rigtige» lovgivningsmagt	152
5.1. Parlamentet beholder en andel i regeldannelsen, selv om det ikke selv fastsætter reglerne	153
5.2. Regeldannelsen overlades til andre folkevalgte end parlamentet	154
5.3. I regeldannelsen inddrages andre repræsentanter end dem, der har et sædvanligt politisk mandat	154
5.4. Offentlighed	155
5.5. Udbredelse af kundskab til anden regeldannelse	155
5.6. Judiciel kontrol	156
Litteratur	156

Fuldmagtslovgivning og anden delegation af lovgivningsmagt

Af professor dr. jur. BENT CHRISTENSEN, Danmark

1. Forestillingen om parlamentet som den «rigtige» lovgivningsmagt

En forfatning er mere end en samling paragraffer. Den består også af nogle idealer eller forestillinger om, hvordan samfundet skal styres. Forestillingerne kan skifte med tiden, selv om forfatningsteksten forbliver uændret. Og det er ikke ukendt, at konkurrerende forestillinger trives inden for rammerne af samme tekst. Forestillingerne præger naturligvis fortolkningen af forfatningsteksterne. Men først og fremmest præger de bedømmelsen af styrelsen. Den måde, styrelsen faktisk foregår på, behøver ikke at leve op til forestillingerne i et og alt. Men bliver spændvidden mellem ideal og virkelighed for stor, opstår der utilfredshed.

Blandt de forestillinger, som ledsager forfatninger som de nordiske landes, er forestillingen om parlamentet eller folkerepræsentationen som den «rigtige» lovgivningsmagt. Det er ikke et af de helt grundlæggende idealer. Ellers ville de mange og åbenbare fravigelser fra idealet volde større utilfredshed. Men de fleste – i al fald de fleste jurister – har vist en fornemmelse af, at det «ideelle», det «rigtige», det «naturlige» er, at retsforholdene mellem samfundsmedlemmerne indbyrdes og mellem dem og samfundets organer, særlig de utallige forvaltningsorganer, skal fastlægges ved såvidt muligt præcise, generelle regler i love vedtaget af parlamentet.

Denne forestilling – som i det følgende kaldes forestillingen om parlamentet som den «rigtige» lovgivningsmagt – er udgangspunktet for det følgende referat. Det er bygget således op: Først søges afvigelserne fra idealet systematiseret og illustreret, i alt væsentligt med eksempler fra dansk ret. Så prøver jeg at finde forklaringer både på afvigelserne og på idealets levedygtighed, trods de mange afvigelser. Til slut peges på metoder, hvormed man allerede har og eventuelt yderligere kunne lade nogle af idealets begrundelser slå igennem, selv om afvigelserne akcepteres.

Referatet er oplæg til en retspolitisk diskussion. Det er ikke meningen at beskrive gældende statsret vedrørende delegation af lovgivningsmagt i de nordiske lande. Jeg lægger derfor til grund, at de afvigelser, der beskrives og bedømmes i det følgende, ikke er forfatningsstridige. Alle de nordiske landes

grundlove indeholder bestemmelser, der forbeholder nærmere beskrevne former for regeldannelse for parlamentet. Bestemmelserne er ret forskelligt udformet, og der er forskel på, hvor snævre de rammer, der herved lægges om mulighederne for at overlade regeldannelse til andre end parlamentet, er. Den svenske Regeringsform er f. eks. mere restriktiv end den norske grundlov. Sådanne forskelle søges ikke klargjort i det følgende. Den retspolitiske diskussion kan altså ikke foregå inden for helt samme område i alle de nordiske lande. Området er f. eks. snævrere i Sverige end i Danmark.

Det er naturligvis en ulempe, at diskussionen således ikke har ganske samme områder at bevæge sig på. Men det er en ulempe, man må tage med, hvis man ikke vil drukne i sammenligninger og analyser af forskelle. Og ulempen er vist ikke så alvorlig endda. Selv i Sverige, hvor forfatningen lægger de snævrreste rammer for delegation af lovgivningsmagt, er området for en retspolitisk diskussion af udformningen af afvigelserne stort nok.

2. Afvigelserne

2.1. Delegation af lovgivningsmagt

Beskrivelsen af afvigelserne fra forestillingen om parlamentet som den «rigtige» lovgivningsmagt deles i to hovedafsnit. I det første lader jeg, som om der ikke er tvivl om hvilke retsforhold, der skal fastlægges af parlamentet ved lov.

Afvigelserne forekommer naturligvis i mange varianter. I det følgende søges nogle rimeligt klare typer karakteriseret. I virkeligheden er grænserne mellem typerne naturligvis usikre, og typerne kombineres.

2.1.1. Bemyndigelsesanordninger. Den lettest kendelige afvigelse er bemyndigelsesanordningerne. Karakteristisk for dem er, at retsforholdene stadig ordnes ved såvidt muligt præcise, generelle regler, men at disse fastsættes af regeringen eller centralforvaltningen efter bemyndigelse givet af parlamentet ved lov.

Sådan bemyndigelse forekommer i flere varianter.

To er velkendte fra den nyere historie.

Den ene består i, at parlamentet giver regeringen fuldmagt til at udstede generelle regler på meget omfattende sagområder for et vist tidsrum. Sådanne love var som bekendt i Italien og Tyskland indledningen til afskaffelsen af demokratiet.

Den anden er de krisefuldmagter, parlamenterne i mange lande gav regeringerne under første og anden verdenskrig. Det klareste eksempel i dansk ret

er lov 164, 7. august 1914. Den bemyndigede indenrigsministeren til indtil videre at træffe foranstaltninger til regulering af prisen på levnedsmidler og varer.

Disse to typer af bemyndigelsesanordning spiller på vore breddegrader for tiden ingen større rolle, selv om krisefuldmagterne lever videre i den – for tiden meget sparsomt anvendte – beredskabslovgivning.¹

Derimod har en tredje type, der allerede var velkendt i det 19. århundrede, fået meget stor praktisk betydning. Karakteristisk for den er, at parlamentet giver regeringen eller en minister fuldmagt til inden for et rimeligt klart afgrænset sagområde at fastsætte generelle regler. Det typiske eksempel, men meget langtfra det eneste, er for tiden i dansk ret arbejdsmiljøloven nr. 681, 23. december 1975. Den bemyndiger arbejdsministeren til f. eks. at fastsætte regler om indretning af faste, midlertidige, skiftende og udendørs arbejdspladser, § 43, om indretning og anvendelse af tekniske hjælpemidler, § 46, og om fremstilling, import, oplagring, transport og anvendelse af stoffer og materialer med egenskaber, der kan være farlige for eller i øvrigt forringe sikkerhed eller sundhed, § 49.

2.1.2. Bemyndigelse til kommuner. En anden velkendt type af bemyndigelser overlader regeldannelsen til kommunerne.

Det er ingen ny foreteelse. Indtil miljøbeskyttelsesloven af 1973 fandtes mange af de vigtigste danske regler om forurening i sundhedsvedtægter udarbejdet i henhold til lov 12. januar 1858, der gav justitsministeren bemyndigelse til at stadfæste lokale sundhedsvedtægter vedtaget af vedkommende kommunalbestyrelse.

På et meget væsentligt område har en afart af lokal regeldannelse i de sidste år i Danmark fået endog meget stor betydning. Den fremtidige anvendelse af landets areal fastlægges i et hierarki af planer, hvoraf alle de vigtigste vedtages af kommunalbestyrelserne. Arealanvendelsesplaner er vel ikke sædvanlige generelle regler. De udgør en mellemtning mellem generelle og konkrete afgørelser. Men i al fald de planer, der dækker større områder, har mange træk fælles med præcise generelle regler.

2.1.3. Bemyndigelse til organisationer. Begge de hidtil nævnte typer af delegation af lovgivningsmagt har rødder langt tilbage i det 19. århundrede. I

¹ For dansk rets vedkommende: Lov 342, 23. december 1959, om det civile beredskab, og lov 236, 6. juni 1968, om forsyningsmæssige foranstaltninger, som ændret ved lov 197 af 28. maj 1975.

den noget nærmere fortid er en tredje slags delegatarer kommet til, nemlig organisationerne, i betydningen foreninger hvis medlemmer har et erhverv eller en lignende økonomisk interesse tilfælles. Det bedst belyste eksempel, jeg kender, er den norske lov 3, 14. december 1951, om omsetning av råfisk.² Den tillægger godkendte salgsorganisationer af fiskere adgang til f. eks. at bestemme, at aftagere af råfisk skal autoriseres af organisationen, at nedlægge forbud mod fangst og at påbyde indskrænkninger i fiskeri, at opkræve afgifter osv.

2.2. *Skøn*

Et fælles karakteristikon for de hidtil nævnte typer er, at man holder fast i den del af forestillingen, som går ud på, at retsforholdene skal fastlægges i såvidt muligt præcise generelle regler. Regelfastsættelsen overlades blot til andre end parlamentet.

Men naturligvis kan man også opgive den sidste del af idealet og lade retsforholdene bestemmes af så vage regler, at de kræver selvstændig konkretisering i det enkelte tilfælde for at kunne anvendes, eller helt undvære regler og forlade sig på konkret skøn.

Dette referat har lovgivningsmagten og forvaltningens forhold for øje. Alligevel kan der være grund til at pege på, at netop denne form for delegation af lovgivningsmagt tillader, at fastlæggelsen af retsforholdene overlades til domstolene. Det sker ved hjælp af generalklausuler eller ved tilslutning til friretstankegange el. lign.

De sædvanlige tilfælde, hvor forvaltningen er delegatar, i den forstand at bemyndigelsen til at skønne gives til en forvaltningsmyndighed, udviser mange variationer. Her skal nævnes nogle få.

Der er store forskelle på graden af skøn, altså på, hvor upræcist lovens beskrivelse af retsfaktum og retsfølge er, og dermed på, hvor vid delegationen er. Der er ligeledes store variationer med hensyn til hvem, der får overladt at udøve skønnet: om det er et politisk eller dog politisk styret organ, om organet er judicialiseret og selvstændigt i forhold til politikerne, om det er lokalt eller centralt, om det er særligt sagkyndigt osv. I al fald i Danmark har der vist i de senere årtier været en tendens til at lade skøn udøve af ansatte, der fungerer ganske langt fra politikerne. Det klareste udslag er forkærligheden for ankenævn uafhængige af ministeren.

Hvor antallet af enkeltafgørelser er blot nogenlunde stort, er der en tendens til, at forvaltningen udfylder de vide skønsmyndigheder med regler, der mere

² *Eivind Smith: Organisasjoner i fiskeriforvaltningen, 1979.*

eller mindre klart og udtømmende beskriver retsfaktum og retsfølge. Regelerne kan være formuleret som lovregler plejer at være det. Ofte er formuleringen imidlertid anderledes. Især de regler, der går under betegnelsen vejledninger el. lign. er udformet i et andet og i al fald for jurister mindre præcist sprog end det teknisk-juridiske. Det samme gælder de retligt uforbindende planer, der spiller en meget stor rolle. De indeholder ofte «smidige» mønstre for fremtidige beslutninger. Og endelig findes der udfyldende regler, der slet ikke er formuleret som regler, men fremgår af rækker af ensartede afgørelser, altså som praksis.

Karakteristisk for mange af de regler, der således udfylder skønnet er, *at* de oftest er fastlagt ganske langt væk fra politikerne, *at* de er mindre kendte eller dog sværere at finde frem til end lovene, og *at* de har et vist midlertidigt præg, både fordi de er lette at ændre, og fordi den måde, de bliver til på, ikke kræver en opgørelse af, hvilke regler der fra et bestemt tidspunkt er ophævet, og hvilke der nu gælder.

2.3. *Hvilke retsforhold bør fastlægges ved lov?*

Forestillingen om parlamentets «naturlige» lovgivningsområde er ovenfor i afsnit 1 beskrevet som: retsforholdet mellem samfundsmedlemmerne indbyrdes og mellem disse og forvaltningen. Ved nærmere eftersyn er i al fald den sidste del af denne beskrivelse problematisk.

Problemet har måske sammenhæng med, at forestillingen om parlamentet som den «rigtige» lovgivningsmagt historisk er nogenlunde samtidig med idealerne om natvægterstaten og det magtdelende konstitutionelle kongedømme. I al fald var udgangspunktet i lang tid, at de retsforhold, der burde ordnes ved lov, vedtaget af parlamentet, var dem, der havde karakter af «indgreb» over for borgerne. Andre retsforhold: dem, der angik forvaltningens indre forhold, og dem, der havde karakter af rene fordele for borgerne, kunne forvaltningen ordne på egen hånd.

Dette udgangspunkt har ikke kunnet fastholdes. Både natvægterstaten og det konstitutionelle kongedømme tilhører historien. Forvaltningens indre forhold angår nu en tredjedel af alle beskæftigede. Og adgangen til forvaltningens ydelser og disses udformning har lige så stor betydning for størstedelen af borgerne som den retlige regulering, som er kernen i «indgrebene». Resultatet er blevet et meget kraftigt pres på lovgivningsmagten. Det «naturlige» område for parlamentets lovgivning er nu alle, eller dog alle vigtige, retsforhold, hvori samfundsmedlemmerne er involveret. Passet kan illustreres med et historisk og et aktuelt eksempel. I dette århundredets begyndelse blev stadig større dele af reglerne om retsforholdet mellem staten og dens ansatte inddraget under

lovregler. I de sidste tiår har der været et stærkt pres for at få flere og præcisere regler om udformningen af de offentlige tjenesteydelser, især på social- og sundhedsområderne.

Presset for en udvidelse af lovgivningsmagts «naturlige» område er utvivlsomt. Men som så ofte er den virkelighed, man prøver at få hold på, ikke entydig. Der er også en vis modgående tendens. Retsforholdet mellem det offentlige og dets ansatte fastlægges i stigende omfang ved kollektive aftaler og ikke ved lov. Og – måske som en afsmitning heraf – er der, endnu svage, tendenser i retning af at bruge aftaler eller aftalelignende ordninger ved den nærmere udformning af forvaltningens tjenesteydelser til borgerne.

3. Hvorfor afvigelser?

Den vigtigste årsag til, at idealet om, at retsforholdene mellem samfundsmedlemmerne indbyrdes og mellem dem og forvaltningen skal fastlægges i så vidt muligt præcise love vedtaget af parlamentet, ikke kan realiseres, er simpel fysisk umulighed. Den offentlige virksomheds vækst og udvidelsen af det «naturlige» lovgivningsområde ud over «indgrebene» har i alle lande, selv i de små, ført til overbebyrdelse af parlamentet og dermed nødvendiggjort afvigelserne.

Sammenlignet med denne årsag er de øvrige, som man plejer at pege på, sekundære, men reelle nok. Her skal gengives to.

Parlamentet mangler den nødvendige sagkundskab. De regler, der behøves for at få miljøværn, arbejdsmiljø, kvalitetskontrol med levnedsmidler, teknologistyring osv. til at fungere, kræver en specialkendskab, som parlamentet ikke har og ikke kan skaffe sig.

Parlamenterne er under vore forhold partiernes parlament. Lovgivningsarbejdets resultat afhænger af forhandling, kompromis eller konfrontation mellem partigrupperne. Men partiernes forankring i den samfundsmæssige virkelighed har udviklet sig således, at modsætningerne og samarbejdet mellem partierne på ganske store samfundsområder er mindre relevante for den løsning, som en regeldannelse kan give, end modsætninger eller samarbejde mellem andre af samfundets utallige organiserede grupper.

4. Hvoraf forestillingens levedygtighed?

Når forestillingen om parlamentet som den «rigtige» lovgivningsmagt er så

levedygtig trods de mange og ikke ubegrundede afvigelser i virkelighedens verden, har hovedårsagerne nok noget med legitimitet at gøre. Parlamentets love er i al fald legitime i den forstand, at de akcepteres som bindende af de fleste af samfundets medlemmer, selv når disse ikke finder reglerne rigtige, ja endog, når de overtræder dem. Denne forklaring virker umiddelbart rigtig og overbevisende. Ulemperne ved alle legitimitetsforklaringer – på dette som på andre områder – er, at de ved blot den ringeste eftertanke uvægerligt rejser spørgsmålet: Hvad er det, der gør – i dette tilfælde – netop parlamentets love legitime? Jurister er i al fald ikke i stand til at give andre svar end den slags, der kører i ring.³ Man må derfor søge mere begrænsede og håndgribelige årsager til forestillingens levedygtighed. De må have to egenskaber. De må kunne håndteres af jurister. Og de må i al fald ikke have ringere verifikationsværdi end den, jurister sædvanligvis stiller sig tilfreds med.

Der kan i al fald peges på tre sådanne årsager.

Parlamentets love bliver til på en måde, som ligefrem inviterer «kræfter», der opererer i samfundet på det givne tidspunkt, til at deltage. Lovforslagene vil sædvanligvis blive kendte i vide kredse. Deres behandling er tilrettelagt således, at andre forvaltningsorganer end det ministerium, der fremsætter lovforslaget og disses kontakter, partierne og deres kontakter, organisationerne og massemediernes sædvanligvis inddrages. Selv enkeltpersoner og græsrodsbevægelser kan f. eks. via udvalgsbehandlingen i parlamentet komme til orde. «Offentligheden» i dette ords vide og uklare, men i et givet samfund begribelige betydning, har virkelig mulighed for at øve indflydelse på lovgivningsprocessen. Realiteten svarer naturligvis ikke altid hertil. Men muligheden for indflydelse er der i et omfang, som ikke findes ved nogen anden form for regeldannelse.

Love vedtaget af parlamentet har bedre chance for at være kendte end andre regler. Det er tildels en følge af den beskrevne tilblivelsesproces. Men det skyldes også, at reglerne offentliggøres, og at der fra forvaltningen og massemediernes gøres ikke så lidt for at udbrede kendskab til lovene. At bestræbelserne tilsyneladende ikke er overvældende succesfulde, er en anden sag. Sammenlignet med de fleste andre former for regler har lovene store chancer for at blive kendt. Og i al fald er de ikke svære at finde frem til for den, der gerne vil.

Den tredje årsag angår et andet led i forestillingen om den «rigtige» lovgivningsmagt end parlamentets rolle. Udgangspunktet er lovenes generalitet

³ For en usagkyndig og skeptisk iagttagelse ser det ud, som om andre fagfolk ikke er meget dygtigere.

og præcision. Forestillingen, som den er beskrevet detaljeret ovenfor i afsnit 1, kræver, at retsforholdene fastlægges i såvidt muligt præcise generelle regler. Reglernes generalitet og præcision tjener især to formål.

Når præcision og generalitet kombineres med bestræbelserne for at sprede kendskab til parlamentets love, opnås størst mulig forudsigelighed. Både borgerne og forvaltningsorganerne kan forudsige indholdet af de retsforhold, som de bliver involveret i. Parlamentsproceduren fører tilmed til, at de retsundergivne også har en fair chance for at få at vide, hvornår der er tale om at ændre disse retspositioner, og fra hvornår det sker.

Ved præcisionen sikres muligheden for en meningsfuld judiciel prøvelse. Det er vigtigt – i al fald i de tilfælde, hvor den judicielle prøvelse ikke omfatter det forvaltningsretlige skøn. Adgangen til judiciel efterprøvelse er nemlig kronen på værket. Retsforholdene mellem borgerne indbyrdes og mellem forvaltningen og borgerne skal fastlægges ved parlamentets love. Men det er ikke nok. Den der mener sig krænket, skal kunne gå til uafhængige judicielle prøvelsesorganer for at få afgjort, om lovene nu også er blevet overholdt. Denne sædvanlige, judicielle prøvelse fungerer imidlertid åbenbart jo bedre, jo præcisere reglerne er. Prøvelsen består i at holde enkeltafgørelser op imod den generelle regel. Er denne tom eller næsten tom, er domstolsprøvelsen lidet effektiv.

5. Akcept af afvigelser, men under former, der mere eller mindre stemmer med vurderingerne bag forestillingen om parlamentet som den «rigtige» lovgivningsmagt

Det foregående kan vistnok – unuanceret, men på en måde, der i al sin forenkling kan være egnet som grundlag for en diskussion – resumeres således:

Forestillingen om, at retsforholdene mellem samfundsmedlemmerne indbyrdes og mellem dem og forvaltningen skal fastlægges i så vidt muligt præcise generelle regler i love vedtaget af parlamentet, har – trods mange og åbenlyse afvigelser – bevaret magten over sindene, *fordi* en vid offentlighed derved sikres indflydelse på regeldannelsen, *fordi* kendskab til retstilstanden og dermed forudsigelighed styrkes, og *fordi* judiciel kontrol derved styrkes.

Med dette som udgangspunkt er det nærliggende at stille disse to spørgsmål:

Hvilke muligheder er der for at udforme afvigelse, eller om man vil; inddæmme dem på en sådan måde, at større eller mindre dele af årsagerne til forestillingens levedygtighed bevares?

Hvilke følger kan anvendelsen af disse muligheder tænkes at få?

I det følgende nævnes en række af sådanne muligheder. Bedømmelsen af dem og en eventuel supplerig overlades til diskussionen.

Det er en selvfølge, som alligevel fortjener at understreges, at mulighederne i vidt omfang kan kombineres.

5.1. Parlamentet beholder en andel i regeldannelsen, selv om det ikke selv fastsætter reglerne

Denne mulighed kan udformes på mange måder. To er særlig nærliggende.

5.1.1. Noget grundlæggende forbeholdes parlamentet. Man kan prøve at bevare noget grundlæggende hos parlamentet, selv om regeldannelsen sker andetsteds. Det kan ske ved at følge den regel, der er optaget i den vesttyske grundlov. GG Art. 80, Abs I kræver, at når loven giver bemyndigelse til udstedelse af anordninger, skal bemyndigelsens indhold, formål og omfang fremgå af loven. En sådan regel er ikke gældende i dansk ret, men faktisk efterleves den i vidt omfang.

Den tyske forfatnings regel tager sigte på bemyndigelsesanordninger. Reglen kan imidlertid også tillempes på bemyndigelser til forvaltningen til at fastlægge retsforholdene ved skøn. En sådan regel er heller ikke gældende dansk ret. Men formålsbestemmelser er blevet meget almindelige i love, der giver anledning til mange skønsmæssige afgørelser, og der kan vistnok opstilles en almindelig retsgrundsætning med det indhold, at arten af den retsfølge, som den skønsmæssige afgørelser kan give anledning til, skal være beskrevet i bemyndigelsesloven.⁴ Også ved skøn er der således i dansk ret sket en vis begrænsning af «delegationen».

5.1.2. Parlamentarisk kontrol med andres regeldannelse. Karakteristisk for den ovenfor beskrevne mulighed er, at fastlæggelsen af retsforholdene deles: Noget grundlæggende forbeholdes parlamentet. Resten overlades til andre.

En anden mulighed er at lade parlamentet følge med i bemyndigelsesudnyttelse.

Det kan ske, og sker faktisk på forskellige måder. Her skal nævnes nogle af de mere almindelige.

Udkast til bemyndigelsesanordninger forelægges for parlamentet sammen med det lovforslag, der indeholder bemyndigelsen.

Ministeren eller regeringen skal inden bemyndigelsesudnyttelse forhandle med et parlamentsudvalg eller ligefrem have dettes samtykke.

⁴ *Bent Christensen: Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål. 1980, s. 233.*

Ministeren eller regeringen skal oversende den udstedte bemyndigelses-anordning til parlamentet eller til et parlamentsudvalg. Oversendelsen kan ske til underretning. Men der kan også knyttes retsvirkninger til oversendelsen, f. eks., at anordningen først træder i kraft en vis tid efter oversendelsen, således at der bliver tid til at drøfte anordningen i parlamentet, eller at anordningen kan annulleres af parlamentet inden for en vis frist.⁵

Ministeren eller regeringen skal regelmæssigt eller lejlighedsvis redegøre for sin og den øvrige forvaltnings udnyttelse af bemyndigelserne. Denne form for underretning til parlamentet har den fordel, at den sætter parlamentet i stand til også at følge brugen af udnyttelsen af bemyndigelser til at udøve forvaltningsretligt skøn.

I de hidtil nævnte eksempler har initiativet til at inddrage parlamentet ligget hos den forvaltning, som loven har givet bemyndigelse. I dansk praksis spiller parlamentet eller parlamentsudvalgs brug af de sædvanlige parlamentariske kontrolbeføjelser på parlamentets eget initiativ en stor rolle for parlamentets indsigt med udnyttelsen af bemyndigelserne.

5.2. Regeldannelsen overlades til andre folkevalgte end parlamentet

Kommunalbestyrelserne er mini-parlamenter. Deres medlemmer er valgt af befolkningen i et geografisk begrænset område efter regler, der ligner valgreglerne til parlamentet. Og de politiske partier, der optræder i parlamentet, dominerer i al fald de fleste steder også i kommunalbestyrelser.

Hvis regeldannelsen overlades til kommunalbestyrelserne, forbliver den altså i hænderne på samme slags mennesker som dem, der udgør parlamentet.

5.3. I regeldannelsen inddrages andre repræsentanter end dem, der har et sædvanligt politisk mandat

Partierne er – som fremhævet ovenfor i afsnit 3 – under vore forhold ikke altid de relevante repræsentanter for de «kræfter» i samfundet, som er involveret i en eller anden regeldannelse.

Det er da også helt almindeligt, at bemyndigelses-anordninger udstedes efter forhandling med organisationer, som repræsenterer berørte interesser. Det sker i mange forskellige former. Der er en typisk forskel på ad hoc-konsultationer og på mere formaliserede fremgangsmåder. I alle vesteuropæiske lande er permanente råd, som skal rådgive bestemte forvaltningsorganer, og hvori

⁵ Disse og lignende former for parlamentarisk kontrol med bemyndigelses-anordninger har især tiltrukket sig opmærksomhed i engelsk ret. Se f. eks. *Wade and Phillips: Constitutional law* 8th edn. 1970, Chap. 42.

interesserepræsentanter dominerer, et helt karakteristisk træk. Sådanne råd har sædvanligvis som én af sine opgaver at drøfte – eventuelt at godkende – bemyndigelsesanordninger.

Ligefrem overdragelse af beføjelsen til at fastsætte retsforholdet til organisationerne er endnu ret sjældent, men forekommer; jfr. ovenfor afsnitt 2.1.3.

5.4. *Offentlighed*

En af fordelene ved regeldannelsen via parlamentets love er muligheden for indflydelse fra «offentligheden»; Jfr. ovenfor afsnit 4.

Denne mulighed kan søges overført på anden regeldannelse. Det kan naturligvis ske på mange måder. Her skal nævnes to eksempler.

Den amerikanske Administrative Procedure Act § 553 indeholder regler om en særlig Rule Making Procedure. Hovedsagen er, at udkast til Rules skal offentliggøres, og offentligheden skal have lejlighed til at komme med oplysninger, synspunkter og argumentater, inden reglen sættes i kraft.

De vigtigste danske love om stedplanlægning⁶ indeholder regler, hvis hovedsigte er, at udførligt begrundede udkast til planer skal offentliggøres, og at kommunalbestyrelserne positivt skal fremme en offentlig debat, førend planerne kan vedtages. Disse regler præges tillige af idealer, der står i en vis modsætning til den forestilling, der er taget som udgangspunktet for dette referat, nemlig af mistro til repræsentation og forkærlighed for «direkte» demokrati.

5.5. *Udbredelse af kendskab til anden regeldannelse*

Parlamentets love er – som nævnt ovenfor i afsnitt 4 – sammenlignelsesvis godt kendte, og i al fald har de retsundergivne mulighed for at skaffe sig kendskab til dem.

En hel selvfølgelig mulighed er at gøre andre regler ligeså kendte eller dog kendelige.

Det kræver i al fald to former for indsats.

Den ene består simpelthen i offentliggørelse. Den bruges i alle lande, selv i de små, i et sådant omfang, at det er svært selv for professionelle at få læst alt.

Den anden har især den situation for øje, hvor parlamentet overlader forvaltningen et vidt skøn, og skønnet mere eller mindre udfyldes ved forvaltningens interne regler. Især i USA har der i de sidste tiår været en tilbøjelighed til at kræve, at forvaltningen i sådanne tilfælde formulerer og

6 Lovbekendtgørelser 734, 735 og 736, 21. december 1982, om kommuneplanlægning, lands- og regionplanlægning og regionplanlægning i hovedstadsområdet.

offentliggør retningslinier for skønnets udøvelse, se især Administrative Procedure Act 552.

5.6. *Judiciel kontrol*

Der kan peges på muligheder for mere eller mindre at bevare judiciel prøvelse, selv om de regler, der fastlægger retsforholdet mellem borgerne indbyrdes og mellem borgerne og forvaltningen, er upræcise, eventuel så upræcise, at forvaltningen får et skøn.

Nogle af dem holder sig inden for den ramme, som er den sædvanlige (undtagen i Sverige), nemlig at de judicielle prøvelsesinstanser kun kan prøve lovligheden eller legaliteten, i modsætning til skønnet eller hensigtsmæssigheden.

Der sker i disse år – klarest vistnok i Vesttyskland – en intensivering af den judicielle prøvelse, især ved udvidet anvendelse af gammelkendte almindelige retsgrundsætninger, så som formålsbetragtninger, proportionalitetsprincippet, lighedsgrundsætninger osv., men også ved, at de judicielle prøvelsesmyndigheder i stigende omfang fikserer indholdet af vage, elastiske lovbestemmelser (ubestemte Begriffe) og ved at enkeltafgørelser holdes sammen med og bedømmes på grundlag af administrationens interne regler, særlig dens praksis.

En anden måde at intensivere den judicielle prøvelse på er at supplere de prøvelsesinstanser, der principielt er begrænset til legalitetsprøvelse, med andre, der er judicielle i sin procesform og delvis ved sit personel, men som prøver på et videre grundlag end den traditionelle legalitetsprøvelse. Den stadige vækst i antallet af og betydningen af ankenævn i lande som England, Norge og Danmark er klare tegn. Ombudsmandsinstitutionens udbredelse kan måske tages som et tegn i samme retning. Ombudsmandsprøvelsen er en juridisk prøvelse. Men den er mindre bundet af de judicielle prøvelsesinstansers eventuelle begrænsninger end især danske og norske domstole.

Litteratur

Delegation af lovgivningsmagt og dermed sammenhængende spørgsmål behandles i alle gængse statsretsfremstillinger. Jeg har brugt: *Max Sørensen*: Statsforfatningsret, 2. udg. v/Peter Germer, 1973, kap. 9 og 10, *Alf Ross*: Dansk Statsforfatningsret, 3. udg. v/Ole Espersen, 1980, §§ 57 og 65 samt kap. XXVIII, *Johs. Andenæs*: Statsforfatningen i Norge, 5. utg. 1981, §§ 29 og 31, *Frede Castberg*: Norges statsforfatning, 3. utg. 1964, II, kap. 1, *Erik Holmberg* og *Nils Stjernquist*: Grundlagene, 1980, vedr. RF kap. 8, *Gustaf Petrén* og *Hans Ragnemalm*: Sveriges grundlagar, 1980, vedr. RF

kap. 8, V. *Merikoski*: Grunddragen av Finlands offentliga rätt, I, 1962, kap. VIII, og *Nils Herlitz*: Nordisk offentlig rätt, II 1958, 111 ff.

Hovedværket i nordisk litteratur er *Torkel Opsahl*: Delegation av Stortingets myndighet, 1965.

Politologerne beskæftiger sig naturligvis også med de problemer, der forbindes med delegation af lovgivningsmagt. *Johan P. Olsen*: Politisk organisering, 2. opl., 1980, s. 22 ff, indeholder under overskriften Den parlamentariske styringskæde en knap og klar gengivelse af de ideologiske tankerækker, hvori forestillingen om parlamentet som den «rigtige» lovgivningsmagt indgår.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Jan Fridthjof Bernt

**Rettssikkerhet og ressursbruk
i sosialomsorg og helsevern**

Innhold

	Side
1. Innledning. Rettssikkerhetsidealer i konflikt med omsorgs- og behandlingsideologi?	161
2. Diskusjon om rekkevidden av Forvaltningslovens saksbehandlingsregler	163
3. Prosessuelle rettssikkerhetsgarantier i særlovgivningen	168
a. Innledning	168
b. Tvangsmessige inngrep	168
c. Rett til ytelser og tjenester	170
4. Rettssikkerhetsgarantier i helse- og sosialforvaltningen – «New Frontier» for forvaltningsretten eller meningsløs byråkratisering?	178
a. Innledning	178
b. Dokumentinnsyn og taushetsplikt	179
c. Klagerett og normdannelse ved fordeling av knappe ressurser	184

Rettsikkerhet og ressursbruk i sosialomsorg og helsevern

Av professor dr. jur. JAN FRIDTHJOF BERNT, Norge

1. Innledning. Rettsikkerhetsidealer i konflikt med omsorgs- og behandlingsideologi?

Behovet for styrking av rettsikkerheten i forvaltningen kom meget raskt på dagsordenen i den politiske og juridiske diskusjon i de nordiske land etter krigen.¹ Det som i første rekke var utgangspunktet for denne debatten, var den voldsomme vekst i den klassiske myndighetsutøving – påbud, forbud m.m. – som hadde funnet sted i krigsårene. Man hadde erfaringene fra okkupasjonsstyret i Danmark og Norge som en dyster dokumentasjon av hva ukontrollert byråkratisk maktutøving kan utvikle seg til, og samtidig en økende erkjennelse av at utviklingen av flere grunner måtte ventes å gå i retning av et samfunn med vide og inngripende fullmakter for forvaltningen i forhold til borgerne.

Som Andenæs uttrykte det i sitt referatinnlegg til det 19. nordiske juristmøte:

«Vår tids sosiale velferdsstat setter seg mer ærgjerrige mål for statsadministrasjonen [enn den liberale rettsstat]. Ved aktiv omsorg vil den legge til rette grunnlaget for et menneskeverdig liv for alle, også for dem som ville være ute av stand til å hevde seg i det liberalistiske samfunn. Til gjengjeld er velferdsstaten også nødt til å gripe inn i borgernes frihet på en helt annen måte enn tidligere ...»²

Den sosiale velferdsstat forutsetter mao. at en rekke avgjørelser vedrørende enkeltpersoners individuelle rettsforhold treffes av offentlig ansatte tjeneste-

1 Se her særlig *Herlitz: Förvaltningsförfarandet. Förberedande utredning angående regulering av förfarandet hos förvaltningsmyndigheter i ärenden rörande enskild rätt och därmed sammanhängande frågor* (SOU 1946:69), *Johs. Andenæs: Domstolene og administrasjonen* (Rt. 1947 s. 193 flg.), *Johs. Andenæs: Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser* (Forhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet, bilag VI, Sth. 1952), og referatet fra debatten med utgangspunkt i sistnevnte (l.c. s. 218–91). Jfr. også *Ross: Hvorfor Demokrati* (Kbh. 1946) s. 333–34 om krav om offentlighet.

2 Andenæs, *Garantier for rettsikkerheten ved administrative avgjørelser*, s. 8.

menn, eller av offentlige organer ellers. Den forutsetter også til dels meget vide fullmakter for forvaltningen til å treffe slike enkeltavgjørelser etter beste skjønn.

I denne situasjon vil domstolskontroll som går på de enkelte avgjørelsers materielle riktighet ofte være utilstrekkelig eller umulig, og borgernes rettssikkerhet må søkes ivaretatt på andre måter. De virkemidler man i første rekke har grepet til her, er forskjellige typer prosessuelle rettssikkerhetsgarantier; krav til den måten vedtak kommer i stand på og grunnlaget for det, og regler om overprøving – klagebehandling – innenfor forvaltningsapparatet selv. I tillegg har man på enkelte saksområder gitt domstolene kompetanse til å gå utenfor rammen for en tradisjonell rettslig overprøving og prøve *alle* sider av forvaltningens avgjørelse, slik det i norsk rett er gjort for saker om tvangsmessig behandling eller pleie,³ hvor det er fastsatt at retten prøver alle sider av saken.⁴

Rettsikkerhetsdiskusjonen, og det reformarbeid som fulgte i dennes kjølvann, tok utgangspunkt i situasjonen til den borger som må finne seg i at forvaltningen griper inn i hans handlefrihet for å ivareta enten hensynet til andre borgere eller bredere fellesskapsinteresser. I forlengelsen av dette fokuserte man også på forvaltningens fordeling av «kunstige ressurser»; konsesjoner, tillatelser, fritak o.l. som i virkeligheten er dispensasjoner fra generelle inngrep i form av forbud, påbud, beskatning m.m.⁵

Vesentlig mindre påaktet var lenge de rettssikkerhetsproblemer som springer direkte ut av det forhold at det offentlige påtar seg et stadig mer omfattende ansvar for borgernes sosiale og helsemessige velferd. Og da spørsmålet om rettssikkerhetsgarantier for pasienter og klienter ved fordelingen av økonomisk bistand og forskjellige typer tjenester og tilbud ble reist, viste det seg at det var til dels vanskelig å få gjennomslag for tradisjonelle juridiske synspunkter på dette.⁶

3 Se Tvistemålsloven (l. 13/8 1915 nr. 6) § 474, jfr. Sunnhetsloven (l. 16/5 1860) § 7.2. ledd, Tuberkuloseloven (l. 8/5 1900) § 6.2. ledd, Edruskapsvernloven (l. 26/2 1932) § 9, Kjønnssykdomsloven (l. 12/12 1947 nr. 4) § 15, Lov 19/12 1952 om vern mot smittsom sykdom fra utlandet m.v. §7,2. ledd, Barnevernsloven (l. 17/7 1953 nr. 14) § 53, og Lov 28/4 1961 om psykisk helsevern, § 9a.

4 Tvistemålsloven § 482.

5 Jfr. E. Smith: «Om fordeling av økonomiske ressurser i forvaltningsretten» (i E. Smith: Forvaltningsrett og blandingsadministrasjon, Oslo 1979, s. 104 flg., opprinnelig i JV bind XIII, 1978 s. 115 flg.) s. 104.

6 Dette har for øvrig til dels vært et problem også utenfor helse- og sosialsektoren, se her særlig Boe: Distriktenes utbyggingsfond (Oslo 1979) og E. Smith, op. cit.

Dette var i og for seg ikke så overraskende. Det er flere forhold som gjør det problematisk å innpasse enkelte av de avgjørelsestyper vi her har å gjøre med, i det mønster for avgjørelsesprosess og etterprøvbarhet som de juridiske rettsikkerhetsidealer forutsetter. Samtidig er det likevel litt påfallende at de saksområder hvor det har vært vanskeligst å få innpass for disse idealer, er de hvor andre profesjoner, og da i første rekke medisinene, spiller en fremtredende rolle som premissleverandører og beslutningstagere. Et nærliggende spørsmål er da; hvorfor er det på akkurat disse saksområder særlig vanskelig å få gjennomslag for tanken om prosessuelle rettsikkerhetsgarantier til vern for enkeltmennesker som står i et mer eller mindre sterkt avhengighetsforhold til beslutninger truffet av offentlige organer eller tjenestemenn? Står vi her overfor avgjørelser som rent innholdsmessig er av en slik karakter at de må holdes utenfor det mønster som ellers er bygget opp for å sikre borgernes rettsikkerhet, eller er det ganske enkelt et utslag av at enkelte profesjoner, og da særlig medisinene, kjemper for å bevare kontrollen over beslutninger som de anser som sentrale for sitt faglige hegemoni? Eller sagt på en annen måte; står vi her overfor en saklig begrunnet motstand mot de juridiske rettsikkerhetsidealers fremmarsj, eller er dette et utslag av en konflikt mellom to ganske ulike oppfatninger av helse- og sosialvesenets forhold til sine klienter?

2. Diskusjonen om rekkevidden av Forvaltningslovens saksbehandlingsregler

I Norge er muligheten og ønskeligheten av prosessuelle rettsikkerhetsgarantier i helse- og sosialforvaltningen i første rekke blitt diskutert som et spørsmål om rekkevidden av Forvaltningslovens regler om saksbehandlingen ved enkeltvedtak. Jeg tror vi kan lære mye om de problemer vi her står overfor ved å se litt på diskusjonen omkring dette spørsmål før og etter denne lovens vedtagelse.

Første trinn i arbeidet med utarbeidelsen av Forvaltningsloven var en fyldig innstilling fra den såkalte Forvaltningskomitéen.⁷ Her kom spørsmålet om lovens rekkevidde meget raskt i fokus.

Komitéen var gitt et mandat som tok utgangspunkt i det klassiske forvaltningsrettslige begrep «utøvelse av offentlig myndighet»,⁸ noe som kunne tilsi

⁷ Innstilling fra Komitéen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning. (Forvaltningskomitéen), Kragerø 1958.

⁸ Justisdepartementets foredrag til den kgl.res. om oppnevning av komitéen, gjengitt l.c. s.2.

et relativt snevert anvendelsesområde for eventuelle reformforslag. Den valgte imidlertid å tolke dette begrepet, og dermed sitt mandat, på en måte som ga den et vidt spillerom mht. hvordan den ville trekke rammen for sitt utredningsarbeid. Når man skulle

«klarlegge om forvaltningens saksbehandling var betryggende i de saker hvor forvaltningen utøver myndighet som har direkte betydning for den enkelte borgers rett eller plikt»,

ville dette riktignok «i første rekke» gjelde de klassiske inngrepssituasjoner, altså slik myndighetsutøving som krever hjemmel i lov. Men komitéen ville ikke begrense seg til dette:

«I enkelte tilfelle har myndighetsutøvelsen ikke direkte eller uttrykkelig lovhjemmel, men vedtaket innebærer likevel en utøvelse av offentlig myndighet, som er bestemmende for den enkelte borgers rett. Dette gjelder således når offentlige myndigheter bevilger penger, treffer vedtak om stønad, om offentlige ytelser, fordeler eller andre offentlige goder som på de enkelte forvaltningsområder er stilt til disposisjon for bestemte formål». ⁹

Komitéen synes likevel allerede på dette punkt å ha vært litt usikker mht. hvor langt den ville gå når det gjaldt å trekke konsekvensene av dette vide utgangspunkt. Dette avspeiles allerede i en note hvor man gir eksempler på vedtak som anses å falle innenfor begrepet «myndighetsutøvelse» i denne vide forstand. ¹⁰ Her nevnes bare forskjellige former for økonomiske overføringer; bevilling til fri saksførsel, bidrag fra Utbyggingsfondet for Nord-Norge, og stønad fra særlige kommunale pensjonsordninger, f. eks. alderspensjon, uførepensjon og morspensjon. Avgjørelser om rett til medisinsk behandling, og om innleggelse, opptak eller utskrivning fra sosial- og helseinstitusjoner, omtales ikke. Like nedenfor nevnes tvert i mot «ytelse av tjenester i forbindelse med undervisning, forskning og helsevern» nærmest som en del av «offentlig forretningsvirksomhet», som anses å falle utenfor komitéens mandat. ¹¹

Leser man videre, synes det likevel som om komitéen mener at dens forslag til saksbehandlingsregler skal komme til anvendelse i betydelig utstrekning også her. Komitéen fremholder at dens forslag og konklusjoner gjelder også på dette saksområde, i den utstrekning et offentlig organ «er tillagt myndighet til

⁹ Forvaltningskomitéens innstilling, s. 3.

¹⁰ Ibid., note 1.

¹¹ Ibid. På visse punkter utvidet man imidlertid rammen, slik at også forretningsvirksomhet og dermed slike tjenester, falt innenfor de fremsatte forslag til lovbestemmelser. Dette gjaldt i første rekke reglene om inhabilitet og alminnelig offentlighet. Se l.c. s.4.

å treffe avgjørelser som griper inn i den enkeltes rettsstilling». ¹² Og bak dette inngrepskriteriet synes fortsatt å skjule seg den vide forståelse av «utøvelse av offentlig myndighet» som komitéen har knesatt foran. Som eksempler på avgjørelser som faller innenfor denne rammen, nevnes nemlig

«[a]vgjørelser om å oppta eller utvise en elev, bestemme fordelingen av midler til forskning, foreta vaksinasjon eller sterilisering eller tillate innleggelse på offentlige sykehus.» ¹³

Disse synspunktene utdypes i kommentarene til den aktuelle begrepsavgrensende bestemmelse i komitéens lovutkast. Man vender her tilbake til sammenstillingen av offentlig forretningsdrift og tjenesteytelser. Det fremholdes at på disse områder handler stat og kommune ofte «privatrettslig», og «stiller seg ved siden av og på linje med de enkelte borgere eller private rettssubjekt». Særlig påpekes at

«[s]tatens og kommunenes virksomhet forfølger da andre formål enn når stat og kommune handler og utøver myndighet som offentligrettslig rettssubjekt». ¹⁴

Samtidig understrekes imidlertid at offentligrettslige hensyn vil kunne komme sterkt i forgrunnen i «mange grenseområder», og at man i en rekke offentlige virksomheter kan sondre mellom en rent forretningsmessig side av virksomheten, som innkjøp av varer og forsyninger, utvikling og vedlikehold m.m., og den side av virksomheten som består i de *tjenester* som stilles til disposisjon for almenheten – f. eks. elektrisk kraft, rett til telefon, adgang til skole, legehjelp, sykehusplass m.m. Dette er likevel ikke tilstrekkelig til at de aktuelle avgjørelser bringes inn under reglene for saksbehandling ved myndighetsutøvelse:

«Så lenge det her ikke dreier seg om rettigheter som har hjemmel i lov eller er av offentligrettslig innhold, men om saker som må bedømmes på kontraktsmessig grunnlag (man kjøper strøm, man inngår kontrakt om bruk av telefon etc.), vil lovens regler om *saksbehandlingen* ... ikke gjelde.» ¹⁵

Behovet for rettsikkerhetsgarantier på saksområder som faller utenfor denne rammen, overlater komitéen til Regjeringen å ivareta, ved hjelp av en

12 L.c. s. 4.

13 Ibid.

14 L.c. s. 432.

15 Ibid.

fullmakt til å bestemme at lovens regler om enkeltvedtak skal gjelde også for saker som ikke er vedtak i lovens forstand.¹⁶

Lest i sammenheng er den mest nærliggende forståelse av Forvaltningskomitéens uttalelser at man tenkte seg at en rekke avgjørelser innen helse- og sosialomsorgen skulle falle inn under det system av prosessuell rettssikkerhet som ble etablert ved Forvaltningsloven. Som vi har sett, nevnes økonomiske ytelser eksplisitt som eksempler på slik «offentlig myndighetsutøvelse» som komitéen tar sikte på å regulere, og likeledes avgjørelser om vaksinasjon, sterilisering og å «tillate innleggelse på offentlig sykehus».

Når det gjelder denne siste typen avgjørelser, vedrørende tjenesteytelser, er riktignok bildet mer sammensatt. Her har vi for det første en uttalelse om at «ytelse av tjenester i forbindelse med undervisning, forskning og helsevesen» skal ses på linje med offentlig forretningsvirksomhet, og dermed faller utenfor komitéens primære interessefelt, og dernest en fremheving av kriteriet «hjemmel i lov eller ... av offentligrettslig innhold» som avgjørende for grensdragningen ved tjenesteytelser. De eksempler som nevnes på saker som etter dette «må bedømmes på kontraktmessig grunnlag», ligger imidlertid langt til side for helse- og sosialsektoren; «man kjøper strøm, man inngår kontrakt om bruk av telefon etc.»¹⁷

En antydning om en avgrensning mot tjenesteytelser i helsevesenet *kan* man også lese inn i den foran siterte oppramsing av ytelser innen helsesektoren som faller innenfor denne rammen. Det snakkes her om ytelser som vaksinasjon og sterilisering, som til dels har vært tvungne, om «tillatelse til» innleggelse på offentlig sykehus, noe som jo lett leder tanken hen på tillatelse til *tvungen* innleggelse. Men også dette må sies å være et noe spinkelt grunnlag for å avgrense lovutkastets rekkevidde til de situasjoner hvor tvang er inne i bildet.

Slik er imidlertid forarbeidene og loven blitt oppfattet i forvaltningen. Justisdepartementets lovavdeling har således lagt til grunn at avgjørelser om opptak i og utskrivning fra vanlige sykehus ikke regnes som enkeltvedtak etter Forvaltningsloven.¹⁸ Dette er da i tråd med det generelle hovedsynspunkt at helsetjenesten faller utenfor rammen av den offentlige virksomhet som det er naturlig å trekke inn under de generelle forvaltningsrettslige rettssikkerhetsgarantier:

16 Se nå Forvaltningslovens § 5,1. ledd, 3. pktm., jfr. § 2, a) og b).

17 Denne eksemplifikasjonen er klippet ut av sitatet i drøftelsen av spørsmålet i St.meld. nr. 32, 1976–77, Rettssikkerhet i sosial- og helseinstitusjoner, s. 61–62.

18 Se St.meld. nr. 32, s. 62.

«Det meste som skjer er det ikke naturlig å karakterisere som forvaltning; det er service, tjenesteytelser i form av veiledning, undersøkelse, behandling, foreskrivning av medisin, instruks om forholdsregler og i blant henvisning til spesialist og innleggelse på sykehus.»¹⁹

Når det gjelder andre institusjoner innen sosial- og helsevesenet, er bildet mer sammensatt. Avgjørelser vedrørende opptak i spesialskoler og om opptak i eller utskrivning fra institusjoner innen helsevesenet for psykisk utviklingshemmede, er blitt ansett som enkeltvedtak,²⁰ mens situasjonen er mer uklar for barnehjem, aldershjem, sykehjem, institusjoner for funksjonshemmede m.m.²¹

Denne begrensning av rekkevidden av Forvaltningslovens saksbehandlingsregler er stort sett blitt akseptert,²² men det har også reist seg kritiske røster mot denne restriktive tolkingspraksis.²³ I stortingsmeldingen om rettsikkerhet i sosial- og helseinstitusjoner gir da også Justisdepartementet uttrykk for at man finner den sonndring som er trukket og de kriterier denne er basert på, problematisk:

«Ut fra dagens sosialpolitiske syn er det ikke tvilsomt at befolkningen bør kunne stole på at de vil få forsvarlig behandling ved sykdom, handicap o.l., og at dette primært er det offentliges ansvar og oppgave. Kontraktsrettslige betraktninger er sjelden særlig treffende, blant annet fordi klienten selv sjelden har noe reelt valg».²⁴

19 Ot.prp. nr. 36, 1980–81, Helsetjenester og sosialtjenester i kommunene, s. 125.

20 Iflg. St.meld. nr. 32, s. 62.

21 *Eckhoff*, Forvaltningsrett (2. utg., 1982), s. 467, hevder at i praksis er avgjørelser om hvem som skal få plass på slike institusjoner stort sett ikke blitt ansett som enkeltvedtak. *Molven* finner derimot at det her ikke er utviklet noen forvaltningspraksis, men at mye taler for å se slike avgjørelser som myndighetsutøvelse, (Forvaltningsrett, i K. Andenæs og L. O. Olsen: Sosialrett, Oslo 1983, s. 69 flg., s. 107).

22 *Frihagen*, Forvaltningsrett II (4. utg., Bergen 1977, s. 68), nøyer seg med å gjengi fra en brosjyre utgitt av Lønns- og prisdepartementet, hvor det med bred penn hevdes at det ikke regnes som enkeltvedtak når avgjørelsen treffes «som ... ledd i den servicevirksomhet som drives av f. eks. sykehus, forskningsinstitusjoner ...». *Eckhoff og Ingeborg Wilberg* legger avgjørende vekt på de foran siterte uttalelser fra Forvaltningskomiteén om legehjelp og sykehusplass som tjenesteytelse som anses på linje med forretningsvirksomhet, (*Eckhoff og Wilberg: Juridiske aspekter, i Norges Handikapforbunds Institusjonsgruppe: Innstilling om langtidsinstitusjoner for fysisk funksjonshemmede*, Oslo 1975, s. 45 flg., s. 51).

23 Se særlig E. Smith, Om fordeling av økonomiske goder i forvaltningsretten, s. 111–12 og T. Andersen: Retten til behandling i psykiatrien (Bergen 1983), s. 239–47. *Eckhoff/Wilberg* op.cit. argumenterer for at reglene om enkeltvedtak må gjelde avgjørelser vedrørende slike institusjoner «som kan sies å angå enkeltpersoners rett til å nytte godt av offentlige ressurser», og da først og fremst opptak og oppsigelse (s. 51). I *Eckhoff*, Forvaltningsrett nevnes dette synspunktet bare de lege ferenda (s. 467).

24 St.meld. nr. 32, s. 62.

Slik situasjonen er i dag, er det imidlertid problematisk å argumentere de lege lata for et mer omfattende enkeltvedtaksbegrep enn det som har vunnet hevd i forvaltningspraksis. Vi kan vel også si at det forhold at Regjeringen har fått fullmakt i selve loven til å flytte grensene for hva som skal anses som et enkeltvedtak, er et ganske sterkt tilleggsargument for å legge avgjørende vekt på hevdvunnen oppfatning og praksis her. Som det også fremgår av forarbeidene,²⁵ er meningen klart nok at man fra et relativt forsiktig utgangspunkt skal kunne utvide kretsen av avgjørelser som går inn under saksbehandlingsreglene, ikke ad juridisk vei ved omlegging av tolkingspraksis, men administrativt, ved Kgl. res. Spørsmålet om en slik utvidelse på helse- og sosialvesenets område er vel fortsatt under vurdering i forvaltningen.²⁶

3. Prosessuelle rettssikkerhetsgarantier i særlovgivningen

a. Innledning

Nå er det selvsagt begrenset hva man kan slutte om rettssikkerheten i sosial- og helsevesenet ut fra en slik diskusjon om rekkevidden av generelle saksbehandlingsregler. Regler i særlovgivningen kan sette skranker for anvendelsen av generelle regler som i utgangspunktet dekker vedkommende type avgjørelser, og de kan etablere selvstendige prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, eller henvise til Forvaltningslovens regler slik at disse kommer til anvendelse også på saker som ikke gjelder enkeltvedtak. Begge deler forekommer i lovverket, men da slik at begrensningene og særordninger som setter Forvaltningslovens regler til side, nokså klart er dominerende sammenlignet med særregler som går andre veien og innfører strengere saksbehandlingsregler for avgjørelser som ikke er enkeltvedtak. Vi skal se litt nærmere på noen saksområder hvor dette spørsmålet har vært i fokus, og de synspunkter og hensyn som har vært trukket fram i denne forbindelse.

b. Tvangsmessige inngrep

Ved tvangsmessige inngrep har man i stor utstrekning bygget på det syn at Forvaltningslovens saksbehandlingsregler må anses som minimumsgarantier

25 Se særlig Forvaltningskomitéens innstilling s. 432: «Man har funnet det riktig å gå forsiktig fram her ... Men komitéen er fullt oppmerksom på at det finnes saksområder hvor behovet for rettssikkerhetsgarantier er sterkt til stede».

26 Jfr. St.meld. nr. 32, s. 63, hvor det gis uttrykk for at man bør få en avklaring av dette for de enkelte institusjonstyper, men at det foreløpig (høsten 1976) er for tidlig å fremme noe konkret forslag.

som ikke bør kunne fravikes, og at det i første rekke er spørsmål om å supplere disse slik at rettsikkerheten blir særlig stor ved de til dels meget vidtrekkende inngrep det er tale om. Inngrep etter Barnevernsloven og Edruskapsvernloven går således inn under Forvaltningslovens regler, og kan dessuten innbringes for domstolene etter de særskilte reglene i Tvml. kap. 33.²⁷ Etter disse skal slike saker avgjøres særlig raskt (§ 478), og eventuell anke går direkte til Høyesterett (§ 485). Staten bærer dessuten normalt alle omkostninger ved saken (§ 483). Særlig viktig rent prinsipielt fra en rettsikkerhetsmessig synsvinkel er ellers at domstolene her prøver alle sider av saken (§ 482).

Også avgjørelser om tvangsmessig inngrep etter Lov om psykisk helsevern kan bringes inn for domstolene etter reglene i kap. 33 (§ 9a).²⁸ Her er det dessuten etablert egne klage- og kontrollorgan, kontrollkomisjonene, som skal ivareta et bredt spektrum av rettsikkerhets- og velferdsinteresser.

Vi har likevel i de senere år fått en rekke vitnesbyrd om at rettsikkerheten til tross for dette langt fra har vært tilfredsstillende ved alle disse institusjonene. Årsakene til dette er nok mange, men det er nærliggende å se problemene i sammenheng med den grunnholdning som kom til uttrykk og fikk gjennomslag i forbindelse med drøftelsen av om Forvaltningslovens regler om saksbehandling skulle gjelde for slike saker. Lovens ordning ble her at man unntok hele førsteinstansbehandlingen av saker om undersøkelse, innleggelse og utskrivning ikke bare fra bestemmelsene om saksbehandlingen ved enkeltvedtak i Fvl. kap. IV–VI, men også fra de alminnelige regler i lovens kap. III, om veiledningsplikt for forvaltningen og rett for parten til å bruke fullmektig.

De grunner som blir gitt for dette, avspeiler noe man nærmest må kalle en kulturkollisjon mellom jurister og medisinere, hvor de siste trakk det lengste strå ved denne korsvei. Justisdepartementet opplyser at forslaget om unntak er fremmet «[e]tter konferanse med Sosialdepartementet», og begrunner det slik:

«Mellom lege og pasient bør det så langt råd er søkes etablert et tillits- og samarbeidsforhold etter det mønster man bruker ved andre sykehus, og dette er et tillits-

27 Når det gjelder inngrep etter Edruskapsvernloven, anses retten til å bringe avgjørelsen inn for domstolene å tre i stedet for klagerett etter Fvl. Se Ot.prp. nr. 27, 1968–69, s. 71 hvor dette er forutsatt.

28 En kritisk analyse av reglene om dette og domstolenes praksis er gitt i Ø. Rasmussen: *Twistemålslovens kapittel 33 som rettsikkerhetsgaranti i det psykiske helsevern*, Institutt for offentlig retts skriftserie 1978:4, Bergen. Et sammendrag av enkelte hovedsysnpunkter her er gitt i Rasmussen: *Domstolkontroll med tvangsinngelger*, Lov og rett 1980, s. 465 flg.

og samarbeidsforhold som må bygges opp over et lengre tidsrom. Det ville utvilsomt kunne virke uheldig – og neppe innebære noen fordeler av betydning – om man på dette trinn i saken skulle legge opp til en prosedyre av saken etter forvaltningslovens regler ...»²⁹

Jeg minner om det som er sagt foran om Forvaltningslovens anvendelse på saker om frivillig innleggelse eller utskrivning fra helseinstitusjon, hvor det altså er lagt til grunn at Forvaltningslovens regler om enkeltvedtak ikke kommer til anvendelse. Den avgjørelse som omtales ovenfor, hvor det hevdes å være behov for et særlig unntak, vil mao. gjelde bruk av *tvang*. Vi står mao. i praksis overfor et spørsmål om tvangsinnleggelse eller tvangsmessig tilbakeholdelse i en psykiatrisk institusjon. Her vil man altså søke å etablere eller beskytte et tillits- og samarbeidsforhold ved å nekte en pasient som ber om det, grunnleggende prosessuelle rettigheter som dokumentinnsyn, krav på begrunnelse, og rett til å uttale seg før vedtak treffes. Det virker en smule fremmed å se avslag på anmodning om slike rettigheter som et tillitsskapende virkemiddel. Den dominerende målsettingen synes snarere å være total underkastelse fra pasientens side.

Mindre oppsiktsvekkende er heller ikke begrunnelsen for å unnta slike saker fra Forvaltningslovens kapittel III. Det viser seg at her er det lovens § 12 om rett til å la seg bistå av advokat eller fullmektig som oppleves som problematisk. Departementet opplyser at unntak er gjort

«for å markere at det er vanskelig å finne en naturlig rolle for fullmektiger i disse saker – noen ganger vil han ha en naturlig funksjon, men andre ganger ikke. Det må være tilstrekkelig til betryggelse for parten at han alltid kan bruke fullmektig ved sakens behandling i kontrollkommisjonen og at det ellers vil kunne *tillates* en fullmektig å opptre i saken.»³⁰

Det er mao. tilstrekkelig som rettssikkerhetsgaranti for den som er i ferd med å bli innlagt eller holdes tilbake på en psykiatrisk institusjon mot sin vilje, at han kan få benytte advokathjelp om innleggende overlege synes det er «naturlig». Jeg skulle gjerne sett opplyst hvor ofte en lege som er i ferd med å tvangsinnlegge en pasient, eller å avslå en anmodning om utskrivning, synes det er «naturlig» å la pasienten trekke en advokat inn i bildet.

c. Rett til ytelser og tjenester

Som nevnt foran har det foreløpig ikke funnet sted noen oppfølging av de

²⁹ Ot.prp. nr. 27, s. 105.

³⁰ Ibid.

signaler som ble gitt i St.meld. nr. 32 om avklaring av og opprydding i spørsmålet om anvendelsen av Forvaltningslovens regler om saksbehandling ved enkeltvedtak på tjenesteytelser i sosial- og helseomsorgen.

Når det gjelder økonomiske ytelser, er lovens forutsetninger om prosessuelle rettsikkerhetsgarantier oppfylt fullt ut ved saker om ytelser etter Folketrygdloven.³¹ Og også for den andre hovedgruppe økonomisk bistand, bidrag etter Sosialomsorgsloven³² gjelder Forvaltningslovens regler om saksbehandling ved enkeltvedtak i utgangspunktet fullt ut.

For den andre av disse to ytelser inneholder imidlertid loven en bestemmelse som innskrenker kompetansen til klageinstansen – fylkesmannen. Han kan bare omgjøre Sosialstyrets vedtak hvis

«vedtaket finnes å være i strid med loven eller forskrifter gitt med hjemmel i den eller bygger på en skjønnsmessig vurdering som er åpenbart urimelig».³³

Dette er en begrensning som har redusert verdien av klageretten vesentlig. De fleste fylkesmenn har oppfattet dette som en ganske drastisk beskjæring av sin kompetanse, og da særlig som et signal om at kommunene må ha et ikke ubetydelig spillerom mht. å tilpasse nivået og omfanget av bistand etter de økonomiske rammebetingelser som til en hver tid foreligger.³⁴

Forhistorien til denne bestemmelsen er interessant, og bidrar til å kaste lys over en annen faktor som virker som en bremse for bestrebelsene på å styrke borgernes rettsikkerhet – uviljen mot å skape ordninger som kan medføre rettslige bindinger av det offentliges ressursdisponering.

Forsorgsloven av 1900 hadde ingen bestemmelser om rett til klage til overordnet organ. I et utkast til ny lov om sosialhjelp, fremlagt i 1953, ble det imidlertid foreslått innført en alminnelig klagerett til vedkommende departement, både for parten og for sosialstyrets medlemmer. Departementet var foreslått tillagt full overprøvingsrett, det skulle kunne prøve «både de rettslige og skjønnsmessige sider av vedtak», og kunne om det fant grunn til det enten sende saken tilbake til sosialstyret, eller selv fatte nytt vedtak ved «kjennelse».

Som begrunnelse for forslaget viste komitéen her til at

31 L. 17. juni 1966.

32 L. 5. juni 1964, nr. 2.

33 § 18, nr. 2, 1. pktm.

34 Ved en undersøkelse, referert i *Rune Fjeld: Klagehandsaminga etter lov om sosial omsorg* (Oslo 1980, utredning etter oppdrag fra Sosialdepartementet) s. 33–38, fant Fjeld en gjennomsnittlig stadfestingsprosent på 74, dog med et par betydelige avvik i begge retninger i enkelte fylker.

«Da sosialhjelp etter komitéens forslag skal sidestilles med trygdehjelp, bør klagerett for en person som søker sosialhjelp ordnes etter tilsvarende regler som klagerett etter trygdelovene.»³⁵

Det gikk innpå 10 år fra denne innstillingen ble avgitt til det ble fremlagt odelstingsproposisjon til ny sosialomsorgslov.³⁶ I mellomtiden hadde Forvaltningskomitéen avgitt sin innstilling, hvor man foreslo knesatt som generelt prinsipp i forvaltningen en alminnelig klagerett med full overprøvingskompetanse for klageinstansen, altså i overensstemmelse med sosiallovkomitéens forslag på sitt saksområde. Ikke desto mindre fant Sosialdepartementet det nødvendig å fravike komitéens forslag på dette punkt, og man introduserte den positivt angitte prøvingskompetanse for klageinstansen som vi fortsatt har i § 18 nr. 2.³⁷

Departementets begrunnelse for denne begrensningen i overinstansens prøvingsrett er oppsiktsvekkende summarisk. Man fremhever for det første forskjellen mellom reglene om sosialhjelp og trygd:

«Trygdehjelpen er på flere måter prinsipielt forskjellig fra sosialhjelpen ... En kan si at sosialhjelpen i motsetning til trygdehjelpen bygger på en individuell, skjønnsmessig vurdering både når det gjelder vilkårene for hjelp og hjelpens art og omfang.»³⁸

Og dernest trekker man fram betydningen av direkte kontakt med klienten og hans miljø ved avgjørelsen:

«Sosialstyret vil, sammenliknet med en ankeinstans, ha det fortrinn at den kommer i personlig kontakt med søkeren, og den vil i regelen ha bedre kjennskap til søkerens miljø og bakgrunn enn ankeinstansen har høve til å skaffe seg.»³⁹

Dette var åpenbart god nok begrunnelse for Sosialdepartementet, som fant det unødvendig å konfrontere disse synspunktene med Forvaltningskomitéens forslag om en alminnelig klagerett uten slike begrensninger, også ved skjønsmessige avgjørelser, og uten noen særskilt begrensning for saker hvor direkte klientkontakt og lokalkunnskap vil kunne være vesentlig. Forvaltningskomitéen var selvsagt oppmerksom på slike problemer som de vi her står overfor, men la åpenbart til grunn at man måtte kunne stole på at klageinstansen selv

35 Innstilling til lov om sosialhjelp, Kristiansand S. 1953, s. 46.

36 Ot.prp. nr. 56, 1962–63.

37 Opprinnelig var det departementet som var klageinstans. Fra mai 1975 ble denne funksjon overført til fylkesmennene.

38 Ot.prp. nr. 56, s. 52.

39 Ibid.

ville ivareta disse hensyn ved å utvise en viss varsomhet med å sette vedtak til side uten å ha gitt underinstansen rimelig anledning til å supplere de fremlagte opplysninger.

Bak begrensningen i overprøvingsretten ligger nok derfor andre, og til dels mer kontroversielle hensyn.⁴⁰

(i) Ett synspunkt er at det nesten bare vil være de sider av sosialadministrasjonens avgjørelser som angår rent pekuniære spørsmål, som vil kunne overprøves ved en klagebehandling. Tilbudet til sosialhjelpsklienten er ment å være mer omfattende enn dette, og en for omfattende klageadgang vil kunne tenkes å medføre at interessen i for stor grad fokuseres om denne siden av bistanden.

Svaret på dette er at når klienten ønsker å klage, så er det fordi han ikke er tilfreds med det totaltilbud han får. Økonomisk bistand er ment å skulle være en subsidiær løsning, men ikke minst derfor er det vesentlig at klienten har en rimelig rettsikkerhet mht. avgjørelsen av dette spørsmålet. Rent faktisk er denne hjelpeformen dominerende for vel de langt fleste sosialhjelpsklienter, og helt avgjørende for manges eksistens. Manglende overprøvingsmuligheter vil derfor måtte oppfattes som en alvorlig svikt i rettsikkerheten på et grunnleggende viktig livsområde for de det gjelder, og det vil også øke risikoen for at kommunale sparehensyn får slå igjennom på bekostning av hensynet til forsvarlig sosialomsorg.

(ii) Et annet og like lite akseptabelt hensyn er ønsket om å begrense antall klagesaker. Når vi vet hvilke ressurser som går med f. eks. i klagesaksbehandling i trygdesektoren, er det ganske oppsiktsvekkende at slike sparehensyn skulle kunne tillegges avgjørende vekt i konflikt med rettsikkerheten til en så svak og ubeskyttet klientgruppe som det her er tale om.

(iii) Det som kanskje særlig ligger bak begrensningen i prøvingskompetansen, er forholdet til den kommunale selvstyreideologi som bl.a. Sosialomsorgsloven bygger på. Kommunen skal finansiere sosialomsorgen i konkurranse med andre kommunale tiltak, også på sosialsektoren. Når loven ikke har angitt verken presise stønadskriterier eller stønadsnivå, er dette uttrykk for at hver enkelt kommune skal ha et ikke ubetydelig spillerom mht. å velge f. eks. hvor mye man vil satse på å styrke tilbudet av barnehager, støttekontakter, fritidsklubber, aldershjem – i konkurranse med ønsket om å heve sosialhjelpssatsene i kommunen.

Bak en slik selvstyreideologi ligger også et visst element av ansvarsfraskrivelse fra statens side.

40 Jfr. her Rune Fjeld, op.cit.

Sosialhjelpstilbudet er med dette systemet innen vide rammer kommunens valg, og dermed er det også kommunens ansvar å finne økonomisk grunnlag for å finansiere den bistand som gis. Fastsatte staten presise støttekriterier og -nivåer, ville det politiske press fra kommunalt hold for økte tilskudd til dette formål antagelig lett kunne blitt vesentlig mer slagkraftig.

Resultatet av alt dette er at rettssikkerheten på dette saksområdet i bunn og grunn er bekymringsfullt dårlig, ikke fordi vi mangler formelle prosessuelle rettssikkerhetsgarantier, men fordi man ved en begrensning av klageinstansens kompetanse effektivt slår beina vekk under enhver forestilling om et mer håndfast materielt rettskrav om ytelser på et visst nivå under visse objektive betingelser. I mange kommuner har dette også ført til en vanskelig arbeidssituasjon for sosialomsorgspersonellet, som opplever at de befinner seg i et voldsomt krysspress mellom klientenes krav og sine egne faglige vurderinger på den ene side, og forskjellige varianter av kommunale sparetiltak på den annen. Vi ser mao. at bak en begrensning av en enkelt formell rettssikkerhetsgaranti, synes det å ligge en klar og bevisst nedprioritering av tilbudet til en av våre aller svakeste klientgrupper.

Sammenhengen mellom klagerett og materielle rettskrav er imidlertid en dør som går begge veier. Den samme problemstilling har nå dukket opp i forbindelse med den nye Primærhelsetjenesteloven,⁴¹ og nå på en måte som kan vise seg å være begynnelsen til et viktig prinsipielt gjennombrudd når det gjelder formelle rettssikkerhetsgarantier i helseforvaltningen. Denne loven inneholder en bestemmelse (§ 2 – 1) om at

«[e]nhver har rett til nødvendig helsehjelp i den kommune der han bor eller midlertidig oppholder seg»,⁴²

en rett som er sikret ved en to-trinns klageordning med fylkeslegen som siste instans.⁴³ Samtidig er det imidlertid sagt uttrykkelig i loven at Forvaltningslovens regler ikke gjelder vedtak etter § 2–1.

Det nærliggende spørsmål er da; hva slags rett er det her tale om, og hvilken realitet – om noen – ligger det i den instituerte klageordning? Har klageinstansen kompetanse – og mandat – til å gjennomføre en overprøving som gir pasienten et reelt rettsvern?

41 Lov nr. 66, 1982, om helsetjenesten i kommunene.

42 § 2–1, 1. ledd.

43 § 2–3.

I den proposisjon som kom til å danne grunnlaget for loven⁴⁴ understrekes det at pliktens omfang vil kunne variere med den kommunale økonomi:

«Hvor langt kommunens plikt strekker seg, må bedømmes konkret i forhold til den enkelte kommune.

Det er nødvendig hjelp som kan kreves ... Og hjelpeplikten vil være begrenset til det som økonomi, tilgang på helsepersonell og utstyr gjør mulig.»⁴⁵

Men dette betyr, viser det seg, likevel ikke at kommunen står fritt mht. hvor høyt eller lavt man vil prioritere helsetjenesten:

«Kommunen plikter å holde helsetjeneste av medisinsk forsvarlig standard. Nødvendig helsehjelp omfatter ikke bare undersøkelse og behandling ved skade og sykdom. Det omfatter også syk- og friskmeldinger og attester i arbeids- og tjenesteforhold overfor trygde- og sosialkontor m.v.»

Og selv om man ikke mener å stille urealistiske krav til den kommunale helsetjeneste,

«må man forutsette at det finnes en minstestandard som en kommune (eller evt. flere i samarbeid) ikke kan gå under».⁴⁶

Det var imidlertid også i denne proposisjonen at det ble foretatt en tilføyelse i utkastet til lovens § 2-1, hvor man uttrykkelig unntok disse sakene fra Forvaltningslovens regler. Begrunnelsen for dette unntaket er like summarisk her som i andre sammenhenger hvor den medisinske profesjon er involvert:

«Det kan være tvilsomt i hvilken grad forvaltningslovens regler passer på de vedtak det her gjelder ...».⁴⁷

Men med den nokså ubestemte og svært sammensatte krets avgjørelser det her er tale om, er det vel lite overraskende at denne begrensningen ble kastet inn. Det er imidlertid grunn til å merke seg at Arbeiderpartiet under stortingsbehandlingen foreslo å stryke dette unntaket, og markerte på denne måten vilje til å gå enda et skritt lenger i retning av å styrke pasientenes formelle rettsikkerhet.⁴⁸

44 Ot.prp. nr. 66, 1981-82, jfr. Ot.prp. nr. 36, 1980-81.

45 Ot.prp. nr. 66, s. 31.

46 Ibid.

47 Ibid.

48 Se Innst. O. nr. 7, 1982-83, s. 25, Ot.forh., 1982-83, s. 102 og Lt.forh., 1982-83, s. 9 og s. 13-14.

Det som er mest interessant i denne forbindelse, er likevel bakgrunnen for at dette spørsmålet overhodet kom i forgrunnen; departementets oppfatning av denne avgjørelsens rettslige natur.

Før regjeringsskiftet høsten 1981, hadde regjeringen Harlem Brundtland lagt fram sin proposisjon til ny primærhelsetjenestelov. Denne ble imidlertid ikke behandlet før stortingsvalget, og regjeringen Willoch fremmet deretter sin egen tilleggsposisjon med endringer og tilføyelser på en del politisk kontroversielle punkter.

Når det gjaldt spørsmålet om den rettslige karakter av de rettigheter loven knesetter, hadde Harlem Brundtland-regjeringen holdt en nokså lav profil i sin proposisjon, og tilsynelatende vært lite innstilt på å gi pasienten et håndfast rettskrav på legehjelp. Kommunens forpliktelser ble her nokså klart begrenset til det som er mulig ut fra den enkelte kommunes ressurser:

«Tilgang på personell, utstyr og økonomisk evne vil sette grenser. Men innen sine muligheter vil kommunen ha plikt til å yte alle påkrevet hjelp».⁴⁹

Noe krav om minstestandard ut over dette, ble ikke formulert.

Her er det da Willoch-regjeringen flytter merkepeleer, om enn på en ganske varsom måte. Dermed får pasientens krav til legetjenesten et sterkere preg av objektiv rettighet, og som en nærliggende konsekvens av dette oppstår så spørsmålet om anvendelsen av Forvaltningslovens saksbehandlingsregler for enkeltvedtak, idet man nå finner at

«vedtak om å gi eller nekte legehjelp etter § 2-1 vil trolig være enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand».⁵⁰

Nå kan man spørre om det er grunn til å legge noe særlig vekt på en slik karakteristikk, når man i neste omgang uttrykkelig setter bom for de rettslige konsekvenser en slik subsumsjon ellers ville ha. Her er det grunn til å merke seg at betydningen av dette unntaket er vesentlig mindre enn man umiddelbart skulle tro. Klageretten er jo sikret gjennom § 2-3, og andre sentrale rettssikkerhetsgarantier er ivaretatt ved Lovens bestemmelser om veiledningsplikt og dokumentinnsyn.⁵¹

Det som er den grunnleggende problemstilling rettssikkerhetsmessig, blir etter dette hvor mye vern den enkelte pasient kan håpe å oppnå for sine

49 Ot.prp. nr. 36, s. 122.

50 Ot.prp. nr. 66, s. 31.

51 L.nr. 42, 1980, § 25,3.ledd, § 26 og § 46, se også § 24 om Helsedirektørens tilsyn.

interesser i kraft av sin klagerett; i hvilken utstrekning klageinstansen kan forventes å foreta en kritisk vurdering av primærhelsetjenestens ressursbruk, prioritering og generelle standard. Dette er et spørsmål vi selvsagt først vil kunne gi et endelig svar på når den nye loven har vært i virksomhet en tid. Det som er vesentlig i denne sammenheng, er at det er naturlig å oppfatte forarbeidene til Primærhelsetjenesteloven slik at man der forutsetter at en slik mer nærgående kontroll skal kunne finne sted, og at den *bør* finne sted.

Hva er så bakgrunnen for at man er så opptatt av denne type formell rettsikkerhetsgaranti på et saksområde som ellers har vist stor motstandskraft overfor forsøk på «judisialisering»? Jeg tror svaret må søkes i den særegne politiske og administrative situasjon som er oppstått ved at ansvaret for organisasjon av og ressursbruk i primærhelsetjenesten nå er overført til kommunene. En slik desentralisering av beslutningsmyndighet og ressursforvaltning kan lett komme i konflikt med idealer om nasjonal likhet og minstestandard når det er spørsmål om tilbud av offentlige tjenester av grunnleggende betydning for borgernes velferd, som undervisning, sosiale ytelser og helsetjeneste. Et visst element av styring og kontroll fra sentraladministrasjonens side vil lett bli oppfattet som uomgjengelig nødvendig.

I denne forbindelse er disse hensyn til dels ivare tatt gjennom plankrav og forskrifter.⁵² Det er likevel åpenbart at kontroll- og styringsmulighetene styrkes betydelig ved en ordning med mulighet for individuell klage og dermed for konkret vurdering av saker ved en kommunes tilbud av helsetjenester.

Hvor viktig denne muligheten vil være i praksis for styringen med kommunenes administrasjon og ressursdisponering – og for pasientenes rettsikkerhet – er det likevel vanskelig å si noe om pr. i dag. Her er det vel grunn til også å merke seg proposisjonens kommentar til spørsmålet om pasientene skal gjøres oppmerksom på sin klagerett, slik Forvaltningslovens §27,3. ledd, 1.pktm. jo krever på sitt område:

«En kan ikke forlange at helsetjenestens personell alltid underretter om muligheten til å klage. Dels blir mange avgjørelser tatt meget formløst, dels vil den som treffer en avgjørelse ofte ikke tenke på klagemuligheten. Hvor en lege eller en annen i helsetjenesten er klar over at det dreier seg om en avgjørelse som det kan være fornuftig mening i å klage over, bør han gjøre oppmerksom på klagemuligheten.»⁵³

⁵² Se Primærhelsetjenesteloven § 1–3, siste ledd og § 1–4, og Midlertidig lov nr. 82, 1976 om planlegging av og forsøksvirksomhet i sosialtjenesten og helsetjenesten utenfor institusjon, §§ 4 og 8, jfr. Innst. O. nr. 7, 1982–83, s. 11.

⁵³ Ot.prp. nr. 66, s. 32.

Som vi ser, er det ennå et stykke vei før moderne synspunkter på rettssikkerhet og likeverd mellom beslutningstager og part/klient/pasient har slått fullt igjennom. Det kan nesten se ut som om man tenker seg at helsepersonellet bare skal gjøre oppmerksom på klagemuligheten hvis de mener at pasienten har grunn til å klage.

Men slik verken må eller bør loven tolkes. Regelen bør heller være at hvor man har inntrykk av at en pasient er misfornøyd, skal han gjøres oppmerksom på klagemuligheten, selv om man mener klage er hensiktsløst. Det ville være nokså graverende om helsepersonell prøvde å avskjære klager ved å unnlate å oppfylle de klare forventninger om informasjon om en slik mulighet, som en pasient vil kunne ha. Og vi skal heller ikke glemme at klagemulighet og klagebehandling ofte kan være et adekvat konfliktdependende middel hvor en pasient føler seg dårlig behandlet. Riktig forstått og lojalt anvendt skulle forholdene derfor ligge til rette for at Primærhelsetjenestelovens regler om klage *kan* fungere som spydspiss eller brekkstang for en langsam revolusjon på dette feltet, rettslig og holdningsmessig.

4. Rettssikkerhetsgarantier i helse- og sosialforvaltningen – «New Frontier» for forvaltningsretten eller meningsløs byråkratisering?

a. Innledning

Det hovedinntrykk som lett tegner seg etter den foregående gjennomgang av lovgivnings- og teoridiskusjonen i etterkrigsårene, er bildet av forvaltningsrettslige rettssikkerhetsidealer under til dels langsom fremmarsj i et vanskelig terreng, utsatt for stadig beskytning og forsinkende manøvrer fra andre profesjoner og særinteresser. Vi synes vi fremdeles hører gjenklngen av helsedirektør Karl Evangs fyndige kommentarer til Forvaltningskomitéens innstilling:

«Rent generelt synes komitéen å ha følt seg bundet til den konvensjonelle ramme for statsforvaltningen som særlig har fått sin utforming i de vest-europeiske land med basis i det kontinentale Europa. Resonnementet og problemstillingen er derfor i det vesentlige preget av en situasjon hvor administrative jurister spiller hovedrollen i den offentlige forvaltning. Ved å legge denne ramme til grunn blir hele komitéens innstilling noe urealistisk, idet de problemer Forvaltningskomitéen arbeider med dermed ses i alt vesentlig i lys av en situasjon som allerede er passert ... [D]en offentlige forvaltning etter århundreskiftet [er] som kjent i høy grad preget av at det offentlige har påtatt seg oppgaver, som også forutsetter en annen sakkyndighet enn juridisk i ansvarlige stillinger i forvaltningen...

Helsedirektøren har i det hele ikke ut fra sitt erfaringsområde kunnet tilegne seg den oppfatning at den offentlige forvaltning i dag foregår i lite betryggende former ... [Man] har ... inntrykk av at det innenfor Helsedirektoratets arbeidsfelt er lykkes gjennom årene å etablere et stadig bedre tillitsforhold til underliggende instanser og til almenheten...»⁵⁴

I dag er det lett å se at Evangs analyse her i alle fall var vesentlig for enøyet. Troen på et konfliktfritt profesjonenes opplyste enevelde var et barn av gjenoppbyggingsårenes utviklingsoptimisme, og sterkt svekket langt utenfor juristenes krets allerede da Evang skrev dette. Senere byråkratidiskusjon og dokumentasjon av sterkt kritikkverdige forhold i deler av vårt helse- og sosialapparat har vel ført til at den byråkratiske positivisme som her kom til uttrykk, må ansees som definitivt avlivet i seriøs politisk debatt.

Som vi har sett vitnesbyrd om foran, betyr imidlertid dette slett ikke at den motstand som har vært reist mot innføringen av juridisk pregete rettsikkerhetsgarantier i helse- og sosialforvaltningen, er nedkjempet. Og det betyr heller ikke at det ikke kan være andre og mer bærekraftige grunner bak den skeptiske holdning deler av helse- og sosialvesenet har inntatt overfor forskjellige typer juridiske rettsikkerhetsgarantier. Diskusjonen om anvendeligheten og berettigelsen av juridiske rettsikkerhetsidealer i helse- og sosialforvaltningen pågår stadig.

De rettslige problemstillinger som har vært i fokus i forbindelse med denne diskusjonen har, som vi har sett, variert med avgjørelsestype og rettslig og faktisk kontekst ellers. De to spørsmål som har tiltrukket seg langt mest oppmerksomhet i de senere år, er rett til innsyn i journaler og andre saksdokumenter, og klagerett og annen ekstern kontroll i den frivillige helseomsorg. Det kan derfor være naturlig å avslutte denne vandring i et profesjonenes ingenmannsland med å se litt nærmere på debatten om disse to spørsmål.

b. Dokumentinnsyn og taushetsplikt

Retten til dokumentinnsyn fikk et prinsipielt gjennombrudd ved «Legejournaldommen», *Rt. 1977 s. 1035*, hvor Høyesterett fant at «det må følge av alminnelige rettsgrunnsetninger» at en pasient som utgangspunkt og hovedregel har krav på å gjøre seg kjent med den sykejournal som angår ham selv. Senere er dette prinsippet blitt kodifisert i *Legel. og Tannlegel.*, begges § 46, og det er nærliggende å legge til grunn at det samme må gjelde for andre sammenlignbare optegnelser i helse- og sosialvesenet ellers. For utpregete sykejournaler, f. eks. hos en psykolog som driver terapi og behandling, er

⁵⁴ Gjengitt fra *Ot.prp. nr. 38, 1964–65*, s. 8.

dette tålelig opplagt,⁵⁵ og Helsedirektoratet har uttalt at tilsvarende prinsipp bør gjelde for journaler ved familierådgivningskontorene.⁵⁶

Det er vel også vanskelig å tenke seg at resultatet skulle bli et annet for sosialvesenets journaler.⁵⁷ Dette standpunktet er vel nærmest forutsatt i en kjennelse av Trygderetten fra 1980⁵⁸ hvor en slik innsynsrett ble fastslått fra «sosialrapporter», dvs. en samlet fremstilling av en klients situasjon pr. et visst tidspunkt.

Prinsippet om en generell rett til innsyn i egne journaler betyr for det første at man i denne sammenheng setter strek over det generelle unntak som er gjort i Forvaltningslovens regler om partsøffentlighet, for «dokument som et forvaltningsorgan har utarbeidd for sin interne saksforberedelse».⁵⁹ Like viktig er imidlertid at det også innebærer en rett til dokumentinnsyn løsrevet fra spørsmålet om hvorvidt det aktuelle dokument er en del av grunnlaget for en avgjørelse som man vil anse som et «enkeltvedtak» i Forvaltningslovens forstand.

Ubegrenset er imidlertid denne innsynsretten ikke. Allerede i sykejournaldommen ble det presisert at retten til journalinnsyn

«må ... undergis visse begrensninger av liknende art som det som gjelder for partsøffentlighet etter forvaltningslovens § 19.»⁶⁰

Og i Legeloven § 46 kommer det samme synspunkt til uttrykk i den begrensning at retten til journalinnsyn ikke gjelder hvis

«legen av hensyn til hans helse eller hans forhold til person som står ham nær, finner det utilrådelig at han får kjennskap til den eller deler av den».

Det angitte vurderingstema er temmelig vagt; det er åpenbart rom for tvil mht. hvor grensen skal trekkes. To forhold medfører imidlertid at pasientens rettssikkerhet ikke behøver bli skadelidende i særlig grad av den grunn:

55 Jfr. Eckhoff, Forvaltningsrett, s. 462.

56 I brev 30/5.1978 fra Helsedirektøren til Stadsfysikus i Oslo, se Molven, Forvaltningsrett, s. 142.

57 Jfr. drøftelsen av Molven l.c. s. 141–45. Molven synes å mene at dette resultat må følge også av bestemmelsen i Personregisterloven (1. nr. 48, 1978) § 7, om rett til registerinnsyn. For manuelle registre vil det imidlertid her være spørsmål om ikke unntaket i 2. ledd, 2. pktm., for interne dokumenter, isolert sett ville komme til anvendelse.

58 Ankesak 488/75, omtalt av Molven l.c. s. 144.

59 Fvl. § 18, 2. ledd, 1. pktm.

60 Rt. 1977 s. 1044.

Det første er pasientens klagerett etter Legel. § 46 over avslag på krav om journalinnsyn. En slik klage skal gå til Sosialdepartementet, som man vel må kunne tro vil innta et rimelig avbalansert syn på en eventuell konflikt mellom lege og pasient. Det er også et poeng i denne forbindelse at når pasienten først benytter eller sier han vil benytte en slik klagerett, vil vedkommende lege ofte komme til at det minst skadelige for pasienten nå, er at han får vite alt.

Enda viktigere er det forhold at så lenge det bare er spørsmål om unntak fra partsoffentlighet eller journalinnsyn i medhold av unntakshjemlene i Legelovens eller Tannlegelovens § 46, evt. Forvaltningsloven § 19 – direkte eller pr. analogi, vil klientens rettsikkerhet her meget langt på vei være tilfredsstillende ivaretatt ved hans rett til å kreve at opplysningene gjøres kjent for en representant han utpeker. Bruker han en lege eller advokat som representant, vil det normalt ikke være mulig å avslå en slik begjæring.

Vesentlig mer vidtrekkende konsekvenser vil det derimot ha om man kommer til at pasientens eller klientens innsynsrett må vike for taushetsplikt til vern av andre interesser. Denne problemstillingen har kommet på spissen i forhold til såkalte «komparentopplysninger», opplysninger gitt av ektefelle, slekt, venner, naboer eller kolleger om pasienten og klienten eller om deres eget forhold til denne.

Også slike opplysninger vil som utgangspunkt gå inn under de aktuelle taushetspliktsbestemmelser. Problemet er hvorvidt denne taushetsplikten gjelder også i forhold til pasienten eller klienten selv, evt. i forhold til hans representant.

I forhold til Forvaltningslovens regelsett må dette spørsmålet klart nok besvares benektende. Loven unntar uttrykkelig meddelelse av opplysninger til sakens parter fra taushetsplikt,⁶¹ og også i saker som ikke angår enkeltvedtak kan opplysninger gjøres kjent for «dem som de direkte gjelder».⁶²

I sin opprinnelige utforming inkluderte § 19.2.ledd «opplysning som er undergitt lovbestemt taushetsplikt» i den gruppe opplysninger som en part bare har krav på å få tilgang til når «det er av vesentlig betydning å kjenne opplysningen for å kunne ivareta sitt tarv i saken...». Dette medførte altså at taushetsplikten måtte vike for denne riktignok begrensede innsynsrett. Til gjengjeld ble det fastslått at parten og partsrepresentanten, under taushetsplikts ansvar, bare kunne benytte opplysninger «i den utstrekning det er nødvendig for at han på forsvarlig måte kan ivareta sitt eller partens tarv i saken».

Da Forvaltningsloven ble revidert i 1977 ble henvisningen i § 19.2. ledd til taushetspliktreglene sløffet, og dette betingete unntaket fra partsoffentligheten gjelder

61 § 13b, nr. 1.

62 § 13a, nr. 1.

nå opplysninger som angår en annen persons helseforhold, og andre opplysninger som «av særlige grunner ikke bør meddeles videre». Bestemmelsen om taushetsplikt for part og partsrepresentant som har fått slike informasjon, er nå inntatt i § 13b, siste ledd.

Slik lovens system er, er det forutsetningen at man langt på vei skal kunne ivareta både rettssikkerhetshensyn og diskresjonshensyn ved å kombinere bestemmelsene om rett til å bli kjent med vesentlige opplysninger med regelen om forvaltningsorganets rett til å kreve at opplysningene skal meddeles en representant for parten i stedet for ham selv – av hensyn til partens helse eller hans forhold til personer som står ham nær. Et problem er at partsrepresentanten ikke vil ha noen taushetsplikt i forhold til parten selv. En regel om en absolutt taushetsplikt her ville imidlertid lett kunne føre til en uakseptabel situasjon for representanten, som i et gitt tilfelle kan finne at han er nødt til å konfrontere parten med noen av, eller alle, de gitte informasjon, for å kunne ivareta hans tarv. Og det er, slik loven er utformet, bare hensynet til parten selv eller hans forhold til sine nærmeste som skal kunne motivere tilbakeholdelse av informasjon overfor parten. Lovgivers valg i en slik konfliktsituasjon er mao. klart nok hensynet til kontradiksjon og rettssikkerhet. Det forvaltningsorganet kan gjøre, er å prøve å sikre seg at den utpekte representant er en person med ansvarsfølelse og skjønnsomhet.

Det forhold at slike opplysninger kan være nedtegnet i interne dokumenter, som journaler og sosialrapporter, er i denne forbindelse av underordnet betydning. Parten har i alle fall som hovedregel krav på alle faktiske opplysninger og sammendrag og bearbeidelse av slike.⁶³

Dette betyr at i alle saker hvor Forvaltningslovens regler om dokumentinnsyn ved enkeltvedtak kommer til anvendelse, vil disse slå igjennom i forhold til taushetsplikten, så langt de rekker, i konflikt med taushetsplikt overfor andre personer som opptrer som informasjonskilder i saken.

Hva så med retten til journalinnsyn i saker som ikke går inn under reglene om enkeltvedtak?

Her har legeprofesjonen, med støtte fra Sosialdepartementet og Regjeringsadvokaten hevdet at det må være en prinsipiell grense for partsoffentligheten ved informasjon som er underlagt taushetsplikt av hensyn til andre personers interesser. Det er klart at dette er et standpunkt som det er mange gode argumenter for.

Unntaket i journalinnsynsretten for opplysninger som det anses utilrådelig at parten får av hensyn til sin egen helse eller personer som står ham nær, vil

63 Fvl. § 18,3.ledd.

bare fange opp en del av disse situasjonene. Informanten kan være en nabo, arbeidskamerat eller andre som ikke står vedkommende nær, men som vil kunne oppleve det som konfliktfylt og vanskelig om pasienten blir kjent med de opplysninger som de har gitt eller at det er han som har gitt dem. Disse informanter vil kunne falle helt utenfor rammen av denne særlige regelen.

Og selv hvor forvaltningen kan forlange at pasienten benytter en representant som mellommann, vil vernet av informanten være et problem. Selv om det ikke sies eksplisitt i Legeloven, må tanken klart nok være at representanten heller ikke skal ha taushetsplikt i forhold til pasienten selv, selv ikke om opplysninger som angår andre. Begrensninger i pasientens egen rett til innsyn er også her klart utformet med sikte på å ivareta *hans* interesse, ikke å beskytte eventuelle informanter.

Går vi tilbake til «Sykejournal-dommen», ser det imidlertid ikke ut som om Høyesterett tenkte seg at disse hensyn skulle gis noen ubetinget gjennomslagskraft i forhold til pasientens krav på journalinnsyn. Det vises her utelukkende til unntakene i Fvl. § 19 som begrensning i denne innsynsretten, og det forhold at opplysningen er undergitt taushetsplikt, trekkes bare inn i bildet i tilknytning til den begrensning *denne* bestemmelse setter for innsynsretten, at *normalt* kan pasienten ikke kreve opplyst noe som vil krenke taushetsplikt overfor tredjemand. Taushetsplikten er mao. ikke i seg selv et absolutt hinder.

Også utformingen av Legelovens bestemmelse om opphevelse av taushetsplikt ved samtykke kan synes å peke i samme retning. Her heter det at taushetsplikt faller bort i den utstrekning «den som har krav på taushet, *eller* som opplysningene angår»⁶⁴ samtykker i at de gis til andre. Går vi til lovens forarbeider, ser det imidlertid ikke ut som om dette var meningen.^{64a}

Et slikt samtykke medfører, så langt det rekkes, at taushetsplikten bortfaller som selvstendig skranke for utlevering av journalen, og at vi bare har unntaket fra journalinnsynsretten i § 46 selv å holde oss til som hjemmel for å avslå en utleveringsbegjæring. Det kritiske spørsmål er da *hvem* som kan gi et samtykke med denne rettsvirkning, er det kilden eller pasienten, eller begge? Her synes det nærliggende å oppfatte det lille ordet «*eller*» som et uttrykk for at når en person gir opplysninger som angår en annen til en lege, har han ikke lenger eksklusiv rådighet over disse. Pasienten kan samtykke i at taushetsplikten

64 § 32, 1. ledd (min utheving).

64a Se særlig Ot.prp. nr. 1, 1979-80, s. 129, hvor det bl.a. gis uttrykk for at «om en lege skulle ha anført noe om en annen persons helse, eller betrøelser som er ukjente for pasienten, bør ikke den omstendighet at de står i journalen gi pasienten noen rett til å bli kjent med disse ting han ellers ikke ville hatt.»

bortfaller for så vidt angår disse informasjonene, og han kan da også gjøre det mindre, kreve at han selv eller en representant blir gjort kjent med dem. Den eneste begrensning i denne retten skulle etter dette være den betingelse at de aktuelle opplysningene er av en slik karakter at man må si at pasienten er «den opplysningene angår». Men er de først inntatt i pasientens journal, er det vel vanskelig å hevde at de ikke angår ham.

Som nevnt, kan det imidlertid formuleres gode argumenter også for det motsatte standpunkt. Ett synspunkt kan være at i den utstrekning opplysningene også angår informanten, må begge samtykke for at lovens krav her skal være oppfylt, med den konsekvens at taushetsplikten gjelder også i forhold til pasienten så lenge informanten ikke har gitt slikt samtykke. Dette vil imidlertid skape betydelige problemer når man skal trekke grensen mellom opplysninger som bare – eller primært, eller overveiende – angår pasienten, og opplysninger som er av en slik karakter at man vil si at de også – eller primært, eller i tilstrekkelig grad – angår informanten. I tillegg kommer så den konsekvens at man vil få en ulik løsning på dette problemet avhengig av hvorvidt man har å gjøre med en situasjon hvor enkeltvedtak er inne i bildet – slik at Forvaltningslovens regler slår igjennom, eller et ordinært pasientforhold – slik at det er Loveloven som regulerer forholdet. Forskjellen lar seg avgjort forsvare, men vil kunne skape uklarhet og praktiske vansker i en del tilfeller. Enda vanskeligere blir dette om man vil prøve å trekke en tilsvarende grense i relasjon til andre saksområder hvor det kan være spørsmål om journalinnsyn. Skal vi si at alle slike journaler er saker om enkeltvedtak, eller skal vi prøve å trekke en grense basert på hvorvidt det har vært spørsmål om økonomisk bistand eller tvangsinngrep, eller bare om veiledning, frivillig innleggelse eller annen «servicevirksomhet»?

Mens dette skrives, venter vi alle på Høyesteretts dom i den såkalte Juklerud-saken, som angår spørsmålet om en psykiatrisk pasient har krav på å få se de deler av sin egen sykejournal som inneholder informasjon gitt av hans tidligere kone. Forhåpentligvis vil denne bidra til å avklare de prinsipielt viktige rettsikkerhetsmessige avveingsspørsmål vi her står overfor.

c. Klagerett og normdannelse ved fordeling av knappe ressurser

Spørsmålet om klagemuligheter har jeg redegjort ganske grundig for foran. I forbindelse med omtalen av den nye Primærhelsetjenesteloven, kom vi imidlertid inn på en problemstilling som det kan være grunn til å vende tilbake til avslutningsvis; innholdet av de normer som i tilfelle skal danne grunnlag for en vurdering og overprøving av avgjørelser om behandling og omsorg.

Her får vi til dels høre at de avgjørelser det er tale om, er så vanskelige, så

konkrete og krever så stor ekspertise at de innen vide rammer unndrar seg tradisjonell overprøving og kontroll. Dette er imidlertid et argument av begrenset gjennomslagskraft. Slike problemer er ikke spesielle for helseforvaltningen, og de har ikke representert noen avgjørende hindring for innføring av formelle rettsikkerhetsgarantier, herunder klagerett, på andre felter. Poenget er vel snarere, som Ørnulf Rasmussen⁶⁵ påviser, at vi her befinner oss på et felt hvor man av forskjellige grunner har funnet det opportunt å akseptere at det Rasmussen kaller «troen på Den Gode Hensikt», trer i stedet for og gis anledning til å tilsøre at vi her står overfor sentrale og vanskelige spørsmål om fordelingsrettferdighet.

Det er sterke pragmatiske grunner som taler for en slik tåkelegging her, eller om man vil, for at man skal la sovende hunder ligge. Det er ingen grunn til å misunne leger og annet helsepersonell som sitter og skal avgjøre hvem som skal få hjertekirurgi, hvem som skal få tilbud om langvarig psykoterapi, hvem som skal få plass på sykehus m.m., i en situasjon hvor ressursene er åpenbart utilstrekkelige. Og det vil utvilsomt kunne oppleves som en betydelig psykologisk merbelastning om de i tillegg skulle være nødt å gi fullstendige begrunnelser for sitt standpunkt og oppleve at dette og begrunnelsen for det blir overprøvet av en overordnet instans. Det er også all grunn til å spørre om vi alle – samfunnet og den enkelte – er modne for å ta en slik åpen debatt om prioriteringss spørsmål som uvegerlig vil følge i kjølvannet på en slik «judisialisering» av beslutningsprosessen, spørsmål som hvilken plass eldre skal ha i behandlingsskøen sammenlignet med yngre, og hvor langt man skal gå i retning av å prioritere kostbare livsreddende behandlingsmetoder på bekostning av annen og rimeligere behandling og omsorg som er av avgjørende betydning for menneskers mulighet til å opprettholde en rimelig livskvalitet.

Listen over slike vanskelige spørsmål er lang, og mange vil si at vi er best tjent med ikke å stille dem, i alle fall ikke i en rettslig eller byråkratisk sammenheng. Men ved å resignere her flykter vi i realiteten fra ansvaret for en meget vesentlig del av vår egen og våre medmenneskers velferd.

Kanskje denne diskusjonen mer enn noe er egnet til å gi oss et innblikk i kjernen i rettsikkerhetsproblemet i helse- og sosialomsorgen.

Den grunnleggende verdi som bærer kravet om rettsikkerhetsgarantier i helse- og sosialforvaltningen er, slik jeg ser det, vilje til åpenhet – til å ta sine egne vurderinger og verdimeslige premisser opp til diskusjon. Denne åpenhet har én side mot pasienten eller klienten selv – den krever at helse- og sosialarbeideren møter ham som en partner, ikke som en gjenstand. Det er

65 «Pasientrettigheter fra en juridisk synsvinkel – fordelingsrettferdighet», i Forbrukerrådet (utg.) «Pasientrettigheter» (konferansereferat) s. 28 flg.

dette som kommer til uttrykk i Legelovens § 25, hvor det heter at «Såvidt mulig skal legen la pasienten selv medvirke ved behandlingen», og i samme lovs bestemmelser om informasjonsplikt⁶⁶ og journalinnsyn. Idealet er at beslutninger som angår pasienten eller klienten, i stort og smått, skal så langt mulig, eller så langt han ønsker det, treffes i *dialog* med den de angår.

Åpenhetens andre ansikt er viljen til å la sine egne avgjørelser, og premisse- ne for disse, bli underkastet overprøving av andre. Her er det da spørsmålet om klagerett og omfanget av en eventuell overprøving kommer i fokus. For den gruppe personer som blir gjenstand for slik overprøving, vil den lett oppleves som ubehagelig, særlig i starten. Men samtidig er det et vesentlig poeng at ved sin virksomhet vil slike klageinstanser kunne bidra til å avklare og formulere vurderingsnormene for de aktuelle avgjørelser, og således gjøre dem enklere å treffe på lengre sikt.

Klageordninger har også den virkning at de kan være egnet til å flytte deler av ansvaret for vanskelige avgjørelser høyere opp i det politisk/administrative hierarki, og dermed også nærmere de instanser som har muligheter for å påvirke de ytre og generelle premisser for disse, i første rekke ved organisasjonsmessige endringer og ved å tilføre eller omfordele ressurser. I en tilstrammingstid vil en «myk» og ressurskrevende sektor som helse- og sosialvesenet ha alt å vinne og lite å tape på en slik økt nærhet til maktens sentra.

Rettsikkerhet i helse- og sosialsektoren er mao. mye mer enn et spørsmål om å sikre kvaliteten av det tilbud som gis borgerne på dette område. Det er heller ikke bare, som enkelte synes å tro, et spørsmål om hegemoni profesjoner eller beslutningsmodeller imellom. Den angår minst like mye, og vel egentlig først og fremst, grunnleggende ideologiske og dermed politiske premisser for utbygging og drift av samfunnets tilbud på dette livsområde.

Rettsikkerhetsdiskusjonen er en diskusjon om fordeling av ressurser, ikke bare pasienter og klienter imellom, men også mellom samfunnets ulike sektorer. I denne diskusjonen tror jeg helse- og sosialsektorens profesjoner gjør vel i å se juristene som forbundsfeller, ikke som motstandere eller inntrengere. Og juristene selv bør ruste seg til et stadig økende engasjement på dette feltet, både de lege lata og rettspolitisk. Helse- og sosialsektoren er et område hvor juridisk analyse og argumentasjon ennå har mye ugjort. Den er også et felt hvor jurister som lar seg engasjere – som politikere, som debattanter eller som praktikere – kan gjøre dette i bevisstheten om å ta del i en viktig flytting av merkepelel for vernet av enkeltmenneskets rettslige og sosiale sikkerhet i den moderne velferdsstat.

⁶⁶ § 25, 3. ledd.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Ingebjørg Roll-Matthiesen

Offerets stilling i straffeprosessen

Innhold

	Side
I	Utviklingslinjer 189
II	Begrepet offer og fornærmede (målsågende) 192
III	Gjeldende rett 193
	1. Norge 193
	2. Danmark 196
	3. Island 197
	4. Sverige 197
	5. Finland 197
IV	Vurderinger 198
	1. Informasjon om sakens gang 198
	2. Private straffesaker 199
	3. Klageadgang 200
	4. Dokumentinnsyn 202
	5. Borgerlige rettskrav 202
	6. Innkreving av erstatning 203
	7. Statlig erstatning 205
	8. Bistand i voldssaker 206
	9. Konfliktråd 208
V	Sluttbemerkninger 209
	Litteratur 209
	Forkortelser 210

Offerets stilling i straffeprosessen

Av advokat INGEBJØRG ROLL-MATTHIESEN, Norge

I. Utviklingslinjer

I tidligere tider med privat rettshåndhevelse hadde offeret selv hånd om sin stilling i straffeprosessen. I vår tid har samfunnet ansvar for strafferettspleien, og offeret er etter norsk rett ingen part i straffesaken. Men det er likefullt erkjent at offerets interesser tilsier at visse rettsvirkninger knyttes til stillingen som offer ved lovbrudd, og frem til våre dager har de norske reglene om dette stått i straffeprosessloven av 1. juli 1887 nr. 5. De rettigheter og plikter som gjelder er i hovedsak retten til å kreve påtale og fremme såkalte borgerlige rettskrav, dernest plikten til å vitne under straffesaken. Straffeprosessloven avløses av en ny lov av 22. mai 1981 nr. 25. Loven som helhet, ventes å tre i kraft i 1985.

Kriminalpolitisk debatt og litteratur har ikke viet offeret og dets stilling nevneverdig oppmerksomhet, og begrepet offer har ikke vært nyttet innen straffeprosessen. Frem til de siste år har nær all oppmerksomhet vært konsentrert om lovovertrедeren og hans stilling i videste forstand. Holdningen og interessen har vært «lovbryterorientert», og lite av tanker, tid og arbeid har blitt offeret til del. Offeret har langt på vei vært glemt, på tross av at det også er en hovedperson i saken.

I den senere tid er det skjedd en endring i holdningen til offeret og dets situasjon. Interessen knytter seg fortsatt i første rekke til lovovertrедeren, men offeret er gradvis blitt viet større oppmerksomhet. Lenge var oppmerksomheten begrenset til offerets erstatningskrav, og det var derfor naturlig at det var spørsmål i den forbindelse man i første rekke var opptatt av. Straffeprosesslovkomitéen, som fremla sin innstilling i 1969¹, fulgte opp problemene og foreslo flere endringer til bedring av offerets situasjon. Forslagene ble videreført under det senere lovarbeid i noe endret form og omfang.

Interessen for offerets erstatningsrettslige stilling har i det vesentlige vært rettet mot de som ble skadet ved voldsforbrytelser. Erkjennelsen av samfunnets særlige ansvar i slike saker har resultert i bestemmelser om erstatning fra det offentlige til offeret for vold.

¹ Innst. 1969

Tanken om plikt for staten til å betale erstatning til voldsofre kom opp allerede ved århundreskiftet. Den vant imidlertid først frem da den engelske jurist Margery Frey satte i gang en debatt om spørsmålet i begynnelsen av 1950-årene. New Zealand regnes som foregangslandet da det allerede i 1963 som første land, fikk lovfestet ordningen. Senere har mange andre land fulgt etter.

I de aller siste år har oppmerksomheten om offerets stilling fått et videre perspektiv enn det rent erstatningsrettslige. I Norge kom det til uttrykk bl.a. i regjeringens kriminalmelding, som ble avgitt i mai 1978.² I meldingen er begrepet offer tatt i bruk, og den påpeker ønskeligheten av at det tas hensyn til offerets faktiske situasjon:

«I debatten om offerets stilling har en fram til i dag for en stor del vært opptatt av de direkte skadevirkningene, som f. eks. tap av gjenstander ved vinningskriminalitet og personskade ved voldsforbrytelser. Følgene av lovbrudd for den som blir utsatt for kriminalitet rekker likevel ofte langt utover slike direkte skadevirkninger.....» (s. 14).

«Også under den videre rettergang bør det overveies om ikke offeret for den straffbare handling bør få en sterkere stilling. Skadelidtes krav kommer i dag litt i skyggen av påtalemyndighetens primære oppgave – nemlig å fremme straffekravet. Det er i denne forbindelse ikke bare spørsmål om å fremme skadelidtes økonomiske interesser. Offeret kan også ha behov for å beskytte sin personlige integritet, f. eks. i forbindelse med sedlighetssaker....» (s. 123, jfr. også s. 171).

Mot denne bakgrunn er det noe forbausende at disse betraktninger om behovet for å ta hensyn til offerets faktiske situasjon ved lovovertridelser, ikke har satt særlige spor under arbeidet med den nye straffeprosessloven. Og det er enda mer forbausende i og med at det var samme regjering og departement som la frem kriminalmeldingen og utarbeidet proposisjonen³ til loven, og fordi meldingen ble avgitt kort tid før proposisjonen.

I kriminalmeldingen tok regjeringen opp spørsmålet om en total revisjon av straffelovgivningen, og med dette for øyet ble en ny straffelovkommisjon oppnevnt i 1980. Kommisjonens primære oppgave gjelder straffelovgivningen. Den har likevel sett som nødvendig å ta opp enkelte prosessuelle spørsmål, bl.a. de som har betydning for offeret og dets stilling. Kommisjonens første delutredning kom i februar 1984,⁴ og offerets stilling ved lovbrudd er vurdert i flere forbindelser, både rettslige som faktiske:

2 St.meld. nr. 104 (1977–78)

3 Ot.prp. nr. 35 (1978–79)

4 NOU 1983:57

«Straffelovkommissjonen legger stor vekt på at stillingen til dem som er blitt offer for straffbare handlinger, blir styrket både rettslig og på andre måter..... Det må være en samfunnsoppgave å hjelpe offeret, uansett hvordan man reagerer mot lovbryteren i det enkelte tilfelle. Blant annet er det viktig å ha offentlige erstatningsordninger, tilbud om gratis advokat hjelp og ulike praktiske hjelpetiltak, f. eks. krisesentre for mishandlede kvinner og barn». (s. 80 ff).

Situasjonen i Norge i dag kan oppsummeres dithen at disse nye tanker om behovet for utvidet vern for offeret og bedring av dets stilling kommer til uttrykk samtidig som en ny straffeprosesslov skal tre i kraft. Loven er imidlertid utarbeidet og vedtatt uten at disse tanker har øvet innflytelse på reglene vedrørende offerets stilling ved lovbrudd. Det bør likevel nevnes at det i 1981 ble gitt regler om at offeret i voldtektssaker har rett til advokatbistand.⁵ Fra en tid hvor offerets stilling var nær uten interesse, har oppmerksomheten økt. Man erkjente først behovet for større erstatningsrettslige vern, og i den siste tid er søkelyset rettet mot offerets faktiske situasjon. Interessen var først i særlig grad knyttet til voldsofferets situasjon, og da i særdeleshet overfor kvinnelige voldsofre og barn. Nå gjelder de nye holdninger offeret i sin alminnelighet.

Det ligger nær å spørre etter årsakene til denne endrede holdning. Det vil føre for langt å ta opp dette spørsmålet. Men noen momenter bør likevel nevnes. Kriminaliteten har vært stigende gjennom flere tiår, og dette gjelder i særlig grad voldskriminaliteten. De som utsettes for vold fremtrer som typiske og klare ofre, og skadevirkningene er gjerne større og farligere enn ved andre typer lovbrudd. Fremveksten av kvinnebevegelsen og etableringen av krisesentra for voldtatte og mishandlede kvinner har gjort oss kjent med nye typer ofre; ofre som har vært om ikke ukjente, så i alle fall ikke offisielle. Nevnes må også økt kjennskap til tilfelle av barnemishandling.

Det er erkjent at for voldsofre er økonomisk kompensasjon alene ikke nok til å dekke deres behov. De har et berettiget krav på vern og bistand utover dette. Større hensyn til offerets rettslige og faktiske stilling i sin alminnelighet er også nødvendig og rettferdig som begrunnelse for videreføring av en human og «mild» kriminalpolitikk.

Denne fremstillingen tar sikte på å gi en redegjørelse og vurdering av de regler som har tilknytning til offerets stilling. Uttrykket «offerets stilling» tolkes vidt, og fremstillingen omfatter offerets såvel rettslige som faktiske situasjon. Men med den ramme som er gitt, er det ikke gjørlig å få med alle de momenter som det kunne vært ønskelig å trekke inn. Dessuten angir uttrykket

5 Ot. prp. 63 (1980–81, jfr. Innst. O.nr. 72 (1980–81))

«innen straffeprosessen» en begrensning, uten at det er grunn til å trekke for snevre grenser. Avgrensningen må skje mot regler som hører hjemme innen straffelovgivningens område. Forholdet offer/lovovertræder som kan ha betydning for om en overtrædelse er straffbar og for straffens størrelse, holdes dermed utenfor. Grensene vil ikke bestandig være like enkle å trekke.

II. Begrepet offer og fornærmede (målsägande)

Ovenfor er begrepet offerets «faktiske» stilling benyttet. Dette har bakgrunn i at nye tanker og regler er begrunnet med at det er behov for særordninger for noen typer ofre ut fra den konkrete situasjon disse er i. Offerets faktiske eller konkrete stilling vil være avhengig av hvilke rettsregler som gjelder. De aktuelle regler er i hovedsak knyttet til «fornærmede». Det er derfor nødvendig å se nærmere på dette begrepet, og undersøke om det faller sammen med det man naturlig forbinder med et offer.

Loven har ingen definisjon av hvem som er fornærmet⁶ ved lovbrudd. Begrepet er utformet i teori og praksis. Hvem som er å anse som fornærmet, avgjøres ut fra en konkret fortolkning av det enkelte straffebud. Gjelder straffebudet beskyttelse av private interesser, vil den som innehar denne interesse – «det krenkede rettsgode», anses som fornærmet. Men hvis lovbestemmelsen er gitt til vern for offentlige interesser, f. eks. vegtrafikklovens § 31, medfører ikke overtrædelse at noen privatperson gis denne stilling.

Mange av straffelovens bestemmelser og særlig spesiallovgivningens, er gitt til vern for offentlige interesser. De som blir krenket ved overtrædelse av disse regler, er derfor ikke å anse som fornærmet. Men de kan like fullt være et offer. Ingen vil protestere mot å benevne den som skades ved overtrædelse av vegtrafikklovens straffebestemmelser som et offer; poenget er at skaden eller krenkelsen er påført ham ved en straffbar handling. Hvilken interesse straffebudet er gitt til beskyttelse for, er i denne forbindelse irrelevant. De som påføres tap, skade eller krenkelse av en viss betydning må karakteriseres som et offer.

Det følger av dette at offerbegrepet er mer omfattende enn begrepet fornærmede, og det omfatter langt flere enn disse. Det er f. eks. naturlig å betegne som offer den som påføres et tap ved at forsørgeren blir skadet/drept ved en straffbar handling. Ved enkelte lovbrudd kan det tenkes at mange kan karakteriseres som ofre, selv om ingen er fornærmet. Som eksempel kan

⁶ Andenæs s. 79 ff. og Hov s. 15 ff.

nevnes overtredelse av forurensningslovgivningens straffebestemmelser. Det vil være å gå for langt å gi alle som berøres av et lovbrudd denne betegnelse. Hvor langt en skal gå, er vanskelig å si. En viss tilknytning til den straffbare handling må forutsettes å være tilstede for at betegnelsen kan nyttes. Men alle som anses som fornærmet ved et lovbrudd, vil være et offer.

Offerets faktiske stilling vil variere alt etter hvem som er offer, om det er et barn eller en voksen, kjent med eller i familie med lovovertræderen eller et enkeltindivid eller en juridisk person. Offerets faktiske situasjon vil også være avhengig av hvilken type lovbrudd det er tale om.

Det må innskynes at rammen for denne fremstilling tilsier at omtalen i hovedsak må angå det vanlige offer, en enkeltperson og hvor offeret normalt også er fornærmet. Det er ikke mulig å ta opp alle forhold tilknyttet offerets faktiske situasjon.

III. Gjeldende rett

1. Norge

De rettigheter og plikter som i straffeprosessen har betydning for offerets stilling, er i hovedsak knyttet til begrepet «fornærmede». Det er derfor naturlig i dette avsnitt å benytte lovens uttrykk. Loven knytter også enkelte rettsvirkninger til begrepet «skadelidt». Jeg har sett som naturlig å referere til bestemmelsene i straffeprosessloven av 1981.

a. Hovedregelen er at en lovovertrædelse påtales av det offentlige – såkalt ubetinget offentlige påtale – hvoretter saken fremmes av påtalemyndighetene uten hensyn til fornærmedes ønske, strl. § 77.

Hvor påtale er betinget av fornærmedes begjæring, inneles sakene i to grupper; de saker hvor påtale er betinget av at almene hensyn tilsier påtale og at påtale begjæres av fornærmede, se f. eks. strl. § 251 om ærekrenkelse, og de saker hvor påtale enten er betinget av almene hensyn eller av fornærmedes begjæring, se f. eks. strl. § 264 om underslag. Dersom påtalemyndigheten ikke finner å påtale en overtredelse, kan fornærmede reise subsidiær privat straffesak. I tillegg er det prosessuelle regler om utelukkende privat påtale, jfr. strpl. kap. 28. Ved private straffesaker er fornærmede part.

Påtaleretten tilligger bare fornærmede. Hvor fornærmede er under 16 år, har barnets foreldre/verge denne rett. Dersom påtale er betinget av fornærmedes begjæring og den trekkes tilbake, må påtalemyndigheten innstille saken. Påtalebegjæringen kan som hovedregel trekkes tilbake inntil tiltale er reist,

strl. § 82. Hvor påtalemyndigheten innstiller eller frafaller en sak, skal fornærmede som klager, ha melding om dette, strpl. § 86.

b. Forvaltningslovens bestemmelser om klage over forvaltningsvedtak gjelder ikke i straffesaker, jfr. lov av 10. februar 1967 § 4b, og straffeprosessloven har ingen bestemmelser om klagerett. Ifølge praksis har en krets ut over de som er fornærmet, rett til å påklage en underordnet påtalemyndighets avgjørelse inn for høyere myndighet. Klageadgangen gjelder imidlertid ikke de tilfelle hvor påtalemyndigheten har avgjort en sak med påtaleunntatelse, strpl. §§ 69 og 70. I disse saker er skyldspørsmålet avgjort, og påtaleunntatelse treer i stedet for dom.

c. På visse vilkår har fornærmede rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, strpl. § 242.

d. I forbindelse med straffesaken kan fornærmedes og skadelidtes borgerlige rettskrav fremmes, strpl. § 3, jfr. kap. 29. Forutsetningen for dette, er at de utspringer fra den straffbare handling. Både fornærmede og andre skadelidte kan fremme slike krav, men detaljreglene er noe forskjellige avhengig av om kravet er reist av fornærmede eller andre skadelidte. Krav kan også rettes mot siktedes foreldre og mot hans forsikringsselskap.

Påtalemyndigheten og retten har plikt til å bringe på det rene om fornærmede vil gjøre gjeldende et borgerlige rettskrav, strpl. §§ 236 og 426.

Dersom et borgerlig krav blir gjort gjeldende, plikter påtalemyndigheten å fremme krav fra den som er umiddelbart skadelidt. Dette gjelder ikke hvis kravet er åpenbart ugrunnet, eller hvis det vil være til uforholdsmessig ulempe for behandlingen, strpl. § 427. Ved krav fra de som ikke anses umiddelbart skadelidt, har påtalemyndigheten større adgang til å nekte kravet fremmet.

Dersom påtalemyndigheten har fremmet et borgerlig rettskrav, plikter retten å ta stilling til det, og eventuelt avsi dom for den del av kravet som finnes godtgjort. I forhørsrettssaker er pådømmelse av kravet ikke avhengig av siktedes samtykke, strpl. § 432. Retten kan imidlertid utsette behandlingen av borgerlige rettskrav til etter avgjørelse av straffesaken, strpl. § 431. Hvor skadelidte selv har fremmet sitt krav, står retten friere i å unnlate pådømmelse i forbindelse med straffesaken.

e. Ved lovendring av 12. juni 1981 fikk fornærmede ved lovbrudd etter strl. §§ 192–194 (voldtekt) rett til å la seg bistå av advokat. (Jfr. gml. strpl. §§ 113–115, bestemmelsene er ennå ikke innarbeidet i den nye straffeprosessloven). Advokaten oppnevnes av retten, og som hovedregel skal den advokat fornærmede ønsker, bli oppnevnt. Advokatens salær dekkes av det offentlige uten hensyn til fornærmedes inntekts- og formuesforhold.

Advokatens oppgave er å ivareta fornærmedes interesser under etterforsk-

ningen og hovedforhandlingen, og å gi den krenkede den hjelp og støtte som ellers er naturlig og rimelig. Advokaten har rett til å være til stede ved alle avhør av fornærmede og har rett til å stille spørsmål til denne, men ikke til tiltalte eller vitner. Advokaten kan protestere mot at utilstedelige spørsmål rettes til fornærmede, og han har uttalerett om prosessuelle spørsmål som angår fornærmede, f. eks. om lukkede dører og utestenging av tiltalte. Han kan uttale seg om fornærmedes borgerlige rettskrav.

Ved Justisdepartementets rundskriv av 29. april 1983 ble ordningen med gratis advokatbistand utvidet til å omfatte de såkalte «kvinnemishandlingssaker», d.v.s. fysisk mishandling, tvang, trusler (straffelovens kap. 21, 22 og 25) fra den en kvinne er gift med, eller lever sammen med i samlivsforhold. Ordningen gjelder også for prostituerte som utsettes for mishandling m.v. fra kunder og halliker. Det er presisert at tilbudet om bistand ikke skal gjelde ved andre straffbare handlinger mot kvinner. Ordningen hjemles i rettshjelpsloven av 13. juni 1980 nr. 33 § 6. Kvinnen kan få bistand under etterforskningen, men hun har ikke krav på gratis advokatbistand under hovedforhandlingen.

f. Ved kgl. res. av 11. mars 1976,⁷ ble det gitt forskrifter om erstatning fra staten til voldsofre. Fylkesmannen avgjør i første instans erstatningskravet, og en egen erstatningsnemnd er klageinstans. Erstatningsordningen bygger på billighet, men slik at avgjørelsen i utgangspunkt følger de vanlige erstatningsregler.

Hovedregelen er at bare økonomiske tap dekkes, og tapet må være følge av en personskade voldt ved en straffbar handling. I tillegg erstattes rene tingtap i forbindelse med skaden; klær, briller o.l. Hvis personskaden medfører død, kan den/de som ble forsørget, få erstatning. Når særlige grunner foreligger, kan også ikke-økonomisk skade erstattes. Høyeste erstatning er kr. 100.000 for hvert skadetilfelle. Gjerningsmannen trenger ikke være kjent, men lovbruddet må som utgangspunkt være anmeldt.

g. Hvor fornærmede må møte som vitne, gjelder bestemmelsene i strpl. kap. 10, jfr. § 234. Her nevnes bare enkelte regler, bl.a. at det iflg. strpl. § 134 er begrensninger i hva fornærmede som vitne kan spørres om, og at barn under 16 år ved avhøret kan få rett til å ha foreldre/foresatte til stede. Hvor fornærmede er under 14 år og det gjelder sedelighetssak, skal avhøret som utgangspunkt foregå utenfor rettsmøte. Dommeren kan tilkalle en «særlig skikket person» til å bistå ved avhøret, strpl. § 239. Avhøret kan tas opp på bånd og benyttes istedenfor personlig forklaring under hovedforhandling, strpl.

⁷ Jfr. St.prp. nr. 39 (1975–76), jfr. kgl.res. av 23/1-1981

§ 298. Retten kan beslutte at tiltalte/siktede skal forlate rettssalen under avhør av et vitne, strpl. § 284, jfr. § 245.

Fornærmede må i noen saker finne seg i kroppslig undersøkelse og annen granskning, strpl. § 158, samt beslag/pålegg om utlevering av gjenstander, strpl. kap. 16.

2. Danmark

De danske regler er i stor grad som de norske bestemmelser. Hvem som er «forurettet», er ikke definert i loven. Begrepet kan avgjøres ut fra hvilken sammenheng det anvendes i, men hovedregelen er at begrepet bare omfatter de personer som hører til den overtrådte straffebestemmelses «umiddelbare beskyttelsesobjekter».

Påtaleretten tilligger som alminnelig regel det offentlige, og fornærmedes påtalerett er mer begrenset enn i de øvrige nordiske land.

Dersom påtalemyndigheten ikke finner å fremme straffesaken, skal fornærmede underrettes om dette, og opplyses om at avgjørelsen kan påklages.

I forbindelse med straffesaken kan fornærmede fremme borgerlige rettskrav. Kravet tilkommer i alminnelighet bare den som er umiddelbart forurettet ved lovbruddet. I mer alvorlige saker fremmes kravet av påtalemyndigheten når det «kan ske uten væsentlig ulempe». I enklere saker gjelder som hovedregel at fornærmede selv må fremme kravet. Retten kan nekte å fremme kravet ut fra ulempebetraktninger. Hvor opplysningene om kravet anses ufullstendig, skal ikke kravet pådømmes.

Færdselsloven inneholder særskilte regler om behandling av erstatningskrav etter lovbrudd mot loven. Påtalemyndigheten har for disse saker større plikt til å fremme kravet. Bare hvor kravet angår materiell skade og er av innviklet karakter, kan retten henvise kravet til søksmåls former. Retten kan også utsette behandlingen av erstatningskravet.

De danske regler om advokatbistand i voldtektssaker tilsvarende de norske.

Ved personskade forvoldt ved en straffbar handling kan fornærmede få erstatning fra staten ut fra «billighet». Erstatning ytes også for tingsskader tapt ved personskaden og kan også gis for ikke-økonomisk skade. Hovedregelen er at lovbruddet skal være anmeldt. Erstatningskravet avgjøres av en særskilt nemnd.

Fornærmede avhøres ut fra reglene som gjelder for vitner. Ved avhør av barn under 15 år som fornærmet i sedelighetssak, skal som hovedregel en spesielt tilkalt representant fra det sosiale utvalg tilkalles.

3. Island

De islandske bestemmelser tilsvarer i store trekk de danske og norske regler.

Island har ikke bestemmelser om advokatbistand i voldtektssaker. Ordningen om statlig erstatning til ofre for vold er heller ikke gjennomført.

4. Sverige

Begrepet «målsägande» er definert i loven som «-den, mot vilken brott är begånget eller som er därav blivit förmärad eller lidit skada-». Hovedregelen er offentlig påtale, men fornærmede har anledning til å påtale et lovbrudd ved «enskid åtal». Denne rett er subsidiær i forhold til den offentlige påtale.

Fornærmede kan få stilling som part, enten alene eller ved siden av påtalemyndigheten. Ved at fornærmede anses som part, avhøres han ut fra de regler som gjelder for parter, og er dermed fritatt for det straffeansvar som er knyttet til forklaring som vitne.

Retten for fornærmede til å fremme borgerlige rettskrav er vid. Adgangen tilkommer «målsägande», som er et videre begrep enn «fornærmede» eller «forurettede». Krav som «grundas på brott» plikter påtalemyndigheten på begjæring å ta med i straffesaken «om det kan sje utan olägenhet og hans anspråk ej finns obefogat». Krav i «anledning brott» kan også fremmes i forbindelse med straffesaken. I alle tilfelle kan retten bestemme at kravet skal fremmes etter reglene for tvistemål.

Også her gjelder regler om at skadelidte kan ytes erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling. Erstatning fastsettes ut fra «billighet». Erstatning kan også gis for ikke-økonomisk skade.

Ved krav om erstatning kan «målsägande» få advokatbistand etter reglene om fri rettshjelp.

5. Finland

Som i Sverige betegnes fornærmede som «målsägande», men begrepet er ikke definert i loven. Ved fortolkningen av hvem som kommer inn under begrepet, gjelder som utgangspunkt samme «interesseteori» som i Norge.

Fornærmedes påtalerett er prinsippal. For de fleste lovbrudd gjelder offentlig påtale. Ved slike straffesaker og hvor fornærmede har krevet påtale, plikter påtalemyndigheten å ivareta det offentliges interesse; men bare hvor det er sannsynlig at mistenkte er skyldig, må påtalemyndigheten delta i prosessen. Fornærmede ansees som part, og avhør skjer ut fra de regler som da gjelder.

De som påføres personskade ved en straffbar handling kan ut fra lov få

erstatning fra staten. Kravet er et rettskrav, og avgjøres ut fra lovens bestemmelser, ikke ut fra «billighet». Erstatning beregnes ut fra vanlige erstatningsregler. Det kan gis men-erstatning.

IV. Vurderinger

1. Informasjon om sakens gang

Felles for alle ofre er opplevelsen av en krenkelse ved et lovbrudd. Det føles gjerne som tilfredsstillende at gjerningsmannen blir straffet og gjenoppretter mulig skade. Offerets ønske om hevn tillegges imidlertid ikke betydning; prinsippet er at det tilligger det offentlige å stå for strafferettspleien. Hverken etterforskningen av lovbruddet eller det at gjerningsmannen blir straffet, reparerer alene den krenkelse eller skade offeret kan oppleve. Men underretning om at noe gjøres fra det offentliges side og at lovovertræderen idømmes straff, kan dempe den krenkelse offeret utsettes for og være en form for støtte. Og jo alvorligere lovbruddet er for offeret, jo viktigere vil betydningen av slik støtte kunne være.

Det går ofte lang tid fra anmeldelse til avgjørelse av saken. Denne tiden kan sett fra offerets side være preget av uro og angst, kanskje også av økonomisk savn. Angsten for lovovertræderen, kjent eller ukjent, kan være fremtredende, alt avhengig av lovbruddets karakter. Situasjonen kan bli forverret ved tanken på den vitneplikten som gjerne følger med stillingen som offer. Offerets møte og forklaring som vitne representerer i de fleste tilfelle dets første møte med et ukjent og opphøyet rettsapparat. Ikke minst er tanken på møtet med en aggressiv forsvarer fryktet. Det er den ene og ukyndiges møte med de mange og rutinerte. Offerets problemer kan også forsterkes ved tanken på å gjense lovovertræderen; møtet i retten kan m.a.o. representere en slags gjenopplevelse av lovbruddet og krenkelsen.

Det er i dag erkjent at det er en samfunnsoppgave å hjelpe offeret. For å nå dette mål er det nødvendig også å ta hensyn til nevnte naturlige og for offeret relevante reaksjoner på lovbruddet og straffesaken. Spørsmålet blir om reglene er slik at det tas tilbørlig hensyn til ofrene og deres berettigede krav på vern. Straffeprosesslovens bestemmelser er ikke tilfredsstillende i så måte. De er hovedsakelig av prosessuell art, og loven er ikke utformet med tanke på å skåne offeret for den belastning som følger av lovbruddet og straffesaken. Offerets vanskelige situasjon har og sammenheng med at rettsapparatets arbeid foregår «over hodet» på det. Den som er krenket, får liten eller ingen informasjon om sakens gang.

Den informasjonsplikt som straffeprosessloven pålegger det offentlige, d.v.s. påtalemyndigheten, er meget begrenset og i praksis nær lik null, jfr. § 86. Ut fra min oppfatning vil allerede opplysninger om sakens gang føre til en vesentlig forbedring av offerets situasjon. Foruten å føle støtte i en vanskelig tid, vil f. eks. underretning om pågripelse av gjerningsmannen, kunne fjerne frykten for nye lovbrudd fra samme person. Underretning om domsutfallet, at saken er avgjort, vil også utvilsomt ha betydning. Selv om offeret ikke skal ha noen innflytelse på straffen, betyr domsavsigelse eventuelt avgjørelse av påtalemyndigheten, oppfyllelse av et naturlig «gjengjeldelseskrav».

Den uro som gjerne følger med plikten til å vitne i retten, er ofte ubegrunnet. Situasjonen vil utvilsomt bli bedret om offeret på forhånd får nærmere opplysninger om hva som vil skje og at det har spesielle rettigheter, som f. eks. rett til å begjære lukkede dører, at lovovertrедeren kan føres ut mens offeret forklarer seg, at det er begrensninger i hva offeret kan spørres om og at dommeren overvåker det hele. Det kan og reises spørsmål om det ikke i større grad enn hittil bør besluttes at tiltalte skal forlate rettssalen under offerets forklaring, jfr. strpl. §§ 284 og 245. Jeg tror ikke rettssikkerheten minskes av den grunn. Forsvareren ivaretar tiltaltes interesser, og hvor spørsmålet er aktuelt, bør hensynet til offeret veie tyngst. Om rettsapparatet i tillegg tar tilbørlig hensyn til offerets tid, jfr. § 113, vil situasjonen bedres.

I denne sammenheng nevnes et annet moment. Omtale av offeret og sakens faktiske forhold i dommen kan fra tid til annen være unødig belastende. Det er ikke bestandig nødvendig å bruke uttrykk eller beskrivelser som kan føre til ytterligere krenkelse av offeret. Også presseomtale kan være en stor påkjenning.

For andre ofre enn enkeltpersoner gjelder selvsagt ikke de nevnte reaksjoner om uro og angst i samme grad, men stillingen som offer tilsier likevel at en juridisk person like gjerne som et enkeltindivid har krav på å bli underrettet om sakens gang og utfall.

2. *Private straffesaker*

Informasjon om straffesakens gang har også betydning for offerets rett til å anlegge privat straffesak, eventuelt forfølge saken som subsidiær privat straffesak. Reglene om private straffesaker gjelder for de ofre som ansees som fornærmet. Ofre som krenkes ved overtredelse av spesiallovgivningens straffebestemmelser eller straffelovens bestemmelser gitt til beskyttelse for samfunns-goder, har som nevnt ikke status som fornærmet, og er dermed som hovedregel avskåret fra å benytte denne retten.

Det er ugjørlig her å ta opp alle spørsmål vedrørende hvem som bør ha

anledning til å reise privat straffesak. Og da reglene om private straffesaker sjelden er brukt (med unntagelse for ærekrenkelsessaker), begrenses omtalen av disse. Det kan nevnes at straffeprosesslovkomitéens flertall⁸ foreslo å oppheve adgangen til å reise subsidiær privat straffesak under henvisning til at behovet var lite, og at det sjelden kom noe positivt ut av en slik straffesak. Mindretallet i komitéen mente at ordningen burde opprettholdes ut fra dens betydning for tilliten til rettspleien. Dette standpunkt ble fulgt opp under det senere arbeid med loven.⁹

Et offer som ikke har posisjon som fornærmet, kan ha interesse av å få domstolens avgjørelse av en lovovertrødelse. Det kan være ut fra ønsket om å få stanset et påstått straffbart forhold, med tanke på oppfølging av erstatningskrav i forbindelse med straffesaken eller med tanke på senere sivil sak. Som eksempler kan nevnes arbeidstagere som er krenket ved at bedriften overtrer arbeidsmiljølovgivningens straffebestemmelser, og naboer som krenkes ved overtrødelse av forurensningslovgivningens. Slike ofre kan anmelde forholdet, men ikke minst på grunn av påtalemyndighetens arbeidsbyrde, blir slike saker ofte henlagt. Og disse ofre kan ikke følge opp saken ved privat straffesak.

Straffelovkommisjonen er inne på dette spørsmålet og uttaler:

«Straffelovkommisjonen vil vurdere om andre særlig berørte bør gis enkelte av fornærmedes rettigheter i visse typer saker. For eksempel kan det være aktuelt å gi naturvernorganisasjoner enkelte rettigheter i saker om ulovlige inngrep i naturen. Det vil kunne bidra til å styrke håndhevelsen av straffebudene på det aktuelle område». (s. 82).

Ut fra min oppfatning er det like nærliggende å gi slike rettigheter til «særlig berørte» enkeltpersoner. Organisasjoner representerer gjerne så stor innflytelse at påtalemyndigheten i praksis må følge opp en straffesak hvis det kreves. Forøvrig bør spørsmålet sees i sammenheng med klageadgangen, som bør lovfestes i samme vide omfang som etter nåværende praksis. Det står enhver fritt å anmelde et forhold, og ved en lovfestet klageadgang vil jeg anse rettssikkerheten ivaretatt såvel for den enkelte, som for organisasjoner og andre.

3. Klageadgang

Som nevnt er ikke klageadgangen lovfestet. Den følger av praksis og tilkommer flere enn de som betegnes som fornærmet. Men forutsetningen for

⁸ Innst. 1969 s. 117 ff.

⁹ Prp. nr. 35 s. 84 ff.

at offeret kan klage, er at det vet om ordningen. Det er langt fra den vanlige situasjon, og påtalemyndigheten har ingen plikt til å gi underretning om klagemuligheten som følger av praksis.

Påtalemyndighetens arbeidssituasjon medfører at mange lovovertrедelser henlegges uten at ønskelig etterforskning foretas. Ofte ved slike lovbrudd kan ha en sterk interesse av at ytterligere etterforskning utføres, og at skyldsspørsmålet realitetsprøves, f. eks. med tanke på etterfølgende erstatningssak. Et viktig eksempel i praksis er ved overtredelse av vegtrafikklovens straffebestemmelser. Offeret står langt sterkere overfor forsikringsselskapet eller skadevolder dersom straffesaken har klarlagt skyldsspørsmålet. Da mange av disse sakene henlegges og klage ofte fører til omgjøring og utferdigelse av forelegg, er klageadgangen viktig for offeret.

Rett for offeret (fornærmede) til å klage ble drøftet i straffeprosesslovkomitéens innstilling fra 1969, men komitéen fant imidlertid ikke å kunne foreslå å lovfeste den klageadgangen som fulgte av praksis, og uttalte:

«Den klageadgangen som de (siktede og fornærmede) i dag faktisk har, går i flere henseender videre enn den klagerett som ved forvaltningsloven er instituert når det gjelder andre forvaltningsvedtak. Å lovfeste en så vid klageadgang som den man har i praksis, kan det vanskelig bli tale om.. Også for fornærmedes vedkommende kan det være risiko for at en uttrykkelig meddelelse om klageadgangen kunne virke som en oppfordring til klage...» (s. 174). Departementet tiltrådte komitéens uttalelser.¹⁰

Situasjonen for offeret er dermed den at det ifølge praksis har en meget vid klageadgang og at klage i mange tilfelle fører til en bedret stilling. Men forutsetningen er at offeret kjenner til klageadgangen. En slik praksis er lite tilfredsstillende, og innbyr til ulike og urettferdige situasjoner. I vårt retts-samfunn anses retten til å påklage et forvaltningsorgans avgjørelse som et sentralt og etablert rettsgode. I Danmark er klageadgangen lovfestet, og samme ordning bør gjelde her. Det at man mer eller mindre tilfeldig får kjennskap til en i praksis fungerende ordning, er ingen holdbar situasjon. Straffelovkommisjonen går da også i delutredningen inn for å lovfeste klageadgangen og uttaler:

«Etter straffelovkommisjonens mening, er det også uheldig at et så viktig spørsmål for den enkelte ikke er regulert i lov. Det er dessuten lite tilfredsstillende å holde skjult en klageadgang som er til stede. Det vil i praksis lett føre til at bare de som kjenner klageadgangen, kan benytte seg av den, mens mange andre er uvitende om den» (s. 171).

¹⁰ Prp. nr. 35 s. 115 ff.

4. Dokumentinnsyn

Som nevnt i foregående avsnitt, har fornærmede en viss rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, jfr. strprl. § 242. Retten til dokumentinnsyn er utvidet i forhold til nåværende ordning, i det den kan gjøres gjeldende allerede på etterforskningsstadiet. Men retten er knyttet til begrepet fornærmede, og det følger av det at mange ofre ikke vil ha denne rett. Betydningen av bestemmelsen er også avhengig av at fornærmede kjenner til den. Påtalemyndigheten bør derfor pålegges å informere offeret om denne rettighet.

5. Borgerlige rettskrav

En straffbar handling kan medføre at offeret får ett eller flere krav mot lovovertræderen. Ikke minst er offerets erstatningskrav viktig. (Omtalen her må begrenses til slike krav). I utgangspunktet er fornærmede og skadelidte likestilt når det gjelder retten til å gjøre gjeldende erstatningskrav i forbindelse med straffesaken. Retten gjelder følgelig også for offeret. Men fordi rettsapparatets plikt til å bringe på det rene om offeret har slikt krav er begrenset til fornærmede, fører det til at flere ofre faller utenfor ordningen. Påtalemyndigheten står også friere i å nekte å fremme kravet når det gjelder andre enn «umiddelbart skadelidende». Resultatet blir formodentlig at mange ofre ikke får fremmet sitt krav i forbindelse med saken.

Offeret kan selv fremme sitt krav i forbindelse med straffesaken. Men da står retten friere til å avvise kravet enn når det fremmes av påtalemyndigheten. Muligheten til å få fremmet og pådømt et erstatningskrav blir dermed forskjellig for de forskjellige ofre. Dette har ikke bakgrunn i forskjell i skadens grovhet (sml. legemsbeskadigelse mot skade i trafikken), men er avhengig av hvilke straffebud lovovertrædelsen angår. Denne ulikhet kan føre til urettferdigheter og er en lite tilfredsstillende ordning.

Hensikten bak straffeprosesslovens nye regler om borgerlige rettskrav var å bedre fornærmedes og skadelidtes erstatningsrettslige stilling.¹¹ Ordningen ble utvidet til å gjelde også for skadelidte. Men påtalemyndighetens mulighet til å nekte å fremme erstatningskravet, og rettens adgang til å avvise kravet, eventuelt bare avsi dom for en del av kravet, kan medføre at offerets erstatningsrettslige stilling i hovedtrekk vil bli slik den har vært frem til nå. Situasjonen må likevel sies å være bedret ved to nye ordninger i loven: Den ene er at krav kan pådømmes i forhørsrettssaker selv om lovovertræderen bestrider kravet; den andre er at retten har plikt til å pådømme krav som

11 Innst. 1969 s. 355 ff. jfr. prp. s. 99 og s. 231

påtalemyndigheten har fremmet, eventuelt avsi dom for den del av kravet som ansees godtgjort.

Etter dansk rett kan et offer ved lovbrudd mot færdselsloven kreve erstatningskrav tatt med i forbindelse med straffesaken, og ordningen fungerer så vidt jeg forstår godt. Innstillingen her i landet har vel hittil vært at slike krav ofte fremstår som kompliserte, og at påtalemyndighet eller domstol derfor i praksis vil komme til å nekte å fremme eller pådømme kravet. Og i mange saker vil dette formodentlig være riktig. Men for mindre og enklere krav bør reglene virke etter sin hensikt. Forutsetningen for dette er imidlertid at offeret får nødvendig og tilstrekkelig bistand og opplysninger om ordningen, og at informasjon gis alle ofre som kan ha et erstatningskrav. Informasjonen bør også gå ut på at offeret kan få bistand ved rettshjelpsordningen, dette ikke minst med tanke på oppreisning.¹² I tillegg må påtalemyndigheten og domstolen prioritere behandlingen av erstatningskravet høyere enn hittil.

6. Innkreving av erstatning

Dom for erstatning hjelper lite hvis ikke offeret får utbetalt beløpet. Det er på det rene at det er vanskelig for offeret å få erstatning inndrevet, og at det for mange er ønskelig med bistand. Offerets stilling i så henseende har hittil vært svak, og reglene i den nye straffeprosessloven kan foreløpig ikke sies å rette opp situasjonen, se strpl. § 455 jfr. § 457. Praksis har vært forskjellig, noen steder krever påtalemyndigheten inn erstatningen, andre steder overlates dette til offeret. Straffeprosesslovkomitéen fant

«... det rimelig at politiet normalt også forestår eventuell tvangsinn drivelse av fornærmedes krav, slik at fornærmede hjelpes mest mulig effektivt og spares for utgifter til advokat m.v. Fornærmede bør for så vidt ikke stå i noen annen stilling enn hvor det gjelder inndrivning av erstatning m.v. til det offentlige». (s. 370).

Denne så vennlige og velvillige holdning overfor offeret ble ikke fulgt opp i det senere arbeid med loven.

Straffeprosesslovkomitéens forslag førte til sterke protester, som stort sett var begrunnet med at påtalemyndigheten fra før av var overarbeidet og ikke maktet ytterligere gjøremål. Politiembetsmennes Landsforening foreslo at skattefogden burde overta innkrevingen av det offentliges krav, og at fornærmede selv, eventuelt med bistand av fri retts hjelp, burde stå for innfordringen av sitt tilgodehavende. Justisdepartementet tok avstand fra komitéens forslag bl.a. ut fra hensynet til politiets

¹² Lov av 13. juni 1969, nr. 26 § 3-3

arbeidsbyrde, og fordi det neppe ville være hensiktsmessig at politiet ytet fri rettshjelp under tvangsfullbyrding. Departementet var «imidlertid enig i at en bør ta sikte på en effektivisering av inndrivningen av skadelidtes erstatningskrav» (s. 241 ff.).

Straffelovkommisjonen kommer også inn på disse spørsmål:

«Fordi inndrivelse av borgerlige rettskrav ofte er så krevende at skadelidte ikke greier det selv, bør det offentlige fortsatt ha plikt til å drive inn kravet på skadelidtes vegne. Men det bør overveies å overlate inndrivelsen til organer som har inndrivelse av offentlige krav som hovedoppgave, f. eks. skattefogden» (s. 85).

Jeg er enig i at det offentlige bør ha ansvar for innfordringen av rettskravet. Men jeg har liten tro på at offerets stilling bedres ved at skattefogden overtar innfordringen. Dette særlig av to grunner. Skattefogden er også sterkt belastet med gjøremål, og innkreving av slike erstatningskrav vil sannsynligvis bli prioritert lavt. Videre vil skattefogdkontorene vanskelig kunne få slik detaljkjennskap til lovovertrederen og hans situasjon at innfordringen blir effektiv.

Straffeprosesslovkomitéens begrunnelse bør være bestemmende for den ordning som må velges. Påtalemyndigheten må være rette instans til å stå for innfordringen. Den har de vesentlige forutsetningene for å få inn penger; kunnskap om den erstatningspliktiges situasjon, erfaring i innkreving og et utbygget apparat til å forestå innfordringen. Innkrevingen vil og kunne lettes ved at det gis større muligheter til utlegg, f. eks. ved utvidet adgang til lønnstrekk.¹³

Offerets problem med å få erstatningsbeløpet utbetalt kan bedres også på en annen måte. Ut fra nåværende regler skal bøter inndrives før erstatningskrav, jfr. § 456. Tanken om at offerets krav skal dekkes før det offentliges krav (bot) ligger i tiden. Det er en tanke som det er nærliggende å følge opp. Når rettsåndhevelsen ivaretas av det offentlige, må slik prioritering være riktig.

En annen mulig måte å bedre offerets erstatningsrettslige stilling, er ved å følge opp regelen i straffeloven § 53 nr. 4, hvor retten som vilkår for domsutsettelse eller betinget dom, kan pålegge domfelte å yte fornærmede erstatning.

Den samme mulighet til å ivareta og bedre offerets erstatningskrav har også påtalemyndigheten. Ved betinget påtaleunntatelse kan betaling av erstatning settes som vilkår, jfr. strpl. § 69, sml. strpl. § 85, 4 ledd. Riksadvokaten har i rundskriv av 21. desember 1981 gitt pålegg om større bruk av reglene. Også her må offeret ha stilling som fornærmet for å nyte godt av ordningen.

¹³ Lov av 13. juni 1975, nr. 37, § 2–8 jfr. §§3–5 og 3–6

Offerets erstatningsrettslige stilling kan og bedres ved endring av reglene om inndragning, jfr. strl. § 37 d. Inndragning kan bestemmes, hvis det er krevet av fornærmede, og særlig grunner gjør det rimelig. Straffelovkommisjonen foreslår forståelig nok at kravet til «særlige grunner» oppheves. Også denne regel er begrenset til dem som anses som fornærmet.

7. Statlig erstatning

Men uansett hvor gode erstatnings- og innkrevningsregler som gis, vil domfelte ofte ikke ha evne til å betale erstatning. Og mange ofres situasjon ville ha vært svært vanskelig hvis man ikke utenom straffeprosessloven hadde hatt regler om erstatning. Ut fra erkjennelsen av den særlige belastning voldsofre utsettes for, har som nevnt mange land innført regler om at disse ofre skal få erstatning fra staten. Europarådets «Konvensjon om erstatning til voldsofre» undertegnet 24. november 1983, er illustrerende for den betydning man i dag tillegger ordningen. Den er i praksis viktig, ikke minst på grunn av den vanskelige erstatningsrettslige stilling disse ofre gjerne står i.

Manglende informasjon gjør at ordningen ikke fungerer godt nok. Det er utarbeidet en brosjyre om erstatningsordningen, men det hjelper lite hvis den ikke når frem til offeret. Fordi offeret selv ikke makter å fremskaffe den nødvendige dokumentasjon for kravet eller ikke forstår ordningen, gir det lett opp og går glipp av en erstatning som hun/han rettelig tilkommer. Offerets situasjon ikke minst i voldssaker tilsier at rettsapparatet bør ha plikt til å gi opplysninger om ordningen, herunder om retten til advokatbistand i disse saker.

Forut for vedtagelsen av reglene om statlig erstatning ble det diskutert om offeret skulle ha et rettskrav på erstatning eller om avgjørelsen skulle bygge på billighet.¹⁴ Som allerede nevnt bygger vårt regelverk på billighet, og slik reglene fungerer i Norge, synes ikke det å være noe problem. Under arbeidet med resolusjonen ble det som argument for ordningen også anført at staten måtte være ansvarlig for den vold som ikke kunne forhindres, og at solidaritetstanken i et moderne samfunn måtte tilsi at det var urimelig at den som mer eller mindre tilfeldig ble utsatt for vold, skulle bære tapet alene.

Denne begrunnelse kan videreføres til andre straffbare forhold enn vold hvor det kan føles urettferdig at offeret skal bære tapet alene. Utgangspunktet om avgjørelse ut fra skjønn bør også tilsi at også andre ofre enn voldsofre tilkjennes erstatning hvor det finnes «billig», f. eks. hvor offerets økonomi er vanskelig og hvor forsikring ikke dekker tapet. Det klassiske eksempel er den

¹⁴ St.prp. nr. 39 (1975–76)

gamle damen som blir frastjålet sin veske med månedens pensjon. Begrunnelsen kan og være den som departementet anførte da reglene ble gitt i 1976: «Det synes rimelig at fellesskapet (staten) trer inn og er med og avdemper eventuelle uheldige virkninger for befolkningen som helhet av en mild strafferettspleie; det vil trolig også være lettere å få alminnelig tilslutning i samfunnet til en human kriminalpolitikk når staten yter erstatning til offeret.» (s. 11).

8. *Bistand i voldssaker*

Innen ett område fungerer reglene om offerets stilling bra. Jeg tenker på offerets situasjon i voldtektssaker. Reglene har virket siden 1981, etter mønster fra Danmark. Ordningen har ført til en reell bedring av offerets stilling i slike saker. Og fordi påtalemyndigheten har plikt til å informere om retten til advokatbistand, får offeret den nødvendige kunnskap om ordningen og kan nytte den.

Reglene må også sies å ha ført til en generell endring i holdningen til offeret i slike saker. Dette gjelder i første rekke påtalemyndighetens opptreden, men også dommernes holdning er blitt en annen. Problemet i disse sakene var ikke bare at lovbruddet var av særlig krenkende art for offeret, like vanskelig var den mistro det ble møtt med fra såvel påtalemyndighet, dommerstand som forsvarer. Denne mistro hører fortiden til, og offeret møter nå respekt og omtanke i slike saker. Dette skyldes selvsagt ikke bare de nye regler, men også kvinnebevegelsens fremvekst og arbeid.

Advokatens prosessuelle stilling er beskjeden, men for offeret likevel tilfredsstillende. Ut fra min oppfatning fungerer ordningen godt såvel på etterforskningsstadiet, som under hovedforhandlingen, og senere. Bistanden er sjelden avsluttet ved straffesakens avgjørelse, fordi disse sakene gjerne følges opp med krav om erstatning fra staten. (Erstatning er gjerne på forhånd fastsatt i dommen). Det som synes viktig for offeret, er at det får bistand fra en som kan forklare sakens gang og hvorfor den er som den er, samtidig som offeret har følelsen av at det tas spesielle hensyn til vedkommendes konkrete situasjon.

Bakgrunnen for spesialreglene på dette område, var erkjennelsen av at offeret i voldtektssaker stod i en særlig vanskelig stilling. I og med at reglene har ført til bedring av disse ofres situasjon, er det nærliggende ut fra rettferdighetsbetraktninger å videreføre ordningen til andre typer ofre. Under arbeidet med loven ble bistand fra advokat til andre typer ofre vurdert. Det ble bl.a. vist til at offeret i utpressings- og incestsaker også kunne stå i en vanskelig situasjon. Likeledes at eldre og forsvarsløse mennesker kunne trenge

bistand. Men departementet fant at ordningen i alle fall i første omgang måtte begrenses til saker etter strl. §§ 192–194. Begrunnelsen var bl.a. at man i andre voldssaker enn voldtekt heller burde basere seg på mer direkte økonomisk hjelp til fornærmede.¹⁵ Denne begrunnelse er ikke holdbar. Det bør erkjennes at det er liten sammenheng i regelverket når et offer i f. eks. en incestsak ikke har samme rett til bistand som offeret i voldtektssak. Nettopp i incestsaker er situasjonen så spesiell og vanskelig for offeret at alle grunner tilsier rett til advokatbistand.

Selv om de her nevnte regler er kjønnsnøytrale, vil det i praksis være de kvinnelige voldsofre som nyter godt av ordningen. Og videreføringen av regelverket viser at kvinnelige voldsofre står i en særstilling. Jeg har foran omtalt de såkalte «kvinnemishandlingssakene», hvor offeret har rett til advokatbistand, om enn ikke i samme omfang som i voldtektssaker. Som begrunnelse for at offeret ikke trengte gratis advokatbistand under hovedforhandlingen anførte departementet:¹⁶

«Departementet forutsetter at den mishandlede kvinne ikke vil ha behov for å la seg bistå av advokat under hovedforhandlingen i straffesaken mot gjerningsmannen. Samfunnets straffekrav vil der bli ivaretatt av påtalemyndigheten, og hensynet til kvinnen under avhør av henne vil bli tatt hånd om av domstolen».

Jeg har vanskelig for å se at offeret har mindre behov for advokatbistand i disse saker enn i voldtektssaker. Jeg kan heller ikke se at dommerens stilling overfor offeret er annerledes her enn i voldtektssaker.

Riksadvokaten har ved meddelelse av 31. mai 1983 gitt pålegg om at disse ofre skal orienteres om rettshjelpstilbudet.

Oppmerksomheten om kvinnelige ofres situasjon har også gitt seg utslag på et annet område. Kvinnemishandlingssaker behandles gjerne etter strl. §§ 227–229, hvor påtale er betinget av almene hensyn eller fornærmedes begjæring. Hvor offeret trekker påtalebegjæringen tilbake, vil henleggelse av saken kunne være aktuelt. Riksadvokaten har i rundskriv av 30. juli 1982 bedt påtalemyndigheten nøye vurdere om almene hensyn tilsier påtale selv om offeret trekker påtalebegjæringen tilbake. Rundskrivet omhandler problemene om familievold, men i praksis gjelder volden ikke minst overfor kvinnelige familiemedlemmer.

En interdepartemental arbeidsgruppe avga i februar i 1983 et handlingsprogram om «Tiltak mot kvinnemishandling» og vurderte der å foreslå ubetinget

¹⁵ Ot.prp. nr. 63 (1980–81) s. 4

¹⁶ Rundskriv G. 101/83, 29. april 1983

offentlig påtale i disse sakene fordi «– det er en fordel ved en slik ordning at kvinnen fritas for det juridiske ansvaret og den psykiske belastningen ved selv å anmelde» (s. 52). I følge nevnte handlingsprogram har Sverige gjennomført en slik lovendring fra 1. januar 1982.

Det er bred enighet om at det var nødvendig og berettiget å bedre kvinnelige voldsofres stilling. Men det kan spørres om det ikke har skjedd på bekostning av andre ofres situasjon. Barn og eldre var en gruppe ofre som særlig ble nevnt under arbeidet med loven i fra 1981. Oppmerksomheten om kvinnelige voldsofres vanskeligheter skyldes nok særlig det arbeid som utføres ved krisesentrene. Og de tiltak som er satt i verk, må også tilskrives et press fra bevegelsen som står bak disse sentra. Det ligger nær å spørre om det må en pressgruppe til for at det skal tas tilbørlig hensyn til en offersituasjon.

Utviklingen de siste par år har ført til at det er innført særregler for ofre ved visse typer lovbrudd, fordi det er erkjent at disse lovbrudd fører til en spesielt vanskelig situasjon. Hvorvidt denne linjen, hvor en graderer offerets rettigheter etter lovbruddets art og ikke etter offerets konkrete situasjon, skal fortsette, er et spørsmål. Det kan synes like riktig og rettferdig heller å vurdere behov for tiltak ut fra det enkelte offers faktiske situasjon, uavhengig av lovbruddets karakter. Det må være et mål at alle ofre for vold i vid forstand tilbys nødvendig bistand, fordi disse ofres situasjon tilsier at økonomisk kompensasjon alene ikke er tilfredsstillende. Ett skritt på veien til å hjelpe det enkelte offer vil være informasjon om og bruk av rettshjelpsordningen.

9. Konfliktråd

Offeret har som utgangspunkt ingen innflydelse på domsresultatet. Nye idéer kan føre til at et offer nå kommer i en noe annen stilling, slik hvis tanken om avgjørelse av straffesaker i konfliktråd følges opp. I januar 1981 ble det i Lier kommune igangsatt et prøveprosjekt med løsning av visse saker i konfliktråd.¹⁷ Opprettelse av konfliktråd bygger på idéen om at et møte mellom offer og lovovertræder kan danne grunnlag for en minnelig ordning, hvor lovovertræderen gjør opp den skade han har forvoldt. Diskusjonen forutsettes å skje mellom de to impliserte under ledelse av en oppnevnt legmann. Behandling av en sak i et konfliktråd er betinget av at så vel offeret som lovovertræderen er enige om et møte. Det er anført at et slikt møte sett fra offerets side kan dempe offerets angst og aggresjon i anledning lovbruddet, og gi offeret større muligheter for å få erstatning. Lovovertræderen vil ved et møte

¹⁷ NOU 1983:57, s. 219 ff.

kunne bli mer motivert til å betale. Avtalen mellom partene kan foruten erstatning gå ut på f. eks. utbedring av skade, endret adferd, e.l.

Erfaringene fra Lier (i 11 måneder) var så gode at prosjektet nå er videreført til flere kommuner under betegnelsen «Alternativ konfliktløsning i barnevernemndas regi».

Så lenge ordningen er så ny og uprøvet, vil jeg tro at dette alternativ er forbeholdt de «sterke» ofre. Men det bør tilføyes at ved mindre alvorlige saker er det mye som tilsier at ordningen kan bli et viktig supplement til øvrige måter å avgjøre en straffesak på.

V. Sluttbemerkninger

Mine teser fremgår av de enkelte punkter under forrige avsnitt, men de gjentas i hovedtrekk slik:

Offerets stilling er ut fra nåværende regelverk ikke tilfredsstillende. For å bedre situasjonen er det nødvendig

- at offeret får informasjon om sakens gang og utfall,
- at det tas større hensyn til offeret ved omtale i dom og media, og ved avhør i rettsmøter,
- at reglene utvides til å gjelde for ofre som faller utenfor begrepet «fornærmet»,
- at klageadgangen lovfestes,
- at behandlingen av borgerlige rettskrav prioriteres sterkere,
- at offeret får bistand til innfordring av erstatning,
- at den statlige erstatningsordning utvides,
- at retten til gratis advokatbistand utvides.

LITTERATUR:

- Andenæs, Johs – Straffeprosessen i første instans, Universitetsforlaget 1962.
 Andenæs, Johs. – Nytt i den nye straffeprosessloven, Universitetsforlaget 1982.
 Bay, Thorbjørg og Stangeland, Per – Notat nr. 9. Konfliktråd. Et forslag om alternativ konfliktløsning i barnevernemndas regi, Universitetsforlaget.
 Bratholm, Anders – Strafferett og Samfunn, Universitetsforlaget 1980.
 Christie, Nils – Konflikt som eiendom, TfR 1977 s. 113–132.
 Dahl, Tove Stang – Kvinner som ofre, NTFK, 1. Hefte 1979–80, s. 56 ff.
 Heumann, Lars – Målsägande, Stockholm 1973.
 Hjort, Johan – Offerets stilling i straffesaker, LoR 1980 s. 471–482.
 Hov, Jo – Fornærmedes stilling i straffeprosessen, Universitetsforlaget 1983.
 Hurwitz, Stephan – «Victimologi», Festskrift til prof.dr. juris. & phil. Alf Ross, s. 243–249, København 1969.

- Koktvedgaard, Mogens og Gammeltoft-Hansen, Hans – Lærebog i strafferetspleje, København 1978.
- Lind, Brit Bergersen – Skadede ofre for vold i Oslo, NTFK 1969 s. 207–223.
- Olivercrona, Karl – Rättergangen i brottmål enligt, RB, 3. utg. 1968 Stockholm.
- Prieur, Annick – Når skaden skal gjøres god igjen – . Mellomfagsoppgave 1982, våren, Institutt for kriminologi og strafferett, Universitetet, Oslo
- Røstad, Helge – Kriminalitet – forbryter og fornærmet, LoR 1967 s. 352–360.
- Røstad, Helge – Rettslige synspunkter på vold, LoR 1977 s. 3–25.
- Schønning, Albert – Erstatning fra staten til volds ofre, Universitetsforlaget 1981.
- Stang, Emil – Utvalgte emner av rettergangsmåten i straffesaker, 3. utg. Oslo 1961.
- Tiltak mot kvinnemishandling. Et handlingsprogram. – Avgitt av en interdepartemental arbeidsgruppe. Februar 1983.
- Westh, Anne-Birgitte – Om kompensasjon til offeret for voldsforbrydelser, Juristen 1972 s. 513–519.
- St.prp. nr. 39 (1975–76) – Om bevilgning under kap. 424 i samband med innføring av en ordning om erstatning fra staten til ofre for straffbar handling. Jfr. Innst. S. nr. 171 (1975–76).
- Kgl. res. av 11. mars 1976 og Kgl. res. av 23. jan. 1981 – Forskrifter om erstatning fra staten for personskade voldt ved straffbar handling.
- St.meld. nr. 104 (1977–78) – Om kriminalpolitikken.
- Innst. S. nr. 175 (1979–80) – Innstilling fra justiskomiteén om kriminalpolitikken.
- Straffeprosesslovkomiteéns innstilling – Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra straffeprosesslovkomiteén. Avgitt i juni 1969.
- Ot.prp. nr. 35 (1978–79) – Om lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffesakloven) (prp.)
- Innst. O.nr. 37 (1980–81) – Innstilling fra justiskomiteén om rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosessloven).
- Ot.prp. nr. 63 (1980–81) – Om lov om endringer i straffeprosessloven (advokathjelp til fornærmede i voldtektssaker).
- Innst. O.nr. 72 (1980–81) – Innstilling fra justiskomiteén om lov om endringer i straffeprosessloven (advokathjelp til fornærmede i voldtektssaker).
- NOU 1982:26 – Barnemishandling og omsorgssvikt.
- NOU 1983:57 – Straffelovgivning under omforming. Straffelovkomisjonens delutredning I.

Forkortelser:

- Innst. 1969 – Straffeprosesslovkomiteéns innstilling.
- gml. strpl. – Lov av 1. juli 1887 nr. 5 om Rettergangsmaaden i Straffesager.
- strl. – Lov av 22. mai 1902 nr. 10 – Almindelig borgerlig Straffelov.
- strpl. – Lov av 22. mai 1981 nr. 25 om rettergangsmåten i straffesaker.
- NOU – Norges offentlige utredninger.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Ulla Jacobsson

Processformer i Norden:
Muntliga eller skriftliga?

Innhold

	Side
Den historiska pendeln	213
Rättegångsutredningens förslag vad gäller parts agerande	215
Rättegångsutredningens förslag vad gäller förebringande och upptagande av bevisning	216
Kritiska synpunkter	217
En annan arbetsmetod vad gäller förebringande och upptagande av bevisning	218
Mänskligt beteende vid förhör	219
Förhörshistoria	219
Trankells metod	220
Brister i det hittillsvarande sättet att använda Trankells metod	220
Önskvärda förändringar i domstolens arbetsmetoder	221
Litteratur	224

Processformer i Norden: Muntliga eller skriftliga?

Av professor jur. dr. ULLA JACOBSSON, Sverige

Den historiska pendeln

Historiens pendelslag från muntligt till skriftligt, från skriftligt till muntligt, och nu för Sveriges del åter från muntligt till skriftligt, är klart märkbara.

I det primitiva samhället var det sed att parterna själva infann sig vid domstol och att denna avgjorde tvisten samma dag. Allteftersom samhället utvecklades, lagar stiftades och domstolarna anpassades till alltmer komplexa krav, övergick det muntliga förfarandet stegvis i ett skriftligt.

Redan i den senare romerska processen och mycket tidigt vid de gammalryska domstolarna började man göra uppteckningar över domstolsförhandlingar.¹

Det blev därmed nödvändigt för domaren att uppmana parterna att tala långsamt så att man skulle hinna protokollföra vad de sade. För att klara av detta började parterna använda skriftliga förlagor. Från början läste man endast högt ur förlagorna men det blev så småningom brukligt att dessutom lämna in dem. Domstolen lät då förlagorna helt eller delvis ersätta vid domstolen upprättade protokoll.

Nu hände det inte sällan att motparten var frånvarande eller förklarade att han inte kunde gå i svaromål omedelbart. Detta fick den muntliga föredragningen att framstå som meningslös. Man inskränkte muntligheten till ett kort meddelande om innehållet i de skrivelser man lämnade in. Här stannade utvecklingen upp vid underrätterna och en processform som kallades muntlig med skriftliga inlagor kom att bestå länge under *das gemeine Recht*. I överrättsprocessen däremot utvecklades skriftligheten ytterligare. Parterna lämnade endast in skrivelser till domstolen och denna ombesörjde kommunikation med motparten.

En våg av missnöje med domstolarnas sätt att fungera gick under 1700-talet genom många länder på kontinenten. Advokatvälde, tidsutdräkt och orimligt långt driven formalism framhölls som skäl för genomgripande reformer. En av de syndabocker som utpekades, var skriftligheten i förfarandet. Debatten om

¹ Grenander s 42 ff

muntligt kontra skriftligt förfarande pågick under flera decennier och ledde till antagande av nya processlagar uppbyggda kring muntliga processformer, i Tyskland 1877 och i Österrike 1895.

Utvecklingen i de nordiska länderna har i stora drag följt den kontinentala. Men egna rättstraditioner och inflytande från anglosaxisk rätt gjorde att utvecklingen mot skriftlighet inte gick lika långt som på kontinenten och att återgången till muntliga processformer inte heller blev lika genomgripande. Pendeln slog men slog mindre slag i de nordiska länderna.

En faktor av betydelse för utvecklingen av olika processformer har varit lekmannainslaget i domstolarna. I den anglosaxiska processen hade man redan tidigt ett starkt lekmannainflytande, vilket kan ses som orsak till fasthållandet historien igenom vid muntlighet i England och USA. Även i de nordiska länderna spelade domstolens sammansättning stor roll.

I de nordiska länderna fick det skriftliga förfarandet fäste i och med inrättande av överinstanser. Därifrån spred sig skriftligheten till underrätterna. Men hur stor utbredning det skriftliga förfarandet fick i underrätterna synes ha berott på domstolarnas sammansättning. I de domstolar, som hade ett starkt lekmannainslag, har muntligheten bestått. Exempel härpå är förfarandet vid de danska landsrätterna i den sammansättning, som dömer i stora brottmål. Ett annat exempel var de svenska häradsrätterna, sammansatta med nämndemän. Förfarandet inför dessa blev skriftligt-protokollariskt, vilket innebar att man hade muntlig huvudförhandling men att domstolen grundade sin dom på protokollet över huvudförhandlingen. Muntligheten bestod sålunda om än naggad i kanterna.

Vågen av missnöje med förhållandena vid domstolarna spred sig till de nordiska länderna i mitten av 1800-talet. Liksom på kontinenten förde man fram muntlighetsprincipen som en av de positiva reformernas grundsten. Aubert 1849 i Norge, Nølleman 1874 i Danmark, Wrede 1911 i Finland och Kallenberg 1927 i Sverige, publicerade betydande arbeten, i vilka de framhöll muntlighetsprincipens fördelar. De lagstiftningsarbeten som följde hade som riktlinje att öka muntligheten i förfarandet och 1900-talets processordningar i Norden kom så att vila på muntlighetsprincipen.

Varför ansåg man muntliga processformer överlägsna de skriftliga? Jo, den muntliga processen ansågs vara både säker och snabb.² Processen blev säkrare därför att det muntliga processmaterialet inrymde moment, som icke kunde upptagas i skrift, därför att domaren kunde utöva en kraftig materiell processledning och därför att en förhandling kunde vara offentlig. Processen blev

² Kallenberg s 108 ff

snabbare därför att «det muntliga förfarandets natur strider mot uppskov» medan uppskov i den skriftliga processen, de må vara hur talrika och långa som helst, är likgiltiga med hänsyn till möjligheten att avgöra målet.

Dagsläget i de nordiska länderna är relativt komplicerat. Både muntliga och skriftliga processformer förekommer. Varje land har sitt system som i något avseende överensstämmer med ett annat nordiskt lands. Bruket av muntlighet är olika i civilprocess och i brottmålsprocess, i underrätt och i överrätt, i «stor och liten» civilprocess, på förberedelsestadiet och vid huvudförhandling i civilprocess, i olika typer av mål och vid olika typer av domstolar. En kartläggning av det diversifierade mönstret i de nordiska länderna är här omöjlig att göra och skulle enligt min uppfattning inte vara meningsfull. Jag kommer att i fortsättningen i huvudsak använda mig av svenskt material. För detta talar att vi har en pågående svensk debatt om muntliga och skriftliga processformer med anledning av ett liggande lagförslag.

Dagsläget i Sverige kännetecknas av muntlighetsprincipen: huvudförhandling skall i princip äga rum vid de allmänna domstolarna; tingsrätt, hovrätt och högsta domstolen. Men skriftliga processformer används dessutom i betydande utsträckning. I förvaltningsprocessen, som får allt större betydelse, sker handläggning på handlingarna. Vi har summariska skriftliga förfaranden både i civilmål och brottmål: lagsökning, betalningsföreläggande, strafföreläggande.

Den svenska debatten angår dock inte de starka skriftliga inslagen i dessa och liknande processformer utan utvidgning av skriftligheten vid de allmänna domstolarna med anledning av rättegångsutredningens förslag.³ Detta gäller att öka skriftligheten på olika stadier av rättegången och på vissa enstaka punkter. Förslagen gäller *både* vad som tidigare kallats partsmuntlighet *och* bevismuntlighet⁴ dvs *både* parternas agerande inför rätta genom att framställa yrkanden och grunder, plädera mm *och* förebringande och upptagande av bevisning.

Rättegångsutredningens förslag vad gäller parts agerande

De förslag rättegångsutredningen lagt om ökat skriftligt förfarande vad gäller parternas agerande gäller typer av rättegång och stadier av förfarandet, där vanligen muntlig bevisning inte förekommer. Det gäller summarisk handläggning av enklare mål, förberedelse samt avgörande av mål både i underrätt och hovrätt då det inte är fråga om upptagande av muntlig bevisning.

³ SOU 1982:25 och 26; DsJu 1983:1

⁴ Gärde m.fl.

Frågor som aktualiseras vid valet mellan muntliga och skriftliga processformer gäller hur stort inflytande parterna själva skall ha över avgränsning och presentation av processmaterialet, hur stark processledning domstolen skall utöva och om och på vilket vis domstolen skall aktivt verka för att få parterna att förlikas.

Utredningen föreslår två olika typer av *förberedelse i tvistemål* vid tingsrätt: förberedelse i förenklad form och annan förberedelse. Icke bestridda krav skall gå till skriftlig förberedelse i förenklad form. Även om det behöver klarläggas om det aktuella anspråket är tvistigt, skall det kunna handläggas i förenklad form för att om möjligt kunna avgöras direkt utan muntlighet. Annan förberedelse skall inledas med skriftväxling för att man skall få en grov precisering av parternas ståndpunkter. Vid en efterföljande muntlig förberedelse kan man sedan lättare få parterna att förlikas och om inte detta är möjligt att finslipa sina ståndpunkter och klarlägga bevisena mm i detalj.

Även i *brottmål* skall en *förberedelse* inför rätta kunna äga rum.

Förslaget innehåller stränga regler om preklusion och påföljder mot passiva och tredskande parter. Det syftar till att lägga på parterna ett för dem själva kännbart ansvar att precisera sina ståndpunkter inom givna tidsramar.

Avgörande på handlingarna skall enligt förslaget kunna ske i större utsträckning än nu både i civilmål och i brottmål, både i tingsrätt och i hovrätt.

Vid remissbehandlingen har många uttryckt farhågor för den föreslagna vidgningen av skriftlighet i förberedelsen. Så har ex professor Ekelöf framhävt risken för att viktiga synpunkter från parterna inte ges möjligheten att komma fram i det skriftliga förfarandet och hävdar att förhandlingar inför domstolen ger långt bättre möjligheter att komma till rätta med otydligheter och att klara upp missförstånd.

Rättegångsutredningen förslag vad gäller förebringande och upptagande av bevisning

Det hårda nu gällande förbudet mot vittnesintyg föreslås uppmjukat. Skriftliga vittnesintyg skall alltså kunna godtas i stället för muntliga förhör inför domstolen.

Utredningen föreslår att skriftliga bevis inte längre skall behöva läsas upp vid huvudförhandlingen. Det skall räcka med att de lämnas in så att domstolens ledamöter hinner taga del av dem, under förutsättning att parterna medger att föredragningen slopas och rätten finner det lämpligt.

Utredningen föreslår vidare att åklagaren befrias från åläggande att ge in

utskrifter av förhör under förundersökningen tillsammans med stämmingsansökan. Han skall i stället lämna in en kort redogörelse för «omständigheter som ger bakgrunden till gärningen eller på annat sätt är ägande att närmare belysa denna, dock endast om det med hänsyn till utredningens omfattning eller beskaffenhet behövs för att främja handläggningen av målet».⁵

Utredningen föreslår även att bevisning skall kunna tas upp *per telefon*.

Kritiska synpunkter

I de direktiv som rättegångsutredningen haft att arbeta efter heter det att uppgiften skall vara att göra en översyn av rättegångsförfarandet, att utredningen bör utgå från att grundsatserna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration skall bestå och att det gäller att väga samman dessa grundsatser med de krav som processekonomi, praktiska hänsyn och hushållning med rättsväsendets resurser ställer.

Utredningen har alltså inte haft direktiv att undersöka om det finns andra metoder att föreslå för domstolarnas arbete än de nuvarande. Inte heller har utredningen haft direktiv att analysera muntlighet kontra skriftlighet. Tvärtom har utredningen haft att utgå från att muntliga processformer är bäst och om möjligt skall bibehållas. Endast på de punkter där rättsäkerheten inte skulle komma i fara, har statsmakterna tänkt sig en vidgning av skriftligheten.

Kritik av utredningens förslag har främst riktats mot just avvägningen av den enskildes rättsäkerhet och statsmakternas intresse av ekonomisk återhållsamhet.

Så har exempelvis professor Lars Heuman framfört intressant kritik mot förslaget att avgöra vadetalan i brottmål på handlingarna om hovrätten finner «vadetalan uppenbart ogrundad». Han pekar på svårigheterna att i förväg avgöra i vilka fall man ska sätta etiketten «uppenbart ogrundad» på en vadetalan. Den enskildes rättsäkerhet, menar Heuman, kunde allvarligt äventyras.⁶

Den enligt min mening mest intressanta kritiken gäller den sammanlagda effekten av de olika ändringarna. I muntliga diskussioner har från flera håll framhållits att det mycket väl skulle kunna hända att ett dispositivt tvistemål ginge igenom hela rättsmaskineriet: förberedelse, avgörande i tingsrätt, avgörande i hovrätt, utan att en enda muntlig förhandling hölls. I sådana mål

⁵ I prop 1983/84:78 är detta förslag inte lagt.

⁶ Heuman

skulle, har man menat, ingen av de engagerade domarna ha reell möjlighet att upptäcka faktorer av betydelse som borde ha kommit fram om *någon* muntlig förhandling skett.

Jag menar att de här återgivna kritiska synpunkterna har betydelse men att de likväl inte träffar själva kärnan. Vi har i dag en relativt homogen processordning. Rättegångsutredningens förslag skulle innebära förändringar på flera väsentliga punkter. Utvalda efter ett lönsamhetstänkande saknar de föreslagna ändringarna ett inbördes metodiskt samband.

En följd av att införa sådana punktvisa förändringar, som utredningen föreslagit, kan bli att utvecklingen glider en ur händerna. Det var just regler av den föreslagna typen som gjorde det möjligt för skriftligheten att stegvis breda ut sig i den medeltida processen på kontinenten. Historien kan visa oss riskerna.⁷

En annan arbetsmetod vad gäller förebringande och upptagande av bevisning

Trots att Kallenbergs insatser vid förarbetena till 1948 års rättegångsbalk var betydande just då det gällde att utforma den muntliga processformen, insåg han muntlighetens svagheter på vissa punkter. Jag vill här ta hans egna invändningar mot muntligheten som utgångspunkt.

«Det talade ordet har ej det skrivnas fasthet och varaktighet; det förflyktigas och blir utan verkan, i den mån det ej genast upptages i medvetandet.

Den muntliga processen ställer sålunda mycket stora anspråk på domaren. Han skall klart och utan missförstånd genast uppfatta hvad som anföres, sammanställa hvad som hör tillsammans och särskilda olika delar av målet, i minnet bevara allt hvad han sålunda inhämtat ända till dess afgörandet skall träffas och då fullt behärska det hela, så att han kan med säkerhet rättsligen bedöma detsamma. Domaren i en muntlig process finner sig sålunda vid pröfningen försatt i ett helt annat läge än den skriftliga processens domare, som ju kan i lugn och ro genom läsning af det skrifna tillägna sig och bilda sig ett omdöme om hvad som förekommit.

Slutligen må ock den synpunkten framhållas, att afhörandet af ett mycket stort antal vittnen under hufvudförhandlingen kan göra denna så omständlig och tidsödande, att domarens förmåga att öfverblicka det hela utsättes för en alltför stark påfrestning.»⁸

7 Se ovan

8 Kallenberg s 110 f

Kallenberg poängterade starkt domarens mänskliga otillräcklighet att hålla samman och memorera ett stort material utan hjälp av uppteckningar. Därför, menade han, behövde domaren sakprotokoll som stöd för minnet och underlag för domen. Men Kallenberg betvivlade också att domaren alltid kunde «genast uppfatta hvad som anföres». Kallenberg uppfattade alltså protokollets funktion som mer än blott ett stöd för minnet, nämligen som ett material ur vilket domaren i efterhand skulle kunna få upplysningar, som gått honom förbi under förhandlingen.

Tanken att uppteckningar/protokoll kan ha en självständig betydelse i domstolens arbete, har så vitt jag vet, inte dryftats seriöst i processuellt utredningsarbete. Däremot har den spelat stor roll i de arbetsmetoder, som utarbetats inom en gren av vittnepsykologin, nämligen den som sorterat under professor Arne Trankell vid pedagogiske institutionen i Stockholm.

Mänskligt beteende vid förhör

Vissa sidor av det mänskliga psyket har man fått närmare kännedom om genom arrangerade försök. Det kan vara på sin plats att erinra om de viktigaste kunskaperna om mänskligt beteende vid presentation av medveten lögn liksom om mänskligt beteende beroende på brister i uppfattnings- och memoreringsförmågan.

Den medvetna lögnen presenteras ofta med stor säkerhet och har lärts in som en konsistent berättelse. För att övertyga om riktigheten av den uppdikta- de historien förstärker man den inte sällan med en försäkran av något slag, exempelvis att man är helt säker. En berättelse däremot som förhörspersonen söker göra så riktig som möjligt framförs ofta litet trevande och osäkert. Under förhöret kan nya minnesbilder dyka upp som föranleder korrigeringar eller tillägg. En berättelse som bygger på det upplevda är ofta inte konsistent eftersom minnesbilderna normalt har luckor.

De omedvetna bristerna i förmåga att uppfatta och komma i håg kan ge så subtila uttryck i en utsaga att en förhörsledare har svårigheter att uppfatta och tolka dem omedelbart. Men i dag har vi tekniska hjälpmedel som gör det möjligt att spela in förhör på band eller video. Frågan är hur tekniken utnyttjas och hur den kan utnyttjas i det nuvarande processuella systemet.

Förhörshistoria

I brottmål sker en serie av förhör både med misstänkta/tilltalade och med vittnen. Vittnepsykologerna har kunnat påvisa hur viktig interaktionen mellan

förhørsledaren och förhörspersonen är. En utsaga förändras från förhör till förhör i första hand beroende på vilka frågor som ställs, på vilket sätt de ställs och på vilka svar den förhörde ger. I andra hand förändras utsagan beroende på annan påverkan som den förhörde kan utsättas för under mellantiden. När en tilltalad väl kommer till huvudförhandling inför domstol har hans utsaga i regel en lång förhörshistoria bakom sig. Vittnespsykologerna har kunnat påvisa att viktig information många gånger finns att hämta i denne förhörshistoria.

Trankells metod

Här är inte platsen att ge en mer ingående presentation av de vittnespsykologiska arbetsmetoder som Trankell utarbetat. Man kan säga att metoden innefattar både förhörsteknik och förhörsanalys.

I huvuddragen är den vittnespsykologiska förhörstekniken liksom den juridiska uppdelad i teknik vid utfrågning för informationsinsamling och teknik för prövning och kontroll av en utsaga. Medan man vid förhör i brottmål talar om huvudförhör och mot- eller korsförhör talar man inom vittnespsykologin om ett förhör för informationsinsamling och dessutom om förhör för hållfasthetsprövning och hypotesprövning.

Medan korsförhöret anses ha uppgiften att avslöja den misstänkte/tilltalade har förhören för hållfasthets- och hypotesprövning syftet att påvisa om en utsaga håller eller inte. Frågorna utformas visserligen som suggestiva men på ett sätt som ger den förhörde en fair chans att stå emot suggestionen och därmed styrka hållfastheten i utsagan.

Förhörsanalysen förutsätter bandingspelningar och helst även utskrifter av tidigare förhör. Textkritiska analyser kan ge anledning att hålla nya förhör efter nya hypoteser, vilka förhör därefter analyseras med hjälp av bandingspelningar etc.

Brister i det hittillsvarande sättet att använda Trankells metod

Vittnespsykologer har hittills engagerats som sakkunniga, ofta på ett sent stadium av rättegången ex sedan målet överklagats till hovrätt. De har då haft att studera inspelningar av förhör som gjorts med en många gånger bristfällig förhörsteknik. De har inte heller på detta stadium haft möjlighet att utnyttja sådana resurser som mobiliseras under en pågående polisutredning.

Tillvägagångssättet lämnar mycket övrigt att önska. Det är givet att det material vittnespsykologerna haft att arbeta med inte varit av särskilt hög

kvalitet. Det är också naturligt att det skapat psykologiska motsättningar mellan främst polis/åklagare och psykologer. Det stöter emellertid på betydande svårigheter att i större utsträckning engagera vittnespsykologer redan på utredningsstadiet hos polisen.

Önskvärde förändringar i domstolens arbetsmetoder

Frågan är om inte den vittnespsykologiska metod som utarbetats av Trankell borde kunna utnyttjas betydligt bättre av juristerna själva och därför borde integreras i det processuella systemet.

För att en integrering skall vara möjlig bör förändringar på följande punkter övervägas.

Tes 1: Förhör hos polis/åklagare och domstol spelas in med både frågor och svar. Bandinspelaren får vara på utan avbrott. I utskrifterna markeras pauser och hm-anden.

Kommentar: Metoden att ersätta direktinspelningar med intalade sammanfattningar gjorda av förhørsledaren frångås. En sådan sammanfattning kan vara direkt felaktig även om förhörspersonen genom underskrift godkännt den. Detta beror på många människors bristande förmåga att korrelera förhørsledarens ordval med vad han själv tidigare har sagt.

Tes 2: Polis/förhørsledare överlämnar samtliga inspelningar till åklagaren innan denne skall besluta om åtal.

Kommentar: Åklagaren får då möjlighet att själv testa hållfastheten i utsagan och att med ledning därav hålla förhör. Metoden att fatta beslut om åtal på grund av förhørsledarens sammanfattningar och rapporter frångås.

Tes 3: Åklagaren överlämnar samtliga inspelningar till domaren tillsammans med stämningsansökan.

Kommentar: Domaren får härigenom möjlighet att göra en analys av de redan genomförda förhören innan han påbörjar handläggningen av målet. Ju mer kunskap han har desto bättre kan han gardera sig mot att hålla ensidigt inriktade förhör. Han kan kontrollera sina egna reaktioner och i lugn bygga upp alternativhypoteser, som åklagaren förbisett.

Det säger sig självt att en bakgrundsskildring gjord av åklagaren inte kan ersätta utskrifter av förhör.

Tes 4: Rättens ordförande antingen leder förhören eller spelar en aktiv utfrågande roll vid sidan av parten under huvudförhandlingen.

Kommentar: För att domaren skall kunna utnyttja den före huvudförhandlingen genomförda textkritiska analysen, bör han leda förhören.

Tes 5: Skriftliga vittnesintyg godtas inte.

Kommentar: Vittnesintyg har inte nödvändigtvis ett lågt värde. Skälet till att de inte bör godtas är att domstolen inte kan testa dem.

Tes 6: Vittnesförhör per telefon tillåts endast av mycket speciella skäl.

Kommentar: Interaktionen mellan förhørsledare och förhörsperson är svår att få grepp om. Telefonförhör ger sämre möjligheter till eftergranskning.

Tes 7: Föredragning av skrifter vid huvudförhandling skall ske endast om det finns anledning att ställa frågor om skrivelsen.

Tes 8: Lägre instans översänder samtliga inspelningar till högre instans sedan ett mål överklagats.

Även om teserna innehåller likartade rekommendationer dvs att bända förhör och att vidarebefordra banden med eventuella utskrifter till nästa prövande myndighet eller domstol, är de problem som uppstår på skilda nivåer till stor del olika.

Polisen har att göra den grundläggande informationsinsamlingen. I detta ligger att avgöra vad som kan vara relevant eller inte. Polisens gallring bland utsagor kan vara av avgörande betydelse för den utgång målet så småningom får. Tvånget att göra noggranna bandinspelningar kan påverka utredningen i två olika riktningar. Antingen kan det leda till en hårdare gallring av materialet eller till en noggrannare redovisning av ett större material.

Advokatens roll tilldrar sig särskild uppmärksamhet under förundersökningen. Det finns lagregler om advokatens rätt att närvara vid förhör under förundersökningen. Men denna rätt utnyttjas mindre sällan. En förklaring härtill är antagligen att advokaterna inte är tillräckligt förberedda för att kunna aktivt delta genom att ställa frågor. Även på advokaterna borde det ställas krav att de skulle sätta sig in i målen på ett tidigt stadium. Detta skulle antagligen göra dem angelägna att medverka vid förhör.

För åklagaren skulle en omläggning av arbetsmetoder på sätt jag ovan föreslagit innebära både förändrade arbetsuppgifter och ökad arbetsbelastning.

Poängen skulle ju vara att de efter genomgång av polisens förhör, själva höll kompletterande förhör för hållfasthets- och hypotes prövning.

Vad domarna anbelangar är det ovisst om förändrade rutiner skulle innebära en ökad arbetsbelastning i stort sett. Tyngdpunkten av arbetet för rättens ordförande skulle förskjutas från efterarbete i samband med domskrivning till arbete före huvudförhandlingen med textkritisk analys och uppställande av tänkbara alternativhypoteser.

För överrätt kunde den redan gjorda metodiska bearbetningen av målet ge till resultat att domarna huvudsakligen kunde ägna sig åt rättsfrågan.

En omläggning skulle aktualisera en översyn av domstolarnas sammansättning. Det kan tänkas att man fann att nämndemän inte fyllde någon funktion i hovrätten.

De åtta teserna utgår från att nutida tekniska hjälpmedel ger möjligheter att inom rättskipningen göra ingående utsageanalyser, att dessa möjligheter hittills utnyttjats endast i begränsad omfattning och att denna restriktivitet till en del kan förklaras av det processuella systemet. Det förefaller inte meningsfullt att fortsätta den diskussion om muntliga eller skriftliga processformer som var aktuell i början av seklet vad gäller förebringande och upptagande av bevisning. Vi bör inrikta diskussionen på frågan om lämpliga arbetsmetoder och rutiner hos polis, åklagare, advokat och domare och på utformningen av de processuella reglerna för att åstadkomma bästa möjliga informationsinsamling och utsageanalyser.

En central processrättslig fråga i sammanhanget är om den föreslagna metoden är förenlig med nu gällande regler om parternas rätt att avgränsa processmaterialet och regler om förbud för parterna att föra in nytt material under rättegångens lopp.

Här skall först noteras att konstruktionen av alternativhypoteser mycket väl kan hållas inom den av gärningsbeskrivningen i brottmål givna ramen. Vidare skall noteras att domstolarna inte brukar ifrågasätta lagenligheten däri att sakkunniga för in nytt material även på ett sent stadium av processen. Om hovrätten anlitar vittnespsykologer kan det ju hända att dessa gör en sorts parallellutredning till åklagarens.

Läget blir dock ett annat om juristerna själva använder vittnespsykologernas arbetsmetoder. Frågan måste uppstå om en domstol som efter en textkritisk analys finner att ett antal ytterligare personer behövde höras, skall själv kalla dessa vittnen eller om målet skall sändas tillbaka till polis/åklagare för ytterligare utredning.

Till slut några ord om rättsäkerheten. Frågan är vad man bör lägga i kravet på rättssäkerhet. Anser man att det viktigaste är att skapa bästa möjliga

förutsättningar för polis, åklagare, advokat och domare att utreda målen grundligt, framstår andra tänkbara krav på rättsäkerhet som sekundära.

Litteratur

- Almquist, Jan Eric – Svensk Rättshistoria. Sthlm 1958
Aubert, E – Mundtlig Rettergang og Edsvorne Christiania 1849
Grenander, B KR – Ur förhandlingsprincipens historia, Sthlm 1879
Gärde, N m fl – Nya Rättegångsbalken, Sthlm 1949
Heuman, Lars – Skriftligt hovrättsförfarande, Lund 1983
Kallenberg, E – Svensk Civilprocessrätt II:1, Lund 1879
Nelleman, J – Om mundtlig rettergang i Civile Sager, Kjöbenhavn 1874
Trankell, Arne – Reliability of Evidence, Sthlm 1972
Wrede, R A – Finlands gällande civilprocessrätt, Helsingfors 1911
Processkommissionens betänkande ang Rättegångsväsendets ombildning I–III, Sthlm 1926
Översyn av rättegångsbalken, SOU 1983:25, SOU 1982:26
Justitiedepartementet – Prosessen i överrätt, Ds Ju 1983:1
Proposition 1983/84:78

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Allan Rosas

Medborgarskap och rösträtt

Innhold

	Side
Medborgarskap	227
Nordiskt medborgarskap	231
Rösträtt och valbarhet i kommunala val	233
Rösträtt i statliga val	235
Optioner och perspektiv	239
Efterskrift	244

Medborgarskap och rösträtt

Av professor jur. dr. ALLAN ROSAS, Finland

Medborgarskap

I och med nationalstatens framväxt har begreppet medborgarskap accentuerats som ett formellt kriterium på den grupp av människor som åtnjuter fullvärdigt medlemskap i en given stat med därtill hörande rättigheter och skyldigheter. En skarp skillnad har tidigare rått mellan statens egna medborgare och däri befintliga *främlingar* (utlänningar).¹

Medborgarskapet har vanligtvis inneburit bl. a. rätt att vistas och arbeta i det egna landet samt rätt till sk. diplomatiskt skydd gentemot andra stater. I och med den politiska demokratins utveckling har medborgarskapet även inneburit ett antal sk. medborgerliga och politiska rättigheter, såsom rösträtt och valbarhet i allmänna val såväl om yttrande-, förenings- och församlingsfrihet. De ekonomiska och sociala förmåner som välfärdsstaten introducerat har naturligtvis i första hand varit avsedda för landets egna medborgare, men här har medborgarskapet så småningom förlorat en stor del av sin betydelse som en nödvändig förutsättning för åtnjutande av rättigheter.

De medborgerliga rättigheterna har i gengäld åtföljts av vissa specifika medborgerliga skyldigheter. Här kan nämnas en accentuerad lojalitetsplikt med därtill hörande straffrättsligt ansvar samt skyldighet att delta i landets försvar.² Effekten av förstnämnda omständighet mildras dock av att även utlänning i vissa fall avkrävs en viss lojalitet visavi den stat han vistas i.³

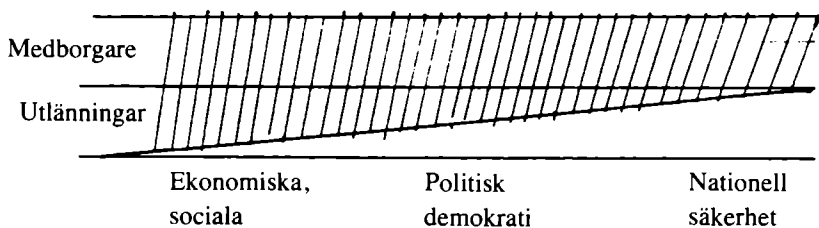
¹ Dock utvecklades t. ex. under 1700-talet vissa principer för behandlingen av civila främlingar (köpmän m.m.), krigsfångar osv., se t.ex. *Allan Rosas, The Legal Status of Prisoners of war. A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts.* Helsinki 1976, s. 49–69.

² Enligt den finska regeringsformens 75 § 1 mom är «varje finsk medborgare» skyldig att delta i fäderneslandets försvar eller att härvid biträda.

³ Enligt den finska strafflagens (39/1889) 12 kap. 4 § (683/42) kan även annan än finsk medborgare straffas för landsförräderi om brottet begås «medan han i Finland vistas eller är anställd i rikets tjänst». Speciellt i engelsk rättspraxis har ansetts, att en i krig tillfångatagen fiendesoldat kan förlora sin krigsfångestatus inte endast om han är medborgare i den tillfångatagande staten utan även om han annars har en särskild lojalitetsplikt (duty of allegiance) visavi densamma, *Rosas a.a.*, s. 385.

Allmänt taget har detta århundrade och särskilt tiden efter andra världskriget sett ett närmande mellan medborgarnas och utlänningarnas rättsliga ställning.⁴ Det internationella skyddet av mänskliga rättigheter har härvid spelat en roll. Dels gäller de moderna konventionerna på området vanligtvis alla som vistas i en stat, delvis oberoende av medborgarskap.⁵ Dels har några konventioner tillkommit som tar sikte på ett förbättrande just av utlänningarnas rättsskydd.⁶ Parallellt har det skett ett utvecklande av utlänningarnas sociala och rättsliga ställning i nationell lagstiftning.⁷ Inom vissa statsgrupperingar har uppkommit en kvalificerad kategori utlänningar (eller omvänt: en diskvalificerad kategori medborgare) som ett slags mellanform mellan medborgare och utlänningar. Här kan nämnas förutom Norden de brittiska och franska samvälden (se nedan).

Medborgarskapet utgör dock fortfarande ett viktigt kriterium för ett flertal rättigheter och skyldigheter av vikt för den enskilde. Man kan grovt sett skilja mellan 1) ekonomiska och sociala frågeställningar; 2) samhällelig och politisk demokrati och 3) nationell säkerhet. Situationen kan då visualiseras på följande sätt:



4 För en allmän översikt se *Torkel Opsahls* föredrag vid föregående nordiska juristmöte, *Utländingers rättsliga ställning*, Förhandlingarna vid det tjugonionde nordiska juristmötet i Stockholm 19–21 augusti 1981, Del II, Stockholm 1982, s. 169–191. Se även *Heli Pelkonen/Allan Rosas* (red.), *Mänskliga rättigheter i Norden*. Andra nordiska seminariet rörande forskning, undervisning och information om de mänskliga rättigheterna, Åbo 7–9 juni 1982. Meddelanden från Stiftelsens för Åbo Akademi forskningsinstitut Nr. 82. Åbo 1983, s. 93–107; *International Provisions Protecting the Human Rights of Non-Citizens*, Study prepared by the Baroness Elles, Special Rapporteur of the sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, United Nations E/CN.4/Sub. 2/392/Rev. 1. New York 1980.

5 Se t.ex. art. 2 i den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter av år 1966 (FördrS 6/76) och art. 2 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter av samma år (FördrS 8/76).

6 Se framför allt konventionen angående flyktingars rättsliga ställning av år 1951 och protokollet angående flyktingars rättsliga ställning av år 1967 (FördrS 77–78/68).

Beträffande individens ekonomiska och sociala ställning (social trygghet, skatteplikt osv) utgör medborgarskapet mera sällan en absolut vattendelare. Dock kan fortfarande rätten att äga fast egendom och att idka vissa näringar vara förbehållen landets egna medborgare.⁸

När det gäller den samhälleliga och politiska demokratin är medborgarskapet fortfarande ett viktigt kriterium, dock så att tendensen tycks vara att i stigande utsträckning bevilja utlänningar samma eller likartade medborgerliga och politiska rättigheter som de egna medborgarna. Man kan göra en distinktion mellan 1) allmänna medborgerliga och politiska rättigheter och 2) deltagande i offentligt beslutsfattande. Till den förra kategorin hör då t. ex. yttrande-, förenings-, församlings- och religionsfriheten, till den senare kategorin rösträtt och valbarhet i allmänna val samt kompetens för offentliga uppdrag och tjänster. Utlänningarnas rättsställning är vanligtvis närmare medborgarskapet i fråga om kategori 1 än kategori 2.

I fråga om Finland kan – med avvikelse från situationen i de andra nordiska länderna – noteras att utlänningar nästan helt saknar *grundlagsstadgade* fri- och rättigheter. Den finska regeringsformens (RF) 2. kap. om medborgarnas allmänna rättigheter och rättsskydd gäller endast finska medborgare.⁹ Beträffande reglering på lagnivå kan för Finlands del nämnas, att utlänningarnas förenings- och församlingsfrihet är begränsad medan t. ex. yttrande- och religionsfriheten är bättre tryggsad.¹⁰

Enligt RF 84 § är finskt medborgarskap en förutsättning för erhållandet av statstjänst, med undantag av bl.a. befattningar av teknisk natur, lärartjänster vid högskolor, lärartjänster i främmande språk vid skolorna och translatorsbefattningar vid ämbetsverk. I rättspraxis har ansetts, att finskt medborgarskap krävs även för kommunala tjänster vars handhavande innefattar myndighets-

7 T.ex. Finlands ytterligt föråldrade utlänningsförordning av år 1958 (187/58) har ersatts av en mera tidsenlig utlänningslag (400/83), som träder i kraft den 1 mars 1984.

8 Se t.ex. *Opsahl a.a.*, s. 173. T.o.m. rätten för statens egna medborgare att inneha fast egendom i riket kan vara begränsad, se L om inskränkning i rätten att förvärva och besitta fast egendom i landskapet Åland (3/75).

9 Se t.ex. *Toivo Sainio*, Muukalaisen oikeusasema erityisesti Suomen oikeutta silmällä pitäen I («Legal Status of Aliens, with special reference to Finnish law», engelskspråkigt sammandrag). Vammala 1959, s. 126 ff: *Allan Rosas*, Grundlagsskyddet av de mänskliga rättigheterna i Norden, Jussens venner 1982, s. 354.

10 T.ex. enligt 4 § L om föreningar (1/19) må i förening, «som väsentligen fullföljer politiskt syfte», endast finsk medborgare eller förening bestående endast av finska medborgare vara medlem. Enligt 2 § L om allmänna sammankomster (6/07) må allmän sammankomst endast föranstaltas av finsk medborgare.

utövning.¹¹ T.ex. i Sverige är kravet på medborgarskap för offentliga tjänster och uppdrag inte lika omfattande som i Finland.¹²

Medan ovannämnda frågeställningar är reglerade på ett varierande sätt i de nordiska länderna bestäms rösträtten och valbarheten i allmänna val enligt relativt enahanda grunder, dvs. utländsk medborgare saknar rösträtt och valbarhet i statliga val medan nordisk medborgare (och i tre nordiska länder även annan utlänning) äger under vissa förutsättningar rösträtt och valbarhet i kommunala val (se nedan).

Ovan uppställdes som en tredje kategori frågeställningar av speciell relevans för den nationella säkerheten. Vi tänker här närmast på rätten att vistas i och återvända till ett land, skyldigheten att delta i landets försvar och för män att avtjäna värnplikt eller motsvarande samt tillgången till vissa centrala politiska och säkerhetspolitiska befattningar. I detta sammanhang kan man även hänvisa till det diplomatiska skydd staten i stöd av folkrätten ger sina medborgare gentemot andra stater (sk. diplomatisk intervention). För dessa frågor är det typiskt att distinktionen mellan medborgare och utlänningar fortfarande är utslagsgivande.¹³

Av tradition har statssamfundet utgått från att definieringen av kriterierna för erhållande av medborgarskap faller på respektive stat. Olika principer har här gjort sig gällande (*ius soli* kontra *ius sanguinis* osv.). Å andra sidan räknar man med att det finns gränser för en stats rätt att innesluta befolkningsgrupper i kategorin medborgare, speciellt om det sker mot deras egen vilja. På motsvarande sätt torde en stat vara förhindrad att på godtyckliga grunder beröva persongrupper som har ett genuint samband med staten deras medborgarskap. Betydelsen av ett visst samband mellan staten och medborgaren illustreras också av det celebra Nottebohm-fallet, där Internationella domstolen i Haag vägrade erkänna en diplomatisk interventionsrätt till förmån för en person som formellt antagits till medborgare i en stat (Luxemburg) men som saknat ett genuint samband med denna stat.¹⁴

Till följd av variationerna i staternas lagstiftning om medborgarskap kan uppstå dels statslöshet, dels dubbelt eller t.o.m. tredubbelt medborgarskap.

11 *Toivo Sainio*, Muukalaisen oikeudesta hoitaa julkista virkaa Suomessa, Lakimies 1967, s. 366. HFD 1955 I 31; 1969 A I 1.

12 Se svenska RF 11:9.

13 Se t.ex. *Hilding Eek*, Om främlingskap. En undersökning av principerna för främlingskapets rättsliga reglering i fredstid. Stockholm 1955, s. 67–71.

14 Se t.ex. *Guy S. Goodwin-Gill*, International Law and the Movement of Persons between States. Oxford 1978, s. 4–11; *Ruth Donner*, The Regulation of Nationality in International Law. Helsinki 1983, s. 44 ff.

Olägenheterna av dessa perspektiv har man strävat till att minska genom internationella konventioner.¹⁵

Nordiskt medborgarskap

Man kan åtminstone inte ännu tala om ett enhetligt rättsligt institut som skulle reglera de nordiska ländernas befolknings ställning på samnordisk basis. Begreppet nordiskt medborgarskap brukas dels som ett slags sammanfattning av de olika regler i nordiska avtal och nationella författningar som ger medborgare från nordiska länder en viss särställning i annat nordiskt land, dels som en ideologisk princip som betonar nordismen och behovet av gemensamma regleringar.

Utan att sträva till fullständighet nämns i det följande några frågeställningar där medborgare i nordiska länder enligt gällande rätt intar en särställning jämfört med andra utlänningar. Frågan om rösträtt och valbarhet i kommunala val behandlas separat.

Av stor både principiell och praktisk betydelse är givetvis passfriheten samt befrielsen från uppehålls- och arbetstillstånd. De avtal som ingicks på 50-talet har sedermera förnyats och kompletterats, bl.a. genom en överenskommelse om gemensam nordisk arbetsmarknad av den 6.3.1983 (FördrS 40/83). Vissa specialkonventioner ger några yrkesgrupper legitimation och rätt att inneha offentliga tjänster i de andra nordiska länderna. Som ett aktuellt exempel kan nämnas överenskommelsen av den 25.8.1981 om godkännande av vissa yrkesgrupper för verksamhet inom hälso- och sjukvården och veterinärväsendet (FördrS 42/83).

Inom den sociala sektorn finns ett flertal bestämmelser som ger medborgare i annat nordiskt land rätt under vissa betingelser till samma förmåner som landets egna medborgare. Ofta utgår sociala förmåner dock till alla i landet bosatta personer och kommer då även andra utlänningar än nordiska medborgare till del.¹⁶

På de nordiska medborgarnas rättsliga ställning inverkar även de olika avtal inom privat-, straff- och processrättens område som stadgar om handräckning,

¹⁵ Se 1954 års konvention angående statslösa personers rättsliga ställning (FördrS 80/68), 1961 års konvention om begränsning av statslöshet och 1957 års konvention om gift kvinnas medborgarskap (32/68).

¹⁶ Se närmare publikationen Nordiska medborgares sociala trygghet utgiven av Nordiska ministerrådet och Nordiska socialpolitiska kommittén. Stockholm 1978.

verkställighet av utslag osv. Här kan som exempel nämnas överenskommelsen av den 26.4. 1974 om inbördes rättshjälp genom delgivning och bevisupptagning (FördrS 26/75) samt avtalet av den 9.11.1972 om handräckning i skatteärenden (FördrS 2/73) och dess tilläggsavtal av den 11.6. 1981 (FördrS 38/82).

Dylika avtal behöver inte medföra egentliga förmåner för nordiska medborgare utan kan snarare innebära, att de lättare än andra utlänningar kan utsättas för administrativa ingripanden. Detta är speciellt påtagligt i fråga om *utlämning* för brott, som kan komma ifråga även för den utlämnande statens egna medborgare om utlämningen sker till annat nordiskt land.¹⁷ Denna möjlighet kan ses som ett principiellt viktigt avsteg från huvudprincipen om medborgares rätt att vistas i sitt eget land och illustrerar uppluckringen av nationsgränserna mellan de nordiska länderna.

När det gäller själva frågan om villkoren för medborgarskap finns en år 1969 ingången överenskommelse om genomförande av vissa bestämmelser om medborgarskap (FördrS 11/69), reviderad 1977 (FördrS 67/77). Överenskommelsen och därtill ansluten nationell lagstiftning innebär bl.a. följande specialregler om nordiska medborgare:

Enligt 5 § den finska medborgarskapslagen (401/69) förvärvar utlämning som är född i Finland och utan avbrott här haft «sitt egentliga bo och hemvist» finskt medborgarskap genom att under vissa betingelser göra en anmälan till inrikesministeriet. Enligt nämnda överenskommelse likställes hemvist i annat nordiskt land med hemvist i den stat vars medborgarskap den anmälände önskar förvärva.

Enligt 6 § den finska medborgarskapslagen kan «infödd finsk medborgare», som intill 18 års ålder utan avbrott haft sitt egentliga bo och hemvist i Finland och som sedermera förlorat sitt finska medborgarskap återfå detsamma likaså genom ett anmälningsförfarande om han varit två år bosatt i Finland. Enligt nämnda överenskommelse likställes hemvist intill tolv års ålder i annat nordiskt land med den hemvist som enligt ovannämnda stadgande krävs av infödd finsk medborgare innan han förlorat sitt finska medborgarskap.

Överenskommelsen stipulerar även om att en minst 18-årig medborgare i ett nordiskt land kan byta medborgarskap genom ett anmälningsförfarande om han förvärvat sitt ursprungliga medborgarskap på annat sätt än genom naturalisation och under en viss tid (minimum: fem år) haft sin hemvist i den stat vars medborgarskap han vill erhålla.

¹⁷ Se för Finlands del L om utlämning för brott Finland och de övriga nordiska länderna emellan (270/60).

Dessutom medger de nordiska medborgarskapslagarna avvikelser från den minimitid som normalt krävs rörande utlänningsvistelse i riket för erhållandet av medborgarskap på ansökan. Medan det normala kravet i Finland och Sverige är fem år krävs av nordisk medborgare hemvist i minst tre respektive två år.

Ytterligare sägs i nämnda överenskommelse att medborgare i ett nordiskt land, som tidigare varit medborgare i ett annat nordiskt land, kan återvinna sitt ursprungliga medborgarskap om han tagit sin hemvist i den stat vars medborgarskap han önskar återfå och skriftligen anmäler sin önskan härom. Särskilt detta stadgande är ägnat att understryka flexibiliteten i det nordiska medborgarskapsystemet och att principiellt avdramatisera byte av medborgarskap.

Dessa bestämmelser till trots har medborgarskapet fortfarande en roll också i relationerna mellan de nordiska länderna. Det är att märka, att nordiska medborgare fortfarande faller under utlänningslagstiftningen och dess stadganden om avvisning, utvisning m.m. (även om befrielse råder från pass, visum och uppehållstillstånd).¹⁸ Såsom redan antytts ovan tillkommer speciellt för Finlands del ett antal begränsningar rörande t.ex. föreningsfriheten och kompetensen för de flesta statliga och kommunala tjänster och befattningar.

Rösträtt och valbarhet i kommunala val

Redan på 60-talet uppmärksammades närmast i Sverige frågan om invandranas politiska rättigheter och möjligheten att bevilja dem rösträtt främst i kommunal- och landstingsval.¹⁹ I Finland började frågan väcka ett stigande intresse utgående från den stora utflyttningen till Sverige och önskan att bevaka sverigefinländarnas civila och politiska rättigheter utan att detta förutsatte byte av medborgarskap.²⁰ Frågan om invandranas kommunala rösträtt började också uppmärksammas på andra håll, bl.a. inom Europarådet.²¹

¹⁸ Se för Finlands del 8 och 18 §§ utlänningslagen. Storbritannien förbehåller sig t.o.m. rätten att avvisa och utvisa vissa personkategorier som definieras som medborgare (citizens), *Goodwin-Gill a.a.*, s. 97 ff. 243 ff.

¹⁹ Se t.ex. riksdagsmotionerna 1968:I:94 och II:139 och konstitutionsutskottets betänkande KU 1968:10.

²⁰ *Arto Kosonen*, *Muukalaisten valtiolliset oikeudet kunnassa*, opublicerad laudaturavhandling i förvaltningsrätt, Helsingfors universitet, juridiska fakulteten 1977, s. 58 ff.

²¹ *Ibid.*, s. 54 ff.

I början av 70-talet aktualiserade Finland frågan i Nordiska rådet, som gav Nordiska ministerrådet i uppdrag att företa en utredning. En nordisk arbetsgrupp avgav ett betänkande år 1975 och samma år rekommenderade ministerrådet genomförandet av erforderliga lagstiftningsåtgärder i samtliga nordiska länder. Under tiden hade frågan om invandrarnas kommunala rösträtt utretts separat i Sverige, där en regeringsproposition förelåg redan i oktober 1975.²²

Den svenska modellen byggde från första början på kommunal rösträtt och valbarhet för samtliga i Sverige bosatta utlänningar, alltså även andra än nordiska medborgare. Rösträtten gäller vid val till kommunfullmäktige, landsting och kyrkofullmäktige för dem som har varit kyrkobokförda i Sverige den 1. november de tre senaste åren före valåret. Rösträtt vid kommunala val medför även valbarhet till kommunala förtroendeuppdrag.²³

I Sverige har invandrarna deltagit i de kommunala valen enligt följande:²⁴

	röstberättigade	röstade	röstningsprocent
1976	219.000	131.000	ca 60%
1979	228.000	122.000	ca 53%
1982	240.000	125.000	ca 52%

Röstningsprocenten har således varit på nedåtgående. Den är något lägre för nordiska medborgare än för andra invandrare. År 1982 var de röstberättigade sverigefinländarnas antal 104.000, dvs. närapå hälften av alla röstberättigade utlänningar. Röstningsprocenten för finländarnas del var ca 49%.²⁵

I de andra nordiska länderna genomfördes den kommunala rösträtten och valbarheten i ett initialskede endast för nordiska medborgare. Danmark och Norge har sedermera (1981, 1983) utvidgat rösträtten och valbarheten till att gälla alla utlänningar som varit bosatta i respektive land tre år före valet.²⁶ Finland och Island begränsar fortfarande den kommunala rösträtten till nordiska medborgare.

22 Nordisk utredningsserie, Nordisk kommunal rösträtt och valbarhet, NU 1975:4; Statens offentliga utredningar, kommunal rösträtt för invandrare. Betänkande av rösträttsutredningen, SOU 1975:15; Regeringens proposition om kommunal rösträtt för invandrare, reg.prop. 1975/76:23.

23 *Kosonen a.a.*, s. 63 f.

24 Se Kommittédirektiv 1983:6, Rösträtt för invandrare vid riksdagsval m.m., s. 4; Statistiska meddelanden, Valdeltagande bland utländska medborgare vid kommunala valen 1982, Serie Be 1983:7.

25 *Ibid.*, s. 8.

26 Uppgift från 1983 års svenska rösträttskommitté.

Enligt 16§ i den finska kommunallagen (953/76) tillkommer rösträtt finsk medborgare som vid valårets ingång fyllt 18 år och mantalsskrivits eller bort mantalsskrivas i kommunen samt dessutom dansk, isländsk, norsk och svensk medborgare som uppfyller nämnda förutsättningar och under de två åren närmast före valåret mantalsskrivits i Finland. Då mantalsskrivningen utgår från hemorten den 1. januari och kommunalvalet förrättas den tredje söndagen i oktober och följande måndag innebär systemet en minimitid på knappt två år och tio månader. I Finland gäller valet endast primärkommunerna då vi saknar regional självstyrelse.²⁷

Siffrorna för antalet röstberättigade utlänningar i Finland är obetydliga jämfört med situationen speciellt i Sverige. I kommunalvalet 1980 (val förrättas vart fjärde år) var 1.697 nordiska medborgare röstberättigade. Av dem röstade 946, dvs. ca 55%, vilket rätt långt motsvarar ovannämnda röstningsprocenter för Sveriges del.

Såsom ovan nämndes anses i Finland utlänning, inklusive medborgare i annat nordiskt land, sakna kompetens att utnämnas till kommunala tjänster vars handhavande innebär myndighetsutövning. Utlänning får inte heller tillhöra förening «som väsentligen fullföljer politiskt syfte», dvs. närmast politiskt parti. Dessa restriktioner framstår i en märklig dager speciellt med tanke på de nordiska medborgare, som äger rösträtt och därigenom också valbarhet till kommunala förtroendeuppdrag.

Rösträtt i statliga val

Samtliga nordiska länder binder fortfarande rösträtten och valbarheten i parlamentsvalen till medborgarskapet. Principen är stadfäst i de nordiska grundlagarna²⁸ vilket givetvis försvårar en utvidgning av rösträtten till att gälla nordiska medborgare eller utlänningar i allmänhet.

Även i ett internationellt perspektiv är regeln fortfarande den, att rösträtt vid parlamentsval förutsätter medborgarskap. Det brittiska samväldet erbjuder

27 För samarbete mellan kommuner finns ett system med sk. kommunalförbund, vars fullmäktige dock utses av medlemskommunerna och inte väljs i direkta val. Om nordbornas kommunala rösträtt i Finland se Kommissionens för utredning av nordisk kommunal rösträtt och valbarhet betänkande, kom.bet. 1975:89 och *Kosonen* a.a., s. 65 ff.

28 Se Norges grundlov 50 §, Finlands riksdagsordning 6 §, Islands grundlag 33 §, Danmarks grundlov 29 § och Sveriges regeringsform 3 kap. 2 §.

vissa undantag från denna huvudregel. I Storbritannien tillkommer rösträtt i parlamentsval inte endast landets egna medborgare (citizens) utan även medborgare i samväldesländerna, vilka definieras som brittiska undersåter («British subjects») såväl som irländska medborgare.²⁹ Inom Europeiska Gemenskapen (EG) torde frågan om att utsträcka rösträtten till medborgare i andra EG-länder bli aktuell. Redan år 1976 infördes direkta nationella val för EG's eget parlament.

I Sverige uppmärksammades såsom ovan nämndes frågan om invandranas politiska rättigheter redan på 60-talet, dock så att intresset i begynnelsen knöts närmast till den kommunala nivån. Frågan om eventuell rösträtt i riksdagsval har fått större aktualitet efter den kommunala rösträttsreformen år 1975. Den har väckts bl.a. i ett antal riksdagsmotioner av vänsterpartiet kommunisterna och socialdemokraterna.³⁰ Motionerna avslogs av den borgerliga riksdagsmajoriteten, men efter återgången till vänstermajoritet år 1982 har ärendet avancerat.

I december 1982 beslöt riksdagen bifalla en socialdemokratisk motion som hemställde om tillsättandet av en parlamentariskt sammansatt utredning för att utreda och presentera förslag till hur invandranas rösträtt skulle kunna utvidgas till att omfatta också riksdagsvalen.³¹ I januari 1983 tillsattes en kommitté (1983 års rösträttskommitté), vars arbete i skrivande stund ännu inte är slutfört. Kommittén beräknas avge ett betänkande i mars 1984.

Ett visst precedensfall erhöles redan år 1980 i och med att utlänningar gavs rösträtt i den folkomröstning i kärnkraftsfrågan som då arrangerades. Utlänningarnas rösträtt ordnades enligt samma principer som vid kommunalval.³²

Såsom framgår ovan har frågan i Sverige hittills varit omstridd med vänsterpartierna som främsta förespråkare och de borgerliga partierna i opposition. I direktivet för 1983 års rösträttskommitté anförs bl.a. följande motiveringar för behovet av en utredning (justitieministerns anförande):³³

«Som jag ser det finns det inte något nödvändigt samband mellan medborgarskap och rösträtt. Under vissa förutsättningar bör även de som inte är svenska medborgare ha rätt att rösta vid valen i Sverige. Så är ju redan fallet när det gäller kommunalvalen. Jag

29 Se t.ex. *Kosonen a.a.*, s. 56.

30 Motionerna 1975/76:133, 1975/76:256, 1976/77:47, 1976/77:586, 1977/78:648, 1977/78:907, 1977/78:921, 1978/79:409, 1978/79:817, 1978/79:2149, 1979/80:151, 1979/80:459, 1980/81:651, 1980/81:867, 1981/82:178, 1981/82:485.

31 Det var fråga om motion 1981/82:485 av Hilding Johansson m.fl. (s).

32 Se Kommittédirektiv 1983:6, Rösträtt för invandrare vid riksdagsval m.m., s. 4.

33 *Ibid.*, s. 7.

anser för min del att det i och för sig är naturligt att de som inte är svenska medborgare men som är varaktigt bosatta i Sverige får rösträtt också vid riksdagsvalen. De skulle därigenom bli mer jämställda med svenska medborgare och få bättre möjligheter än f.n. att påverka den politiska beslutsprocessen i vårt land. De frågor som behandlas i riksdagen är oftast av lika stor betydelse för dessa personer som för svenskarna. Ett exempel på att detta synsätt har fått bred anslutning i Sverige är att invandrarna gavs rösträtt vid folkomröstningen i kärnkraftsfrågan efter de principer som gäller för deras kommunala rösträtt.»

Den borgerliga synen kan illustreras genom följande citat ur riksdagens konstitutionsutskotts betänkande från riksdagen 1977/78:³⁴

«I så gott som alla länder är medborgarskap en grundläggande förutsättning för rösträtt vid val på den nationella nivån. Detta samband har motiverats med att rösträtt inte bör tillkomma den som inte känner sådan samhörighet med landet att han vill förvärva medborgarskap. Man har också menat att ett brytande av sambandet mellan rösträtt och medborgarskap skulle leda till att innehållet i medborgarskapet tunnas ut i alltför hög grad.

När den kommunala rösträtten för invandrare infördes genom beslut av en enig riksdag förekom liknande argument i diskussionen, men betydelsen av att ge invandrarna lokalt politiskt inflytande ansågs väga tyngre. När det gäller riksdagsvalen är emellertid enligt utskottet sambandet mellan medborgarskap och rösträtt av grundläggande betydelse. Inte minst rösträtsfrågans internationella betydelse leder till denna slutsats. Utskottet kan därför inte tillstyrka motionernas krav på utredning av frågan om rösträtt till riksdagen för invandrare utan svenskt medborgarskap.

Utskottet vill i sammanhanget erinra om att reglerna för erhållandet av svenskt medborgarskap reformerades så sent som 1976. Kvalifikationstiden för medborgarskapsförvärv avkortades då från tre till två år för medborgare från de nordiska länderna och från sju till fem år för andra utländska medborgare. Härigenom fick invandrare möjlighet att snabbare än förut erhålla de politiska rättigheter som är förenade med medborgarskapet, bl. a. rösträtt vid val till riksdagen. Enligt utskottet är det bl. a. genom sådana reformer som invandrarnas politiska rättigheter bör förbättras.»

Den dåvarande utskottsmajoriteten förfäktade således en assimileringssprincip utgående från att tröskeln för erhållandet av medborgarskap redan sänkts.

Den senaste utvecklingen i Sverige påminner såtillvida om beredningen av den kommunala rösträtten för invandrarna 1973–75 att sittande kommittéutredning har som utgångsläge beviljande av rösträtt åt samtliga i Sverige bosatta utlänningar och inte endast medborgare från de nordiska länderna. Huruvida kommittén kommer att i sitt betänkande hålla fast vid denna princip är det i skrivande stund för tidigt att uttala sig om.

34 KU 1977/78:9.

När frågan nu har aktualiserats också i Finland har på samma sätt som för den kommunala rösträttens del intresset knutits främst till det nordiska perspektivet. År 1981 föreslog delegationen för emigrantärenden att man borde överväga att aktualisera frågan i Nordiska rådet.³⁵ I februari 1983 yttrade statsminister Kalevi Sorsa inför Nordiska rådets 31:a session bl.a. följande:³⁶

«Ärade president! Vid Nordiska rådets session 1972 gjorde Finland förslag om nordisk kommunal rösträtt och valbarhet. Förslaget ledde mycket snabbt till resultat, vilket bör ses som ett viktigt steg i utvecklingen av nordbornas medborgerliga rättigheter. Nu vore det kanske aktuellt att ta ett nytt steg i samma riktning. Det vore kanske på sin plats att vi på nordiskt plan skulle utreda möjligheterna att förverkliga en nordisk rösträtt också i statliga val. Detta skulle stämma väl överens med de övriga framsteg vi gjort i samarbetet. Som modell kunde vi ha den kommunala rösträtten medan valbarheten av naturliga skäl även i fortsättningen blir bunden till medborgarskap i det land där man bor.»

Initiativet har inte hittills lett till något formellt utspel från finländsk sida utan man har i Finland närmast följt med den svenska utredningen och debatten. I Danmark och Norge torde inga konkreta planer på reformer föreligga. Speciellt i Danmark påverkas situationen av det tungrodda förfarandet för grundlagsändringar.³⁷

Inte heller på nordisk nivå har någon specifik rösträttsutredning ännu tillkommit. Nordiska ministerrådet har dock på initiativ av Nordiska rådets presidium gett sekretariatet i uppdrag att utföra en allmän kartläggning av innebörden av begreppet «nordiskt medborgarskap», dvs. frågan om nordiska medborgares rättigheter och skyldigheter vid såväl kortvarig vistelse som längre uppehåll i annat nordiskt land och vid flyttning inom Norden. Kartläggningen igångsätts i skrivande stund inom ramen för en ad hoc-grupp.³⁸

Inom Europarådet utreds frågan om medlemsstaternas medborgares möjligheter att utöva sin rösträtt. Här är tyngdpunkten dock än så länge på rätten för en emigrant att utöva sin rösträtt i hemstaten.³⁹

35 Siirtolaisasiain neuvottelukunnan mietintö VI, kom.bet. 1981:60.

36 Nordiska rådet, 31:a sessionen 1983, Protokoll, 2:a mötet 22.2.1983 kl. 09.00, s. 24–25.

37 Enligt 88§ grundloven skall en grundlagsändring godkännas av två olika folketing och därefter underställas folkomröstning, i vilken en majoritet av de röstande och 40% av samtliga röstberättigade bör votera för förslaget innan det kan träda i kraft.

38 Uppgift av avdelningsschef Risto Laakkonen, Nordiska ministerrådets sekretariat.

39 Se t.ex. Council of Europe, European Committee on Legal Co-operation (CDCJ), Opinion to be given to the Committee of Ministers on Assembly Recommendation 951 on voting rights of nationals of Council of Europe member States, CDCJ (83) 46 Revised, Strasbourg, 22 November 1983.

Optioner och perspektiv

En bedömning av relationen mellan medborgarskap och rösträtt bör beakta åtminstone följande utvecklingsdrag, som refererats eller åtminstone antytts ovan:

- den allmänna uppluckring av distinktionen mellan medborgarskap och främlingskap och tendensen att stipulera hemvisten (domicilen) som kriterium för rättigheter och skyldigheter;
- den nordiska gemenskapen och det fria flödet av människor och goder inom Norden;
- den nordiska kommunala rösträtten och valbarheten
- i anslutning till föregående punkter trenden mot ett «nordiskt medborgarskap» med specifika rättigheter och skyldigheter för medborgare i ett nordiskt land som vistas i ett annat nordiskt land;
- det allmänna utvecklandet av utlänningars rättigheter och rättsskydd (även beträffande andra än nordiska medborgare);
- den internationella tendensen att utsträcka rösträtten till icke-medborgare åtminstone i kommunala och regionala val, flexibiliteten inom det brittiska samväldet, framtidsperspektiven inom EG osv.
- sänkningen av den formella tröskeln för utlänningar – särskilt nordiska medborgare – att erhålla medborgarskap i annat land och att återfå sitt ursprungliga medborgarskap;

Mot denna bakgrund blir min grundläggande tes, att *utvecklingen i Norden går mot en utvidgning av rösträtten även i statliga val.*

Det bör tilläggas, att jag personligen finner en sådan utveckling önskvärd.

En utvidgning av rösträtten kan emellertid genomföras på olika sätt. En grundläggande frågeställning är givetvis, om frågan skall skötas genom en ytterligare sänkning av tröskeln för medborgarskap, varvid medborgarskap och rösträtt vid riksdagsval fortfarande skulle sammankopplas, eller om rösträtt skall beviljas även icke-medborgare som uppfyller vissa villkor. I sistnämnda fall kan man tänka sig dels en isolerad åtgärd som i sig inför endast rösträtt i statliga val, dels en mera helhetsbetonad lösning som innebär skapandet av en formell mellankategori mellan medborgarskap i snäv bemärkelse och främlingskap. Beaktar man dessutom de nationella grupper som kan komma i åtnjutande av åtgärderna får man följande egenskapsrymd, som utgår från ett givet (nordiskt) lands policyalternativ:

	Medborgare i ett land	Alla nordis- ka medborgare	Alla in- vandrare
Enbart rösträtt			
Ny kategori («nor- diskt medborgarskap»)			
Mildrade medborgar- skapsvillkor			

De streckade fälten anger alternativ som enligt vårt förmenande är sannolikare än de andra.

En annan dimension gäller vilka stater som deltar i arrangemanget. Härvid kan man föreställa sig åtminstone följande fyra alternativ:

- ensidigt arrangemang
- bilateralt avtal (t. ex. mellan Finland och Sverige)
- nordiskt avtal
- allmännare regionalt eller globalt arrangemang

Sistnämnda alternativ torde inte bli aktuellt inom en snar framtid, eventuellt med undantag av Danmarks engagemang i någon form av EG-reglering. Frågan om ensidiga arrangemang kontra avtal sammanhänger givetvis med uppfattningarna om den sk. dubbla rösträtten: Om t. ex. Sverige önskar utvidga rösträtten till icke-medborgare medför denna åtgärd inte automatiskt förlust av rösträtten i det egna landet. Sistnämnda lands lagstiftning kan medge rösträtt även för medborgare bosatta utomlands. Detta gäller särskilt för Finland och Sverige. Enligt 6 § i den finska riksdagsordningen (RO) är valberättigad, «utan avseende på boningsort», envar finsk medborgare som före valåret fyllt 18 år. Vill man utesluta den dubbla rösträtten bör det ske genom avtal mellan berörda länder. Det bör i detta sammanhang påpekas, att dubbel rösträtt även för närvarande kan komma ifråga till följd av dubbel medborgarskap.

En ytterligare dimension gäller frågan, om en reform skall omfatta endast rösträtten eller också valbarheten. Normalt sammankopplas ju dessa två funktioner; så skedde även i samband med den nordiska kommunala rösträttsreformen. Statsminister Sorsas ovannämnda förslag utgår dock från att reformen för parlamentsvalen skulle gälla endast rösträtten. Modellen torde be-

tingas av de vanskligheter som rätten för icke-medborgare att som parlamentarer delta i t. ex. utrikes- och försvarspolitiskt beslutsfattande kunde medföra.⁴⁰ I och för sig är det ingenting enastående att rösträtten innefattar persongrupper som inte är valbara. T. ex. i Finland saknar enligt RO 7 § 2 mom. den stamanställda militärpersonalen valbarhet till riksdagen.

Utan att här ta kategoriskt ställning till vilket av ovannämnda alternativ som är det bästa är vi böjda att förespråka en lösning som *frikopplar rösträtten och medborgarskapet*. Redan i detta nu är villkoren för erhållandet och återfåendet av medborgarskap flexibla för de nordiska medborgarnas del. Andå är benägenheten t.ex. för sverigefinländarna att byta medborgarskap relativt begränsad. Naturligtvis kan sägas, att en ytterligare sänkning av den formella tröskeln för medborgarskap kunde vara ägnad att avdramatisera institutet och göra hela medborgarskapsfrågan till något av en rutinmässig registreringsangelägenhet.

Det nordiska samarbetet till trots finns det dock gränser för en sådan utveckling. Vi har fortfarande att göra med suveräna nationalstater, som dessutom valt olika utrikes- och säkerhetspolitiska lösningar. Även i relationerna mellan dessa länder torde medborgarskapet för en överskådlig framtid bibehålla åtminstone en del av sitt tidigare principiella och symbolvärde. Om man vill relativt snabbt ge ett större antal invandrare rösträtt i parlamentsval förefaller den enda framkomliga vägen att ge upp medborgarskapet som absolut villkor.⁴¹ På ett nordiskt plan kunde denna modell vara ägnad att både stärka den nordiska gemenskapen och ge utrymme för de enskilda nordiska ländernas suveränitetsintressen.

Mot en dylik lösning kan anföras, att den i alltför hög grad urholkar begreppen folk och folksuveränitet, som ju är av centralt intresse när frågan gäller parlamentsval. Då enligt RF 2 § «statsmakten i Finland tillkommer folket, som företrädes av dess till riksdag församlade representation», kan man fråga sig, om det är tillbörligt att detta «folk» inkluderar personer som inte är finska medborgare och som därför också saknar bl.a. grundlagsskyddade fri- och rättigheter, rätt att utnämnas till statlig och kommunal tjänst och immunitet mot utvisning ur landet.

40 Se även det svenska kommittédirektivet 1983:6 om rösträtt för invandrare vid riksdagsval m.m., s. 7–9.

41 När detta referat går i tryck ger töningsuppgifter vid handen att även den svenska rösträttskommittén stannat för detta alternativ, som i kommitténs förslag skulle innebära rösträtt men inte valbarhet i riksdagsval för nordiska medborgare som bott mer än tre år i Sverige, Hufvudstadsbladet 1.2.1984.

Frågan bör ställas men inte överdramatiseras. För det första kan nämnda konsekvenser av frånvaron av medborgarskap i Finland ses som anakronismer, som blir föremål för revision oberoende av utvecklingen rörande rösträtten i statliga val. För det andra kan man åtminstone på ett *nordiskt* plan introducera ett vidare folkbegrepp, som innebär vissa men inte alla medborgerliga fri- och rättigheter i det nordiska land man är bosatt men inte medborgare i. Vi utgår från att de nordiska länderna börjar vara mogna för en dylik omgestaltning av sina samhällen och sin gemenskap.

Inledningsvis gjordes ett försök att illustrera relationen mellan medborgarskap och främlingskap genom en grov indelning i 1) ekonomiska och sociala frågor; 2) politisk demokrati och 3) nationell säkerhet. Kanske borde vi sträva till följande modell:

ekonomiska, sociala frågor	i landet bosatta utlänningar
-------------------------------	---------------------------------

politisk demokrati	nordiska medborgare
--------------------	---------------------

nationell säkerhet	nationella medborgare
--------------------	-----------------------

För mellangruppen politisk demokrati har modellen redan delvis förverkligats (t. ex. den kommunala rösträtten och valbarheten). Gränsdragningen mellan denna kategori och «nationell säkerhet» är givetvis vanskelig. *En* möjlig gränsdragning kunde se ut så här:

	I	II	III	IV
	ytrandefrihet kommunal rösträtt och valbarhet	politisk för- enings- och för- samlingsfrihet		
POLITISK DEMOKRATI		som huvudregel kompetens för statstjänster	statlig rösträtt förbud mot utvisning	
NATIONELL SAKERHET				valbarhet till riksdagen kompetens för ledande statliga befattningar militärtjänstgöring

I = förverkligade

II = delvis förverkligade i Norden

III = ej ännu förverkligade i något nordiskt land

IV = torde även i fortsättningen bindas till medborgarskap

Särskilt förbudet mot utvisning har kopplingar även till den nationella säkerheten. Rättssäkerhets- och demokratiöverväganden talar dock för en reform även på denna punkt.

Den bästa lösningen förefaller oss bestå av gemensamma nordiska arrangemang, som utgår från begreppet nordiskt medborgarskap. För den statliga rösträttens del kan man tänka sig en lösning, som bygger på modellen med kommunal rösträtt (varvid sk. dubbel rösträtt vore utesluten). Olika partiella interimslösningar torde dock också kunna komma i fråga, såsom ett bilateralt finskt-svenskt arrangemang som i ett senare skede utvidgas till att omfatta hela Norden. Man kan givetvis också föreställa sig ensidiga åtgärder som går utanför den nordiska ramen. Sålunda kan t. ex. Sverige i framtiden vilja utsträcka rösträtten till alla i landet fast bosatta invandrare medan Danmark kanske vill involvera där bosatta EG-medborgare.

Dessa och andra modeller och metoder kommer att utgöra intressant debattstoff under våren och sommaren 1984. Kanske är vi litet klokare redan när vi träffas i Oslo den 15.–17. augusti.

Efterskrift

Under pågående tryckning av föredraget har den svenska rösträttskommittén avgett sitt betänkande (Rösträtt och medborgarskap. Invandrades och utlands-svenskars rösträtt. Huvudbetänkande, SOU 1984:11; Bilagor, SOU 1984:12).

Såsom redan framgår av not 41 föreslår kommittén, att *nordiska* medborgare ges *rösträtt* men inte valbarhet i statliga val enligt samma principer som gäller för kommunalval. Mot förslaget har reserverat sig de borgerliga representanterna, som vill kvarhålla sambandet mellan rösträtt och medborgarskap, och vpk's representant, som vill utsträcka rösträtten även till andra än nordiska invandrare.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Bernhard Gomard

«Letters of intent»
(hensigtserklæringer)

Indhold

	Side
1. Introduktion	248
2. Kontraktforhandlinger og kontraktsindgåelse	252
2.1. Grunde til at benytte letters of intent	252
2.2. Dokumenter af foreløbig karakter til støtte for udarbejdelsen af komplicerede kontrakter	252
2.3. Principbeslutning om at indgå en kontrakt træffes ofte i hast	258
2.4. Undersøgelser og forberedelser samt kontraktsopfyldeshandlinger før afslutning af endelig kontrakt	259
2.5. Foreløbige partserklæringer, letters of intent og andre hensigtserklæringer («avtalspreliminärer»)	260
3. Letters of intent og almindelige kontraktsretlige regler om foreløbige og ufuldstændige viljeserklæringer og aftaler	263
3.1. Viljeserklæringer omtalt i Aftalelovens kap. 1	263
3.2. Hensigtserklæringer ctr. dispositive løfteerklæringer	265
3.3. Udtrykkelige bestemmelser i et letter of intent om erklæringens retsvirkninger	269
3.4. Kravet til bindende aftaler om et bestemt indhold	270
4. Retlig regulering af parternes stilling under kontraktforhandlinger	276
4.1. Prækontraktuelle retsvirkninger	276
4.2. Betydningen af et letter of intent for prækontraktuelle retsvirkninger	277
4.3. Hjemmelen for prækontraktuelle retsvirkninger	277
5. Beskyttelse af information udvekslet mellem parter under kontraktforhandlinger	282
5.1. Kontraktforhandlinger i almindelighed	282
5.2. Kontraktforhandlinger med benyttelse af letters of intent	284
6. Omkostninger forbundet med undersøgelser og andre forberedelser af kontraktsindgåelsen samt med påbegyndt opfyldelse af kontrakten	286

	Side
6.1. Almindelige markedsførings- og salgsomkostninger	286
6. Omkostninger ved udregning af individuelle tilbud	287
6.3. Omkostninger ved udarbejdelsen af projekt	288
6.4. Pligt til dækning af omkostningerne ved tilvejebringelse af grundlaget for beslutningen om indgåelse af den intenderede kontrakt	290
6.5. Pligt til dækning af omkostningerne og pligt til gennemførelse af den intenderende kontrakt efter delvis eller fuldstændig opfyldelse	293
7. Pligt til loyalt at forhandle om indgåelse af den intenderede kontrakt	301
7.1. Problemstillingen	301
7.2. Kontraheringspligt medmindre rimelig grund til ikke at indgå den intenderede kontrakt	302
7.3. Erstatningspligt medmindre rimelig grund til ikke at indgå den intenderede kontrakt	307
Forkortelser	311

«Letters of intent» (hensigtserklæringer)

Av professor dr. jur. BERNHARD GOMARD, Danmark

1. Introduktion

Nogle løfter er retligt bindende. Dette gælder f. eks. løfter om at betale for indkøbte varer og om at tilbagebetale modtagne lån. Andre løfter er ikke retligt bindende. Dette gælder f. eks. i almindelighed løfter om at efterkomme en invitation til middag eller om at deltage i en skovtur. Løfter er kun bindende, såfremt løftegiveren må antages at have haft til hensigt at skabe et retsforhold.¹ I den juridiske litteratur nævnes adskillige eksempler på løfter og aftaler, som ikke er retligt bindende for afgiveren eller for parterne. De fleste af disse eksempler angår selskabelige og familiemæssige situationer, hvor alle er enige om, at retlig tvang ikke er på sin plads. Også i forretningsmæssige sammenhæng, uden for området for familiemæssige eller selskabelige relationer, afgives der imidlertid erklæringer eller indgås aftaler, som ikke har samme bindende virkning som kontraktsrettens løfter og kontrakter. Ikke enhver rosende omtale af salgsgenstanden tillægges virkning som en garanti for høj kvalitet, sml. herved nu Købelovens § 76, stk. 1, nr. 1 og 2 om forbrugerkøb. I forældelsessager rejses nu og da tvivl om, hvorvidt en erklæring fra skyldneren er en meddelelse uden retlig betydning eller en anerkendelse af gælden, der afbryder forældelsen (sml. Forældelsesloven nr. 274 af 22. december 1908 § 2), en «dispositiv skylderkendelse» som det siges i UfR 1959. 178 H. Det forekommer også, at parter i deres aftale indsætter en klausul om, at aftalen ikke er retligt bindende, eller at det af aftalens indhold fremgår, at parterne ikke har tilsigtet at skabe en almindelig kontraktmæssig

¹ *Simpson* 91 LQR 263 ff (1975) sporer formuleringen af et krav om «intention to create legal relations» tilbage til Pufendorf. Se om dansk ret *Lassen: Obligationsretten*, alm. del s. 37 med note 1 og *Ussing: Aftaler*, 3. udg., 1950, s. 37 f.

binding.² Grænsedragningen mellem retligt bindende løfter og faktiske meddelelser og erklæringer uden løftevirkning «enuntiationer» har i de senere år fået større betydning og har derfor tiltrukket sig en stigende opmærksomhed.

I afhandlingens nr. 1 er i korthed beskrevet nogle eksempler på erklæringer, som er karakteristiske ved, at de

- afgives i situationer, der ikke som private, huslige og selskabelige gøremål er uegnede til retlig regulering,
- giver udtryk for afgiverens eller parternes ønske om eller hensigt til at nå bestemte mål og som
- er bestemt til at påvirke modtagerens (adressatens) adfærd.

Fælles for de opregnede typer af hensigtserklæringer er, at spørgsmålet om erklæringerne har retsvirkninger og i bekræftende fald hvilke er uafklaret. De opregnede erklæringer er indbyrdes forskelligartede, og en retlig regulering som måtte være gældende om en type af erklæringer kan ikke uden videre overføres på dem alle. Afhandlingen angår letters of intent i den snævrere forstand, hvori udtrykket nu er almindeligt brugt.³

Eksempel 1. Det er i de senere år stadig blevet mere almindeligt, at en af parterne eller parterne i fællesskab i et letter of intent skitserer indholdet af den kontrakt, som de senere agter at indgå med hinanden (den intenderede kontrakt), hvor indgåelsen af kontrakter (eller komplekset af kontrakter) kræver langvarige forhandlinger, omfattende undersøgelser, medvirken af flere parter og forelæggelse for offentlige myndigheder. Formålet med at afgive et énsidigt eller fælles letter of intent er dels at skabe en fast ramme om de forestående kontraktforhandlinger, dels at give udtryk for alvoren af deres udtalelser om, at de ønsker, at kontrakten skal komme i stand. Ordentlige folk omgås ikke letsindigt med letters of intent, men flere amerikanske retsafgørelser har

2 Sagen *Rose and Frank v. Crompton* (1924 AC 445) angik en forhandlerkontrakt, der indeholdt en «Honorabel Pledge Clause» gående ud på, at aftalen var udtryk for the purpose and intention of the parties' concerned, men at retssag om aftalen var udelukket. I dommen sagde Scrutton LJ bl.a.: «In social and family relations such an intention is readily implied, while in business matters the opposite result would ordinarily follow. But I can see no reason why, even in business matters, the parties should not intend to rely on each other's good faith and honour, and to exclude all ideas of settling disputes by any outside intervention, with the accompanying necessity of expressing themselves so precisely that outsiders may have no difficulty of understanding what they mean».

3 Letters of intent er i nordisk juridisk litteratur omtalt af *Henrik Lind* i R & R 1980.381, *Frihagen*: Lectures in oil and gas law, 1983, s. 86 f, *Hellner* i TJFF 1979, 286 og *Lars Gorton*: Shipping and Contracting, 1983, s. 43 ff. Af litteraturen uden for Norden må navnlig fremhæves en tysk monografi af *Marcus Lutter*: Der Letter of Intent, 1981 og en rapport udarbejdet af *M. Fontaine* trykt i 1977 D.P.C.J., tome 3, no. 2 s. 73 ff.

antaget, at et letter of intent ikke har samme retsvirkning som den intenderede kontrakt ville have haft, dersom den var kommet i stand. Dette synspunkt er almindeligt accepteret, bl.a. med den konsekvens at letters of intent ikke stemples som kontrakter, ikke bogføres eller nævnes i årsregnskabet og ikke altid udstedes af den, som er beføjet til at afslutte den intenderede kontrakt. Synspunktet, at letters of intent ikke er bindende, er imidlertid kun udtryk for et almindeligt princip eller tendens. Mange spørgsmål omkring letters of intent er uafklarede, og benævnelsen letter of intent bruges om erklæringer af forskellig karakter. Nogle af de erklæringer, der kalder sig letter of intent – eller lignende udtryk, såsom letter of understanding, accord de principe eller lign. – er ganske vage og skitse-mæssige, mens andre har et sådant bestemt og detaljeret indhold, at der ikke ville være nogen praktisk vanskelighed forbundet med at tillægge erklæringen betydning som tilbud eller kontrakt. Nogle letters of intent indeholder bestemte bindende tilbud eller aftaler om begrænsede spørgsmål, og nogle indeholder lovvalgsklausuler og voldgiftsklausuler. Medtagelsen af sådanne klausuler i erklæringen viser, at udstederen har forestillet sig, at der vil kunne opstå tvister om forståelsen af erklæringen, måske også at erklæringen har visse retsvirkninger. Nogle retsregler, der omfatter bindende kontrakter af en vis art, finder efter omstændighederne også anvendelse på en gensidig, ikke-retlig bindende forståelse, jfr. således Monopollovens § 6, stk. 1, og Rom-traktaten art. 85 om «samordnet praksis».

Eksempel 2. Hvor en økonomisk stærk virksomhed ønsker at hjælpe en anden, mindre stærk eller kendt virksomhed, som den ejer eller af andre grunde har interesse for, til at opnå kredit, uden dog at være til sinds at stille kaution eller anden garanti for kreditten afgives undertiden en erklæring om, at kreditoptagelsen er moderselskabet etc. bekendt, og at – med forskellige formuleringer – afgiveren er sindet at bistå låntageren med at tilrettelægge sin virksomhed, således at låntageren kan opfylde sin forpligtelse over for långiveren. En sådan erklæring kaldes et letter of awareness, letter of comfort eller lettre de confort, back-up letter, Patronatserklæringen eller lettre de patronage. Erklæringer af denne art har i almindelighed ikke retsvirkning som en kaution. Brugen af en af de nysnævnte betegnelser udtrykker normalt en afstandtagen herfra. Tilbage står imidlertid spørgsmålet om, hvilken anden retlig virkning der eventuelt er knyttet til erklæringen.

Eksempel 3. Et letter of awareness adskiller sig fra et typisk letter of intent ved, at det ikke er bestemt til at blive afløst af en endelig konventionel kontrakt (kaution). Der kendes imidlertid eksempler på hensigtserklæringer, der er bestemt til at tjene som en varig ramme for et samarbejde mellem parterne. Således undertegnede pengeinstitutternes organisationer og Generaldirektoratet for Post- & Telegrafvæsenet i 1979 en hensigtserklæring for samarbejde mellem parterne om betalingsformidling. Parterne i en hensigtsaftale om samarbejde har fundet det nødvendigt eller nyttigt at udstikke almindelige retningslinier for deres fremtidige samarbejde. Et godt samarbejde kræver altid en gensidig imødekommenhed. Her er det også på grund af retningsliniernes almindeligt holdte karakter åbenbart, at samarbejdet ikke fungerer uden vilje til at bøje sig mod hinanden for at opnå enighed.

Eksempel 4. I retligt bindende aftaler, der i et vist omfang har karakter af rammeaftaler, som f. eks. kollektive aftaler om arbejdsforhold forekommer det, at parterne i forbindelse med kontraheringen i et protokollat, en note eller en selvstændig erklæring giver udtryk for, at de inden for aftalens rammer i almindelighed eller ved praktiseringen af en bestemt klausul vil forholde sig på en bestemt måde, tilstræbe visse angivne mål eller følge visse retningslinier. Hensigtserklæringer af denne art er næppe uden retsvirkninger, men erklæringerne kan på grund af deres ubestemte eller elastiske karakter ikke altid i retsanvendelsen udfyldes på en måde, der fuldt ud virkeliggør den oprindelige intention. Som eksempler på sådanne erklæringer kan nævnes en «fortrædiggelsesklausul», hvori arbejdstager- og arbejdsgiverorganisationer efter en konflikt udtrykker vilje til at lade konflikten være glemt og til ikke at fortrædige hinanden eller en klausul i en tryghedsaftale om at virksomheden, såfremt den på grund af rationalisering, omorganisering eller andre ydre forhold får overskud af arbejdskraft vil søge i et positivt samarbejde med personaleforeningen gennem uddannelse og omskoling at sikre de berørte medarbejdere fortsat beskæftigelse i virksomheden.⁴

Eksempel 5. Hvor indgåelse af en bindende kontrakt er forbudt eller udløser uønskede retsvirkninger, er det forekommet, at parter indgår aftaler, som udtrykkeligt erklærer ikke at være retligt bindende. Her er hensigtserklæringer åbenbart lige så virkningsløse som en kontrakt, og afgivelse af sådanne erklæringer vil efter omstændighederne fremkalde sanktioner.⁵

Eksempel 6. Stater kan indgå bindende traktater, men kan også afslutte «hensigtsaftalen». Som eksempel på en aftale, der ikke er retligt bindende som en traktat, kan nævnes aftalen af 1976 mellem OECD's medlemslande om at begrænse rentefavøren på eksportkredit til en «consensus rate».

Letters of intent anvendes – ligesom letters of awareness – hyppigt i internationale forhold, og erklæringerne skal ofte bedømmes efter fremmed ret. Både af denne grund og fordi der er høstet større erfaringer med letters of intent i de store lande end i Danmark har det interesse ikke blot at undersøge dansk og nordisk ret, men også anden fremmed rets stilling til disse erklæringer. Afhandlingen bygger i væsentlig grad på udenlandsk materiale.

Et letter of intent må antages at være undergivet samme lov, som er anvendelig på den kontrakt, hvis indgåelse erklæringen bebuder. Afgørende for dette lovvalg er parternes aftale eller i mangel af aftale om lovvalget til hvilket land kontrakten har sin nærmeste tilknytning. Dette land vil som oftest være det land, hvor den part, som skal præstere den for aftalen karakteristiske ydelse, har sin bopæl eller sit hovedsæde.⁶

4 Spørgsmålet om grænsen mellem retlig forpligtelse og god vilje i tariffaftaler har været indgående drøftet i England i tilslutning til Ford Motor Co. Ltd. v. Almagamated Union of Engineering and Foundry Workers (1969) 2 All ER 481 omtalt bl.a. i *Cheshire & Fifoot: Contract* 10th ed 1981 s. 104 f.

5 Jfr. bl.a. *Steindorff* i *Festschrift til Larenz*, 1973, s. 219 ff.

6 Jfr. nærmere EF-konventionen om lovvalg i kontraktsforhold af 1980 (EFT 1980 L 266 af 9. oktober 1980) og Lov om gennemførelse af konventionen af 1984.

Spørgsmålet om et letter of awareness pålægger afgiveren forpligtelser og i bekræftende fald hvilke, må i almindelighed bedømmes efter loven i det land, hvor afgiveren har sin bopæl eller sit hovedsæde.⁷

2. Kontraktforhandlinger og kontraktsindgåelse

2.1. Grunde til at benytte letters of intent

Det kan lette forhandlingerne om indgåelsen af en kontrakt, dersom den ene part eller parterne i fællesskab præciserer hovedlinierne i den kontrakt de ønsker at indgå. Den, der modtager en forsikring om, at den anden parts ønske om at få kontrakten i stand er alvorligt ment, er mere tilbøjelig til at ofre tid og kræfter på kontraktforhandlinger end den, der må være forberedt på, at den anden part blot ønsker at orientere sig om de muligheder, der byder sig. Der kan være brug for en hurtig fiksering af en principbeslutning om gennemførelse af et projekt, og der kan være behov for at have et holdepunkt i en erklæring fra den anden part om, at han vil gennemføre sine planer inden der investeres større beløb i undersøgelser, forberedelser eller eventuel påbegyndelse af opfyldelse af kontrakten. Brugen af letters of intent skyldes, at sådanne erklæringer kan tjene disse formål. Til nærmere illustration af problemer omkring indgåelsen af store kontrakter er i nr. 2.2.–4. omtalt tre faktorer, der kan motivere brugen af letters of intent eller andre partserklæringer af foreløbig karakter: Kontraktens omfattende og komplicerede karakter, parternes tidnød, og nødvendigheden af at iværksætte omfattende foranstaltninger før en fuldstændig kontrakt kan udarbejdes og endeligt godkendes af parterne.

2.2. Dokumenter af foreløbig karakter til støtte for udarbejdelsen af komplicerede kontrakter

Forberedelsen og indgåelsen af kontrakter former sig på meget forskellig måde. Mange dagligdags kontrakter – både forbrugerkontrakter og kommercielle kontrakter – kommer i stand, blot ved at kunden over for en erhvervsdrivende angiver, hvilken ydelse han ønsker og samtidig udtrykkeligt eller stiltiende («konkludent») tilkendegiver sin indforståelse med, at kontrakten indgås på grundlag af den erhvervsdrivendes faste prisliste og almindelige forretningsbetingelser (standardvilkår). Store kommercielle kontrakter kommer ofte først i stand efter en både langvarig og indgående forhandling mellem parterne. Dette er navnlig tilfældet, hvor den påtænkte kontrakt er af omfattende og kompliceret karakter, hvor værdien af kontraktsgenstanden er betydelig, hvor kontrakten skal tjene som mønster for et fremtidigt betydeligt antal ensartede kontrakter eller hvor kontraheringen forudsætter godkendelse fra offentlige myndigheder og medvirken af flere parter, f. eks. underleverandører eller aftagere, banker og forsikringsselskaber.

Deltagerne i langvarige og omfattende kontraktforhandlinger har behov for at holde rede på modpartens og egne oprindelige og senere indtagne standpunkter og fremsatte krav, f. eks. vedrørende tekniske specifikationer, kvanta, leveringstid samt pris og betalingsbetingelser. En forhandlingsdeltager bør også have overblik over de spørgs-

⁷ Jfr. herved *Lando*: Kontraktstatuttet s. 320 og *Carsten Smith*: Garantirett II, 1963, s. 419 ff.

mål, som – efter hans opfattelse – bør reguleres i den påtænkte kontrakt. Det er hensigtsmæssigt og også almindeligt, at kontraktsforhandlere støtter deres hukommelse om egne og andres standpunkter under forhandlinger, efterhånden som disse skrider frem, og om opnåede forhandlingsresultater i form af en præcisering af det tilstræbte kontraktsindhold, af enighed om nogle punkter og indsnævring af uenigheden om udestående punkter ved at udarbejde interne promemorier, f. eks. i form af checklister, mødereferater eller kontraktsudkast. Kontraktsforhandlingernes gang lettes, hvis nogle af disse hjælpedokumenter udformes således, at de kan benyttes af alle deltagere i forhandlingerne. Sådanne dokumenter overgives ofte den eller de andre parter i udkast med henblik på at opnå enighed om en endelig tekst, som indeholder et korrekt mødereferat, en af begge parter anerkendt liste over udestående spørgsmål eller et kontraktsudkast, som kan forelægges for andre, f. eks. for ledelsen hos de deltagende parter, for tredieparter eller myndigheder, hvis bistand eller medvirken ønskes. Kontraktsudkast og erklæringer fra sagkyndige teknikere eller andre føjes undertiden som bilag til mødereferater. Hjælpedokumenter af den beskrevne art adskiller sig fra letters of intent ved, at de er udfærdigede af forhandlingsdeltagerne og angår de faktisk behandlede spørgsmål, mens letters of intent som oftest er underskrevet af den tegningsberettigede ledelse,⁸ og angiver hovedlinierne i det ønskede arrangement.

Mødereferater underskrives ofte af deltagerne i forhandlingerne. Den blotte underskrift – også underskrift uden forbehold om at de refererede udtalelser ikke binder parterne – på et mødereferat eller lignende dokument, opfattes i almindelighed kun som udtryk for anerkendelse af referatets rigtighed som referat af mødet, men hverken, medmindre andet fremgår af teksten,⁹ som et løfte om at de refererede standpunkter vil blive fastholdt, eller som et afkald på at rejse andre krav eller indvendinger. Det er et naturligt led i kontraktsforhandlinger, at deltagere erklærer sig enige i, indgår på, accepterer eller tilsiger en bestemt ordning vedrørende enkelte af punkterne i kontraktsudkastet. Deltagerne eller de parter, de repræsenterer bliver imidlertid kun bundet af udkastet, hvis de giver udtryk for en endelig beslutning om at binde sig til den udarbejdede tekst, være sig som et tilbud, en accept eller som en endelig kontrakt tiltrådt af alle parter. Arbejdsdokumenter, som udarbejdes og udveksles mellem parterne under *kontraktsforhandlinger*, har ikke i almindelighed de retsvirkninger,

8 Efter den franske Loi sur les sociétés commerciales af 24. juli 1966 art. 98 kræver et aktieselskabs kautioner og garantier bestyrelsens tiltrædelse. Et lettre de confort, som ikke er en kaution d.v.s. et løfte om direkte betaling til kreditor, er ikke omfattet af art. 98, jfr. *Terray* i *International Financial Law Rev.* 1982.36.

9 I sagen UfR1977.927 H hed det i et referat af et møde om indgåelse af en entreprisekontrakt bl.a., at «mellem BB og EE er der i det væsentlige opnået enighed om, at det af EE fremsendte tilbud på opførelse af den ny monteringshal på matr.nr. xx». Herefter var i referatet nævnt en række tekniske ændringer i projektet og afslutningsvis hed det: «EE stiller bankgaranti på 20% af entreprisensummen. EE fremsender snarest muligt eventuel prisregulering på de punkter i referatet, der ikke er indeholdt i det først fremsendte tilbud». Højesteret fandt, at parterne med godkendelse af dette referat havde indgået en bindende kontrakt. I NRt 1935.1000 – refereret i *Arnholm: Privatrett II* s. 73 – blev et af begge parter underskrevet «grundlag for kontrakt angående salg af gaarden S til H.K.» anset som bindende for sælgeren.

navnlig passivitetsvirkninger, som efter omstændighederne er knyttet til tilsvarende berettende, oplysende, refererende dokumenter, som udarbejdes under *kontraktopfyldelsen*, som f. eks. byggemødereferater, jfr. herved dansk AB 72 § 11, stk. 3,¹⁰ eller mangelslister udarbejdet ved afleveringen af en entreprise, ved tiltrædelse eller ophør af lejemål.¹¹

Det kan være hensigtsmæssigt under forhandlingerne om større og mere komplicerede kontrakter i et fælles arbejdsdokument at nedskrive foreløbige formuleringer både som et promemoria om foreløbige vedtagelser og konstateret enighed om enkelte bestemmelser og som en hjælp ved den endelige redaktion af kontrakten. Under forhandlingerne om salg af en fast ejendom, hvor parterne er kommet hinanden nær og forventer at nå et resultat, kan det f. eks. være praktisk at udfylde rubrikkerne i en slutseddelblanket, efterhånden som enighed opnås. Det kan også være en praktisk fremgangsmåde under kontraktforhandlingerne at udarbejde en fuldstændig kontraktstekst eller dog en samlet tekst til kontraktens hovedbestemmelser, bl.a. i tilfælde, *hvor* der på den ene eller begge sider skal deltage adskillige personer i beslutningsprocessen, *hvor* kontraktindholdet færdigforhandles og formuleres af personer, som ikke er bemyndiget til at binde parten, således at forelæggelse f. eks. for direktion, bestyrelse eller klient til eventuel godkendelse er en nødvendighed, eller *hvor* forelæggelse af kontraktsteksten for andre end kontraktens parter er nødvendig, inden en kontrakt kan afsluttes.¹² Forelæggelse kan være nødvendig med henblik på at sikre finansiering eller forsikring af projektet eller at opnå godkendelser, dispensationer, tilskud eller lignende fra offentlige myndigheder.

En færdig kontraktstekst, som kun er underskrevet af den ene part, må efter omstændighederne opfattes som et tilbud fra denne part til den anden forhandlingspart, som (endnu) ikke har skrevet under, om at indgå en kontrakt i overensstemmelse med dokumentets indhold. Således må en afsluttende bemærkning i Dansk Ejendomsmæglerforenings slutseddelblanket forstås. Bemærkningen lyder således: «Indtil slutsedlen

10 Se om byggemøder bl.a. UfR 1974.583 samt *Hørlyck*: Entreprise- og licitationsbetingelser, 3. udg. 1982, s. 113 f, 135 f og 142.

11 Se om mangelslister *Hørlyck* anf. v. s. 224.

12 Der kan i et påtænkt kontraktskomplex være bestemmelser, som parterne ikke ønsker at gøre andre bekendt med, f. eks. oplysninger om tekniske eller forretningsmæssige hemmeligheder, såsom know-how, kundeforbindelser, prisberegninger etc. For at sikre fortroligheden opdeler parterne undertiden kontraktsdokumentet i en åben og en hemmelig del. Det fortrolige stof udskilles til omtale i et særskilt side-letter (contre-letter), og kun hoveddokumentet meddeles andre, f. eks. ved tinglysning, registrering eller forevisning for myndigheder eller trediepart. En forudsætning for benyttelse af denne fremgangsmåde er naturligvis, at indholdet af the side-letter ikke er omfattet af registreringskravet, at ingen anden offentlig interesse kræver fuld oplysning om parternes aftale, eller at denne er uden berettiget saglig interesse for den offentlige myndighed eller private part, der får hovedkontraktsdokumentet forelagt som led i sit beslutningsgrundlag, sml. herved om overenskomst om stiftelse af et aktieselskab Aktieselskabslovens §§ 6, 155 og 158. Indholdet af et uoplyst side-letter kan ikke gøres gældende over den, der i god tro får transport på hovedkontrakten, jfr. Aftalelovens § 34.

er forsynet med såvel købers som sælgers underskrift, er den at betragte som et tilbud.» Hermed menes, må man tro, et tilbud fra den af to forhandlingsparter, der har underskrevet, til den, der ikke har underskrevet, om at sælge eller købe ejendommen p^o de i slutsedlen angivne vilkår.

Det kan efter omstændighederne være hensigtsmæssigt, at forhandlingspartnere indgår en aftale med forbehold af retligt nødvendige eller ønskede godkendelser i tilfælde, hvor deres forhandlinger har ført til et resultat, som findes tilfredsstillende af de personer, der har deltaget i forhandlingerne på begge sider, men som hos en eller flere parter skal forelægges for eller dog ønskes forelagt for en overordnet person eller organ, f. eks. direktion eller bestyrelse, for en trediepart, f. eks. financier, forsikrings-selskab, eller en underleverandør eller for en myndighed. Indgåelse af en endelig betinget kontrakt kan f. eks. være en praktisk eller nødvendig fremgangsmåde, hvor en udlænding har købt en fast ejendom i Danmark, men hvor handelen kun kan gennemføres med Justitsministeriets godkendelse i medfør af lov nr. 344 af 23. december 1959, eller hvor et selskab eller en forening, der har købt en fast ejendom til anden anvendelse end helårsbeboelse og erhvervsøjemed, søger Planstyrelsens godkendelse af erhvervelsen i medfør af lovebekendtgørelse nr. 495 af 19. september 1975 § 8. I tilfælde af denne art foreligger der en endelig, men suspensivt betinget kontrakt.¹³ Det er ikke altid en hensigtsmæssig fremgangsmåde at indgå en bindende kontrakt, som alene er betinget af, at en bestemt godkendelse eller tilsagn opnås, hvor gennemførelsen af kontrakten er afhængig af, at der kan findes en gunstig finansieringsordning eller af, at offentlige myndigheder på forskellig måde stiller sig imødekommende. Efterfølgende tilpasninger af den påtænkte aftale kan være nødvendige, dersom en gunstig finansiering eller nødvendige godkendelse etc. ikke kan opnås på netop de vilkår, parterne oprindeligt havde forestillet sig, sml. til illustration UfR 1954. 606. Det kan også vise sig nødvendigt at tilpasse tidspunkterne for aftalens ikrafttræden, leverings- og betalingsterminer efter, hvornår det lykkes at opnå tilfredsstillende tilsagn og godkendelser.

Kontraktsparter kan eliminere eller begrænse den usikkerhed, de måtte føle om, hvorvidt et letter of intent vil blive opfyldt, ved at indgå en endelig betinget kontrakt, navnlig hvor begge parter har lige mulighed for at hidføre opfyldelsen af betingelserne, eller dersom ingen af dem har mulighed for at indvirke på, om betingelsen vil blive opfyldt. Hvor den ene parts medvirken er afgørende for opfyldelsen af en betingelse, opstår spørgsmålet, om parten har pligt til at yde denne medvirken og i bekræftende fald om karakteren af denne pligt. Modvirker en part opfyldelsen af en betingelse, kan den anden part efter omstændighederne kræve sig stillet, som om betingelsen var opfyldt, jfr. Code civil art. 1178, men det må vistnok antages herudover, at parten har

¹³ Udarbejdelse af en endelig betinget kontrakt kan f. eks. også være hensigtsmæssig, hvor parternes ønske om at gennemføre kontrakten alene er betinget af, at Ligningsrådet ved en bindende forhåndsbesked om skattespørgsmål efter lov nr. 143 af 13. april 1983 tiltræder parternes syn på den skattemæssige betydning af kontrakten. Retsvirkningen af betingede kontrakter er omtalt i *Ussing: Aftaler* s. 447 ff og *Hov: Avtalerett* s. 23. Se også *Lars Gorton: Shipping and Contracting*, 1983, s. 49 ff.

pligt til uden urimeligt ophold og efter bedste evne at bidrage til, at betingelsen opfyldes.¹⁴

Parter, der er kommet til enighed under kontraktforhandlinger, som de har ført uden juridisk bistand, kan oprette et letter of intent, men kan også vælge at indgå en kontrakt med det forbehold, at det udarbejdede kontraktsdokument skal forelægges den ene eller begge parter advokat(er) «til gennemsyn», «til godkendelse af formuleringen», til «gennemgang og godkendelse», «til endelig udfærdigelse» eller lign. Det afhænger af den benyttede formel og af traditionen, i hvilket omfang en sådan kontrakt kan fastholdes. Handler om fast ejendom indgås ofte alene under medvirken af en ejendomsmægler eller -handler og afsluttes ved underskrift af en slutseddel. Det tilføjes undertiden i den benyttede blanket, at den færdigt udfyldte og underskrevne slutseddel skal forelægges en advokat. Den retlige betydning af et «advokatforbehold» afhænger af, hvad der står i forbeholdet. Meningen kan være, at parten først vil binde sig efter samråd med sin advokat, men meningen kan også blot være – og er i praksis oftere –, at advokaten kun skal foretage en sådan mere formel gennemgang af slutsedlen, som kan være naturlig i forbindelse med en overførelse af indholdet af parternes aftale til skødet.¹⁵ En kontrakt, der som en slutseddel om salg af fast ejendom er bindende, men skal afløses af en endelig kontrakt (et skøde), betegnes undertiden som en forkontrakt. Lignende betegnelser for en pactum de contrahendo, en uigenkaldelig aftale om at afslutte en kontrakt, benyttes i andre lande, i Tyskland tales om Vorvertrag, i Frankrig

14 Jfr. herved *Ussing*: Aftaler s. 449 f og *Fontaine* i 1977 D.P.C.J. tome 3, no. 2, s. 101 med note 32. – En kontraktsparts undladelse af loyalt at medvirke til, at en suspensiv betingelse opfyldes, er en culpa in contrahendo, jfr. *Esser*: Schuldrecht, 4. Aufl. 1970 s. 375 med note 8.

15 Jfr. herved UfR 1983.224, Juridisk Formularbog, 12. udg. s. 225 f og A. *Vinding Kruse*: Ejendomskøb s. 14 f. Bestemmelserne i Bekendtgørelse om ejendomsmægleres og ejendomshandleres virksomhed nr. 237 af 19. maj 1982 § 8 om mellemmandens pligt til at udfærdige en slutseddel, der nøjagtigt angiver de aftalte vilkår i parternes aftaler, tager ikke stilling til betydningen af et «advokatforbehold». – UfR 1978.799 H angår en udfyldt men ikke underskrevet slutseddelformular, der var givet en tilføjelse om, at «nærværende slutseddel er betinget af (navnet på køberens banks) godkendelse». – I UfR 1962.266 H havde K udarbejdet et detaljeret tilbud om køb af S's landejendom. Nogle dage senere underskrev begge parter tilbuddet, efter at det var blevet forsynet med følgende påtegning, «Omstående tilbud med ændringer ifølge notater af 9. og 22. maj 1959 accepteres som retningslinier for handelen». Højesteret antog, at dokumentet «var forpligtende for parterne som grundlag for udarbejdelse af skøde». – I England antages et dokument om salg af fast ejendom «subject to contract» at være uforbindende for parterne, jfr. *Cheshire & Fifoot*: Contracts 10th ed, 1981, s. 34 f og nedenfor i note 32. Eksempler på brug af advokatforbehold i andre kontrakter end slutsedler om fast ejendom er omtalt af *Dugdale & Lowe* i Journal of Business Law 1976.32 og af *Knapp* i 33 N.Y. Univ. Law Rev. (1969) s. 699 f og 716 f.

avant-contrats.¹⁶ Et letter of intent er ikke en forkontrakt og heller ikke en ramme-kontrakt (Rahmenvertrag), jfr. nedenfor i nr. 7.1.

Foreløbige aftaler, som indgås af forhandlende parter eller repræsentanter for parterne, der ikke er beføjet eller legitimeret til at indgå en endelig bindende kontrakt på egen hånd, er af en anden karakter end betingede kontrakter og forkontrakter, som det vil fremgå af de følgende to eksempler. (1) En gift person kan ikke uden ægtefællens samtykke gyldigt opsiges, sælges eller pantsætte bolig og bohave, der er fælleseje, jfr. nærmere §§ 18 og 19 i Lov om ægteskabets retsvirkninger nr. 56 af 18. marts 1925 samt §§ 72 og 81, stk. 2, i Lejeloven lovebekendtgørelse nr. 32 af 16. juni 1982. En aftale om salg eller belåning indgået under forbehold af ægtefællens samtykke er ikke en betinget kontrakt i teoriens forstand. Medkontrahentens ret er næppe, som *Lassen* udtrykker det i Obligationsrettens alm. del s. 11 med note 14 «straks (: straks ved indgåelsen af kontrakten) stiftet som betinget». Sålænge der ikke foreligger samtykke fra den anden ægtefælle, kan formentlig den kontraherende ægtefælle («ejeren») på egen hånd fragå aftalen. (2) Der foreligger heller ikke en bindende betinget kontrakt i tilfælde, hvor f. eks. en salgschef har færdiggjort en salgskontrakt under forbehold af samtykke fra selskabets direktør, eller hvor en bankdirektør har tilsagt et lån under forbehold af bestyrelsens godkendelse. Kunden har ikke et retligt krav på, at salgschefen eller bankdirektøren søger aftalen godkendt ved forelæggelse – være sig med en positiv indstilling eller med en redegørelse for hans senere betænkeligheder – for sin direktør eller bestyrelse. Salgschefen eller anden forhandler uden fuldmagt i falder ikke et personligt ansvar over for sin forhandlingspartner efter Aftalelovens § 25 eller andre erstatningsregler, fordi han undlader at søge aftalen godkendt, eller fordi den kompetente person eller organ afslår eller undlader at meddele sin godkendelse.¹⁷ Det er ikke desto mindre ofte hensigtsmæssigt, at forhandlere fører

¹⁶ Jfr. om forkontrakter *Ussing: Aftaler* s. 97, *Arnholm: Privatrecht II* s. 88, *Austenå* i Festskrift til Kristen Andersen, 1977, s. 44 ff, *Dieter Henrich: Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, 1965 og *Carbonnier: Droit civil*, tome 4, 10^e s. 75 f (no. 17).

¹⁷ Ansvar for forhandlingspartnerens negative kontraktsinteresse kan derimod pålægges selskabets forhandler efter den almindelige erstatningsregel, såfremt han har udvist culpa in contrahendo, jfr. således NJA 1963. 105 (omtalt af *Adlercreutz* i *Avtalsrätt I* s. 83), hvor et aktieselskabs forhandler – en af selskabets store aktionærer (45%) – har antaget en ny direktør under forbehold om godkendelse. Ansættelsen blev ikke godkendt. Aktionæren dømt til at erstatte sin forhandlingspartner dennes negative kontraktsinteresse, fordi han, også efter at være blevet klar over, at aftalen måske ikke ville blive godkendt, havde bestyrket partneren i dennes tillid til kontrakten. Den negative interesse, der omfattede rejser, flytteomkostninger og tab ved afvikling af anden virksomhed, havde ikke karakter af (person- eller) tingsskade, og erstatningsansvar for forhandleraktionæren efter svensk ret forudsætter derfor *enten*, hvis ansvaret er et deliktsansvar, at forhandleraktionæren havde udvist et strafbart forhold, eller at ansvaret anses som et kontraktsansvar, jfr. nu Skadeståndslagen 1:1. Dommen må have fulgt dette sidste alternativ, sml. herved *Karlgren: Avtalsrättsliga Spörsmål*, 2. oppl., 1954, s. 13 ff og *Ussing: Aftaler* s. 129 note 29 om at rubriceringen som delikts- eller kontraktsansvar er uden (samme) betydning i dansk ret.

deres drøftelser om kontraktens indhold til ende og udfærdiger et kontraktsdokument, medmindre aftalen kan fældes ind i en fast formular, således at den endelige kontrahering kan ske ved en udveksling af meddelelser om, at den (de) fornødne godkendelser nu foreligger. En sådan fremgangsmåde kan både være praktisk, hvor der hos en eller flere parter skal ske en forelæggelse til godkendelse, og hvor den endelige beslutning om at indgå kontrakter forudsætter, at forskellige afdelinger (økonomi, jura, teknik, salg) hos parterne informeres om kontrakten og ikke har afgørende indvendinger.

2.3. Principbeslutning om at indgå en kontrakt træffes ofte i hast

Udarbejdelsen af kontraktsdokumenter foregår ofte under et betydeligt tidspres. Planlægnings- og beslutningsprocesser i erhvervsvirksomheder domineres af overvejelse af markedsmæssig, teknisk og økonomisk karakter. Virksomhederne er nødt til at tage sig tid til planlægning af markedsføring af de endelige produkter, herunder udarbejdelse af kontraktsformularer og lign. til brug for kundekontrakter, men tiden tillader ikke altid – eller virksomhederne tager sig ikke tiden til – en omhyggelig udarbejdelse af de grundlæggende kommercielle kontrakter om opbygning af produktionsapparat og om samarbejdet mellem de virksomheder, som udfører de forskellige funktioner, produktion, indkøb, distribution og service, i den økonomiske forsyningskæde fra råstof og frem til afsætningen af slutproduktet fra forhandler til den endelige forbruger (der *Letzverbraucher*).

Erfaringen tyder på at tiden til det teknisk-juridiske arbejde med udformning af kontraktmaterialet og forhandlinger om sådanne spørgsmål undertiden er knap, når først de tekniske, markedsmæssige og finansielle betingelser for en forretningsmæssig disposition er fundet at være til stede. Tålmodigheden med jurister og andre koncipister er kun ringe, når ydelsen er defineret, og enighed om pris og betalingsvilkår er opnået, omend kun i skitsmæssig form. Gode, udførlige og afbalancerede kontraktvilkår lader sig imidlertid i almindelighed ikke diktere på stedet ved gentagelse af paradigmaer eller på fri hånd. Advokaterne kan ikke udføre perfekt arbejde hurtigt og i et vacuum. Det kræves tid og medvirken af nøglepersoner i virksomhederne. Der findes mange udmærkede og gennemarbejdede standardvilkår, men sådanne vilkår kan sjældent uden væsentlig tilpasning anvendes i store individuelle aftaler. Der findes også mange og gode, deklaratoriske retsregler, men disse regler tager naturligt nok i endnu højere grad end standardvilkårene sigte på almindeligt kendte og almindeligt brugte kontraktstyper.

Erfaringen tyder også på, at en del væsentlige, forretningsmæssige transaktioner gennemføres på grundlag af kontrakter, der i juridisk-teknisk henseende er spinkle, idet de alene tager stilling til ydelse og pris, men om andre punkter, være sig detailspørgsmål, mulige afvigelser fra en glat afvikling af kontrakten eller andet er tavse eller indeholder bestemmelser, som ikke er gennemarbejdede og afbalancerede. De fleste af disse kontrakter bliver formentlig uanset deres brøstfældighed afviklet på en fuldtud tilfredsstillende måde, idet parterne løser de konkrete tvivls- og tvistspørgsmål, der opstår, ved rimelige aftaler. Under ugunstige omstændigheder, hvor samarbejde og forhandlingsklima mellem parterne ikke længere er godt, hvor en klar og betydelig interessemodsatning har udviklet sig, eller hvor en part er kommet i økonomiske vanskeligheder, har standset sine betalinger eller er gået konkurs, kan en part imidlertid falde for fristelsen til at «blive juridisk» og stille absolutte krav i givet fald under en proces i stedet for at forhandle sig til rette. I tilfælde af konkurs eller død kan det være

vanskeligt for bostyret at se bort fra den optimale udnyttelse af en kontraktsbestemmelse, selv om bestemmelsen nok i sin tid «burde» have været udformet anderledes. Almindelige deklaratoriske regler brydes af positive kontraktsvilkår, også af vilkår som næppe ville have overlevet en tilbundsgående forhandling mellem kyndige repræsentanter for kontraktsparterne.

En retstilstand, hvorefter kontraherende parter kan koncentrere sig om beskrivelsen af ydelsen og leveringsbetingelser, om prisen og betalingsbetingelserne, samt om eventuelle væsentlige ønsker om særordninger, men i øvrig kan overlade den retlige regulering til retsordenens *naturalia negotii* er ønskelig, og som nærmere udviklet i nr. 3.4. bør aftaler, som undlader eller opgiver at regulere alle spørgsmål, som har været fremme mellem parterne accepteres som bindende og gyldige i noget videre omfang end anerkendt i hidtidig teori. Udfyldning af en kontrakt, som ikke er af en fast almindelig kendt type, med retsregler eller med et retligt skøn – i givet fald et dommerskøn – kan være en vanskelig men ikke uløselig opgave.¹⁸ En skræddersyet kontrakt kan ikke udfyldes alene med kendte, generelle regler. Den nødvendige supplerings af kontrakten må i et vist omfang ske ud fra et konkret skøn af lignende art som de, der udøves af en voldgiftsmand eller en voldgiftsret, som af parterne har fået bemyndigelse til at virke som *aimable compositeur*, d.v.s. træffe afgørelse efter equity, efter ret og billighed eller efter et rimeligt forretningsmæssigt skøn. En kontrakt binder både parterne selv samt deres kreditorer og arvinger. Stilles vidtgående krav om bestemthed og fuldstændighed som gyldighedsbetingelse, øges anvendelsesområdet for letters of intent. Usikkerheden om forpligtelsen vil blive fulgt op kan være mere belastende end usikkerheden om, hvordan kontrakten vil blive udfyldt i en tvistsituation. Et letter of intent skaber efter omstændighederne en moralsk forpligtelse, men afgiveren er selv herre over moralens krav til ham og hans kreditorer og måske ikke hans arvinger vil føle sig forpligtet.

2.4. Undersøgelser og forberedelser samt kontraktsopfyldeshandlinger før afslutning af endelig kontrakt

Et tredje træk af væsentlig betydning for den retlige bedømmelse af situationen omkring kontrahering om omfattende projekter er, at det ofte er nødvendigt at foretage omfattende forberedende undersøgelser og arbejder, inden den endelige og uigenkaldelige beslutning om kontraktsindgåelse træffes og opfyldelsen af kontrakten starter i fuld skala, og at en del af dette arbejde naturligt udføres af den forventelige medkontrahent. Som forhandlingerne skrider frem, foretages stadig flere undersøgelser og forberedelser, parterne modtager stadig flere oplysninger om hinandens præstationsmuligheder og behov, og i deres almindelige aktivitetsplanlægning indretter parterne sig i stigende grad efter, at projektet bliver realiseret f. eks. ved at sikre sig nødvendige leverancer og assistance udefra, ved inden for virksomhedens egne rammer at reservere nødvendig arbejdskraft og produktionsmidler og også ved at undlade forhandling med andre mulige medkontrahenter. Det forekommer også som nærmere omtalt i nr. 6.5., at en rationel tidsmæssig planlægning kræver, at selve kontraktsopfyldelsen påbegyndes,

¹⁸ Sml. *Ussing*: Aftaler s. 435 ff navnlig ved noterne 69 og 76.

inden den endelige kontrakt om det fuldstændige projekt er indgået.¹⁹ Det er en uundgåelig følge af et sådant handlingsforløb, at parternes investering i det forestående projekt og dermed også det tab, som parterne vil lide, såfremt projektet strander, eller en part udskiftes med en anden, er voksende.²⁰ For de virksomheder, der deltager i processen, kan undersøgelser, forberedelser, de første skridt til realisering af projektet og færdiggørelse af kontrakten fremtræde som en samlet kontinuerlig proces, hvori stadiet underskrift af det endelige kontraktsdokument er et enkelt led, der som så mange andre handlinger skal placeres hensigtsmæssigt i tidsplanen. Kontraheringen er derimod efter den juridiske opfattelse den altafgørende beslutning om projektet skal gennemføres eller opgives.

2.5. Foreløbige partserklæringer, letters of intent og andre hensigtserklæringer («avtalspreliminärer»)

Både optagelsen af den første kontakt om eventuel indgåelse af en aftale og senere kontraktforhandlinger kræver, at parterne giver hinanden meddelelse om deres ønsker og krav til den ydelse, de skal modtage, og om deres muligheder og villighed med hensyn til den ydelse de skal erlægge. Det indledende første skridt kan være en lapidarisk meddelelse i annoncer eller anden reklame rettet til alle og enhver eller en særlig henvendelse eller forespørgsel rettet til en bestemt virksomhed. Parternes udtalelse og erklæringer under forhandlingerne har efter omstændighederne betydning

¹⁹ Påbegyndt opfyldelse har efter omstændighederne retsvirkning, at en bindende kontrakt anses for indgået, idet beslutningen om igangsætning dels tages som indikation for retshandelsvilje, *dels* lemper det ellers almindelige krav til kontraktens indhold om bestemthed (certainty), jfr. nærmere nedenfor i nr. 3.4. in fine.

²⁰ Spørgsmålet om beregninger af «afbrydelsesserstatning» (en negativ kontraktssinteresse) i tilfælde, hvor en part har krav herpå, er omtalt nedenfor i nr. 7.3.. Her skal blot som et problemoplæg bemærkes, at en kalkulation af det tab, som en kontraktforberedelse, der må opgives, påfører en part, kan opstilles på forskellig måde afhængig af, hvilke oplysninger der foreligger og disse sikkerhed samt af det valgte ambitionsniveau med hensyn til kalkulationens nøjagtighed.

1. Afholdte direkte (variable) omkostninger, f. eks. rejser og undersøgelser.
2. Anslået andel i generalomkostninger, f. eks. løn til fast personale og husleje, og *enten*
3. Anslået afsavn i form af mistet fortjeneste på andre opgaver der kunne have været udført i den tid med de ressourcer der er anvendt til kontraktforberedelsen ./.
anslået fordel ved at de udarbejdede planer og den opnåede indsigt kan udnyttes i andre opgaver, *eller*
4. Anslået avance på den ydede indsats.

som fortolknings- og udfyldningsdata, hvis der som resultat af parternes forhandling kommer en kontrakt i stand.²¹

Parterne må dog navnlig i større kommercielle aftaler ofte antages at have samlet og gengivet hele indholdet af den endelige enighed imellem dem i det endelige kontraktsdokument. Den nedskrevne kontrakt må også i sådanne ataleforhold nødvendigvis *fortolkes*, hvor den er uklar, og *suppleres* hvor den er ufuldstændig, men dokumentet kan i almindelighed ikke *korrigeres* under hensyn til indholdet af mundtlige eller skriftlige erklæringer, som parterne har afgivet under kontraktsforhandlingerne. sml. herved NJA 1952.352 (omtalt af *Adlercreutz* II s. 49). Dette fastslås for amerikansk ret i en materiel retsregel, the parol evidence rule.²²

Det er, som allerede nævnt ovenfor i nr. 1, i de senere år blevet en ret udbredt fremgangsmåde som indledning til eller under forhandlinger om indgåelsen af kontrakt at afgive en hensigtserklæring, sædvanligvis – også hvor forhandlingssproget ikke er engelsk – kaldet et *letter of intent*. På fransk benyttes dog udtrykket *lettre d'intention* og på tysk nu og da *Absichtserklärung*. Brugen af *letter of intent* er opstået i USA og har derfra bredt sig ud i verden. *Letters of intent* bruges kun i begrænset omfang mellem danske parter, men i kontraktsforhandlinger mellem danske og udlændinge benyttes ofte erklæringer, der betegner sig som *letters of intent*.

21 Jfr. *Ussing*: Avtaler s. 424 f med note 21 og *Hov*: Avtalerett s. 44 f. *Aldercreutz*: Avtalsrätt II, 2. uppl. 1978, s. 47 f og *Folke Schmidt* i Forhandlingerne på det 24. nordiske Juristmøde, 1966, bilag 7 benytter udtrykket «avtalspreliminärer». – Visse faktiske oplysninger indgår efter dansk Købelovs § 76 (svensk Konsumentköplag § 7) i kontrakten som en bestanddel af denne. Dette gælder oplysninger om salgsgenstandens faktiske egenskaber, medmindre fejl i oplysningerne er rettet senest ved indgåelsen af aftalen om købet. – Det almindelige spørgsmål om «enuntiationer» eller «the statement of the parties» indgår som bestanddele af eller terms of the contract er diskuteret bl.a. allerede af *Lassen* i UfR 1889B.5, og *Karlgren* i Avtalsrättsliga Spørgsmål, 2. uppl., 1954, s. 88 ff og at *Cheshire & Fifoot*: Law of Contract, 10th ed s. 110–115. Skillelinien mellem erklæringer, der blot indeholder en faktisk oplysning, og erklæringer der indgår som et retligt bindende led i kontrakt er uden betydning i regler, der ikke lægger vægt på kontraktens indhold, men på hvad en part vidste eller burde vide, som f. eks. reglen i Købelovens § 7 om caveat emptor og reglen i art. 1 i CISG om konventionens anvendelsesområde, hvorefter «the fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract».

Det er en almindelig opfattelse, at udtalelser som led i strandede forhandlinger om forlig ikke kan eller bør tillægges betydning for den retlige vurdering af parternes mellemværende, jfr. *Gomard*: Civilprocessen s. 298 f og s. 309 samt *Hov*: Rettsforlik, 1976, s. 275.

22 Jfr. UCC 2–202 og konklusionen i *Farnsworth*: Contracts, 1982, s. 447 ff hvorefter reglen «simply affirms the primacy of a subsequent agreement over prior negotiations and even prior agreements».

Det typiske indhold af et letter of intent er en erklæring fra en part eller fra begge (alle) parter om, at han/de har til hensigt at indgå en kontrakt på et senere passende tidspunkt med modtageren af erklæringen eller med hinanden og en angivelse af hovedpunkterne i denne kontrakt. Undertiden tilføjes, at udestående spørgsmål henvises til senere ordning eller at den fremtidige løsning af disse spørgsmål skal ske på en måde, som er praktisk, rimelig, sædvanlig, tilfredsstillende eller lign. En bygherre afgiver f. eks. en erklæring til en entreprenør om, at han ønsker, at entreprenøren skal opføre en bygning eller andet anlæg for ham, en reder afgiver et letter of intent til et skibsværft om bygning (ombygning) af et skib, eller den, der ønsker at købe en virksomhed, fremsender et letter of intent indeholdende hans tanker om pris, betalingsvilkår, konkurrenceklausuler etc. Virksomheder, der søger bistand til udbud af værdipapirer, afgiver i USA i almindelighed et letter of intent til den valgte «principal underwriter» indeholdende det samlede nominelle beløb, for obligationer rente og løbetid og for aktier bestemmelser om klasse eller andre særlige vilkår samt tegningsvilkårene navnlig bestemmelser om kursfastsættelsen.²³ Banker afgiver undertiden velvillighedstilsagn, d.v.s. erklæringer om, at de har til hensigt eller er sindet at ville yde et lån, der foruden præcisering af rente- og afdragsvilkår også indeholder angivelse af den aftalte sikkerhed og anvendelsen af lånet, f. eks. finansiering af et bestemt større arbejde eller leverance. En sådan erklæring behandles ikke som et bindende lånetilsagn i relation f. eks. til Stempellov og til reglerne om regnskab og kontrol i Bank- og Sparekasseloven. Afgiveren af et letter of intent anmoder undertiden i sit brev om og får svar i form af en accept. Det forekommer også, at et letter of intent udformes som en fælles erklæring og underskrives af begge (alle) parter. De retlige pligter, som måtte følge af en sådan «hensigtsaftale», påhviler begge (alle) parter.

Udtrykket hensigtserklæring betegner efter naturlig sproglig forståelse enhver erklæring, hvori afgiveren udtaler sig om, hvad han har til hensigt at gøre. Der forekommer i forbindelse med indgåelsen af kontrakter eller om emner, der i almindelighed er genstand for løfter og aftaler mange andre hensigtserklæringer end letters of intent. De allerfleste foreløbige udtalelser og erklæringer, som afgives af parter under kontraktsforhandlinger, f. eks. annoncer, annoncesvar, ansøgninger og kundehenvendelser, indeholder oplysning om afgiverens ønske om eller hensigt til at komme i mere eller mindre præcist angivet kontraktsforhold til personer og virksomheder, der hører til en vis mere eller mindre bestemt kreds eller til en bestemt adressat eller dennes man-

23 Et sådant letter of intent om en aktieemission antoges i *Dunhill Securities Corporation v. Microthermal Applications Inc* 308 F. Supp. 195 (1969) ikke at være bindende for kunden og ikke at forpligte kunden til at godtgøre the underwriter hans forgæves afholdte udgifter til forberedelse af emissionen. I the letter of intent sagdes det på den ene side at «the parties propose to proceed promptly and in good faith to conclude the arrangements with respect to the proposed public offering», men på den anden side at «any legal obligations between the parties shall be only those set forth in the executed Underwriting Agreement».

dant.²⁴ Som et eksempel på hensigtserklæringer, der ligesom et letter of intent har et så bestemt indhold og en sådan motiverende betydning for modtageren, at det kommer et almindeligt løfte nær, men til forskel fra et letter of intent ikke tilsigter at blive afløst af en endelig kontrakt (en kaution) kan nævnes letters of awareness eller letter of comfort. I sådanne erklæringer gives med varierende ordvalg udtryk for, at afgiveren er bekendt med og billiger ydelse af kredit til en virksomhed, afgiveren er interesseret i, f. eks. afgiverens datterselskab. Erklæringen har ikke virkning som kaution, men indeholder i hvert fald en hensigtserklæring: afgiveren erklærer som sin hensigt at ville drage omsorg for, at låntageren (datterselskabet) opfylder sine forpligtelser over for långiveren. Også erklæringer fra parter, der har afsluttet en kollektiv overenskomst eller anden rammeaftale om, at de ved praktiseringen af aftalen eller af visse af dens vilkår i fremtiden vil følge eller vise imødekommenhed over for nogle nærmere angivne hensyn eller ønsker, har karakter af definitive hensigtserklæringer.

Letter of intent betyder hensigtserklæring, men udtrykket omfatter efter den sprogbrug, der har fæstnet sig, kun hensigtserklæringer om, at det er afgiverens hensigt at indgå en kontrakt, som er nærmere defineret i erklæringen ved angivelse af kontraktens parter og indhold.

3. Letters of intent og almindelige kontraktsretlige regler om foreløbige og ufuldstændige viljeserklæringer og aftaler

3.1. Viljeserklæringer omtalt i Aftalelovens kapitel 1

Det første kapitel i Aftaleloven (lov nr. 242 af 8. maj 1917) indeholder regler «om afslutning af aftaler». Disse regler angår kun «afslutning» eller indgåelse af aftaler ved udveksling af «retshandler» (dispositive viljeserklæringer eller udsagn), der har karakter af tilbud og accept. Indgåelsen af kontrakter på anden måde er uomtalt i Aftaleloven.²⁵ Uomtalt er også spørgsmålet, om der knytter sig retsvirkninger til at inlade sig i kontraktsforhandlinger. Aftaleloven indeholder dog i § 9 en bestemmelse om viljeserklæringer (henvendelser), som ville være et tilbud, såfremt de ikke havde indeholdt et forbehold om, at afgiveren ikke ville være bundet af erklæ-

²⁴ Både erklæringer, der er retligt bindende som et tilbud eller en accept, og erklæringer der ikke umiddelbart er retligt bindende, kan indeholde en meddelelse om afgiverens ønske eller hensigt om at søge en kontrakt bragt i stand. Spørgsmålet om annoncer og andre meddelelser til en bredere ubestemt kreds er at anse som bindende tilbud eller som opfordring til at gøre tilbud er omtalt bl.a. af *Ussing*: Aftaler s. 36, *Folke Schmidt* i TfR 1966.424, *Adlercreutz*: Avtalsrätt I s. 41 f med note 1 og 249 samt II s. 47 og *Hov*: Avtalerett s. 14 f.

²⁵ Jfr. herom *Ussing*: Aftaler s. 30 og *Folke Schmidt* i Forhandlingerne på det 24. nordiske Juristmøde, 1966, s. 182 ff og bilag 7.

ringen.²⁶ En sådan henvendelse har kun, hvis dette klart er udtalt i henvendelsen, virkning som et genkaldeligt tilbud, men anses ellers kun som en opfordring til at gøre tilbud.²⁷

Et énsidigt letter of intent er i almindelighed ikke et tilbud. Den naturlige forståelse af et letter of intent vil ofte være, at erklæringen *dels* angiver et bestemt mål, afslutning af den intenderede kontrakt, *dels* opfordrer adressaten til seriøse forhandlinger med henblik på at nå dette mål. Et letter of intent er heller ikke en opfordring til at gøre tilbud, men en opfordring til at forhandle. Reglerne i Aftalelovens § 9, 2. og 3. pkt., om virkningen af ikke at reagere på et tilbud fremkaldt af en opfordring til at gøre tilbud finder allerede af den grund ikke anvendelse på et letter of intent. Aftalelovens § 9 er imidlertid

26 I UfR 1967.786 H havde en entreprenør indhentet tilbud på levering af nogle betonelementer. Dette tilbud var en del af grundlaget for entreprenørens licitationsbud på et større bygningsarbejde. De påtrykte faste vilkår i tilbuddet på betonrøerne indeholdt følgende forbehold: «Opgivne leveringstider gælder med forbehold over for andre ordrer, der indkommer inden accept». Dette forbehold kunne – efter tre dommers mening ikke «bære» en tilbagekaldelse fra tilbudsgiveren afgivet, efter at han var blevet bekendt med, at hans tilbud var lavest, og at entreprenørens tilbud, som bl.a. byggede på dette tilbud for så vidt angik betonelementer, lå lavt og (begge) tilbud derfor meget muligt ville blive antaget. Dette votum lægger – ligesom amerikansk ret om forholdet mellem bud fra en contractor og hans subcontractors – vægt på at beskytte the contractors handlen i tillid til the subcontractor's bid (reliance), jfr. herved *Farnworth on Contracts* s. 185 f og *Kessler* i *Festschrift für Ernst v. Caemmerer* s. 878 ff om bl.a. *Drennan v. Star Paving Co.* (1958) 51 Cal. 2d 409, 333 P. 2d 757. *Illum* kritiserer i UfR 1970B.251 dette votum bl.a. for ikke at give et klart svar på, om forbeholdet måtte anses som effektivt eller ikke.

27 Jfr. *Ussing*: *Aftaler* s. 30 f og s. 52 med note 27. – Spørgsmålet om tilbud, der indeholder forbeholdet «freibleibend» er genkaldelige tilbud, der som andre tilbud kan accepteres, eller er opfordringer til at gøre tilbud, er diskuteret indgående i tysk ret, jfr. *Larenz*: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 6. Auflage, 1983, s. 509. – Også andre erklæringer end tilbud med forbehold om ikke at være bundet betegnes undertiden som «opfordring til at gøre tilbud». Den særlige regel i Aftalelovens § 9, 2. pkt. om virkningen af et tilbud med forbehold pretenderer ikke et gælde om alle former for «opfordring til at gøre tilbud», og bestemmelsen kan i øvrigt fraviges ved forbehold i opfordringen. Bestemmelsen finder således ikke anvendelse på en bygherres udbud af et arbejde i licitation. Et sådant udbud anses ifølge § 2 i AB 72 som en opfordring til at fremkomme med tilbud, men af AB 72 §§ 3 og 4 samt af reglerne om tilbudsgivning ved arbejder og leverancer inden for bygge- og anlægsvirksomhed i Licitationsloven nr. 216 af 8. juni fremgår, at en entrepriseaftale kun kommer i stand, såfremt bygherren afgiver en positiv accept. Der er imidlertid ingen modsætning imellem Aftalelovens § 9 og AB 72, anderledes *Hørlyck*: *Entreprise- og licitationsbetingelser*, 3. udg. s. 45.

deklaratorisk, jfr. § 1, 2. pkt., og store kontrakter om bygning af skibe, kraftværker eller lign. afsluttes ikke blot ved undladelse af at besvare et brev fra en interesseret part. Venter brevskriveren på svar, og bliver han utålmodig eller føler behov for en afklaring, må han rykke. I øvrigt er beskrivelsen af den intenderede kontrakt i et letter of intent ofte af en sådan skitsemæssig karakter, at der ikke alene på grundlag af et egentligt tilbud fremkaldt af et letter of intent består den sandsynlighed for enighed mellem parterne, som i de situationer § 9 har for øje, sml. nedenfor i nr. 3.4. om bestemthedskravet (certainty). En bindende kontrakt om et omfattende projekt må være forhandlet mellem parterne.

Aftaleloven udtaler sig ikke om, og det kan ikke af lovens bestemmelser udledes, hvilke retsvirkninger der måtte knytte sig til andre viljeserklæringer end tilbud og accept, som parter afgiver som indledning til eller under kontraktforhandlinger, bl.a. letters of intent. Det er derfor nødvendigt i overvejelserne over den retlige betydning af letters of intent at søge hjælp andetsteds, og der er nogen hjælp at finde i ulovfæstede, men almindeligt kendte og anerkendte retsgrundsætninger om indgåelsen af aftaler og i analogier fra retsgrundsætninger om andre spørgsmål.

3.2. Hensigtserklæringer *ctr. dispositive løfteerklæringer*

Der er forskel på at erklære som sin *hensigt* i fremtiden at ville kontrahere med erklæringens adressat og på over for den udsete medkontrahent at erklære sig *beslutning* om nu at kontrahere. En hensigtserklæring er ikke en disposition eller et imperativ.²⁸ En hensigtserklæring er kun bindende som et løfte, hvis erklæringen indeholder et tilsagn om at realisere den tilkendegivne hensigt, og

28 Skillelinien mellem bindende løfter (dispositive udsagn) og andre erklæringer (udsagn) er i Norden omtalt af *Ussing: Aftaler* s. 32 ff, navnlig s. 37 f med noterne 30 og 32, *Arnholm: Privatrekt I* s. 194 ff, navnlig s. 224 ff og *Adlercreutz: Avtalsrätt I* s. 87 f. Se også *Karlgren* i *Festskrift til Nial*, 1966, s. 324 ff om viljeserklæringers imperative natur. – Den nordiske diskussion er præget af begreberne (en tilkendegivet) *Geschäftswille*, som er hentet fra Tyskland, jfr. *Vorbem. zu §§ 116–144 Anm. 21* og *22* i *Staudinger's Kommentar til BGB*, 12. Auflage. – Engelsk og amerikansk ret stiller krav om «intention to create legal relations», *Cheshire & Fifoot: Law of Contracts*, 10th ed, s. 97 ff og *Farnsworth: Contracts* s. 116 ff. – Den østrigske ABGB indeholder i § 861, 2. pkt. en udtrykkelig regel om forhandlingsstadiget: «Solange die Unterhandlungen dauern und das Versprechen noch nicht gemacht, oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag».

hvis erklæringen er afgivet til løftemodtageren eller en repræsentant for denne.²⁹

Adskillige typer af hensigtserklæringer afgives i almindelighed ikke til dem, der efter erklæringens indhold, om den følges op, er de begunstigede. En virksomheds bestyrelse, direktion eller samarbejdsudvalg vedtager afgørelser af enkelt-sager, retningslinier for virksomhedens fremgangsmåde i typer af sager og for dens politik og strategi. De enkelte udtalelser i vedtagelser, som efter deres indhold ville kunne være et tilsagn til en interesseret eller gruppe af interesserede, har dog i almindelighed ikke virkning som et løfte, fordi vedtagelsen ikke er afgivet til de mulige beneficianter. I grænsetilfælde kan tvivl opstå.

En udtalelse i en «personalepolitik» vedtaget i et samarbejdsudvalg kan f. eks. lyde således: «Tidligere medarbejdere vil kunne søge en ledig stilling på lige fod med andre ansøgere. Spørgsmålet om anciennitet i understøttelsesfond (eller lign.) erhvervet under den tidligere ansættelse kan bevares efter genansættelse tages op til velvillig overvejelse i fondens bestyrelse». Genansatte medarbejdere kan ikke påberåbe sig en sådan udtalelse alene som bindende. I UfR 1957.88 H fandtes en beslutning vedtaget på generalforsamlingen i en brugsforening om at antage en bestemt person som uddeler at være et bindende løfte til denne og ikke blot et (internt) direktiv til bestyrelsen.

Det er karakteristisk for et letter of intent – i modsætning til flere andre former for hensigtserklæringer – at en sådan erklæring afgives ganske som et løfte af den, der vil påtage sig en byrde, til den over for hvem erklæringen skal opfyldes. I en undersøgelse af erklæringens mulige retsvirkninger samler interessen sig derfor om indholdet af erklæringen.

En erklæring, der betegner sig som hensigtserklæring, har kun virkning som et løfte om at opfylde den tilkendegivne hensigt, d.v.s. som et tilbud, en accept eller kontrakt, såfremt avgiveren har givet udtryk for, at han vil være bundet af erklæringen som af en løfteerklæring med samme indhold. Afgørende er i almindelighed det indtryk, erklæringen må gøre på en fornuftig læser i adressatens sted. Dette indtryk afhænger foruden af erklæringens indhold også af omstændighederne omkring afgivelsen af erklæringen og af parternes indbyrdes forhold. Dette er i Restatement 2d Contracts § 26 (under overskrif-

²⁹ Jfr. eksempelvis UfR 1956.903 om kreditering af et omstridt beløb i den mulige skyldners bøger og i øvrigt *Ussing: Aftaler* s. 38 ff, *Arnholm: Privatrett II* s. 51 og 284 ff samt *Adlercreutz: Avtalsrätt I* s. 89 ff. *Corbin on Contracts*, vol. 1, 1963, udtaler i § 29 om «Expressions of Intention, Hope or Desire» at «a person may express his intention to do something in the future without promising to do it» (s. 35).

ten Preliminary Negotiations) udtrykt således: «a manifestation of willingness to enter into a bargain is not an offer if the person to whom it is addressed knows or has reason to know that the person making it does not intend to conclude a bargain until he has made a further manifestation of assent.»

Brug af udtrykket letter of intent som overskrift eller i teksten som en beskrivelse af erklæringens karakter må i almindelighed tages som udtryk for, at afgiveren (parterne) ikke ønsker at binde sig. Grunden til at forretningsfolk undertiden vælger at kalde visse erklæringer afgivet i forbindelse med forberedelsen og afslutningen af en kontrakt for et letter of intent i stedet for enten at bruge betegnelser som f. eks. ordre, tilbud, kontrakt etc. eller udkast eller forslag til et sådant dokument er, at en part eller parterne på den ene side ønsker at præcisere indholdet af en ønskelig kontrakt og at markere en seriøs kontakt imellem sig; men at situationen på den anden side ikke findes moden til øjeblikkelig udarbejdelse og tiltrædelse af den endelige kontrakt. Parten (parterne) finder det nødvendigt eller hensigtsmæssigt senere at udarbejde en mere gennearbejdet og udførligere kontrakt, og ofte skal visse spørgsmål afklares ved tekniske undersøgelser eller forhandlinger til anden side etc. inden denne endelige kontrakt kan skrives færdig. Den eller de parter, der har fundet det praktisk at nedfælde en skitse til deres aftale eller at opregne de punkter, hvorom de er kommet til enighed, i et promemoria,³⁰ foretrækker i almindelighed, hvis der ikke er særlig grund til straks at binde både sig selv og den anden part til at gennemføre planerne, først at påtage sig en bindende retlig forpligtelse, når aftalen er færdigforhandlet og nedskrevet i sin endelige form. Denne opfattelse af almindelig forretningspraksis afspejler sig i den almindelige aftaleret. En enighed om enkelte punkter i en kontrakt er kun bindende for parterne, hvis de også når til enighed om de væsentlige udestående spørgsmål, jfr. nedenfor i nr. 3.4. og en erklæring antages in dubio kun at pålægge afgiveren den mindre byrde.³¹ Benævnelsen af en part eller parternes foreløbige erklæring som et letter of intent forstås naturligst i almindelighed som en tilkendegivelse over for den anden part (over for hinanden) om en positiv, velvillig – men uforbindende – indstilling til at søge den sag gennemført, som

30 Sådanne erklæringer betegnes undertiden traktater og punktuationer. Brugen og betydningen af disse udtryk er udførligt omtalt i *Dieter Henrich: Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag* s. 100 ff.

31 *Ussing: Aftaler* s. 426.

er omtalt i erklæringen.³² Det er imidlertid undertiden noget tilfældigt, hvilken betegnelse parter vælger for de dokumenter, de benytter under kontraktforhandlinger. Forretningsfolks sprog er ikke så éntydigt og konsekvent som de juridiske dogmatiske termer, og deres ordvalg er påvirket af andre faktorer end ønsket om nøjagtigt at gøre rede for retsvirkninger bl.a. af erklæringer af forskellig art. Kontraktsdokumenter, der har en foreløbig, ufuldstændig eller skitsemæssig karakter, kan fremtræde på flere måder, f. eks. som et protokollat eller et mødereferat underskrevet af begge parter, et kontraktsudkast fremsendt af den ene part til den anden, en kontrakt hvori væsentlige spørgsmål, som har været genstand for forhandling og måske er omtalt i mødereferater eller korrespondance, enten er uomtalt eller udtrykkeligt holdt åbne eller overladt til den ene af parternes afgørelse, eventuelt med angivelse af nærmere retningslinier, hvorefter afgørelsen skal træffes. Letters of intent udgør ikke en bestemt afgrænset gruppe af erklæringer, som alle i henseende til retsvirkninger kan skæres over én kam. Parterne kan, navnlig i et «letter of intent» som er tiltrådt af dem begge eller er accepteret af modtageren, have givet så stærkt udtryk for deres vilje til at gennemføre en nærmere angivet kontrakt, at de må anses for at have givet afkald på at bestemme sig om. Både indholdet af dokumentet og parternes indbyrdes forståelse i øvrigt kan have større vægt end det forbehold om ikke at ville være endeligt bundet, som ellers i almindelighed antages at ligge i brug af benævnelsen letter of intent. I *Itek Corporation v. Chicago Aerial Industries* 248 A. 2d 625 (Del. 1968) forelå et eksempel på en sådan situation. Parterne havde udfærdiget et fælles letter of intent om Iteks køb af CAI's aktiver, men CAI afbrød de fortsatte forhandlinger med Itek om den nærmere gennemførelse af handlen efter at have modtaget et bedre tilbud fra anden side. Retten fandt, at parterne under de foreliggende forhandlinger havde forpligtet sig til at «attempt in good faith to reach final and formal agreement». Det var en krænkelse af denne forpligtelse at afbryde forhandlingerne for at kunne acceptere et overbud fra en

32 Således også for engelsk ret *Cheshire & Fifoot: Law of Contract*, 10th ed, 1981, s. 39, der ligestiller letter of intent med aftaler indgået «subject to contract» d.v.s. med forbehold af senere enighed om at afslutte en bindende kontrakt, jfr. ovenfor i note 15. *Cheshire & Fifoot* tilføjer imidlertid: «more often than not such letters are so worded as not to create any obligation on either side but in some cases they may contain an invitation to commence preliminary work which at least create an obligation to pay for that work», jfr. herved nedenfor nr. 6.4. og 5.

trediemand.³³ Denne afhandlings hovedmål er at bestyrke den opfattelse, at letters of intent i almindelighed ikke er bindende og helt uden retsvirkninger.

Domstolene i de nordiske lande har ikke taget afgørende stilling til problemerne omkring hensigtserklæringer,³⁴ men procederende advokater har i to retssager fra de senere år givet udtryk for den almindelige opfattelse, at afgiveren af et letter of intent i almindelighed kun vil tilkendegive en hensigt og ikke allerede nu binde sig, jfr. NJA 1977.92 (omtalt bl.a. af *Adlercreutz* i *Avtalsrätt* I s. 66 f) og UfR 1982.227 Ø. Begge sager angår en nordisk virksomheds forhandling om antagelse af forhandlere i udlandet. Parterne havde som led i disse forhandlinger udvekslet dokumenter, men virksomhederne hævdede, at disse dokumenter kun indeholdt erklæringer af foreløbig karakter, og at følgelig ingen bindende aftale var kommet i stand. Det interessante ved sagerne var, at begge virksomheder i deres procedurer anførte, at aftaler som bl.a. internationale forhandlerkontrakter ofte forberedes ved hjælp af foreløbige erklæringer, almindeligvis betegnet som letters of intent, at disse erklæringer ikke af kyndige parter opfattes som bindende, og at denne forhandlingspraksis er så udbredt og kendt, at modparterne burde have opfattet virksomhedernes erklæringer som letters of intent. Ingen af dommerne tager stilling til dette spørgsmål. De benyttede dokumenter betegnede sig *ikke* som letters of intent og fremtrådte ikke som erklæringer af ufuldstændig eller foreløbig karakter. Dokumenterne fandtes at indeholde bindende tilsagn.

3.3. Udtrykkelige bestemmelser i et letter of intent om erklæringens retsvirkninger

Parten eller parterne kan i almindelighed frit træffe gyldig bestemmelse om, at deres letter of intent eller anden erklæring af foreløbig karakter skal have

33 Dommen er omtalt i *Farnsworth: Contracts* s. 189 f. Letters of intent er – heller ikke efter *Farnsworths* opfattelse – i almindelighed ikke bindende. At benævne en aftale som et letter of intent nævner *Farnsworth* s. 117 med note 3 som et jævnlig benyttet middel til at fastslå, at aftalen kun er en «gentlemen's agreement», der ikke er «legally binding».

34 I en utrykt dom afsagt den 1. december 1981 af herredsretten i Sunnhordland, Norge, fandtes et tilbud ikke at være antaget ved en accept, der betegnede sig som et letter of intent. Tilbud og svar indeholdt alle fornødne oplysninger. Andre udtryk i accepten end benævnelsen letter of intent bidrog til tvivlen om accepten var udtryk for en endelig beslutning hos tilbudsmotageren.

eller ikke skal have retsvirkning,³⁵ og i en del letters of intent findes faktisk udtrykkelige bestemmelser om, hvorvidt og i bekræftende fald hvilke retsvirkninger, afgiveren ønsker, erklæringen skal have. Sådanne bestemmelser går som oftest ud på, at afgiveren (parterne) ikke vil være bundet af den ønskede aftale, før en endelig kontrakt er udarbejdet og underskrevet. Der forekommer også bestemmelser, der har en mere begrænset rækkevidde, idet de alene eller især tager sigte på tiden indtil den endelige kontrakt er indgået. Sådanne begrænsede bestemmelser, der i almindelighed forudsætter, at erklæringen ikke er bindende som et tilbud eller en kontrakt, kan f. eks. gå ud på, at udgifter, som påløber i tiden indtil indgåelsen af den betudede kontrakt, bæres endeligt af den part, som faktisk har afholdt udgiften, eller at alle eller visse af de omkostninger, som afholdes af den ene part, som faktisk har afholdt udgiften, eller at alle eller visse af de omkostninger, som afholdes af den ene part vil blive ham godtgjort af den anden part. Nogle letters of intent indeholder en erklæring om, at afgiveren ikke vil forhandle til anden side (med konkurrenter til adressaten) eller en klausul om, at afgiveren tilsiger eller parterne tilsiger hinanden diskretion. Det kan f. eks. være bestemt, at al særlig viden, som erhverves under forhandlingerne ved gennemgang af og arbejde med tegninger, planer m.v. skal hemmeligholdes, at tegninger m.v. skal leveres tilbage, når arbejdet er afsluttet og at tegninger og specifikationer ikke må benyttes til noget andet formål end forberedelsen og gennemførelsen af kontrakten, jfr. nærmere herom nedenfor i nr. 5.

3.4. *Kravet til bindende aftaler om et bestemt indhold*

En part eller parterne ønsker undertiden at tillægge en erklæring bindende virkning som et løfte eller en kontrakt, uanset at indholdet ikke er bestemt, idet f. eks. prisen ikke har kunnet endeligt kalkuleres eller det endnu kun har været muligt at udarbejde en foreløbig eller ufuldstændig skitse. Grunden til, at parter ikke vil vente på, at en kontrakt med et bestemt indhold kan gøres klar, kan bl.a. være, at de straks vil i gang med et omfattende byggeri, vil reservere plads i leverandørens produktionsplan for at sikre sig nødvendige leverancer eller vil opfylde tidsterminer i lovgivning eller i administrative

³⁵ Sml. BGHZ 22.1.1964. I MDR 1964.570: «Wird ein Vertrag, der eine «Meistbegünstigung» bei Bestellungen vorsieht, von beiden Vertragspartnern als «gentlemen's agreement» bezeichnet, so kann dies dahin auszulegen sein, dass der Begünstigte nicht das Recht haben soll, von dem anderen Teil Auskunft über die an Dritte aufgegebenen Bestellungen zu fordern. Ein Recht auf Auskunft hierüber kann sich aber ergeben, sobald das Verhalten des anderen Teils Grund zu der Annahme bietet, er missbrauche das in ihn gesetzte besondere Vertrauen». Dommen er omtalt af *Wenner* i BB 1966.669 ff.

myndigheders bestemmelser. Parterne i en ubestemt aftale må forlade sig på, at de senere vil kunne enes om at udfylde aftalen med kompletterende aftaler eller, at aftalen i hvert fald vil kunne udfyldes ved afgørelser truffet ved voldgift eller dom på grundlag af almindelige retsregler.³⁶ Domstole kan ikke indlade sig på at bygge en aftale op fra grunden, men kan kun udfylde en ufuldstændig aftale, hvis parterne har lagt visse rammer fast for aftalens indhold. En parts eller parternes erklæring tillægges efter den almindelige aftaleret kun betydning som et bindende løfte eller kontrakt, hvis indholdet af erklæringen har et vist mindstemål af bestemthed (certainty eller definiteness). Mindstekravet af bestemthed er lavere, hvis parten (parterne) giver udtryk for, at erklæringen skal være bindende, men selv i så fald fastholdes et vist reduceret mindstemål.³⁷ Erklæringer af en foreløbig skitsemæssig karakter kan enten være udkast uden retlig betydning (som en traktat eller punktuation, en «oförbindande preliminär») eller være en ufuldstændig kontrakt, som under de foreliggende omstændigheder er bindende, idet kontraktens huller og løse ender udfyldes bl.a. på grundlag af almindeligt anerkendte retsregler som f. eks. Købelovens § 5 om købekontrakter uden prisfastsættelse.

Såfremt et dokument, der benævner sig et letter of intent, alene eller

36 Køb uden prisangivelse er almindeligt, hvor sælgeren har faste og nogenlunde gængse priser. Der indgås imidlertid også i andre tilfælde undertiden endelige aftaler, uanset at prisen står åben, som f. eks. om arbejder efter regning eller om transport og tegning af forsikring til en fragt og præmie, der skal aftales senere, jfr. herved Købelovens §§ 5 og 72, og Sølovens § 124. Ikke enhver ufuldstændighed kan udbedres ved judiciel udfyldning. Bestemmelserne i Købelovens §§ 5 og 72 samt Sølovens § 124 kan ikke anvendes analogt på køb af fast ejendom og heller ikke på pengevederlag i adskillige andre kontrakter. Manglende fastsættelse af prisen i aftaler om leje, entreprise m.v. er i almindelighed fatal, medmindre kontrahering uden prisfastsættelse på leverandørens faste vilkår er en fremgangsmåde, som faktisk benyttes, og som er acceptabel for kunden. Såfremt parternes aftale indeholder en klausul om udskudt prisfastsættelse «a price to be agreed between us», eller lign., men som der ikke senere kan enes om, må parterne affinde sig med, at retten fastsætter en rimelig pris. Har parterne indrettet sig efter, at aftalen består, må aftalen i almindelighed fastholdes uanset deres uenighed, sml. *Cheshire & Fifoot Contracts* 10 ed s. 43 og *S.N. Ball* i 99 LQR 580 (1983). I *R. T. Eckles v. Sharman* 548 F. 2d 905 (1977) antoges en klausul i en kontrakt mellem en professionel basketball klub og dens træner som gav træneren ret til at købe sig ind med 5% andel i klubben «at a price to be agreed upon» at være en «unenforceable agreement to agree». Retten indlod sig således ikke på at anvende en regel ad modum Aktieselskabslovens § 19, stk. 2.

37 Således er et løfte under en potestativ betingelse (jeg vil, hvis jeg vil) uforbindende, også selv om løftet betegner sig som et bindende løfte, jfr. *Ussing: Aftaler* s. 32 f og bestemmelsen i Code civil art. 1174.

sammen med andre omstændigheder må anses som udtryk for, at parterne har villet forpligte sig til at gennemføre deres projekt, beror det på kravet om et bestemt indhold, om erklæringen er bindende eller ikke.

Et letter of intent vil ofte have et indhold af samme beskaffenhed som en ufuldstændig kontrakt. I tilfælde, hvor parternes udtalelser eller konkludente adfærd eller særlige omstændigheder i øvrigt giver grundlag for at fravige hovedreglen om, at letters of intent ikke er bindende, må der stilles samme krav som til (andre) aftaler om, at indholdet af erklæringen skal have tilstrækkelig bestemthed. Det vigtigste eksempel på særlige omstændigheder, der kan bevirke, at et letter of intent behandles som en bindende kontrakt, er, at parterne er gået i gang med opfyldelse af den intenderede kontrakt, og at de i den forløbne tid har reguleret deres mellemværende ud fra the letter of intent, jfr. nedenfor i slutningen af dette nr. ved note 47, og i nr. 6.5., men der forekommer også tilfælde, hvor det alene af erklæringens egent indhold fremgår, at parterne uanset deres brug af benævnelsen letter of intent har villet binde sig.

Hovedreglen i dansk aftaleret er efter den herskende lære, at en «aftale, der gengiver enighed om visse punkter, men henskyder andre til fastsættelse ved senere aftale, kun er bindende, såfremt der opnås enighed om de udskudte punkter», jfr. de enslydende udtalelser i *Lassen: Obligationsretten*, Alm. Del, 3. udgave s. 147 f og *Ussing: Aftaler*, 3. udgave, s. 34 f. Forfatterens hovedregel tager kun sigte på tilfælde, hvor parterne er opmærksomme på, at de (endnu) ikke har reguleret bestemte punkter i deres aftale. I tilfælde, hvor parterne senere – ofte på grund af en opstået tvist – bliver opmærksomme på, at visse spørgsmål er uomtalt i kontrakten, må domstolene såvidt muligt udfylde hullerne, sml. sontringen i §§ 154 og 155 BGB mellem «offener» og «versteckter Einigungsmangel». Forfatterens hovedregel stemmer vistnok nøje overens med reglen om «offener Einigungsmangel» i § 154 (1) BGB.³⁸

38 Bestemmelsen i § 154 BGB lyder:

«(1) Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen. Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat.

(2) Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist».

Bestemmelsen i § 154 angår spørgsmålet, om parterne må antages at have villet forpligte sig (sml. Restatement § 33(3) anført nedenfor) og ikke et af parternes ønsker uafhængigt krav om bestemthed, men tysk litteratur understreger i tilknytning til § 154, at «Punktationen» ikke er bindende, jfr. *Staudinger* Kommentar til BGB, Vorbem. zu §§ 145–157 Anm. 30, og § 153 Anm. 3.

Hovedreglen lider af en uklarhed. Reglen kan *enten* forstås som en *formodning* vedrørende spørgsmålet, om parterne har ønsket at forpligte sig ved deres ufuldstændige aftale eller ikke, *eller* som et objektivt *mindstekrav* til bestemtheden af en aftales indhold som betingelse for, at retsordenen kan tillægge aftalen bindende virkning *eller* som udtryk for begge dele. I praksis kan de to spørgsmål ikke altid klart adskilles; men forfatterne har nok ment med deres hovedregel at ville udtrykke et krav om endelighed og bestemthed.

Partsviljen må naturligvis respekteres, hvor partene er enige om indholdet af deres aftale, men dog først vil forpligte sig senere, f. eks. ved underskrivelsen af den færdigt udarbejdede kontrakt.³⁹

Lassen og Ussings hovedregel er for restriktiv. Mange kontrakter indgås erfaringsmæssigt hastigt, i skitse-mæssig form og uden grundig bearbejdelse og regulering af alle mellemværendets aspekter. Lassen-Ussings hovedregel kan misbruges som en *escape clause*, der i virkeligheden er upåkrævet og kan påføre en part urimelige tab. En ufuldstændig aftale er i hvert fald bindende, såfremt parterne må antages at ville have forpligtet sig, dersom de uregulerede punkter kun er bipunkter, også selv om parterne ikke, som i NDS 1957.385, har optaget en klausul om «details to be agreed upon later» i aftalen, jfr. således udtrykkeligt den schweiziske OR art. 2.⁴⁰ Også hovedpunkter kan imidlertid efter omstændighederne reguleres ved en senere udfyldning af aftalen, blot der kan findes en vis støtte for udfyldningen i kutymen eller i

39 Om formbundne kontrakter bestemmer OR art. 13(1): «Ein Vertrag für den die schriftliche Form gesetzlich vorgeschrieben ist, muss die Unterschriften aller Personen tragen, die durch ihn verpflichtet werden sollen». Der består ikke en almindelig formodning om, at parterne først bindes ved underskrift, dersom en skriftlig kontrakt udfærdiges for så vidt angår formløse kontrakter, jfr. således Restatement 2d Contracts § 27: Manifestations of assent that are in themselves sufficient to conclude a contract will not be prevented from so operating by the fact that the parties also manifest an intention to prepare and adopt a written memorial thereof; but the circumstances may show that the agreements are preliminary negotiations. Anderledes måske *Folke Schmidt* i Forhandlingerne på det 24. nordiske Juristmøde, 1966, bilag 7, s. 9 f.

40 Bestemmelsen i OR art. 2 foreskriver, at «Haben sich die Parteien über alle wesentlichen Punkte geeinigt, so wird vermutet, dass der Vorbehalt von Nebenpunkten die Verbindlichkeit des Vertrages nicht hindern sollte. Kommt über die vorbehaltenen Nebenpunkte eine Vereinbarung nicht zustande, so hat der Richter über diese nach der Natur des Geschäftes zu entscheiden».

Afgørelsen af, om et «punkt» er væsentligt, må træffes konkret ud fra indholdet af og baggrunden for den enkelte kontrakt. Reglen i art. 2 kommer – ligesom tilsvarende regler i andre lande – kun til anvendelse, hvor parterne må antages at have truffet beslutning om at forpligte sig.

parternes særlige forhold. En mere fleksibel og imødekommende indstilling over for ufuldstændige aftaler er kommet til udtryk hos *Arnholm* i *Privatrett I* s. 228 og *Privatrett II* s. 72–74.⁴¹ *Arnholm* betoner, at afgørelsen om, hvorvidt enighed om hovedpunkter i en aftale kan accepteres som en bindende kontrakt, er skønsbetonet, at mange momenter herved kan spille ind, at det kan være naturligt blandt venner og slægtninge (på grund af deres gensidige tillid) at nøjes med at træffe udtrykkelig aftale om nogle punkter, og at det kan være naturligt for forretningsfolk på grund af deres fagkundskab at underforstå ordningen af en række bipunkter (sml. NRt 1920.786). *Arnholms* henvisning til et skøn på grundlag af mange momenter giver ikke megen vejledning for konkrete afgørelser.

En regel, som både er imødekommende over for behovet for at «redde» ufuldkomne, men alvorligt mente kommercielle kontrakter, og som tillige indeholder en brugbar rettesnor for, hvor langt domstolene bør gå, findes i det amerikanske *Restatement 2d Contracts* §§ 33 og 34 om kravet om «certainty» eller «definiteness». Både amerikanske og engelske forfattere fremhæver, at domstolene (i deres lande), såfremt parterne må antages at have haft «intention to be bound», strækker sig langt i retning af at fastholde ufuldstændige aftaler som bindende og kun viger tilbage for ren frihåndstegning.⁴² Aftalen er bindende, blot «the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy», jfr. *UCC 2–204(3)*. Afgørelse må træffes for hver misligholdelsesbeføjelse (remedy) for sig. Denne betingelse var f. eks. ikke opfyldt i et tilfælde, hvor et arkitektfirma foruden løn havde tilsagt en tegner «a fair share of my profits». Tegneren kunne ikke gennemføre et krav om en vis andel i fortjenesten, da retten savnede grundlag for at anslå størrelsen af andelen. Et ubestemt tilsagn om belønning «must rest for performance on the honor and good faith of the parties making it.»⁴³ Dette synspunkt har sin vægt for rene kommercielle aftale, men for så vidt angår f. eks. tilsagn om gratiale uden angivelse af størrelse synes domstolene rede til at fastsætte et sædvanligt eller rimeligt beløb, også uden støtte i en hidtil fulgt praksis. Højesteret er dog i UfR

41 Se også *Austenå* i *Festskrift til Kristen Andersen, 1977*, s. 48 ff med henvisning til domme i NDS 1963.326 og 1957.385.

42 Jfr. *Farnsworth: Contracts* s. 192 ff om the requirement of definiteness, *Kessler i Festschrift für von Caemmerer* s. 875 og *Cheshire & Fifoot on Contracts*, 10th ed, 1981, s. 36 f.

43 *Vamey v. Ditmars* 111 N.E. 822 (1916) omtalt i *Farnsworth: Contracts* s. 194 f.

1982.833 H veget tilbage for at sætte tal på et blankt tilsagn om pension. En sådan afgørelse ser bort fra, at en lille pension er bedre end ingen pension.⁴⁴

Det amerikanske standpunkt er bedre i harmoni med nutidens kommercielle kontraktspraksis end Lassen og Ussings hovedregel.

Restatement 2d Contracts udtaler om kravet om «certainty» i § 33(3), at: «The fact that one or more terms of a proposed bargain are left open or uncertain may show that a manifestation of intention is not intended to be understood as an offer or as an acceptance». Parter, der har indgået en sådan aftale, må imidlertid efter omstændighederne antages at have haft «retshandelsvilje», jfr. Restatement § 26 citeret ovenfor ved note 28. I så fald gælder efter § 33(1), at «even though a manifestation of intention is intended to be understood as an offer, it cannot be accepted so as to form a contract unless the terms of the contract are reasonably certain». Hovedreglen om, hvorvidt parternes angivelse af kontraktsvilkårene er «reasonably certain», findes i § 33 (2), hvorefter «the term of a contract are reasonably certain if they provide a basis for determining the existence of a breach and for giving an appropriate remedy».⁴⁵ Hertil følger § 34(1), at «the terms of a contract may be reasonably certain even though it empowers one or both parties to make a selection of terms in the course of performance.» Det fremhæves i comment b til § 34, at «discretionary power granted by a commercial contract must be exercised in good faith and in accordance with fair dealing. UCC §§ 1–203, 2–103(1)(b)».⁴⁶

44 Jfr. om gratiale *H. G. Carlsen*: Dansk Funktionærret, 2. udg. 1974, s. 147 og 151. Undladelse af som lovet at indføre en pensionsordning kan efter omstændighederne være en misligholdelse, der giver en arbejdstager adgang til at betragte sig som bortvist. – Både i Tyskland og i Frankrig synes domstolene at strække sig meget vidt for at redde ubestemte tilsagn i arbejdsforhold, jfr. således om tilsagn eller forventning om pensionsordning og om genansættelse BGHZ 16.50 (omtalt af *Canaris*: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht s. 402 f) og Cass. Soc., 24. marts 1958, J.C.P. 1958 II 10868 (omtalt af *Ghestin*: Le contrat, 1980, no. 241).

45 Restatement 2d Contracts følger UCC § 2–204(3), der i sin helhed lyder: «Even though one or more terms are left open a contract for sale does not fail for indefiniteness if the parties have intended to make a contract and there is a reasonably certain basis for giving an appropriate remedy». – *Ussing* vil i *Aftaler* s. 33 stille det videregående krav, at erklæringens «indhold er tilstrækkelig bestemt, så at det kan fastslås, hvad der loves og under hvilke nærmere betingelser ydelse loves». *Ussing* anser det for muligt – som i øvrigt for visse tilfælde anerkendt i Købelovens §§ 5, 13 og 66 – at overlade bestemmelse om ydelsen til en af parterne eller til trediemand.

46 Bestemmelsen i Restatement § 34(1) må tillige sammenholdes med de øvrige i comment b nævnte regler i UCC om salgsaftaler, hvis indhold ikke er fuldt ud bestemt (certain), navnlig § 2–305, 306 og 311. Reglen i § 2–306 lyder: «A term which measures the quantity by the output of the seller or the requirement of the buyer means such actual output or requirements as may occur in good faith, except that no quantity unreasonably disproportionate to any stated estimate or in the absence of a stated estimate to any normal or otherwise comparable output or requirements may be

Kravene til indholdets bestemthed (certainty) slækkes, dersom parterne går i gang med at opfylde eller på anden måde indretter sig efter, at kontrakten består. Nægtelse af at anerkende en delvis eller fuldstændig opfyldt aftale som en bindende kontrakt kan afstedkomme væsentlig forstyrrelse og påføre parterne betydelige tab. Foretagelsen af en opfyldelseshandling kan desuden være en indikation om en parts eller parternes opfattelse af deres indbyrdes forhold, som kan hjælpe til at fylde eller begrænse hullerne i aftalen. Opfyldelse kan derfor bevirke, at en aftale, hvis indhold ellers ville være for ubestemt, nu betragtes som bindende for parterne.⁴⁷ Også Restatement 2d Contracts § 34(2) og (3) anerkender, at parterne senere (konkludente) adfærd kan fjerne en oprindelig uncertainty (formentlig underforstået: med tilbagevirkende kraft), og at «part performance under an agreement may remove uncertainty and establish that a contract enforceable as a bargain has been formed». Anvendelsen af disse sætninger på letters of intent er undersøgt nedenfor i nr. 6.5.

4. Retlig regulering af parternes stilling under kontraktforhandlinger

4.1. Prækontraktuelle retsvirkninger

Parter, der indlader sig i kontraktforhandlinger med hinanden, er i deres indbyrdes forhold som en følge af selve det faktum, at de har etableret en forhandlingssituation, undergivet en vis retlig regulering. Både i Tyskland og Frankrig har spørgsmålet om, hvilke retsvirkninger, der er knyttet til stillingen som part i kontraktforhandlinger, tiltrukket sig betydelig opmærksomhed. I Italien fastslår Codice Civile af 1942 i art. 1337 om «trattative e responsabilità precontrattuale» at «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede». I dansk – og vistnok også i anden nordisk – retslitteratur har standpunktet været, at retsvirkninger på kontraktområdet indtræder med indgåelsen af en aftale, mens den prækontraktuelle periode i almindelighed ikke er genstand for retlig

tendered or demanded. (2) A lawful agreement by either the seller or the buyer for exclusive dealing in the kind of goods concerned imposes unless otherwise agreed an obligation by the seller to use best efforts to supply the goods and by the buyer to use best efforts to promote their sale».

⁴⁷ Også *Adlercreutz*: Avtalsrätt I s. 54 og *Hov*: Avtalerett s. 75 (med omtale af NRt 1938.259) tillægger påbegyndt opfyldelse betydning som et moment, der taler for at betragte en ufuldkommen aftale som bindende.

regulering, bortset fra reglerne i Markedsføringsloven om illoyal konkurrence og forbud mod brug af visse salgsfremmende foranstaltninger.⁴⁸

4.2. Betydningen af et letter of intent for prækontraktuelle retsvirkninger

Spørgsmålet om hvorvidt og i bekræftende fald i hvilket omfang, kontraktforhandlinger er undergivet retlig regulering, er væsentligt og er bl.a. et nødvendigt led i en undersøgelse af, hvilke retsvirkninger der måtte knytte sig til letters of intent. Letters of intent bruges som indledning til kontraktforhandlinger eller som oftest på et tidligt stadium af igangværende kontraktforhandlinger til at skabe en fast ramme om forhandlingerne ved at præcisere målet: indgåelsen af en bestemt kontrakt (den intenderede kontrakt) og ved at tilkendegive afgiverens bestemte hensigt til at nå dette mål. De forpligtelser, som forhandlingssituationen måtte skabe for parterne til på forskellig måde at vise hinanden loyalitet og hensyn, må antages at blive forstærket ved afgivelsen af et letter of intent. Et letter of intent er som omtalt i nr. 3 i almindelighed ikke bindende som et tilbud eller en kontrakt, men dette udelukker ikke, at afgivelsen af en sådan erklæring efter omstændighederne har andre retsvirkninger.

4.3. Hjemmelen for prækontraktuelle retsvirkninger

I dansk ret stilles der ikke nu om dage samme krav som i den konstruktive retsvidenskabs tid til påvisning af et kendt og anerkendt retsprincip som hjemmel for retsvirkninger. Hjemmelsspørgsmål og hensigtsmæssighedsspørgsmål holdes ikke altid adskilt. Begge synspunkter kan imidlertid tale for, at der kan indtræde retsvirkninger som følge af, at parterne med eller uden benyttelse af letter of intent har indladt sig i kontraktforhandlinger. Såfremt en part findes at have optrådt således, at han har skabt en beføjet tillid hos den

⁴⁸ *La période precontractuelle* er i Frankrig behandlet bl.a. af *J. Ghestin* i *Le Contract (Droit civil, vol. II)*, 1980, no. 227–256 og af *Ph. le Tourneau* i *La Responsabilité Civile*, 2. éd., 1976, no. 147 ff samt af en arbejdsgruppe i 1977 D.P.C.J. tome 3, no. 2, s. 69 ff. I Tyskland er *das Rechtsverhältniss der Vertragsverhandlungen* omtalt i alle fremstillinger af obligationsretten, bl.a. i *Larenz's Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, 1982, s. 100–122 (§9). *Medicus* drøfter i *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I*, 1981, s. 479 om der bør lovgives om Verschulden bei Vertragsverhandlungen. – Spørgsmålet om ansvar for culpa in contrahendo under uafsluttede kontraktforhandlinger og om ubegrundet afbrydelse af kontraktforhandlinger kan være en ansvarspådragende culpa er kort omtalt af *Arnholm* i *Privatrett II*, 1964, s. 74, *Gomard* i *Obligationsretten*, 2. hæfte, 1972, s. 146 og *Adlercreutz* i *Avtalsrätt I*, 6. uppl. 1980, s. 83 f.

anden part til, at han vil optræde på en bestemt måde, f. eks. undlade at udnytte den viden han under forhandlingerne erhverver om den anden parts produkter, ikke til andre røbe den andens forretningshemmeligheder og know-how eller betale den anden part efter en sædvanlig eller rimelig takst eller efter regning for dennes indsats med forberedelse af kontraheringen eller påbegyndelse af opfyldelsen af den tilsigtede kontrakt, kan der efter omstændighederne pålægges ham pligt til at leve op til denne tillid alene med forholdets natur som «hjemmel».

I Tyskland er diskussionen om kontraktsforhandlinger og letters of intent præget af, at det tyske retssystem i højere grad end det danske også i vor tid består af bestemte, faste regler. *Marcus Lutter* antager i *Der Letter of Intent* s. 47 ff, at det følger af reglerne om *negotiorum gestio* eller hvervgivelse (Auftrag) i BGB's 10. og 11. Titel i afsnittet om Einzelne Schuldverhältnisse, at den part i en kontraktsforhandling, som har afgivet et letter of intent til den anden part, efter omstændighederne er pligtig til at godtgøre denne de udgifter, han har afholdt med henblik på den forventede kontraktsafslutning, jfr. §§ 670 og 683 BGB om Ersatz von Aufwendungen. Såfremt de undersøgelser og forberedelser, den ene part har foretaget, foreligger på en sådan måde, at de kan have givet den anden part en økonomisk fordel, f. eks. ved at vise at projekter er uigennemførligt (urentabelt) eller ved at gennemførelsen af projektet alene eller sammen med andre kontraktspartnere lettes og billiggøres, opstår spørgsmålet, om den begunstigede forhandlingspart er forpligtet til at afgive sin berigelse (besparelse) til den vragede forhandlingspartner. Dette spørgsmål besvarer Lutter bekræftende udfra tysk rets almindelige hovedregel om *ugrundet berigelse*, jfr. § 812 BGB.⁴⁹ Både tysk og fransk ret antager, at det efter omstændighederne er culpa, en *culpa in contrahendo*, og derfor medfører ansvar for forhandlingspartnerens tab (den negative kontraktsinteresse eller Vertrauensinteresse) at afbryde kontraktsforhandlinger, såfremt forhandlingerne har nået et stadium, hvor kontrakt kan forventes indgået, medmindre der melder sig uforudsete vanskeligheder, jfr. således bl.a. BGH NJW 1975.1774.⁵⁰

49 Se nærmere *Lutter* anf. værk s. 79 ff.

50 Se nærmere *H. Stoll* i *Festschrift til v. Caemmerer*, 1978, s. 445 ff, navnlig s. 448 f. En del af den tyske diskussion og retspraksis angår tilfælde, hvor en aftale er indgået formløst, uanset at form for sådanne aftaler f. eks. overdragelse af fast ejendom er en gyldighedsbetingelse. Her opstår spørgsmålet, om en uforudsigelig og ubegrundet vægring ved at medvirke til opfyldelse af formkravet kan være en culpa in contrahendo eller en sådan urimelig skuffelse af den anden parts beføjede tillid, at denne bør kunne

I Frankrig antages, at en afbrydelse af kontraktsforhandlinger (une rupture des pourparlers) er forbundet med deliktsansvar, såfremt afbrydelsen er «un abus de droit». Et sådant ansvarspådragende rettighedsmisbrug «n'exige pas l'intention de nuire, mais la mauvaise foi». Konklusionen på grundlag af fransk retspraksis i *Ghestin: Le Contrat*, 1980, no. 228 ligner (og er mere klar end) tilsvarende udtalelser i tysk ret. *Ghestin* skriver s. 177: «La mauvaise foi consistera en particulier á engager des pourparlers sans avoir l'intention sérieuse de contracter ou á prolonger la négociation alors que l'on n'a plus l'intention de conclure, ou de rompre sans raison légitime, brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés» (citát fra Cass. com., 20 marts 1972, J.C.P. 1973. II. 17543). «D'une façon générale la mauvaise foi consistera á mettre fin dans des conditions dommageables aux pourparlers après avoir fait

kræve i hvert fald den negative kontraktsinteresse erstattet, jfr. nærmere *Canaris: Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, 1971, s. 357 ff. – Tysk teori søger at skelne imellem et ansvar for culpa in contrahendo og en både af culpa og løfte uafhængig Vertrauenshaftung, jfr. således *Larenz: Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Auflage s. 93 og *Staudinger/Löwisch: BGB*, 12. Aufl. Vorbem, zu §§ 275–283 Rdnr. 54. – Det er vanskeligt at komme til klarhed over tysk retspraksis.

I en ofte citeret dom BGB, LM § 276 (Fa) BGB Nr. 28 (omtalt bl.a. af *von Craushaar* i JuS 1971.127 og af *Larenz* i Festschrift til Ballerstedt, 1975, s. 417 f) hedder det «Ein Verhandlungspartner kann sich aber, wenn er sich mit der Gegenseite über das abzuschliessende Vertragswerk ganz oder im wesentlichen einig geworden ist, unter Umständen auch dann schadensersatzpflichtig machen, wenn er sich hierbei rechtlich nicht gebunden, bei den Verhandlungen aber tatsächlich so verhalten hat, dass der andere Teil berechtigterweise auf das Zustandekommen des Vertrage mit dem ausgehandelten Inhalt vertrauen durfte und vertraut hat. Lehnt er den Vertragsabschluss am Ende dennoch ohne triftigen Grund ab und enttäuscht er damit das erweckte Vertrauen des anderen, so ist die Sach- und Rechtslage dem Falle ähnlich, in dem der Vertrag zwar wirksam zustande gekommen ist, der eine Teil aber nachträglich seine Erklärung wegen Irrtums anfight. Hier wie da ist es sachgerecht, dass der in seinem Vertrauen auf die (entstandene oder erwartete) vertragliche Bindung enttäuschte Teil von dem anderen die wirtschaftlichen Nachteile ersetzt verlangen kann, die er infolge dieses Vertrauens auf sich genommen hat (vgl. § 122 BGB).

«Dette citat efterlader læseren med to spørgsmål: (1) Hvornår er en tillid, til at forhandlingspartneren vil gøre noget, han ikke er forpligtet til (sc. at indgå aftalen), berettiget? Er svaret, at tilliden er berettiget, når kun vægning ved at kontrahere af visse («triftige») grunde er berettiget, ændres formuleringen af spørgsmålet til, hvornår da en sådan situation er opstået, og (2) dernæst spørges, hvilke grunde er «triftige» (: vigtige, gyldige). Er ein triftiger Grund mon identisk med det fra BGB kendte begreb ein wichtiger Grund, sml. om dette sidste bl.a. *Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, 13. Auflage 1982 s. 32 og 384.

croire á son partenaire que l'on allait conclure le contrat». ⁵¹ Erstatningspligt er bl.a. som i den citerede dom pålagt en part, der ved at forhandle på skrømt har vildledt den anden (venire contra factum proprium)⁵²

I USA – Wisconsin – er en meget diskuteret dom, Hoffman v. Red Owl Stores 133 N.W. 2d 267 (1965), kommet til samme resultat som den tyske culpa in contrahendo-lære. I et tilfælde, hvor indehaveren af en lille selvstændig butik gennem længere tid havde forhandlet med en butikskæde om en franchisekontrakt om drift af en butik i kæden tillagdes der butiksindehaveren erstatning for de udgifter, han havde pådraget sig i tillid (reliance, Vertrauen) til, at den franchisekontrakt, parterne havde forhandlet om, ville komme i stand. Dommen opfattes af nogle som et eksempel på – eller banebryder for – en almindelig beskyttelse af beføjet tillid fremkaldt af forhandlingspartneren (justifiable reliance, Vertrauenshaftung, jfr. note ⁵⁰), mens andre betoner, dels at dommen er en enlig svale, dels at den har karakter af beskyttelse i en speciel situation af the small guy over for en stor virksomhed. Diskussionen i USA præges i øvrigt i høj grad af, at kravet om consideration gør det vanskeligt at træffe den ellers såre nærliggende afgørelse i en sådan sag: at Red Owl stiltiende (konkludent) må anses at have påtaget sig ansvaret for de betydelige og nødvendige udgifter, som Hoffman med Red Owl's vidende og vilje afholdt for at kunne blive antaget som forhandler.⁵³

Retsafgørelser i de store lande har en direkte interesse for os, fordi letters of intent ofte anvendes i internationale forhandlinger, hvor der jævnlig følges fremmed forhandlingsbrug og anvendes fremmed ret eller en lex mercatoria. Dommene har tillige en indirekte interesse for os på grund af de oplysninger, de indeholder om situationer, hvor en forhandlingspartner har følt en sådan skuffelse over, at kontraktsforhandlinger er strandet, at han har rejst krav om og – omend kun i enkelte tilfælde – også fået medhold i sit krav om erstatning.

51 Efter fransk ret kan et uaccepteret tilbud i almindelighed tilbagekaldes, men en sådan tilbagekaldelse medfører efter omstændighederne pligt for tilbagekalderen til at erstatte den anden part hans negative kontraktsinteresse, jfr. *Ghestin* no. 217. *Joanna Schmidt* ser i 72 *Revue Trim. de Droit Civil* 46 ff (1974) en parallel mellem en ansvarspådragende «tilbagekaldelse» før og efter tilbud er afgivet. Parallellen leder imidlertid ikke til større klarhed over, under hvilke omstændigheder der indtræder en sådan med negativ kontraktsinteresse sanktioneret kontraheringspligt.

52 Se herved *Larenz: Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl., s. 123.

53 Dommen er omtalt bl.a. i *Farnsworth: Contracts* s. 191 f med note 21. – Det fremhæves undertiden, at der er en betydelig lighed mellem tysk rets culpa in contrahendo og amerikansk rets promissory estoppel, jfr. således *Köngen: Selbstbindung ohne Vertrag*, 1981, s. 82 ff.

I de pådømte sager har grundene til, at forhandlingerne ikke lykkedes, bl.a. været fremkomsten af bedre tilbud fra anden side, nye negative oplysninger om forhandlingspartneren, en ændret vurdering af markedet eller af projektets rentabilitet, økonomiske vanskeligheder eller en buy national kampagne. Mens dansk ret kan drage nytte af denne illustration af, i hvilke tilfælde spørgsmålet om beskyttelse af en skuffet forhandlingspartner kan antages at ville melde sig, kan der kun i begrænset omfang hentes værdifuld vejledning i den fremmede litteraturs overvejelser over, om kendte retsregler fører til at pålægge eller til ikke at pålægge ansvar eller til i øvrigt at knytte retsvirkninger til forhandlingssituationer. Den fremmede litteratur er stærkt præget af, at megen fremmed bl.a. tysk ret udgør et langt fastere dogmatisk system end dansk – og anden nordisk – ret. Det centrale led i den retsskabende proces på et ulovbestemt område af speciel erhvervsretlig karakter som den retlige regulering af kontraktforhandlinger og betydningen af letters of intent er hensigtsmæssigheds- og rimelighedsbetragtningens evne til at overbevise beslutningstagerne – dommerne – om deres rigtighed eller vægt. En argumentation, der bygger på god forretningspraksis og rimelighed, har større gennemslagskraft end en analyse af konsekvenser af obligationsrettens nedarvede sætninger. Erhvervslovgivningen har i efterkrigstiden taget et langt skridt i retning af en delvis sammensmeltning af jus og forretningskutymen bl.a. ved generalklausuler. I dansk ret har sætningerne om culpa in contrahendo, negotiorum gestio, ugrundet berigelse og rettighedsmisbrug ikke en sådan fasthed, at de uden videre kan bringes i anvendelse på forhandlingsfasens problemer som en præmis i en syllogisme. Et ræsonnementskema bestående f. eks. af reglen om, at gestor har krav på at få sine udgifter godtgjort af dominus, og en konstatering af at modtageren af et letter of intent, der afholder udgifter, som åbenbart er nødvendige for at kunne gennemføre den begærede forhandling på en meningsfuld måde med afgiveren af hensigtserklæringen er stillet overfor erklæringsgiveren som gestor over for dominus, og at følgelig modtageren af et letter of intent har krav på godtgørelse af nødvendige udgifter, overbeviser næppe mange danske jurister. En syllogisme på grundlag af vage præmisser har kun ringe værdi. Usikkerheden i præmisserne går igen i resultatet. Skal et ræsonnement i et pragmatisk, lidet dogmatisk retssystem overbevise beslutningstagerne, må det først og fremmest påvise og afveje fordele og ulemper ved forskellige løsninger, mens ræsonnementets positivistiske og dogmatiske del ofte kan indskrænkes til en påvisning af, at det reelt ønskelige resultat hverken strider mod lov eller nyere retspraksis og ej heller kan befrygtes at få uheldige konsekvenser. Mangelen af en fast dogmatik fører i øvrigt også med sig, at «konsekvenser» for andre forskelligartede tilfælde sjældnere behøver at

blive opfattet som tvingende. Behovet og mulighederne for at skelne og sondre i store, komplicerede kontraktssager er legio.

5. Beskyttelse af information udvekslet mellem parter under kontraktforhandlinger

5.1. Kontraktforhandlinger i almindelighed

Det er ofte et hensigtsmæssigt eller nødvendigt led i kontraktforhandlinger at udveksle tekniske specifikationer, tegninger, oplysninger om fremgangsmåder og anden information. En del af disse oplysninger m.v. er ikke frit tilgængelige og er ikke genstand for fri udnyttelsesret. Til materiale, der er beskyttet som en immaterialret efter Patentlov, Ophavsretslov eller anden særlig lovgivning, opnår den anden part alene den rettighed, som han ved en indgået aftale – udtrykkeligt eller stiltiende (konkludent) – får tillagt, enten en særlig aftale om udvekslet information eller en endelig aftale om gennemførelse af det forhandlede projekt, jfr. herved danske ABR 75, pkt. 4.⁵⁴

En forhandlingspart vil undertiden have en væsentlig interesse i, at de oplysninger, tegninger, planer og lign., som han meddeler eller overgiver til den anden part, kun anvendes til det formål, parterne forhandler om og ikke udnyttes af den modtagende part i dennes øvrige virksomhed eller videregives til andre. Det strider mod god forretningsskik at udnytte information, som modtages i fortrolighed under forhandlinger om indgåelsen af en kontrakt på anden måde end til forberedelse af kontrakten, uden forhandlingspartnerens samtykke og i strid med hans kendelige interesse.⁵⁵ En sådan adfærd strider mod aftalens *naturalia negotii*. Parternes ret til at udnytte tegninger og planer etc. efter at kontrakten er kommet i stand er ofte begrænset til det angivne formål med kontrakten, også selv om materialet ikke er beskyttet som en særlig immaterialret.⁵⁶

En udnyttelse til andet formål vil ofte påføre forhandlingspartneren en

54 Jfr. særligt om forhandlinger om licensaftaler *Jørgen Hansen: Licensaftalen 1981*, s. 101 ff. Den dér omtalte VLT 1949.305 blev ændret i UfR 1951.580 H. Se om fortrolighed i erhvervsforhold i almindelighed *Krister Moberg: Företaget och sekretessen, 1981*, navnlig s. 37 ff.

55 Jfr. således også for engelsk ret *Saltman v. Campbell (1963) All ER 413*, hvorefter beskyttelse både ved forbud og erstatning kan komme på tale.

56 I UfR 1971.820 H er antaget, at en ingeniør, der havde udført tekniske beregninger, bestemt til brug ved opførelse af 3 énfamiliehuse, havde krav på yderligere honorar, da bygherren opførte yderligere huse med benyttelse bl.a. af ingeniørens beregninger. Ingeniørens arbejde var næppe undergivet ophavsretlig be-

illojal konkurrence eller ville have kunnet begrunde en højere pris, og udnyttelsen strider i så fald mod generalklausulen i Markedsføringslovens § 1, som bl.a. viderefører den tidligere bestemmelse i Konkurrencelovens § 15 og må opfattes som en almindelig rettesnor for forretningsvirksomhed.⁵⁷ En

skyttelse, men beskyttelsen fulgte af, hvad «der må antages at ligge i kontraktforholdet mellem parterne», sml. herved den modsatte afgørelse om genanvendelse af fotografier i UfR 1983.515 H. Nogle ældre afgørelser i UfR 1917.319, 1934.958 og 1951. 580 (ændring af VLT 1949.305) er omtalt af *Jørgen Hansen*: *Teknikeraftalen* s. 186 ff og *Kokvedgaard*: *Immateriaretspositioner* s. 252 og 292 f. Materiale, som f.eks. ingeniørberegninger, der ikke er omfattet af bestemmelsen i Ophavsretslovens § 1, stk. 2. om kort, tegninger og andre i grafisk eller plastisk form udførte værker af beskrivende art, efter omstændighederne være omfattet og beskyttet af katalogbestemmelsen i lovens § 49 om kataloger, tabeller og lignende arbejder, der sammenstiller et større antal oplysninger. *Jes Anker Mikkelsen* oplyser i UfR 1976B.265, at spørgsmålet om anvendelsen af § 49 ikke blev afgjort i UfR 1971.820 H, simpelthen fordi bestemmelsen blev overset. Katalogreglen er i øvrigt for snæver til helt at kunne tilfredsstille beskyttelsesbehovet for meddelte oplysninger, sml. herved *Bernitz m.fl.*: *Immateriarett* s. 61 f.

Bestemmelsen i dansk ABR 75, pkt. 4.1 og 2 lyder: «Klienten er i det omfang, det er aftalt eller forudsat i aftalen, berettiget til at anvende det materiale, som er udarbejdet for opgavens løsning. Rådgiveren har i øvrigt alle rettigheder over sine idéer og det materiale, han har udarbejdet.

4.2. Rådgiveren må ikke uden klientens samtykke offentliggøre det af ham udarbejdede materiale eller dele heraf, før opgaven er løst. Klienten er pligtig at forelægge rådgiveren formen for eventuel offentliggørelse af det af denne udarbejdede materiale, inden offentliggørelse finder sted.» Overskriften til bestemmelsen i pkt. 4 er «Ophavsret». Dette udtryk er for snævert, da næppe alt materiale, som reglen tilsigter at beskytte, er genstand for ophavsret. Bestemmelsen i ABR pkt. 4 er omtalt af *Jørgen Hansen* i *Teknikeraftalen*, 1977 s. 191 ff.

Bestemmelsen i norsk NS 3401, pkt. 10.3 lyder: «Slike dokumenter skal ikke offentliggjøres, kopieres, mangfoldiggjøres eller brukes til andre arbeidsoppdrag uten tillatelse fra den kontraktspart som har levert dem, og fra den som har utarbeidet dem». Bestemmelsen er omtalt af *Tore Sandvik* i *Kommentar til NS 3401*, 1977, s. 114 f.

Dansk AB 72 § 4, stk. 1, indskrænker sig til at give bygherren ret til at forlange de dokumenter, som har dannet grundlag for aftalen, tilbage, efter at arbejdet er udført, jfr. *Hørlyck*: *Entreprise- og licitationsbetingelser*, 3. udg. s. 51, og giver den, der byder på en entreprise, men hvis tilbud ikke antages, ret til at forlange sit tilbud samt tegninger, beregninger og beskrivelser, som han har ladet udarbejde, tilbage, jfr. § 3, stk. 6.

⁵⁷ Sml. om generalklausulen senest *Pontoppidan* i en kommentar til UfR 1983.338 i UfR 1983B.262. Klausulen angår både forholdet til forbrugerne (kunderne), konkurrenterne og samfundet. Hvad falder herefter mon uden for klausulens rækkevidde? UfR 1983.338 H synes i øvrigt med fornuftigt mådehold indstillet på at begrænse indskriden til situationer, hvor indskriden virkelig er påkrævet.

udnyttelse, som ikke er forudset og autoriseret af kontrakten, vil efter omstændighederne også være en overtrædelse af bestemmelsen i Markedsføringslovens § 9, stk. 2, hvorefter den, der er kommet til kendskab om en andens «erhvervshemmeligheder» – hans know-how – på retmæssig måde, ikke ubeføjet må viderebringe eller benytte disse hemmeligheder.⁵⁸ Forbudet i § 9 forudsætter, at der mellem parterne består et «tjeneste- eller samarbejdsforhold». Betydningen af det citerede udtryk er omtalt i Konkurrencelovsbetænkningen nr. 416/1966 s. 97, men er ikke ganske klar. Det kunne tale for en restriktiv fortolkning, at bestemmelsen i § 9 er strafsanktioneret, jfr. lovens § 19, stk. 5. Retsbeskyttelsen efter den almindelige erstatningsregel og efter generalklausulen i lovens § 1 er imidlertid ikke nødvendigvis begrænset på samme måde som beskyttelsen efter reglen i § 9. I UfR 1978.305 blev oplysninger meddelt under forhandlinger om udvikling og markedsføring af en plantefibertablet beskyttet ved hjælp af erstatningsansvar. Forhandlingerne strandede og førte ikke til en aftale om det påtænkte samarbejde. Retten fandt, at brug af de oplysninger om tableten der var fremkommet under forhandlingerne, til udvikling og markedsføring af samme produkt med en anden samarbejdspartner var i strid med Markedsføringslovens §§ 1 og 9 og måtte medføre erstatningsansvar over for den, der havde informeret om sin idé. Det forhold, at forhandlingerne mellem parterne om et samarbejde var strandet, betyder ikke en svækkelse af idebeskyttelsen mellem parterne, i hvert fald ikke for så vidt angår erstatningsansvaret, sml. herved også UfR 1974.463 H og 1979.588 og dertil *M. Munch* i UfR 1981B. 48 ff.

I den private sektor består der kun en generel tavshedspligt for banker og sparekasser, jfr. Bank- og Sparekasselovens § 54, stk. 2, samt for advokater, revisorer og udøverne af andre liberale erhverv.

5.2. Kontraktforhandlinger med benyttelse af letter of intent

5.2.1. I et letter of intent eller i en særlig aftale, der indgås forud for udvekslingen af sensitive oplysninger, optages der undertiden bestemmelser om, at parterne skal respektere forhandlingernes fortrolighed, at parterne kun

⁵⁸ *M. Munch* i UfR 1981B. 47 og UfR 1983. 105 ff. – Hemmelig i § 9's forstand er al ikke frit tilgængelig økonomisk værdifuld viden, jfr. *Peter Blok* i *Advokaten* 1982.173. – Den til § 9 svarende bestemmelse i den svenske Lag om illojal konkurrence § 3, der er omtalt i *Bernitz m.fl.: Immaterialrätt*, 1983, s. 162 f og 173 f, beskytter uden for ansættelsesforhold kun forretningshemmeligheder i tilfælde, hvor nogen har fået betroet tegninger, modeller eller lignende tekniske forbilleder. I SOU 1983:52 s. 323 ff (lovudkastets §§ 3 og 6) stilles forslag om indførelse af et almindeligt forbud mod «missbruk av företagshemlighet i affärsförbindelse».

må anvende udvekslede oplysninger, tegninger etc. til forberedelse og gennemførelse af den kontrakt, der forhandles om, – og som et letter of intent vil bane vejen for –, og *at* oplysningerne ikke må videregives til andre.⁵⁹ Optagelse eller fortsættelse af forhandlinger efter modtagelse af et letter of intent, der indeholder reguleringer vedrørende forhandlingsfasen, har i almindelighed virkning som en accept af denne regulering. Kontraktbestemmelser om diskretionspligt optages også ofte i den endelige kontrakt.

Bestemmelser om fortrolighed kan – både for den prækontraktuelle periode, for kontraktstiden og for eftertiden – udvide og præcisere den informationsbeskyttelse, der som omtalt i nr. 5.1. består allerede i kraft af almindelige retsregler. En fiksering af diskretionspligten i en aftale gør det lettere at fastslå pligtens udstrækning, og dermed også om pligten er krænkert.⁶⁰ Sanktionen, hvor ikke andet er aftalt for diskretionsbrud er, hvad enten pligten er omtalt og præciseret i en aftale eller ikke, forbud mod truende eller fortsatte krænkelse, erstatning for allerede forvoldt skade og, hvor særlige lovbestemmelser er overtrådt, tillige straf. Det kan være vanskeligt at opgøre størrelsen af det lidte tab. Skaden kan imidlertid efter omstændigheder opgøres som det beløb, der er indvundet ved den skete krænkelse, og som den krænkede burde have haft andel i.⁶¹

⁵⁹ Jfr. således SOU 1983:52 om Företagshemligheter s. 187 f og *Hans Berglung: Företagssekretesskydd*, 1982, s. 36 ff samt ORGALIME's forslag om sikring ved en særlig aftale forud for dyberegående forhandlinger i Vejledning i affattelsen af Know-How-kontrakter pkt. 49–51 (Vejledningen er udgivet af Industrirådet i dansk oversættelse i 1978) of ORGALIME's drawings and technical documents, ownership and protection against improper use, Ld ed, 1983. – En engelsk formular til Secrecy Undertaking for personalet findes i *Oliver Allwright: Terms and Conditions of Contract*, London, 1978 (udgivet af Institute of Purchasing and Supply).

⁶⁰ Både spørgsmålene om ansvaret for virksomheden og for dennes medarbejdere fortjener overvejelse. Virksomhedens ansvar for medarbejderne er begrænset af grundsætningen i DL 3–19–2 og ophører således, når medarbejderen fratræder sin stilling. En legal diskretionspligt for medarbejderen over for kunders hemmeligheder har næppe været taget i betragtning ved formuleringen af Markedsføringslovens § 9. Dennes ordlyd omfatter kun virksomhedens (egne) hemmeligheder, men dette udtryk kan dog nok udstrækkes til også at omfatte hemmeligheder, som kunder har betroet virksomheden. Diskretionspligten er begrænset til at gælde i 3 år efter stillingens ophør. Dette tidsrum vil ofte, men ikke altid dække behovet for diskretion. Det kan derfor være af interesse at afkræve medarbejderne et særligt aftalemæssigt tavhedsløfte; men et *generelt* tilsagn om diskretion vil efter omstændighederne blive ramt af reglerne om begrænsning af gyldigheden af konkurrenceklausuler, sml. herved afgørelsen i UfR 1980.717 H.

⁶¹ Sml. Ophavsretslovens § 56 og *Bernitz m.fl.: Immaterialrätt*, 1983, s. 148 f.

5.2.2. Et letter of intent, der *ikke* indeholder bestemmelser med krav om fortrolighed omkring forhandlingerne, har betydning for bedømmelsen efter almindelige retsregler af, om en forhandlingspartners brug af modtagne oplysninger til andre formål end gennemførelsen af den tilsigtede kontrakt må anses som retstridig. Dette skyldes, at et letter of intent er en understregning af, at forhandlingerne er seriøse og forventes at føre til et positivt resultat. Afgiveren af et letter of intent kan ikke i almindelighed høres med, at han har optaget forhandlinger til forskellig side for at orientere sig i markedet, og at han bør have adgang til frit at udnytte de indsamlede oplysninger om, hvad branchen kan præstere, sml. herved UfR 1983.854. Brugen af letters of intent hører ikke hjemme i en indsamling af brochuremateriale og almindelige kundeoplysninger. Redelig forretningsskik kræver respekt for fortrolighed i en forhandlingssituation. Et letter of intent forstærker denne forpligtelse, og dette påvirker vurderingen af partens adfærd udfra de grundsætninger, som er indeholdt i den almindelige erstatningsregel, Markedsføringslovens general-klausul i § 1 samt diskretionsreglen i § 9. Den nøjagtige betydning af et letter of intent uden positive bestemmelser om tavshedspligt for begrænsningen af parternes ret til udnyttelse af modtagne oplysninger kan ikke angives generelt, da den i høj grad afhænger af den konkrete situation.

6. Omkostninger forbundet med undersøgelser og andre forberedelser af kontraktsindgåelsen samt med påbegyndt opfyldelse af kontrakten

6.1. Almindelige markedsførings- og salgsomkostninger

En virksomheds generelle markedsføring af sine produkter koster penge, og det koster også penge at føre individuelle kontraktsforhandlinger med mulige interessante samarbejdspartnere. Der løber omkostninger på, hvad enten forhandlingerne fører til et positivt resultat eller ikke. Virksomheden må i kalkulationer af sine priser tage hensyn til disse omkostninger. Alle udgifter må i en levedygtig virksomhed i det lange løb dækkes af indtægterne.

Omkostningerne ved sædvanlige demonstrationer af virksomhedens produkter for interesserede kundeemner kræves efter en almindelig fulgt praksis ikke og kan ikke kræves godtgjort af kunderne. En ejendomsmæglerens udgifter til at forevise en ejendom for interesserede, som ikke køber, og en autoforhandlers udgifter til prøveture, som ikke fører til salg, kan ikke kræves godtgjort af de interesserede; end ikke i tilfælde hvor ejendomsmægleren eller autoforhandleren kan præstere bevis for, at den interesserede ikke havde

alvorlig hensigt til at købe hus eller bil.⁶² De erhvervsdrivende må trøste sig med, at salgsarbejde, der ikke straks giver resultat, måske vil bære frugt i fremtiden.

Annoncørere frabeder sig nu og da i deres annoncer henvendelser fra personer, som ikke nærer noget alvorligt ment ønske om eller ikke har økonomisk evne til at indgå kontrakter som den eller dem, annoncen lægger op til. En bemærkning om, at «kun seriøse henvendelser modtages (ønskes)», er imidlertid ikke et tilstrækkeligt grundlag for at pålægge reflektanter, der ikke har haft vilje og evne til at slutte kontrakt, pligt til at erstatte annoncøren hans omkostninger ved en forgæves demonstration eller lign.

I tilfælde, hvor der kommer en kontrakt i stand, er kunden ikke i almindelighed forpligtet til i tillæg til den aftale pris at yde betaling for en demonstration, udarbejdelse af tilbud eller lign. som virksomheden har foranstaltet før kontraheringen, medmindre der er truffet særlig aftale herom, jfr. UfR 1945.1090 H (HRT 1945.431).

6.2. *Omkostninger ved udregning af individuelle tilbud*

Udarbejdelsen af tilbud om udførelsen af arbejder – maling af et hus, pasning af en have etc. – kræver en vis tid, men tilbydereren kan ikke kræve betaling herfor.⁶³ Udarbejdelsen af tilbud om udførelse af større byggearbejder og andre projekter kræver ofte en betydelig arbejdsindsats og afholdelse af væsentlige omkostninger til tegninger, fremskaffelse af oplysninger etc. Tilbyderne, ingeniører og arkitekter, entreprenører og håndværkere, må i deres

62 En mellemmand har krav mod sin mandant på «særlig godtgørelse for udgifter til porto, telegrammer og telefonsamtaler samt for andre beføjede udgifter, for så vidt ikke provision eller andet vederlag er beregnet på at skulle udgøre betaling også for dem», jfr. Kommisjonslovens §§ 29, 73 og 87. Loven giver derimod ikke adgang til at kræve disse udgifter godtgjort af kunden, hverken af de kunder der indgår en handel eller af de kunder, der nøjes med at se og ikke handler.

63 Grosserer-Societet har i skrivelse af 7. januar 1980 udtalt, at «Inden for speditjonsbranchen beregnes der almindeligvis ikke honorar for afgivelse af tilbud på fragt. Det er dog oplyst, at der undtagelsesvis kan forekomme mindre honorarberegning ved afgivelse af tilbud på meget specielle transportopgaver, hvor udregningen af tilbud medfører et betydeligt arbejde», jfr. UfR 1981.180.

tilbud indregne et beløb til dækning af disse omkostninger, jfr. således også for tysk ret BGH, VII ZR 154/78, WM 79, 1063, DB 79, 2078.⁶⁴

De tilbydere, som ikke får kontrakten, kan have en interesse i at få tilbudsomkostningerne dækket af bygherren, fremfor at være nødsaget til at fordele deres omkostninger ved ikke at antage bud på de arbejder, der kommer til udførelse. Den, der afgiver et tilbud om udførelse af byggearbejde, hvadenten der er tale om et bud på en licitation efter reglerne i AB 72 og Licitationsloven nr. 216 af 8. juni 1966 eller et underhåndsbud, har kun krav på dækning af sine udregningsomkostninger i tilfælde af, at tilbudet ikke antages, hvis han har stillet et særligt krav herom over for bygherren, og denne er indgået på at yde et udregnings- eller tilbudsvederlag, sml. UfR 1916. 130 H. Håndværkere og entreprenører stiller som oftest ikke krav om udregningsvederlag.⁶⁵

6.3. Omkostninger ved udarbejdelsen af projekt

En entreprenør, der efter en direkte bestilling udarbejder et projekt med angivelse af pris, har efter omstændighederne krav på betaling for dette arbejde.⁶⁶ Udarbejdelse af et projekt er ikke det samme som udregning af et pristilbud om udførelse af et i bygherrens udbudsmateriale beskrevne projekt, jfr. AB 72 § 2. Den, der efter en direkte bestilling har udarbejdet et projekt med tilbud om udførelse af projektet for en vis pris, har i almindelighed krav på vederlag for dette arbejde, såfremt han ikke får overdraget udførelsen af

⁶⁴ Jfr. *H. Stoll* i Festskrift til v. Caemmerer, 1978, s. 445 f og *Lutter: Der Letter of Intent* s. 44. – Sml. diskussionen i engelsk ret om tabsfordelingen i tilfælde, hvor en sælger på grund af frigørende force majeure undlader at afsende den klargjorte solgte vare. Køberen er ikke pligtig at deltage i sælgerens udgifter bl.a. til klargørelsen af varen og kan kræve et eventuelt forudbetalt beløb tilbage. Dette resultat, der stemmer overens med dansk ret om hævebeføjelsen (køberen kan hæve købet), blev for engelsk ret fastslået i *Fibrosa* sagen (1943) A.C.32; men resultatet blev for så vidt angår kravet på tilbagebetaling ændret ved *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943* sec. 1(2), jfr. nærmere *Cheshire & Fifoot: Contracts* 10th ed s. 528 f.

⁶⁵ Se nærmere *Hørlyck: Totalentreprise*, 1981, s. 33 f og samme *Entreprise- og licitationsbetingelser*, 3. udg. s. 414 f samt *Byggestyrelsens Bygherrevejledning*, 1983, s. 131 (pkt. 12.7.5.). Monopoltilsynet har opstillet nogle retningslinier for indholdet af de regler om udregningsvederlag, som kan vedtages af bygge- og anlægsgagenes organisationer, jfr. MTM 1968.55 f. Disse retningslinier gælder kun inden for Licitationslovens område.

⁶⁶ Deltagere i arkitektkonkurrencer og lign. har derimod kun udsigt til den belønning, der ligger i præmierne, æren og berømmelsen, jfr. *Jørgen Hansen: Teknikeraftalen*, 1984, s.

projektet. I UfR 1916.130 H havde en entreprenør udarbejdet et projekt til en sukkerfabrik. Bygherren blev frifundet for entreprenørens krav om vederlag for projekteringsarbejdet, men frifindelsen er formentlig begrundet i, at parterne havde truffet aftale om dækning af visse entreprenørens rejseudgifter. Højesteret har vel fundet, at parterne med denne aftale havde gjort op med vederlagsspørgsmålet, således at entreprenøren ikke også kunne kræve sine øvrige udgifter godtgjort.⁶⁷ Højesteretsdommen er således forstået forenelig med de senere afgørelser i UfR 1938.476 H, 1981.572 V og 1981.874 V. I UfR 1938.476 H havde en grosserer bedt et bogtrykkeri om forslag til en brochure. Grosserereren havde – uden at gøre trykkeriet bekendt dermed – tillige rettet tilsvarende henvendelser til andre trykkerier. Efter at have haft nogle samtaler med grosserereren sendte bogtrykkeriet denne et 1. og et 2. udkast til brochuren. Bogtrykkeriet havde krav på vederlag for alt arbejde, da det måtte have stået grosserereren klart, at det udførte arbejde var betydeligt, og at arbejdet ikke kunne forventes udført gratis. I UfR 1981.572 havde en entreprenør efter anmodning givet tilbud på opførelse af en tilbygning til bygherrens fabriksshal. Arbejdet blev imidlertid givet til en anden. Entreprenøren fik tilkendt betaling for arbejdstimer og omkostninger ved fremstilling af tegninger, idet det måtte have stået bygherren klart, at entreprenøren kun kunne oplyse en pris for arbejdet, efter at han havde foretaget beregninger og udført et tegnearbejde, som var væsentligt mere omfattende end det arbejde, der normalt er forbundet med udregning af et tilbud eller overslag. UfR 1981.874 er mindre klar. Dommen nægtede en indretningsarkitekt vederlag for et «overslag» vedrørende indretning af en forretning, da arbejdet ikke havde været særlig omfattende. I ingen af de tre sager havde tilbyderen taget forbehold om betaling for udarbejdelsen af forslag (projekt) og tilbud, for det tilfælde at han ikke skulle få arbejdet. Et udtrykkeligt krav herom er klagørende, men skræmmer måske nogle kunder bort.

Ingen af de citerede domme drøfter spørgsmålet, om bestilleren (værksherren) ved at gøre sig bekendt med det vragede projekt har opnået en sådan fordel, at et vederlagskrav af den grund er rimeligt og ville kunne støttes på grundsætningen om pligt til afgivelse af ugrundet berigelse. Dommene er en god illustration både af, at «berigelse» er vanskelig at konstatere uden for tilfælde af en bestemt påviselig formueforøgelse,⁶⁸ og at en henvisning til berigelsesgrundsætningen i vor ret i det højeste er et «hensyn» af skiftende betydning i forskellige sammenhæng, der ikke yder et i sig selv afgørende bidrag til det reelle spørgsmål, om der skal eller ikke skal betales vederlag.

67 Særlige aftaler om udarbejdelse af et projekt, der opfylder de af udbyderen (bestilleren) stillede krav, men som ikke realiseret er bindende. Fortolkningen af en sådan aftale voldte (også) tvivl i NRt 1980.610.

68 Sml. herved senest *Karlgren*: *Obehörig vinst*, 1982, s. 33 ff.

Arkitekternes og ingeniørernes organisationer har bestræbt sig for at sikre deres medlemmer betaling for alt udført fagligt arbejde ved at pålægge dem en kollegial forpligtelse til at beregne sig vederlag også for udarbejdelsen af foreløbige skitser og overslag, og en regel om ret til honorar er også optaget i Dansk ABR (= Almindelige Bestemmelser for Teknisk Rådgivning og Bistand) 75 3.01. En regel om pligt til at honorere *ethvert* arbejde er dog næppe blevet retssædvane. Det må stadig antages, at klienterne kun, hvis det er særligt aftalt, er pligtige at svare vederlag for fremstilling af enkle skitser og overslag af en foreløbig karakter, såfremt arbejdet har været af beskedent omfang, jfr. den ovenfor omtalte UfR 1981.874. Bestilt arbejde af et større omfang skal derimod honoreres, medmindre andet er aftalt, jfr. afgørelserne i UfR 1957.1019 H og 1023 H, 1974.178 H med note 1 samt KFE 1983.66.⁶⁹

6.4. Pligt til dækning af omkostningerne ved tilvejebringelsen af grunlaget for beslutningen om indgåelse af den intenderede kontrakt

De regler og afgørelser om honorarkrav, der er omtalt i nr. 6.1.2 og 3, giver ikke nogen sikker vejledning til afgørelsen af spørgsmålet, om den, der efter at have modtaget et letter of intent, men uden at have truffet aftale om betaling af vederlag, går i gang med undersøgelser, beregninger og tegninger etc., som er nødvendige for indgåelsen og opfyldelsen af den intenderede kontrakt, har krav på vederlag, og i bekræftende fald om hvordan dette vederlag skal beregnes. Tilfælde, hvor tilbudsgiveren alene på grundlag af et letter of intent fra bygherren foretager omkostningskrævende undersøgelser og forberedelser, *adskiller* sig fra de situationer, der har foreligget til bedømmelse i de i nr. 6.3. iterede domme, ved at tilbydereren ikke har modtaget en egentlig bestilling eller ordre (sml. tysk Auftrag: § 662 BGB) på udarbejdelse af et tilbud eller projekt med tilhørende beregninger og tekninger m.v., men *ligner* de pådømte tilfælde ved at den, der har afgivet et letter of intent (bygherren) efter omstændighederne må forvente, at modtageren af erklæringen, dersom han er interesseret i opgaven, vil sætte et undersøgelses- og forberedelsesarbejde i gang for at gøre sig rede til at optage seriøse forhandlinger om den i erklæringen skitserede kontrakt.

Har parterne – som i UfR 1916.130 H – truffet en udtrykkelig aftale, der findes at have taget stilling til vederlagsspørgsmålet, må dette naturligvis afgøres på grundlag af denne aftale, og det samme gælder, dersom der kan

⁶⁹ Arkitekters og ingeniørers honorarkrav er nærmere omtalt i *Jørgen Hansen: Teknikeraftalen*, 1984, s. 148 ff.

udledes en stillingtagen af parternes udtalelser eller adfærd.⁷⁰ *Afgiveren* af et letter of intent kan undgå tvivl om vederlagsspørgsmålet ved at tilkendegive sin stilling til spørgsmålet i erklæringen, f. eks. ved en bemærkning om at modtagerens eventuelle omkostninger – i mangel af anden særlig aftale – er ham uvedkommende. Også *modtageren* af et letter of intent har imidlertid mulighed for at skabe klarhed om vederlagsspørgsmålet, f. eks. ved at besvare den modtagne erklæring med en udtalelse om, at han finder henvendelsen interessant, og at han er villig til at starte det nødvendige undersøgelses- og forberedelsesarbejde mod godtgørelse af sine omkostninger efter regning eller efter nærmere aftalte retningslinier.

Det forhold, at den ene part har haft mulighed for at undgå tvivl og tvist, men ikke har udnyttet denne mulighed, kan gøre det rimeligt at afgøre en tvist til fordel for den anden part. Her har imidlertid begge parter mulighed for at undgå tvivlen, og det synes ikke på forhånd klart, at den ene part er nærmere end den anden til at tage spørgsmålet op. Beslutningen om at iværksætte undersøgelsesforanstaltninger og forberede udkast etc. træffes ganske vist af erklæringsmodtageren på egen hånd, uden forudgående aftale og uden nogen egentlig bestilling eller ordre, men spørgsmålet er, om et letter of intent – i alle tilfælde eller efter omstændighederne – er tilstrækkeligt grundlag for at pålægge afgiveren at afholde udgifterne ved den forberedelse af kontraheringen, som erklæringen har motiveret modtageren til at sætte i værk. Afgiverens betalingsforpligtelse måtte i givet fald selvsagt begrænses til foranstaltninger, som det har været nødvendigt og rimeligt at træffe med henblik på den intenderede kontrakt. Selv med denne begrænsning ville det være en fravigelse af den almindelige grundsætning (omtalt ovenfor i nr. 6.1) om, at en virksomhed selv må afholde omkostningerne ved markedsføringen af sine produkter eller tjenester samt sin rusten sig til forhandling med kunder at overvælte omkostningerne på afgiveren af erklæringen. De erklæringer, der benævner sig som letters of intent dækker imidlertid over et ret bredt spektrum. Der findes ingen fast norm for indholdet af et letter of intent. Jo løsere og jo mere generelt affattet erklæringen er, jo mindre grund er der til at tillægge erklæringen samme virkning som en egentlig bestilling d.v.s. som et stiltiende tilsagn om at dække visse udgifter, som modtageren afholder. Hvor the letter of intent har en løs og foreløbig karakter, må man fastholde grundreglen om, at en virksomhed selv må afholde sine udgifter til markedsføring og forhandling med kunder. Et letter of intent kan imidlertid have lige

⁷⁰ Sml. herved *Turriff Construction Ltd. v. Regalia Knitting Mills Ltd.* (1972) E.G.D. 257, omtalt af *S.N. Ball* i 99 LQR 574 (1983).

så fast en formulering som en endelig kontrakt og være oprettet af parterne i forening, accepteret af eller dog være afgivet i forståelse med modtageren. Det må efter omstændighederne stå afgiveren klart, at modtageren anser det for en given sag, at kontrakten kommer i stand. Må det ligeledes stå afgiveren klart, at modtageren i tillid til erklæringen vil pådrage sig betydelige udgifter, kan modtageren formentlig efter omstændighederne kræve disse godtgjort af afgiveren af the letter of intent.

En virksomhed, som har modtaget et letter of intent, har dog ikke krav på at få sine forberedelsesomkostninger dækket, såfremt grunden til, at forhandlingerne ikke fører til et positivt resultat, er at finde i virksomhedens egne forhold, f. eks. at virksomheden har mindre økonomisk styrke eller erfaring, end erklæringsgiveren efter dens image måtte formode. Erklæringsmodtageren må sige fra over for afgiveren af erklæringen, hvis han må kunne forstå, at erklæringsgiveren har en urealistisk opfattelse – er i error – med hensyn til erklæringsmodtagerens formåen.

Findes i et givet tilfælde afgiveren af et letter of intent at burde godtgøre modtageren af erklæringen afholdte udgifter, opstår spørgsmålet om opgørelsen af kravet. Ikke blot letters of intent, men også kontraktforberedende foranstaltninger er af forskelligartet karakter. Udgifter til undersøgelser, som i alle tilfælde skal foretages, for at kunden kan træffe endelig bestemmelse, om det påtænkte projekt skal udføres, såsom undersøgelser af relevant – ikke let tilgængelig – lovgivning og praksis, miljøundersøgelser, jordbundsundersøgelse, markedsundersøgelser og lign. afholdes alene eller først og fremmest i denne kundes (erklæringsgiverens) interesse, og resultatet af undersøgelserne har oftest interesse for kunden, også selv om han vælger at indgå den endelige kontrakt med en anden eller må opgive projektet.⁷¹ Det ligger nær at pålægge kunden pligt til at refundere virksomheden dens omkostninger, hvis kunden har afgivet et letter of intent med et sådant bestemt indhold, at kunden måtte forstå, at erklæringen efter al sandsynlighed ville bevirke, at en række bestemte foranstaltninger af denne art sættes i værk uden yderligere aftale.⁷²

71 En betalingspligt vil, dersom undersøgelsesrapporter og lign. er blevet sendt til og modtaget af kunden, efter omstændighederne følge af reglen om «modtagelse under vilkår», sml. *Ussing*: Aftaler s. 389 samt UfR 1944.1160H og 1979.15 H med note 1.

72 Jfr. således *Turriff Construction Ltd. v. Regalia Knitting Mills Ltd.* citeret ovenfor i note 70, hvor bygherren som svar på en anmodning fra entreprenøren om garanti for betaling for planlægning m.v. sendte et letter of intent, der bl.a. indeholdt følgende udtalelse «the whole to be subject to agreement on an acceptable contract». Imidlertid Turriff forventede at blive betalt, og Regalia vidste dette og må forvente at dens erklæring ville få Turriff til at gå videre med arbejdet.

Erklæringsmodtagerens krav omfatter formentlig ikke blot selve de afholdte positive udgifter, men også beregnet tidsforbrug i virksomheden og normal avance på opgaverne (mestersalær).⁷³ En pligt til at godtgøre erklæringsmodtageren de udgifter, han har afholdt, er mindre nærliggende, hvor den overvejende del af udgifterne har karakter af generalomkostninger og er medgået til overvejelser og lign. af en mere almindelig karakter med henblik på at ajourføre eller opfriske virksomhedens sagkundskab i branchen.⁷⁴

Accepteres den tysk-franske lære om, at afbrydelse af kontraktsforhandlinger efter omstændighederne, bl.a. under hensyn til et afgivet letter of intent, kan være en culpa in contrahendo eller rupture brutale, kan i disse tilfælde tabet d.v.s. i hvert fald afholdte udgifter kræves godtgjort af den, der har handlet culpøst ved at afbryde forhandlingerne. Spørgsmålet, om en sådan lære bør følges i dansk ret, er omtalt nedenfor i nr. 7. Hovedspørgsmålet i denne drøftelse er, om afgivelsen af et letter of intent, der hverken binder afgiveren som et endeligt, selvstændigt løfte eller som en forkontrakt om at indgå den intenderede kontrakt, dog forpligter afgiveren til loyalt at gennemføre forhandlinger om indgåelse af kontrakten med sigte på at nå et positivt resultat, således at afgiveren kun ansvarfrit kan afbryde forhandlingerne, dersom afbrydelsen er rimelig begrundet, f. eks. i fremkomsten af nye og væsentlige, ugunstige oplysninger om forhandlingspartneren.

6.5. Pligt til dækning af omkostningerne og pligt til gennemførelse af den intenderede kontrakt efter delvis eller fuldstændig opfyldelse.

6.5.1. *Situationer uden letter of intent.* Det forekommer, at parter, der er i forhandling om gennemførelsen af et projekt, uden at afslutte forhandlingerne med indgåelse af en kontrakt, går i gang med projektet, enten fordi de i hvert fald ikke for tiden kan enes om hele den forudsete omfattende aftale, eller fordi indgåelsen af en sådan aftale må afvente yderligere undersøgelser og

⁷³ Sml. for tysk ret *Marcus Lutter*: Der Letter of Intent s. 55 med note 56, s. 74 med note 106 og 107 samt s. 84 f.

⁷⁴ Som nævnt ovenfor i nr. 4.3. antager *Marcus Lutter* i Der Letter of intent s. 52 ff og s. 79 ff for tysk ret, at modtageren af et letter of intent kan kræve godtgørelse for afholdte udgifter, hvor dette følger af reglerne om negotiorum gestio eller af reglerne om ubegrundet berigelse. Selv om en tilsvarende egentlig regelanvendelse ikke kommer på tale i dansk ret, genkendes dog i de pragmatiske overvejelser kriterierne i BGB's regler. Undersøgelser, der er et nødvendigt eller nyttigt element i kundens beslutningsgrundlag, kan siges at have «beriget» ham. Udgifter til foranstaltninger, der foretages i kundens interesse og i overensstemmelse med hans formodede vilje, svarer til Ersatz von Aufwendungen efter reglerne om negotiorum gestio (§§ 670 og 683 BGB).

godkendelse. Den retlige regulering af parternes mellemværende i en sådan situation forelå til bedømmelse i UfR 1977.413 H. Udgiveren af nogle lokalaviser og et bogtrykkeri havde forhandlet om trykning af to aviser. Parterne nåede ikke til enighed om en fast, varig kontrakt, men faktisk overtog trykkeriet fremstillingen af aviserne. Efter ca. to års forløb opstod der en uenighed mellem parterne. Sagen omfattede ikke betalingen for det allerede udførte arbejde, men kun trykkeriets krav om erstatning for udgiverens afbrydelse af parternes aftale eller forståelse om, at bladene skulle trykkes på trykkeriet. Kravet om erstatning og – i givet fald – erstatningens størrelse måtte afhænge af, om parterne var bundet af en aftale og af indholdet af denne aftale, navnlig om med hvilken frist aftalen kunne opsiges. Højesteret fandt, at en aftale stiltiende (konkludent) var kommet i stand, og at denne aftale kun kunne opsiges med et vist længere varsel. Bladudgiveren, der med meget kort varsel havde afbrudt forbindelsen, måtte svare en erstatning svarende til bogtrykkeriets mistede fortjeneste i den resterende del af varselstiden. Under de foreliggende omstændigheder, herunder navnlig at parterne under forhandlingerne syntes at have været enige om opsigelsesbestemmelsen, og at samarbejdet nu havde stået på i en længere periode, måtte det seneste udkast til kontrakt, som parterne var nået frem til, være bindende for dem, i hvert fald for så vidt angik længden af opsigelsesvarslet.

Dommen illustrerer, at et foreliggende sidste udkast eller foreløbige tekst i visse situationer kan betragtes som en færdig kontrakt, dersom parterne uden anden aftale og uden at have taget afstand fra udkastet er gået ind i det planlagte samarbejde. Udkastet kan efter omstændighederne behandles som tiltrådt stiltiende af parterne. Efter at parterne er begyndt på opfyldelse af kontrakten, er det mangel ved et udkast, at det er ufuldstændigt og ubestemt, ikke længere fatal, jfr. ovenfor i nr. 3.4. Opfyldelsesforanstaltningerne kan have betydning for det nærmere indhold af den kontrakt, der anses for at være kommet i stand mellem parterne. Opfyldeshandlingerne kan vise noget om parternes syn på og derfor hjælpe til at fastlægge kontraktens indhold for så vidt angår omstændigheder som pris, leveringstid, kvalitet og lignende, medens opfyldelsesforanstaltningerne ikke kan tjene som indikator om forhold, der ikke har været aktuelle i den tid, opfyldelsen har stået på. Længden af varslet for opsigelse af kontrakten er et eksempel på et sådant forhold. I UfR 1977.413 H kunne længden af opsigelsesvarslet afgøres på grundlag af en positiv bestemmelse i et foreliggende kontraktsudkast, men afgørelsen kunne ikke have været truffet på grundlag af kontraktsudkastet, *dersom* ikke dette havde indeholdt nogen bestemmelse om opsigelse, eller *dersom* opsigelsesbestemmelsen i udkastet ikke kunne betragtes som acceptabel for begge parter,

fordi parterne ikke under forhandlingerne havde taget stilling til bestemmelsen eller måske endda havde været uenige bl.a. eller netop om denne klausul. Retten måtte i så fald have afgjort sagen ved at fastsætte et passende rimeligt varsel. Sagen illustrerer således også, at domstolene kan blive tvunget længere ud i frihåndstegning af kontraktvilkår i sager om delvis eller fuldstændigt opfyldte kontrakter (executed contracts) end det i sager om uopfyldte kontrakter (executory contracts) anses for forsvarligt, jfr. herved ovenfor nr. 3.4. med henvisninger i og ved note 47.

Begrundelsen i afgørelsen i UfR 1977.413 H er ikke ganske klar. Ville retten under de foreliggende omstændigheder have accepteret alle bestemmelser i udkastet, også bestemmelser om værneting eller lovvalg, bestemmelser om en særlig indeksering af prisen, uanset om bestemmelserne var uhensigtsmæssige eller særligt gunstige for den ene af parterne? Højesteret siger i sin begrundelse, at det i kontraktsudkastet anførte opsigelsesvarsel (12 måneder) «ikke kan anses som urimeligt efter kontraktsforholdets art og begge parterers interesser». Heri ligger måske, at et «frihåndstegnet» varsel ikke ville være blevet fastsat til et væsentligt anderledes (kortere) tidsrum.

En afgørelse gående ud på, at parterne *ikke* var kontraktligt bundet over for hinanden, måtte formentlig have accepteret, at hver af parterne ansvarsfrit når som helst og uden varsel kunne ophøre med at opfylde «aftalen», og at den opfyldelse, der allerede var præsteret og modtaget, måtte honoreres med et rimeligt eller sædvanligt vederlag (quantum meruit), sml. nærmere nedenfor i nr. 6.5.2.⁷⁵ Alle bestemmelser i et foreliggende kontraktsudkast ville efter en sådan afgørelse være uforbindende og betydningsløse.

6.5.2. *Situationer med letter of intent.* Der har i udenlandsk retspraksis foreligget flere tilfælde, hvor den, der har modtaget et letter of intent enten på egen hånd eller i forståelse med afgiveren af erklæringen, er gået i gang med at opfylde den intenderede kontrakt. *Kommer* kontrakten senere i stand, reguleres parternes forhold i deres helhed af kontrakten, og også den allerede

⁷⁵ Jfr. *Ussing*: Obligationsrettens alm. del, 4. udg. s. 98 og *A. Vinding Kruse*: Restitutioner, 1950, s. 49 og s. 309 ff samt *Cheshire & Fifoot*: Contracts, 10th ed, s. 597–599. Et quantum meruit-krav efter engelsk ret går ud på betaling af en rimelig pris og omfatter således også normal avance. Det samme er for dansk ret antaget bl.a. i UfR 1895. 1209 og 1976.632, jfr. *Gomard*: Obligationsret, 1. del, 1983, s. 31 note 21.

skete opfyldelse honoreres med den aftalte pris.⁷⁶ Kommer kontrakten *ikke* i stand, opstår der spørgsmål af samme art som dem, som er fremdraget ovenfor og illustreret ved hjælp af afgørelsen i UfR 1977.413 H. Der må tages stilling til, *om* der skal svares vederlag for den præsterede opfyldelse, *om* vederlaget skal fastsættes på grundlag af eventuelle udtalelser herom i the letter of intent eller skal opgøres som et berigelses- eller værdikrav ud fra almindelige retsgrundsætninger om ugrundet berigelse (quantum meruit) og *om* – i tilfælde af delvis opfyldelse – parterne er forpligtet til at færdiggøre projektet.

Parterne må efter omstændighederne ved at gå i gang med at præstere og modtage opfyldelse af den intenderede kontrakt antages stiltiende (konkludent) at have forpligtet sig til at gennemføre denne kontrakt. Indholdet af kontrakten må fastlægges på grundlag af the letter of intent og af de foretagne opfyldelseshandlinger og endelig ved udfyldning af samme karakter som den der foretages af andre ufuldstændige aftaler. Denne udfyldning må om fornødent foretages med mindre vejledning i parternes udtalelser og adfærd end det ellers ved uopfyldte aftaler anses for nødvendigt, jfr. ovenfor i nr. 3.4. En fri eller kreativ udfyldning ud fra hvad der må anses som rimeligt eller sædvanligt kommer i almindelighed kun på tale, hvor vilkår ikke kan fastsættes i overensstemmelse med hensigtserklæringen, og hvor parterne ikke under den skete opfyldelse har fulgt en vis fremgangsmåde under sådanne omstændigheder, at et vilkår om at vedblive med at følge denne fremgangsmåde må anses for vedtaget eller dog som naturligt.

I en engelsk sag *Trollope and Colls Ltd. v. Atomic Power Constructions Ltd.* (1962) 3 All ER 1035, (1963) 1 W.L.R. 333 havde et konsortium af entreprenørfirmaer udført en betydelig del af arbejdet med opførelsen af et nukleært kraftværk på grundlag af et letter of intent, der bl.a. indeholdt følgende bemærkning: «As soon as matters outstanding between us are settled,

⁷⁶ I den nedenfor omtalt Trollope-sag udtalte Megaw J bl.a. følgende: «Frequently in large transactions a written contract is expressed to have retrospective effect, sometimes lengthy retrospective effect; and in cases where the negotiations on some of the terms have continued up to almost, if not quite, the date of the signature of the contract. The parties have meanwhile been conducting their transactions with one another, it may be for many months, on the assumption that a contract would ultimately be agreed on lines known to both the parties, though with the final form of various constituent terms of the proposed contract still under discussion. The parties have assumed that when the contract is made – when all the terms have been agreed in their final form – the contract will apply retrospectively to the preceding transactions. Often, as I say, the ultimate contract expressly so provides. I can see no reason why, if the parties so intend and agree, such a stipulation should be denied legal effect.»

we will enter into a contract agreement with you, and in the meantime please accept this letter as an instruction to proceed with the work necessary to permit you to meet the agreed programme». En kontrakt kom først i stand på et fremskredent stadium af opførelsen. Denne kontrakt indeholdt ikke en klausul om, at den havde virkning også for den allerede udførte del af arbejdet, men retten fandt, at kontrakten i mangel af anden positiv bestemmelse burde opfattes som afgørende for arbejdet i sin helhed, jfr. ovenfor note 62. I *Peter Lind & Co. Ltd. v. Mersey Docks and Harbour Board* (1972) 2 Lloyd's Rep. 234 havde entreprenørfirmaet Peter Lind påbegyndt opførelsen af en container terminal på grundlag af et letter of intent fra havnebestyrelsen. Retten fandt ikke mulighed for at anse parternes mellemværende for reguleret af nogen kontrakt, idet Peter Lind havde indgivet alternative tilbud til havnebestyrelsen om bygning af den planlagte terminal for en fast og for en variabel pris. Retten mente ikke, at den kunne eller burde træffe et valg mellem to lige nærliggende prisberegninger og afgjorde derfor sagen med at tillægge Peter Lind et beløb (quantum meruit) for udført arbejde ud fra almindelige grundsætninger om restitutionskrav.⁷⁷ En tilsvarende afgørelse er truffet i *O.T.M.v. Hydranautics* (1981) 2 Lloyd's Rep. 211.

S. N. Ball ser det i 99 L.Q.R. 572 ff (1983) som en nødvendig konsekvens af afgørelsen i Peter Lind-sagen, at hver af parterne når som helst kunne have afbrudt opførelsen af fragtcentralen. Der antoges jo ikke at foreligge nogen kontraktmæssig binding mellem parterne. Terminalen blev imidlertid faktisk bygget færdig, og dette spørgsmål er derfor ikke rejst under sagen. Ball's konklusion bygger på en systemlogik, som ikke er tvingende, i hvert fald ikke for dansk ret. Der er ingen reel hindring for at nå det mest hensigtsmæssige resultat, sc. *at* acceptere en kontraktretlig binding for så vidt angår pligt til at bygge færdig og *at* anvende de vilkår til regulering af parternes mellemværende, som fandtes i begge tilbud og ikke havde været kritiseret af havnebestyrelsen under forhandlingerne suppleret i fornødent omfang med rimelige vilkår. Kan et letter of intent i forbindelse med hel eller delvis opfyldelse accepteres

⁷⁷ Det synes ikke ganske givet, at de to prisberegninger virkelig var lige nærliggende endnu lang tid efter, tilbudene var afgivet. Et fast pristilbud indeholder en gisning om den fremtidige prisudvikling, og et sådant tilbud bør derfor ikke kunne sættes i kraft efter længere tids forløb. Begivenhederne kunne siges at have gjort udførelsen af arbejdet som regningsarbejde eller accept af det indekserede tilbud naturligt. Et regningskrav ligger imidlertid næppe langt fra et quantum meruit-krav. Et sådant krav må formentlig opgøres – om fornødent med bistand af udmeldte sagkyndige – som rimelige, variable og faste omkostninger + sædvanlig avance.

som bindende for at undgå ulempen ved, at den allerede skete opfyldelse svæver frit i luften overladt til regulering efter «almindelige retsgrundsætninger», kan også en kontrakt omfattende også færdiggørelse eventuelt til en af retten fastsat rimelig pris accepteres, – også uden for området for regler som Købelovens §§ 5 og 72. Den mest hensigtsmæssige regulering af tilfælde, hvor der er sket hel eller delvis opfyldelse af et letter of intent, der ikke er fulgt op med vedtagelse af den intenderede kontrakt, opnås ved, at retten så vidt muligt finder frem til en kontrakt om gennemførelsen af projektet, idet retten om fornødent tiltager sig en større frihed med hensyn til at fastsætte vilkårene, end den ville have gjort i en uopfyldt kontrakt. Også *S. N. Ball* går i den citerede artikel ind for denne løsning. Fordelene herved er, at parternes forpligtelse til at færdiggøre et påbegyndt arbejde er utvivlsomme, at vederlagsfastsættelsen ikke henvises til en skønsmæssig (tilfældig) udmåling ud fra vage grundsætninger om berigelses- eller værdikrav, og at hensigtsmæssige og ubestridte vilkår fra the letter of intent og vilkår, som lader sig formulere på grundlag af parternes adfærd i øvrigt kan fastholdes. Der er brug for en mere detaljeret regulering, end delikts- og restitutionsret kan præstere. Almindelige grundsætninger om restitution eller berigelse giver f. eks. ikke mulighed for at udforme passende betalingsbetingelser. Et er som i Hans Munch-Petersens juridiske begynderbogs eksempel at skulle fastsætte godtgørelsen til den student, hvis kontubernal ved en fejltagelse har røget hans cigarer (eksemplet er bevaret endnu i 25. udgave af *Borgerlig Ret* s. 176), et andet er at fastsætte betalingsvilkår for opførelsen af et kraftværk, en fragtterminal eller et andet større projekt.

Et letter of intent, der får virkning som kontrakt, fordi parterne har præsteret opfyldelseshandlinger på grundlag af erklæringen, adskiller sig formentlig fra den intenderede kontrakt ved, at erklæringen ikke har virkning for al fremtid, men kun omfatter videreførelse og eventuel færdiggørelse af projektet i det omfang, dette teknisk set udgør en enhed. Rimeligheden og rækkevidden af denne begrænsning illustreres af sagforholdet i en amerikansk sag *Saul Bass & Associates v. United States*, 205 Ct. Cl. 214, 505 F. 2d 1386. Saul Bass havde forhandlet med en federal kommission om at tegne og opføre USA's pavillion på Verdensudstillingen i 1964. Kommissionen, der både var i nød for tid og for bevillinger, afgav et letter of intent til Saul Bass, og med kommissionens vidende og indforståelse gik firmaet i gang med arbejdet. Retten fandt, at parterne havde tillagt kommissionens letter for intent betydning som en bindende kontrakt, og at deres mellemværende derfor måtte afgøres på grundlag af denne erklæring. Saul Bass havde derfor krav på betaling for sit arbejde efter de i the letter of intent anførte priser, og kommissionen havde

krav på at få de udførte tegninger udleveret. Arbejdet med opførelsen af pavillionen blev overdraget til et andet firma. Opførelsen var ganske vist også omfattet af hensigtserklæringen, men kommissionen var ikke forpligtet til at fortsætte samarbejdet i en ny, anden fase af den intenderede kontrakt, og Saul Bass kunne ikke gøre krav på mistet fortjeneste på selve byggearbejdet.⁷⁸ Havde den intenderede kontrakt været anset som bindende i sin helhed – også for fremtiden – ville Saul Bass have kunnet kræve opfyldelsesinteressen i den resterende del af kontrakten erstattet (restsum ÷ besparelser).⁷⁹ Saul Bass havde ikke grund til at regne sikkert med, at kontrakten ville blive endeligt godkendt, men fik fuld betaling for udført arbejde. Også et eventuelt tab opstået ved afbrydelsen af arbejdet (ingen oplysning herom i sagen) burde erstattes.

Den engelsk-amerikanske litteratur og retspraksis om påbegyndt kontrakts-opfyldelse tyder på, at letters of intent anvendes oftere i UK og i USA end tilfældet er i Danmark. *S. N. Ball* udtaler i 99 L.Q.R. 574 (1983) «No doubt there are hundreds of cases where work is done under a letter of intent and a later contract makes allowances for the value of that work in fixing the completed terms». Også *Lutter* omtaler i *Der Letter of Intent* s. 50 ff navnlig s. 55 fn problemet omkring «Begin der eigentlichen Leistungshandlung selbst» i tilfælde, hvor den intenderede kontrakt ikke kommer i stand. Har bygherren (afgiveren) af the letter of intent bedt om eller godkendt, ar arbejdet går i gang, har entreprenøren krav på betaling, jfr. § 670 BGB, men der bør også i andre tilfælde, finder *Lutter*, i almindelighed ydes en godtgørelse til entreprenøren i medfør af reglerne om negotiorum gestio i § 683 BGB om Ersatz von Aufwendungen, en regel der for så vidt angår opgørelsen af kravet er identisk med § 670.

Var forholdene hos os lige som i England og holdt talangivelsen hos *Ball* stik, skulle det i Danmark være forekommet i en snes tilfælde eller flere (efter krigen, om året?), at en projektering, et byggeri eller lign. sættes i gang alene på grundlag af et letter of intent. Dette er næppe tilfældet. Der foreligger i hvert fald ikke trykte afgørelser om tilfælde, hvor en opfyldelse er løbet i gang på grundlag af et letter of intent mellem parter, som derefter ikke når til en endelig forståelse med hinanden. Det er ikke en efterlignelsesværdig frem-

⁷⁸ Det fremgår ikke klart af dommen, hvorvidt den har taget stilling til disse sidste spørgsmål, eller om Saul Bass blot frivilligt havde affundet sig med ikke at få byggearbejdet.

⁷⁹ Sml. om beregningen af erstatningen *Gomard*: Naturalopfyldelse, 1971, s. 30 ff og *Hørlyck*: Entreprise- og licitationsbetingelser, 3. udg. s. 102 ff.

gangsmåde at gå i gang med et større arbejde alene på grundlag af et letter of intent uden klare bestemmelser om parternes mellemværende, i tilfælde af at den intenderede kontrakt ikke kommer i stand.⁸⁰ Det må foretrækkes, hvor indgåelsen af den endelige kontrakt trækker ud, f.eks. fordi en offentlig bygherre må afvente de bevilgende myndigheders godkendelse eller en privat byggherre venter på de nødvendige endelige godkendelser og tilladelser fra administrative myndigheder, at indgå en foreløbig kontrakt om påbegyndelse af arbejdet, f. eks. således at arbejdet og tabet ved en eventuel afbrydelse af arbejdet honoreres efter regning, og erlægges løbende, hvis den endelige kontrakt må opgives, reguleres i de første rater af kontraktssummen eller når den endelige kontrakt foreligger. I USA er det nu i administrative forskrifter bestemt, at offentlige bygherrer bør gå frem på denne måde i tilfælde, hvor det anses for nødvendigt, at udførelsen af et arbejde går i gang, før der kan afsluttes kontrakt om udførelsen af hele arbejdet. Bestemmelserne herom findes i Code of Federal Regulations, bind 41 om Public Contracts and Property Management, chapter 1 § 1 – 3.308.⁸¹ Den offentlige myndighed skal i en situation som beskrevet indgå en såkaldt «letter contract» om udførelse af de første dele af arbejdet, og denne midlertidige aftale skal hurtigst muligt afløses af en endelig kontrakt om hele arbejdet. En «letter contract» skal bl.a. indeholde en bestemmelse om «the prompt entry into good faith negotiations by the contractor and the Government to reach agreement upon and execute a definitive contract».

80 Som sket i den ovennævnte O.T.M.v. Hydraulics. – *Oliver & Allwright: Terms and Conditions of Contract*, London 1978 (udgivet af Institute of Purchasing and Supply) skildrer denne praksis, som de samtidig advarer mod at følge, således: «A device that is not uncommon in project work or where large production runs are involved is a Letter of Intent. Where time pressures make it necessary for work to commence before the final details of the Contract are negotiated the Seller, or Contractor as the case may be, often asks to be protected by a Letter of Intent. This signifies the intention of the Buyer to award the contract to be chosen firm once negotiations are completed, authorises the commencement of work, and gives some security for payment of costs incurred by providing that if the contract is not forthcoming the Buyer will refund direct expenditure plus an agreed sum in respect of overheads and profit, and relieve the Seller of any commitments he may have made with sub-contractors» (s. 15).

81 Fra 41 CFR chap. 1, § 1–3.408 citeres:

(a) *Definition*. A letter contract is a written preliminary contractual instrument which authorizes immediate commencement of manufacture of property, or performance of services, including, but not limited to, preproduction planning, and the procurement of necessary materials.

7. Pligt til loyalt at forhandle om indgåelse af den intenderede kontrakt

7.1. Problemstillingen

Et letter of intent har ikke i almindelighed samme bindende virkning som den intenderede kontrakt vil have, hvis den kommer i stand. Et letter of intent er ej heller i almindelighed en option eller anden forkontrakt, der giver hver af parterne eller en af parterne ret til – eventuelt under visse nærmere betingelser – at kræve, at afgiveren indgår den intenderede kontrakt, jfr. ovenfor ved note 7 a.⁸² Et letter of intent, der ikke er bindende som et løfte i overensstemmelse med sit indhold, kan imidlertid, som fremhævet i nr. 4.2., have andre retsvirkninger. Her i nr. 7 drøftes, om et letter of intent skaber en kontraheringspligt, som er mindre vidtgående end pligten efter en forkontrakt.

Den, der efter at have afgivet et letter of intent, senere bestemmer sig om og vægrer sig ved at afslutte den intenderede kontrakt, har herved skuffet adressaten uden rimelig grund, medmindre han har haft gode grunde til ikke at ville vedstå sin hensigtserklæring. Afgiveren er ikke bundet af sit letter of intent som af et ubetinget løfte, men det kunne umiddelbart synes at stemme overens med tanken bag et letter of intent, om afgiveren var bundet af sin erklæring som af en forkontrakt, *dersom* han uden nogen antagelig (gyldig (sml. Kommissionslovens § 50), rimelig, «triftig») grund vægrer sig ved at færdigforhandle og tiltræde den intenderede kontrakt og således handle i

(b) *Application*. A letter contract may be entered into when: (1) The interest of the Government demand that the contractor be given a binding commitment so that work can be commenced immediately, and (2) negotiation of a definitive contract in sufficient time to meet the procurement need is not possible, as, for example, when the nature of the work involved prevents the preparation of definitive requirements, specifications, or cost data.

(c) *Limitations*. (1) A letter contract shall be used only after a determination in accordance with agency procedures that no other type of contract is suitable.

....

(4) The maximum liability of the Government stated in the letter contract generally shall not exceed fifty percent of the total estimated cost of the procurement, but this liability may be increased in accordance with agency procedures».

82 Tvangsfuldbyrdelse af en dom, der fastslår en pligt til at oprette og underskrive et endeligt kontraktsdokument, f. eks. et skøde, forudsætter, at det er muligt på grundlag af dommen og forkontrakten (slutsedlen) at udfærdige et endeligt kontraktsdokument om den aftale, som efter dommen kan kræves indgået, jfr. Retsplejelovens § 532. Detaljer, som er uomtalt i forkontrakten, må enten søges udfyldt ved dommen om, at kontrakten skal udfærdiges eller lades uomtalt i dommen og kontrakten og om fornødent søges reguleret ved en senere sag mellem parterne.

overensstemmelse med sin tilkendegivne hensigt. Et letter of intent har imidlertid, som nærmere udviklet nedenfor i nr. 7.2. næppe en sådan virkning. Det drøftes derfor nedenfor i nr. 7.3. om et letter of intent har en anden endnu mere begrænset retsvirkning, nemlig at pålægge afgiveren ansvar for det tab, han påfører adressaten – dennes negative kontraktsinteresse –, dersom han afbryder kontraktsforhandlingerne uden rimelig grund.

7.2. Kontraheringspligt med mindre rimelig grund til ikke at indgå den intenderede kontrakt

7.2.1. Et letter of intent bør ikke binde afgiveren som et løfte. De yderligere undersøgelser og forhandlinger, som udestår før indgåelsen af den intenderede kontrakt, kan afsløre væsentlige hindringer og vanskeligheder for gennemførelsen af projektet, og afgiveren af en hensigtserklæring bør ikke på samme måde som en løftegiver være forpligtet til at overvinde selv betydelige vanskeligheder og søge planerne realiseret, bortset fra tilfælde hvor løftet ville have været ugyldigt eller uvirksomt efter reglerne om vildfarelse og ændrede forhold (svigtende forudsætninger, frustration). Afgiveren af et letter of intent bør have en større frihed, end en løftegiver ville have, til at træffe beslutning om, hvilken betydning han vil tillægge de vanskeligheder, som måtte vise sig under forhandlingerne om den intenderede kontrakt. Det er imidlertid et spørgsmål, om afgiveren bør være helt frit stillet, således at han når som helst, uden at angive nogen grund og uden hensyn til, hvad hans grunde er eller synes at måtte være, kan afbryde forhandlingerne og nægte at indgå den intenderede kontrakt.

Retssystemet indeholder enkelte regler, som foreskriver en egentlig kontraheringspligt. Disse regler angår navnlig pligt til at yde hjælp i nødstilfælde og leveringspligt for virksomheder med monopolstilling. Monopoltilsynet kan således i medfør af Monopollovens § 12, stk. 3 «i tilfælde, hvor en konkurrencebegrænsning medfører en urimelig indskrænkning i den frie erhvervsudøvelse, og dette ikke kan imødegås efter lovens øvrige bestemmelser, udstede et leveringspålæg». Vanskeligheden ved at fastsætte leverings-, pris- og betalingsvilkår i de kontrakter, monopolvirksomheder skal indgå, løser Monopolloven ved at foreskrive, at leverancer skal ske «på virksomhedens sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende salg», og at virksomheden kan kræve kontant betaling eller betryggende sikkerhed. En leveringsnægtelse, der har en rimelig begrundelse i særlige forhold, såsom et bestående konkurrenceforhold mellem leverandør og kunde eller kundens brug af ulovlige eller illoyale forretningsmetoder, kan ikke brydes med pålæg efter § 12, stk. 3.⁸³ Der er således i praksis efter Monopollovens §

⁸³ Se nærmere *W. E. von Eyben: Monopoler og priser* s. 546 ff. Se også *Koktvedgaard: Kontraheringspligt*, 1960.

12, stk. 3 opbygget en skillelinje mellem saglige, anerkendelsesværdige grunde på den ene side og usaglige, ikke anerkendelsesværdige grunde på den anden side til at vægre sig ved at afslutte en leveringskontrakt. Sager om leveringspålæg angår imidlertid i almindelighed levering af gængse varer, som leverandøren sælger på ensartede vilkår til flere kunder, og inden for dette område er det en let opgave at udforme den pligtmæssige kontrakt ud fra Monopollovens regel om kontant betaling og i øvrigt på virksomhedens sædvanligt gældende vilkår for tilsvarende salg. Letters of intent lægger derimod i almindelighed op til indgåelsen af individuelle, komplicerede kontrakter. Problemerne omkring letters of intent belyses derfor bedre af den retlige regulering af aftaler om, at parterne vil regulere bestemte spørgsmål ved en ny aftale end af lovbestemmelser om monopolisters kontraheringspligt.

Et letter of intent giver udtryk for den ene parts eller for begge parterens hensigt til at indgå en bestemt kontrakt. Det forekommer imidlertid også, at parter indgår en aftale, der fremtræder som en bindende kontrakt, som tager endelig stilling til en række punkter, men henviser reguleringen af et eller flere andre punkter til senere aftale mellem parterne, f. eks. (som i *Mallozzi v. Carapelli* (1975) 1 Lloyd's Report 229) at gods skal udlosses i «en italiensk havn efter nærmere aftale»,⁸⁴ eller (som i *Hensler v. City of Los Angeles* 268 P 2d 12 (1954)) at den endelige udformning af senere faser i et projekt kan eller skal reguleres ved senere aftale. Sådanne kontrakter frembyder en vis lighed med letters of intent. Det bør derfor undersøges, om den retlige regulering af disse kontrakter er egnet til at finde anvendelse også på letters of intent.

I England og i USA siges det undertiden at være en selvfølge, at «an agreement to agree» eller «a contract to enter into a contract» ikke er bindende. Disse udsagn viser sig imidlertid ved nærmere eftersyn kun at sigte til tilfælde, hvor spillerummet for indholdet af kontrakt nr. 2 er så stort, at indholdet af den endelige kontrakt ikke kan fastsættes med rimelig sikkerhed alene på grundlag af den første kontrakt, såfremt parterne ikke kan enes.⁸⁵ *Dugdale og Lowe* går i *The Journal of Business Law* 1976.28 ff ind for, at

84 Det er ofte muligt og mere hensigtsmæssigt at give den direkte interesserede part en bestemmelsesret. Hertil kan knyttes en regel om regulering af vederlaget og eventuelt begrænsninger i bestemmelsesretten f. eks. at visse landes Government policy skal respekteres.

85 Jfr. *Corbin on Contracts* vol. 1, 1963 § 29 (s. 82 ff) om «partial agreements – contract to make a contract» og *Farnsworth: Contracts* s. 202 ff, samt for engelsk ret omtalen af *Hillas & Co. v. Arcos Ltd.* (1932) 38 Com Cases 23 i *Cheshire & Fifoot: Contracts* 10th ed 1981 s. 36 og *Dugdale og Lowe* i *The Journal of Business Law* 1976.31 ff.

parterne i en kontrakt, der foreskriver, at de vil eller skal enes om eller forhandle om bestemte spørgsmål, har påtaget sig en forpligtelse til at «negotiate in good faith», og samme opfattelse blev i USA fremsat allerede af *Knapp* i 44 *New York University Law Rev.* s. 73 ff (1969). Svarene på et questionnaire refereret i *Droit et Pratique du Commerce Internationale* 1977.3 s. 519 ff afspejler derimod den traditionelle lære. Klart er i hvert fald, at en sanktionsfastsættelse vil støde på vanskeligheder, hvis det er uvist, hvilken kontrakt, der kunne og burde være kommet i stand.

Aftaler, hvorved parter påtager sig forhandlingspligt, kendes i Danmark bl.a. i form af klausuler i kollektive overenskomster om, at der skal optages forhandling om bestemte, endnu udestående spørgsmål mellem parterne. *Illum* udtaler i *Den kollektive Arbejdsret*, 3. udg. 1964, s. 109, at «særlig hvis bestemmelsen om forhandling ifølge overenskomsten tilsigter et bestemt formåls opnåelse, ... får bestemmelsen et mere positivt indhold, således at man i det vage udtryk forhandling kan indlægge en overenskomstmæssig pligt til at gøre særlige indrømmelser».⁸⁶

Aftaler, der udsætter reguleringen af visse punkter til senere forhandlinger, kan have forskelligt indhold. Parterne kan med deres henvisning til en fremtidig aftale have ment, at de ønsker at forbeholde sig deres stilling, indtil de udestående punkter er færdigforhandlet. Det er imidlertid også muligt, at parterne har ønsket straks med deres første kontrakt at forpligte sig til at gennemføre projektet, men samtidig, fordi de er i tidsnød, fordi ikke alle oplysninger er tilvejebragt, fordi der må tages hensyn til en fremtidig udvikling eller begivenhed eller af andre grunde, henviser visse spørgsmål til fremtidig aftale. Parterne kan i sidstnævnte fald i kontrakten optage en bestemmelse om, at der, hvis enighed ikke opnås, skal træffes afgørelse af en voldgift eller af en lignende neutral instans efter dennes bedste overbevisning eller udfra visse angivne generelle retningslinier («i overensstemmelse med sædvane i branchen», «til en konkurrencedygtig pris», «i overensstemmelse med førende virksomheders almindelige forretningsbetingelser» eller lign.) Parterne bør imidlertid også kunne forlade sig på, at de almindelige domstole vil strække sig langt for at opretholde deres kontrakt enten ved at udfylde hullet i kontrakten eller ved at fastsætte en passende sanktion mod den, der ikke har opfyldt sin pligt til loyalt at forhandle, idet han f. eks. har afvist et

⁸⁶ *Illum*: *Den kollektive Arbejdsret*, 3. udgave 1964, s. 109 og s. 273 samt *Per Jacobsen*: *Kollektiv Arbejdsret*, 3. udg. 1982, s. 112. – Om pligt «to bargain in good faith» i amerikansk arbejdsret, se *The National Labor Relations Act sec. 8 og Cox* i 71 *Harv. Law Rev.* 1401 ff (1958).

rimeligt forslag uden at fremsætte et lige så godt modforslag. Det kan være hensigtsmæssigt for parter at binde sig ved en kontrakt, der lader nogle punkter åbne, og parterne har ved at fastslå, at de vil regulere de udskudte punkter ved senere aftale, mindsket betænkeligheden ved, at retten i givet fald må udfylde hullerne i kontrakten.⁸⁷ En anvendelse af de almindelige, allerede udviklede regler om bestemthedskravet til kontrakter ville føre til, at en aftale, der udskyder enkelte punkter til senere aftale(r), også efter dansk ret er bindende for parterne, dersom indholdet af den oprindelige aftale har en sådan grad af bestemthed, at den efter almindelige regler om bestemthed kan være bindende, jfr. ovenfor i nr. 3.4. Selv de almindelige regler har en betydelig rækkevidde, fordi uenighed om de udsatte punkter ofte først vil vise sig, efter at opfyldelsen af aftalen er begyndt, og på dette sene stadium har retten pligt til at påtage sig en udvidet udfyldningsopgave, jfr. ovenfor i nr. 6.5. Det samme bør gælde, hvor parterne har ønsket en sådan ordning og har haft rimelig grund dertil.

7.2.2. Hvis disse sætninger godtages, må det derefter undersøges, om et letter of intent efter omstændighederne bør behandles på samme måde som en bindende aftale, der lægger nogle hovedlinier fast, men overlader fikseringen af det resterende kontraktsindhold – detaljerne – til forhandlingerne om den endelige kontraktskrivning. En bekræftende besvarelse af dette spørgsmål ville betyde, at afgiveren af et letter of intent, som uden rimelig grund vægrer sig ved at indgå den endelige, intenderede kontrakt, måtte finde sig i, at retten i givet fald udfylder hensigtserklæringen, og at erklæringen i udfyldt stand binder afgiveren som en kontrakt. Et sådant resultat er næppe i noget tilfælde fastslået som gældende ret i hovedlandenes retspraksis, og det bør ej heller godtages hos os. Der er en afgørende forskel mellem selv en vidtgående «frihåndstegning» af vilkår til udfyldning af huller i en indgået kontrakt, og en censur af rimeligheden af en forhandlingsparts grunde til at nægte at afslutte den intenderende kontrakt, uanset at han tidligere har givet udtryk for, at han var interesseret i og havde til hensigt at indgå en sådan kontrakt. Vanskelighederne ved at formulere og anvende en «censurregel» træder klart frem, når man betænker hvilke grunde, som under en sådan regel måtte nægtes accept som en gyldig grund til ikke at ville slutte kontrakt. Som eksempler herpå kan formentlig nævnes, at afgiveren af hensigtserklæringen under senere forhand-

⁸⁷ Bestemmelsen i § 154 BGB (citeret ovenfor i note 38) gælder kun «im Zweifel». Har parterne ønsket at forpligte sig ved aftalen, udfyldes denne af retten, jfr. nærmere *Staudinger's Kommentar* 11. Auflage, Anm. 3 til § 154.

linger uden at kunne pege på bestemte belastende fakta dog kommer i tvivl om den anden parts personlige egnethed og faglige dygtighed, om denne vil gøre den aktive indsats som er ønskelig f. eks. for en forhandler, eller om den anden part har tilstrækkelig økonomisk styrke til at kunne gennemføre projektet også i en forventet vanskelig periode. Forløbet af forhandlingerne om den intenderede kontrakt kan have givet afgiveren grund til at tvivle på, om parterne let vil kunne enes, fordi deres almindelige indstilling eller arbejds måde er forskellig. Det er også tænkeligt, at afgiveren af et letter of intent nu vurderer chancerne for projektets succes ringere, at han nu finder at kunne udnytte chancer i markedet bedre med et andet projekt, eller at han er blevet opmærksom på, at der kan opnås bedre vilkår og større udsigt til succes med en anden partner. Der er mange faktorer, hvis faktiske rigtighed og betydning sjældent ville kunne godtgøres ved en bevisførelse, og som ikke, i hvert fald ikke i form af den blotte mistanke eller fornemmelse ville kunne kræves godtaget under en retsregel om, at der kræves en gyldig eller vigtig grund til at bestemme sig om og vægre sig ved at indgå den etablerede kontrakt. Den, som endnu ikke har afsluttet kontraktforhandlinger med indgåelse af kontrakten og ikke har ladet opfyldelsen af denne gå i gang, bør, selv om forhandlingerne i kraft af et letter of intent er seriøse og målrettede, stadig selv frit kunne skønne over, om han bør påtage sig en kontraktlig forpligtelse. Et letter of intent bør ikke tolkes som et tilsagn om ikke at trække sig ud af forhandlingerne uden en bestemt oplyst gyldig grund.

Der kendes på andre områder retsregler, der foreskriver en censur af «gyldigheden» (vægten, betydningen) af en kontrahents grunde til at nægte at indgå i eller at trække sig ud af retsforhold – også bortset fra de allerede nævnte regler om kontraheringspligt –, men disse regler angår udøvelsen af rettigheder og beføjelser efter en indgået kontrakt, et spørgsmål som er langt bedre egnet til vurdering af en dommer. En udlejer, som i lejekontrakten har givet lejereren ret til at overdrage lejemålet til en ny lejer, som udlejereren kan godkende, kan i almindelighed ikke nægte at acceptere en foreslået ny lejer uden nogen rimelig grund. Efter reglerne i hovedaftalen mellem DA og LO af 1973 med ændringer 1981 § 4, stk. 3, og i Funktionærlovens § 2 B må der ikke finde vilkårlighed sted ved afskedigelse af arbejdstagere. Er en opsigelse ikke rimeligt begrundet i arbejdstagerens eller virksomhedens forhold, ifalder arbejdsgiveren erstatningsansvar.⁸⁸

⁸⁸ Bestemmelsen i hovedaftalen er omtalt af *Per Jacobsen*: *Kollektiv Arbejdsret*, 3. udg. 1982, s. 634 ff og er omtalt i bestemmelsen i Funktionærloven af *H. G. Carlsen*: *Dansk Funktionærret*, 2. udg. 1974, s. 281 ff.

7.3. Erstatningspligt medmindre rimelig grund til ikke at indgå den intenderede kontrakt

7.3.1. Det står endnu tilbage at undersøge, om afgiveren af et letter of intent bør betale sin frihed til at bestemme sig om med en pligt til at godtgøre adressaten de tab, han måtte have pådraget sig, fordi han stolede på, at den intenderede kontrakt ville komme i stand.⁸⁹ Som erstatningsberettigede tab ville navnlig omkostninger, som adressaten med rimelighed har afholdt til forberedelse og gennemførelse af de kontraktsforhandlinger, som nu efter afgiverens ønske må afblæses, kunne komme på tale.⁹⁰ Afbrydelse af forhandling om indgåelse af en kontrakt er i fremmed ret, som det fremgår af udviklingen ovenfor i nr. 4.3. efter omstændighederne blevet betragtet som et ansvarspådragende forhold – en culpa in contrahendo, en krænkelse af en vakt tillid eller et retsmisbrug –, som giver den skuffede part krav på erstatning af hans negative interesse, men ikke ret til at kræve den aftale, som parterne har forhandlet om indgåelse af, indgået eller pligt til at erstatte opfyldelsesinteressen. Den fremmede retspraksis om urimelig eller hensynsløs afbrydelse af kontaktsforhandlinger er både sparsom og uklar. Der findes så vidt vides ingen retsafgørelse, som tager klar stilling til, om det er en culpa in contrahendo trods et afgivet letter of intent at afbryde kontraktsforhandlinger uden at angive og godtgøre en rimelig grund til at nægte at færdigforhandle og underskrive den intenderede kontrakt.⁹¹

7.3.2. Afgiveren af et letter of intent ifalder formentlig ansvar i tilfælde, hvor det findes godtgjort, at han *ikke* havde til hensigt at indgå den intenderede kontrakt og således har afgivet sit letter of intent imod bedre viden; optaget forhandlinger med adressaten på skrømt, f. eks. for at skaffe sig viden om

⁸⁹ Diskussionen af dette spørgsmål i tysk ret udspringer af den ældre debat om, at den, der gør ugyldigheden af sit løfte gældende, skal erstatte løftemodtageren den negative kontraktsinteresse, jfr. herom i Tyskland *Stoll* i *Festskrift til v. Caemmerer*, 1974, s. 435 ff, navnlig s. 445 ff og i Skandinavien bl.a. *Ussing: Aftaler* s. 127 ff og *Karlgren: Avtalsrättsliga spørgsmål*, 2. uppl. 1954, s. 7 ff, anmeldt af *Arnholm* i *TfR* 1955.1 ff.

⁹⁰ Spørgsmålet om erstatning også af følgeskader (konsekvenstab) som del af den negative interesse er behandlet senest af *Krokeide* i *TfR* 1979.132 ff, navnlig s. 165 ff.

⁹¹ BGHZ af 12. juni 1975 i *NJW* 1975.1774 kan ikke ses som en klar anerkendelse af, at det er culpa in contrahendo ikke at følge sit letter of intent op, idet erstatningen til adressaten (navnlig eller alene) omfattede udgifter til indledende opfyldelsesforanstaltninger afholdt efter afgiverens ønske, jfr. *Lutter: Der Letter of Intent* s. 72 note 100 (dommen er også omtalt s. 62 note 72 og s. 64 note 80).

hans produkter og tekniske kunnen. Beviset for, at et letter of intent er afgivet på skrømt, vil ofte være vanskeligt at føre, men kan vel efter omstændighederne etableres, f. eks. ud fra snak i branchen, vildfarende korrespondance eller den kendsgerning at afgiveren umuligt kunne have realiseret sit angivelige projekt. Afgiveren af et letter of intent, der oprindelig har ment sin erklæring alvorlig, men senere må opgive sit forehavende, bør straks underrette adressaten om, at kontrakten ikke vil blive til noget. Undlader han at give sådan underretning, er han i hvert fald ansvarlig for de yderligere omkostninger, som adressaten må pådrage sig ved sit fortsatte arbejde med sagen.⁹² Hovedinteressenten samler sig imidlertid om tilfælde, hvor ansvar ikke er klart indiceret på grund af særegne omstændigheder.

7.3.3. Letters of intent indeholder undertiden forbehold om, at afgiveren ikke vil påtage sig noget ansvar for, at den intenderede kontrakt kommer i stand. Afgiveren har mulighed for at sikre sig handlefrihed (ansvarsfrihed) med en klar og dækkende ansvarsfraskrivelse. Eksistensen af denne mulighed er dog ikke i sig selv tilstrækkelig grund til at pålægge afgiveren ansvar for den forgæves ulejlighed og udgift, han forvolder adressaten ved at afbryde kontraktsforhandlingerne, og ansvar kan ej heller støttes alene på, at mulighed af at frskrive sig ansvar i disse tilfælde både er kendt og faktisk også jævnlig bruges i forretningskredse. Brugen af ansvarsfraskrivelse i letters of intent kan ikke tages som bevis for en opinio juris om, at det er ansvarspådragende ikke at følge af en hensigtserklæring op. Fraskrivelse er vel ofte ment som en advarsel for at undgå misforståelser og fortrædeligheder, og fraskrivelse kan desuden være medtaget ex tuto, fordi retstilstanden i Danmark ikke hidtil har været undersøgt, og fordi det kan være usikkert, efter hvilket lands ret erklæringen vil blive bedømt.

For at pålægge afgivere af letters of intent et vist ansvar taler imidlertid tillige den faktiske betydning, som tillægges et letter of intent i forretningskredse. Seriøse erhvervsvirksomheder afgiver ikke letters of intent for derefter uden gode grunde at nægte at afslutte den intenderede kontrakt. Afgiveren bør dog som udviklet i nr. 7.2. frit kunne bestemme sig om, således at det ikke ved dom kan pålægges ham at gennemføre et projekt, som han nu vurderer som u hensigtsmæssigt. Domstolene bør ikke indlade sig på at efterprøve lødigheden af den forretningsmæssige vurdering, som afgiveren har foretaget, således at der i givet fald pålægges afgiveren en egentlig kontraheringspligt.

⁹² Disse to situationer er fremhævet som klare ansvarstilfælde både af *Ghestin: Le contrat* no 228 og *Lutter: Der Letter of Intent* s. 63 f.

Der ville imidlertid opstå et skisma mellem god forretningsskik, som kræver, at afgiveren af et letter of intent alvorligt bestræber sig for at leve op til sin tilkendegivne hensigt, og den retlige regulering, hvis det var helt ansvarsfrit at bestemme sig om. En regel, der pålægger afgiveren af hensigtserklæringer et erstatningsansvar, som beløbsmæssigt er begrænset til den negative interesse, og som indtræder, hvor afgiveren uden nogen konstaterbar og godtgjort, rimelig grund bestemmer sig om, ville etablere en rimelig risikofordeling mellem parterne, jfr. herved om fremmed rets culpa in contrahendo *Lutter*: Der Letter of Intent s. 62 ff og nærmere ovenfor i nr. 4.3. De vanskeligheder, der er forbundet med en sådan begrænset retlig regulering af letters of intent, er vel ikke små, men administrationen af ordningen ville ikke stille domstolene over for en uløselig opgave.

Den skitserede ordning kræver for det første, at der udvikles en passende skillelinie mellem grunde, som tillader afgiveren at opgive sit forehavende uden erstatningspligt – rimelige, gyldige grunde – og grunde, som kun tillader ham at bakke ud mod godtgørelse til adressaten af dennes negative interesse. Alvorlige invendinger mod adressatens faglige dygtighed, forretningsmetoder eller økonomi, som kommer for dagen efter afgivelsen af letter of intent må anses som rimelige grunde til at nægte at indgå den intenderede kontrakt, mens derimod ændrede forhold hos afgiveren selv eller ændring i afgiverens vurdering af projektet ikke kan fritage ham for erstatningspligt. Uforudsete vanskeligheder med finansiering eller tilsagn om nødvendige leverancer eller andet samarbejde med andre virksomheder samt vanskeligheder ved at opnå nødvendige offentlige godkendelser må henregnes til de rimelige grunde for afbrydelse af forhandlingerne, medens fremkomsten af tilbud fra tredje part, som er mere fordelagtige end angivet i de skitse-mæssige vilkår i the letter of intent, må henregnes til de grunde, som ikke kan fritage afgiveren for erstatningspligt, ej heller i tilfælde hvor der ikke i the letter of intent – som det undertiden sker – er optaget en klausul om, at afgiveren eller begge parter forpligter sig til ikke at forhandle til anden side. Det er undertiden i tysk-fransk teori fremhævet, at afbrydelse af kontraktforhandlinger snarere anses for en culpa in contrahendo, når afbrydelsen sker på et sent end på et tidligt stadium af forhandlingerne. Dette synspunkt er imidlertid udviklet med henblik på tilfælde, hvor der ikke er afgivet et letter of intent, og synspunktet har i de tilfælde, hvor det har været nævnt, formentlig kun haft en mindre betydning. Det kan være vanskeligt at skelne på en meningsfyldt måde mellem rimelige og urimelige afbrydelsesgrunde, men vanskelighederne bør – fordelene ved reglen taget i betragtning – ikke tillægges en helt afgørende betydning.

En ordning som den skitserede kræver for det andet udvikling af retningsli-

nier for kalkulationen af den erstatning, som efter omstændighederne tilkommer den skuffede part. Det er ikke et tilstrækkeligt svar blot at henvise til, at erstatningen fastsættes til den negative kontraktinteresse, fordi der hersker nogen usikkerhed om, hvad denne erstatningsform omfatter, en usikkerhed der bl.a. skyldes, at erstatningsudmålingen i virkeligheden ikke sker efter helt samme retningslinier i alle tilfælde, som er blevet benævnt negativ interesse. Erstatningen under en ordning som skitseret her bør næppe i et og alt kalkuleres på samme måde som negative interesser er blevet opgjort i andre tilfælde. Den erstatning, der i givet fald tilkommer den skuffede part, må for det første omfatte positive udgifter, herunder løn både til fast personale og særligt antaget folk under deres beskæftigelse med projektet, opgjort f. eks. på grundlag af timeregnskaber. Endvidere et beløb til dækning af bistand som lejlighedsvis er ydet af andre personer i virksomheden samt andre direkte udgifter end løn, f. eks. EDB tid, tegninger og modeller. Også udgiften til foretagne undersøgelser såsom jordbundsundersøgelser, laboratorieundersøgelser, undersøgelser af finansielle og retlige forhold bør dækkes i det omfang, godtgørelse herfor ikke er indeholdt i egne personaleudgifter. Der er næppe grund til at anerkende «afsavnerstatning» i anledning af, at den skuffede virksomhed, om den ikke havde spildt sin tid på det opgivne projekt, kunne have indgået andre mere lønsomme kontrakter. I stedet for at anerkende sådanne vanskeligt kalkulerbare poster, der jævnlig vil rejse tvivl om indholdet af erstatningsrettens almindelige adækvansbetingelse og derefter om betingelsen er opfyldt (the contemplation of the parties), ville det være både lettere administrerbart og materielt mere tilfredsstillende til den erstatningsberettigedes direkte omkostninger at lægge en vis bruttoavance («mestersalær», Unternehmerlohn). Med en sådan beregningsmåde kan spørgsmålet om en begrænsning til den positive opfyldelsesinteresse undgås. Denne begrænsning fastholdes imidlertid i Tyskland, jfr. bl.a. *Stoll* i Festskrift til v. Caemmerer s. 441 og s. 451 samt BGH af 29. april 1977 (NJW 1977.1446) om erstatning til en køber for præsteret eget arbejde i et tilfælde, hvor sælgeren nægtede at vedstå en formløs aftale om salg af fast ejendom. Dommen tillader næppe sikre slutninger om BGH's stilling til, om der i andre tilfælde af forhandlingsbrud bør ydes erstatning af avance (Unternehmerlohn).⁹³

93 Sml. herved *Lutter*: Der Letter of Intent s. 74 note 107 og s. 55 note 56 samt *Staudinger-Wittmann*: BGB, 12. Auflage, § 683 Rdnr. 3 om negotiorum gestio: der Vergütungsanspruch richtet sich auf die übliche Vergütung (BGH NJW 1971.609). Dommen i NJW 1977.1446 kritiseres af *Stoll* s. 451 note 66.

Nogle praktikere vil måske mod brug af den kontinentale c.i.c.-lære til opbygning af en vis retlig anerkendelse af letters of intent indvende, at de krav, der kan komme på tale, ofte vil være beløbsmæssigt beskedne, at beviset for kravets størrelse og i endnu højere grad beviset for, at modparten er ansvarlig, ofte vil være vanskeligt at føre, og at det sjældent vil lønne sig at forsøge at gennemføre en international voldgifts- eller domssag under en regel som den skitserede. En sådan skepsis er vel ikke helt ubegrundet, – men lidt er bedre end intet, og en retlig markering af betydningen af letters of intent er ikke uden værdi.

Forkortelser

A	Atlantic Reporter
AB 72	Almindelige betingelser for arbejder og leverancer i bygge- og anlægsvirksomhed, 1973
ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AC	Appeal Cases
ABR 75	Almindelige bestemmelser for teknisk rådgivning og bistand, revideret juli 1978
All ER	All England Law Report
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHZ	Enhetscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Cal	California Reports
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Com Cases	Commercial Cases
Ct.CC	US Court of Claims Reports
DB	Der Betrieb
Del	Delaware
DL	Danske Lov af 1683
D.P.C.J.	Droit et Pratique du Commerce International
EGD	Estates Gazette Cases Digest
F. Supp	Federal Supplement
J.C.P.	Juris-Classeur périodique, La semaine juridique
Jus	Juristische Shulung
KFE	Kendelser om fast ejendom
LQR	Law Quarterly Review
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MTM	Monopoltilsynets Meddelelser
N.E.	North Eastern Reporter
NDS	Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NYUL Rev	New York University Law Review
NRt	Norsk Rettstidende
N.W.	North Western Reporter
OR	Schweizerisches Obligationenrecht
P	Pacific Reporter
R & R	Revision og Regnskabsvæsen
SOU	Statens offentliga utredningar
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TJFF	Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
UCC	Uniform Commercial Code
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
VLT	Vestre Landsrets Tidende
WM	Wertpapiermitteilungen
WLR	Weekly Law Reports

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Thor Falkanger

Kundefordringer som kredittgrunnlag –
Faktoring og beslektede ordninger

Ebbe Suenson

International factoring

Innhold

	Side
I. Innledning	315
1. Faktoring: Bakgrunn og hovedtrekk	315
2. Litt om rettsgrunnlaget og den videre fremstilling	318
II. Forholdet mellom faktor og klient	319
1. Partene	319
2. De overdradde fordringer	320
3. Belåning og sikkerhet	321
III. Kundens stilling	322
1. Kunden må finne seg i overdragelsen	322
2. Kundens innsigelser	322
3. Legitimasjon som fordringshaver	323
IV. Rettsvern og omstøtelse	323
V. Sekundærpantsettelse	325
VI. Overtagelse av kredittrisikoen	327
VII. Enkelte særspørsmål under npl. § 4–10	327
VIII. Noen sammenfattende og vurderende synspunkter	330

Kundefordringer som kredittgrunnlag – Faktoring og beslektede ordninger

Av professor dr. jur. THOR FALKANGER, Norge

I. Innledning

1. Faktoring: Bakgrunn og hovedtrekk

For en næringsdrivende vil utestående fordringer grovt sagt representere to typer problemer.

(1) Han vil ha et *administrativt* problem: Han må sørge for utfakturering, holde oversikt over innkomne betalinger, ha purrings- og innkrevingsrutiner hvor pengene ikke kommer av seg selv.

(2) Han vil kunne ha et *likviditetsproblem* – avhengig især av den kredittid som gis og hvorledes den faktisk utnyttes, samt av rentemarkedet.

Det første problem kan løses ved styrkning av egen regnskapsstab, men også ved hjelp av engasjert assistanse (frittstående regnskapskontorer, inkassobyråer osv.). Effektiv inndrivelse reduserer kreditten, men eliminerer ikke likviditetsproblemet. Praktisk sett vil det i mange bransjer være nødvendig å yde kreditt – og dermed reiser det seg et spørsmål om de utestående fordringer, som i mange tilfelle representerer meget store verdier, kan være et kredittgrunnlag for den næringsdrivende. Å selge eller belåne en enkelt eller noen fordringer, er i alminnelighet av mindre interesse – omkostningene blir for store og resultatet for spinkelt. Av virkelig betydning for en næringsdrivende er en ordning som omfatter hele eller praktisk talt hele den utestående fordringsmasse i h.h.t. en forhåndsavtale om at fordringene gir kredittgrunnlag etter hvert som de oppstår.

Dette er i korte trekk bakgrunnen for *faktoring*, som innebærer at en næringsdrivende systematisk overlater sine fordringer til en *faktor*.¹ Den næringsdrivende betegnes gjerne som *klienten* (undertiden *selgeren*), mens debitor for den overlatte fordring kalles *kunden* (fordi han er klientens kunde).

¹ Faktor (eng. factor) er en betegnelse som har sitt utspring i tekstilbransjen i New York. Fabrikantene ble finansiert av mellommenn – factors – som hadde de ferdigstilte varer i sin besiddelse og formidlet salg. De fikk sikkerhet dels i de varer som skulle selges, dels i de fordringer som oppstod ved salget. Med tiden ble finansieringen det viktigste – mot sikkerhet i kundefordringene. Jfr. nærmere *Berning*, Omsætningsformue som kreditsikring (1973) s. 55 ff.

Faktor vil i alminnelighet være et aksjeselskap som er heleiet/dominert av en bank/et forsikringsselskap, og som har spesialisert seg på behandling av store mengder fakturaforordringer, bl.a. ved bruk av EDB.

Mellom faktor og klient vil det foreligge en avtale som er basert på et standardformular med et begrenset antall konkrete (individuelle) bestemmelser.² Kontrakten innebærer at kundefordringene overføres til faktor, til eie eller til pant, etter hvert som de oppstår. I alminnelighet utsendes fakturaene direkte fra klienten, men vil inneholde opplysning om overføring og påbud om at betaling skal skje til faktor.³ Faktor vil få kopi av alle fakturaer for å kunne føre kontroll og oppfylle sine forpliktelser etter kontrakten. Undertiden går imidlertid originalfakturaene til faktor som sørger for utsendelse til kundene.

Vedrørende faktors oppgave kan det sondres mellom flere funksjoner:

a. Faktor yder administrativ service ved å føre reskontro, foreta betalingsovervåkning og innkassering samt bokføring av innkomne betalinger, og ved å utarbeide oppgaver og oversikter for klienten. Dette – som stikkordmessig kan betegnes som *inkassovirksomhet* – er betinget av bruk av EDB.

I alminnelighet vil faktor dertil yde kreditt eller endog overta kredittrisikoen.

b. Faktor yder kreditt ved med en gang ved overføringen å utbetale en viss prosent av hva de overførte fordringer andrar til, men med et maksimum angitt i kroner – såkalt *fakturabelåning*. Grensen settes ofte ved 80%, men slik at beregningsgrunnlaget ligger lavere enn den totalt utestående fordringsmasse, idet visse fordringer holdes utenfor. Skulle de forskutterte beløp ikke bli betalt av kundene, vil faktor kunne ta seg dekket av de beløp som kommer inn vedrørende

- (i) den ikke belånte del av beregningsgrunnlaget,
- (ii) den fordringsmasse som ble holdt utenfor beregningsgrunnlaget, og
- (iii) senere overførte fordringer.

2 Det finnes en rekke standardformulærer, som varierer fra faktor til faktor, men også slik at den enkelte faktor kan ha en rekke varianter alt etter hvilke oppgaver han skal påta seg. Like fullt kan det tales om at kontraktene har et enhetspreg. Som basis for fremstillingen her har jeg valgt et dansk, et norsk og et svensk formular: Forenede Factors A/S kontrakt type 4: «Inkasso med belåning af klientens fakturakrav på danske kunder» (FF), AS Factoring Finans' «Factoringavtale» (ASF), Svenska Finans AB's «Avtal angående Fakturabelåning och administrativ service i samband därmed» (SF).

3 Dette skjer typisk ved at fakturaene påstemples: «Fordringen etter nærværende faktura er overdratt... til eiendom, og befriende betaling kan kun skje til ...».

Det vil være definert hva faktor skal være forpliktet til å gjøre for å få en fordring inndrevet. Når grensen er nådd uten at dekning har funnet sted, vil fordringen kunne bli tilbakeført til klienten. På tilsvarende vis vil det kunne være hvor kunden f. eks. gjør mangelsinnsigelser gjeldende. Dermed vil beregningsgrunnlaget synke, med virkning for neste gangs forskuttering på overdradde fordringer. Skulle det være ydet kreditt ut over det nye beregningsgrunnlag, vil det overskytende bli inndradd (ved at en større del av kundeinnbetalingene holdes tilbake).

Teknisk sett kan det nu beskrive skjje ved at klienten har en fakturakonto og en finanskonto hos faktor. Fakturakontoen angir overførte fordringer og inngåtte beløp fra kundene. Blir en fordring tilbakeført til klienten, vil saldoen bli redusert. Det er saldoen på fakturakontoen som gir grunnlag for utregning av forskuddsbeløpet (men med den justering som kan være påkrevet ved at visse fordringer skal holdes utenfor). Finanskontoen debiteres utbetalinger til klienten og krediteres innbetalinger fra kundene. Saldoen her viser hvilket beløp som er forskuttet fra faktors side.

Belåningsgrunnlaget er gjerne klart definert. Som nevnt vil det vanligvis ligge lavere enn summen av utestående fordringer.

c. Ytterligere en plikt påtar faktor seg når han overtar den kredittrisiko som kunden representerer – såkalt *fakturakjøp*. Dvs. at han skal bære tapet hvor en kunde ikke oppfyller p.g.a. *manglende betalingsevne*. Uteblitt betaling f. eks. fordi den leverte vare er mangelfull, er derimot en klientrisiko: Fordringene vil bli tilbakeført, og eventuelt tap på faktors hånd vil bli belastet mellomværendet med klienten. Risikotagningen vil regelmessig være begrenset på forskjellig vis, typisk slik at det er en beløpsmessig grense pr. kunde.

For sitt arbeide og for å stå risiko skal naturligvis faktor ha en godtgjørelse. Det typiske mønster er at faktor skal ha en provisjon av brutto omsetning, et behandlingsgebyr pr. behandlet faktura og kreditnota, og et visst gebyr pr. registrert kunde. Ydes det kreditt, skal det svares rente av det forskutterte beløp. Renten kan beregnes pr. dag som ved ordinær kassekreditt eller være basert på et gjennomsnitt. Dertil kan det bli tale om en beredskapsprovisjon. Påtar faktor seg kredittrisikoen, må provisjonen avspeile den forøkedede risiko.

Hvorvidt det er en dyr service/kreditt som ydes, og hvorvidt papirrutinene med utskrifter og oversikter er tilfredsstillende, er faktiske spørsmål som det ikke hører hit å ta opp i noe omfang. Heller ikke andre finansielle eller regnskapsmessige spørsmål vil bli behandlet, ut over det som er nødvendig for å få gjennomført hensikten med disse linjer: å tilrettelegge for en drøftelse av utvalgte juridiske sider ved fenomenet faktoring. Som bakgrunn er det imidlertid nødvendig å være klar over at det er meget betydelige verdier som

faktoringsystemet tar hånd om. Til illustrasjon nevnes noen tall fra norsk faktoringstatistikk for 1982: For «direkte» faktoring (ekskl. «service/bloc factoring») var omsetningen på henimot NOK 11 milliarder; utestående beløp pr. 31. desember var drøyt NOK 2 milliarder, hvorav ca. NOK 1.2 milliarder var forskuttert til klientene. Antall klienter var 1.580, med ialt ca. 375.000 debitorer (i snitt ca. 235 pr. klient) og ialt ca. 1.865.000 fakturaer (ca. 1.200 pr. klient og ca. 5 pr. debitor). Med jevn fordeling av fordringsmassen ut over året blir gjennomsnittstiden fra fordringsoverføring til faktor til innbetaling fra kundens side ca. 70 dager, med en tilsvarende kredittid overfor klienten hvor faktor forskutterer.

2. Litt om rettsgrunnlaget og den videre fremstilling

I forholdet mellom faktor og klient er utgangspunktet at det råder kontraktsfrihet, slik at den konkrete avtale blir avgjørende. Supplerende regler må hentes fra kjøpslov og gjeldsbrevlov (skuldebrevslag) eller analogier fra gjeldsbrevloven.⁴ Men da faktoring i høy grad berører tredjemann, er det klare begrensninger m.h.t. hva som kan løses gjennom avtale mellom faktor og klient. For kunden og for dem som avleder rett fra faktor eller klient, vil især gjeldsbrevloven være viktig, men også den alminnelige konkurslovgivning kan være av utslagsgivende betydning.

Det er også grunn til å minne om at overføringen til faktor kan ta form av fordringsoverdragelse (eventuelt i inkassøyemed), overdragelse i sikringsøyemed (sikringscession) eller regulær pantsettelse (jfr. nærmere nedenfor i II.4). Det valg som treffes på dette punkt, kan få en viss innflydelse på hvilke rettsregler som skal anvendes; men når det gjelder sikringscession contra regulær pantsettelse – som er de viktigste alternativene i nærværende sammenheng – spiller det ikke synderlig rolle om den ene eller den annen form velges.

Norsk rett står imidlertid i flere henseender i en særstilling. Pantloven av 8. februar 1980 nr. 2 (npl.) åpner adgang til regulær pantsettelse av fordringer, slik at norsk rett forsåvidt kommer på linje med det som gjelder i de øvrige nordiske land.⁵ Men i tillegg har npl. § 4–10 særskilte regler om faktoring,

4 Om analogisk anvendelse av reglene om enkle gjeldsbrev på enkle fordringer, se *Lyngsø*, *Gældsrevloven* (2. utg. 1983) s. 143, *Villars-Dahl*, *Gjeldsbrevloven* (5. utg. 1982) s. 108 og *Walin*, *Lagen om skuldebrev* (1977) s. 180.

5 Formelt er det en viss forskjell. Dansk, finsk og svensk gjeldsbrevlov (dgbl., fgbl., sgbl.) kap. 3 regulerer både overdragelse til eie og til pant. I ngbl. kap. 3 er det bare bestemmelser om overdragelse til eie; pantsettelsesreglene finnes i npl. kap. 4, som i betydelig utstrekning gir ngbl. kap. 3 tilsvarende anvendelse.

som gir foranledning til en rekke spørsmål. Det er imidlertid mest praktisk først å holde seg til de regler som følger av gjeldsbrevlovene eller tilsvarende lovgivning. Om reglene i npl. 4–10, se nedenfor i VII.

I det følgende er det spørsmålene omkring fakturabelåning som vil dominere. Kredittvertagelsesspørsmålene vil bli utskutt til VI. Inkassofunksjonen vil ikke bli gjort til gjenstand for særskilt behandling, men bare omtalt i tilknytning til belåningsspørsmålene. Perspektivet vil hele tiden være nasjonal faktoring.⁶

Litteraturen om faktoring begynner etter hvert å bli omfattende. Her skal bare nevnes enkelte arbeider hvor faktoring tas opp i noe større bredde.

For dansk rett, se kortfattet oversikt med videre henvisninger i *von Eyben*, Panteretligheder (6. utg. 1980) s. 443 f. og 455 f.. Se videre *E. Suenson*, Factoring, Juristen 1971 s. 309–313 og *S. Kolmos & D. Mogensen*, Factoring – belyst ud fra kontraktspraksis, Justitia 1983 nr. 3 (60 s.) samt *Berning* Omsætningsformue som kredittsikring (1977) s. 210 ff. For svensk rett, se især *T. Björk*, Om factoring, SvJT 1983 s. 325–370, og videre *Bogdan*, Om s.k. sekundärpantstätning av factoringfordringar, TfR 1981 s. 514 ff., *Håstad*, Studier i sakrätt (1980) og Sakrätt avseende lös egendom (1982), samt *Rodhe*, Något om säkerhet i ett flöde av ekonomiska värden enligt svensk rätt, FJFT 1973 s. 239 ff. For norsk rett henvises til *Brækhus*, Factoring – sikringscesjonen i nytt perspektiv, i Nordisk Gjenklang, Festskrift til Carl Jacob Arnholm (1969) s. 331–357 (også i *Brækhus*, Fra kredittretten og andre rettsområder (1978) s. 40 ff.), *Kjelstrup*, Litt om pantelovens § 4–10 (factoring), Lov og Rett 1982 s. 371–380, og *Sandvik, Krüger & Giertsen*, Norsk panterett (2. utg. 1982) s. 388–391. Av litteratur utenom Norden, se især *Biscoe*, Law and Practice of Credit Factoring (London 1975).

II. Forholdet mellom faktor og klient

1. Partene

Det har vært sagt at faktoring «i sin kjerne (er) en planmessig diskontering av en bedrifts kundefordringer («fakturaforordringer»)».⁷ Og i nær tilknytning til dette har man forestillingen om faktor som en høyt spesialisert institusjon med særlig kompetanse til å håndtere en stor fordringsmasse. Det er på dette vis at faktoring er blitt oppfattet i kredittpolitisk henseende, jfr. således Norges Banks forsøk på å beskrive faktoring:⁸

6 Om internasjonal faktoring, se *Suenson's rapport*.

7 *Brækhus* s. 331.

8 Rundskriv nr. 14/13. mai 1983.

«...factoring representerer en spesialisert finansieringsform til næringslivet med et betydelig innslag av tjenesteyting ... Den tjenesteyting det her tenkes på, består særlig i at factoringsselskapene overtar både innkasseringen, bokføringen og statistikkføringen av kundenes fakturafordringer.»

Privatrettslig forefinnes imidlertid ikke slike begrensninger. Så langt det bygges på gjeldsbrevloven, må det være soleklart at enhver kan stå som cessionar for en eller flere fordringer og påta seg inndrivelsen av disse – med eller uten etteroppgjør med cedenten. Og en cessionar må også kunne kalle seg faktor, dersom han har noen glede av det.⁹ Noen rettsbeskyttet betegnelse er det ikke. En fare ligger imidlertid nær, nemlig at man ved å kalle seg faktor vekker forventninger hos sin kontraktspart (cedenten) i retning av at man vil og kan handle som et tradisjonelt faktoringsselskap – og slike forventninger behøver jo ikke å bli innfridd. Det må tilføyes at også ut fra andre hensyn er det lite ønskelig med en sprogbruk som avviker for sterkt fra den som har en noenlunde klar kommersiell betydning.

Faktors motpart er *klienten*, som i praksis må være næringsdrivende med et visst omsetningsvolum for at han skal være «interessant» sett med faktors øyne, og hans krav må være mot andre næringsdrivende, ikke forbrukere (jfr. nedenfor). Rettslig sett er det naturligvis ingen skranker i så henseende.

2. De overdradde fordringer

Praktisk sett vil det være betydelige begrensninger m.h.t. hva slags fordringer som er egnet for faktoring, knyttet til fordringens art og debtors status. Faktoring passer dårlig for den som selger til forbrukerne; det blir for stor spredning på kundesiden til at det lønner seg, og den kredittvurdering som selskapet har behov for å gjøre, blir umulig. Men også for fordringer overfor næringsdrivende vil det bli stillet krav. Forutsetningen er at det dreier seg om fakturafordringer, dvs. fordringer på vederlag for leverte varer eller ydede tjenester. Men det er ikke slutt med det, se som illustrasjon ASF § 5 fjerde ledd:

«Beregningsgrunnlaget for forskuddsbetalinger er fordringer på de kunder Factor anser kredittverdige. I beregningsgrunnlaget inngår heller ikke

- a) fordringer på kunder som ikke betaler ved forfall etter at sedvanlig betalingshenstand er blitt gitt, herfra unntatt fordringer som Factor har overtatt kredittrisikoen for i h.h.t. § 6
- b) fordringer vedrørende kommisjons-, avbetalings- eller oppkravssalg

⁹ Om de norske problemer vedrørende npl. § 4–10, se nedenfor i VII.

- c) fordringer på kunder hvor motkrav foreligger
- d) fordringer på kunder som Klienten har vesentlig økonomisk interessefellesskap med».

Dette må også sees i sammenheng med det generelle krav i ASF § 3 om at klienten forplikter seg til å bruke «de betalingsvilkår som er sedvanlige i bransjen», og videre at kredittiden ikke må være lenger enn 90 dager fra leveringen, med mindre faktor samtykker. En annen begrensning, som oftest er uttrykkelig, er at avtalen kun omfatter fordringer mot innenlandske kunder.

Dersom en fakturafordring ikke faller inn under en unntaksbestemmelse, har klienten en ubetinget plikt til å overføre den til faktor.

Beskrivelsen av hvilke fordringer som skal overlates til faktor, kan skape tolkningsproblemer, men gir ellers knapt foranledning til prinsipielle spørsmål i forhold til gjeldsbrevlovens regler.

3. Belåning og sikkerhet

Som foran nevnt vil faktor ha sikkerhet for forskuddsbeløpene i de fordringer klienten har overlatt til ham.

Dette kan komme til uttrykk ved en pantsettelseserklæring, se f. eks. SF § 6, som gir pant for mer enn de forskutterte beløp:

«Till säkerhet för samtliga sine förbindelser till Factorn... som Säljaren har eller kommer att få i egenskap av kredittagare, borgensman, leasingkund, uppdragstagare eller eljest som kund hos Factorn ... pantförskriver Säljaren härigenom samtliga i sin rörelse uppkommande fakturafordringar ...»

Ved sikringscession blir det litt mer komplisert, se f. eks. ASF § 5 om forskuttering til klienten og om avregning av beløp som kundene har innbetalt. Ved avregningen kan klienten i tillegg til godtgjørelse m.v. til faktor, belastes «andre beløp som Klienten måtte bli skyldig Factor ...». Klienten har avgitt *selvskyldnergaranti* for de overdradde fordringer, og dermed kan faktor ved avregningene overfor klienten trekke fra tap på forskutterte fordringer. Realiteten blir følgelig at hele den utestående fordringsmasse står til sikkerhet for de forskutterte beløp. – Tilsvarende blir realiteten hvor det istedenfor forskuttering foretas diskontering. Dvs. at utbetaling til klienten skjer ved overdragelsen, men slik at en viss prosent holdes tilbake (marginkonto) samtidig som klienten avgir selvskyldnererklæring vedrørende de overdradde fordringer. Ved utbetalinger til klienten vil det på tilsvarende måte som ved forskuttering bli gjort fradrag for omkostninger m.v. samt for ethvert beløp som klienten skylder.

III. Kundens stilling

1. Kunden må finne seg i overdragelsen

En debitor (her: kunden) må normalt følge et pålegg om at betaling skal skje til en annen (her: faktor) enn den opprinnelige kreditor (her: klienten), hva enten dette er ledd i et inkassooppdrag eller en overdragelse til eie eller pant. Unntak må begrunnes i at debitor påføres ulemper av nevneverdig art. At oppfyllelsen blir et annet, er med moderne gireringsmetoder utvilsomt irrelevant. At fordringen kanskje blir inndrevet mer effektivt av faktor, er heller ikke av betydning.¹⁰ Med større grunn kan kunden vise til at ulemper kan oppstå fordi selgerpliktene forblir hos klienten mens kjøpesumskravet er overført til faktor. Prinsippet i gbl. § 27 (ngbl. § 25, jfr. npl. § 4–6 tredje ledd) tar imidlertid brodden av dette: Faktor får ikke sterkere rettsstilling overfor kunden enn klienten hadde.

2. Kundens innsigelser

Den praktiske viktige konsekvens av dette er at kundens innsigelser overfor klienten kan gjøres gjeldende overfor faktor. Det kan hevdes at avtalen er ugyldig, at varen ikke er levert, at oppgjør er skjedd, osv. Av særlig betydning er innsigelser vedrørende kjøpekontrakten som leder til krav om prisavslag, erstatning, omlevering eller hevning. Dette er konnekse krav som effektivt kan redusere eller utslette faktors fordring. Også krav som utspringer av andre rettsforhold, kan danne grunnlag for motregning, men forsåvidt bare når betingelsene i gbl. § 28 (ngbl. § 26, jfr. npl. § 4–6 tredje ledd) er tilstede. F. eks. vil prisavslagskrav vedrørende tidligere leveranser kunne motregnes overfor faktors krav.

En begrensning av kundens innsigelser vil forutsette særskilt grunnlag, f. eks. ved at kunden utsteder omsetningsgjeldsbrev eller vedtar særlige «cut off»-klausuler.¹¹ Men standardavtalene har ikke regler eller forutsetninger om begrensninger av dette slag. En utvidet motregningsrett har derimot vært omtalt: Kan kunden bruke sitt krav mot klient A, overfor det krav faktor har fått fra klient B? Faktor kan naturligvis godta dette – noe som etter omstendighetene kan være praktisk. Dertil har det vært pekt på at når en kreditnota (her fra klient A) i h.h.t. faktoringavtalen er påstemplet erklæring om overdragelse

¹⁰ Her tar klienten under tiden forbehold om at det av hensyn til kundeforholdet ikke må gås for hardt frem, jfr. f. eks. ASF § 4 tredje ledd.

¹¹ Se f. eks. *Brækhus* i Lov og Rett 1973 s. 19–23 (også i *Fra kredittretten og andre rettsområder* s. 83–87).

til faktor (hvilket i seg selv er meningsløst), må det ligge et tilsagn om at kunden kan holde seg til faktor, og dermed ihvertfall motregne.

Bestrider kunden å ha betalingsplikt, vil normalt fordringen bli tilbakeført til klienten, og disputten må løses mellom klient og kunde.

3. Legitimasjon som fordringshaver¹²

For kunden er det vesentlig at reglene om til hvem han skal betale, er klare. Ved underretning om overdragelsen fratras klienten sin legitimasjon som rett kreditor (gbl. § 29, ngbl. § 27, jfr. npl. § 4–6 tredje ledd). Er underretningen skriftlig, får faktor samtidig aktiv og passiv legitimasjon som kreditor – med forbehold om god tro hos kunden og for ugyldighet som nevnt i gbl. § 17 (gbl. § 30, ngbl. § 28, jfr. npl. § 4–6 tredje ledd). Den vanlige overdragelsesklausul påstemplet fakturaen ansees å tilfredstille såvel kravet etter gbl. § 29 (ngbl. § 27) som skriftlighetskravet etter gbl. § 30 (ngbl. § 28).

IV. Rettsvern og omstøtelse

Den forskutterende faktor må sørge for rettsvern for den betingede sikkerhet (jfr. II.4). Overfor klientens konkursbo og kreditorer forøvrig etableres dette ved at kunden får underretning om overføringen (denunciation) – skriftlig eller muntlig – fra klient eller faktor. Faktor oppnår også vern overfor godtroende erverver ved denne melding. I begge tilfelle er det avgjørende når meldingen kom frem, jfr. hertil gbl. § 31 (ngbl. § 29, jfr. npl. § 4–5). Her er det tilstrekkelig å nevne at den vanlige overdragelsesklausul som faktor forlanger påstemplet fakturaene (jfr. note 3), er tilstrekkelig også i nærværende hen-seende.¹³ Disse reglene innebærer at faktor f. eks. ikke vil ha sikkerhet i alle de fordringer som eksisterer pr. konkursøyeblikket; avgjørende blir om fakturaene – med påstemplet overdragelsesklausul – er kommet frem.¹⁴

¹² Se især *Björk* s. 346–349.

¹³ Om kravene til rettsverngivende melding, se bl.a. *Björk* s. 353 ff., *Brækhus*, *Realkreditten*, forelesninger over panteretten (samlet utg. av nr. 68, 70 og 76, Institutt for Privatretts stensilserie, 1982) s. 149 f. og *von Eyben* s. 449 ff.

¹⁴ Forhåndsnotifikasjon må kunne gies, jfr. *Lyngsø* s. 175 og *Walin* s. 202, og for norsk rett npl. § 4–4 første ledds annet punktum, jfr. § 4–5. I hvert fall i norsk faktoring er det vanlig å gi forhåndsnotifikasjon til kundene om at faktoring-avtale er inngått, f. eks. ved at informasjonsbrev vedlegges første faktura etter at avtalen er inngått. Ved en registreringsordning som hjemlet i npl. § 4–10 kan man også sikre rettsvern allerede fra fordringens oppståen – jfr. nedenfor i VII.

Selv om rettsvernet er i orden, kan det reises spørsmål om sikkerheten kan anfektes etter reglene om omstøtelse i konkurs («återvinning»). Som beskrevet ovenfor i I.1.b, jfr. II.4, vil faktors sikkerhet for forskutterte beløp delvis gjelde fordringer som er overført senere. Forsåvidt vil det, som det synes, foreligge pant for eldre gjeld som i prinsippet kan omstøtes hvor sikkerheten er ydet i løpet av de siste tre måneder før konkursen.

Under det siste samarbeidet om konkurslovgivningen skilte de nordiske land lag.¹⁵ Danmark og Sverige foretrakk å la omstøtelsesspørsmålet bli vurdert etter reglene om pant for eldre gjeld,¹⁶ mens Norge valgte den for faktor lempeligere løsning å behandle pantsettelse og overdragelse i sikringsøyemed av enkle fordringer etter reglene om ekstraordinær betaling.¹⁷

Et særlig spørsmål er når pantsettelse/betaling kan ansees skjedd: Er det idet det gies forhåndsmeddelelse eller idet fordringen oppstår? Svaret synes å måtte være at det siste tidspunkt er avgjørende.¹⁸

Det har vært drøftet hvorvidt man kan komme utenom omstøtelsesreglene ved å betrakte faktors sikkerhetsrett som en sikkerhetsrett sui generis eller på tilsvarende vis som pant i et tingsbegrep (pant i fordringsmassen som den er til enhver tid¹⁹). Etter norsk og svensk rett må dette være utelukket, mens stillingen i Danmark synes noe mer uklar.²⁰

Forholdet mellom klient og faktors suksessorer må også nevnes. Noen tvist mellom klient og tredjemann (heri inkludert kunden) p.g.a. faktors disposisjoner vil det sjelden kunne bli tale om all den stund klienten har gitt faktor i det minste vidtgående legitimasjon. Noe mer problematisk kan det være med

15 Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1980–81) s. 167 f.

16 Jfr. dansk konkursl. § 70 og svensk konkursl. § 37, jfr. *Munch*, Konkursloven (3. utg. 1983) s. 353, *Björk* s. 363 ff. og *Walin*, Materiell konkursrätt (1980) s. 161.

17 Jfr. utkast til dekningslov § 5–5 (smlgn. dansk konkursl. § 67 og svensk konkursl. § 35), som forventes vedtatt i vårsesjonen 1984, jfr. Ot.prp. nr. 39 (1982–83).

18 Jfr. NJA 1973 s. 635, jfr. *Björk* s. 365 og *Brækhus* s. 354 f.

19 Det er en klar forskjell: Ved pant i varelager vil pantsetteren i alminnelighet ha full rådighet over pantobjektet, mens rådigheten går over til panthaveren ved faktoring. Etter dansk rett kan et varelager som tingsinnbegrep ikke pantsettes, jfr. *von Eyben* s. 70 ff. Det kan derimot gjøres i Sverige, jfr. lag om företagsintekning, og likeledes i Norge, jfr. npl. § 3–11. Og reglene om omstøtelse av pant for eldre gjeld antas ikke å komme til anvendelse, jfr. *Brækhus*, Konkursrett (1970) s. 121.

20 Jfr. Ot.prp. nr. 50 (1980–81) s. 167 f. *Walin*, Materiell konkursrätt s. 161. For Danmark, se *von Eyben* s. 46 om omstøtelse hvor verdier kommer inn under pantstillelsen etter at sikringsakten er skjedd; jfr. imidlertid *Munch* s. 358 f. og særskilt for faktoring *Suenson* s. 313 («måske vil kunne afkræftes»).

forholdet til faktors enkeltfølgende kreditorer og hans konkursbo. Npl. § 4–6 annet ledd har løst dette slik at kreditorene bare kan «disponere over det pantsatte krav så langt det er nødvendig til dekning av det krav pantsattelsen skal sikre». Dvs. at i faktors konkursbo har klienten vindikasjonsrett, men slik at panteretten må respekteres så langt det er nødvendig for å gi dekning for forskuttet beløp. Er en fordring innkassert før konkursåpningen, vil klienten imidlertid måtte la seg nøye med et dividendekrav.²¹ Tilsvarende gjelder ved sikringscession, jfr. npl. § 4–9.

V. Sekundærpantsettelse

De fordringer som er overført til faktor, kan representere større verdier enn nødvendig for å sikre faktors tilgodehavende, især dersom det må regnes med god inngang av kundefordringene. Dette «overskuddet» («överhypoteket») kan i sin tur gi grunnlag for ytterligere kreditt eller brukes til sikring av eldre gjeld – f. eks. med en bank som begunstiget.

Man står her overfor et konstruksjonsspørsmål. Er pantobjektet:

- (a) klientens krav overfor faktor på å få utbetalt det overskytende? eller
- (b) de enkelte fakturafordringer (sekundærpant)?

I det første tilfelle står vi overfor et prinsipielt ukomplisert spørsmål om overdragelse av et enkelt krav til pant eller til eie, og melding til faktor er det riktige (og det tilstrekkelige) for å få rettsvern overfor klientens kreditorer og suksessorer forøvrig. I det annet burde svaret være at det er kundene som er rette adressat for meldingen.

I praksis er det neppe tale om et enten – eller, men snarere om et både – og. Det naturlige utgangspunkt synes å være at hensikten med en avtale mellom klienten og banken er at banken skal kunne få dekning av det som er til overs etter at faktor har fått sitt (men den konkrete avtale kan innebære en begrensning, f. eks. til det krav som er nevnt under (a) ovenfor).

Det betyr at bankens sikkerhet skal omfatte de pengebeløp som faktor er pliktig til å utbetale til klienten etter avregning av faktors egne krav (forskudd, omkostninger og fortjeneste). Forsåvidt vil melding til faktor være tilstrekkelig. Her må det minnes om at faktor har rett til, bl.a. for å sikre egen fortjeneste, å innkassere fakturafordringene. Og den rett klienten gir banken, kan ikke begrense faktors rett i så måte. Følgelig vil bankens interesse først og fremst være knyttet til klientens fordring overfor faktor.

²¹ *Brækhus, Realkreditten* s. 146 f, *Sandvik, Krüger & Giertsen* s. 382 f.

Men banken vil også kunne ønske seg sikkerhet direkte i fakturafordringene – for å kunne fange opp de verdier som blir frigjort, især hvor faktor av en eller annen grunn tilbakefører en fakturafordring. En melding om bankens sekundærrettighet kan ikke hindre faktor i å gi slipp på sin panterett (innfordringsrett).

Hvem skal det her gies melding til for å sikre bankens rett? Ut fra hensynet til *notoriteten* spiller det neppe noen rolle hvorvidt faktor eller kunde er adressat. Legges det dertil vekt på avskjæring av pantsetters rådighet over fordringen (jfr. prinsippet som håndpantregelen bygger på), er en nærmere analyse påkrevet.

Får kunden ikke beskjed om opphøret av faktors rett, vil faktor fortsatt være legitimert. Gjøres det opp med faktor, vil faktor være forpliktet til å overføre beløpet til klienten; men ettersom faktor er notifisert om bankens rett, er det banken som er rette mottager av de beløp som kunden har betalt.

Bli kunden gitt beskjed om at faktors rett er bortfalt, vil han – hvis intet annet er sagt – betale til klienten. Det springende punkt blir om faktor er forpliktet til å beskytte banken ved å gi opphørmeldingen tilføyelse om at det herefter er banken som har rådigheten over fakturafordringen, jfr. det beslektede forhold med håndpanthaverne som har fått melding om sekundærpantsettelse, og derfor ikke uten videre kan utlevere det pantsatte (f. eks. verdipapirer) til pantsetteren.

Både i Danmark og Sverige har dette rettsvernproblem vært prosedert til topps – med, som det synes, motsatt resultat. I U 1979 s. 357 om sekundærtransport av vederlagskrav under enterprisekontrakt fant HR at melding til primærcessionaren var tilstrekkelig. *Lyngsø* utlegger dette slik at selv om melding egentlig skal gis til debitor cessus, kan den også gis til «den der har fået fuldmagt til at administrere fordringen».²² Den svenske avgjørelse i NJA 1980 s. 197 gjaldt et temmelig likeartet tilfelle, men her ble underretning til banken ikke ansett tilstrekkelig; for å få rettsvern måtte debitor cessus ha vært notifisert. Begge avgjørelser har vært gjenstand for adskillig omtale og tolkning som det vil føre for langt å komme inn på her.²³

²² *Lyngsø* s. 171 f.

²³ Jfr. *von Eyben* s. 454 ff. som trekker den konklusjon at underretning må gies til begge, *Björk* s. 359 ff. og *Bogdan* – alle med videre henvisninger.

VI. Overtagelse av kredittrisikoen

I nasjonal faktoring forekommer visstnok faktors overtagelse av kredittrisikoen i beskjedent utstrekning, i motsetning til hva tilfellet er i internasjonal faktoring. Det blir derfor bare tale om noen få bemerkninger om denne faktor-funksjon, som kan, men ikke behøver være kombinert med forskuddsbetaling.

Det er en begrenset risiko som overtas, nemlig risikoen for kundens *betalingsevne*. Har kunden ikke betalt innen en viss frist – f. eks. 90 eller 100 dager etter forfallstid – blir faktors ansvar aktuelt. I ASF § 6 heter det at faktor skal «bære tapet», hvilket må bety at klientens finanskonto krediteres med det beløp kunden skulle ha betalt. Det blir så faktors sak hva han i siste omgang kan få ut av fakturafordringen.

Motsetningsvis: Faktor bærer ikke risikoen hvor betaling uteblir av andre årsaker. Undertiden kan det være tvilsomt hva som er årsaken til ikke-betaling. Etter ASF § 6 kan faktor i slike tilfelle «avgjøre om tapet skal bæres av ham eller Klienten». FF-formularet § 10 fritar faktor for å utbetale lånebeløpet såfremt «kunden fremsætter indsigelser mod sin betalingsforpligtelse». Besinner kunden seg eller blir han dømt til å betale, «genindtræder FF i kredittrisikoen», men med den vesentlige reservasjon at «frafaldet af indsigelserne eller eksekutionsfristen for domme ligger inden for en frist af 180 dage efter forfaldsdagen i henhold til fakturaen».

Som nevnt tales det her om *fakturakjøp* – og man ser en viss tendens til å la kjøpsrettslige regler få anvendelse der hvor de måtte avvike fra de panterettslige (herunder reglene om sikringscession).²⁴ Eftersom risikoovertagelsen bare gjelder en del av fordringsmassen og for denne dels vedkommende er sterkt begrenset, samtidig som faktor har vid tilbakeføringsmulighet, kan det reises spørsmål om det ikke er bedre å sette karakteristikken kredittforhold på hele mellomværendet.

VII. Enkelte særspørsmål under npl. § 4–10

Ved den norske panterettsreform av 1980 fikk man – etter adskillig tvil på departementalt plan²⁵ – en særlig bestemmelse om «factoring» i § 4–10. Den

²⁴ Se således drøftelsen hos *Björk* s. 363 f. om anvendelse av konkursl. § 35 på fakturakjøp.

²⁵ Jfr. Ot.prp. nr. 39 (1977–78) s. 69.

åpner adgang til en samlet pantsettelse eller overdragelse av en næringsdrivendes enkle pengekrav – både eksisterende og fremtidige – og det vel å merke uten at det er nødvendig å angi skyldnerens navn. Rettsvernkravet er tinglysing på den næringsdrivendes blad i Løsøreregisteret.²⁶ Dette gir beskyttelse overfor klientens kreditorer – fra det tidspunkt da fordringen oppstod, ikke først fra fakturerings- eller notifikasjonstidspunktet. Men overfor den som ved avtale med klienten i god tro har fått overdradd en fordring til eie eller pant, og som har fått rettsvern etter de vanlige notifikasjonsregler, vil faktor måtte vike. For å få fullt vern, må m.a.o. fakturaene fortsatt påstemples overdrageseserklæring (eller det må på annet vis sørges for at kundene blir fratatt den gode tro).

For avtale i medhold av § 4–10 gjelder forøvrig reglene ved vanlig pantsettelse/overdragelse, jfr. § 4–10 tredje ledd som henviser til §§ 4–6 til 4–8.

Bestemmelsen gir foranledning til en rekke spørsmål og refleksjoner.

Man kunne tenke seg at reglene i § 4–10 skulle være eksklusive for «factoring», men all den stund faktoring hverken i lovtekst eller forarbeider er gitt et veldefinert innhold, står det for meg som nokså klart at § 4–10 er et alternativ til de vanlige regler.²⁷

Hvis man så velger å gå frem etter § 4–10, er det en ufravikelig betingelse at pantsetteren/cedenten (klienten) må være næringsdrivende;²⁸ faktor kan hvem som helst være.

Vanskeligere blir det med det neste punkt: Det synes som om avtalen må omfatte alle de enkle krav som klienten har eller får i sin næringsvirksomhet eller i en særlig del av denne. Begrenser man avtalen i forhold til dette, kan det hevdes at man ikke har rettsvern etter bestemmelsen (men kanskje kan bli helt eller delvis reddet p.g.a. vanlig notifikasjon). M.h.t. begge de to spørsmål som ligger i dette, råder adskillig usikkerhet.

Når § 4–10 taler om «enkle pengekrav», er det nærliggende å si at ordene må bety det samme som i § 4–4. Etter § 4–4 er det uomtvistelig at det ikke bare dreier seg om fakturafordringer. Også krav på erstatning utenfor kon-

²⁶ Løsøreregisteret er et landsomfattende register – som er EDB-basert (og forsåvidt er uttrykket «den næringsdrivendes blad» noe misvisende). Der kan det tinglyses (registreres) rettsstiftelser som ikke vedrører fast eiendom, skib eller luftfartøy, såfremt «tinglysningen ved lov er tillagt rettsvirkning, eller tinglysing er pålagt ved lov», jfr. lov om tinglysing av 7. juni 1935 § 34.

²⁷ Se til dette *Kjelstrup* s. 378.

²⁸ Definert i npl. § 3–5, jfr. forskrifter av 21. november 1980.

traktforhold er enkelt pengekrav. Det samme gjelder krav i kontraktsforhold, f. eks. kravet som forsikringstageren har overfor sitt forsikringsselskap, eller innskyteren har overfor den bank han har gjort innskudd i osv. Det har imidlertid vært hevdet at § 4–10 er skrevet med sikte på faktoring og derfor må tolkes innskrenkende slik at «enkle pengekrav» der må leses som fakturafordringer. Selv synes jeg det er å gjøre vold på elementære tolkningsprinsipper vedrørende en moderne lovtekst, og dertil kommer at forarbeidene ikke gir utvetydige holdepunkter for en slik begrensning.²⁹

Viktigst er imidlertid spørsmålet om det ved avtale er adgang til å utelukke en del (enkelte) av de krav som § 4–10 ellers ville gjelde for.³⁰ Er svaret bekræftende, kan f. eks. avtalen omfatte «fakturakrav», «kundefordringer» el.lign. Ordlyden peker i retning av at alle krav må omfattes (hvilket aksentuerer problemet m.h.t. hva «enkle krav» innebærer), men forarbeidene gir her rimelig grunnlag for en noe mykere tolkning. Det sies der at det ikke er noe i veien for at avtalen «avgrensast på ymse vis, soleis til ei viss grein av verksemda, dersom der er fleire greiner, eller til ein særskild del elles, t. d. krav etter sal innanlands».³¹ Den usikkerhet vi har på dette felt, er et vesentlig ankepunkt mot ordningen.

Ytterligere et punkt må omtales. Bestemmelsen har overskriften «factoring», men som også nevnt er det ikke gitt noen definisjon av «factoring». Etter forarbeidene er det på det rene at bestemmelsen vil kunne benyttes også av en cessionar som ikke pretenderer å være faktor i kommersiell forstand.³² Og dette er en mulighet som mange har benyttet seg av – f. eks. banker og oljeselskaper som ikke har et serviceapparat m.h.t. bokføring, overvåking og inkasso av fordringer som karakteriserer det vi vanligvis kaller et faktoringsselskap. Disse cessionarer er oftest heller ikke interessert i å bygge opp et apparat som kan håndtere fordringsmassen. Det man isteden gjør, er å utnytte de muligheter som npl. § 4–7 (som § 4–10 henviser til) synes å gi. Ved pantsettelse av et enkelt krav, får panthaveren samme posisjon som den som kjøper fordringen, og det samme er tilfellet med den som er cessionar etter en avtale som reguleres av § 4–10. Men § 4–6 forutsetter at noe annet kan avtales. Klarere forståelse av hva slik avtale kan gå ut på, gir § 4–7 som

29 Om denne diskusjon, se *Kjelstrup* s. 371 ff. med henvisninger. Det tilføyes at Justisdepartementets lovavdeling i brev av 6. desember 1982 har gitt uttrykk for en snever tolkning av § 4–10.

30 Jfr. også for såvidt *Kjelstrup* s. 375 ff. med henvisninger

31 Rådsegn 8 fra *Sivillovbokutvalet* (1970) s. 108.

32 Jfr. Rådsegn 8 s. 108.

direkte gjelder avtalens rettsvern overfor panthaveren, dennes suksessor og debitor cessus selv. I § 4–7 tales det om avtale som «utelukker, begrenser eller setter vilkår for panthavers rett til å disponere rettslig over et pantsatt enkelt krav». Ut fra denne klare forutsetningshjemmel har mange ment at det er full adgang til å etablere en tilsvarende ordning som ved varelagerpantsettelse: Så lenge alt synes å gå bra, får pantsetteren selge av sitt varelager/innkassere sine tilgodehavender; når uværsskyene tårner seg opp, kan imidlertid panthaveren «tiltre pantet», dvs. ta kontroll om salg av varer/forestå innkasseringen av fordringene.

Mot dette er det blitt reist adskillig kritikk, til dels direkte mot tolkningen av § 4–7, men især overfor kombinasjonen av §§ 4–7 og 4–10. Det er sagt at tanken med § 4–6 er å kodifisere sikringscesjonsreglene under etiketten «pant», og at dette «skinner igjennom» i forarbeidene på alle trinn. Herav trekkes den konklusjon at en fordring «ikke kan pantsettes uten at kreditorbeføyelsene unndras pantsetteren»; en annen løsning ville stride med de rettspolitiske hensyn som ligger til grunn for håndpantregelen. M.a.o., en avtale om at debitor cessus med befriende virkning kan betale til pantsetteren, antas å stride mot rettsvernsvilkåret i § 4–5.³³ Selv kan jeg ikke dele denne oppfatning.³⁴ Rettspolitiske innvendinger kan, efter mitt skjønn, ikke tillegges slik vekt at de slår igjennom en forholdsvis klar lovtekst, hvis konsekvenser lovgiveren har sett.³⁵

VIII. Noen sammenfattende og vurderende synspunkter

(1) Faktoring er ikke et juridisk fenomen, men *en teknikk* hvori inngår anvendelse av en rekke velkjente juridiske regler. Her må tas visse reservasjoner for npl. § 4–10.

(2) Det karakteristiske for faktoring er massebehandling av fakturafordringer, hvilket forutsetter bruk av EDB. Følgelig kan faktoring vedrøre store beløp – som med høy belåningsprosent tilsammen gir et vesentlig kredittvolum. Og derved vil faktoring kunne være en aktivitet av betydning i kredittpolitisk sammenheng, skjønt den korte kredittid og det betydelige innslag av tjenesteyting det her er tale om, vel reduserer denne. I slik sammenheng lar

33 Sandvik, Krüger § Giertsen s. 380 f.

34 Slik også Kjelstrup s. 378 ff. og Lovavdelingen i brev av 2. juni 1982.

35 Jfr. Ot.prp. nr. 39 (1977–78) s. 131.

faktoring seg definere ut fra kvantitative størrelser (f. eks. på basis av de overtatte fordringers samlede pålydende og antall klienter/kunder).

(3) Faktoring omfatter betydelige verdier, og faktor kan faktisk og/eller rettslig ha en ikke uvesentlig maktposisjon både i forhold til klient og kunder. Dette tilsier at faktoringvirksomhet må være underlagt offentlig tilsyn, på lignende måte som bank- og forsikringsvirksomhet, selv om «forbruker-interesser» nok kan gjøre seg mer gjeldende i bank- og forsikringsforhold.³⁶

(4) Med den moderne teknikk kan kundefordringer lettere belånes. Det reiser seg derfor et vesentlig spørsmål om det er riktig at også den næringsdrivendes kortsiktige fordringer skal gi sikkerhet for kreditt i den utstrekning tilfellet er i dag. «Bør det ikke finnes visse verdier som personalkreditorene kan få dekning av? Ytterligere betenkelig ut fra en real-personalkreditt-synsvinkel blir det at også det som blir igjen etter at faktor har tatt sitt, kan pantsettes – ofte slik at restverdien («överhypoteket») pantsettes til den bank som eier/finansierer faktor.

(5) Hvis man mener at fordringer er gjenstand for belåning i for stor grad, hva er i så fall de adekvate forholdsregler?

Å forby pantsettelse/overdragelse av enkle fordringer, er neppe aktuelt. Begrensningene må vel settes inn overfor dem som belåner fordringer i stor stil – altså de tradisjonelle faktoringsselskapene. En mulighet er å sette et belåningstak (x prosent) og samtidig forby sekundærpantsettelse. I så fall står man overfor et definisjonsproblem. Dette kan løses ved at reglene knyttes til den faktor som er underlagt konsesjons- eller offentlige tilsynsregler (jfr. (2) og (3) ovenfor). Hvorvidt eventuelle belåningssperrer knyttes til den offentligrettslige reguleringslovgivning eller den privatrettslige pantelovgivning, spiller formodentlig mindre rolle.

(6) Det kan stilles spørsmål om det for den profesjonelle faktoring er ønskelig med særregler, jfr. npl. § 4–10, som riktignok ikke gir noen definisjon, og som i flere henseender er mindre heldig utformet.

En særregulering som skal være eksklusiv forutsetter klare avgrensingskriterier, som her kan gjelde pantsetteren (f. eks. at han er næringsdrivende), panthaveren (f. eks. at han går inn under en nærmere angitt konsesjonsordning), eller pantobjektet (f. eks. fakturafordringer) – eller en kombinasjon av disse.

³⁶ Jfr. for norsk retts vedkommende lov om finansieringsvirksomhet av 11. juni 1976 nr. 71 § 2 annet ledd hvorefter faktor-virksomhet forutsetter offentlig tilladelse (konsesjon), og virksomheten står under tilsyn av Bankinspeksjonen, jfr. lov om Bankinspeksjonen av 7. desember 1956 nr. 1 § 1 nr. 4. For Sverige, se *Björk* s. 331 og for Danmark *Kolmos & Mogensen* s. 18 f.

Lar man særreglene være alternative – slik jeg oppfatter reglene i npl. § 4–10 – er det ikke behov for så høy presisjon.

Den særregulering som først og fremst kunne være aktuell, er en registreringsordning av betydning for rettsvernet. Allerede hensynet til et rimelig dimensjonert register tilsier at det ikke kan komme på tale å la registrering være et rettsvernvilkår ved enhver overdragelse eller pantsettelse av en fordring. Selv med en vesentlig avgrensning av den aktuelle fordringsmasse (typisk til fakturafordringer mot næringsdrivende), kan det vanskelig argumenteres for at registrering skal gi rettsvern i alle relasjoner. Det kan ikke komme på tale å lage en ordning som innebærer at debitor cessus må undersøke i et register før han kan betale med befriende virkning.

Sammenfatningsvis: Ved registrering vil utvilsomt notoritetshensynet – og også hensynet til publisiteten – bli varetatt på en førsteklasses måte, og følgelig kunne gi solid basis for kreditorvern (med mindre også rådighetsberøvelse settes som et vilkår, jfr. (8) nedenfor). Men det vil fortsatt være et sterkt behov for å underrette debitor cessus, slik at klienten blir fratatt kreditorlegitimasjonen. Dermed er det spørsmål om ikke fordelene ved en registreringsordning: uomtvistelig notoritet og mulighet for å etablere sikkerhet i tidsrommet fra registrering til notifikasjon blir gitt, er for små i forhold til omkostningene ved et registreringssystem.

(7) Innen rammen av de nugjeldende regler og den nugjeldende kontraktspraksis synes det å være liten grunn til å legge synderlig brett på om faktor og klient velger formen «overdragelse», «overdragelse i sikringsøyemed» eller «pantsettelse».

(8) Et viktig rettspolitisk spørsmål er hvorvidt man skal akseptere rettsvernet pant i enkelte fordringer eller en fordringsmasse etter mønster av varelagerpantsettelse, dvs. at pantsetteren inntil videre har alle kreditorbeføyelser overfor debitor cessus. Alternativet er håndpantmodellen med rådighetsovergang til panthaveren.

International factoring

Af højesteretssagfører EBBE SUENSON, Danmark

International factoring spiller en stadigt stigende rolle i den internationale handel, da det har vist sig, at factoringssystemet har kunnet give både eksportører og importører juridiske, økonomiske og praktiske fordele.

Som en juridisk fordel betragter jeg det forhold, at eksportøren, hvis eksportfactoren har påtaget sig garanti for importørens betalingsevne, kan holde sig til eksportfactoren i sit eget land og være sikker på at få betaling for leverancen.

Den juridiske fordel er naturligvis også en økonomisk fordel, der nedsætter eksportørens økonomiske risiko, og eksportfactorens garanti for importørens betalingsevne vil gøre det muligt for eksportøren at belåne fordringen mod importøren eller få forskud på betalingen hos eksportfactoren.

De praktiske fordele for importøren er, at han kan betale til en kreditor i sit hjemland, nemlig importfactoren, men i den valuta, i hvilken der er faktureret, og for eksportøren, at han, fra han har overdraget fordringen til eksportfactoren, ikke behøver at bekymre sig mere om fordringen, men er sikker på at få leverancen betalt, selv om importøren er ude af stand til at betale.

Endelig kan eksportøren betale provision til en eventuel agent via importfactoren ved modregning i importørens betalinger.

I international factoring er der således normalt 4 parter, nemlig eksportøren, importøren, eksportfactoren og importfactoren.

Retsforholdet mellem eksportøren og importøren blander eksportfactoren og importfactoren sig normalt ikke i, bortset fra, at handelsvilkårene, f. eks. hvad angår betalingsbetingelser, skal holde sig inden for det normale, d.v.s. maksimalt 180 dage.

Forholdet mellem eksportfactoren og importfactoren er normalt reguleret ved generelle regler, der gælder for den sammenslutning, de er medlemmer af, men med mulighed for at fravige disse regler ved særlige aftaler, f.eks. på grund af nationale retsregler, der regulerer en af parternes virksomhed.

Mellem eksportøren og eksportfactoren oprettes en kontrakt, som naturligvis må være i overensstemmelse med de regler, der gælder mellem eksportfactoren og importfactoren, d.v.s. at eksportøren må påtage sig de forpligtelser, som er nødvendige, for at eksportfactoren kan overholde sine forpligtelser over for importfactoren.

Kontrakten mellem eksportøren og eksportfactoren kan omfatte enkeltstående forretninger, men omfatter normalt eksportørens løbende forretninger med et eller flere lande, eventuelt begrænset til een eller bestemte importører.

Hvis en forestående forretning, enkeltstående eller løbende, ikke er omfattet af den generelle aftale, må eksportøren til eksportfactoren fremsende de nødvendige oplysninger, som sætter eksportfactoren i stand til, efter eventuelt at have forelagt dem for importfactoren, at bedømme, om han vil påtage sig kreditrisikoen for importøren og i bekræftende fald i hvilket omfang, som regel forudsat, at importfactoren påtager sig den tilsvarende kreditrisiko.

Det er ikke sjældent, at eksportfactoren driver virksomheden, uden at importfactoren medinddrages, men eksportfactoren på grundlag af sit kendskab til importøren påtager sig kreditrisikoen uden garanti fra importfactoren.

Endvidere forekommer der tilfælde, hvor importfactoren påtager sig kreditrisikoen for importøren, uden at importøren er underrettet herom, d.v.s. et forhold, der snarere må betegnes som kreditforsikring end som factoring. Denne form kan også kombineres med belåning.

Jeg har ikke angivet nogen betegnelser for disse former, da terminologien ikke ligger fast.

Endelig findes formen «back to back factoring», hvor formålet er at skaffe eksportfactoren sikkerhed i eksportørens udenlandske datterselskabs fordringer på købere i datterselskabets hjemland, d.v.s., at eksportørens salg til det udenlandske datterselskab – et salg, der naturligvis ikke kan give sikkerhed i et factoringengagement – kan etableres ved, at eksportfactoren gennem importfactoren får sikkerhed i datterselskabet, d.v.s. importørens indenlandske fordringer.

Grundlaget for al factoringvirksomhed er en overdragelse af fordringerne til eksportfactoren, der videreoverdrager dem til importfactoren, eller fordringernes direkte overdragelse til importfactoren, der har forpligtet sig til at afregne til eksportfactoren.

Reglerne om overdragelse af fordringer varierer fra land til land, men fælles for alle lande gælder, at der må finde en underretning sted til importøren, så han ved, at fordringen er overdraget, og at han kun kan betale med frigørende virkning til importfactoren.

Det er naturligvis helt afgørende, at overdragelsen – det være sig til eje eller sikkerhed – og sikringsakten, underretningen til importøren, er retsgyldig, især for at sikre, at fordringerne i tilfælde af eksportørens konkurs ikke kan inddrages i konkursboet, således at eksportfactoren, der har belånt fordringerne, kun får et simpelt krav i eksportørens konkursbo.

Det vil derfor være klart, at overdragelsen og sikringsakten skal være

gyldige både i eksportørens og i importørens hjemlande.

En vigtig bestemmelse i aftalen mellem sælgeren og eksportfactoren og eksportfactoren og importfactoren er, at sælgeren til eksportfactoren og importfactoren skal lade hele omsætningen indgå til factoringbehandling i de tilfælde, hvor importfactoren har påtaget sig kreditrisikoen, så importfactoren ikke kun får overdraget de risikofyldte fordringer.

Det må meget stærkt understreges, at det kun er kreditrisikoen, importfactoren påtager sig, således at hvis importøren undlader at betale en forfalden fordring under henvisning til, at leverancen er ukontraktsmæssig, suspenderes importfactorens betalingsforpligtelse, indtil det er afgjort ved dom eller forlig, om importørens indsigelse er berettiget eller ej. Hvis importørens indsigelse viser sig at være uberettiget, genindtræder importfactoren i risikoen for importørens betalingsevne.

Hvis importøren viser sig at være insolvent enten ved forfaldstidens indtræden eller efter, at importørens indsigelse er blevet afvist, har importfactoren en vis frist til at betale fordringen til eksportfactoren.

Spørgsmålet om importfactorens genindtræden i forpligtelsen til at dække insolvensrisikoen har været et omstridt spørgsmål, idet importfactoren med rette kan sige, at han har påtaget sig kreditrisikoen på et bestemt tidspunkt, hvor han kunne overse importørens forhold, men ikke på et tidspunkt, der måske ligger lang tid senere, hvor importørens forhold kan have forandret sig.

Ovenstående er en kort redegørelse for, hvorledes det internationale factoringssystem arbejder med udeladelse af alle praktiske detaljer, men da dette er et juristmøde, føler jeg mig forpligtet til at fremdrage nogle juridiske tvivlsspørgsmål, som kan give anledning til diskussion.

Spørgsmålet om kombination af de forskellige landes nationale regler om overdragelse af fordringer og sikringsakter er interessant, men for omfattende til at blive behandlet på dette møde.

Et punkt vil jeg dog fremdrage.

Hvis overdragelsen sker til eje eller sikkerhed, og importfactoren går konkurs efter at have oppebåret fordringen, har eksportfactoren kun et simpelt krav i importfactorens konkursbo.

Hvis fordringen ikke er indgået, tilkommer fordringen konkursboet, og eksportfactoren har også kun et simpelt krav.

Hvis fordringen i stedet overdrages til importfactoren kun til incasso kombineret med importfactorens risikodækning, skulle disse problemer være løst, og dette system praktiseres f.eks. i Frankrig.

Et andet spørgsmål, som jeg også finder interessant i international sammenhæng, er spørgsmålet om omstødelse i konkurs. Specielt de nye amerikanske

regler om voidable preferences er sådanne, at de nok kan forstyrre nattesøvnen hos den, der har påtaget sig kreditrisikoen i tillid til at have en uanfægtelig ret til fordringen mod importøren.

Jeg vil vedrørende spørgsmålet om omstødelse indskrænke mig til at fremdrage problemet i relation til de stort set ensartede regler, der gælder i henhold til konkurslovgivningen i de nordiske lande.

Her er stillingen den, at sikkerheder, som skyldneren har givet en kreditor inden for en vis frist før konkursen til sikkerhed for gammel gæld, er omstødelige.

I et factoringengagement, hvor eksportfactoren belåner eller yder forskud på de fordringer, han får overdraget af eksportøren, udbetaler han kun f.eks. 80% af fordringens pålydende, medens de overskyende 20% tjener til sikkerhed for eksportfactorens krav i al almindelighed, d.v.s. også for krav opstået ved belåning af tidligere modtagne fordringer, som viser sig at være uerholdelige.

Konkursboet kan med en vis ret hævde, at de 20% af de fordringer, der er indkommet inden for omstødelsesfristen, er sikkerhedsstillelse for gammel gæld.

Spørgsmålet om omstødelse har ikke været forelagt danske domstole, skønt det ofte har været rejst, og skifteretsafdelingen ved Sø- og Handelsretten i København, der behandler de fleste danske konkursboer, mener, at der ikke bør ske omstødelse.

Jeg er enig med skifteretsafdelingen og mener, at hvis factor har fortsat belåningen af skyldnerens fordringer på samme vilkår også i den periode, hvor omstødelse kan ske, d.v.s. ikke modtager fordringer, der ikke samtidig belånes eller nedsætter belåningsprocenten, søger factor ikke at skaffe sig en bedre position med hensyn til gammel gæld, hvorfor forholdet falder uden for formålet med omstødelsesbestemmelserne.

Man kan måske også gøre det synspunkt gældende, at der ved indgangen af nye fordringer finder en ombytning af gamle fordringer sted, og at dette må være tilladeligt på samme måde, som at kreditor også inden for omstødelsesfristen i andre relationer er berettiget til at få ombyttet de af skyldneren stillede sikkerheder, hvis kreditor ikke derved stilles bedre.

Et andet spørgsmål, der i internationale factoringforhold i praksis har givet anledning til tvivl, er spørgsmålet om, i hvilket omfang eksportørens og eksportfactorens tilsidesættelse af de gældende regler og trufne aftaler kan bevirke, at importfactoren er berettiget til at betragte sig som frigjort for sin forpligtelse til at dække kreditrisikoen.

Kan importfactoren betragte sig som frigjort og undlade at betale den insolvente importørs skyld, selv om der ikke er nogen årsagsforbindelse

mellem eksportørens og eksportfactorens tilsidesættelse af reglerne og det tab, som importfactoren kommer til at lide, hvis han skal betale for den insolvente importør?

Der er almindelig enighed om, at kun væsentlig tilsidesættelse af reglerne kan berettige importfactoren til at betragte sig som frigjort, men vedrørende spørgsmålet, om der skal være årsagsforbindelse mellem tilsidesættelsen og tabet, er det tvivl.

Især i U.S.A. er det synspunkt fremherskende, at importfactoren har påtaget sig en kreditrisiko, og hvis der ikke er årsagssammenhæng, må importfactoren fortsat være forpligtet. Heroverfor har specielt jeg hævdet, at det internationale factoringsystem bygger på tillid. Importfactoren må kunne stole på, at alle de oplysninger, han får fra sælgeren og eksportfactoren, er korrekte, hvad enten de har betydning for importfactorens bedømmelse af kreditrisikoen eller ej. Eksportøren og eksportfactoren må ikke få det indtryk, at disse forpligtelser behøver man ikke tage så højtideligt i visse henseender. Hvis eksportøren og eksportfactoren på væsentlige punkter tilsidesætter deres forpligtelser, bryder de tilliden, som importfactoren har, og denne må derfor efter min mening i alle tilfælde kunne betragte sig som frigjort.

Det romerske institut til gennemførelse af ensartede regler indenfor privattretten har siden 1978 arbejdet på et sæt regler om international factoring – regler der skal medvirke til, at konflikter undgås.

Udkastet har været ændret flere gange og er måske ikke så epokegørende, da instituttet er klar over, hvor vanskeligt det er at give regler, der på afgørende punkter fraviger gældende ret i de enkelte lande.

Jeg vil fremhæve et par af bestemmelserne.

Mellem eksportøren og eksportfactoren skal en aftale om, at eksportøren forpligter sig til at overdrage til eksportfactoren også fordringer, der opstår i fremtiden, være gyldig, selv om aftalen ikke specificerer fordringerne individuelt, blot de kan identificeres, når de til sin tid opstår, og en særskilt overdragelse af de senere opståede fordringer er upåkrævet.

Endvidere skal et eventuelt forbud mod overdragelse fra importørens side anses for ugyldigt.

En overdragelse af en fordring skal give erhververen alle de rettigheder, som eksportøren har i henhold til kontrakten med importøren, således også en eventuel ejendomsret til leverancen.

Om det vanskelige spørgsmål om overdragelsens form bestemmer reglerne, at den skal være skriftlig og angive, til hvem importøren skal betale.

Importøren bevarer overfor factor alle de indsigelser, han måtte have mod eksportøren, bortset fra indsigelsen om forbud mod overdragelse.

Importøren bevarer således modregningsretten for krav mod eksportøren opstået før importøren fik underretning om fordringens overdragelse.

Som man vil kunne se, svarer de foreslåede regler til, hvad der anses for gældende ret i de nordiske lande.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Aage Spang-Hanssen

Advokaternes uafhængighed – særlig i
forholdet til myndighederne

Indhold

	Side
I. Indledning	341
II. Om gældende ret	342
III. Advokatens hovedfunktioner	345
IV. Nogle teser	349

Advokaternes uafhængighed, særlig i forholdet til myndighederne

Af landsretssagfører AAGE SPANG-HANSEN, Danmark

Advokaternes uafhængighed er et emne, der, så længe advokater har eksisteret, har optaget sindene, naturligt nok ikke mindst blandt fagets udøvere. Det siger sig selv, at den praktiske problemstilling afhænger fuldstændig af de samfundsforhold, hvorunder advokaten udøver sin gerning. Under et enevældigt kongedømme var det forholdet til kongemagten, der var forrest i den praktiske problemstilling, og under nutidens diktaturer vil logisk nok forholdet til diktatoren eller det parti, som udøver diktaturet, være det afgørende. I vore dages vestlige demokratier er forholdet til de offentlige myndigheder vel ikke eneafgørende, men nærliggende nok af væsentlig og stigende betydning.

Det kan være naturligt først at anføre nogle mere generelle bemærkninger om emnet «advokaternes uafhængighed» og om den samfundsmæssige betydning, advokaternes virke har i det moderne samfund.

Som i de øvrige vestlige demokratier bygger vort samfund på en liberalistisk samfundøkonomi, hvori det offentlige tager en stor og stigende part.

Vi tilstræber et retssamfund, hvor den enkeltes rettigheder og forpligtelser er lagt fast ved loven, men samtidig må vi erkende, at den økonomiske og samfundsmæssige udvikling uvægerligt medfører en stedse mere omfattende og kompliceret lovgivning. Den samme udvikling fører til, at det offentlige, stat, kommuner, amter m.v. beslaglægger en stadig stigende del af samfundets ressourcer, og indenfor den private sektor er der også stærke tendenser til en koncentration af den økonomiske formåen i organisationer eller koncerner.

Skal vi under disse forhold have en mulighed for at skabe en realitet i vor grundlæggende forestilling om, at ethvert individs retsstilling er fastlagt ved lovgivningen, og at enhver både har teoretisk og praktisk mulighed for at værne om sine rettigheder, vil en uafhængig og højt uddannet advokatstand være nødvendig, for at den enkelte borger kan mobilisere den fornødne støtte i det ofte nødvendige modspil mod de stærke kræfter, som myndigheder, organisationer og private magtfaktorer råder over.¹

Advokaternes uafhængighed er et emne, der tidligere har været drøftet ved

¹ Kristian Mogensen: «Det Shawske Advokatkontor 1878–1978 s. 33 «Advokatstandens uafhængighed og selvjustits»».

Nordiske Juristmøder. Således var «advokaters og lægers tavshedspligt i retsplejen» på dagsordenen for det 19. Nordiske Juristmøde i Stockholm 1951, og med grundlag i et delegeret møde i Hälsingfors i august 1957 fremkom de nordiske advokatororganisationer i 1958 med en henvendelse til Nordisk Råd, hvori organisationerne opfordrede Nordisk Råd til at undersøge mulighederne for at vedtage sådanne foranstaltninger, at medborgernes interesse i opretholdelsen af advokaters tavshedspligt ikke krænkes.

Samfundsudviklingen har medført, at det er naturligt, at De Nordiske Juristmøder her i 1984 har optaget emnet i den relation, der nu mest er fremme, nemlig forholdet til myndighederne, og det er dette emne, jeg i det følgende vil komme nærmere ind på.

Når jeg i det følgende omtaler – eller snarere tager udgangspunkt i – retsstillingen i Danmark, tilsigter jeg ikke hermed nogen redegørelse for dansk ret – dette ville også kræve en langt mere omfattende behandling. Mit formål er at tage et praktisk udgangspunkt for behandlingen af den problemstilling, jeg nu nærmere skal omtale.

For først at nævne den samfundsmæssige baggrund tror jeg, man tør sige, at forholdene i Danmark er nogenlunde sammenlignelige med de øvrige nordiske lande. Ca. halvdelen af nationalindkomsten går i offentlige kasser, og ca. halvdelen af befolkningen er ansat i det offentlige. Hertil kommer samfundets stigende «gennemsigtighed» i kraft af den informationsmængde, som i denne EDB-tid står til de offentlige myndigheders rådighed.

Skal man søge at analysere de forskellige indfaldsvinkler, der kan være overfor problemet, står man vel navnlig overfor følgende:

- (i) Advokaten som det *fri talerør*. Advokaten som den, der først og fremmest i retten, men også udenfor, både kan og tør sige sandheden til varetagelse af sine klienters interesser, selv om dette ikke harmonerer med det politiske magtapparats ønske.
- (ii) Advokaten som *rådgiver*, d.v.s. advokaten som den, der kan forklare sine klienter, det være sig mindrebedemlede enkeltpersoner eller internationale koncerner, hvad der er gældende ret, og på hvilken måde klienten lovligt kan opnå det, klienten ønsker.
- (iii) Advokaten som *kilde for informationer*. Her tænker jeg på den koncentration af informationsmateriale, breve, kontrakter og udkast til kontrakter, notater om gældende ret m.v., som findes i advokatens sagsomslag, og som i stigende grad er genstand for myndighedernes interesse

De regler, der gælder nu i alle de nordiske lande, er ikke affattet under

hensyn til de hovedfunktioner, jeg her har nævnt. For nu at indlede med nogle få bemærkninger om det regelsæt, der gælder i Danmark, og som antagelig ligner det regelsæt, der gælder i de andre nordiske lande, kan det være praktisk at tage udgangspunkt i de to hovedområder:

- A. Advokaten som forsvarer og som interesserepræsentant i retssager.
- B. Advokatens oplysningspligt overfor skattevæsenet.

I begge tilfælde kan myndighederne have en stor – eller selv mene at have en stor – interesse i at kigge advokaten i kortene.

A. Hvervet som forsvarer. I alle lande med en sammenlignelig retsorden findes der regler, der beskytter de dokumenter, der beror hos den advokat, der udfører et forsvar. Reglerne er imidlertid ikke altid ganske sammenhængende og afspejler – nærliggende nok – også samfundets dobbeltinteresse. Ingen vil efterstræbe en retstilstand, hvorefter f.eks. narkotika-mafiaer blot kan lægge alle afslørende dokumenter hos advokaten for derved at sikre sig mod opklaring.

Vi har i Danmark et ejendommeligt historisk bestemt dobbelt regelsæt, som i retsplejelovens §785 tilsikrer en advokat, der beklæder hvervet som forsvarer, en reel fuldstændig fritagelse for aflevering af dokumenter, han har modtaget under udøvelsen af sit hverv som forsvarer. §785 vedrører de dokumenter, som dommeren under en straffesag kan pålægge forsvareren at fremlægge.

Vi har imidlertid et andet regelsæt (retsplejelovens §§782–83), som handler om, hvilke dokumenter politiet kan afhente i forbindelse med ransagning og beslaglæggelse. Tager man retsplejeloven efter ordlyden, skulle man tro, at der her ikke kræves andet og mere, end at dokumenterne «antages at være af betydning som bevismiddel» – et kriterium, som domstolene jo ikke har megen mulighed for at vurdere – og at der herfra kun gælder undtagelse for de interne notater og breve, som forsvareren har udvekslet med den sigtede.

Vi har netop haft en sag for Højesteret, hvor problemet var sat på spidsen. En advokat modtager henvendelse fra en person, der er sigtet for skattesvig, og advokaten skriver til skattemyndighederne og beder i denne anledning om en forhandling. Det første, der sker, er imidlertid, at politiet møder på hans kontor og beslaglægger alle de dokumenter, der beror hos ham. Byretten fandt denne ransagning og beslaglæggelse i orden, men Østre Landsret ophævede den. Rigsadvokaten indbragte – med justisministeriets tilladelse – sagen for Højesteret, som med 3 stemmer mod 2 stadfæstede landsrettens kendelse.

Det er klart, at reglerne om ransagning og beslaglæggelse har direkte betydning for tillidsforholdet mellem den enkelte klient og hans advokat, men det er lige så klart, at problemet går langt videre. De dokumenter, en klient – det være sig en privat person eller et firma – afleverer til en advokat, er begribeligvis dem, som umiddelbart har interesse for et eller andet retligt spørgsmål. Der er derfor overhængende risiko for, at myndighederne, hvis domstolene i vidt omfang godkender ransagning og beslaglæggelse hos advokater, vil gøre det til så at sige en standardprocedure for en sikkerheds skyld at konstatere, hvad der måtte bero hos advokaten.

Føjer man hertil, at det i alle samfund – ikke mindst de små lokalsamfund – i praksis anses som et udslag af mistillid fra myndighedernes side, at ransagning og beslaglæggelse foretages, vil det ses, at ransagning og beslaglæggelse er meget hårdt virkende retsskridt, som, hvis de anvendes i betydende omfang, uvægerligt vil nedbryde befolkningens tillid til advokatstanden.

B. I forholdet til skattevæsenet må jeg naturligvis først trække det selvfølgelig frem, at advokater skal betale skat, som alle andre borgere skal, og at advokaters skatteansættelser skal kunne eftergås af myndighederne på samme måde som alle andre skatteborgeres.

Nu er det imidlertid således, at advokaters egne skatteansættelser sjældent giver anledning til skatteproblemer – der kan være spørgsmål om tidspunktet for regningsudskrivninger, om omfanget af udgift til befordring m.v. – men ikke spørgsmål af egentlig skattemæssig interesse.

Den praktiske interesse koncentrerer sig således udelukkende om det spørgsmål, om skattemyndighederne ved eftersyn af advokatens papirer, kan få lejlighed til (a) at kontrollere hans klienters anættelse og (b) efterse, om der skulle «være noget» i hans klientportefølje, som der kan være grund til at undersøge nærmere.

Som de danske regler er, har skattemyndighederne, nærliggende nok, uden videre adgang til at kontrollere advokatens egen skatteansættelse og eftergå kontokort, kontobidrag m.v., men det er omtvistet, i hvilket omfang de har ret til at se selve charteque'ne i klienternes sager, herunder den korrespondance og de notater, der befinder sig i advokatens sagsomslag.

Det er også omtvistet, om skattemyndighederne har lov til at gå på «fiskeekspeditioner» i advokatens sager. Tager man som eksempel en advokat, som har en række udenlandske klienter, og tænker man sig, at skattemyndighederne er i færd med at tilrettelægge en aktion for at undersøge den skattemæssige betydning af retshandeler og selskabstiftelser, der vedrører de lande, advokaten beskæftiger sig med, kan det nok være fristende for skatte-

myndighederne at tage udgangspunkt i en aktion mod de advokater, der har udenlandske klienter.

I Danmark var spørgsmålet fornylig på spidsen, men fik ikke nogen egentlig afklaring. Skattemyndighederne forlangte af en advokat, at han skulle aflevere samtlige sine sagsomslag for verserende sager og sidste 3 års sager under en dagbøde af 500 kr., men det lykkedes Advokatrådet at opnå Skatteministerens tilbagetrækkelse af dette tvangspålæg.

Jeg skal ikke her nærmere komme ind på en analyse af de gældende danske retsregler, men blot påpege, at problemet allerede har stor betydning – og sikkert vil få endnu større betydning de kommende år.

Anerkender man en retstilstand, hvorefter skattemyndighederne kan forlange, at en advokat skal aflevere alle eksisterende og – indenfor en vis periode – afsluttede sager, er det klart, at det er op til skattemyndighederne at bestemme, hvilke advokater der skal kunne drive forretning, og hvilke der ikke skal. Et krav om omgående aflevering af alle eksisterende sager, er det samme som et krav om lukning af advokatens forretning.

Under diskussionerne herom indtager man fra skattemyndighedernes side det standpunkt, at man selvfølgelig ikke ønsker at misbruge denne adgang til at ødelægge enkelte advokatforretninger, men sikkert er det jo, at den blotte eksistens af en sådan beføjelse, hvis den haves, kun kan føre til, at advokater fremtidig vil komme til at drive deres virksomhed i fuldstændig afhængighed af den lokale skattemyndigheds velvilje.

Efter dette lille rundblik over problemstillingerne, som de viser sig i de gældende retsregler, vil jeg gerne vende tilbage til de tre hovedfunktioner, som jeg nævnte indledningsvis:

- (i) Advokaten som talerør for klienten og den frie meningdannelse.
- (ii) Advokaten som rådgiver.
- (iii) Advokaten som kilde for informationer.

Advokaten som talerør er nok den mest sikrede funktion, og den funktion, som står stærkest i den offentlige mening. Bortset fra ekstremerne er der næppe noget politisk parti, der vil gå ind for at pålægge advokater censur, hverken under udøvelse af deres hverv som forsvarere, som advokater i civile sager eller som deltagere i den offentlige meningsdannelse iøvrigt.

Vi havde problemet fremme for nogle år siden i Danmark, hvor man ophævede højesteretssagførerprøven og i realiteten gav alle advokater med en vis tids praksis ret til at møde i Højesteret. Der indførtes da en regel (retsplejelovens §126, stk. 2), hvorefter Højesteret kan bestemme, at en

advokat fratages ordet og fratages retten til at møde i Højesteret fremtidig, dersom Højesteret skønner, at vedkommende har vist sig uegnet til at procedere i Højesteret. Denne begrænsning var for så vidt forståelig, for det må jo erkendes, at der findes advokater, som ikke har de kvalifikationer og den indstilling, som mødegivelse for landets højeste domstol forudsætter. Men den principielle betænkelighed er også væsentlig. Under de nuværende samfundsforhold og med de dommere, der nu beklæder stillingerne i Højesteret, er der ingen risiko for misbrug. Skulle samfundsudviklingen på ulykkelig måde tendere til større konfrontationer, kan man ikke afvise, at den latente mulighed for at blive frataget møderetten for Højesteret kan spille en rolle for advokaternes ytringsfrihed for landets højeste domstol.

Advokaten som rådgiver er mere i farezonen. Lad mig her først henvise til den svenske betænkning SOU 1983/41, der mere generelt omhandlede adgangen til kontrol af rådgivere. Hovedindholdet af det lovforslag, denne betænkning mundede ud i, var en regel om, at

«Den som yrkesmässigt utöver rådgivningsverksamhet genom att tilhandagå andra med råd eller annat biträde i juridiska eller ekonomiska angelägenheter får meddelas förbud att udöva sådan verksamhet, om han i sin verksamhet har gjort sig skyldig till brott som inneburit väsentligt förfång för det allmänna eller någon enskild eller på annat sätt grovt åsidosatt vad som ålegat honom som rådgivare».

I betænkningen erkendes (side 92), at det f.eks. indenfor skatteområdet er svært at drage klare grænser. Betænkningen belyser (side 92–93) rådgiverproblematikken indenfor dette område således:

«Skatteplanering: Att inom ramen för gällande lagstiftning och utan att komma i uppenbar konflikt med lagstiftarens syfte välja mellan olika handlingsalternativ på ett sådant sätt att man får den lägsta skattekostnaden.

Skatteflykt: Att inom ramen för gällande lagstiftning träffa avtal eller företa andre rättshandlingar vars huvudsakliga syfte är att uppnå skattelättnader i strid mot lagstiftningens anda och mening.

Skattefusk: Att undgå beskattning genom förfaranden som kan medföra straff enligt skattebrottslagen eller skatte- eller avgiftstillägg enligt taxeringslagen. Ofta sker det genom att oriktiga uppgifter lämnas, uppsåtligen eller av vårdslöshet».

Set fra advokaternes side er det mest spændende at få afklaret, hvad som ligger i definitionen «skatteflykt», navnlig ordene «i strid mot lagstiftningens anda och mening». Betænkningen giver også her udtryk for tvivl om den rette afgrænsning, men tilføjer:

«Av rådgivare i gemen måste man dock kunna kräva att de avhåller sig från biträde vid uppenbar skatteflykt som tangerar skattefuskområdet».

Særskilt for revisorer har spørgsmålet også været fremme i Sverige i en betænkning «Effektivere revision af virksomhederne», hvor man var inde på at pålægge revisorer pligt til at anmelde klienters ulovlige dispositioner. Dette forslag er dog lykkeligvis ikke gennemført.

Det er imidlertid sikkert, at advokaten som rådgiver vil være et emne, der vil være omgivet af stigende offentlig interesse. Dette gælder ikke mindst i en tid, hvor afgrænsningen af, hvad der anses som samfundsmæssigt uønskværdigt overfor det ulovlige, er så flydende. Tager man et område som emigrationer, har vi i Danmark set, hvorledes spørgsmålet om ophør af skattepligt spørgsmål, medens der i dag ofte rejses straffesager. Går man blot 10 år tilbage, kan man finde sager, hvor anerkendte kolleger procederede civilretligt i Højesteret spørgsmål om skattepligt i tilfælde, hvor klienten i dag omgående ville være bragt i varetægtsfængsel.

Det er klart, at advokaten som rådgiver her kan have en ubehagelig rolle. Vi havde fornylig i Danmark et pudsigt eksempel, hvor en advokat under en skilsmisssag ikke var opmærksom på, at hans klienter kunne spare i skat, hvis de ventede med at sælge en landbrugsejendom, indtil separationen eller skilsmisssen var gennemført. Forholdet var det, at manden ejede en landbrugsejendom, som var steget så meget i værdi i hans ejertid, at salget udløste særlig indkomstskat. Værdistigningen var imidlertid ikke større, end at skat helt kunne undgås, hvis man ved separationen havde aftalt, at hver af parterne fik udlagt halvdelen af landbrugsejendommen, således at de efter separationen stod som 2 sælgere og dermed opnåede to «bundfradrag». Henvendelsen til advokaten gik imidlertid alene på at få gennemført en separation. Advokaten vidste, at manden havde udbudt landbrugsejendommen til salg, men fandt ikke anledning til at blande sig i dette spørgsmål, og gennemførte det, klienterne havde bedt ham om nemlig separation og bodeling.³ Efter at dette var gennemført, anlagde klienterne retssag mod ham og forlangte erstatning, fordi han ikke havde gjort dem opmærksom på den

2 «Advokatbladet» 1959 s. 40, Axel H. Pedersen: «Advokatens tavshedspligt og tavshedsret».

3 «Advokaten» 1982 s. 17: «Østre Landsrets dom om advokatansvar» med hertil knyttede artikler: Finn Thomsen (s. 20) «Fidus eller finesse?» Professor dr.jur. Anders Vinding Kruse (s. 22) «Advokatens erstatningsansvar for «skattefiduser»».

skattefordel/skattefidus, der kunne ligge i, at de slap billigere, hvis de ventede med at sælge. Den danske Landsret dømte advokaten til at betale erstatning med følgende begrundelse:

«Idet det må lægges til grund, at der som anført af (de tidligere ægtefæller) forelå rimelige muligheder for at tilvejebringe de fornødne formaliteter for at undgå skattepligt, findes advokat A ved sin undladelse på en til erstatning forpligtende måde at have medvirket til, at der er opstået et tab for boet. Dette tab, som (advokat A) hæfter for, må begge ægtefæller være berettiget til at kræve erstattet».

Dommens resultat var muligvis rigtig, men begrundelsens formulering var næppe heldig. Navnlig bliver den uheldig, hvis man samtidig rejser kraftig kritik mod de advokater, som gør klienterne opmærksomme på de «huller», der måtte være i skattelovgivningen. Mon ikke den advokat, som havde tilvejebragt «de fornødne formaliteter for at undgå skattepligt» havde handlet mod «lagstiftningens anda og mening»?

Et andet eksempel på, hvor tæt interessen er for advokaternes rådgivende virksomhed fik vi fornylig (november 1983), da det danske statsskattedirektoratet udsendte en cirkulæreskrivelse, som pålagde de lokale skattemyndigheder at give «indberetning om navne og adresser på skatterådgivere, der har bistået ved etableringen af arrangementer, som medfører en ikke uvæsentlig skattefordel for klienten».⁴

Det anførtes til sidst i cirkulæreskrivelsen:

«Når Statsskattedirektoratet er i besiddelse af navne og adresser på skatterådgivere m.v., vil nærmere retningslinier for næste fase i undersøgelsen fremkomme.»

Den undrende offentlighed får aldrig at vide, hvilken trussel, der lå bag de sidste ord i cirkulæret. Skatteministeren tilbagekaldte omgående cirkulæreskrivelsen, da den kom til hans kendskab.

En realistisk gennemgang af problemerne kan ikke slutte uden nogle ord om advokatstandens *indtjening*. Advokatforretning er nu engang forretning, og det er klart, at eksistensen af en advokatstand forudsætter, at en advokatvirksomhed kan drives med overskud.

Det kan lyde hyklerisk at sige, at retssikkerheden forudsætter, at advokater har en passende indtjening, men det er ikke desto mindre en kendsgerning. Advokaten kan kun udfylde sin mission, hvis han har det fornødne økono-

4 «Advokaten» 1984 s. 6 «En skamplet, der hurtigt blev visket ud».

miske rygstød til at kunne sige nej til sager, han ikke ønsker at påtage sig og til at betinge sin fortsatte medvirken til en sag af, at den føres i overensstemmelse med, hvad han anser for ret og rimeligt.

Man ser derfor også, at advokatstandens fjender – for sådanne findes – varmhjertet går ind for en så effektiv offentlig kontrol af advokaters indtægter (muliggjort gennem en generel forskrift om falærberegning på timebasis) og særbeskatning af liberale erhverv, at man på denne måde umuliggør driften af advokatvirksomhed. Disse tendenser har vi ikke set i Danmark, men de kendes fra andre lande.

Det er jo skik og brug, at et indlæg til et nordisk juristmøde afsluttes med nogle teser, og jeg skal da sammenfatte mine hovedsynspunkter således:

1. Indenfor strafferetsplejens regler bør der være harmoni mellem de regler, der regulerer advokatens pligt til for retten at fremlægge dokumenter, han har modtaget, og de regler, der hjemler anklagemyndighed og politi adgang til ransagning og beslaglæggelse.

Denne harmonisering bør tilvejebringes ved, at begge regelsæt respekterer advokatens hverv som forsvarer. I det omfang hensynet til efterforskningen krydser hensynet til klientens retsbeskyttelse, bør hensynet til retsbeskyttelsen have fortrin.

2. Skattekontrolregler bør i relation til advokater – naturligvis – give skattemyndighederne adgang til fuld kontrol med, at advokaten giver rigtige oplysninger om sine egne indtægter og sine egne formueforhold. Reglerne bør imidlertid udformes således, at de udelukker anvendelsen af de papirer, der beror på advokatens kontor, som grundlag for «fiskeekspeditioner», d.v.s. undersøgelse af om en sådan gennemgang vil kunne give grundlag for rejsning af skattekrav mod ikke kendte og dermed ikke navngivne klienter. Reglerne bør endvidere udformes således, at de kun på et særligt grundlag kan pålægge advokaten at udlevere eller give skattemyndighederne anledning til at se sagsakter på navngivne klienter, hvis skatteforhold myndighederne på andet grundlag har optaget til gennemgang.

Til slut vil jeg gerne sige helt klart, at jeg må anse det for at være af stor betydning for bevarelsen af en samfundsordning i vore nordiske lande, hvor borgerne kan leve i frihed, at nordiske jurister nu kan nå frem til en klar og enig tilkendegivelse, der kan bidrage til at trække grænserne op for Statens magtfuldkommenhed overfor betryggelsen af borgernes retsstilling i et frit samfund.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Olof Bergqvist

Samhällsfarliga arbetskonflikter

Innhold

	Side
1. Inledning. 1972 års juristmöte	353
2. Vårt ämne	356
3. Samhällsfarliga arbetskonflikter i svensk rätt	362
4. Några synpunkter	368
4.1. Problemets innebörd	371
4.2. Behöver ändringar göras?	372

Samhällsfarliga arbetskonflikter

Av rättschefen OLOF BERGQVIST, Sverige

1. Inledning. 1972 års juristmöte

Vid det tjugosjätte nordiska juristmötet i Helsingfors år 1972 stod som ett av debattämnen på mötesprogrammet Arbetsfreden som rättsligt problem. Referent var professor Folke Schmidt¹ och korreferent professor Sigurdur Lindal. Som en av deltagarna i debatten påpekade var det då 53 år sedan senast ett verkligt centralt arbetsrättsligt ämne ingick i ett juristmötesprogram. I påpekandet låg en, måhända med ett stänk av missnöje kryddad, uppmaning till kommande mötens anordnare att ägna arbetsrättsliga ämnen större uppmärksamhet, en maning som också har vunnit efterföljd i det att ett sådant ämne eller ett ämne med nära anknytning till arbetsrätten har stått på programmet vid varje möte sedan dess. Men debattören tillfogade i sina synpunkter på 1972 års ämnesval, under hänvisning till ett bekant yttrande av Talleyrand om kriget som en alltför allvarlig sak att läggas i händerna på militärer, att en allsidig diskussion om hur arbetsstridens lagar skall utformas inte kan föras av enbart jurister och att därtill det valda ämnet var så vidsträckt att det inom ramen för ett meningsutbyte vid ett juristmöte kunde behandlas bara sedan något eller ett par problem valts ut ur mångfalden.²

Schmidts referat innehåller en jämförande beskrivning av några av de mest centrala rättsreglerna kring arbetsstrid och arbetsfred i Danmark, Finland, Norge och Sverige, utförd med den överblick och den förmåga att finna och beskriva problemens kärna som kännetecknade honom. I Lindals inlägg finns en redogörelse för grunddragen i isländsk rätt.

På det sätt som är vedertaget och naturligt i framställningar om de nordiska ländernas arbetsrätt byggde Schmidt sin översikt på den grundläggande åtskillnaden mellan *intressetvister* och *rättstvister*. I det avsnitt som ägnades åt lagstiftning som berör intressetvister konstaterade han att arbetsmarknadens parter och statsmakterna i de nordiska länderna är överens om att löner och arbetsvillkor så långt möjligt bör bestämmas genom frivilliga överenskommelser och att det är önskvärt att statsmakterna undviker regleringar. Det råder

¹ Schmidt, Arbetsfreden som problem för lagstiftaren, Förhandlingarna vid det tjugosjätte nordiska juristmötet 1972, s. 115 ff.

² Sigeman, ibidem s. 178 f.

också i huvudsak enighet om att avtalsförhandlingarnas frihet för med sig att båda sidor bör ha stridsmedel till sitt förfogande. När det gäller enskildheterna finns det dock betydande skiljaktigheter mellan de nordiska länderna. Utrymmet för parternas handlande har varit betydligt trängre i Danmark och Norge än i Sverige. Finland har intagit en mellanställning.

Översikten ägnades sedan åt de viktigaste lagreglerna om medling i arbetstvister i de fyra behandlade nordiska länderna.

Såvitt gällde *Danmark* erinrades om *1934 års lov om mægling i arbejdsstridigheder*, om de danska förlikningsmännens rätt att kalla och parternas skyldighet att inställa sig till medling, förlikningsmännens befogenhet att besluta om uppskov med varslade stridsåtgärder, föreskrifterna att framlagda medlingsförslag skall underkastas omröstning i form av «urafstemning» eller i «kompetent församling» och reglerna om s.k. koppling («sammenkaedning») varigenom ett medlingsförslag ställs under omröstning av flera fack och resultatet görs beroende av en sammanräkning av rösterna. Reglerna i *den norska loven om arbeidstvister av 1927* i samma ämnen stämmer nära överens, konstaterade referenten, med de danska. Den norske riksmeglingsmannen har ganska vittgående befogenheter under medlingen och kan utfärda förbud mot konfliktåtgärder till dess att medling har försökts. Även i Norge bygger reglerna på att medlingsförslagen går till omröstning (låt vara att det saknas regler om skyldighet för organisationerna att ställa sådana förslag under omröstning) och även den norske förlikningsmannen har befogenhet att besluta om koppling. För *Finlands* del redovisades främst *lagarna om medling i arbetstvister, den senaste av 1962*, med deras regler om skyldighet att 14 dagar i förväg lämna varsel om arbetsinställelse och social- och hälsovårdsministeriets befogenhet att uppskjuta en arbetskonflikt under ytterligare tid (i regel två veckor) utöver varseltiden.

Slutligen redogjorde referenten, och betonade därvid särskilt kontrasten vid jämförelse med de danska och norska reglerna, för den då ännu gällande *svenska lagen av 1920 om medling i arbetstvister*. Den svenske förlikningsmannen hade inte några egentliga maktmedel gentemot parterna. Dessa var i princip skyldiga att inställa sig till förhandling inför förlikningsmannen, med en formell men praktiskt taget aldrig utnyttjad möjlighet att anmäla en vägran hos arbetsdomstolen, och lagen föreskrev sedan 1936 en skyldighet att varsla om arbetsinställelse en vecka i förväg. Men förlikningsmannen var hänvisad att hemställa hos parterna om uppskov under medlingen med varslade stridsåtgärder, regler om medlemsomröstning i fråga om medlingsförslag saknades och institutet koppling var över huvud okänt i svensk rätt.

Referenten redogjorde också för hur statsmakterna med olika medel och i en

utsträckning som varierar mellan de nordiska länderna har ingripit i konflikter på arbetsmarknaden, när en lösning på annan väg har bedömts inte stå till buds.

I *Danmark* har detta gång efter annan skett genom tillfällig lagstiftning och med skilda tekniska lösningar, såsom upphöjande till lag av ett förkastat medlingsförslag eller lagstiftning på grundval av en s.k. skitse till en avtalsuppgörelse, beslut om tvungen voldgift (obligatorisk skiljedom) och förlängning med eller utan ändringar av ett löpande kollektivavtal. I *Norge* har periodvis och intill år 1952 funnits lagstiftning om tvungen voldgift. Sedermera har loven 1952 om lønnsnemnd i arbeidstvister visserligen i princip inneburit att den s.k. rikslønnsnemnden anlitas frivilligt. Tvungen voldgift genom lagstiftning för det enskilda fallet om hänskjutande till lønnsnemnd har dock även sedan dess varit vanlig. För *Finlands* del tillämpas, sedan löne-regleringssystemet övergavs under 1950-talet, en mer restriktiv inställning till tvångslösning av arbetstvister. Å andra sidan har inkomstpolitiska uppgörelser spelat en roll på ett annat sätt än i de andra länderna. I *Sverige*, slutligen, hade intill året före jurismötet i Helsingfors direkta samhällsengripanden i arbetstvister övervägts bara vid tre tillfällen och då till slut kunnat underlåtas, sedan en lösning uppnåts på annat sätt. Ingripandet i 1971 års s.k. SACO-konflikt genom en fullmaktslag, med stöd av vilken regeringen förordnade om sex veckors förlängning av löpande kollektivavtal, var det första och åtskilligt omdebatterade faktiska exemplet på ett direkt ingripande från statsmakternas sida i syfte att avbryta en pågående konflikt på den svenska arbetsmarknaden.

Närmast med sikte på svenska förhållanden valde Schmidt ut ett par frågor för närmare diskussion. En av dem var om den statlige förlikningsmannen bör ha särskilda befogenheter utöver att kunna inbjuda parterna till förhandlingsbordet. Schmidt sade sig, dock utan att gå närmare in på skälen, ha sympati för tanken att till svensk rätt överföra en sådan befogenhet som förlikningsmannen har i Danmark och Norge att förordna om ett kort uppskov med varslade stridsåtgärder. Han ställde sig däremot mer tveksam till att också överflytta regler om omröstning rörande förlikningsmannens medlingsförslag och om koppling.

Schmidts andra fråga var om man bör ha en lagstiftning som ger permanent beredskap för den händelse en arbetsmarknadskonflikt skulle hota väsentliga medborgarintressen. Han bedömde som sannolikt att konflikterna i fortsättningen oftare skulle komma att beröra mindre grupper, snarare än utgöra stora öppna kraftmätningar mellan landsorganisationen och arbetsgivareföreningen i respektive land. Mot den bakgrunden uttalade han sig för en lagstiftning efter norskt mönster, varigenom det inrättas en permanent skiljedomstol till vilken

den lagstiftande församlingen i det enskilda fallet kan besluta att hänskjuta en uppkommen arbetsmarknadskonflikt.

Lindal redogjorde för *isländsk rätt* med utgångspunkt i 1938 års lag om fackföreningar och arbetstvister. Av redogörelsen framgår bl.a. att förlikningsmannens befogenheter är begränsade på ett sätt som liknar svensk rätt, medan i andra hänseenden förhållandena ligger närmare dem som råder i Danmark och Norge. Direkta statsingripanden har varit förhållandevis vanliga och har liksom i Danmark gjorts på olika sätt. Ett direkt strejkförbud har tillämpats i några fall när fåtaliga och jämförelsevis välavlönade grupper har varit indragna i konflikt. Lindal påpekade att sådana konflikter ingalunda har varit något okänt fenomen i Island och uttalade sig för obligatorisk skiljedom framför s.k. koppling som medel för att finna en lösning.

Men han gick i sitt innehållsrika och engagerade inlägg längre än så. Fria förhandlingar på arbetsmarknaden är, förklarar han, egentligen inte fria när det är den starkares rätt som får råda. De skador som följer av öppna arbetsmarknadskonflikter får i allt högre grad bäras av samhället snarare än av de stridande parterna, de ekonomiska följderna av kollektivavtal som tvingas fram med öppna stridsåtgärder får också ytterst bäras av samhället som helhet. Slutsatsen borde bli att den fria fackliga stridsrätten som yttersta medel att förmå till förhandlingsuppställningar är ett föråldrat och onaturligt inslag i det moderna, tekniskt avancerade men känsliga samhället. Statsmakten som företrädare för samhället som helhet borde tilldelas en viktigare roll i samband med avtalsförhandlingarna. I avvaktan på en utveckling i den riktningen, och ytterst ett övergivande av den fackliga striden som konfliktlösningssmedel, vore det enligt Lindal i alla händelser av värde med en sådan lagstiftning efter norskt mönster som även Schmidt uttalade sig för.

2. Vårt ämne

När vid årets juristmöte åter har valts ett debattämne som gäller arbetsstriden har det tätt sig naturligt för mig att så som nu har skett först kortfattat erinra om vad som skrevs och sades vid mötet i Helsingfors. Det ligger ju nära till att ställa frågan hur vårt ämne förhåller sig till det tidigare och till den debatt som fördes därom.

Att årets ämne ligger inom ramen för det tidigare är tydligt nog – en av Schmidts frågor var ju huruvida det finns skäl för en lagstiftning som ger permanent beredskap för den händelse en konflikt på arbetsmarknaden skulle hota väsentliga medborgarintressen.

Representerar emellertid begreppet eller termen *samhällsfarliga arbetskonflikter* en företeelse som från rättsliga eller andra synpunkter kan skiljas ut från den mer allmänna frågan om arbetsfreden som rättsligt problem? Kan man i så fall i en diskussion mellan nordiska jurister ha utbyte av att undersöka hur just denna företeelse behandlas i lagregler och avtalsbestämmelser för arbetsmarknaden i de nordiska länderna? Eller är det fråga om en aspekt på en större helhet, representerad av inbördes olika system av regler om arbetsstriden vilka har vuxit fram under skiftande historiska, politiska, ekonomiska och institutionella betingelser i de skilda nordiska länderna? Vad kan utvinnas av en jämförande diskussion i detta mer vidsträckta perspektiv? Kan i alla händelser utvecklingen under de tolv år, som har förflutit sedan sist, tänkas ha gett nya erfarenheter av värde för en diskussion om rättsordningens förhållande till konflikterna på arbetsmarknaden och till äventyrs även rättsliga förändringar förtjänta av uppmärksamhet.

Den danska lagen av år 1934 om mægling i arbejdsstridigheder (forligsmandsloven) anger i 3 § som förutsättning för en förlikningsmans initiativ till medling bl.a. att det finns risk för en arbetsinställelse, eller att en sådan redan har inträffat, och att förlikningsmannen finner stridens verkningar och omfattning sådana att de får *betydelse från samhällets synpunkt*. Förlikningsmannen kan när som helst före eller under medlingsförhandlingarna ställa som villkor att arbetsinställelsen skjuts upp, dock i högst två veckor. Förlikningsmannen skall emellertid enligt 4 §, innan han lägger ned medlingen därför att det saknas förutsättningar för ett förslag som kan väntas bli antaget av parterna, om konflikten kommer att *drabba livsviktiga samhällsinstitutioner eller samhällsfunktioner* eller om den eljest bedöms få vittgående *betydelse för samhället*, tillkalla de övriga förlikningsmännen (det finns enligt 1 § i lagen tre) för att rådgöra med dem om man bör kräva ytterligare uppskov med arbetsstriden. Förlikningsmännen kan besluta om ett sådant ytterligare uppskov i högst två veckor. Om en arbetsstrid enligt förlikningsmännens bedömning skulle få vittgående betydelse för samhället, kan de enligt 5 § också besluta att de alla tre skall delta i medlingen.³

Mönstret i Finland är såtillvida liknande som det enligt 8 § i 1962 års lag om medling i arbetstvister är en förutsättning för ett beslut av social- och hälsovårdsministeriet om förbud mot en arbetsinställelse under högst 14 dagar utöver varseltiden att arbetsinställelsen *med hänsyn till sin omfattning eller arbetsområdets beskaffenhet anses beröra samhällets livsviktiga funktioner*

³ En kommenterande redogörelse för de hithörande reglerna i forligsmandsloven finns t.ex. i Jacobsen, Kollektiv arbejdsret, 3 uppl., Köpenhamn 1982, s. 227 ff.

*eller avsevärt skada allmänt intresse.*⁴ Enligt 29 § 2 p. i den norska arbetstvistloven skall riksmeglingsmannen efter varsel eller när han på annat sätt har fått kännedom om att förhandlingar om kollektivavtal har avbrutits förbjuda arbetsinställelse intill dess medlingen har avslutats, om han bedömer att arbetsinställelsen *på grund av verksamhetens art eller på grund av sin omfattning kommer att skada allmänna intressen*. Efter tio dagar kan sedan enligt 36 § var och en av parterna begära att medlingen avslutas och det skall då ske inom ytterligare fyra dagar.⁵

Även i svensk rätt förekommer regler som åtminstone i princip synes förutsätta att man i det enskilda fallet kan i rättslig mening avgöra huruvida en arbetskonflikt är samhällsfarlig. Visserligen finns det inte något sådant inslag i lagens regler om medling i arbetstvister, numera utan ändringar av betydelse i detta sammanhang överförda från 1920 års medlingslag till 46–52 §§ i lagen om medbestämmande i arbetslivet av år 1976. Initiativ till medling skall enligt 46 § tas när en arbetstvist hotar att medföra eller redan har medfört stridsåtgärd. Förlikningsmannen skall kalla parterna till förhandling eller vidta annan lämplig åtgärd och verka för att part uppskjuter eller inställer stridsåtgärd, men han har inte någon befogenhet att med rättslig verkan för parterna besluta om ett sådant uppskov. Under den mycket allmänt uttryckta förutsättningen att en arbetstvist är «av större betydelse» kan enligt 52 § medbestämmandelagen regeringen förstärka medlingsinsatsen genom att utse en förlikningskommision eller en särskild förlikningsman i stället för att lita till medling genom den stående förlikningsmannorganisationen. Begreppet samhällsfarlighet, under den beteckningen, möter däremot i kollektivavtal (huvudavtal) för var och en av de viktigare arbetsmarknadssektorerna. Enligt dessa skall i särskilt inrättade, partssammansatta nämnder avgöras dit hänskjutna frågor om hotande arbetskonflikters samhällsfarlighet. Avtalen ger vissa utgångspunkter för tolkningen av det däri använda uttrycket samhällsfarlighet.⁶

De nordiska ländernas lagar om medling i intressetvister mellan parter på arbetsmarknaden ger alltså mer eller mindre tydligt uttryck för att det är eller åtminstone under vissa betingelser kan vara ett samhällsintresse, och inte enbart en angelägenhet för parterna, att sådana tvister får sin lösning utan öppen arbetskonflikt. Parterna är i princip skyldiga att ställa sig till förfogande för medling, låt vara att denna skyldighet betonas mer eller mindre starkt i de

4 Se t.ex. Sarkko, *Arbetsrätt-allmän del*, Helsingfors 1981, s. 290 ff.

5 Se t.ex. Evju, *Organisasjonsfrihet, tariffavtaler og streik*, Universitetsforlaget 1982, s. 115 ff.

6 Se t.ex. Schmidt, *Facklig arbetsrätt*, 2 uppl., Stockholm 1979, s. 238 ff.

olika rättsordningarna. Förlikningsmännen har i varierande grad utrustats med befogenheter för att kunna genomföra medlingen på ett ändamålsenligt sätt.

En betydelsefull och belysande skillnad kan dock avläsas, i det att de danska, finska och norska lagarna till skillnad från den svenska och den isländska tilldelar samhällsorganen, förlikningsmännen och i Finland social- och hälsovårdsministeriet, en befogenhet att för en tid förbjuda stridsåtgärder. Befogenheten är beroende av att arbetsstriden bedöms som i någon mening samhällsfarlig eller åtminstone att den bedöms få betydelse från samhällets synpunkt. I Sverige finns en motsvarighet, men bara i en viss begränsad mening, i huvudavtalens regler om prövning av frågan om samhällsfarlighet i de särskilda partssammansatta nämnderna. En hänvändelse till någon av nämnderna medför inom den offentliga sektorn att part som har varslat om stridsåtgärden inom vissa tidsgränser binds kollektivavtalsrättsligt vid fredsplikt under det att frågan behandlas av nämnden.

Att man finner regler i lagar och huvudavtal som bygger på eller anknyter till föreställningen om vissa arbetskonflikters samhällsfarlighet behöver å andra sidan ingalunda betyda att man har att göra med ett i huvudsak ensartat rättsligt begrepp eller ett liknande sätt att uppfatta och från samhällets sida behandla en aspekt på den öppna arbetsstriden, som uppfattas i det väsentliga lika i de skilda nordiska länderna. Redan den skillnad som nyss antydde ger anledning till det påpekandet. De danska förlikningsmännen och den norske riksmeglingsmannen har större rättsliga befogenheter och därmed en annan ställning, kanske också en annan uppgift, i förhållande till parterna än sin svenska motsvarighet. De svenska nämnderna synes inte ha någon direkt motsvarighet i de andra länderna (jfr. dock tjänstetvistenämnden i Finland). Rollfördelningen mellan samhällsorganen och de förhandlande parterna är alltså inte densamma. Uppenbarligen har man inte skäl att vänta sig att samma bedömningar görs av en dansk förlikningsman som med stöd av 4 § forligsmandsloven skall besluta om uppskov med en arbetskonflikt, därför att den hotar livsviktiga samhällsinstitutioner eller samhällsfunktioner, och av en ledamot i en svensk nämnd, utsedd av ena partssidan, som skall ta ställning till en dit hänskjuten fråga om samhällsfarlighet. De som skall göra bedömandet spelar inte samma eller jämförbara roller i tillämpningen av regler i det arbetsrättsliga systemet, deras avgöranden har inte samma rättsliga funktion eller faktiska betydelse. I Norge synes det vara regel att riksmeglingsmannen beslutar om uppskov så snart ett medlingsförfarande skall inledas, medan uppskovsinstitutet åtminstone delvis torde uppfattas och tillämpas på annat sätt i de övriga länderna. I Sverige anlitas möjligheten att vända sig till nämnderna ganska sällan och enbart under vissa betingelser.

Slutsatsen är egentligen från början given. Ett komparativt studium från rättslig synpunkt av ämnet samhällsfarliga arbetskonflikter kräver att man vidgar perspektivet. Man måste orientera sig om reglerna för arbetsstriden sådana de ter sig i stort och sådana de har kommit att utbildas under inverkan av mångahanda samhälleliga betingelser. Man måste undersöka vilket utrymme som rättsordningen formellt och i den faktiska tillämpningen över huvud ger för öppen arbetsstrid, av hänsyn till enskilda utomstående och samhällets intressen. I vad mån det inom den ramen tillämpas ett särskilt rättsligt begrepp under beteckningen samhällsfarliga arbetskonflikter, och hur det i så fall sker, kan vara intressant nog men är från helhetens synpunkt inte det viktigaste.

Inte heller kan man utgå från att samhällsfarliga arbetskonflikter är samma sak från en tid till en annan, ens inom ramen för rättsordningen på en och samma arbetsmarknad. Begreppet samhällsfarlig är i sig självt subjektivt och situationsbetingat, i vissa rättsliga omgivningar dessutom mer ett politiskt, eller från vissa synpunkter ett förhandlingsstrategiskt, än ett juridiskt begrepp. Institutionella och organisatoriska förändringar, skiftande politiska styrkeförhållanden och samhällsekonomiska förutsättningar, förändringar i förhandlingsstrategier och konfliktmönster ändrar också begreppets innebörd. Gränsen är i varje fall numera flytande mellan vad som kan vara att betrakta som samhällsfarlighet i en mer ursprunglig och inskränkt, juridisk mening och det som över huvud utgör ett överskridande av vad man i våra samhällen vill tåla av olägenheter och ekonomiska skadeverkningar, av hänsyn till det värde som från allmän synpunkt ligger i systemet med fria förhandlingar och avtal såsom medlet att bestämma löner och andra villkor i förhållandet mellan arbetsmarknadens parter.

Det är belysande att man i komparativa översikter som berör ämnet samhällsfarliga arbetskonflikter mer eller mindre regelmässigt framhåller problemet att närmare bestämma begreppet.⁷ När man i dessa sammanhang talar om ett definitionsproblem syftar man emellertid inte alltid eller i varje fall inte enbart på det s.a.s. rent juridisktekniska problemet, dvs. att i rättsregler på ett tillräckligt klart och entydigt sätt bestämma en företeelse som i princip låter sig beskrivas. Problemet ligger i att en sådan definition, vare sig den görs i form av en uppräkningslista av nödvändiga eller särskilt samhällsviktiga funktioner eller i en allmän formel, riskerar att visa sig alltför stel och i alltför hög grad ägnad

7 Se t.ex. Wedderburn, *Industrial action, the State and the public interest*, i *Industrial Conflict – A Comparative Legal Survey*, ed. Aaron and Wedderburn, London 1972, s. 320 ff. och Pankert, *Settlement of labour disputes in essential services*, *International Labour Review*, Vol. 119, No. 6, Nov.–Dec. 1980, s. 723 ff.

att beskära handlingsutrymmet för de samhällsorgan som vid öppen arbetsstrid har att värna tredje mans och samhällets intressen. I rättstillämpningen tenderar, enligt vad som synes vara erfarenheten t.ex. från amerikansk rätt, en gång gjorda definitioner att tänjas och måhända att efterhand i realiteten överges.

Uppenbarligen kan detta sistnämnda problem framstå som särskilt allvarligt när av ekonomiska eller andra skäl den politiska maktens anspråk på handlingsfrihet är stort eller när det fria förhandlings- och avtalssystemet inte har vunnit erkännande på samma sätt som i de nordiska länderna. Det visar sig inte minst i försvaret för de fackliga rättigheterna på det internationella planet och i de ansträngningar som där görs att främja «collective bargaining» som samhällsinstitution. Men en tendens mot vidgning av begreppet samhällsfarlighet, eller i varje fall den motsättning som en sådan tendens torde vara ett uttryck för, möter även i andra sammanhang och på sitt sätt också i de nordiska ländernas arbetsrättsliga system. Man skulle kanske som ett exempel kunna peka på den ändring som har gjorts i medlingslagstiftningen i Finland. Enligt 1946 års lag kunde ett temporärt förbud mot arbetsstrid utfärdas när tvisten rörde järnvägs-, fartygs-, flyg- eller telegraftrafik, post-, telefon-, försvars-, polis-, fångvårds-, medicinal- eller brandväsende, el-, gas- eller vattenledningsverk eller nödvändig transport av livsmedel. I 1962 års lag har 8 § det mer allmänt hållna uttryckssätt som har nämnts i det föregående. Ändringen torde syfta till en utvidgning i befogenheten att besluta om uppskov.

Belysande är också den svenska arbetsrättskommitténs uttalande att man med viss rätt kan hävda, att varje fastläggande i lag av vad som skall avses med begreppet samhällsfarlig konflikt från en synpunkt är ändamålslost, eftersom det ändock alltid måste vara förbehållet statsmakterna att i det enskilda fallet avgöra om situationen är sådan att ett ingripande måste ske. Skall en effektiv, i meningen uttömmande, definition göras i lag, tillade kommittén, måste sannolikt rätten att tillgripa facklig strid begränsas på ett från andra synpunkter olämpligt sätt.⁸

Vad som här har sagts om avgränsningen av begreppet samhällsfarliga arbetskonflikter får givetvis inte förstås så, och det bör kanske i tydlighetens intresse sägas, att det över huvud är ändamålslost att däri söka en begriplig rättslig innebörd. I alla händelser torde det finnas en kärna av gemensamt föreställningssätt i alla de nordiska rättsordningarna. Kanske ansluter det rätt nära till det internationella begreppet «essential services» sådant detta förstås i

⁸ SOU 1975:1 s. 460 ff.

trängre mening (av Evju⁹ översatt till «samfunnsmessig nød·endig virksomhet»), om än detta av brist på tillförlitligt rättsligt material torde vara svårt att verifiera. I alla händelser synes dock problemet numera allmänt uppfattas som från både rättsliga och andra synpunkter mer vidsträckt än så.

Mot den nu angivna bakgrunden skall jag som utgångspunkt för några ytterligare reflektioner kort redogöra för hur ämnet samhällsfarliga arbetskonflikter har behandlats i svensk rätt.

3. Samhällsfarliga arbetskonflikter i svensk rätt¹⁰

Frågan om inrättande av ett statligt förlikningsväsende var när den först togs upp i Sverige vid sekelskiftet mycket kontroversiell. Motståndarna till framlagda förslag talade om opåkallad inblandning i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetare. Den första lagen i ämnet av år 1906 var också mycket återhållsam och alltigenom präglad av grundsatsen om parternas frihet och självbestämmanderätt. Syftet var inte att ingripa i denna frihet utan enbart att ställa ett förlikningsförfarande och en möjlighet till frivillig skiljedom till parternas förfogande, i den mån de ville begagna sig därav för att lösa sina tvister. I huvudsak präglar detta synsätt fortfarande i påfallande grad den svenska medlingslagstiftningen.

Under tiden fram till 1930-talets mitt fördes dock en vittsyftande debatt kring arbetsfredens problem från rättsliga utgångspunkter, i många avseenden liknande den som samtidigt eller tidigare fördes i Danmark och Norge. Vid sidan av lagstiftningen av år 1928 om kollektivavtal och om inrättande av arbetsdomstolen berördes en lång rad lagstiftningsfrågor. Det föreslogs också åtgärder för att säkra arbetsfreden inom särskilt viktiga verksamhetsområden, särskilt där arbetet bedrevs av stat och kommun. Förslagen syftade ofta till en förbudslagstiftning med föreskrifter om obligatorisk medling och skiljedom. Man satte i fråga olika former av beredskapslagstiftning. Från några håll begärdes utredning av under vilka betingelser en arbetskonflikt skulle vara att betrakta som samhällsfarlig.

⁹ Evju, a.a. s. 52 ff.

¹⁰ Ämnet är sparsamt behandlat i svensk litteratur och det finns t.ex. inte någon systematisk analys av de särskilda nämndernas avgöranden. Se emellertid bl.a. SOU 1975:1 s. 213 ff, 460 ff, 469 ff. och uppsatser i Broström ed., Storkonflikten på den svenska arbetsmarknaden, Arbetslivscentrum 1981. Vid tiden för jurismötet väntas föreligga ett betänkande av konfliktutredningen vilket ägnas bl.a. samhällsfarliga arbetskonflikter. Utredningen har till uppgift att göra en kartläggning av arbetskonfliktträten i Sverige. Utredningsman är Sven-Hugo Ryman.

I slutet av år 1935 avlämnade en tremannakommitté under ledning av Torsten Nothin resultatet av ett stort utredningsarbete som syftade till ett samlat grepp över hela arbetsfredsproblematiken sådan den då tedde sig. En ledande tanke, som sedermera också på ett avgörande sätt har kommit att prägla rättsordningen på den svenska arbetsmarknaden, var att det borde ankomma på arbetsmarknadens parter att så långt som möjligt genom frivilliga överenskommelser göra samhällsinsingripanden till arbetsfredens säkerställande onödiga.

Såvitt särskilt gällde de samhällsfarliga konflikterna betonade kommittén svårigheterna att finna en tillfredsställande avgränsning av detta begrepp. Det stod klart att man inte kunde som indelningsgrund välja enbart den ifrågakommande produktens art. Tillgången på varor, möjligheterna att finna alternativa metoder för transporter och distribution, konfliktens omfattning, valet av tidpunkt för stridsåtgärder, betydelsen av berörda företags konkurrensförhållanden och andra omständigheter var avgörande för en konflikts farlighet. Inte heller var det möjligt att låta den omständigheten att stat eller kommun var arbetsgivare bli avgörande. Däremot skulle utgångspunkten för en definition kunna vara ändamålet med den angripna verksamheten. Det avgörande borde då vara om detta var att tillgodose arbetsgivarens ekonomiska intressen eller hade en annan innebörd. Som exempel på omedelbart samhällsviktiga funktioner som borde skyddas mot konflikter nämndes polisväsende och brandskydd, renhållning, sjukvård, försörjning med vatten, gas och elektricitet samt post- och telegrafverkens verksamhet. Även utanför dessa områden kunde emellertid så stora samhällsintressen stå på spel att parternas frivilliga uppgörelse inte kunde avvaktas. Här borde en beredskapslagstiftning komma i fråga.

I 1938 års huvudavtal mellan SAF och LO, Saltsjöbadsavtalet, togs i kap. V in regler om behandling av konflikter berörande samhällsviktiga funktioner på initiativ av endera organisationen eller av offentlig myndighet, som företräder det ifrågakommande allmänna intresset, i den av parterna inrättade s.k. arbetsmarknadsnämnden. Innebörden av dessa regler var att frågor om undvikande, begränsande eller hävande av sådana konflikter skulle behandlas av nämnden i paritetisk sammansättning. Vanns majoritet för undvikande helt eller delvis av en konflikt och för en därmed sammanhängande erforderlig reglering av arbetsvillkoren, skulle det ankomma på SAF och LO att i enlighet därmed, envar på sin sida, ofördröjligen vidta åtgärder för genomförande av en uppgörelse mellan berörda parter.

I motiven till kap. V uttalade den s. k. arbetsmarknadskommittén i vilken förhandlingarna om huvudavtalen fördes:

Komittén har vid prövning av frågan om de s.k. samhällsfarliga konflikterna sökt bedöma behovet av särskilda åtgärder till skydd mot störning av verksamhet, som tillför

befolkningen livsviktiga nyttigheter, social omvårdnad och annat dylikt. I den offentliga diskussionen ha meningarna varit mycket delade om hur man riktigast skall bestämma och begränsa de verksamhetsområden vilka med hänsyn till sin egenskap av särskilt samhällsviktiga böra skyddas mot arbetskonflikter. Kommittén förmenar, att någon ens tillnärmelsevis tillfredsställande avgränsning av sådana områden över huvud ej kan åstadkommas med anspråk på objektivitet och allmängiltighet. Redan det förhållandet att samhällets intresse alltid är beroende av den aktuella konfliktens omfattning gör en sådan på förhand fixerad gränsdragning omöjlig. En viss verksamhet är i och för sig ytterst sällan så fundamentalt samhällsviktig att den måste skyddas mot alla konflikter. Å andra sidan kan en konflikt, som i och för sig ingalunda är riktad mot särskilt viktiga samhällsfunktioner, likväl genom sina yttringar i visst begränsat avseende försvåra eller omöjliggöra verksamhet, som är nödvändig för tillgodoseende av befolkningens säkerhet till liv och hälsa.

Då alltså behovet att undvika eller begränsa en viss konflikt är beroende av omständigheterna i det särskilda fallet, läser någon annan utväg inte finnas än att låta intresseavvägningen, med hänsyn jämväl till samhällsvikten, äga rum i varje konflikt-situation för sig. En återblick på de öppna konflikter, som i gångna tider förekommit i vårt land, visar att man icke med fog kan mot parterna på arbetsmarknaden rikta den anmärkningen att de i sina intressekonflikter brustit i hänsynstagande till i verklig mening samhällsviktiga intressen. Organisationerna å ömse sidor ha tvärtom medvetet sökt undvika att förekommande konflikter trätt dylika intressen för nära. För att emellertid skapa gynnsammare förutsättningar för strävandena i sådan riktning föreslår kommittén en fastare form för prövning av uppkommande frågor om åtgärder i syfte att vid arbetskonflikt undvika ett störande av samhällsviktiga funktioner, därvid kommittén ansett arbetsmarknadsnämnden vara lämpligaste forum för prövningen.

Efter tillkomsten av huvudavtalet sjönk problemen kring skyddet för samhället och tredje man vid öppna konflikter på arbetsmarknaden undan från den allmänna debatten. Vid något enstaka tillfälle fördes en fråga om en hotande konflikts samhällsfarlighet till arbetsmarknadsnämnden. Tre gånger togs initiativ till samhällsinsgripande genom lagstiftning för det enskilda fallet i konflikter på arbetsmarknaden, men vid två av dessa tillfällen återkallades regeringens proposition sedan tvisten kunnat lösas före riksdagens ställningstagande och vid det tredje behövde den lag som utfärdades aldrig tillämpas. Samhällsfarligheten av konfliktåtgärder togs däremot upp i samband med att frågan om de offentligt anställda tjänstemännens arbetsrättsliga ställning flera gånger utreddes. Man diskuterade därvid huruvida enbart den omständigheten att en konflikt berör statlig eller kommunal verksamhet föranleder att den skall betraktas som farlig för samhället.

Genom 1965 års förhandlingsrättsreform infördes emellertid förhandlings- och facklig stridsrätt för de offentligt anställda tjänstemännen. Föredraganden påpekade i regeringens proposition att det offentliga tjänstemannaområdet är särskilt ömtåligt för sådana stridsåtgärder som lockout och strejk. Dels kan

arbetskonflikter inom detta område i särskilt hög grad drabba utomstående, dels kan fackliga aktioner som riktas mot ett fåtal nyckelposter inom den offentliga tjänsten mer eller mindre lamslå hela verksamhetsfält. Statens och kommunernas verksamhet kunde uppenbarligen inte tillåtas bli försatt ur spel. Samhället måste äga medel att värja sig mot konflikter som skulle kunna äventyra rikets säkerhet eller medborgarnas trygghet till liv och egendom, vården av sjuka, omhändertagna och andra behövande eller medföra allvarliga rubbningar i samhällsekonomin eller folkförsörjningen. Principiellt ställer sig, förklarades det vidare, dock frågan om skydd mot samhällsfarliga konflikter lika inom den allmänna och den enskilda verksamheten. Skillnaden i fråga om sårbarhet synes vara mera en gradskillnad än en artskillnad. Mot denna bakgrund kunde man välja i princip samma lösning som för arbetsmarknaden i övrigt. Man träffade också inför reformen, och efter mönster av Saltsjöbadsavtalet, huvudavtal för den statliga resp. den kommunala sektorn.

Dessa avtal, vilkas bestämmelser i hithörande delar lever kvar i senare huvudavtal, innehåller regler om utsträckt fredsplikt när det sätts i fråga att en konflikt är samhällsfarlig. En avtalspart som anser att en konflikt är ägnad att otillbörligt störa viktiga samhällsfunktioner får påkalla förhandling med motparten i syfte att undvika, begränsa eller häva konflikten. Avsikten med en sådan förhandling är att parterna i första hand själva skall söka komma överens om vilka arbetsuppgifter som med hänsyn till utomstående måste utföras och svara för att sådant arbete blir utfört. Om enighet inte kan uppnås kan part hänskjuta till en särskild nämnd, statstjänstenämnden resp. centrala nämnden, att pröva om konflikten är samhällsfarlig. Varlade stridsåtgärder skall uppskjutas i avvaktan på nämndens utlåtande, dock högst två eller efter beslut av nämnden tre veckor. Det finns inte några formella garantier för att nämnden skall kunna fatta beslut, eftersom den är paritetiskt sammansatt med en röst för varje ledamot. Inte heller är parterna rättsligt förpliktade att följa nämndens rekommendationer. Avsikten är att nämnden genom sin auktoritet skall förmå parterna att frivilligt rätta sig efter dess utlåtande. Nämndens befattning med konflikten begränsas till dess samhällsfarlighet, och det förutsätts att medling i tvisten skall äga rum inför förlikningsman eller särskild förlikningskommission.

Lagrådet förde vid sin granskning av regeringens förslag bl.a. ett resonemang om tesen att frågan om samhällsfarlighet ställer sig i princip lika för den enskilda och den offentliga sektorn. I fråga om vissa verksamheter torde detta enligt lagrådet vara riktigt. Såvitt gäller verksamheter som sjukvård och undervisning kan det dock knappast bestridas att arbetsinställelser på sådana områden drabbar samhälleliga intressen på ett mer direkt sätt än konflikter på den enskilda arbetsmarknaden. I fråga om offentlig verksamhet som är oskiljaktig från själva statsbegreppet – det militära försvaret, rätts- och

polisväsen m.m. – är jämförelsen meningslös. Lagrådet satte i fråga en beredskapslag som angav formerna och de allmänna principerna för sådana tvångs-ingripanden på det offentliga tjänstemannaområdet som i undantagsfall kunde bli nödvändiga.

Den lösning som grundades på de träffade huvudavtalen bedömdes emellertid av riksdagen vara att föredra. Erfarenheterna från den enskilda arbetsmarknaden sades inte ge skäl att bedöma riskerna för samhällsfarliga konflikter på det offentliga området sådana att en beredskapslagstiftning behövdes. En sådan kunde för övrigt från vissa synpunkter motverka sitt syfte.

Under tiden efter 1965 års förhandlingsrättsreform har tid efter annan rättsläget för de offentligt anställda tjänstemännen jämkats i syfte att ytterligare närma det till vad som gäller inom den enskilda arbetsmarknadssektorn. Det har skett främst genom en fortgående begränsning och, vid 1976 års arbetsrättsreform, ett avskaffande i princip av det s. k. avtalsförbudet, varigenom vissa frågor kring den offentliga verksamheten undantogs från fackliga förhandlingar och avtal. De gränser för förhandlingsrätten som kvarstår dras numera på annat sätt.

Åren efter förhandlingsrättsreformen 1965 inträffade vid ett par tillfällen öppna konflikter inom den offentliga sektorn vilka väckte debatt kring samhällsskyddet, begreppet skyddsarbete och rätten till neutralitet i arbetskonflikter. Av särskild betydelse från de synpunkter som här är av intresse är emellertid den s.k. SACO-konflikten i början av år 1971. Strejker och lockouter omfattade bl.a. tjänstemän i statlig och kommunal förvaltning, lärare, läkare, tandläkare och officerare i försvaret. Ett antal ärenden om samhällsfarlighet hänsköts till de båda nämnderna. De gällde bl.a. tjänstemän som arbetade med akuta socialvårdsfall hos kommunerna, vissa veterinärer och tjänstemän vid den statliga frökontrollanstalten, tjänstemän med beslutanderätt i utbetalningsärenden och lärarna. Sedan konflikterna hade pågått i mer än en månad ingrep regeringen genom att hos riksdagen begära fullmakt att besluta om förnyad giltighet av tidigare gällande kollektivavtal.

I regeringens proposition erinrade föredraganden om att man vid 1965 års förhandlingsrättsreform hade utgått från att systemet med prövning av frågor om samhällsfarlighet i de särskilda nämnderna inte under alla förhållanden skulle komma att erbjuda de nödvändiga garantierna för tredje man. De nu gjorda erfarenheterna visade också att prövningen i nämnderna hade vissa begränsningar. Det förutsattes år 1965 att statsmakterna skulle kunna ingripa i det enskilda fallet för att skydda vitala samhällsintressen. Allvarliga verkningar av de pågående konflikterna började visa sig. Sysselsättningen inom industrin hotades, som en följd bl.a. av störningar i transportväsendet, bo-

stadsproduktionen och annan byggnadsverksamhet stördes allt mer, svårigheterna att upprätthålla nödvändig verksamhet i samhällets social-, barna- och nykterhetsvård växte, inom utbildningsväsendet berördes 700.000 elever av konflikten. Flera andra exempel anfördes.

Det påpekades att verkningarna av konflikter som drabbar tredje man med särskild kraft träffar dem som även i andra sammanhang är mest utsatta. Tidpunkten var kommen för regering och riksdag att gripa in med lagstiftning för att hindra ytterligare skadeverkningar för tredje man.

Konflikten år 1971 föranledde förnyad debatt kring det system för behandling av samhällsfarliga konflikter som hade etablerats på den svenska arbetsmarknaden. Man riktade kritik mot de båda nämndernas sammansättning och funktionsmöjligheter och väckte ånyo frågan om beredskapslagstiftning. En annan följd av konflikten blev att det år 1973 träffades ett nytt huvudavtal för det statliga tjänstemannaområdet.

Reglerna om statstjänstenämnden behölls i huvudsak som förr. Parterna sade sig emellertid med hänsyn till vunna erfarenheter ha övervägt att från arbetskonflikter i princip undanta vissa områden och funktioner, för att därmed skydda vissa viktiga samhällsfunktioner. De hade emellertid inte ansett sig kunna precisera vilka konflikter som med hänsyn till sina verkningar för samhället eller enskilda inte borde få förekomma. Det finns dock, förklarade parterna, områden och funktioner inom vilka rätten till stridsåtgärder bör användas med särskild försiktighet. Rikets säkerhet, upprätthållandet av lag och ordning, vården av sjuka, omhändertagna och andra behövande samt utbetalningar som behövs för enskildas ekonomiska trygghet utgjorde exempel. Vidare förklarade sig parterna vara ense om att undvika stridsåtgärder som kan befaras medföra allvarliga rubbningar av samhällsekonomin och folkförsörjningen. Man skulle undvika stridsåtgärder som skulle framstå som stötande av humanitära skäl, t.ex. vid skolor för handikappade. Detsamma sades gälla inom det kyrkliga området. Dessa uttalanden skulle enligt parternas avsikt ligga till grund för tolkningen av uttrycket samhällsfarlig konflikt i avtalet. Avtalet innehöll slutligen också ett undantagande från stridsrätt av omkring 8.000 tjänster – tjänstemän som på grund av sin ställning i organisationerna eller sina arbetsuppgifter kunde anses på ett särskilt sätt företräda arbetsgivaren eller som annars av särskilda skäl borde vara undantagna från stridsåtgärder. I ett nytt huvudavtal av 1978 har denna s.k. frikrets vidgats ytterligare.

Under förarbetena till 1976 års omfattande arbetsrättsreform behandlades ånyo frågorna om det statliga förlikningsväsendet och förlikningsmännens befogenheter, rätten till konfliktåtgärder inom den offentliga arbetsmarknadssektorn och behandlingen i övrigt av samhällsfarliga arbetskonflikter. Den komité som förberedde reformen fann emellertid inte skäl till några nya ställningstaganden och någon opinion av betydelse i annan riktning gjorde sig

inte hörd under den fortsatta behandlingen av lagstiftningsärendet. Regering och riksdag yppade samma mening som den vilken kommittén i enighet hade gett tillkänna.

Av största betydelse för den debatt som på senare tid har förts i Sverige inom det ämnesområde, som här behandlas, är däremot de erfarenheter som gjordes under 1980 års storkonflikt på arbetsmarknaden. Utrymmet tillåter inte någon närmare redogörelse för händelseförloppet eller för alla de skilda inslag i detta som är av intresse i detta sammanhang. Det skall bara konstateras att avtalsrörelsen inom både den enskilda och den offentliga sektorn fick ett långdraget och synnerligen komplicerat förlopp, med en gradvis skärpning av situationen och med ett svåröverskådligt mönster av varsel och partiella stridsåtgärder jämte uppskov med varslade åtgärder under det medlingsförfarande med två av regeringen tillsatta förlikningskommissioner som inleddes i ett ganska sent skede av förloppet. Till bilden hörde den svåra samhällsekonomiska situationen och de kopplingar som gjordes mellan löneförhandlingarna och regeringens ekonomiska politik. Händelseförloppet utmynnade i en storkonflikt under en dryg vecka i början av maj 1980 då inom SAF-LO-området 750.000 arbetare var lockoutade och 100.000 strejkade. Inom den offentliga sektorn omfattade olika stridsåtgärder omkring 14.000 arbetstagare. Arbetsinställelserna berörde verksamheter som flygtrafiken, tullen, sjukvården, televerket för att stänga radio och TV och tunnelbanan i Stockholm. Hänvänder gjordes både till arbetsmarknadsnämnden och de båda andra nämnderna.

4. Några synpunkter

Den stora arbetsmarknadskonflikten 1980 föranledde i Sverige, som man hade anledning att vänta sig och liksom tidigare konflikter av någon betydelse, en debatt kring den tillämpade ordningen för löneförhandlingarna och gällande rättsregler på området, mest intensiv när stridsdammet ännu knappt hunnit skingras men återkommande och ännu inte avstannad, synnerligast som konflikt har brutit ut eller hotat även i senare avtalsrörelser. En fråga som ofta ställdes var om storkonflikten 1980 utgjorde sammanbrottet för «den svenska modellen».

I någon mån har meningsutbytet kommit att beröra själva grundvalarna för den gällande ordningen på arbetsmarknaden och i synnerhet den offentliga sektorn.¹¹ Som ett inslag i den samhällsekonomiska debatten har efterlysts en

¹¹ Se bl.a. tidskriften *Lag & Avtal* nr. 8 och 9 för 1983 med deltagande av Håkan Göransson, Agne Gustafsson och Gustaf Petrén jämte hänvisn.

stramare inkomstpolitik av regeringen, framför allt vad gäller den offentliga sektorn, med större beredskap att ingripa i avtalsrörelserna när det behövs för politikens fullföljande. Några deltagare i debatten har gjort gällande att strejk och lockout som konfliktlösningsmetoder stammar från en gången tid och saknar plats i vårt moderna, tekniskt komplicerade och sårbara samhälle. Man har menat att riskerna för konflikt är särskilt stora inom den offentliga sektorn, med dess särskilda betydelse för de enskilda medborgarnas väl och ve, och att lockout som försvarsvapen för arbetsgivaren där är en orimlighet. Det har begärts lagstiftning, varigenom särskilt viktiga områden helt undantas från arbetskonflikter, och en ytterligare vidgning genom lag av frikretsen. Från det motsatta läget i denna debatt har invänts bl.a. att kritikerna inte förstår sambanden mellan en fri förhandlingsrätt och rätten att tillgripa facklig strid och att de inte har förmått visa på ett alternativ som kan godtas i ett fritt och demokratiskt samhälle.

En juridiskt betonad aspekt som också har förts fram i debatten är att de offentligt anställdas strejkrätt, som numera ytterst har sitt stöd i grundlag genom 2 kap. 17 § regeringsformen, står i ett motsättningsförhållande till åtskilliga likaledes av grundlagen skyddade medborgerliga fri- och rättigheter och för den delen till förpliktelser som enligt annan lag åvilar de offentliga myndigheterna. Som exempel har angetts hur samhällets grundlagsenliga skyldighet att trygga informationsfriheten fick stå tillbaka för konfliktsträtten, när personal hos televerket strejkade och TV:s utsändningar därmed fick praktiskt taget inställas. En arbetskonflikt bland sjukvårdspersonal kan inte förenas, har det sagts, med samhällets ytterst på grundlagen och på sjuk- och hälsovårdslagstiftningen vilande skyldighet att bereda sjuka vård. Slutsatsen har blivit att de grupper av offentligt anställda som behövs för att myndigheternas förpliktelser enligt grundlagen skall bli fullgjorda måste avstå från sin stridsrätt, kanske mot ekonomisk kompensation.¹²

Annan kritik har, utan ifrågasättande av gällande rätts huvudlinjer, tagit sikte på uppmärksammade verkningar av konflikterna inom särskilda områden, t.ex. flygtrafiken, tullväsendet, televerket och TV, sjukvården och drivmedelsförsörjningen, och med den utgångspunkten riktat in sig på rättsliga och andra aspekter på konflikternas genomförande. Det har gjorts gällande bl.a. att stridande parter inte har tagit sitt ansvar utan utfärdat alltför vidsträckt och «klart samhällsfarliga» varsel och litat till möjligheterna att i efterhand bevilja

12 Yttrandefrihetsutredningen har i betänkandet SOU 1983:70 Värna yttrandefriheten s. 98 ff. behandlat skyddet för nyhetsförmedling och opinionsbildning under arbetskonflikt men inte föreslagit lagstiftning.

dispenser, att behandlingen av frågor om samhällsfarlighet i de särskilda nämnderna har varit otillfredsställande och att nämnderna till följd av sin sammansättning har saknat förmåga att fatta beslut. Naturligt nog har meningarna i hög grad varit delade såväl om vad som faktiskt har hänt och hur det skall värderas som om slutsatserna i fråga om det gällande regelsystemets tillräcklighet när samhällets och enskilda utomståendes intressen hotas.

Till de förslag som har lagts fram hör en förlängning utöver den nuvarande veckan av den i lag föreskrivna varseltiden (se 45 § medbestämmandelagen), förändrade regler om arbetsmarknadsnämnden och de båda andra nämnderna, kanske främst i fråga om deras sammansättning men också i syfte att förbättra deras möjligheter att bedöma verkningarna av konflikter i ett mer allmänt samhällsligt perspektiv. Redan när ingripandet gjordes i 1971 års SACO-konflikt påpekades i regeringens proposition att systemet med nämnder hade sina begränsningar, bl.a. så att dit hänskjutna frågor inte kunde avgöras med bindande verkan och att nämnderna inte hade möjlighet att ta tillräckliga hänsyn till den samlade verkan av flera samtidigt pågående stridsåtgärder eller till stridsåtgärders verkningar i ett längre tidsperspektiv.

Sammansättningen av nämnderna har föreslagits bli ändrad genom att de får en opartisk ordförande eller en representation för samhället genom ett inslag av parlamentariker. Man har också ånyo väckt frågorna om vidgade befogenheter för förlikningsmännen och om beredskapslagstiftning för att förbättra samhällets möjligheter till ingripande, när konflikter hotar väsentliga medborgarintressen.

Från fackligt håll har man försvarat den nuvarande ordningen, utan att för den skull hävda annat än att vissa åtgärder och beslut framstår som olyckliga när man har samlat erfarenheterna och betraktar skeendet i efterhand. Storkonflikten har dock gett upphov till ett ifrågasättande även från fackligt håll av den rådande ordningen. Den har enligt facklig uppfattning visat vilken tyngd lockoutvapnet har i starka arbetsgivarorganisationers händer. Det har satts i fråga att man i Sverige, liksom för övrigt i de andra nordiska länderna, håller fast vid en rättslig likställighet mellan strejk och lockout som bygger på ett i grunden oriktigt symmetri – och rättvisetänkande och även eljest på oriktiga grunder.¹³ I storkonfliktens spår förs i övrigt en diskussion om stridsmedlens effektivitet och verkningar och huruvida i realiteten den ena sidan står starkare än den andra när det utbryter en öppen konflikt. Hur skall man t.ex. se på

¹³ Se t.ex. SOU 1982:60 MBL i utveckling s. 179 ff. Jfr. von Otter, Samhällsfarliga konflikter, samhällsansvar och samhälls-ingripanden – synpunkter mot bakgrund av storkonflikten 1980, Broström a.a., s. 184 ff.

sådana s.k. mjuka stridsåtgärder i form av blockad mot övertidsarbete och nyanställningar som numera har blivit vanliga i ett konfliktförlopps inledningskede? Vilken betydelse för konflikträtten i stort och regelsystemet i detalj har över huvud möjligheterna att nå vittgående effekt till obetydlig egen insats med konfliktåtgärder som inriktas på s.k. nyckelbefattningar och särskilt känsliga områden i övrigt?

Redan dessa korta anteckningar om den debatt som på senare tid har förts i Sverige om konflikträtten, och inom ramen därav om verkningarna för samhälle och tredje man av öppna konflikter på arbetsmarknaden, torde bekräfta riktigheten av de reflektioner om 1972 års debattämne som jag inledningsvis erinrade om. Ämnesområdet är sådant att juristers synpunkter inte är de enda eller ens på långt när de viktigaste. Det är så vidsträckt att det i ett sammanhang som detta inte tillåter mer än några valda infallsvinklar och synpunkter.

Utan att i och för sig vilja begränsa meningsutbytet vid juristmötet lämnar jag därhän den mest vittsyftande diskussionen om arbetsstridens plats i det moderna samhället, om de grundläggande utgångspunkterna för en sådan diskussion och om alternativen eller bristen på alternativ. Utgångspunkten är den av Schmidt angivna och för de nordiska ländernas arbetsmarknader gemensamma: löner och andra arbetsvillkor bestäms så långt möjligt i fria förhandlingar mellan organiserade parter på arbetsmarknaden och dessa har på ömse sidor stridsmedel till sitt förfogande.

Med dessa utgångspunkter skulle jag vilja låta följande anmärkningar vara mitt förslag till utgångspunkter för debatten.

4.1. Problemets innebörd

Ser man till den nu tillämpade ordningen på den svenska arbetsmarknaden, och måhända kan i princip detsamma sägas om de andra nordiska länderna, kan det bara med tvekan påstås att samhällsfarliga arbetskonflikter är en avgränsad och gripbar kategori i den meningen, att beteckningen har ett visst bestämbarhetsrättsligt innehåll och att konflikter som motsvarar definitionen är i samhällsskyddets intresse underkastade något slags kontroll i enlighet med ett rättsligt normsystem. De rättsregler som direkt anknyter till begreppet har i alla händelser i jämförelse med helheten en begränsad betydelse.

När begreppet samhällsfarlighet diskuterades i Sverige under 1930-talets utrednings- och förhandlingsarbete, mot bakgrunden av den tidens arbetsfredsproblem och konfliktmönster, kan måhända saken åtminstone delvis ha tätt sig annorlunda. Arbetsstriden var då en ekonomisk kraftmätning i egentlig mening och det kan ha varit naturligt att med termen samhällsfarlighet

beteckna de icke direkt äsyftade verkningarna av en konflikt på nödvändiga och omedelbart samhällsviktiga funktioner.

Bilden är en annan nu. Den svenska arbetsmarknadens enskilda och offentliga sektorer är i avseenden som här berörs rättsligt sett i huvudsak likställda. Likväl är den ekonomiska stridens innebörd inte densamma över hela arbetsmarknaden, utan att det av den iakttagelsen följer att anspråken på stridsrätt har ett mindre berättigande inom den ena sektorn än i den andra. Samhällsförändringarna i stort och den tekniska utvecklingen har ökat sårbarheten och minskat toleransen för avbrott i många verksamheter. Centraliseringen av organisations- och förhandlingsväsendet har mer än förr gjort samhället och samhällsekonomin beroende av avtalsrörelsernas förlopp och resultat. Utomståendes intressen tillvaratas även inom ramen för regler som av tradition hänförs till andra kategorier än skyddet mot samhällsfarlighet, t.ex. reglerna om skyddsarbete och om neutralitet i arbetskonflikter.

Samhällsfarligheten har i väsentlig mån blivit en aspekt bland andra, låt vara att det som en kärna finns kvar föreställningen att man har att skydda vissa elementärt viktiga funktioner i samhället. Man tänker på vad lagrådet uttalade om verksamhet som är oskiljaktig från själva statsbegreppet men också på t.ex. sjuk- och hälsovård, livsmedelsförsörjning, distribution av elektrisk kraft och drivmedel m.m., oavsett om verksamheten bedrivs inom den enskilda eller den offentliga sektorn. Frågan gäller annars ytterst var gränsen går mellan sådana verkningar av vidtagna stridsåtgärder som höjer deras effektivitet såsom påtryckning gentemot motparten, direkt och indirekt genom tryck även mot tredje man, och sådana som överskrider gränsen för vad som kan tålas och föranleder ett ingripande från statsmaktens sida. Den gränsen dras inte på grundval av en rättslig bedömning. Den är föremålet för ett politiskt avgörande.¹⁴

4.2. Behöver ändringar göras?

En amerikansk kännare av nordisk arbetsrätt har i en uppsats nyligen gjort

¹⁴ Däremot kan som bekant på det internationella planet, inom ramen för tillsynen över enskilda länders fullgörande av konventionsförpliktelser, politiska ingripanden i konflikter på arbetsmarknaden bli att betrakta som rättsfrågor. Se översikten beträffande tillämpningen av bl.a. vissa ILO-konventioner och den europeiska sociala stadgan i Evju, a.a. s. 31 ff, 52 ff. En omedelbart närliggande fråga av aktuellt intresse är vilket utrymme som ILO-konventionerna om förenings- och förhandlingsfrihet (nr. 87, 98 och 154) ger åt regeringsinflytande över fria löneförhandlingar genom andra åtgärder än direkta ingripanden för att avvärja arbetsstrid, jfr. Pankert, Government influence on wage bargaining: The limits set by international labour standards, International Labour Review, Vol. 122, No. 5, Sept.–Oct. 1983, s. 579 ff.

några reflektioner om de lärdomar som kan dras av rättsjämförande studier i arbetsrätt.¹⁵ Enligt hans åsikt är ett av de viktigaste ändamålen med sådana studier att skaffa sig nya perspektiv för bättre förståelse av den egna arbetsrättsliga omgivningen, inte att finna nya lösningar på ytligt sett samma problem eller att överföra regler från ett regelsystem till ett annat.

Synsättet förefaller riktigt. Problemet samhällsfarliga arbetskonflikter måste i Sverige behandlas med beaktande av de förutsättningar i historiska, politiska, ekonomiska och institutionella förhållanden som betingar vårt arbetsrättsliga system och detsamma gäller för de andra nordiska länderna.¹⁶ Även om man begränsar sig till de rättsliga aspekterna ter sig problemet samhällsfarlighet och de tillgängliga lösningarna på olika sätt. Man kan inte hävda att den ena lösningen generellt sett är bättre än den andra. I Sverige hör till de viktigaste utgångspunkterna den i internationell jämförelse stora enhetlighet och styrka som kännetecknar organisationsväsendet på arbetsmarknaden, och som för övrigt understöds av åtskilliga rättsregler vilka har till verkan, om än inte till sitt direkta syfte, att motverka organisationssplittring. En annan viktig utgångspunkt är den långtgående rättslikheten mellan arbetsmarknadens olika sektorer och därmed den vidsträckt rätt att vidta stridsåtgärder som råder även inom den offentliga sektorn. Uppenbarligen är utgångspunkterna andra t.ex. när organisationssplittring och decentraliserat förhandlande spelar en annan roll, liksom när de offentligt anställda tjänstemännens rättsliga ställning i grunden är en annan.

Men kan alltså ha glädje av rättsjämförelse inte minst för studier av det egna arbetsrättsliga systemet. Men omplantering av regler och rättsliga lösningar från en miljö till en annan måste göras med försiktighet, kanske i synnerhet på det arbetsrättsliga fältet. Det är t.ex. tydligt att reglerna om medlemsomröstning i fråga om medlingsförslag och om s.k. koppling fyller sina givna funktioner i dansk och norsk rätt men att man, som Schmidt också påpekade, måste ställa sig tveksam till deras ändamålsenlighet under andra betingelser. Jag vill för min del sätta i fråga om inte detsamma gäller om tanken att efter mönster av dansk och norsk rätt utrusta den svenske förlikningsmannen med vidgade befogenheter gentemot parterna, närmare bestämt att *föreskriva upp-*

15 Clyde W. Summers, *Comparisons in Labour Law: Sweden and The United States*, Svensk Juristtidning 1983 s. 589 ff.

16 Se den översikt som har gjorts i Elvander, *Staten och organisationerna på arbetsmarknaden i de nordiska länderna. En komparativ översikt*, i Brantgärde m.fl., *Konfliktlösning på arbetsmarknaden*, Lund 1974, s. 57 ff., med rikliga hänvisningar till litteratur.

skov under viss tid med varslade stridsåtgärder. Att det från alla synpunkter är önskvärt att medling kan bedrivas utan att störas av pågående arbetsstrid är visserligen oomtvistligt och vedertaget även i svenskt förhandlingsväsende. Men man riskerar måhända att rubba mer än man omedelbart inser, om man på det antydda sättet griper in även i de rättsregler som nu gäller för medlingsförfarandet.

Det sagda innebär kanske ändå inte att man skall avstå från att låta erfarenheter, som gjorts inom ramen för andra rättssystem, utgöra argument i den egna rättspolitiska diskussionen. Det vill t.ex. förefalla som om i stora drag samma erfarenheter har gjorts på många håll av för- och nackdelarna med bruket av *obligatorisk skiljedom*. Till de senare hör återverkningarna i stort på det fria förhandlings- och avtalssystemet och på förhandlande parter benägenhet och förmåga att själva nå fram till lösningar, riskerna för sakligt sämre resultat till följd av att den som skall fälla skiljeavgörandet enbart har andrahandskunskaper rörande förhandlingsfrågorna och de faktiska förhållandena som lösningarna skall tillämpas på, svårigheter i tillämpningen på grund av att parterna inte känner samma lojalitet inför en föreskriven lösning som inför ett i fria förhandlingar tillkommet avtal.

På liknande sätt synes argumenten i frågan om ändamålsenligheten av en *permanent beredskapslagstiftning* vara i stort desamma från det ena landet till det andra. Ett på förhand bestämt förfarande medger högre beredskap och snabbare och säkrare ingripanden i kritiska lägen. Det har måhända också den av Schmidt påpekade fördelen att i vissa lägen lättare kunna godtas av de arbetsmarknadsparter som blir föremål för samhällsingripandet. Å andra sidan invänds att en stående lagstiftning, t.ex. ett på förhand bestämt skiljeförfarande, medför risker för «missbruk» i den meningen att det anlitas mer än som behövdes och att det avlyfter de förhandlande parterna ansvaret för att förhandlingarna skall leda till resultat utan samhällsingripande.¹⁷ Kanske är dock inte alltid problemet i första hand huruvida för- eller nackdelarna med en stående lagstiftning, t.ex. om tvungen skiljedom, överväger utan mer huruvida förhållandena på arbetsmarknaden är sådana att man kan avstå.

För svensk rätts del torde i alla händelser när detta skrivs frågan om lagstiftning inom ämnesområdet inte befinna sig i något annat läge än när den senast mer ingående övervägdes. Så länge man kan lita till principen om frihet

¹⁷ Jfr. Jacobsen, 2 uppl. av tidigare a.a., s. 252 f. I Finland har rätt nyligen lagts fram förslag om obligatorisk skiljedom i en särskilt inrättad arbetsvistnämnd när arbetsstrid inleds av s.k. smågrupper och när striden har ändamål som väsentligt skiljer sig från de allmänna linjerna på arbetsmarknaden.

under ansvar för arbetsmarknadens parter är enligt praktiskt taget allmän uppfattning så mycket att vinna därmed, att någon ändring inte bör komma i fråga. I vad mån man överväger ändringar i de andra nordiska länderna kommer kanske diskussionen vid juristmötet att ge upplysning om.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Raimo Lahti

Bestickning och andra
otillbörliga förmåner

Innehåll

	Side
Korruption och bestickning	379
Korruption och ekonomisk brottslighet. Om bakgrunds- faktorer till och utbredningen av korruption	380
Exempel på uttrycksformer för korruption i Finland	382
Om de intressen som skall skyddas av korruptionsstadgandena och om betydelsen av intresseavvägning	384
Om medlen att bekämpa korruption. Om förhindrande av korruption och med den nära besläktade fenomen	386
Vilka former av korruption borde bestraffas och hur strängt borde de bestraffas? Grundfrågor	388
Bör korruptionen inom den offentliga sektorn ges en annan ställning än inom den privata sektorn?	391
Om differentieringen av de olika korruptions- formerna samt en gränsdragning mellan straffbart och straffritt beteende. När är en förmån otillbörlig?	393
Vissa frågor om sanktionerna för korruptionsbrott	398
Om vissa utvidgningar av tillämpningsområdet för stadgandena om mutbrott	399

Bestickning och andra otillbörliga förmåner

Av professor jur. dr. RAIMO LAHTI, Finland

Korruption och bestickning

Begreppet korruption används i många bemärkelser. Någon klart avgränsad betydelse för begreppet har inte stadgat sig i den internationella eller nordiska debatten. Vanligtvis menas med korruption bestickning eller bestickningssystem. Bestickning igen är ett medel att obehörigen påverka besluts- och handlingsprocesser i samhället.¹

Det rättsligt sanktionerade området för korruption varierar från rättssystem till rättssystem. När man betraktar de straffrättsliga normer, som gäller i Norden, kan man konstatera, att man har uppställt särskilda rekvisit för aktiv korruption – typiskt gärningssätt givande av muta – och för passiv korruption – karakteristiskt tagande av muta. Såsom gemensam benämning för dem torde besticknings- eller mutbrott vara lämpligt.² I allmänhet har man stadgat på olika sätt om korruption som berör den offentliga och den privata sektorn, alltså myndighets- och näringsverksamheten. Även mellan dessa länder finns det skillnader i stadgandenas enskildheter.

Till skillnad från de övriga nordiska länderna har korruptionsstadgandena i Sverige sammanslagits (Brottsbalken, BrB, 17 kap. 7 § och 20 kap. 2 §). Enligt dessa år 1977 reformerade stadganden kan alla arbetstagare som är i annans tjänst, oavsett om de är anställda i offentlig eller privat tjänst och oberoende av tjänsteställning, vara objekt för aktiv korruption och gärningsmän vid passiv korruption. Även i andra hänseenden är dessa bestickningsstadganden mer omfattande än motsvarande regler i Danmark och Norge.³

Rekvisiten för aktiv och passiv korruption är så långt som möjligt varandras spegelbilder i Finland och Sverige. Detta förenhetligande av stadgandena förverkligades i Finland år 1946 (se den finska strafflagen, SL, 16 kap. 13 §

1 Se Thorsten Cars, *Mutor och bestickning*, Stockholm 1983, s. 12 f.

2 Jfr. med den svenska terminologin, Cars a.a. s. 13 f.

3 Om den svenska lagändringen och de reviderade stadgandena se särskilt Betänkande av mutansvarskommittén (SOU 1974:37), NJA 1977 II s. 124 ff., Nils Beckman m.fl., *Kommentar till Brottsbalken II*, Stockholm 1982, s. 286 ff. och 399 ff. samt Cars a.a.

och 40 kap. 1 §)⁴; på motsvarande sätt hade man förfarit i Sverige redan 1941. I Danmark och Norge täcker rekvisiten som definierar aktiv korruption ett mindre område än motsvarande regler om passiv korruption (se Danmarks SL 122 § jfr. med 144 § samt Norges SL 112 – 114 § jfr. med 128 §).

Om korruption inom den privata sektorn har det i Finland och Norge stadgats i lagar som reglerar näringsverksamheten: i Finland enbart i lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet (5 och 10 §) och i Norge ifråga om aktiv korruption i lov om kontroll med markedsføring (6 och 17 §); ett motsvarande straffstadgande om passiv korruption ingår i SL 405b §. I Danmark har korruption inom den privata sektorn kriminaliserats i strafflagen (299 § 2 pkt.), och detta stadgande gäller inte enbart näringsverksamhet.

Den uppdelning som framgår av huvudrubriken «bestickning och andra otillbörliga förmåner» ger anledning att i det följande fästa speciell uppmärksamhet vid differentieringen av de olika formerna för korruption samt gränsdragningen mellan straffbart och straffritt beteende.

Den följande framställningen är rättspolitiskt betonad. Innehållet i den gällande rätten samt reformplanerna utreds närmast ur finländsk synvinkel.⁵

Korruption och ekonomisk brottslighet. Om bakgrundsfaktorerna till och utbredningen av korruption

I den internationella debatten har man fäst uppmärksamhet vid kopplingarna mellan missbruk av den ekonomiska och den offentliga makten.⁶ Dessa former för missbruk kombineras i en förverkligad korruption, när mutaren är en person som idkar ekonomisk verksamhet och den mutade en person som

4 Om gällande finska stadganden se särskilt Paavo Kekomäki, *Virkamiehen lahjomisesta*. Lakimies 1950, s. 327 ff., Brynolf Honkasalo, *Suomen rikosoikeus*. Eriytyinen osa III. Helsinki 1962, s. 117 ff. och 243 ff., Pekka Viljanen, *Näkökohtia lahjomisesta*. Oikeustiede-Jurisprudentia 1977:2, s. 161 ff. (Summary, s. 227 ff.), Henrik Grönqvist, *Några ord om mutbrott*. FJFT 1/1984 samt samlingsverket *Lahjomat*. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisuja 41/1984.

5 När jag i det följande anför rättspolitiska synpunkter på korruption, särskiljer jag inte konsekvent mellan å ena sidan termerna offentlig sektor, myndighetsutövning och utövande av offentlig makt samt å andra sidan termerna den privata sektorn, näringsverksamhet och utövande av ekonomisk makt.

6 Se särskilt *Crime and the abuse of power: offences and offenders beyond the reach of the law*. Working paper for the Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders. A/Conf. 87/6, 1980.

utövar offentlig makt. En arbetsgrupp som i Finland har utrett den ekonomiska kriminaliteten ansåg att dylika bestickningsbrott var ekonomiska brott riktade mot den offentliga makten.⁷ Debatten om brottsligheten i allmänhet inom näringslivet har fått fart av de stora mutskandalerna som avslöjats i olika länder, och i vilka ansedda affärsföretag – bland dem multinationella – har varit inblandade.⁸

Vid den sjätte kriminalpolitiska världskongressen, som arrangerades 1980 på försorg av Förenta Nationerna, var man allvarligt orolig över korruptionens utbredning och dess skadeverkningar och man förutsatte att kampen mot korruptionen skulle göras mångsidigare och effektivare.⁹ Korruption är inte ett problem som endast berör utvecklingsländerna samt Förenta Staterna och Italien – av de västliga länderna har korruptionen varit traditionellt mest utbredd i de sistnämnda länderna speciellt på grund av den omfattande organiserade brottslighet som förekommer där. I offentligheten har det varit tal om nyligen avslöjade betydande korruptionsfall eller om åtgärder, som har vidtagits för att bekämpa korruptionen i bl.a. Japan, Sovjetunionen, Tyska förbundsrepubliken samt Österrike.¹⁰

Orsakerna till att speciellt den aktiva korruptionen har ökat skall tydligen sökas i samma faktorer som förklarar den ekonomiska brottsligheten och dess ökning i allmänhet. Vad närmast gäller bakgrundsfaktorerna till den passiva korruptionen (eller till fenomen som står nära den) är det skäl att fästa uppmärksamhet vid vissa utvecklingstendenser, som är typiska speciellt för de nordiska länderna.¹¹

7 Jukka Pasanen m.fl., *Taloudellisen rikollisuuden selvittelytyöryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu (OLJ) 6/1983*, s. 33.

8 Se Klaus Tiedemann, *Combating economic crime in West Germany – with special regard to organized forms of economic criminality*, I: *Ekonomisk brottslighet. BRÅ-rapport 1979:1*, s. 19 ff.

9 Se Sixth United Nations Congress on the Prevention of Crime and The Treatment of Offenders. A/Conf. 87/14/Rev. 1, New York 1981, s. 10 f. (Resolution 7), 28 och 67 ff. samt den förberedande rapporten A/Conf. 87/6.

10 Angående nya sammanfattande framställningar om korruption, se särskilt *Korruption und Kontrolle*. Christian Brünner (Hg.). Böhlau, Wien 1981 och *Korruption. Kriminalsoziologische Bibliografie 34/1982*.

11 Med anledning av det som förklaras i det följande, se t.ex. Johannes Andenaes, *Social and Economic Offences: Theoretical Issues and Practical Considerations*. UNA-FEI, Report 1977 and Resource material series, No. 15. Tokyo 1978, s. 177 ff. samt Regeringens proposition (Reg.prop.) nr. 207/1983 riksdag (rd.) till lag om ändring av 16 kap. 13 § och 40 kap. 1 § i den finska strafflagen, s. 2 f.

Särskilt om korruption i kommuner ur en kriminologisk synsvinkel, se Marit Joutsen, *The Potential for corruption*. Research Institute of Legal Policy, 6/1975, s. 20 ff.

I de nordiska länderna har det förelegat en stark tradition som har främjat den moraliska integriteten hos myndighetsutövningen och upprätthållandet av en hög ämbetsmannamoral. I samhällseliga undantagsförhållanden, närmast under krigs- eller efterkrigstider, har denna moral försvagats och lett till en ökning av mutbrotten. Under de senaste årtiondena har förändringarna i samhället, tjänsteverksamheten och tjänstemannakåren påverkat de förväntningar man har ställt på tjänstemännens beteende.

Den offentliga maktens uppgifter har utvidgats och blivit mångsidigare. Staten har numera viktiga uppgifter i dirigeringen av näringslivet. Den offentliga konsumtionen och de offentliga institutionernas inköp har fått en allt centralare roll inom nationalekonomin. På detta sätt accentueras inom den offentliga maktutövningen relationerna mellan den offentliga förvaltningen (staten) och näringslivet.

Det ökade umgänget mellan representanter för affärsföretag och tjänstemän har varit ägnat att i den offentliga förvaltningen föra in sådana verksamhetsprinciper och tillvägagångssätt, som är karakteristiska för näringslivet självt. Ökningen av den offentliga maktens uppgifter har medfört en kraftig ökning av tjänstemannakåren. Därvid har till tjänstemän i högre grad än tidigare rekryterats sådana personer, som har saknat tidigare tjänstemannakarriär eller utbildning – bland dem ett stort antal sådana, som är bundna till politiska partier och delvis utnämnda på politiska grunder.

Exempel på uttrycksformer för korrupcion i Finland

På basen av de fall, som avslöjades i slutet av förra årtiondet och i början på 1980-talet, och även i övrigt, verkar det som om bestickning och andra otillbörliga förmåner under de senaste åren hade varit aktuellast av de nordiska länderna just i Finland.¹²

Av de fall som från slutet av 1970-talet har kommit till domstolsbehandling kan man först utskilja sådana fall, där det har varit fråga om ekonomiskt avsevärda förmåner: presenter, nöjesresor, rabatter och t.o.m. penninggåvor. Dyliga förmåner har givits av vissa företag inom den elektroniska branschen samt av byggnadsföretag, och mottagare av förmånerna har varit myndigheter

12 Cars, a.a. (not 1), presenterar viktigare rättsfall beträffande tillämpningen av de svenska mut- och bestickningsbestämmelserna. Om motsvarande dansk rättspraxis se Vagn Greve m.fl., Kommenteret straffelov. Speciel del. Jurist- og økonomforbundets forlag 1983, s. 51 f. och 88 ff. med hänvisningar, samt UfR 1983, s. 990 ff.

inom skatte- och byggnadsövervakningen samt de tjänstemän som sköter om apparaturanskaffningar.

Speciellt stor uppmärksamhet väckte ett mål, i vilket skattebedrägeri utgjorde det huvudsakliga ekonomiska brottet: I företaget S. Ab, som verkade inom den elektroniska branschen, hade man idkat försäljning utom bokföringen för ett värde av ca. 10–15 miljoner finska mark och underlåtit att ta upp denna skattepliktiga näringsinkomst i företagets skattedeklaration. Företagets verkställande direktör dömdes bl.a. för fortsatt givande av muta till tjänsteman, därför att han hade givit eller erbjudit tjänstemän inom skatteförvaltningen – både lokala skattetjänstemän och personer, som hörde till den högsta ledningen för skattestyrelsen – otillbörliga förmåner åtminstone enligt följande: 10 nöjesresor, 2 stereoanläggningar och 5 restaurangbjudningar. Vidare hade verkställande direktören åt medlemmarna i ministerutskottet för statsbolagen samt till kanslichefen för handels- och industriministeriet skänkt stereoanläggningar vid samma tid som dessa behandlade grundandet av en ny fabrik, som S. Ab hade tagit initiativet till. Förmånstagarnas förfarande behandlades i skilda rättegångar eller, för ministrarnas del, i riksdagens grundlagsutskott. De rättsfrågor som aktualiserades i målet behandlades i tre prejudikatutslag: HD 1980 II 73 samt 1981 II 14–15.¹³

Om förmåner som sammanlagt stiger till ett värde av flera hundratusen mark, bl.a. penninggåvor, är det fråga i ett mål som anhängiggjordes i underrätten 1983, där de ledande personerna för ett multinationellt elektronikföretag S. AG:s finska dotterbolag åtalas för bestickning av funktionärer som har ombesörjt anskaffningen av dyr apparatur för Helsingfors metro, post- och telegrafstyrelsen samt statens järnvägar. Även förfarandet hos dem som har emottagit förmåner är föremål för rättegång. Detta fall har ansetts vara en analogi till och t.o.m. ha ett direkt samband med vissa motsvarande korruptionsfall i Österrike.¹⁴

Arbetsgruppen för utredning av den ekonomiska kriminaliteten samlade in uppgifter om de fall av givande och fordrande av muta, som polisen hade undersökt under tiden 1.1.1979 – 30.9.1982. Sammanlagt fanns det 41 dylika mål, av vilka det i två fall var fråga om mutor till ett värde överstigande 100 000 mark.¹⁵

Följande fall visar, att man får en ensidig bild av korruptionens betydelse som en del av den ekonomiska kriminaliteten, om man fäster uppmärksamhe-

13 Se även Grundlagsutskottets betänkanden nr. 71/1978 rd. och nr. 4/1980 rd.

14 Om sistnämnda fall se i not 10 a.a.

15 OLJ 6/1983 (not 7), s. 116 ff.

ten endast vid mutans värde: En skeppsproviantör gjorde sig skyldig till tull- och skattebrott, och åsamkade staten skador till ett sammanlagt värde om ca. 10 miljoner mark närmast i form av skatteförluster. Brotten hade kunnat utföras genom bestickning av en tulltjänsteman, och mutorna hade bestått av olika produkter från proviantlager. (Se närmare om fallet HD 1981 II 179)

Kännetecknande för sådana fall som det här har varit tal om är, att det föreligger ett nära samband mellan förmånen och mottagarens (lagstridiga) tjänsteutövning. Förmånens givare har ett ensidigt intresse att påverka mottagaren, t.o.m. för att möjliggöra eller dölja ett brott, och mottagaren handlar ofta i enlighet med givarens avsikter: «do ut des». Att det har varit fråga om korruption, bestickning, har det i dessa fall i allmänhet inte uppstått någon juridisk oklarhet om.

De fall som har uppdragats berättigar dock inte att konstatera att det allmänt skulle förekomma korruption i Finland.¹⁶ Den faktiska situationen är visserligen svår att bedöma bl.a. på den grund att det i allmänhet ligger i båda parternas intresse att mutbrottet förblir dolt.

En annorlunda grupp består av sådana fall, där det inte har varit ostridigt, att förmånerna, åtminstone till alla delar, har varit otillbörliga. Gränsfallen har speciellt berört bedömningen av emottagandet av förmånen: har detta varit oförenligt med tjänsteställningen? Förmånerna har i dessa fall närmast varit resor, restaurangbjudningar samt presenter på bemarkelsedagar.

Om de intressen som skall skyddas av korruptionsstadgandena och om betydelsen av intresseavvägning

Det är viktigt att värdera de målsättningar som ställs upp för regleringen då man undersöker innehållet eller ändamålsenligheten i den straffrättsliga regleringen av korruption. Nödvändigheten av ett dylikt betraktelsesätt vid tolkningen av gällande stadganden om bestickningsbrott i Norden är desto större, då konstaterandet av gärningens rättsstridighet i rätt hög grad blir beroende av prövning: förmånen skall vara otillbörlig eller oberättigad (enligt Danmarks SL 144 § skall gärningssättet vara oberättigat). När man igen de lege ferenda bedömer kriminaliseringens omfattning och den lämpliga straffnivån, måste man bl.a. genom en undersökning av skyddsintressena avväga gärningarnas straffvärde, d.v.s. närmast deras skadlighet för samhället och deras klandervärdhet.

Stadgandena om bestickningsbrott inom den offentliga sektorn skall skydda

¹⁶ Så eftertryckligt justiekanslern Kai Korte, I: Lakimiesuutiset 11/1983, s. 9 ff.

myndigheternas och myndighetsutövningens integritet, oavhängighet och frihet från yttre påverkan, samt tjänsteutövningens opartiskhet och lagenlighet i allmänhet. Dessa regler upprätthåller för sin del också medborgarnas förtroende för tjänstemännen och lagligheten i deras tjänsteutövning. Dessa intressen är fundamentala ur samhällets synvinkel, och korruptionen – även en misstanke därom – anses i sista hand främja social ojämlikhet samt försvaga samhällsmoralen och tron på de offentliga organens legitimitet. Det samhällsfarliga i denna typ av korruption framgår även därav, att bestickligheten hos offentliga organ möjliggör annan brottslighet.

Även inom den privata sektorn – näringslivet – är det viktigt att främja ärliga tillvägagångssätt och god affärssed och att därför bekämpa förekomsten av mutor även på detta område av samhällslivet. Å andra sidan föreligger det skillnader beträffande skyddsintressena för korruptionsstadgandena. Man kan inte muta den privata arbetsgivaren, näringsidkaren, själv, och han kan inte vara mottagare av en muta. Endast en person som är anställd hos en annan eller utför uppdrag för en annan, duger som mottagare av muta. Sålunda har den passiva korruptionen inom den privata sektorn drag som påminner om missbruk av förtroendeställning. Likaså befrämjar korruption av denna typ illojal konkurrens i näringsverksamheten. Indirekt kan en dylik korruption även skada konsumenternas intressen.

Då allmänhetens tillit till myndighets- och näringsverksamhetens omutlighet är ett väsentligt intresse, som man skyddar med korruptionsstadgandena, är det nyttigt att redogöra för opinionsundersökningar som har gjorts för att utreda detta. Dyliga undersökningar har gjorts i Finland efter det att betydande korruptionsfall började avslöjas från slutet av 1970-talet. Resultaten av förfrågningarna visar hur allmänhetens förtroende allvarligt kan rubbas, även om det uppenbarligen inte i verkligheten förekommer korruption i så alarmerande hög grad.

Av undersökningar genom intervjuer från åren 1977 och 1979 framgick, att medborgarnas uppfattning om den generella pålitligheten hos finländska tjänstemän hade försämrats på ett avgörande sätt inom loppet av två år: andelen av de svarande, som förhöll sig mycket eller relativt positivt, hade sjunkit från 53% till 24%.¹⁷ Det är att märka, att det ovan relaterade fallet rörande S. Ab avslöjades mellan intervjuerna.

En ännu negativare bild företer en opinionsundersökning som gjordes hösten 1982.¹⁸ En betydande del av de medborgare som hade utvalts till samplet,

¹⁷ Helsingin Sanomat 6.1. 1980.

¹⁸ Uusi Suomi 23.10.1982.

ansåg att de som utövar offentlig makt hade begått väldigt eller relativt mycket mutbrott eller gjort sig skyldiga till annat motsvarande missbruk. Av denna åsikt var i fråga om de statliga tjänstemännen 42% av svarandena, om kommunalpolitikerna 30%, om riksdagsmännen 28%, om ministrarna 26% och om de kommunala tjänstemännen 23%. En dylik skugga av misstanke mot företagsledarna kastade rent av 54% av svarandena. Vid tidpunkten för denna intervju-undersökning höll polisundersökningen i målet om det ovan relaterade fallet med det multinationella företaget S. AG på att utvidgas.

De finska företagsledare, som bildar centralhandelskammaren, hade enligt en enkät våren 1983 redan en betydligt moderat uppfattning om korrupsionssituationen.¹⁹ Av svarandena var 67% av den åsikten, att det i viss mån förekommer verksamhet som rör sig vid gränsen för det lämpliga, men att uppenbar korrupsion är ytterst sällsynt. Endast 6% ansåg att korrupsion och vissa lindrigare olämpliga tillvägagångssätt hade blivit alldeles för allmänna.

Om medlen att bekämpa korrupsion. Om förhindrande av korrupsion och med den nära besläktade fenomenen

Uppdagandet av betydande korrupsionsfall och allmänhetens på grund härav minskade förtroende för myndighets- och näringsverksamheten ger anledning att planera en effektivisering av kampen mot korrupsion. I Österrike har man i en motsvarande situation vidtagit mångahanda åtgärder, som har fått den samlande benämningen «självreningsprocesser» (Prozesse der Selbstreinigung).²⁰ Härvid finns den faran, att man för mycket betonar betydelsen av användningen av straff eller överhuvudtaget betydelsen av den officiella kontrollen i jämförelse med andra metoder.

I Finland har man i behandlingen av korrupsion och annat därmed jämförligt missbruk tyckt sig kunna se uttryck för en mera allmän skärpning av det moraliska klimaet. Många debattörer har i samband med denna ändring av atmosfären talat om nymoralism.²¹ Dess bakgrund har ansetts bestå av väldigt varierande faktorer, t.ex. följande: en samhälligt-politisk brytningsperiod, populismen, skrivierna i sensationspressen samt särdragen hos själva missbruken. I samband med debatten har framförts kritik av bl.a. följande slag, som enligt min uppfattning varit motiverad. Det som man i den offentliga

¹⁹ Uusi Suomi 7.6.1983.

²⁰ Korrupsion und Kontrolle (not 10), s. 13 ff.

²¹ Så t.ex. Aulis Aarnio, I: Lakimiesuutiset 11/1982, s. 16 f.

debatten lätt räknar som korruption, är inte en enhetlig helhet av fenomen. Frågan om vilka fördelar som är otillbörliga har inte helt klarlagts. Härvid finns den risken, att det otillbörliga i förmånen bedöms i den spända atmosfär som råder då domen ges, och inte enligt den situation som var rådande vid gärningstidpunkten. Straffpraxis kan även i övrigt i en sådan atmosfär bli strängare än vad som är motiverat av rättvise- och ändamålsenlighetsskäl.

Liksom i kriminalpolitiken överhuvudtaget är det också vid bekämpandet av korruption av största vikt att utveckla ett urval av metoder, som är så mångsidigt som möjligt.²² Man måste minska de situationer som skapar benägenhet för korruption. I denna riktning kan man verka bl.a. genom att förbättra garantierna för tjänstemännens oberoende, genom att begränsa deras prövningsrätt och genom att öka den kollegiala behandlingen av ärenden. Motivationen hos de potentiella mottagarna av mutor påverkas bl.a. av rekryteringsgrunderna och avancemangsmöjligheterna samt avlöningen och det sätt på vilket utbildningen sköts. Då man avgör sådana här frågor är korruptionen dock endast en av de synpunkter som man har att ta i beaktande.

Arbetsgruppen för utredning av den ekonomiska kriminaliteten föreslog i sitt betänkande av år 1983, förutom en översyn av stadgandena om mutbrott, en effektivisering av den interna kontrollen inom förvaltningen och att ojävigheten hos beredare och beslutsfattare borde säkerställas effektivare än hittills. Likaså borde man utreda tjänstemännens rättigheter och skyldigheter och behovet av en reglering av dessa, och hur stadgandena om anskaffningar och entreprenad kan utnyttjas för att förhindra missbruk.²³

I den ovan omtalade enkäten från år 1983, som riktades till finska företagsledare, rekommenderade en stor majoritet av svarandena (72%) såsom ett medel i kampen mot korruption, att näringslivet inom sina organisationer borde vidta energiska åtgärder för att uppgöra konvensansregler och införa en intern kontroll av dessa. Endast ett fåtal var för en effektivisering av den officiella kontrollen. Moralregler av ifrågavarande typ har utvecklats speciellt inom den Internationella Handelskammaren, och år 1977 godkände detta organ en samling beteendenormer för att motverka korruption.²⁴

Då man planerar en effektivisering av kampen mot korruption, bör man hålla i minnet den bakgrundsfaktor, som ovan anfördes som en av orsakerna till att problemet har förvärrats, nämligen den allt starkare sammanlänkningen av

22 Se t.ex. Joutsen i not 11 a.a. s. 48 ff.

23 OLJ 6/1983 (not 7), s. 204 ff.

24 Dessa regler, Rules of Conduct to Combat Exortion and Bribery, har intagits som bilaga i Cars a.a. (not 1), s. 140 ff.

näringslivets och den offentliga förvaltningens funktioner. Detta accentuerar betydelsen av, att man inom båda sektorerna bemödar sig om att minska förekomsten av olämpliga tillvägagångssätt. Konventionsreglerna borde också vara så enhetliga som möjligt.

Kampen mot korruption är förstås inte det enda delmålet då man vill främja god tjänstemannamoral eller gott affärsskick eller bruket av lagliga/ärliga metoder inom myndighets- och näringsverksamheten.²⁵ Missbruket av den ekonomiska och offentliga makten var ett huvudtema t.ex. vid FN:s sjätte kriminalpolitiska kongress, och därvid ansågs korruptionen vara endast en, om också en mycket central, form av missbruk.²⁶

Då man talar om korruption är det alltså skäl att vara medveten om att den ingalunda är den enda metoden att otillbörligt påverka besluts- och handlingsprocesser i samhället. Integriteten i den offentliga och ekonomiska maktutövningen samt opartiskheten och lagenligheten i allmänhet måste skyddas även mot annan otillbörlig påverkan eller bundenhet än sådan, som skapas genom mutor eller andra otillbörliga förmåner. Det är inte ändamålsenligt att rättsligt sanktionera all dylik påverkan eller bundenhet, utan stor vikt måste läggas vid utvecklandet av moralnormer.

Det är skäl att observera, att man i den offentliga debatten ofta uppfattar området för korruption som mer omfattande än det är enligt lagstiftningen i vederbörande land. Man har t.ex. kritiserat de etiskt tvivelaktiga formerna för finansiering av partiverksamhet som korruption, fastän stadgandena om mutbrott inte är tillämpliga på dem (så är åtminstone i regel fallet i de nordiska länderna). Experternas uppgift är härvid att differentiera och klargöra begreppsapparaturen. Å andra sidan talar nämnda omständighet för sin del för det, att man inte kan begränsa sig till att betrakta korruptionen ur en snäv positivrättslig synvinkel.

Vilka former av korruption borde bestraffas och hur strängt borde de bestraffas? Grundfrågor

Då man överväger behovet av att kriminalisera något beteende, måste man bedöma dess samhällsskadlighet (skadlighet eller farlighet för kollektiva eller individuella intressen) och det moraliska klander, som beteendet förtjänar.

²⁵ Se t.ex. Antti Kivivuori, *Virkamiesten sidonnaisuudet ja virkamiesmoraali*. Poliitiikka 1979, s. 271 ff. och Hannu Tapani Klami, *Korruptio*. Kanava 1983, s. 198 ff.

²⁶ Se i not 9 a.a.

Dessutom måste man överväga, vilka fördelar och nackdelar kriminaliseringen har jämfört med övriga metoder för reglering av beteendet. Vid en dylik avvägning måste man bl.a. fästa uppmärksamhet vid, om brottsrekvisitet kan skrivas tillräckligt exakt. De skillnader i straffvärde som man kan iaktta hos de olika gärningarna måste inverka på bestämningen av straffskalorna och på en eventuell differentiering av dem vid sanktioneringen av gärningar av samma grundtyp. När det är fråga om redan från förut kriminaliserade beteendeformer – såsom t.ex. vid korruption – är den straffrättsliga traditionen av stor betydelse: speciellt sådana förslag som innebär ändring av gällande rätt måste kunna motiveras.²⁷ – Såsom en grund för reformperspektiven är det skäl att redogöra för det nuvarande rättsläget.

De straffstadganden, som reglerar korruption inom de nordiska länderna, företer av gammalt väsentliga likheter, såsom redan inledningsvis konstaterades. Enhetlighet föreligger särskilt i fråga om de rekvisit, som definierar passiv korruption inom den offentliga sektorn. Som exempel på beskrivningen av gärningssättet kan här citeras det nyaste och samtidigt vidaste stadgandet, d.v.s. den svenska BrB 20 kap. 2 §: « – mottager, låter åt sig utlova eller begär muta eller annan otillbörlig belöning för sin tjänsteutövning ». Stadgandena i de andra nordiska länderna är till väsentliga delar av samma innehåll. Till de kanske mest betydelsefulla enstaka utvidgningarna av straffbarheten hör för det första, att «uberettiget fordel» enligt ett uttryckligt stadgande i Norges SL 112 § kan komma även en annan till godo än den som själv gör sig skyldig till passiv korruption (se även Danmarks SL 299 § 2 pkt.). För det andra utvidgar det svenska stadgandet *expressis verbis* straffbarheten till gärningar, som har begåtts före eller efter anställningen.

Större skillnader föreligger sedan när det gäller stadgandena om aktiv korruption. I Danmark och Norge är det straffbara området såtillvida snävare än i Finland och Sverige, att givaren av muta måste syfta till att förmå objektet för mutningen att förfara olagligt i sin tjänsteutövning, och det är inte straffbart att ge en belöning efter det tjänsteåtgärden utförts (se Danmarks SL 122 § jfr. med 144 § samt Norges SL 128 § jfr. med 112–114 §). Likaså föreligger det avsevärda skillnader i regleringen av korruption inom den privata sektorn, både när det gäller lagsystematiken och innehållet i stadgandena.

Beträffande strafflatituderna föreligger avsevärda skillnader mellan de nordiska länderna. I Sverige, där korruptionsstadgandena för den privata och

²⁷ Om principerna för kriminalisering se närmare Raimo Lahti, Vad bör bestraffas och hur strängt bör straffet vara? I: Festskrift til Johs. Andenæs. Oslo 1982, s. 205 ff.

den offentliga sektorn har sammanslagits, är straffet för aktiv korruption böter eller fängelse i högst två år. Grundlatituden för passiv korruption är densamma, men när brottet är grovt kan påföljden bli fängelse upp till sex år. Maximistraffen för aktiv korruption inom den offentliga sektorn varierar i de övriga nordiska länderna från ett till fyra års fängelse; för passiv korruption igen från tre till åtta år (i Norge, där detta högre maximum gäller domare och motsvarande, finns för lindrigare fall straffstadganden, som innehåller fängelsemaximum om 6 månader och 5 år). I jämförelse härmed är de maximistraff som har stadgats för korruption inom den privata sektorn rätt låga: fängelse från tre månader till ett år.

Vid en bedömning av framtida reformer är redan genomförda lagändringar och den linje som dessa representerar av intresse. För Finlands del föreligger möjlighet att analysera färskna motiveringar, som har anförts till utveckling av lagstiftningen, eftersom regeringen där föreslår en brådskande deljustering av stadgandena om mutbrott;²⁸ å andra sidan förbereder man en reform av alla stadganden om tjänstebrott liksom en totalreform av tjänstemannalagstiftningen och straffrätten. Den första delen av det sistnämnda reformarbetet innehåller bl.a. förslag till stadganden om korruption inom den privata sektorn.²⁹

För att effektivisera kampen mot korruption genomfördes i Sverige år 1941 och i Finland år 1946 lagändringar, som utvidgade det straffbara området för korruption och höjde straffnivån. Det mest väsentliga med dessa ändringar var att stadgandena om aktiv korruption inom den offentliga sektorn utvidgades så, att de kom att motsvara de stadganden som gäller den passiva korruptionen, dvs. man avlägsnade den skillnad, som fortfarande gäller mellan motsvarande stadganden i Danmark och Norge. Samtidigt försattes tagande av muta och tagande av otillbörlig belöning i samma ställning såvitt gäller straffskalorna. I Finland ansåg man en straffskärpning för såväl passiv som aktiv korruption påkallad, därför att dessa brott under och efter kriget hade visat en benägenhet att öka.³⁰

Åtminstone följande rättspolitiska frågor är ur finländsk synpunkt centrala vid den straffrättsliga regleringen av korruption:

- Är det skäl att enligt svensk förebild slå ihop korruptionsstadgandena

28 Reg.prop. nr. 207/1983 rd.

29 Om hittills publicerade förslag se Straffrättskommitténs betänkande. Kommittébetänkande (KB) 1976:72. Helsingfors 1978 och Julkishenkilöstön oikeusasemakomitean I osamietintö. KB 1979:26. Helsingfors 1979.

30 Se Reg.prop. nr. 41/1946 rd. 2. s. 1 f.

för den privata och den offentliga sektorn och härvid använda vida rekvisitbeskrivningar? Ifall man inte anser detta motiverat, hur borde då rekvisiten och strafflatituderna bestämmas? Skall det finnas skillnader i åtalsregleringen?

– Finns det behov av en differentiering av straffstadgandena om korruption speciellt i det avseendet, att man inskränker det straffbara området för de lindriga fallen eller uppställer ett särskilt rekvisit för deras straffbarhet, eventuellt så att detta straffstadgande inte är placerat i anslutning till de egentliga korruptionsstadgandena? På vilket sätt kan man möjligen precisera gränsen mellan straffbart och straffritt beteende närmast genom att uppställa klarare kriterier för bedömningen av, när en förmån är otillbörlig?

– Vilka speciella problem inom påföljdssystemet ansluter sig till mutbrotten? Till exempel: enligt vilka principer borde konfiskationen av muta eller annan otillbörlig belöning bestämmas?

Bör korruptionen inom den offentliga sektorn ges en annan ställning än inom den privata sektorn?

Som motiv för sammanslagningen av korruptionsstadgandena vid den svenska lagändringen av år 1977 anfördes närmast dessa skäl: För det första har skillnaderna mellan offentlig och privat (ekonomisk) verksamhet fortlöpande minskat, eftersom verksamhet av båda slagen i allt högre grad utövas i likadana former och fyller samma funktioner. I anslutning härtill har även skyddsintressena blivit likvärdiga. Med andra ord, oberoende av om korruptionen förekommer inom den privata eller den offentliga sektorn, så «är den ytterst ett hot mot det allmänna intresset av att samhälleligt betydelsefull verksamhet bedrivs effektivt och utan ovidkommande hänsyn».³¹

Vid reformen av den finska straffrätten kommer man uppenbarligen inte att följa den svenska modellen. De intressen, som korruptionen inom den offentliga sektorn äventyrar, anses alltså viktigare med tanke på samhällets funktionsduglighet, än de intressen som äventyras av korruptionen inom den privata sektorn (se ovan). Även i Finland anser man nog att den offentliga maktutövningen och den privata ekonomiska verksamheten har närmast sig varandra. Såsom brådsökande bedöms dock endast en sådan justering av korruptionsstadgandena för den offentliga sektorn, att alla, som står i arbetsförhållande till ett offentligt samfund, med tanke på straffbarheten skulle försättas i samma ställning. Med andra ord skulle även de kunna vara

31 SOU 1974:37 s. 79 ff. och 150 samt NJA 1977 II s. 125 ff.

gärningsmän vid passiv korruption och objekt för aktiv korruption. I motive-ringen till detta lagförslag från slutet av år 1983, som skall täppa till ett s.k. svart hål, hänvisas bl.a. till att det inom de offentliga samfunden allt oftare finns anställda med samma uppgifter både i arbets- och i tjänsteförhållande. I synnerhet vid beredningen av beslut om offentliga anskaffningar deltar ofta personal i arbetsförhållande.³²

Med tanke på gällande rätt är det oklart, vilka av den offentliga sektorns anställda i arbetsförhållande som hör till den personkrets som korruptionstad-gandena omfattar. Straffhotet kan beröra en del av dem därför, att deras arbetsgivares verksamhet jämförs med privat näringsverksamhet (t.ex. posten och ett kommunalt trafikverk) – i så fall vore det fråga om sådant mutbrott som avses i lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet. En del kunde falla under stadgandena om korruption på den grund, att de bedöms vara «förordnade att förrätta offentligt ärende». Bl.a. sådana personer är tjänstemän enligt strafflagens vida definition, utöver sådana som står i tjänsteförhållande eller är förtroendemän. Den traditionella uppfattningen inom doktrinen har dock varit emot en tolkning av detta sistnämnda slag.³³

Korruptionsstadgandena för den privata sektorn är enligt gällande finsk rätt och enligt ett färskt reformförslag³⁴ mer begränsade än motsvarande regler för den offentliga sektorn. Kretsen av gärningsmän vid passiv korruption (och objekten för aktiv korruption) omfattar endast personer som är anställda hos näringsidkare och personer som utför uppdrag för dem. I reformarbetet har man visserligen också övervägt en utvidgning av denna personkrets. Därigenom kunde man i högre grad betona brottets släktskap med missbruk av förtroendeställning eller kränkning av lojalitet. Nu är skyddsintresset rätt klart koncentrerat till att garantera en ärlig konkurrens mellan näringsidkarna.

Inom den privata sektorn räcker det inte med vilket slags samband som helst mellan mutan (eller annan otillbörlig förmån) och den mutades tjänsteutövning utan till givandet/tagandet av muta måste ansluta sig en avsikt att gynna givaren eller någon annan, eller att belöna ett sådant gynnande. I korruptionsstadgandena för den offentliga sektorn beskrivs sambandet mellan mutan och

32 Reg.prop. nr. 207/1983 rd. s. 2 f.

33 Se närmare Timo Mäkinen, Kuka voi olla lahjoman vastaanottaja, I: Lahjomat (not 4). Angående SL 2 kap. 12 § som definierar de personer, på vilka SL:s stadganden om tjänstemän skall tillämpas, se även Reg.prop. nr. 207/1983 rd. s. 1 ff.

34 Se Förslag utarbetat av arbetsgruppen för ekonomibrott, 29.2. 1984. Detta prelimi-nära förslag skall ännu behandlas i ledningsgruppen för den projektorganisation som av justitieministeriet tillsattes år 1980 och som fortsätter beredningen av en totalrevision av den finska straffrätten.

tjänstemannens verksamhet med uttrycket «för viss tjänsteåtgärd». I rättspraxis har detta uttryck tolkats extensivt och det har ansetts tillräckligt, att mutan har anknytning till tjänsteutövningen överhuvudtaget.³⁵ I förslaget till en partiell reform av stadgandena om mutbrott är det meningen att införa uttrycket «för verksamhet i anställningsförhållandet» i lagtexten.³⁶

De straffmaxima som ingår i korruptionsstadgandena för den offentliga sektorn kommer uppenbarligen i Finland att förbli betydligt högre än i motsvarande stadganden för den privata sektorn. De nuvarande maxima är i de förstnämnda stadgandena fängelse i fyra år (i lindriga fall böter) och i de senare fängelse i ett år. Enligt de föreliggande reformförslagen skulle straff maxima bevaras oförändrade.³⁷ Olika åtalsregleringar skulle fortfarande gälla för mutbrotten inom den offentliga och den privata sektorn.³⁸ Åtal för de senare brotten förutsätter angivelse av målsäganden. I normala fall är den mutades arbetsgivare målsägande men som sådan kan också komma i fråga en konkurrerande näringsidkare, som har blivit lidande av att muta har tagits emot.

De korruptionsfall som förekommer i näringsverksamhet kommer uppenbarligen ytterst sällan till myndigheternas kännedom och till behandling inför domstol. Målsägandena vill i allmänhet inte väcka åtal. Det är att märka, att man även i Sverige har en olika åtalsreglering för mutfall inom den offentliga och den privata sektorn. Inte heller ledde sammanslagningen av straffstadgandena där till en helt enhetlig tolkning vid dessa olika typer av korruptionsfall: t.ex. huvudmannens samtycke och förmånens otillbörlighet bedöms på tämligen olika sätt vid mutbrott i den offentliga och den privata verksamheten.³⁹

Om differentieringen av de olika korruptionsformerna samt om gränsdragningen mellan straffbart och straffritt beteende. När är en förmån otillbörlig?

Det har framgått ovan, att de nordiska mutbrottsstadgandena skiljer sig från varandra även i andra avseenden än beträffande den olika regleringen av korruption inom den offentliga och den privata sektorn. När det gällde utvecklingslinjerna inom lagstiftningen hänvisades det till de reformer, som har genomförts i Finland och Sverige och som har inneburit ett förenhetligande

35 Se t.ex. HD 1980 II 73 och 1981 II 15.

36 Reg.prop. nr. 207/1983 rd.

37 Förslag 1984 (not 34) och Reg.prop. nr. 207/1983 rd.

38 Ibidem.

39 Se t.ex. Cars a.a. (not 1) s. 52 ff. och 82 f.

av stadgandena om aktiv och passiv korruption. Sålunda är differentieringen mellan «muta eller annan otillbörlig belöning» enligt dessa länders mutstadganden inte längre av direkt betydelse för gärningarnas straffbarhet. Ursprungligen avsåg man med muta framför allt en förmån som hade givits innan en tjänsteåtgärd utfördes, medan man med belöning närmast förstod en förmån som hade givits för någon redan utförd åtgärd. Gärningens straffbarhet påverkades väsentligen av, vilketdera slaget av förmån det var fråga om.⁴⁰

I rubriken för denna artikel används begreppen bestickning och andra otillbörliga förmåner. I de danska och norska korruptionsstadgandena skiljer man i allmänhet mellan gåva och annan fördel, och kravet på gärningens rättsstridighet uttrycks varierande – även på annat sätt än genom att foga ett epitet härom till de nämnda begreppen. I den finska lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet talas det om «muta eller annan därmed jämförbar förmån». Slutsatsen blir, att man i de nordiska korruptionsstadgandena använder termerna muta eller bestickning och otillbörlig förmån såsom synonymer. Så har även gjorts i denna artikel.

Förenhetligandet av korruptionsstadgandena i Finland och Sverige har inte inneburit, att man inte skulle ha beaktat att en differentiering mellan de olika korruptionsformerna måste kunna göras åtminstone vid bestämmandet av straffet och att det är påkallat att åstadkomma en klarare gränsdragning mellan straffbart och straffritt beteende. Den omständigheten, att rekvisiten för aktiv korruption i Danmark och Norge är snävare än i de förstnämnda länderna, minskar i motsvarande mån de nyss konstaterade tolkningsvårigheterna.

I Danmark och Finland finns det privilegierade latituder för mutbrott gjorda under förmildrande omständigheter. Den finska straffrättskommittén föreslog ett speciellt privilegierat rekvisit som skulle täcka de lindriga fallen.⁴¹ Likaså har det gjorts förslag om att utesluta dylika fall från det straffbara området. Mutansvarskommittén i Sverige föreslog, att man inte skulle få döma till ansvar «i ringa fall, som icke rör utövning av offentlig myndighet».⁴² Detta förslag förverkligades dock inte vid 1977 års reform.⁴³ I det preliminära finska förslaget av år 1984 om ändring av stadgandena om mutbrott inom den privata sektorn föreslås en sådan begränsningsbestämmelse, att en förmån,

40 Se SOU 1974:37 s. 25 f. samt Viljanen i not 4 a.a. s. 166 ff. och 189 f.

Jfr. med den norska termen «bestikkelse», P. Kjerschow, Almindelig borgerlig straffelov. Oslo 1930, s. 327 samt Rt. 1979 s. 1606.

41 KB 1976:72, Band 2 s. 72 ff.

42 SOU 1974:37 s. 117 ff.

43 Om grunderna se Prop. 1974/76:176 s. 37 f.

som god affärssed inom vederbörande bransch tillåter, inte skall anses vara otillbörlig.⁴⁴

Vid tillämpningen av gällande rätt är det inte enbart fråga därom, huruvida gärningen är straffbar just som korruption. I de rättegångar som har förekommit i Finland på senaste tid har man ofta varit tvungen att göra en gränsdragning mellan passivt mutbrott (SL 40:1) och kulpöst tjänstefel (SL 40:21).⁴⁵ Ett motsvarande gränsdragningsproblem torde förekomma även i de övriga nordiska länderna: även ett sådant mottagande av en förmån, som inte är straffbart som passiv korruption, kan vara olämpligt med tanke på tjänsteställningen och medföra tjänsteansvar.⁴⁶ Såsom ett annat exempel kan nämnas en fråga som har aktualiserats i svensk rättspraxis: vilket är förhållandet mellan stadgandena om korruptionsbrott och generalklausulen i marknadsföringslagens 2 § (denna klausul förbjuder otillbörliga avsättningsfrämjande åtgärder).⁴⁷

Det är inte möjligt att definiera en förmåns otillbörlighet genom lagstadganden bl.a. därför, att uppfattningarna om, vilka förmåner som är otillbörliga och vilka som inte är det, varierar från tid till annan. En allmängiltig, fastän diffus måttstock har ansetts vara: vilka slag av förmåner är sådana, att ett givande/mottagande av dem kan äventyra de intressen som mutbrottsstadgandena skall skydda? Flera faktorer påverkar naturligtvis denna bedömning, bl.a. sambandet mellan förmånen och mottagarens verksamhet (därvid är parternas syftemål och deras objektiva intressekonstellationer av betydelse), förmånens värde samt arten av den tjänst eller de uppgifter, som mottagaren handhar.⁴⁸

För att skapa klarhet i bedömningen av en förmåns otillbörlighet har man föreslagit, att officiella eller inofficiella anvisningar borde utfärdas till hjälp för tolkningen. Sådana anvisningar har utvecklats speciellt i Sverige. Värda att notera är särskilt sakrevisionens förslag av år 1957 till rekommendationer –

44 Förslag 1984 (not 34).

45 Om gränsdragningen, som inte har blivit klar, se t.ex. HD 1980 II 73. Närmare om problematiken se särskilt Teuvo Metsäpelto. Virkamiesasemaan soveltumaton lahjojen ja muiden etuuksien vastaanottaminen, I: Juhlajulkaisu Antti Johannes Suviranta. Helsinki 1983, s. 113 ff.

46 Se t.ex. den norska tjänstemannalagen (lov om statens tjenestemenn av år 1983, § 20), som innehåller ett uttryckligt förbud mot att ta gåva eller dylikt. Se om motiveringarna till motsvarande stadgande i den tidigare lagen, Ot.prop. nr. 44/1976–77 s. 33 ff.

47 Se Cars a.a. (not 1) s. 21 ff.

48 Se t.ex. SOU 1974:37 s. 36 ff. och 108 ff., NJA 1977 II s. 128 ff. och Cars a.a. s. 52 ff. för Sveriges vidkommande samt Viljanen i not 4 a.a. s. 194 ff. och samlingsverket Lahjomat (not 4) passim beträffande Finland.

den s.k. mutkatekesen – och remissyttrandena däröver.⁴⁹ I Finland har man nyligen genom ett statsrådsbeslut gett anvisningar om tjänsteresor som bekostas av utomstående.⁵⁰

Dylika instruktioner kan ha den positiva effekten, att de ökar lagskipningens förutsebarhet och enhetlighet. De måste emellertid vara tillräckligt allmänt hållna och de kan inte innehålla t.ex. några i penningar angivna gränser. Sveriges högsta domstol har i sin tolkningsargumentation för sin del åberopat den nämnda mutkatekesen.⁵¹ Högsta domstolen i Finland igen har i ett par fall ansett den omständigheten inverka på gärningens straffbarhet eller på straffmätningen, att tjänstemännen inte hade fått närmare anvisningar om, hur de borde förhålla sig till erbjuden traktering.⁵²

Av den rättspraxis som på sista tiden har förekommit i Finland och Sverige får man det intrycket, att tagande/givande av förmåner inom den offentliga sektorn (i myndighetsutövning) bedöms enligt en rätt sträng tolkningslinje. I färskta avgöranden av dessa länders högsta domstolar har bl.a. gjorts gränsdragningar beträffande tillåten och förbjuden resa och traktering. – I det följande närmare motiveringar ur två fall: NJA 1981:160 och Finlands högsta domstols utslag 30.12.1983 nr. 4627 (R 82/436).

I det svenska fallet inbjöd ett byggföretag några förtroendemän och tjänstemän i en kommun i Skåne att företa en studieresa till Stockholm för att studera ett byggprojekt med olika lösningar för energi- och värmeförsörjning av bostadshus. Resan bekostades av byggföretaget och omfattade en och en halv dag med övernattning i Stockholm samt lunch och middag. Åtalet för mutbrott förkastades. Som motivering till att studieresan kunde accepteras anfördes bl.a.: «För att arrangemang av detta slag skall kunna godtas – och alltså inte innebära bestickning eller mutbrott – måste de uppenbarligen hållas inom vissa, tämligen snäva gränser. Det är t.ex. helt klart att syftet med studieresan måste vara seriöst och att resan måste framstå som ett naturligt och nyttigt led i utövningen av de inbjudnas befattningar eller uppdrag. Urvalet av deltagare är alltså viktigt. Det är också klart att resan inte bör få ta längre tid än som skäligen erfordras; den får inte i onödan bereda tillfällen till fritid eller förströelser. När det i förarbetena anges att det mera sällan torde kunna anses tillbörligt med studieresor omfattande mer än någon dag, utesluts därmed inte

49 Om mutkatekesen se Cars a.a. s. 134 ff.

50 Statsrådsbeslutet gavs 27.10.1983. Om bakgrunden till beslutet se Metsäpelto i not 45 a.a. s. 116 ff. och Heikki Joustic, Oikeudeton etuus – hallinnon ohjeistaminen, I: Lahjomat (not 4).

51 Se NJA 1981:46.

52 Se HD 1980 II 73 och HD 30.12.1983 nr. 4267 (R 82/436).

att sådana resor ibland måste få ta längre tid. Det avgörande bör rimligtvis vara vilken tid som krävs för att uppnå syftet med resan i den mån detta är tillräckligt gott. Något som däremot framstår som oklart och svårbedömt är vilken standard i fråga om måltider och logi som kan få erbjudas deltagarna i en studieresa utan att gränsen mellan godtagbart och otillbörligt överskrids. Lagförarbetena ger här föga vägledning. Vad som kan anses tillbörligt på området kan inte avgöras generellt utan måste bedömas med hänsyn till flera faktorer, bl.a. förhållandena på de orter som kommer i fråga. Eftersom just förmåner i form av påkostade måltider lätt kan ge anledning till misstankar om otillbörlig påverkan, är det under alla omständigheter lämpligt att iaktta återhållsamhet i detta hänseende. Som framgår av förarbetena blir det till slut fråga om att göra en samlad bedömning av alla för det enskilda fallet betydelsefulla omständigheter. Det är på grundval av den bedömningen som det skall avgöras, om ett arrangemang innehåller något som kan betecknas som otillbörligt».

I det finska fallet dömdes chefen för medicinalstyrelsens apoteksbyrå för av oaktksamhet begångna tjänstefel, därför att han hade deltagit i trakteringar som ett importföretag inom läkemedelsbranschen hade stått för. I motiveringen framhölls bl.a., att det inte är passande för en tjänsteman att utan särskilda skäl ta emot sådan traktering, som hör till sedvanlig representation inom affärlivet. Den åtalade borde vid de kontakter som handhavandet av hans tjänst förutsatte med det företag, som erbjöd förmånerna, ha undvikit sådant umgänge, som kunde rubba hans oberoende vid behandlingen av bolagets angelägenheter i tjänsten eller den allmänna tilliten till detta oberoende. Bevarandet av oberoendet och förtroendet hade dock inte krävt (d.v.s. det var inte straffbart), att den åtalade fem gånger under tre och ett halvt års tid på företagets bekostnad hade intagit en lunch av skäligt värde medan han och en representant för företaget under lunchrasten avhandlade frågor, som hörde till deras yrkesuppgifter. Som förbjuden ansågs inte heller en måttlig traktering, som på bolagets försorg hade anordnats för den åtalade, utan dennes medverkan, samt för fem andra personer vid ett möte i bolagets bastu om gemensamma yrkesangelägenheter.⁵³ –

⁵³ I anslutning till det senast refererade fallet, är det skäl att hänvisa till ett annat finskt utslag, HD 1981 II 14: «Enär givandet av förmåner under de nämnda förhållandena till ingen del kunde anses vara godtagbart, även om en del av förmånerna med beaktande av deras värde och umgängets art i för sig hade kunnat vara godtagbar, dömdes verkställande direktören till straff för fortsatt givande av muta åt tjänstman.» (Genom givandet av förmåner hade man strävat efter att åstadkomma gynnsamma eller för bolaget och dess aktionärer fördelaktiga avgöranden beträffande genomförandet av skatteinspektionen och själve beskattningen.)

Lagskipningens förutsebarhet och enhetlighet är särskilt viktiga värden ur den åtalades synvinkel, när det gäller de stränga strafflatituderna som tillämpas vid kvalificerade korruptionsfall. Därför borde domstolarnas prövningsrätt styras genom lagfästa kvalificeringsgrunder.

Ifall straffbarheten för korruption inte förutsätter, att mutan har givits/mot-tagits för att i tjänsten främja orätt, skall särskilt straffas för den möjliga kränkningen av tjänsteplikten.⁵⁴ Detta är det skäl att beakta, när man bestämmer straffnivån för mutbrotten.

Vissa frågor om sanktionerna för korruptionsbrott

I Finland har problemen i samband med sanktionerna för korruptionsbrott närmast gällt användningen av specialstraffen för tjänstemän vid fall av passiv korruption samt konfiskationen av muta (eller annan otillbörlig förmån) vid alla slag av korruption. Det är skäl att behandla vardera frågan utgående från de allmänna reformplanerna för de berörda påföljdsarterna.

I den finska strafflagens stadgande om mutbrott har såsom straff stadgats avsättning. Enligt normallatituden skall tjänstemannen dessutom dömas, «om skäl därtill äro», till fängelse i högst fyra år. I praktiken har tillämpningen av detta stadgande kunnat leda till ett alltför lindrigt straff, särskilt i det fallet, att den åtalade redan under utredningens gång har entledigats i administrativ ordning (då kan enligt stadgad praxis substitutstraff för avsättning inte ådömas).⁵⁵ I ändringsförslaget av år 1983 föreslås därför, att straffet i första hand skall vara fängelse; dessutom borde alltid dömas till avsättning.⁵⁶ Detta ändringsförslag torde avspegla en allmännare reformlinje i fråga om det inbördes förhållandet mellan allmänna och speciella straffarter.

I Finland har man länge haft speciella konfiskationsstadganden för korruption både inom den offentliga och den privata sektorn. Stadgandena såväl om givande som om tagande av muta har innehållit föreskrift om, att muta eller annan otillbörlig förmån eller dess värde skal dömas förverkad. Denna reglering innebär, att parterna ofta förklaras ha solidariskt förverkat värdet av den otillbörliga förmånen; i praktiken (när målet behandlats i skilda rättegångar) har förmånen eller dess värde kunnat dömas förbruten särskilt för bägge parter.

54 Se t.ex. Beckman m.fl. a.a. (not 3) s. 287 och 412 samt Honkasalo a.a. (not 4) s. 119 och 246.

55 Se t.ex. HD 1981 II 15.

56 Reg.prop. nr. 207/1983 rd.

Regleringen har sålunda kunnat leda till en oskäligen, på sätt och vis dubbel sanktion för givaren av mutan, eftersom han genom att ge förmånen redan en gång har «förverkat» den till mottagaren. En sådan specialreglering af konfiskationen leder också till, att även en sådan förmån, som endast har erbjudits respektive fordrats, skall dömas förbruten. Rättspraxis har visserligen inte varit helt konsekvent i detta avseende.⁵⁷

I det preliminära reformförslaget av år 1984 om korruption inom den privata sektorn har man utgått ifrån, att de allmänna konfiskationsstadgandena skall tillämpas vid förverkande.⁵⁸ Avgörande blir då närmast de regler som gäller konfiskation av ekonomisk fördel, som vunnits genom brott.⁵⁹ Med stöd av dessa allmänna stadganden förklarade Finlands högsta domstol i ett pleniavgörande från slutet av år 1983 en sådan otillbörlig förmån förbruten, som den åtalade ansågs ha erhållit genom att göra sig skyldig till tjänstefel (och inte tagande av muta).⁶⁰

Det refererade reformförslaget står i överensstämmelse med den linje som straffrättskommittén representerar, att man för repressiva (punitiva) ändamål skall nyttja egentliga straffpåföljder. Sålunda är bruket av konfiskation kriminalpolitiskt acceptabelt närmast bara för förverkande av ekonomisk förmån som har vunnits genom brott (och i vissa fall beträffande brottsinstrument).⁶¹

Om vissa utvidgningar av tillämpningsområdet för stadgandena om mutbrott

Borde man enligt norsk förebild föreskriva, att muta kan komma även annan person till del än den som själv gör sig skyldig till passiv korruption?

I Finland gäller den tolkningen, att mutan (eller annan otillbörlig förmån) skall medföra nytta för mottagaren själv. I den juridiska doktrinen har man visserligen talat för en i den meningen utvidgad tolkning, att nyttan även kan vara indirekt. Sålunda vore det straffbart såsom korruptionsbrott att t.ex. ta emot en muta, som en tjänsteman för sin tjänsteutövning har krävt till förmån för sitt parti, ifall mutan har varit ägnad att stärka tjänstemannens position

57 Se särskilt Viljanen, Lahjomissäännöksistä, I: Lahjomat (not 4).

58 Förslag 1984 (not 34).

59 Likaledes t.ex. i Sverige, se Cars a.a. (not 1) s. 97 f.

60 HD 30.12.1983 nr 4405 (R 82/436).

61 KB 1976:72, Band 1 s. 69 ff. och 77 ff.

inom partiet.⁶² I rättspraxis finns inget klart ställningstagande till frågan, men den kommer att aktualiseras i vissa nu anhängiga mål.

Straffrättskommittén förutsatte, att stadgandena om mutbrott för den offentliga sektorn skulle göras klarare i detta avseende, och motiverade sitt förslag såhär: Den omständigheten, att tjänstemannen inte får någon direkt personlig nytta, minskar inte gärningens skadlighet ur samhällspolitikens och den offentliga moralens synvinkel.⁶³ Det förslag till en partiell reform av dessa stadganden, som gavs år 1983, innehåller dock inte någon sådan justering.⁶⁴ Däremot har en dylik utvidgning tagits med i det förslag från början av år 1984, som gäller korruptionsstadgandena för den privata sektorn.⁶⁵

Hur borde lagstiftningen utvecklas, så att man bättre än hittills kunde bekämpa korruptionen som ett internationellt problem?

Vid beredningen av reformen i Sverige år 1977 – liksom i synnerhet i en lag som gavs i Förenta Staterna samma år (Foreign Corrupt Practices Act)⁶⁶ – har man fäst uppmärksamhet vid denna sida av korruptionen. Den modell som dessa länder tillhandahåller innebär bl.a., att stadgandena om mutbrott borde utformas så, att man inte utesluter bestraffning genom att ge straffbudet en nationell begränsning.⁶⁷

62 Se Honkasalo a.a. (not 4) s. 126 och 245 samt Viljanen i not 4 a.a. s. 212 ff. Jfr. t.ex. Grönqvist i not 4 a.a. samt för Sveriges del SOU 1974:37 s. 142.

63 KB 1976:72, Band 2 s. 75 f. Likaledes KB 1979:26 s. 163.

64 Reg.prop. nr. 207/1983 rd.

65 Förslag 1984 (not 34).

66 Om denna lag se t.ex. Amending the Foreign Corrupt Practices Act of 1977: A Step toward Clarification and Consolidation. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 73, 1982, s. 1740 ff.

67 Jfr. med Finlands nuvarande rättsläge, P.O. Träskman, *Straffrätt och ekonomisk brottslighet*, I: Festskrift till Hans Thornstedt. Stockholm 1983, s. 703 f.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Gunnar G. Schram

Havretten og de nordiske lande

Innhold

	Side
I. Konventionens hovedindhold	404
II. Den eksklusive økonomiske zone	407
1. Kyststatens rettigheder	407
2. Kyststatens pligter	408
III. Det åbne hav	410
IV. Kontinentalsoklen	411
1. Fastsættelse af kontinentalsoklens ydre grænser	411
2. Afgrænsning af kontinentalsoklen mellem stater	412
V. Fiskeri og bevarelse af vandrende arter	414
VI. Fiskeri og bevarelse af laksebestanden	415
VII. Beskyttelse og bevarelse af havmiljøet	417
VIII. Det internationale Havbundsområde	419
IX. Havrettens fremtidige udvikling	421
Kildefortegnelse	423

Havretten og de nordiske lande

Af professor GUNNAR G. SCHRAM Ph.D., Island

Den nye internationale Havretskonvention blev vedtaget på Havretskonferencen den 30. april 1982 på et møde i New York. 130 stater stemte for konventionen, 4 var imod den (USA, Israel, Tyrkiet og Venezuela), medens 17 ikke deltog i afstemningen.

Vedtagelsen af konventionen markerede et vendepunkt i havrettens udvikling og må anses for at være en milepæl i De forenede Nationers lovgivningsarbejde på folkerettens område. Konventionen skal afløse de fire konventioner om retsordenen på havet som blev vedtaget på Havretskonferencen i Geneve 1958. Disse konventioner indebar først og fremmest en skriftlig affattelse af den århundredgamle sædvaneret på havet, foruden de nye bestemmelser om kontinentalsocklen som fik der for første gang en international anerkendelse. Der var forhåbninger om at Geneve-konventionerne generelt ville blive godkendt og ville i væsentlig grad bidrage til at formindske mellemstatlige tvister på havrettens område. Resultatet blev dog noget helt andet. Det var forholdsvis få stater der ratificerede konventionerne og inden længe opstod mange steder konflikter mellem stater om rettigheder på havet. De største krav gjaldt stærkt udvidet fiskerigrænse, men hverken på Geneve-konferencen 1958 eller konferencen 1960 var det lykkedes at opnå enighed om internationale regler om søterritoriets zoner eller fiskerigrænsens zoner.

Det lå klart at fra et juridisk, økonomisk og socialt synspunkt var det blevet påkrævet at genoptage på internationalt plan revision af havretten. Det var ikke mindst fordi mange for nylig frigjorte stater i den tredje verden betragtede den gamle havret som en arv fra koloniperioden og fremsatte krav om at måtte deltage i udformningen af den nye ret hvor man ville imødekomme deres ønsker om rådighed over rigdomskilderne som De forenede Nationer ofte havde resolveret og var i overensstemmelse med den nye økonomiske ordening i verden. Lidt over 80 stater deltog i Geneve-konferencen 1958, men i slutningen af Havretskonferencen havde 160 stater deltaget i udarbejdelsen af Havretskonventionen, antallet af folkeretlige medlemmer var vokset så stærkt i denne periode.

Udarbejdelsen af den nye Havretskonvention var ikke noget nemt arbejde og meget tidskrævende. I begyndelsen var det heller ikke meningen at tage alle havrettens områder til revision. Da Arvid Pardo, Maltas ambassadør, holdt sin

historiske tale på FN generalforsamlingen 1967, var det først og fremmest hans forslag og idé, at havbunden uden for staters jurisdiktion blev erklæret menneskehedens fælles arv, men at andre havretlige emner ikke skulle tages op til behandling. Det var De forenede Nationers Havbundsudvalg af 1968 som arbejdede herpå, men Island og Norge var blandt dennes første medlemsstater.

Da gnisten var blevet tændt, var det især stater i den tredje verden som mente at det var ulogisk kun at tage denne afgrænsede del af havretten til revision. Alle dele af havretten burde revideres i belysning af nye holdninger og udvikling. Den 17. december 1970 vedtog FNs generalforsamling derfor med 108 stemmer mod 7 at indkalde til en ny konference i 1973 som skulle beskæftige sig med denne opgave. (Resolution 2750 C, XXV). Samtidig fik Havbundsudvalget i opdrag at forberede den nye konference.

Efter seks års forberedende arbejde (1967–1973) og ni års arbejde på konferencen (1973–1982) blev konferencen afsluttet den 10. december 1982 på et møde i Jamaica, hvor Den internationale Havbundsmyndighed skal have sit sæde. Denne dag undertegnede 118 stater konventionen og dette var første gang hvor flertallet af de deltagende stater i en FN konvention-udfærdigende konference undertegnede den på dens første dag. Nogle stater har allerede ratificeret den, men ifølge artikel 308 træder den i kraft tolv måneder efter datoen for deponeringen af det tresindstyvende ratifikations- eller tiltrædelsesinstrument. Det ligger ikke klart på nærværende tidspunkt, hvornår det vil ske.

I. Konventionens hovedindhold

Den nye Havretskonvention er hvad indholdet angår vidt forskellig fra de fire Geneve-konventioner af 1958. Til dels registreres igen den traditionelle havretlige sædvaneret, som f. eks. frit fiskeri i det åbne hav, fri sejlads og fri overflyvning.

I væsentlig grad er konventionen dog retsstiftende fra bunden og dens bestemmelser indeholder mange og bemærkelsesværdige nyheder. Først kan nævnes den eksklusive økonomiske zone på 200 sømil, derefter reglerne om afgrænsningen af kontinentalsoklen mellem stater og kontinentalsoklens ydre grænser, bestemmelserne om Det internationale Havbundsområde som menneskehedens fælles arv, bestemmelser om beskyttelse og bevarelse af havmiljøet og videnskabelig havforskning. Desuden adskiller denne konvention sig fra andre konventioner for så vidt gælder den ordning, at der ikke kan tages

forbehold over for dens bestemmelser og stater må finde sig i bindende bilæggelse af tvister undtagen når det drejer sig om kyststaters rettigheder til fiskeri inden for den eksklusive økonomiske zone eller tvist der drejer sig om fremmede staters ansøgninger om tilladelse til hav- eller fiskeriforskning i den eksklusive økonomiske zone, jfr. konventionens kapitel XV, afsnit 3.

Disse punkter og nogen flere understregede Havretskonferencens præsident T. Koh vægten af i en tale på konferencens sidste møde den 6. december 1982, da han i en nøddeskal trak sammen det resultat og det nye som Havretskonventionen indebærer.

De punkter som præsidenten fremhævede var disse følgende:¹

«First, the Convention will promote the maintenance of international peace and security because it will replace a plethora of conflicting claims by coastal States with universally agreed limits on the territorial sea, on the contiguous zone, on the exclusive economic zone and on the continental shelf.

Second, the world community's interest in the freedom of navigation will be facilitated by the important compromises on the status of the exclusive economic zone, by the regime of innocent passage through the territorial sea, by the regime of transit passage through straits used for international navigation and by the regime of archipelagic sea-lanes passage.

Third, the world community's interest in the conservation and optimum utilization of the living resources of the sea will be enhanced by the conscientious implementation of the provisions in the Convention relating to the exclusive economic zone.

Fourth, the Convention contains important new rules for the protection and preservation of the marine environment from pollution.

Fifth, the Convention contains new rules on marine scientific research which strike an equitable balance between the interests of the research States and the interests of the coastal States in whose economic zones or continental shelves the research is to be carried out.

Sixth, the world community's interest in the peaceful settlement of disputes and the prevention of use of force in the settlement of disputes between States has been advanced by the mandatory system of dispute settlement in the Convention.

Seventh, the Convention has succeeded in translating the principle that the resources of the deep sea-bed constitute the common heritage of mankind into fair and workable institutions and arrangements.

Eighth, though far from ideal, we can nevertheless find elements of international equity in the Convention, such as revenue-sharing on the continental shelf beyond 200 miles, giving land-locked and geographically disadvantaged States access to the living resources of the exclusive economic zones of their neighbouring States, the relationship between coastal fishermen and distant-water fishermen and the sharing of the benefits derived from the exploitation of the resources of the deep sea-bed.»

1 U.N. Press release SEA/514.10 Dec. 1982.

Men selv om konventionen førte til en ny retsordning på havrettens område, kan det slet ikke benægtes, at den opdeler havets og havbundens rigdomskilder meget forskelligt mellem verdens stater. Kyststaterne er anslået 98 i alt, men den største skærv tilfalder kun 45 af dem. Verdens rigeste stat, De forenede Stater, får i sin lod den mest værdifulde eksklusive økonomiske zone. Omkring 40% af nordpolområdet falder under Sovjetunionens søterritorium. Ti af verdens stater får i deres andel 55% af de eksklusive økonomiske zoners totalareal. Der er kun to udviklingslande blandt disse, Brasilien og Indonesien. Norge og Island er derimod blandt de 13 stater som får den største kontinental-sokkel, beregnet fra yderkanten af kontinentalmargenen.²

De forenede Nationers Havretskonvention er et dokument af betydelig længde, bestående af 320 artikler og 9 bilag. Kapitler I til X omfatter generelle aspekter af havretten, herunder navigation, overflyvning, fiskeri og forskning på kontinentalsoklerne. Kapitel XI handler om Det internationale Havbundsområde. Den internationale Havbundsmyndighed står i centrum af disse bestemmelser, den tilrettelægger og kontrollerer aktiviteter i Området især med henblik på forvaltning af Områdets rigdomskilder. Kapitel XII indeholder bestemmelser om beskyttelse og bevarelse af havmiljøet og kapitel XIII om den videnskabelige havforskning. Kapitel XIV regulerer udvikling og overførsel af marineteknologi. Kapitel XV indeholder bestemmelser om bilæggelse af tvister og indeholder til dels tvungne procedurer der medfører bindende afgørelser og bestemmelser om oprettelsen af Den internationale Havretsdomstol i Hamborg. De to sidste kapitler indeholder almindelige bestemmelser og afsluttende bestemmelser.

Bilag I – VIII indeholder bestemmelser om konventionens anvendelse. Bilag IX tillader at internationale organisationer tiltræder konventionen, som f. eks. EF. Til sidst henledes opmærksomheden på to betydningsfulde resolutioner som blev vedtaget på Konferencen og er inkluderet i slutakten: Resolutionen om oprettelsen af en forberedende kommission for Den internationale Havbundsmyndighed og Den internationale Havretsdomstol og resolution angående forberedende investering i initiativaktiviteter vedrørende polymetalliske noduler.

Fra en nordisk synsvinkel er de bestemmelser sikkert af størst betydning som handler om kontinentalsoklens ydre grænser uden for 200 sømil grænsen, om en kyststats fiskerirettigheder inden for den eksklusive økonomiske zone og om fri sejlads på havet, især passage gennem stræder.

² L. Alexander, *Indices of National Interest on the Ocean, Ocean Development and International Law Journal*, Vol. 1, No. 1, 1973, s. 39.

II. Den eksklusive økonomiske zone

Den 200 sømil eksklusive økonomiske zone har nu fået en endelig anerkendelse i artikel 55 i Havretskonventionen. Den eksklusive økonomiske zone som er et område udover og tilstødende søterritoriet, har fået en speciel retsstilling som ikke kan sammenlignes med det åbne hav eller søterritoriet, men er noget helt nyt, *sui generis*, på havrettens område. Kyststaten får suveræne rettigheder for så vidt angår udforskning og udnyttelse, bevarelse og forvaltning af alle rigdomskilder indenfor den eksklusive økonomiske zone. Derimod kommer forpligtelser som pålægges staten, at fremme den optimale udnyttelse af rigdomskilderne samt at give andre stater adgang til at udnytte de rigdomskilder som den ikke selv har kapacitet til at udnytte, jfr. artikel 62.

1. Kyststatens rettigheder

Kyststatens rettigheder indenfor den eksklusive økonomiske zone er tosidige

(a) *suverænit*et til udnyttelse, bevarelse og forvaltning af såvel levende som ikke-levende rigdomskilder i zonen, og

(b) *jurisdiktion* med hensyn til videnskabelig havforskning og beskyttelse og bevarelse af havmiljøet.

Der skelnes her imellem en kyststats suverænit^{et} og jurisdiktion. I praksis må det antages at der ikke bliver stor forskel mellem disse to juridiske terminologiske udtryk. I begge tilfælde er der tale om kyststatens eneret. Andre stater kan ikke udøve deres magt indenfor zonen hvis det er i strid med disse beføjelser. Derimod er der ikke tale om at den eksklusive økonomiske zone bliver en del af kyststatens territorium, sådan som forholdet er om søterritoriet, eller at dette kan føre til at ejendomsret opstår. Der er udelukkende tale om eneret til udnyttelse, forvaltning, beskyttelse og bevaring af zonen^s rigdomskilder.

Tre af de nordiske lande, Island, Norge og Danmark, er blandt Europas største fiskerinationer. Bestemmelserne om den eksklusive økonomiske zone bekræfter derfor vigtige rettigheder for dem. Men samtidig må man se på hvilken indskrænkninger der findes på de suveræne rettigheder til fiskeri indenfor zonen.

Først bør nævnes pligten til at sikre gennem passende bevarelses- og administrationsforanstaltninger at opretholdelsen af de levende rigdomskilder ikke bringes i fare ved overudnyttelse. Bestemmelser herom findes i konventionens artikler 61 og 62. Denne bestemmelse er vigtig, fordi vi har i de sidste år set forskellige eksempler på at fiskebestandene er overudnyttet således at de er stærkt formindskede eller udtømte. Dette har rørt fiskeri på det åbne hav,

idet der ingen positiv international lov eller folkeretsregel har eksisteret som forbyder at stater uden for 4 eller 12 sømil, udnytter bestandene så stærkt, til trods for generelle fornuftige argumenter. Denne slags optræden indenfor den eksklusive økonomiske zone er derimod ikke tilladt, idet der lægges vægt på at bestandene og andre rigdomskilder bevares eller genoprettes for at sikre en fornuftig udnyttelse og bestemmelserne er sandelig aktuelle. Foranstaltningerne skal være udformet med henblik på to niveauer, det første som kan give det største vedvarende udbytte under hensyntagen til relevante miljømæssige og økonomiske faktorer, og for det andet den største optimale udnyttelse.

Udtrykket «største vedvarende udbytte» er godt kendt fra tidligere fiskerikonventioner, bl.a. her i Nord-Atlantehavet. Dette indebærer faktisk at fangstmængden skal fastsættes på en sådan måde at den altid kan blive på et niveau der giver det største vedvarende udbytte. Til trods for at forståelsen måske ikke altid har været til stede for det biologiske grundlag for denne målsætning, har den været benyttet som en juridisk målestok og grundlag i internationale konventioner som foran forklaret.

I de senere år har den «største vedvarende udbytte»-grænse mødt nogen kritik hos videnskabsmænd (forskere) som mener at grænsen er for ensidig når det gælder fiskebestandenes bevarelse mod overudnyttelse. Heraf følger, at der lægges størst vægt på det største udbytte men mindre vægt på en naturlig bevarelse eller genoprettelse af bestandene. Det ville være fornuftigere at bruge den største optimale udnyttelse som grundlag, hvor der tages hensyn til andre forhold, som f. eks. fødeudbud i havet, forplantningen, naturlig død, konkurrence mellem fiskarterne og andre økologiske faktorer. Udfaldet af dette bliver, at kyststaten må have begge disse normsætninger i tankerne når den fastsætter fangstmængden i sin eksklusive økonomiske zone i henhold til Havretskonventionens bestemmelser.

2. *Kyststatens pligter*

Konventionens artikel 61 indeholder den bestemmelse at kyststaten skal fastsætte de tilladte fangstmængder af de levende rigdomskilder i sin eksklusive økonomiske zone, jfr. stk. 1. Kyststaten skal, jfr. stk. 2, under hensyntagen til det til rådighed stående bedste videnskabelige materiale, gennem passende bevarelses- og administrations-foranstaltninger, sikre, at opretholdelsen af fiskebestandene i den eksklusive økonomiske zone ikke bringes i fare ved overudnyttelse. I stk. 3 er foreskrevet, at disse foranstaltninger skal være udformet med henblik på at bevare eller genoprette bestandene af udnyttede arter på niveauer som kan give det største vedvarende udbytte.

Målsætningen er fra juridisk side ikke nærmere beskrevet i konventionen, men meningen ligger klar, både miljømæssigt og økonomisk set, og det er i denne belysning som den må fortolkes her. Ser man nærmere på fortsættelsen af stk. 3, løber man dog straks ind i vanskeligheder, idet der til begrebet «største vedvarende udbytte» er knyttet væsentlige nye betingelser, som ikke er tidligere blevet set i internationale konventioner vedrørende fiskeri og fangstmængder. Det største vedvarende udbytte skal nu fastsættes «under hensyntagen til relevante miljømæssige og økonomiske faktorer, herunder de økonomiske behov hos kystfiskersamfund og udviklingsstaters særlige behov, samt under hensyntagen til fiskerimønstre, bestandenes indbyrdes afhængighed og almindeligt anbefalede internationale minimumsnormer, det være sig lokale, regionale eller globale».

Med andre ord bør der nu tages hensyn til mange faktorer som ikke er beslægtede med de biologiske eller økologiske faktorer, når det største vedvarende udbytte fastsættes. Ikke mindst kan nævnes udviklingslandenes behov, hvilket vækker spørgsmålet om det kan retfærdiggøres at bestandene overudnyttes fordi udviklingslandene har særligt behov. Det må beklages at dette videnskabelige udtryk, som står som en af kernebestemmelserne i den nye fiskeriret, er så begrænset og uklart som det viser sig. Der er ikke længere tale om en utvetydig mening og det kan nemt føre til den farefulde situation, at nogen stater fortolker denne bestemmelse efter sit hoved ifølge forskellige interesser fra den ene tid til den anden.

Jeg har her behandlet artikel 61 som handler om kyststatens pligt til at bevare havets levende rigdomskilder. Artikel 62 handler om udnyttelsen af rigdomskilderne. I denne artikel fremsættes en anden målsætning, nemlig at en kyststat skal, med forbehold af artikel 61, fremme den optimale udnyttelse af de levende rigdomskilder i den eksklusive økonomiske zone. Her tilsidesættes normen «det største vedvarende udbytte» og ingen forklaring fremsættes hvordan disse to regler kan falde sammen i en kyststats fiskefangstpolitik. Dette kan øjensynligt føre til vanskeligheder i praksis og føre til konflikter. En tydeligere bestemmelse var at foretrække.

Det er klart at udtrykket «den optimale udnyttelse» henviser til en kyststats pligt ifølge artikel 62, stk. 2, at en kyststat som ikke har kapacitet til at udnytte hele den tilladte fangstmængde, skal med nærmere betingelser give andre stater adgang til overskuddet. Princippet er nemlig at sikre at bestandene hverken underudnyttes eller overudnyttes.

Fra de nordiske landes synsvinkel er det knapt nok sker, at de må give andre stater adgang til at udnytte bestandene i deres eksklusive økonomiske zoner, idet langt de fleste bestande er udnyttet fuldt ud. Der

kunne i denne forbindelse helst være tale om fiskebanker ved Grönland efter at det træder ud af EF.

Med bestandenes vækst kunne dette dog ændre sig. Da opstår spørgsmålet, hvad vil ske hvis kyststaten fastsætter fangstmængden i dens eksklusive økonomiske zone unaturlig lavt eller höjt. Eftersom alle bestemmelser om bevarelse og udnyttelse af fiskebestandene i den eksklusive økonomiske zone ligger helt hos kyststaten, er kyststaten ikke forpligtet til at acceptere indbringelsen til bilæggelse af nogen tvist af denne art, jfr. artikel 297. Heraf følger at faktisk kan en kyststat ikke tvinges til at opfylde de forpligtelser, som artikler 61 og 62 pålægger den. Fiskerinationer kan være tilfredse med denne ordning, men det er helt klart at andre nationer, som er forfordelt, ser dette som en stor mangel i konventionens kapitel om fiskeri.

III. Det åbne hav

Havretskonventionens artikel 116 fastslår at alle stater er berettiget til at lade sine statsborgere drive fiskeri på det åbne hav med forbehold af deres traktatmæssige forpligtelser og selve konventionens bestemmelser. De sidstnævnte begrænsninger omfatter først og fremmest de i kapitel VII, afsnit 2 anførte begrænsninger til frit fiskeri på det åbne hav af forskellige fiskebestande, d.v.s. havpattedyr og anadrome bestande og katadrome bestande, jfr. artikel 116, (b). Disse bestemmelser er noget helt nyt i havretten og der er udsigt til at dette fører til nogen begrænsning af fiskeri af disse bestande. Dette berører bl.a. danskernes og nordmændenes fiskeriinteresser hvad angår laksfiskeri og islændinge og nordmænd hvad angår hvalfangst.

En anden betydelig begrænsning af fiskerifriheden findes i konventionens artikel 117. Denne bestemmelse indebærer pligt for alle stater til at træffe, eller til at samarbejde med andre stater om at træffe sådanne foranstaltninger for deres respektive statsborgere, for bevarelsen af de levende rigdomskilder i det åbne hav. Af dette følger at stater som fisker fra de samme bestande, eller forskellige bestande på det samme område, er pligtige til at træffe foranstaltninger for at bevare de respektive bestande og oprette lokale eller regionale fiskerierorganisationer i dette öjemed. I artikel 119 er anført forskellige punkter som staterne skal være opmærksomme på, når de fastsætter den maksimale fangstmængde og andre besvarelsesforanstaltninger. Blandt disse er pligt til at bevare eller genoprette bestandene af udnyttede arter på niveauer, der kan give det störste vedvarende udbytte. Disse pligter er de samme som gælder angående den eksklusive økonomiske zone, som er beskrevet her foran.

IV. Kontinentalsoklen

1. Fastsættelse af kontinentalsoklens ydre grænser

Definitionen af kontinentalsoklen var et af de sværeste problemer, som blev behandlet på Havretskonferencen, ikke mindst spørgsmålet om hvordan kontinentalsoklen skulle deles mellem stater med kyster, der ligger overfor eller grænser op til hinanden. Bestemmelsen om de ydre grænser er af afgørende betydning for nogle af de nordiske lande, d.v.s. Island, Norge og Danmark (Færøerne, Grønland) idet der er muligheder for at havbundsområder uden for 200 sømil grænserne falder under statens jurisdiktion ifølge denne regel.

I henhold til artikel 76 i konventionen strækker kontinentalsoklen sig altid til en afstand af 200 sømil fra søterritoriets basislinier. Der hvor kontinentalsoklen strækker sig ud over 200 sømil som en naturlig forlængelse af statens landterritorium skal grænsen være lidt ud over yderkanten af kontinentalmargenen, ikke mere end 60 sømil fra foden af kontinentalskråningen eller en anden afstand beregnet ud fra tykkelsen af sedimentsbjergarterne. Dog kan kontinentalsoklens yderpunkter på havbunden ikke ligge mere end 350 sømil fra basislinierne, fra hvilke bredden af søterritoriet måles, eller ikke ligge mere end 100 sømil fra 2.500 meter dybde-kurven. Dette maksimum finder dog ikke anvendelse på undersøiske hævnings, som er naturlige bestanddele af kontinentalmargenen, såsom dens plateauer, forhøjninger, forbjerg, banker og udløbere, dog ikke hvis der er tale om undervandsbjergkæder.

Denne definition i Havretskonventionen på kontinentalsoklens ydre grænser kan have en stor betydning for de nordiske landes interesser. Både islændinge og færinger har tilkendegivet deres interesse for at strække deres kontinentalsokkel til at omfatte Hatton-Rockall området som ligger sydøst for Island uden for Islands 200 sømil grænsen.³

I denne forbindelse kan islændinge fremsætte og bruge følgende argumenter:

Øst-Island og dens naturlige forlængelse, den undersøiske bjergryg Island – Færøerne, fortsætter længere mod syd helt til Hatton og Rockall bankerne. Dette sokkelområde i Nordøst-Atlantehavet sammen med det forlængede område mod syd og sydvest, kan anses som en naturlig (geomorfologisk) forlængelse af Island. Dette sokkelområde burde derfor anses som en del af Islands kontinentalsokkel, hvis man ser bort fra de dele som ligger indenfor Færøernes, Storbritanniens og Irlands eksklusive økonomiske zone.

³ Se Altingets resolution af 14. marts 1983 om forhandlinger med andre stater om Rockall-sagen.

For så vidt angår Færøerne kan det påstås, at margenen af den færøiske kontinentalsokkel ligger på Faroe Bank Channel. Hvis dette var rigtigt, kunne Færøernes kontinentalsokkel ikke strække sig ud over 200 sømil. Men det kan også fremføres, at foden af kontinentalskråningen ligger meget længere mod syd-vest. Ved at benytte de undersøiske hævnings (forhøjninger, forbjerger) som ligger mellem Færøerne og Hatton-Banken kan færingerne strække sig langt syd for området og stille krav til den største del af Hatton-Rockall området, i det mindste en afstand på 100 sømil ud for 2.500 meter dybdekurven. Disse aspekter har endnu ikke været undersøgt i dybden og ingen forhandlinger er påbegyndt mellem de pågældende stater. Faktisk har Storbritannien i en forordning, udstedt i 1974 på grundlag af Continental Shelf Act af 1964, erklæret sine rettigheder til havbunden på den største del af Rockall området.⁴ Danskere på færingeres vegne har protesteret i december 1974 og endvidere irlændere. Storbritannien indlemmede klippeblokken Rockall i det britiske rige allerede i året 1955 og har sidenhen gjort krav til kontinentalsokkelrettigheder ud fra øen på grundlag af bestemmelser i Genevekonventionen af 1958 som tillader denne slags krav. Klipper som ikke kan danne grundlag for menneskelig beboelse eller eget økonomisk liv har ingen kontinentalsokkel jfr. artikel 121, stk. 3 i Havretskonventionen. Netop denne kendsgerning kan være årsag til at Briterne udsætter ratifikation af Havretskonventionen.

2. Afgrænsning af kontinentalsoklen mellem stater

Havretskonferencen havde problemer med at opnå enighed om de regler hvorefter afgrænsning af kontinentalsoklen mellem stater med kyster der ligger overfor eller grænser op til hinanden, skulle ske. Et særligt forhandlingsudvalg, Negotiating Group 7, blev nedsat, hvor finnen E. Manner, præsiderede, for at udarbejde en løsning. Præsidentens indsats bidrog i høj grad til at en løsning blev fundet på problemet, som staterne stort set kunne forsones sig med.

Det var især to grupper af stater som stod skarpt over for hinanden. På den ene side var stater som favoriserede brug af midterlinie ved afgrænsning af kontinentalsoklen mellem stater. Spanien stod i spidsen for denne gruppe. På den anden side var stater som var imod midterlinieafgrænsningen men ville derimod løse problemet på grundlag af behørig hensyntagen til retfærdige principper og efter forholdene i hver enkelt sag. Den sidstnævnte gruppe af stater blev ledet af Irland.

4 E.D. Brown, *Rockall and the Limits of National Jurisdiction of the U.K.*, *Marine Policy*, Vol. 2. No. 4. 1978, s. 290-294.

Den kompromisløsning som til sidst blev fundet på konferencen og står som konventionens artikel 83, bærer større præg af de idéer den sidstnævnte gruppe fremsatte, iøvrigt er alle henvisninger til et midterliniesystem blevet streget ud. Artikel 83, stk. 1 er sålydende:

«1. Afgrænsningen af kontinentalsoklen mellem stater med kyster, der ligger overfor eller grænser op til hinanden, skal med henblik på at nå en retfærdig afgørelse ske ved aftale på grundlag af folkeretten, som nævnt i artikel 38 i statuten til Den internationale Domstol.»

Når denne tekst i konventionen betragtes nærmere viser det sig at kompromisløsningen fandt frem ved at stryge alle henvisninger til de modsatte synspunkter og tage op i stedet en generel klausul, som stort set har et intetsigende indhold, som alle kunne nogenlunde blive enige om. Stor vejledende værdi findes ikke i den almindelige regel, at en tvist mellem stridende parter bør løses på grundlag af folkerettens principper om at en retfærdig løsning opnås, især når man har i tankerne at dette handler om et af de sværeste problemer på havrettens område, sådan som det klart viser sig i *North Sea Continental Shelf* sagerne for Den internationale Domstol i Haag.

Denne artikel er derfor en skuffelse på grund af sin indholdsmangel og vil sandsynlig føre til at flere tvister og vanskeligere tvister opstår angående kontinentalsoklens grænser end der ellers ville være. Faktisk indebærer artiklens udtryksmåde at man ikke kan komme til nogen materiel løsning om en utvetydig ny folkeretsregel på dette område. Derfor kan det antages at stridigheder om kontinentalsoklens grænser fortsat vil opstå. Ved bilæggelse af disse tvister må der tages hensyn til *North Sea Continental Shelf* sagerne og internationale voldgiftskendelser.

I denne forbindelse kunne også afgørelsen fra mæglingskommissionen i tvisten mellem Island og Norge om kontinentalsoklens grænse mellem Jan Mayen og Island, have en vis betydning, men begge staters regeringer bifaldt afgørelsen, der indebærer til dels fælles udnyttelse, i en aftale af 2. juni 1982. Det bør fremhæves her, at selv om Havretskonventionen generelt forventer en bindende bilæggelse af tvister, findes der nogen undtagelser. Blandt disse er tvister om kontinentalsoklens grænser mellem stater med kyster der ligger overfor eller grænser op til hinanden, jfr. artikel 298(a)(i). Tvister af denne art skal indbringes for en mæglingskommission, men dennes afgørelse har ikke en bindende virkning.

Det er ganske givet at i fremtiden vil artikel 83 blive sat på en hård prøve. Denne artikel har betydning i flere tilfælde for nordiske interesser. Her kan bl.a. nævnes tvist mellem Norge og Sovjetunionen om kontinentalsoklens

grænser i Barentshavet, grænserne mellem Island og Grönland, hvor midterlinien gælder nu, mellem Jan Mayen og Grönland, grænserne i Östersöen og fastsættelse af kontinentalsoklen på Hatton-Rockall området, hvor færinge og islændinge har interesser at varetage.

V. Fiskeri og bevarelse af vandrende arter

Den største del af fiskefangsten foregår i staters eksklusive økonomiske zoner hvor op til 90% af den samlede fangst i verden bliver hentet. Administration og bevarelse af bestandene påhviler først og fremmest kyststaten, som selv kan bestemme foranstaltningerne og bærer ansvaret for administration og bevarelse af fiskebestandene på sit område. Denne omfattende magt indebærer en vis fare, sådan som tidligere er beskrevet, både hvad angår overudnyttelse af bestandene inden for den eksklusive økonomiske zone og underudnyttelse hvis det største vedvarende udbytte fastsættes for lavt.

Her møder man et andet problem, som drejer sig om fiskeri af bestande der vandrer mellem to eller flere kyststaters eksklusive økonomiske zone eller både indenfor den eksklusive økonomiske zone og i et område udenfor og tilstødende denne. For at sikre at disse bestande ikke overudnyttes må der fastsættes særlige regler.

Her kommer vi til et spørgsmål som er af væsentlig betydning for de nordiske lande. Forskellige fiskebestande er af en vandrende art som vandrer mellem nogle af de nordiske landes eksklusive økonomiske zone eller disse og andre staters eksklusive økonomiske zone og hvor de forskellige udnytter disse arter. Her kan nævnes lodde, kulmule, rödfisk, torsk, sej og den norsk-islandske sildebestand, som i de sidste år ikke har vandret ud af den norske eksklusive økonomiske zone. Dette gælder endvidere for fiskerispørgsmål i Nordsöen.

Havretskonventionens artikel 63 foreskriver, at hvor samme bestand eller bestande af beslægtede arter forekommer inden for to eller flere kyststaters eksklusive økonomiske zone, skal disse stater söge at nå til enighed om de nödvendige foranstaltninger med henblik på at koordinere og sikre bevarelsen og udviklingen af sådanne bestande, enten direkte eller gennem passende lokale eller regionale organisationer.

Her er der tale om en direkte pligt for de pågældende stater, som de må efterkomme med gensidige interesser i tankerne. Af dette følger at to eller flere kyststater må samarbejde med henblik på udnyttelsen af en fælles bestand i hver enkelt eksklusive økonomisk zone, og derfor kan kyststaten ikke i dette

tilfælde træffe ensidig beslutning om fiskeriforanstaltninger som det ellers kunne.

Sagen bliver endnu vanskeligere når det drejer sig om bestande som forekommer både indenfor den eksklusive økonomiske zone og i et område udenfor og tilstødende zone. Artikel 63, stk. 2 pålægger kyststaten og staten som driver fiskeri af sådanne bestande i det tilstødende område pligt til at nå til enighed om bevarelsesforanstaltninger af disse bestande i det tilstødende område. Her nævnes intet om fælles foranstaltninger angående bestandene inden for den eksklusive økonomiske zone: Der hviler derfor ingen pligt på kyststaten at samarbejde med de stater, hvis statsborgere driver fiskeri i det tilstødende område, angående de foranstaltninger som kyststaten træffer i den eksklusive økonomiske zone og åbenbart påvirker bestanden i områdets tilstødende zone. Denne mangel af koordinerede foranstaltninger kan føre til problemer på samme måde som en brist på aftale om bevarelsesforanstaltninger i den tilstødende zone kan have en skadevirkning på bestanden når den kommer ind i den eksklusive økonomiske zone.

Når der er tale om sådanne vandrende arter, er det indlysende at kyststatens bestemmelse om overskuddet af bestandens tilladte fangstmængde, jfr. artikel 62, må bygge på hvor stor den totale fangstmængde anses for at måtte være på bestandens vandreområde, både i den eksklusive økonomiske zone og de tilstødende områder (TAC).⁵ Manglen på sådanne fælles bestemmelser i konventionen må beklages. Her bør da tages hensyn til konventionens artikel 119 om bevarelse af de levende rigdomskilder i det åbne hav. Det forudsættes at de tilladte fangstmængder fastsættes, såvel i det åbne hav som i den eksklusive økonomiske zone og dette er noget nyt i havretten. Her må de berørte stater, som har fælles interesser i fiskeriet, bestemme den tilladte fangstmængde under hensyntagen til (a) fiskeri af bestanden inden for den eksklusive økonomiske zone og (b) andre staters fiskeri af bestanden i det åbne hav.

VI. Fiskeri og bevarelse af laksebestanden

Der findes bemærkelsesværdige nyheder i Havretskonventionen hvad angår fiskeri og bevarelse af anadrome bestande, hvor laksfisk er de vigtigste. Det drejer sig her om vandrende arter som udklækkes og vokser op i floder

5 G. Sætersdal, Problems of managing and sharing the fishery resources under the new ocean regime, COFI/77/INFII.

hvorefter de tager ud i havet, opholder sig der, hvorefter de tager tilbage til deres tidligere hjemsted for at lægge rogn.

Mange steder i verden er der opstået tvister vedrørende lakseyngel mellem kyststater på den ene side hvor laksebestanden vokser op, og på den anden side stater som fisker laks i det åbne hav. Blandt de nordiske lande gör norske og islandske interesser sig gældende for dem som kyststater, som ønsker at laksfiskeri i det åbne hav begrænses, hvorimod danskere, færinger og grønlandere har interesser som laksfiskenationer i det åbne hav. Færøernes gennemsnitsfangst i de sidste år har været ca. 625 ton laks årligt. Dette er for største delen, eller udelukkende laks, som er vokset op i floder i nabostater. Islandske myndigheder har fremsat protest mod dette fiskeri, idet der har været svigtende fiskeri i islandske lakselve, på samme måde som i lakselve i Norge, Skotland og Irland. For nylig trådte i kraft Convention for the Conservation of Salmon in the North Atlantic Ocean af 2. marts 1982, der sigter mod en løsning af dette problem. I henhold til konventionens bestemmelser er det forbudt for de kontraherende stater at fiske laks uden for deres søterritorium med undtagelse af Færøerne, som kan fiske inden for den 200 sømils eksklusive økonomiske zone og Grønland, som kan fiske på et begrænset område uden for 12 sømils søterritoriet.

Havretskonventionens artikel 66 tager sigte på at løse de problemer som knytter sig til fiskeri af anadrome bestande, først og fremmest laksebestanden. Der er tale om et kompromis, hvor der både tages hensyn til de stærke interesser som de stater har, hvor bestandene har deres oprindelse og er vokset op i, og endvidere til de stater som i mange år har drevet fiskeri i det åbne hav.

Det er staten, hvor bestanden har sin oprindelse, som bærer hovedansvaret for administrationen og bevarelsen af laksebestandene. Det hovedprincip gælder ifølge artikel 66, at fiskeri af laksebestande *kun* må drives i farvande som ligger inden for de ydre grænser af den eksklusive økonomiske zone, undtagen i tilfælde hvor denne bestemmelse vil medføre økonomisk forstyrrelse for en anden end oprindelsesstaten. De pågældende stater skal til stadighed afholde konsultationer med henblik på at nå til enighed om vilkår og betingelser for sådant fiskeri, under behørig hensyntagen til kravene om bevarelse og oprindelsesstaternes behov for disse bestande.

Desuden gælder den hovedregel i artikel 66, stk. 2 at oprindelsesstaten skal sikre bevarelsen af disse bestande gennem indførelse af passende reguleringsforanstaltninger for fiskeri i farvande, som ligger inden for de ydre grænser af den eksklusive økonomiske zone og for fiskeri uden for dette område. Den betydningsfulde regel er endvidere fremsat, at oprindelsesstaten kan, efter

samråd med de stater som har drevet låksefiskeri i det åbne hav, fastsætte maksimalt tilladte fangstmængder for bestande, som har deres oprindelse i dens floder.

Med denne vigtige bestemmelse er oprindelsesstaten sikret en vigtig ensidig ret til at begrænse – eller muligvis forbyde helt – laksefiskeri som andre stater driver i det åbne hav eller inden for de ydre grænser af den eksklusive økonomiske zone, hvis det findes påkrævet. Dette er en interessant nyhed som sikrer laksebestandenes bevarelse og udnyttelse i fremtiden. Argumenterne for denne nye regel er iøjnefaldende. De stater hvor der findes laksefloder har investeret kapital og brugt mange midler til at opdrætte laks, på yngelvækst og udslipning, og desuden truffet foranstaltninger til at forebygge forurening i floderne. Det er derfor naturligt at denne slags investering får en vis lovmæssig beskyttelse. Fremmede staters ubegrænsede laksefiskeri i det åbne hav eller af bestandene i deres eksklusive økonomiske zone kan forvolde et stort tab for oprindelsesstaten, sådan som eksemplet i Nordøst-Atlantehavet i de sidste år her foran viser. Man har fundet frem til en fornuftig ordning her. De stater som ikke er oprindelsesstater imødekommes i den grad, at de får tilladelse til fortsat at drive fiskeri, hvis forbudet ville medføre en økonomisk forstyrrelse.

Laksebestande som har deres oprindelse i floder i Norge og Island er blevet udnyttet i temmelig stor grad i de sidste år, især efter 1980. Denne nye bestemmelse i Havretskonventionen vil skabe mulighed for begrænsning og bedre administration af dette fiskeri når tiden kommer. Det er livsvigtigt, idet der er store planer påtænkte om opdræt af laksebestande i havet, især ved Island, men det er en forudsætning for at dette kan ske, nemlig at laksen ikke bliver overudnyttet i det åbne hav eller i andre staters eksklusive økonomiske zone. Nævnte bestemmelser i Havretskonventionen er derfor af afgørende betydning for Norden.

VII. Beskyttelse og bevarelse af havmiljøet

Det er nu for første gang, ved Havretskonventionens bestemmelser, som folkeretten giver internationale regler der strækker sig over alle verdenshavene og beskytter dem mod forurening og andre skadelige miljømæssige påvirkninger. Konventionens kapitel XII handler om beskyttelse og bevarelse af havmiljøet. Indtil nu har der udelukkende været tale om regionale traktater, som f. eks. den nordiske miljøværns-konventionen der trådte i kraft den 5. oktober 1976 og Oslo-konventionen om anti-dumpning fra 1972 eller aftaler på begrænsede områder, selv om den omfattede alle havene, som f. eks. London-

konventionen om beskyttelse mod dumpning af affaldsstoffer i havet af 1972.

Den indledende bestemmelse i kapitel XII, artikel 192 beskriver den almindelige forpligtelse, at staterne er forpligtede til at beskytte og bevare havmiljøet. Selv om den ikke er nærmere defineret, må det anses at dette omfatter alle jurisdiktioner, helt fra søterritoriet og havbugter til det åbne hav. Artikel 194 beskriver staternes yderligere forpligtelse til at forebygge, formindske og kontrollere forurening af havet fra enhver kilde. Endvidere påhviler det dem at træffe alle nødvendige foranstaltninger til at sikre at aktiviteter under deres jurisdiktion eller kontrol udføres på en sådan måde, at de ikke påfører andre stater eller disses miljø skade ved forurening, samt at forurening som skyldes aktiviteterne ikke breder sig ud for de områder, hvor de udøver deres suveræne rettigheder.

Andre bestemmelser i kapitel XII foreskriver pligt for stater til at indføre lovbestemmelser om at forebygge, formindske og kontrollere forurening af havmiljøet og samarbejde regionalt for at samordne indsatsen på dette område og udarbejde internationale regler, normer, anbefalet fremgangsmåde og procedurer herom.

De enkelte bestemmelser omfatter bestemte årsager for forurening. Artikel 207 handler om forurening af havmiljøet fra landbaserede kilder, især giftige, skadelige eller ødelæggende stoffer. Artikel 208 handler om forurening fra aktiviteter på havbunden, der er underkastet den pågældende stats jurisdiktion, artikel 210 om forurening ved dumpning, artikel 211 om forurening fra skibe og artikel 212 om forurening fra eller gennem luften. I artikel 194 nævnes en række foranstaltninger som stater skal træffe med henblik på at forebygge, formindske og kontrollere forurening af havmiljøet. Blandt disse kan nævnes regler for skibes design, konstruktion, udstyr og drift.

Et ganske vigtigt punkt i denne forbindelse er hvorledes og af hvem disse regler bliver kontrolleret når det drejer sig om fremmede skibe. Kyststaten kan effektivt udøve sin jurisdiktion over skibe, som fører deres eget flag. (Flag state jurisdiktion).

Kyststaten er berettiget til at vedtage love og forordninger for deres eksklusive økonomiske zone med henblik på forebyggelse, formindskelse og kontrol af forurening fra skibe, jfr. artikel 211, stk. 5. De bør dog være i overensstemmelse med almindeligt accepterede internationale regler og normer fastsat af den kompetente internationale organisation. Fremmede stater må efterkomme kyststatens regler og normer. Kyststaten kan med andre ord ikke pålægge fremmede skibe strengere forpligtelser i sin eksklusive økonomiske zone end der er internationalt accepterede. Dette er et værn mod kyststatens tænkbare magtmisbrug.

Dumpning af affaldsstoffer i den eksklusive økonomiske zone er ikke tilladt, undtagen det sker med tilladelse fra kyststatens kompetente myndighed.

Hvad håndhævelsesjurisdiktionen angår, er det kyststaten som håndhæver reglerne om dumpning af affaldsstoffer i dens eksklusive økonomiske zone og angående fremmede skibes øvrige overtrædelser der, jfr. artikel 216. Flagstaten skal iøvrigt kontrollere at forureningsbestemmelserne i konventionen iagttages. Artikel 218 handler om håndhævelse fra havnestaternes side over fremmede skibe når de befinder sig frivilligt i en stats havn eller ved en off-shore terminal.

Den slutning kan drages, at Havretskonventionens bestemmelser om beskyttelse og bevarelse af havmiljøet og beskyttelse mod forurening er en signifikant mærkepæl og nyttig nyhed i folkeretten. De er en løsning på en presserende nødvendighed og livsvigtige for de stater som bygger på udnyttelsen af havets levende rigdomskilder. De nordiske lande er blandt disse stater. Desuden råber den stadig voksende udnyttelse af olie og naturgas fra havbunden, såvel i Nordsøen som andre steder rundt om i verden, på nye og fyldigere bestemmelser om havmiljøets beskyttelse mod forurening.

VIII. Det internationale Havbundsområde

Den ledende idé bag havrettens revision var, som tidligere beskrevet, forslag om at havbundsområdet uden for staternes jurisdiktion blev erklæret en fælles arv for menneskeheden. Disse idéer blev godkendt som kapitel XI i Havretskonventionen og indeholder en fuldstændig ændring af havbundens retsstilling. Disse bestemmelser sammen med bestemmelserne om den eksklusive økonomiske zone og kontinentalsoklen er utvivlsomt de vigtigste nyheder i den nye havret som konventionen indeholder.

Tidligere var retsstillingen af havbunden uden for staters søterritorium anset som *res communis* på samme måde som det åbne hav.⁶ Dette område og dets rigdomskilder erklæres nu som menneskeheden fælles arv (artikel 136) under international kontrol.

Områdets grænser er 200 sømils grænsen af den eksklusive økonomiske zone eller kontinentalsoklens ydre grænser hvis de er mere vidtgående, jfr. nærmere definition i konventionens kapitel VI om kontinentalsoklen. Når der tales om rigdomskilderne i det internationale havbundsområde, omfatter de navnlig mineraler, olie og gaskilder, som findes på eller under havbunden.

⁶ C. J. Colombos, *International Law of the Sea*, Fourth Edition 1959, s. 61.

Levende rigdomskilder, fisk og sødyr, tilhører derfor rigdomskilderne i det åbne hav. Alle stater kan derfor frit udnytte den i overensstemmelse med bestemmelserne i kapitel VII om det åbne hav. Havets retsstilling over det internationale havbundsområde og lufrummet står derfor uændret. Idet den maksimale udnyttelse af havbunden åbenbart kan have skadelig virkning på den økologiske havbalance og havmiljøet, findes der forskellige bestemmelser i havbunds-kapitlet om beskyttelse af havet og dets rigdomskilder mod forurening og andre skadelige virkninger (artikel 145).

Der oprettes en international myndighed over havbunden, Den internationale Havbundsmyndighed, (Myndigheden), som er en ny organisation knyttet til De forenede Nationer. Indtil konventionen træder i kraft og Myndigheden påbegynder sit arbejde, arbejder en særlig forberedelseskommission, som blev oprettet ved Havretskonferencens resolution, og alle stater kan tilslutte sig.

Den internationale Havbundsmyndighed har følgende råd og organer:

- (1) *Forsamlingen*. Forsamlingen består af alle medlemmer af Myndigheden. Forsamlingen fastlægger den generelle politik angående havbunden.
- (2) *Rådet*. Rådet består af 36 medlemmer og er Myndighedens udøvende organ. Under Rådet oprettes en økonomisk og planlægningskommission og en juridisk og teknisk kommission (artikel 163).
- (3) *Sekretariat*.
- (4) *Produktionsselskabet*. Dette er det organ under Den internationale Havbundsmyndighed som direkte gennemfører aktiviteter i området.
- (5) *Havretsdomstolens særlige havbundsafdeling*. Den har sit sæde i Hamborg, og har som opgave at bilægge tvister mellem deltagende stater og mellem stater og den nye Myndighed om havbundsaktiviteter.

Det er et grundlæggende princip i havbundsbestemmelserne at aktiviteter i Området udføres til fordel for menneskeheden, som det hedder i artikel 140. De finansielle og andre økonomiske goder, der hidrører fra aktiviteter i Området skal fordeles af Myndigheden mellem staterne med særlig hensyntagen til interesser og behov hos udviklingslande samt hos befolkninger, der ikke har opnået fuld uafhængighed eller andre selvstyrende stater, som er anerkendt af De forenede Nationer i overensstemmelse med generalforsamlingens resolution 1514 (XV). Der vil blive oprettet et dobbeltsidigt aktivitetssystem. Stater og enkelte fysiske eller juridiske personer kan være ansøgere og vælge om de betaler et produktionsgebyr som beregnes som en procentdel af markedsværdien af de bearbejdede produkter (5–12%) eller yde sit økonomiske bidrag til Myndigheden ved betaling af en kombination af et produktionsgebyr og en andel af nettoudbyttet. Det forudsættes desuden at Produk-

tionsselskabet selv kan stå for udvinding og produktion for egen regning når det har skaffet sig tilstrækkelige økonomiske midler og teknisk viden.

Det var stater i den tredje verden som gik i spidsen ved udformningen af de nye retsbestemmelser om havbundsområdet og produktionen der. Det var meget vanskeligt at komme overens med de udviklede stater i Europa og Amerika om disse forhold, men disse stater samt Japan er i dag de eneste stater som er i besiddelse af tilstrækkelig teknisk viden til at udvinde mineraler fra havbunden. Mange af disse lande har svært ved at forsones sig med disse bestemmelser i konventionen og her står De forenede Stater forrest, idet de enkelte staters frihed til at udnytte rigdomskilder i verdenshavens havbunde nu bliver afskaffet og derved forsvinder den mulighed for fortjeneste som sådan udvinding kan indbringe.

Det bør i denne forbindelse iagttages at de nye regler om kontinentalsoklens grænser fører til, at de fleste områder som er indholdsrigest af olie og gas ligger indenfor kontinentalsoklens grænser på samme måde som ca. 90% af fiskerigdomskilderne falder indenfor den eksklusive økonomiske zone. Alligevel drejer det sig om store metalrigdomsforekomster, ikke mindst såkaldte mangan noder, som forekommer bl.a. på Stillehavets havbund i store mængder.

I denne forbindelse kan det spørgsmål fremsættes, om denne udvikling vedrørende havbundens retsstilling senere hen fører til, at der fremsættes krav om at det åbne havs levende rigdomskilder over Det internationale Havbundsområde bliver erklæret som menneskehedens fælles arv og henlagt under international kontrol.

Når Havretskonventionens havbundskapitel betragtes med nordiske interesser for øjne, viser det sig at dens bestemmelser kun i ringe grad berører den del af verden hvor Norden ligger. Den allerstørste del af disse områder ligger indenfor disse staters kontinentalsokkels grænser. Det er kun på et begrænset område mellem Island og Jan Mayen og Norge, hvor der kan være tale om et internationalt havbundsområde.

IX. Havrettens fremtidige udvikling

Endnu kan det ikke med sikkerhed fastslås hvornår Havretskonventionen træder i kraft, men det sker når 60 stater har ratificeret den. Nogle år vil sikkert passere inden det sker. Enkelte stater, som f. eks. USA har erklæret at de ikke kommer til med at ratificere konventionen. Det er sandsynligt at Storbritannien heller ikke vil tiltræde konventionen i den nærmeste fremtid.

Det samme gælder for de stater som stemte imod konventionen eller undlod at deltage i afstemningen. Det er indlysende at konventionens virkning bliver mere begrænset end ellers, idet to stormagter står uden for og holder sig til de ældre folkeretsregler. Dette kan føre til alvorlige konflikter mellem stater eller enkelte stater og den nye internationale Havbundsmyndighed, ikke mindst når det gælder aktiviteter på havbunden. Frihed til udforskning og udnyttelse af rigdomskilder på havbunden og beskyttelse af det allerede investerede kapital i den forbindelse er netop hovedgrunden til modstanden hos De forenede Staters regering overfor denne nye internationale konvention.

Men vi støder også på andre problemer. Bl.a. spørgsmålet om retstilstanden i perioden indtil konventionen træder i kraft. Hvilke retsregler skal anvendes i indeværende periode, f. eks. om kontinentalsoklens ydre grænser, små øers kontinentalsokkel, havets beskyttelse eller havbundsaktiviteter? Svarene er ikke simple og det er juridisk set interessant at fundere over disse problemer. Nogle af konventionens bestemmelser er allerede blevet *lex lata* medens andre stadigvæk er *de lege ferenda*. Men hvor bør grænsen trækkes? Dette vil blive genstand for mange juridiske fortolkninger i de følgende år. Men det er en sikker kendsgerning, at udarbejdelsen af Havretskonventionen er et vigtigt skridt til udvidet internationalt samarbejde og fredelige forhold mellem stater indenfor et område som ialt dækker over 70% af jordklodens overflade.

Kildefortegnelse:

J. R. Stevenson & B. H. Oxman, The Preparations for the Law of the Sea Conference, 68 American Journal of International Law 1 (1974). The Third United Nations Conference on the Law of the Sea. The 1974 Caracas Session, 69 AJIL 1 (1975); – The 1975 Geneva Session, 69 AJIL 763 (1975); and Oxman, The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The 1976 New York Session, 71 AJIL 247 (1977) – The 1977 New York Session, 72 AJIL 57 (1978) – The Seventh Session (1978), 73 AJIL 1 (1979); – The Eighth Session (1979), 74 AJIL 1 (1980); – The Ninth Session (1980), 75 AJIL 211 (1981). – The Tenth Session (1981) 76 AJIL 1 (1982).

S. P. Balasubramanian, Fishery provisions of the ICNT. Part I., Marine Policy, Vol. 5, 1981, 313–321 og Part II. *ibid.* 27–42.

T. A. Clingan, The Changing Global Pattern of Fisheries Management. Lawyer of the Americas, Vol. 10, 1978, 658–684.

E. D. Brown, Delimitation of offshore areas. Marine Policy, Vol. 5. 1981, 172–184.

E. D. Brown, Rockall and the limits of national jurisdiction of the U. K., Marine Policy, Vol. 2, No. 3, 1978, 181–211 and Part 2, *ibid.*, Vol. 2. No. 4, 1978, 275–287.

E. D. Brown, The continental shelf and the exclusive economic zone: the problem of delimitation at UNCLOS III. Maritime Policy and Management, Vol. 4, No. 6, 1977, 377–408.

F. A. Eustis III., Methods and Basis of Seaward Delimitation of Continental Shelf Jurisdiction, Virginia Journal of International Law, Vol. 17, No. 1. 1976, 107–119.

G. R. Feuler, Delimitation of Continental Shelf Jurisdiction Between States: The Effect of Physical Irregularities in the Natural Continental Shelf. Virginia Journal of International Law, Vol. 17, No. 1, 1976. 77–105.

W. Vitzhum og R. Platzöder, The United Nations Convention on the Law of the Sea: The Pros and Cons. Law and State, Vol. 28, 32–41.

Beiträge zur Dritten Seerechtskonferenz der Vereinten Nationen, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Vol. 38/3–4, 1978.

C.de Klemm, Conservation and the New Informal Composite Negotiating Text of The Law of the Sea Conference. Environmental Policy and Law, Vol. 4, No. 1, 1978, 2–17.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Bjørg Ven

Forhandlers og mellommenns
stilling ved avtalens opphør

Innhold

	Side
I. Innledning – presisering	427
II. De aktuelle typer mellommenn	428
1. Handelsagenter	428
2. Eneforhandlere	429
3. Kommissjonærer	430
III. Foreliggende problemstillinger	430
IV. Gjeldende rett	430
1. Lovvalgsspørsmålet	431
2. Adgangen til oppsigelse – oppsigelsesfrister	431
3. Krav på erstatning/avgangsvederlag	432
4. Konkurransforbud	438
5. Rett til varemerke	438
6. Europa forøvrig	438
V. Vurderinger	440
1. Handelsagenter/kommissjonærer	441
2. Eneforhandlere	443
VI. Teser	448

Forhandleres og mellommenns stilling ved avtalens opphør

Av advokat BJØRG VEN, Norge

I. Innledning – presisering

Under det 25. Nordiske Juristmøte i Oslo i 1969 ble emnet «Eksklusiv-avtaler mellom produsenter og mellomhandlere» behandlet. Den gang pågikk revisjonsarbeidet med de nordiske kommisjonslover for fullt, og drøftelsen under Juristmøtet gikk også da til en viss grad inn på vårt emne – problemene ved avtalens opphør.

Det nordiske lovsamarbeidet førte til at det ble gjennomført lovendringer med bedre oppsigelsesvern for handelsagenter/kommisjonærer/reisende i den norske kommisjonslov i 1973, og i den svenske kommisjonslov i 1974. I Finland ble det innført en ny agentlov med tilsvarende bestemmelser i 1975. Danmark, som også var med på lovsamarbeidet, har foreløpig lagt forslaget på is i påvente av det arbeid som skjer med harmoniseringen innenfor EEC på dette felt. Stillingen er altså at vi har ens regler i Finland, Norge og Sverige for agents og kommisjonærs vedkommende. I Island og Danmark finnes ingen lovregulering. For eneforhandlere er det ikke lovgivning i noen av de nordiske land.

De nye lovreglene for agenter og kommisjonærer har nå fått virke i ca. 10 år, og det kan da være av interesse å se på hvor man står i dag på dette felt. Tittelen på emnet er i seg selv svært omfattende og nødvendiggjør noen avgrensninger. Jeg finner det for det første naturlig å begrense diskusjonen til varehandelen, og den type mellommenn av mer varig karakter som i praksis forekommer der: nemlig forhandlere, agenter og kommisjonærer. De selvstendige handelsreisende vil rettslig sett komme i samme stilling som agenter ved opphør av avtalen, og noen egen behandling av disse skulle derfor være unødvendig. Jeg bruker begrepet distributør som en fellesbetegnelse på de mellommenn som behandles. Reisende ansatt i hovedmannens tjeneste, faller utenfor fremstillingen. Det samme gjelder forsikringsagenter, meglere, speditører og andre typer mellommenn.

Av forhandlere er det eneforhandleren som har krav på spesiell oppmerksomhet i vår sammenheng, fordi det er i eneforhandlerforhold at avtalens opphør særlig kan bli problematisk.

Avtalens opphør kan skyldes ulike forhold, så som dødsfall, konkurs eller akkord, mislighold eller oppsigelse. Det er først og fremst hovedmannens adgang til oppsigelse og virkningene av slik oppsigelse som vil bli behandlet i dette referat. Mellommannens oppsigelse er mindre vanlig. Den kan nok også i enkelte tilfeller skape problemer, men disse vil normalt være av en annen karakter, og de holdes utenfor fremstillingen.

II. De aktuelle typer mellommenn

Mellommennene utgjør et viktig ledd i vareomsetningen. Deres oppgave er å virke for avsetning av produsentens varer. Omsetningsgrunnlaget er ofte til å begynne med så lite at det ikke er regningssvarende for produsenten å gå inn med eget salgsapparat. Produsenten vil derimot kunne dra nytte av en lokal distributør, med de kunnskaper og kontakter han besitter. Det kan være lønnsomt å selge gjennom mellommenn inntil omsetningen har nådd et visst nivå, for så selv å overta. Heri ligger paradokset i mellommannens stilling; hvis han er flink til å innarbeide produktet, løper han en risiko for å miste kontrakten. Dette er en utvikling man særlig har sett når utenlandske produsenter ønsker å komme inn på våre markeder. De knytter først forbindelse med en innenlandsk distributør og etablerer etter noen år eget selskap når markedet er tilstrekkelig opparbeidet.

Det har i de senere år vært en tendens i retning av større innenlandske konsentrasjoner på produsentsiden, i Norge spesielt i næringsmiddelindustrien, noe som har gjort agentene overflødige fordi produsentene bygger ut egne salgsapparater. I konkurranseutsatte næringer kan det dessuten være av betydning for produsentene å ha direkte kontakt med detaljistene for å få førstehånds impulser om markedet. På innkjøpssiden har det også skjedd konsentrasjoner som gjør mellomleddet mindre nødvendig. På den annen side opplever man en økning av importen og importagenturer som gjør at det totalt sett er en viss økning på mellommannsleddet.

Jeg vil se litt nærmere på de typer mellommenn jeg skal behandle, og hvordan disse fungerer i praksis.

1. Handelsagenter

Den typiske agent opptrer i hovedmannens navn som dennes representant, innhenter ordrer fra kundene og sender disse til hovedmannen for aksept og effektivisering. Han er altså en ren formidler. Ofte vil agenten ha fullmakt til selv å slutte bindende avtaler. Av og til formidler han også betaling fra kunde

til prinsipal. Agentfirmaene i Norden er gjerne små, i Norge med et gjennomsnitt på 2–3 ansatte. Som nevnt foran gjelder deres virksomhet stadig mer import. 60% av totalt antall representasjoner i Norge i dag er for utenlandske hovedmenn.

Det er videre en klar tendens blant agenter til øket salg i egen regning, idet mellommennene etter hvert opererer mer dels som agent og dels som forhandler. Dette merkes særlig i industri- og tekstil-bransjen. På grunn av konkurransen er det nødvendig med lagerhold som gir kortere leveringstid. Mellommannen kan dessuten ved salg i egen regning selv styre det konkurransemoment som ligger i hvilke betalingsvilkår kundene kan tilbys. En annen trend er en forskyvning av agenter arbeid til mer salgsfremmende innsats i form av markedsføring og reklame.

Agenter lønnes vanligvis på provisjonsbasis, og satsene varierer gjerne fra ca. 5 til 30%.

2. Eneforhandlere

Forhandleren selger i eget navn for egen regning, som en vanlig grossist. Eneforhandleren særkjennes ved at han har eneretten til å kjøpe og distribuere produsentens varer i et visst område. Eneretten kan gjelde hele landet, noe som ikke er uvanlig i forhold til utenlandske hovedmenn, eller for regioner innenfor landets grenser.

Eneforhandleren har plikt til aktivt å arbeide for markedsføring og omsetning av hovedmannens produkter, noe en ordinær grossist ikke har. Som motstykke til eneretten vil han som oftest ikke ha anledning til å føre konkurrerende produkter, hvilket gjør avtalen eksklusiv begge veier. Avtalen er gjerne av varig karakter, slik at eneforhandlerens innsats ikke utelukkende er knyttet til det enkelte salg, men også skjer med henblikk på å fremme fremtidige salg. Også eneforhandleren vil i stor utstrekning ha rapporteringsplikt til hovedmannen, og han vil ofte være innordnet hovedmannens salgsorganisasjon. Alt dette er typiske elementer i en eneforhandlerkontrakt som jeg vil ha for øyet når jeg i det følgende vurderer eneforhandlerens stilling.

Eneforhandlerens fortjeneste bestemmes ut fra den rabatt han blir gitt og den avanse han oppnår. I utgangspunktet er det altså stor forskjell på «avlønningen» av de to typer mellommenn, men denne forskjellen kan være av mer formell karakter hvis prissettingen bestemmes av hovedmannen.

Både eneforhandlere og agenter kan ha en rekke leverandører, men ofte vil de basere seg på en enkelt eller få.

3. *Kommisjonærer*

Kommisjonæren særkjennes ved at han kjøper eller selger varer i eget navn, men for fremmed regning. Han har ofte varelager som tilhører hovedmannen. Rene kommisjonsforhold er ikke lenger særlig praktisk. Man ser imidlertid trekk av kommisjon i agent- og eneforhandlerforhold. Det er f. eks. ikke uvanlig at disse har kommisjonslager.

Som det fremgår ovenfor vil det være en flytende overgang mellom disse tre former for mellommannsstilling. Senere rettspraksis viser imidlertid at det kan være av avgjørende betydning hvorvidt mellommannen juridisk rubriseres som eneforhandler, handelsagent eller kommisjonær.

III. Foreliggende problemstillinger

1. *Lovvalgsspørsmål.* Hovedmannen og mellommannen vil i økende grad ha forskjellig nasjonalitet. Dette reiser lovvalgsspørsmål som det er naturlig å komme inn på.

2. *Adgang til oppsigelse – oppsigelsesfrist.* Her er spørsmålet om kontrakten kan sies opp uten hjemmel i foreliggende avtale, eller uten at oppsigelsen har grunnlag i mellommannens forhold – og hvilke frister som eventuelt gjelder.

3. *Mellommannens rett til erstatning/lavgangsvederlag ved opphør av kontrakten.* Dette blir dels et spørsmål om mellommannen kan kreve erstattet det tap han lider ved at kontrakten opphører, og dels spørsmål om han kan kreve noen form for vederlag for de goder hovedmannen ansees å oppnå ved opphøret, nemlig overtakelsen av kundekrets og goodwill.

4. *Konkurranseforbud for mellommannen etter avtalens opphør.* Distributøren vil ofte ifølge avtalen være avskåret fra å selge konkurrerende produkter så lenge forholdet består. Spørsmålet er om hovedmannen har anledning til å binde ham også etter opphør av avtalen.

5. *Retten til varemerker.* Også dette er problemer som kan oppstå ved opphør av avtalen, som jeg såvidt vil streife.

Av punktene ovenfor vil 2 og særlig 3 bli ofret mest plass.

IV. Gjeldende rett

Jeg vil i dette avsnitt, under punktene 1–5 konsentrere meg om rettstilstanden i Norden. Avslutningsvis, under pkt. 6, nevnes summarisk rettstilstanden i

en del andre europeiske land. Oversikten i pkt. 6 kan være hensiktsmessig bakgrunnsstoff for vurderingene og drøftelsene under pkt. V.

1. Lovvalgsspørsmålet

Nordisk rett anerkjenner som utgangspunkt partenes autonomi på dette område. Avtaler som regulerer lovvalgsspørsmålet er relativt vanlige. Det er å merke seg at i den nordiske standard handelsagentavtale (HA 82) som er utarbeidet av de nordiske lands industriforbund og agentsammenslutninger, er bestemmelsen at gjeldende rett i agentens hjemland skal anvendes på forholdet, (§ 26). Ordre public-prinsippet legger dog en viss begrensning på avtalefriheten. Dersom det henvises til lovgivningen i et land som ikke har noen tilknytning til kontrakten, fordi man ønsker å unngå preseptorisk lovgivning, vil en slik avtale kunne settes til side.

Hvor partene intet har avtalt, må rettsstilstanden i Norge sies å være avklart etter høyesterettsdommene i Rt. 1980 s. 293 (Tampax-dommen) og Rt. 1982 s. 1294. Det ble i disse dommer avgjort at loven om mellomfolkelige privatrettslige regler for løsørekjøp (av 3.4.1964 nr. 1), hvorefter selgerlandets rett skal anvendes, ikke gjaldt «varige bestanddeler av avtaleforholdet som ikke kan sies å knytte seg til de konkrete kjøp». Spørsmålet må således løses etter hovedregelen i norsk internasjonal privatrett, som følger Irma-Mignon formelen og går ut på at rettsvisten skal avgjøres ut fra det lands regler hvor forholdet har sin nærmeste tilknytning. Når det gjaldt en norsk forhandler, hvor avtalen regulerte hans rettigheter og plikter i Norge, måtte norsk rett komme til anvendelse. Dette vil også gjelde for agenter.

Jeg går ut fra at lovvalgsspørsmålet vil bli løst på samme måte i Sverige og Danmark. Den danske SØ- og Handelsret har i en dom av 25.11.59 (SHT 1960 s. 12) anvendt dansk rett på et eneforhandlerforhold mellom en sveitsisk leverandør og en dansk forhandler.

I Finland har man diskutert om finske domstoler kan anvende tvingende regler i finsk rett selv om partene har avtalt rettsreglene i prinsipalens hjemland som gjeldende for avtaleforholdet. Det har vært hevdet at agentlovens tvingende regler må kunne anvendes av finske domstoler som såkalte «*lois d'application immédiate*». Noen rettsavgjørelse foreligger ikke.

Disse lovvalgsspørsmål er undergitt bred drøftelse i en artikkel i TfR 1979 s. 411 av professor Ole Lando.

2. Adgang til oppsigelse – oppsigelsesfrister

Spørsmålet vil ofte være avtaleregulert. Den nordiske standardkontrakt har i sin § 20 en oppsigelsestid på 6 mndr. når avtalen har vart utover 2 år.

Forøvrig har vi preseptoriske regler for handelsagenter/kommisjonærer i den finske Lagen om handelsrepresentanter av 30.5.75 § 21, den norske kommisjonslov av 30.6.16 nr. 1 § 50, og den svenske kommissionslagen av 18.4.14 nr. 45 § 50. Bestemmelsene har samme innhold. Minste oppsigelsestid er etter disse bestemmelser 1 måned for avtaler som har vart mindre enn ett år, ellers 3 måneder.

Avtalen kan være tidsbegrenset og utløper da som avtalt. En opprinnelig tidsbegrenset kontrakt kan bli underlagt de preseptoriske oppsigelsesfrister ved gjentagne gangers fornyelse.

Disse lovbestemmelser gjelder ikke direkte for eneforhandlere. Her ligger det imidlertid an til analogisk anvendelse, noe man har støtte for i uttalelser i lovforarbeidene. Under enhver omstendighet må det kunne sies å ha utviklet seg en sedvane om at eneforhandlere skal ha et rimelig oppsigelsesvarsel dersom intet er avtalt. Fristen bør ligge på fra 3 til 6 måneder.

I Danmark, hvor det ikke er gitt lovregler, har praksis utviklet en regel tilsvarende den som er nevnt foran, nemlig at mellommannsavtaler kan sies opp med rimelig varsel, i praksis fra 3 til 6 måneder. Se den danske komitéinnstilling s. 15 flg., UfR 1976 s. 947 og UfR 1980 s. 42.

3. Krav på erstatning/avgangsvederlag

For det første må det kunne fastslås som gjeldende rett at der hvor det foreligger rettsbrudd fra hovedmannens side i forbindelse med kontraktsopphøret, vil mellommannen etter alminnelige erstatningsrettslige regler kunne kreve erstattet av *hovedmannen* det økonomiske tap han har hatt som følge av rettsbruddet. Dette er gjentagne ganger fastslått i rettspraksis, bl.a. RG 1964 s. 203 og RG 1979 s. 946.

Videre er det klart at mellommannen vil kunne kreve erstatning etter alminnelige kontraktsrettslige regler hos hovedmannen, dersom opphøret skyldes mislighold fra dennes side. En side av dette er at der hovedmannen avlyser kontrakten uten at mellommannen får den oppsigelsesfrist han har krav på (jfr. 2 foran), kan erstatning kreves for det tap han lider frem til kontrakten lovlig kunne vært oppsagt.

Det spørsmål som her skal ofres mest oppmerksomhet, er imidlertid om mellommannen har krav på erstatning i de tilfeller avtalen bringes til opphør på lovlig måte av hovedmannen, og hvor opphøret ikke skyldes mellommannens forhold.

a. *Handelsagenter/kommisjonærer*. Finland, Norge og Sverige har preseptorisk lovgivning om dette i de forannevnte lover, Finland i §§ 26 og 10, Norge og Sverige i §§ 52 og 68, jfr. § 27. Bestemmelsene har det samme

innhold, og jeg henviser her til den norske lov.

Etter den norske kommisjonslovs § 52 har mellommannen krav på rimelig godtgjørelse for tap på særlige investeringer han ikke får dekning for på grunn av avtalens opphør, når investeringen er foretatt i forståelse med hovedmannen. Det er altså en ren tapserstatning det er snakk om her. Slike investeringer kan for det første være lager av hovedmannens varer, som agenten holder for egen regning, hvor salgsmulighetene blir redusert eller stengt ved opphør av avtalen. Også andre investeringer, som i noen grad er spesialisert for oppdraget, slik at det er mindre skikket til bruk ved andre mellommannsoppdrag, kan kreves kompensert i den utstrekning utnyttelsesmuligheten faller bort.

Derneft hjemler § 68, 2. og 3. ledd etterprovisjon, som ble den nordiske løsning på spørsmålet om erstatning for goodwill for agenter og kommisjonærs vedkommende. Man har i loven gjennomført det synspunkt at handelsagenter og kommisjonærer fortsatt skal ha vederlag for nedlagt arbeid som gir seg utslag i salg av produsentens varer også etter at avtalen har opphørt. Det må altså være sammenheng mellom agentens innsats i avtaleperioden og senere inngåtte salgskontrakter. Men i den utstrekning agenten kan påvise et slikt årsaksforhold, skal det ytes etterprovisjon, jfr. § 68, 2. ledd. Fordi årsakssammenhengen kan være vanskelig å dokumentere, har man lagt seg på et lempelig beviskrav med uttrykket «kan ansees å ha kommet istand som følge av agentens virksomhet». Se her omtalen av Engelschiøndommen nedenfor under b).

I § 68, 3. ledd er gitt en presumsjonsregel for 3 måneders etterprovisjon der forholdet har bestått mer enn ett år, dog slik at det ikke blir etterprovisjon der oppsigelse er gitt med minst 6 måneders varsel. Denne bevisregel skal imidlertid bare gjelde dersom det ikke lykkes partene å godtgjøre at en direkte anvendelse av bestemmelsen i 2. ledd fører til et høyere eller lavere beløp. Det er i forarbeidene uttalt at beregningsregelen i 3dje ledd ikke er ment å skulle være normgivende for utmålingen av etterprovisjonen. Hovedprinsippet er at agenten kan kreve etterprovisjon på grunnlag av de faktiske ettervirkninger av det salgsarbeid han har utført før sin fratreden.

I Danmark og Island foreligger pr. i dag ingen lovregler. Også her vil man kunne kreve erstatning for tapt fortjeneste ved oppsigelse uten rimelig varsel og for investeringer. I høyesterettsaken Permacel mot Ringtape i Danmark, UfR 1980 s. 42, ble en eneforhandler tilkjent erstatning for tap på trykksakmateriell og restlager av leverandørens produkter. Begrunnelsen var at distributøren hadde salgsmaterialet til disposisjon og rådet over et visst lager i begge parter interesse. Jeg går ut fra at begrunnelsen også vil dekke agenter.

Spørsmålet om avgangsvederlag og erstatning for goodwill har flere ganger

vært oppe i dansk retspraksis. Domstolene har ikke stilt seg avvisende til tanken om slik erstatning, men på grunn av konkrete omstendigheter i de saker som er avgjort, er det hittil ikke ytet goodwillerstatning uten at det har vært rettsbruddsansvar med i bildet.

I Island foreligger det etter det jeg har fått opplyst ingen retspraksis som belyser spørsmålet.

b. Eneforhandlere. Ingen av de nordiske land har lovregler som direkte gjelder eneforhandlere. Det er uttalt i forarbeidene til de nordiske lover at det kan bli snakk om analogisk anvendelse. Blant annet uttales det i den norske Smith-komiteéns innstilling, s. 61: «Komitéen forutsetter imidlertid at de regler som utformes for agentforhold fortsatt blir gitt analogisk anvendelse på de eneforhandlerforhold som funksjonelt sett har samme karakter som agentur». Det understrekes at det for visse grupper av eneforhandlere kan gjøre seg samme beskyttelseshensyn gjeldende som for agenter. Av lovtekniske grunner fant ikke komitéen å burde innarbeide isolerte regler for eneforhandlere i en lov som ellers ikke regulerer slike kontraktsforhold.

Spørsmålet ble satt på spissen i den høyesterettssak som er gjengitt i Rt. 1980 s. 243, (Tampax-dommen). Dommen konkluderte, under dissens 3–2, med at kommisjonslovens § 68 om etterprovisjon ikke kunne få analogisk anvendelse på en eneforhandler. Forholdet hadde vart i 18 år og ble sagt opp i 1975 med 4 mndrs. varsel. Avtalen ga anvisning på 3 mndrs. oppsigelsesfrist. Tampax-tamponger ble kjøpt i fast regning, men eneforhandleren var fullstendig integrert i den danske leverandørs salgsorganisasjon, og avansen var ensidig fastsatt av leverandøren. Eneforhandleren var avskåret fra å føre konkurrerende produkter.

Rettens flertall mente at lovens forarbeider ikke gir uttrykk for noen bestemt forutsetning om at reglene om etterprovisjon skal få analogisk anvendelse på eneforhandlerforholdet. Etter flertallets mening kan det ikke bare legges vekt på en individuell vurdering av det enkelte eneforhandlerforhold og dets likhetspunkter med agenter – det vil også være et spørsmål om de aktuelle lovbestemmelser generelt sett passer i de forhold hvor eneforhandlerkontrakter forekommer i praksis. Reglene om etterprovisjon er i så måte lite anvendelige i forhandlerforhold. Det uttales at det for den typiske agent gjør seg gjeldende et vernebehov, mens tilsvarende neppe i samme grad er tilfelle for eneforhandlere.

Flertallet mente også at det ikke er samme internasjonale utviklingstendens i retning av øket vern for eneforhandlere som for agenter. Det tas dog en reservasjon for spesielle tilfeller der man ellers ville komme til svært lite rimelige resultater. I den aktuelle sak dreide det seg om en større import- og

produsentbedrift med 70 ansatte, hvor omsetningen av tamponger utgjorde ca. 9% av totalomsetningen. Det ble også fremhevet av kontrakten hadde vært langvarig, og at forhandleren derfor for lengst måtte ha fått dekning for sin spesielle innsats med å innarbeide produktet i Norge.

I en ny høyesterettssak, Rt. 1981 s. 619, (Engelschiøn-dommen), ble kommisjonslovens § 68, 2. ledd gitt direkte anvendelse. Her dreide det seg om et noe mindre firma som i 50 år hadde vært enedistributør av toalettartikler av merket Williams i Norge på provisjonsbasis. Kontrakten ble oppsagt i henhold til avtalen med 3 måneders varsel, og den danske hovedmann overlot distribusjonen til et annet norsk selskap.

Engelschiøn solgte i eget navn, men holdt lager på vegne av hovedmannen. Plikten til å betale for varene overfor hovedmannen oppsto i det øyeblikk varene ble tatt ut av lageret. Betalingsplikten var uavhengig av om Engelschiøns kunder betalte, det forelå altså ikke salg for fremmed regning i den forstand som er typisk for en kommisjonær. Forholdet ble allikevel bedømt som et kommisjonsforhold, idet det ble lagt avgjørende vekt på at lageret var hovedmannens eiendom inntil varene var solgt, slik at salgstrisikoen hvilte på hovedmannen.

Disse to høyesterettsdommer viser at det vil være vesentlig om mellommannen rettslig sett rubriseres som agent, kommisjonær eller eneforhandler, og at enkelt-trekk i partenes forhold her kan få avgjørende betydning.

Engelschiøn-dommen illustrerer forøvrig godt at det skal stilles lempelige beviskrav til den innsats som gir grunnlag for etterprovisjonen. I underrettene var det gitt 3 måneders gjennomsnittsprovisjon etter presumsjonsregelen i 3. ledd. Årsomsetningen lå på ca. kr. 3,5 mill. Høyesterett tilkjente kr. 700.000,-, hvilket tilsvarte ca. ett års brutto provisjon. Det ble lagt vekt på at distributøren hadde opparbeidet en betydelig markedsandel, at det var vanskelig å innarbeide nye produkter i denne bransjen, og at produktene viste stor stabilitet når de først var innarbeidet. Mindretallet i Tampax-saken gir uttrykk for samme syn på kravene til bevis, jfr. Rt. 1980 s. 254.

Det som ikke er avgjort i disse dommer, er om det utenfor det lovregulerte område har dannet seg sedvane/kutyme for rett til goodwillstatning for eneforhandlere. Flertallet i Tampax-dommen tar en uttrykkelig reservasjon her og stiller spørsmålet åpent. Det var i denne sak ikke prosedert på annet grunnlag enn analogisk anvendelse av kommisjonslovens § 68. Rettspraksis er sparsom og noe sprikende. I Norena-dommen, RG 1964 s. 203 fra Oslo byrett, ble det gitt erstatning, dels under henvisning til rettsbrudd. Men i dommen fremheves dessuten som en del av begrunnelsen synspunktet om at «den som har sådd også skal få høste». Dette synspunkt er påberopt i senere

rettssaker med vekslende hell.

I en avgjørelse av Eidsivating lagmannsrett, RG 1969 s. 552 ble krav om goodwillerstating avslått. Likeså i en dom avsagt av Oslo Byrett 22.4.1970 (uttrykt). I en ny dom av samme domstol 30.1.1978 (uttrykt) ble det tilkjent goodwillerstating, for ett års netto fortjeneste, tilsammen kr. 2,2 mill. Denne dom, som gjaldt en tvist mellom Auto Supply A/S og det belgiske firma Outboard Marine, ble anket til lagmannsretten, men løst i minnelighet mellom partene før ankeforhandlingen med en betydelig nedsettelse av erstatningen.

I en sak i RG 1979 s. 946 (Eidsivating lagmannsrett) ble en bilforhandler, som med 10 års avbrudd i en årrekke hadde vært eneforhandler for Fiat i Trondheimsdistriktet, oppsagt med 10 mndrs. varsel. Etter kontrakten var oppsigelsesfristen 3 mndr. til utløpet av kalenderåret. Retten mente at oppsigelsen var i strid med god forretningsskikk, og tilkjente goodwillerstating med kr. 250.000.- i tillegg til driftstap for 10 måneder med kr. 500.000.-.

I Sverige foreligger såvidt jeg vet ingen rettspraksis vedrørende dette spørsmål, og jeg har ingen opplysninger om rettspraksis i Finland. I Sverige er eneforhandlerens stilling og vern ved oppsigelse under utredning fra en komité som ventes å legge frem et forslag i løpet av 1984. Den samme komité ser forøvrig på spørsmålet om en utbygd rett til etterprovisjon/avgangsvederlag også for agenter, med tanke på en harmonisering med EF-landenes lovgivning.

I Danmark og Island er situasjonen for eneforhandlere tilsvarende som for agenter, se ovenfor. I den nevnte danske dom, UfR 1980 s. 42, ble eneforhandleren nektet goodwillerstating etter rettmessig oppsigelse. Det ble lagt avgjørende vekt på at eneforhandleren hadde hatt selvstendig prisfastsettelse, og således selv kunne sørge for å oppnå dekning for sine innarbeidelseskostnader. Han fikk imidlertid erstattet tap på investeringer, jfr. foran under 3 a).

Jeg har under dette punkt hittil behandlet erstatning for goodwill. Når det gjelder eneforhandlerens muligheter til å få erstatning for investeringer, vil det nok ligge bedre til rette for en analogisk anvendelse av kommisjonslovens regler. Den danske høyesterettsdom i saken Permacel mot Ringtape gir betydelig støtte til et slikt standpunkt.

c. Erstatningskrav mot ny distributør. Det er mellommannens krav mot hovedmannen som foran er behandlet her i pkt. 3. Det er imidlertid også et spørsmål om mellommannen kan rette noe direkte erstatningskrav mot *den nye distributør* hovedmannen eventuelt knytter forbindelse med.

I Norena-dommen, RG 1964 s. 203, ble den nye distributør holdt solidarisk ansvarlig med hovedmannen for den tilkjente erstatning. Begrunnelsen var at den nye distributør hadde opptrådt for aktivt for å overta, og hans opptreden ble betegnet som illojal. Vi har et ferskt eksempel på denne konstellasjon i en

høyesterettsdom avsagt 18.2.1984 hvor Nanset Standard krevet den nye eneforhandler av John Deer landbruksmaskiner, Norske Felleskjøp, for bl. a. goodwill-erstatning. Erstatningskravet var basert på generalklausulen i lov om markedsføring av 16.6.1972 nr. 47 § 1 om god forretningsskikk næringsdrivende imellom. Det ble hevdet at denne bestemmelse etter langvarig og sikker praksis innebærer et forbud mot å medvirke til at en annen fratas sin representasjon, ved å innlate seg i forhandlinger med hovedmannen og vedlikeholde sin interesse for representasjonen så lenge forholdet til den tidligere forhandler ikke er avviklet. Subsidiært ble ansvaret bygget på at Norske Felleskjøp hadde unnlatt å varsle Nanset Standard om sine forhandlinger med hovedmannen.

Næringslivets Konkurranseselect ble tidligere uttalt seg i samme sak og konkludert med at det var i strid med god forretningsskikk at den nye forhandler innlot seg på forhandlinger med produsenten når forhandlingene gikk utover det som kunne betegnes som foreløpige sonderinger, og forholdet til den tidligere forhandler ikke var avviklet. Det ble for øvrig i saken vist til andre uttalelser fra Konkurranseselect i samme retning.

Kravet fra den oppsagte eneforhandler førte ikke frem. Høyesterett fant det for det første ikke bevist at det var den nye forhandler som hadde tatt initiativet, og dernest at Norske Felleskjøp ikke hadde optrådt rettsstridig ved å innlate seg på forhandlinger. Høyesterett mente at det ikke foreligger noen helt klar og entydig oppfatning blant næringsdrivende om hva god foretningsskikk krever i slike forhold. Det ble pekt på at uttalelsene fra Konkurranseselect ikke binder domstolene, selv om det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt.

Her var imidlertid forholdet at det knytter seg atskillig usikkerhet til innholdet i og rekkevidden av de foreliggende responsa. Høyesterett pekte på hvilke praktiske konsekvenser det vil få for hovedmannens muligheter til å skifte forhandler dersom han skal være nødt til å gå til oppsigelse av det bestående forhandlerforhold før han kan ha sikkerhet for at han vil få en ny forhandler på akseptable vilkår. Det ble uttrykt tvil om disse konsekvenser var vurdert av Konkurranseselect.

Noen selvstendig varslingsplikt for tredjemand ble heller ikke antatt å foreligge. Både en slik varslingsplikt og en plikt for tredjemand til å avstå fra forhandlinger ville etter Høyesteretts mening innebære en begrensning i hovedmannens frihet til å organisere sitt salgsapparat slik han finner tjenlig, og ville etablere en beskyttelse av det bestående forhandlerforhold utover det vern kontrakten gir, med en begrensning av konkurransefriheten som følge. Selv om det nok kan være behov for visse skranker om konkurransefri-

heten i forhandlerleddet for å verne om bestående forhold, vek Høyesterett tilbake for å oppstille noen generell norm med grunnlag i generalklausulen om hvordan en tredjemann som får tilbud om å overta et forhandleroppdrag skal forholde seg overfor den som fra før har oppdraget.

4. Konkurransforbud

Forslag om å gi tvingende regler om i hvilken utstrekning hovedmannen kan binde opp mellommannen med konkurranseklausuler etter avtalens opphør, ble diskutert under det nordiske lovforarbeidet. Det ble herunder påpekt at slike konkurranseklausuler kan være rimelige og nødvendige for å sikre hovedmannen mot at mellommannen etterpå utnytter tilført know-how og det kjennskap han har fått til hovedmannens forhold. Av den grunn, og fordi man etter det opplyste gikk ut fra at den slags klausuler ikke var særlig vanlig, fant man det unødvendig å gi vern for agenten utover det som allerede eksisterer i henhold til avtalelovens § 38. Det gis i den sistnevnte bestemmelse muligheter for revisjon av slike avtaleklausuler i den utstrekning de virker urimelige.

5. Rett til varemerke

Dette er et spørsmål som gjerne er avtaleregulert når kontraktsforholdet gjelder merkevarer. Hovedmannen vil da forbeholde seg alle rettigheter til merket, og gjerne også registrere det for å oppnå beskyttelse i Norge.

Dersom varemerket registreres i distributørens navn, og han ikke frivillig overfører det ved kontraktens opphør, kan det skape faktiske problemer for hovedmannen. Han vil da måtte gå til søksmål, hvilket selvsagt kan gi distributøren god forhandlingsposisjon. Hvis produktet er lansert under et særskilt navn i distributørens hjemland, og dette navn er funnet på av distributøren, vil varemerket kunne bli distributørens eiendom gjennom innarbeidelse, jfr. varemerkeloven av 3.3.1961 nr. 4 § 2.

Jeg nøyer meg med å nevne problemstillingen. Det vil sprengte rammene for dette referat å gå nærmere inn på den.

6. Europa forøvrig

Mange land har preceptorisk lovgivning om agents oppsigelsesvern. Ingen, bortsett fra Belgia, har lovregler for eneforhandlere.

Vest-Tyskland, Sveits, Østerrike og Nederland. Alle disse land har preceptorisk lovgivning som dekker handelsagenter. Tvungen oppsigelsesfrist kan variere fra 1 til 6 måneder.

Erstatning for goodwill/kundekrets kan kreves når visse vilkår er oppfylt.

Detaljene varierer noe fra land til land, men grovt og skjematisk gjelder disse vilkår:

- Kundekretsen må være vesentlig utvidet
- Prinsipalen får varig nytte av denne utvidelsen
- Erstatningen skal ikke virke urimelig.

Erstatningen er maksimert til 1 års bruttoprovisjon i Nederland og Vest-Tyskland, 1 års nettoprovisjon i Sveits. I Østerrike er maksimum 1 års bruttoprovisjon, men her er erstatningen degressiv, slik at den reduseres med 1/12 for hvert år utover 3 års varighet av kontrakten. Erstatningskravet bortfaller således når forholdet har vart 15 år eller lenger.

I Nederland vil en agent lett kunne bli vurdert som ansatt hos hovedmannen, og han vil da ha et sterkere vern.

I Vest-Tyskland har domstolene til en viss grad anvendt reglene om handelsagenter analogisk for eneforhandlere.

Belgia. Her finnes ingen lovgivning for agenter, men handelsreisende har god beskyttelse, og disse regler får lett anvendelse også for frittstående agenter. For handelsagenter forøvrig vil det være vanskelig å oppnå erstatning eller avgangsvederlag. En rimelig oppsigelsesfrist på minst 3 måneder må man dog regne med.

Som eneste land i Europa har Belgia beskyttet eneforhandlere gjennom en lov av 27.7.61. Loven har krav til rimelig oppsigelsesfrist, skjønnsmessig fastsatt i forhold til omfanget og varigheten av distributøravtalen. Det kan bli snakk om lang oppsigelsestid, opp til 3 år. Eneforhandlere har krav på godtgjørelse som fastsettes skjønnsmessig til å dekke utgifter til f. eks. markedsføring som hovedmannen kan dra fordel av, erstatning til medarbeidere som må sies opp, verdien av den opparbeidede kundekrets som stilles til disposisjon for hovedmannen. Det er en tendens i belgiske domstoler til å tilkjenne høye godtgjørelser.

Frankrike. Fransk rett gir agentene svært god beskyttelse. Rettstilstanden farges av at man ser på forholdet mellom agent og hovedmann som et «mandat d'intérêt commun», som bare kan sies opp dersom det kan bygges på bestemmelser i selve avtalen, eller hvis partene senere er blitt enige om å bringe forholdet til opphør, eller hvor det foreligger hevningsgrunn.

Videre antas det at agenten har rett til kundekretsen, «la carte». Agenten har altså rett til å overdra agenturet til en annen, og utgangspunktet for erstat-

ningsutmålingen ved oppsigelse tas i verdien av agenturet ved en tenkt overdragelse. Erstatningen har en tendens til å ligge høyt, og kan tilsvare 2–3 års brutto provisjon. Reglene er preseptoriske.

Forhandlere har ifølge rettspraksis ingen rett til opphørserstatning uten at det foreligger rettsbrudd. Det er nå utarbeidet et lovforslag som innebærer en viss beskyttelse også for forhandlere.

Italia. Reglene for agenter bærer sterkt preg av sosiale vernehensyn, idet avgangsvederlaget er utformet som en pensjonslignende ytelse. Reglene er utformet dels i lovgivningen, dels i kollektivavtaler som slutes mellom næringslivets og agentenes organisasjoner. Disse avtalene er bindende for alle, ikke bare medlemmer. Oppsigelse kan skje med 3 måneders varsel. Størrelsen av avgangsvederlaget fastsettes etter faste satser til en viss prosent av totalt opptjent provisjon. Eneforhandlere har ingen lignende beskyttelse.

Storbritannia. Her finnes ingen lovregler, og løsning på tvister beror først og fremst på en avtaletolkning hvor partenes hensikt tillegges stor vekt.

Stillingen vil være den samme for eneforhandlere og agenter. Faktisk oppsigelsestid ser ut til å variere sterkt, fra 1 måned til 1 år, men gjennomsnittet ligger antagelig kortere enn på kontinentet. Erstatning kan tenkes på grunnlag av fortolkning av avtalen med forankring i handelssedvaner.

EEC. EEC-kommisjonen har lenge arbeidet med et direktivforslag om agentavtaler. Det første utkast til direktiv er fra 1971. Den siste offisielle endringen av direktivforslaget er fra 22.1.1979 (EF-tidende C af 2. marts 1979). Det foreliggende utkast er foreløpig ferdigbehandlet i mai 1983 av en arbeidsgruppe under Ministerrådet. Det inneholder ufravelige regler om provisjon, kontraktsopphør og oppgjørgodtgjørelse og bygger til en viss grad på tyske regler. Medlemslandene er imidlertid fremdeles uenige om vesentlige punkter, hvilket man jo kan tenke seg når man ser den varierende rettstilstand som i dag eksisterer fra Storbritannia som det ene ytterpunkt til Frankrike/Italia som det annet. Direktivforslaget dekker ikke eneforhandlere.

V. Vurderinger

Gjennomgåelsen av gjeldende rett viser at agentenes interesser stort sett er godt tatt vare på i europeisk lovgivning, ved tvingende regler som ihvertfall sikrer dem et minimumsvern. Eneforhandlerens stilling er langt mer usikker, spesielt m.h.t. det erstatningsrettslige vern.

Alle mellommenn i varehandelen synes å være rimelig sikret en viss oppsigelsesfrist, som varierer etter hvor lenge avtaleforholdet har vart, og i noen grad fra land til land. Man kan spørre om den lovfestede oppsigelsestid på 3 måneder er for kort eller for lang. Hensett til det gjennomsnitt som gjelder i land vi ellers sammenligner oss med, 3–6 måneder, synes kommisjonslovens løsning rimelig. Man skal ikke se bort fra at presumsjonsregelen i lovens § 68, 3. ledd, som går ut på at etterprovisjonen settes til null hvis oppsigelsen gis med 6 måneders varsel, nok kan medvirke til at denne frist ofte brukes.

Ved disse regler har man etter min mening tatt rimelig hensyn til at partene må få en viss tid til å områ seg, samtidig som det har en egenverdi å få avviklet en kontrakt forholdsvis raskt når den først er sagt opp fra en av sidene.

Når det gjelder erstatning for goodwill/kundekrets og avgangsvederlag, finner jeg det igjen hensiktsmessig å drøfte handelsagenter/kommisjonærer og eneforhandlere hver for seg.

1. Handelsagenter/kommisjonærer

De forskjellige land har lagt seg på ulike prinsipper når det gjelder goodwillerstatning/avgangsvederlag.

Den bærende tanke ved den nordiske regel om etterprovisjon er at det finner sted en tidsforskyvning ved at agenten i opparbeidelsesfasen vil nedlegge endel arbeid før salgsprovisjonene begynner å komme, jfr. Smith-komiteéns innstilling s. 49. Ordre som inngår etter avtalens opphør, vil den første tid i stor utstrekning direkte skyldes agentens salgsarbeid. Etterprovisjonen er således bare en videreføring av agentens alminnelige provisjonsrett. Selv om partene i sin avtale tar hensyn til tidsforskyvninger, ved at agenten får en høyere provisjonssats i innarbeidelsesfasen eller mottar en minimumsprovisjon fra starten av, får ikke det noen betydning for hans krav på etterprovisjon etter kommisjonsloven. Dette er noe partene må være oppmerksomme på, og som de får forsøke å innrette seg etter.

De sosiale vernehensyn som spesielt har gitt seg utslag i de italienske regler, har ikke den samme gyldighet i Norden. I våre land vil agenten gjennom sine årlige innbetalinger til det offentlige trygdesystem, med en viss prosent av årsinntekten, være sikret folketrygd fra pensjonsalder.

På agenthold synes det å være tilfredshet med den eksisterende lovgivning. Fra lovkomitéens side la man under forarbeidene stor vekt på å komme frem til regler som skulle kunne virke prosessbesparende, og dette synes å ha slått til i praksis. Det er vel ikke minst presumsjonsregelen om 3 måneders etterprovi-

sjon som kan ha hatt betydning i så måte.

I motsetning til i andre land i Europa, der reglene i stor utstrekning er basert på skjønnsutøvelse fra domstolenes side, slipper man å prosedere om hvilken verdi den opparbeidede goodwill har for hovedmannen og hva som er rimelig erstatning. Våre agenter har krav på etterprovisjon uansett om de lider noe påviselig tap ved opphør av kontrakten. Dette kom f. eks. klart frem i Engelschiøn-dommen, hvor distributøren hadde hatt tap på omsetningen av hovedmannens produkter de siste 2 år, fordi distribusjonen til dagligvaresektoren var overlatt til en underdistributør. Dette fikk imidlertid ingen betydning for utmåling av etterprovisjonen.

Gjennom den preseptoriske lovgivning til vern for agenten, har det syn at agenten er den svake part i forholdet fått gjennomslag. Dette er vel også riktig som en gjennomsnittsbetraktning. Hvor det er snakk om små produsenter som ikke selv har råd til å opprette noe salgsapparat, og er avhengige av mellommenn som kan hente sitt levebrød fra flere forskjellige produsenter, slår synspunktet ikke til.

For mindre produksjonsbedrifter kan den nye agentlovgivning med bestemmelsene om etterprovisjon bli en hemske for nødvendige rasjonaliseringstiltak. Produsentens distriktsagenter kan ha vært i virksomhet en årrekke, og ha en betydelig omsetning, noe som vil kunne føre til høy etterprovisjon. Selv om produsenten vet at han vil kunne øke omsetningen og fortjenesten ved å si opp agentene og legge om distribusjonen, vil han ikke ha råd til det i en økonomisk vanskelig situasjon p.g.a. det store kapitalutlegg slike oppsigelser vil kunne føre til. Man ser f. eks. flere møbelprodusenter i Norge som etter hvert går over til fast ansatte selgere når det åpner seg en mulighet for det.

De nordiske regler kan nok også virke urimelige i de tilfellene hvor det ikke er så meget agentens innsats, men mere produktet i seg selv, hovedmannens produktutvikling eller hans egen reklameinnsats som er avgjørende for omsetningens størrelse. Dette skal det selvsagt tas hensyn til ved utmålingen av etterprovisjonen, men bevisføringen kan være vanskelig, slik at man lett faller ned på presumsjonsregelen.

Jeg vil derfor stille spørsmålet om det kanskje ikke tross alt har vært en noe dyrkjøpt prosessforenkling vi har fått når vi i Norden i større grad enn i andre land har ofret fleksibiliteten for å få lett anvendelige regler.

Man har også ofret rettsenhetssynspunktet på dette alter. Nå er riktignok reglene ellers i Europa også nokså varierende, men man ser en hovedretning i det system som eksisterer i Vest-Tyskland, Sveits, Nederland og Østerrike, og som det foreløpige EEC-direktiv bygger på. I og med at det så ofte vil være internasjonale handelsforbindelser som skal løses etter disse reglene, vil

rettsenhetssynspunktet ha en betydelig egenverdi. Nå viser det seg riktignok å være vanskelig innenfor EEC-landene å nå frem til ens regler, men dersom dette målet nås, kunne vel det gi grunnlag for å vurdere reglene på nytt. Dette spesielt fordi Danmark i så fall vil få regler som avviker fra Norden forøvrig.

Også ønsket om mest mulig lik behandling av agenter og eneforhandlere i opphørssituasjonen, som jeg kommer til nedenfor under 2, gjør at det etter min mening kan være ønskelig med en revisjon av kommisjonslovens regler for agenter.

2. Eneforhandlere

For disse fremstiller gjeldende rettstilstand seg som temmelig broget. Spesielt etter Tampax-dommen, er det nok flere enn meg som er i villrede når man skal gi råd til oppsagte eneforhandlere. Inntil denne dommen falt, tror jeg mange praktiserende advokater regnet med at man kunne påberope seg kommisjonslovens regler som normgivende, selv om reglene selvsagt måtte tillempes der hvor avansen bestemmes på annen måte enn ved provisjon.

Dette rettsfelt trenger i dag i høyeste grad en avklaring. Det skal således bli interessant å se utfallet av den svenske komitéutredning.

Hovedgrunnen til at man her i de fleste europeiske land finner et lovtomt område, ligger nok i at eneforhandleren er en vanlig grossist, riktignok med eneretten for et visst produkt. Og vi kan vel være enige om at det ikke vil være naturlig på generell basis å regulere grossistens forhold i noen særlig utstrekning utover hva som allerede følger av kjøpslovgivningen. Man må imidlertid etter min mening ikke trekke for store konsekvenser av dette. Når jeg mener at eneforhandleren har krav på lovgivers oppmerksomhet, skyldes det at den typiske eneforhandlerkontrakt inneholder elementer som gjør at den sterkt nærmer seg de agentkontrakter man finner i praksis i dag. Likheten med agentens stilling er langt mer iøyenfallende enn likheten med den vanlige grossist.

Forholdet mellom grossist og leverandør vil ofte ikke være avtaleregulert utover at leverandørens standard leveringsvilkår følges. Eneforhandlere er derimot vanligvis langt mer bundet gjennom avtaler. Den typiske eneforhandleren har plikt til å drive aktiv markedsføring og salgsarbeid for forhandlerens produkter. Han har plikt til å holde lager og drive service-virksomhet, plikt til å innordne seg hovedmannens salgspolitikk, plikt til å rapportere og plikt til å ikke føre konkurrerende produkter. Alt dette gjør at eneforhandleren etter min mening som hovedregel bør likestilles med agentene med hensyn til oppsigelsesvernet.

Når det gjelder eneforhandlerens innsats med å innarbeide leverandørens

produkt, kan jeg ikke se vesentlige forskjeller på de to typer mellommenn. Og det er nettopp ettervirkningen av denne innsats som er den bærende tanke bak agentens rett til etterprovisjon. Eneforhandlerens muligheter til å ta seg dekket for disse fremtidssalg i kontraktperioden er stort sett små.

I Tampax-dommen ble det fremhevet at det i den konkrete sak ikke forelå noe spesielt vernebehov. Det dreide seg om en stor bedrift og omsetningen av Tampax utgjorde ikke mer enn ca. 9% av totalomsetningen. Man vil vel kunne finne den samme situasjon i et gitt tilfelle for en agentbedrift, og her kommer man ikke utenom retten til etterprovisjon. Spørsmålet må derfor bli om eneforhandlere generelt sett har mere uavhengige og slagkraftige bedrifter, hvor tilknytningen til én leverandør er av mindre betydning. Jeg for min del tror det er vanskelig å basere seg på at en slik antagelse er riktig. Her mangler imidlertid statistisk informasjon tilsvarende de agentundersøkelser som har vært foretatt. Men man burde hatt dette materialet for å ta standpunkt til spørsmålet.

Det annet forhold som etter min mening bør tillegges betydelig vekt, er den pågående utvikling fra den typiske agent mot en blanding av agent og eneforhandlerstilling. Den siste foretatte agentundersøkelse, som er gjengitt i Torvald Øgaard jr.'s forskningsrapport «Agenters arbeidsvilkår og rolle» (Markedsøkonomisk Opplysningsfond 1981), viser en klar tendens i så hen-seende. Agenter holder i dag oftere lager for å kunne betjene kunden best mulig; og i de tilfeller der det er lagerhold, er forholdet mellom kommisjonslager og eget lager ca. 50–50.

Jeg minner i denne forbindelse om Engelschiøn-saken, der Engelschiøns plikt til å betale for varene oppsto i det øyeblikk han tok dem ut av kommisjonslageret. Varene ble solgt i eget navn. Dette vil også være den typiske ordning hvor en eneforhandler holder kommisjonslager. Forskjellen til de tilfeller der eneforhandleren har eget lager med en rimelig omsetningshas-tighet og en viss kreditt fra leverandøren, vil i praksis kunne bli svært liten.

Disse forhold viser etter min mening at det med dagens ordning kan bli urimelig tilfeldig om mellommannen oppfanges av kommisjonslovens regler eller faller utenfor. Dette er antagelig ting partene ikke har for øyet når avtalen skrives, særlig når de heller ikke bevisst har tatt noe valg i relasjon til oppsigelsesvernet. Kommisjonslovens regler er forøvrig heller ikke helt lette å lese. Dessuten synes det å herske en viss forvirring blant ikke-jurister om terminologien agent/eneforhandler. De ord som er brukt vil selvsagt ikke være avgjørende, men vil nok kunne bli tillagt en viss betydning i tvilstilfeller.

Så lenge rettssituasjonen er uavklart m.h.t. eneforhandlerens muligheter til å få erstatning etter ulovfestede regler, kan man selvfølgelig ikke med sikkerhet

si hvor urimelig den ovenfor nevnte tilfældighet kan slå ut. I påvente av den prinsipielle høyesterettsdom, får man gjøre et forsøk på å kartlegge rettstilstanden i lys av forarbeidene til kommisjonsloven og foreliggende praksis. Jeg må her av forståelige grunner holde meg til situasjonen i Norge.

Forretningspraksis i bransjen er vanskelig å dokumentere. Den sparsomme domstolspraksis på området skyldes nok at partene i de langt fleste tilfeller vil finne frem til en minnelig ordning når eneforhandlerforholdet opphører. Det foreligger dessverre få opplysninger om hva disse oppgjør går ut på. Eneforhandlerne mangler en sentral organisasjon tilsvarende agentenes sammenslutning som kan bidra med opplysninger.

Enkelte ganger er det også et poeng å hemmeligholde oppgjøret. Det ferskeste eksempel i Norge har man i saken om Renault-forhandlerne, som samtlige ble oppsagt da salget i Norge ble overlatt til Volvo. Disse gikk sammen om å saksøke Renault med krav om erstatning, også for goodwill. Det samlede erstatningskrav lå på ca. 200 mill. kr. Partene inngikk forlik ved årsskiftet 83/84, men som en del av forliket var bestemt at ingen av partene hadde anledning til å publisere noe om forlikets innhold.

Oslo Handelstandsforenings Femtimannsutvalg har avgitt en del responsa som stiller seg positivt til krav om goodwillerstatning. Det er tvilsomt hvor stor rettslig gjennomslagskraft disse avgjørelser har. I Oslo Byretts dom av 16.12.1970 sies det f.eks.:

«Retten er klar over at Oslo Handelstands Forenings Femtimannsutvalg i noen tilfelle har karakterisert unnlatt betaling av goodwillerstatning for urimelig og også utilbørlig, men det er gjort i tilfeller som ikke uten videre kan overføres til nærværende tilfelle Videre bygger disse avgjørelser bare på en parts fremstilling og de er uten begrunnelse. Man må naturligvis forutsette at avgjørelsene først og fremst bygger på et rent forretningsmessig syn på den foreliggende sak, men man kan formentlig ikke helt utelukke at det tas etiske eller moralske hensyn ut fra ønsket om å påvirke forretningsstanden i retning av «god forretningsskikk»».

Under revisjonsarbeidet med kommisjonsloven, foretok Smith-komiteén en gjennomgang av forretnings- og domspraksis, omfattende både agenter og eneforhandlere og konkluderer på s. 43 i innstillingen slik:

«Når man skal vurdere hvorvidt agenten etter gjeldende rett har krav på goodwillerstatning, kan det konstateres at den resposumpraksis som foreligger, tydelig peker i retning av en kutymebestemt rett til slik erstatning. Rettspraksis gir imidlertid et mer uklart bilde. Det foreligger ingen høyesterettsdom som tilkjenner slik erstatning, og det er heller ikke noen klar og fast underrettspraksis i denne retning.

Såvel forretnings- som domspraksis i hvert fall i Norge og Danmark gir følgelig et visst grunnlag for å anta at en sedvanerettsregel kan være i ferd med å bli dannet på dette felt. Komitéen finner imidlertid ikke grunn til å ta standpunkt til om det foreligger en ferdig utviklet rettslig bindende kutyme. Komitéens medlem Qvigstad har gitt uttrykk for at han mener en kutyme foreligger».

Agentene fikk så sin lovbestemte rett til etterprovisjon ut fra det syn at det også var i tråd med den løpende utvikling. Når eneforhandlerens forhold skal bedømmes separat, står vi, når det gjelder den domspraksis det ble lagt vekt på i Smith-komitéen, igjen med Norena-dommen, RG 1964 s. 230, – hvor premissene som nevnt er blandet, fordi rettsbruddsgrunnlag også forelå. I det hele tatt har vi ikke noen domsavgjørelse som tilkjenner goodwillerstatning uten rettsbrudd.

I dommen av *Oslo Byrett 22.4.1970* blir det uttalt at det ikke finnes noen hjemmel for erstatning for opparbeidet goodwill i eneforhandlerforhold hvis oppsigelsen er saklig. I denne sak ble forholdet sagt opp med 3 mndrs. oppsigelse etter 5 år, fordi eneforhandlerens innsats ikke hadde ført til noe økt salg for hovedmannen. Hovedmannen ville overta salget igjen – han hadde selv stått for salget i vedkommende område før eneforhandleravtalen ble inngått. Premissene er altså klart negative, men her var det tydeligvis heller ikke snakk om noen opparbeidelse av marked eller goodwill i den periode eneforhandleren hadde arbeidet.

I dommen i *RG 1969 s. 525* nøyer Lagmannsretten seg med å si at retten vanskelig kan se at eneforhandleren hadde hatt noe ytterligere tap ved oppsigelsen. Noen berikelse på hovedmannens hånd kunne heller ikke anses godtgjort. Retten stiller seg forsåvidt ikke generelt negativt til et krav om goodwillerstatning.

I to dommer er eneforhandlere tilkjent goodwillerstatning. Det gjelder for det første *Oslo Byretts dom av 30.1.1978*, hvor oppsigelse var gitt med 6 mndrs. frist. Retten fant at ett års oppsigelse ville vært rimelig. Når det gjelder kravet om goodwillerstatning uttales: «Enten erstatningen bygges opp som et krav på rimelig oppsigelsesfrist eller som en erstatning for goodwill, kan forsåvidt være likegyldig. Også i nærværende sak kan synspunktet at den som har sådd bør høste, tillegges vekt. Det er åpenbart at det forhandlernet som gjennom en årrekke var bygget opp av Auto-Supply, representerte en stor økonomisk verdi». Dette forhandlernet tilegnet hovedmannen seg etter oppsigelsen. Det ble gitt goodwillerstatning med ett års gjennomsnittlig nettofortjeneste. I denne dom bygges det altså også delvis på rettsbruddsgrunnlag. Som nevnt ble dommen anket og etterpå løst i minnelighet.

I *RG 1979 s. 946* uttales at man i norsk rett hittil har vært tilbakeholden med å anerkjenne noen rett til goodwillerstatning i mellommannsforhold. Dette standpunkt synes imidlertid å være knyttet til den forutsetning at det foreligger en rettmessig oppsigelse, ikke en rettsbruddssituasjon. Er det siste tilfelle, ligger det nær å se det slik at dersom det først på mellomhandlerens hånd foreligger en goodwill som representerer et økonomisk aktivum for ham, og denne går tapt som følge av en rettsstridig oppsigelse fra hovedmannens side, så må dette tapet i prinsippet kunne kreves erstattet

på linje med annet tap som hovedmannen må erstatte. Lagmannsretten mente videre at etter de opplysninger som forelå for retten, måtte man anta at det ved opphør av eneforhandlerforhold innenfor bilbransjen i praksis foretas minnelige oppgjør som også omfatter kompensasjon for goodwill, hva enten den i tilfelle blir betalt av importøren eller av den nye forhandler som overtar forhandlerretten for vedkommende bilmerke. En slik erstatningsplikt fantes å være godt forenlig med hva domsstolene er kommet til i enkelte andre tilfeller hvor det har vært tale om erstatning på rettsbruddsgrunnlag, og det ble bl.a. henvist til Norena-dommen. Kontrakten mellom partene var inngått på grunnlag av et standardformular utarbeidet i samarbeid mellom Automobilimportørens Forening og Bildetaljistenes Forening. Denne kontrakt var oppsigelig fra begge sider med 3 mndrs. varsel til utgangen av kalenderåret. Retten fant det imidlertid klart at forutsetningen var at forholdet skulle anses automatisk forlenget for ett år av gangen så lenge det ikke var noen «saklig grunn» for oppsigelse. Kontrakten ble sagt opp i brev datert 3.3.1975 til utløp ved årsskiftet. Retten mente at det ikke var påvist noe saklig grunnlag for oppsigelsen, og fant dessuten at oppsigelsen ble iverksatt overfor eneforhandleren på en måte som var hensynsløs og illojal, fordi det allerede var etablert kontakt med ny forhandler, og oppsigelsen kom fullstendig overraskende på den gamle forhandler.

Denne gjennomgåelse av norsk rettspraksis viser at i de tilfeller der eneforhandleren faktisk har kunnet påvise et tap av goodwill ved oppsigelsen, er han i Norge også blitt tilkjent erstatning for tapet. Dette har dog ikke skjedd uten at retten har kunnet henge det på et eller annet rettsbruddsgrunnlag. Og man får inntrykk av at et slikt grunnlag lett kan konstrueres, dersom man først finner det rimelig med en goodwillstatning. Det vises f.eks. til Auto-Supply-dommen, der retten fant det rimelig med en oppsigelsesfrist på hele ett år. Også den siste dom i RG 1979 s. 946 trekker i denne retning.

I de tilfeller hvor krav om goodwillstatning er blitt avvist, synes retten heller ikke å ha funnet bevist at det er opparbeidet noen goodwill eller at noe tap er lidt. Men to av disse avgjørelser inneholder allikevel i sine premisser nokså generelle negative uttalelser vedrørende den prinsipielle side av spørsmålet.

Man kan vel ihvertfall trekke den konklusjon av rettspraksis at noe avgangsvederlag i tråd med agentenes etterprovisjon kan det ikke bli snakk om for eneforhandleres vedkommende. Et krav må eventuelt knyttes til påvist tap av goodwill; eneforhandleren må være blitt skadelidende p.g.a. oppsigelsen. Uttalelsen i Tampaxsaken, Rt. 1980 s. 243, der det tas reservasjon for at det i en viss utstrekning kan være grunnlag for et etteroppgjør etter alminnelige rettsregler, gir ingen konsesjoner i noen retning. Saken føyer seg imidlertid inn i det antydende mønster, ved at det såvidt jeg kan se ikke var gjort noe forsøk på å påvise eller anføre at eneforhandleren var påført økonomiske tap ved oppsigelsen. Og jeg minner om flertallsvotumet, hvor det uttrykkelig sies at

man kan tenke seg analogisk anvendelse av etterprovisjonsreglene hvis man ellers ville komme til et lite rimelig resultat. Dette vil vel nettopp kunne tenkes å være tilfelle der forhandleren kan påvise konkret økonomisk tap som har sin årsak i oppsigelsen.

Hvordan avgjørelsen vil falle i et rent tilfelle, hvor eneforhandleren etter en rettmessig oppsigelse kan påvise tap av goodwill som kommer hovedmannen eller den nye forhandler til gode, er fremdeles et åpent spørsmål som etter min mening har krav på lovgivers oppmerksomhet.

I Ot.prp. nr. 40 (1972–73) som fremmet forslaget om lovrevisjonen, heter det på s. 6 vedrørende eneforhandlere at departementet i prioriteringen mellom flere presserende lovgivningsarbeider ikke kan love å ta opp arbeidet med å lovregulere eneforhandlerens stilling. Det angis at det «kan trolig være grunn til å vente og se hvilken innflytelse den revisjon av kommisjonsloven som her fremmes i praksis kan få på eneforhandlerens stilling».

Min konklusjon på dette punkt er at eneforhandlerens stilling i løpet av de siste 10 år er blitt ytterligere uklar og i dag fremtrer som lite tilfredsstillende i relasjon til erstatningsspørsmålet.

VI. Teser

1. Dagens regler om agents rett til etterprovisjon kan være urimelig tyngende for en produsent når det av økonomiske eller andre grunner er nødvendig å legge om salget. Særlig gjelder dette når omleggingen er direkte nødvendig for å få en svaktstillet bedrift på fote. Reglene bidrar til å sementere etablerte salgsordninger som kan være samfunnsøkonomisk ulønnsomme.

Det vil være lettere å betale løpende vederlag som også dekker innarbeidelseskostnadene for agenten. Det kan bli svært tungt likviditetsmessig å skulle utrede etterprovisjon som et kapitalbeløp av en viss størrelse når forholdet oppløses.

2. Hvis man først ønsker regler om etteroppgjør, er det en innvending mot kommisjonslovens regler at de i sin oppbygging er svært ulike de regler som gjelder i Europa forøvrig. Man burde i Norden tilstrebe rettsenhet med de øvrige europeiske land, spesielt innenfor EEC, fordi kontrakten ofte vil berøre en part fra Norden, og en fra et EEC-land. Også tese nr. 3 og 4 nedenfor fører til at det også vil kunne være ønskelig med en endring av gjeldende regler for agenter.

3. De eneforhandlerkontrakter som brukes i praksis, gjør at eneforhandlerens stilling er svært lik agentens stilling. Det er en urimelig forskjellsbehandling

av de to typer mellommenn i gjeldende rett i dag som bør korrigeres. Det kan være tilfeldig hva et mellommannsforhold blir klassifisert som, en tilfeldighet som kan få store konsekvenser.

4. Eneforhandleres vern ved oppsigelse bør søkes gjennomført ved lovgivning. En slik lovgivning bør ikke følge de prinsipper dagens agentlovgivning bygger på. Lovgivningen bør bygge på at det er påvist tap av goodwill og kundekrets som skal erstattes i rimelig utstrekning. Slike mer skjønnspregede regler vil kunne føre til en del prosesser, men dette antas å være nødvendig for å nå frem til rimelige resultater. Man får da bedre anledning til å ta hensyn til de variasjoner i kontraktsforholdene som tross alt vil finnes.

5. Man bør også vurdere hvordan man gjennom lovgivning kan søke å løse spørsmålet om hvor langt partene kan gå i å avtale et annet lands rett som gjeldende for kontrakten når det i mellommannens hjemland eksisterer pre-septorisk lovgivning som gir ham beskyttelse.

Det 30. nordiske juristmøtet
Oslo 15.–17. august 1984

Johs. Andenæs

Rettsvesenet og massemedia

Innhold

	Side
I. Noen utgangspunkter	453
II. Ytringsfrihet og motstående hensyn	454
III. Pressens selvjustis	456
IV. Spørsmålet om en presseombudsmann	461
V. Forskjell mellom landene i rettslige utgangspunkter	461
VI. Rettsreferater	464
VII. Annen omtale av rettssaker	467
VIII. Politi og advokater som opplysningskilde for massemedia	469
IX. Reaksjonene mot krenkende referat og omtale	471
X. Referat og presseomtale i strid med offentlige interesser	473
XI. Barnevernsmemnder og andre organer med domstolslignende myndighet	477
XII. Radio og fjernsyn	479
XIII. Synspunkter til diskusjon	479
Litteratur	482
Noen lovtekster	482

Rettsvesenet og massemedia

Av professor dr. jur. JOHS. ANDENÆS, Norge

I. Noen utgangspunkter

Ved det nordiske juristmøte i Helsingfors i 1937 – altså for snart 50 år siden – var et av hovedforhandlingsemnene «Lovgivningens stilling til pressens behandling av rettssaker». Som grunnlag for diskusjonen hadde den unge professor Stephan Hurwitz utarbeidet en grundig avhandling på over 130 trykksider, som er blitt et klassisk referanseverk på området.

I sin kjerne er det samme emne vi står overfor ved dette juristmøte, men samfunnsutviklingen har medført at emnet har fått en noe videre ramme. I stedet for pressen tales om massemedia. Ikke minst det nye medium TV med sin veldige gjennomslagskraft har gjort denne utvidelse naturlig, men av plasshensyn vil andre media enn pressen her få en noe stemoderlig behandling (se avsnitt XII). Med pressen hadde man i 1930-årene særlig dagspressen for øye. I vår tid har den illustrerte ukepresse med dens kjendis- og kriminaljournalistikk fått økende betydning. Tittelen for årets forhandlingsemne har også på et annet punkt en mer generell form enn på juristmøtet i 1937. Jeg har fått forståelsen av at betegnelsen «rettsvesenet» ikke bare sikter til domstoler, politi og påtalemyndighet, men også til administrative organer med avgjørelsesmyndighet av lignende art. Særlig har man kanskje tenkt på sosialsektoren, der barnevernsnemnder, edruskapsnemnder og andre myndigheter treffer avgjørelser som griper dypt inn i andre menneskers liv (se avsnitt XI).

Ved andre nordiske juristmøter har man drøftet emner som ut fra andre utgangspunkter delvis dekker de samme problemer som årets emne. På juristmøtet i Stockholm i 1966 var et av hovedforhandlingsemnene «Personlighetsskyddet och massmedia». I København i 1978 kom det samme emne opp på ny, nå under tittelen «Integritetsskydd i massmedia». Emnet personlighetsvern (eller integritetsvern) overfor massemedia rekkes naturligvis langt videre enn det som har med rettsvesenet å gjøre. Men siden rettssaker – og især straffesaker – har så stor plass i vår tids massemedia, og publisiteten ofte er ytterst smertefull for dem det gjelder, blir forholdet til personlighetsvernet sentralt også for vårt emne. På den annen side har dette også aspekter som går ut over personlighetsvernet.

Når jeg har lest forhandlingene fra juristmøtet i 1937 på ny, slår det meg at

problemstillingene stort sett er de samme som den gang, naturligvis bortsett fra de endringer som følger av TV og annen teknisk utvikling. Men jeg har inntrykk av at dimensjonene er større i dag. Det henger, tror jeg, sammen med to ting. Det ene er utviklingen av løssalgspressen. Å utgi aviser er å drive forretning. Løssalgspressen er avhengig av sine daglige sensasjonsoppslag for å holde salget oppe. Hva reklamen er for andre forretningsforetagender, er førstesideoverskrifter og løpesedler for løssalgspressen. Og åpenbart slår forbrytelser og skandaler godt an hos det aviskjøpende publikum.

En pågående og aggressiv journalistikk kan imidlertid også ha andre motiver. Jeg tenker på det som er blitt kalt Watergate-syndromet. Watergate-saken i USA i begynnelsen av 1970-årene, som førte til at president Nixon måtte tre tilbake, ga et dramatisk eksempel på den betydning en våken og pågående presse kan ha for å avsløre maktmisbruk hos de store i samfunnet. En del av våre hjemlige journalister har nok tatt mål av seg til å spille en lignende rolle. Det gjelder ikke bare for løssalgspressen, men også f.eks. for statsdrevne radio- og TV-stasjoner, hvor direkte økonomiske interesser ikke kommer inn. Og i jakten etter avsløringer kan det da hende at iveren tar overhånd på bekostning av grundighet, forsiktighet og menneskelige hensyn.

Det er især i to typer av saker at publisiteten ofte er intens og vedvarende. Det er de særlig grove og gruoppvekkende forbrytelser. Og det er hvitsnippforbrytelser hvor kjente folk fra næringsliv eller politikk er implisert. Det beror i noen grad på avisens politiske plassering hvilken av typene som blir ofret mest oppmerksomhet.

Det kan virke som et paradoks at den aggressive, personrettede journalistikk er på fremmarsj, iallfall i en del av pressen, i en tid hvor omsorgen for å beskytte den enkeltes integritet ellers blir tillagt økende betydning. I forbindelse med årstallet 1984 har aviser som i sin daglige praksis legger større vekt på salgbarhet enn på menneskelige hensyn, hatt store oppslag om nødvendigheten av å beskytte den enkelte mot de muligheter for innsyn i hans liv som moderne teknikk gir mulighet for. «Storebror ser deg» er en populær skrekkvisjon. «Avisleserne ser deg» kan nok for den enkelte være mer skremmende.

II. Ytringsfrihet og motstående hensyn

Vi er alle tilhengere av ytringsfrihet. Det mangfoldige spektrum av nyhetsreportasje og meninger i Vestens massemedia er en umistelig del av det åpne, demokratiske samfunn i motsetning til det lukkede, autoritære, hvor det er de politiske makthavere som bestemmer hva borgerne skal få vite. Både i de

enkelte lands grunnlover og i de internasjonale menneskerettskonvensjoner er ytringsfriheten, herunder informasjonsfriheten, anerkjent som en menneskerett.

Retten er en viktig side av samfunnslivet, og rettsvesenet er derfor et høyst legitimt emne for informasjon, debatt og kritikk. Men ytringsfriheten må også på dette område ha sine grenser. Den må avbalanseres mot andre verneverdige hensyn. Så lenge det er tale om informasjon og kritikk på det generelle plan, er avveiningen ikke vanskelig. Det gjelder selv om kritikken er ekstrem, og kan føles urettferdig av dem som arbeider innenfor rettsvesenet. Det blir f.eks. hevdet at rettsapparatet er borgerskapets undertrykkelsesapparat overfor arbeiderklassen, at fengselsstraff er systematisk mishandling av samfunnets tapere, eller at barnevernsnemndenes inngrep i foreldreretten er en form for barne-Gulag. Å gripe inn med samfunnets maktmidler overfor en slik kritikk, er utenkelig i et demokratisk samfunn. Kritikken må møtes med informasjon og argumentasjon. Ytringsfrihetens idé går ut på at slag og overdrivelser renses ut gjennom meningenes fri brytning – selv om man i mismodige stunder kan komme til å tvile på om systemet fungerer i overensstemmelse med teorien.

Det er når man står overfor referat og omtale av enkeltsaker at avveiningen kan bli vanskelig. Også generell kritikk vil for øvrig gjerne bli illustrert og gjort mer slagkraftig ved å knyttes til konkrete saker. Den personorienterte kritikken gjør sterkere inntrykk og har større publikumsappell enn den mer generelt utformede.

Jeg har inntrykk av at det i mange kretser er bekymring over utviklingstendenser i presse og andre massemedia. Iallfall er det tilfellet i Norge. En god del av bekymringen gjelder imidlertid forhold som man ikke godt kan tenke seg som gjenstand for rettslig regulering. Man er bekymret over kvaliteten av den åndelige føde som publikum får presentert gjennom massemedia, hvor kriminalitet, sex og kjendisreportasjer dominerer på bekostning av mer lødig stoff. Jeg mener ikke at bekymringen er uberettiget. Selv ser jeg heller mørkt på utsiktene for fremtidens presse. Kanskje blir vi nødt til å forsone oss med det samme bilde som vi kan se i det store utland, f.eks. England og Vest-Tyskland: De store lesermasser tiltrekkes av en underlødig løssalgspresse, mens den seriøse presse får en mer begrenset leserkrets. Det er forhold som man kan beklage, men som det ikke er mulig å gjøre noe med fra rettsordenens side så lenge man hyller ytringsfrihetens prinsipp. Rettsvesenet kan ikke påta seg oppgaven som smaksdommer.

På samme måte er det med de faglige kvalifikasjoner hos dem som behandler rettsstoffet i pressen. Det er ofte pekt på at en avis ikke ville sende en journalist for å dekke en fotballkamp hvis han ikke vet hva offside eller

corner er. Derimot betraktes hvem som helst som kvalifisert til å referere en retts sak eller lage intervjuer om rettsspørsmål. Man kan håpe at dette vil bedre seg ved høyere kvalitet av journalistutdannelsen og større krav fra ledelsens side overfor rettsmedarbeidere, men dette er ikke noe som kan være gjenstand for rettslig regulering.

Det som kan tenkes regulert fra rettsordenens side, er mer konkrete ting. Det er for det første omtale som påfører de impliserte i retts saken urimelig påkjenning eller lidelse. Her er det personvernet som kommer inn. Det er for det annet omtale som står i strid med generelle rettspleieinteresser, f.eks. ved at den vanskeliggjør oppklaringen av saken, eller hindrer en helt ut objektiv og betryggende behandling av den. Stikkord kan være *trial by newspaper* og *contempt of court*. For enkelhets skyld ser jeg bort fra de særlige hensyn som gjør seg gjeldende i spionsaker og lignende forhold.

I det moderne samfunn har pressen og andre massemedia en sterk maktstilling. All retts sosiologi viser at det er vanskelig å gripe effektivt inn overfor de mektige i samfunnet. Ved drøftelse av samfunnsspørsmål ellers gir stridende interessegrupper og avisenes varierte politiske farge gjerne en viss balanse i den offentlige diskusjon. Når det gjelder pressens egne interesser, mangler dette korrektiv. Det er gjerne massiv enighet i pressen om å frabe seg innblanding av lovgivning og rettsvesen. Den som tar til orde mot misbruk i pressen, risikerer å bli hengt ut som angriper – eller i beste fall en lunken venn – av ytringsfriheten. Man legger seg nødvendig ut med pressen, ikke minst gjelder det for politikerne. Karriere og gjenvalg kan avhenge av velvillig oppmerksomhet i massemedia. Derfor blir det så å si en politisk naturlov at en politiker er varsom med å ta til orde for restriksjoner overfor pressen.

III. Pressens selvjustis

I alle de nordiske land har pressen både vedtatt presse-etiske regler, og skapt et apparat til å håndheve dem (Dansk pressenævn, Opinionsnämnden för massmedier i Finland, Sidareglunefndar Bladamannafélags Islands, Pressens Faglige Utvalg i Norge, Pressens Opinionsnämnd i Sverige). Hvem som omfattes av ordningen, varierer noe fra land til land. I Danmark er det således opp til den enkelte bladredaksjon om den vil anerkjenne de presse-etiske regler og pressenævnets virksomhet. Dansk Journalistforbund har heller ikke anerkjent ordningen. Hvor stor praktisk betydning dette har, er ikke lett å bedømme.

Pressens selvjustis har fått en betydning som gjør det naturlig å omtale den

som bakgrunn for den rettslige regulering. Jo mer effektivt denne selvkontroll virker, dess mer tilbakeholden kan det forsvares å være med å legge rettslige bånd på pressens frihet. Ønsket om å unngå inngrep fra lovgivningen har vært en vesentlig drivkraft ved etableringen av pressens selvjustis.

Når det gjelder innholdet av de presse-etiske regler, er det stor innbyrdes overensstemmelse mellom landene. Journalisten skal kontrollere sine kilder, han skal respektere den personlige integritet, privatlivets fred skal ikke krenkes med mindre allmenne interesser krever offentlig belysning. For kriminalreportasje gis det restriktive regler om bruk av navn og bilde. Pressen skal ikke foregripe domstolens avgjørelse ved å ta standpunkt til skyldspørsmålet. Man skal innrømme og beklage feilen hvis uriktige opplysninger er kommet på trykk, og skal gi plass for tilsvar og dementier.

Alt sammen gode regler, som det vil være alminnelig tilslutning til. Sammenholdt med de idealer reglene gir uttrykk for, kommer den journalistiske virkelighet ofte til kort. Med en antydning til ironi er det blitt sagt at de presse-etiske regler har atskillig tilfelles med speiderloven, eller at de har en festtales preg. Et viktig spørsmål er om det apparat man har for å sikre at reglene blir etterlevd, er godt nok.

Sterkest er dette apparatet utbygd i Sverige, som også var foregangslandet i verden på dette område. Foruten Pressens Opinionsnemnd har man siden 1969 en egen presseombudsmann. Ombudsmannens virksomhet finansieres av pressens organisasjoner, men han har en selvstendig stilling. Det er også markert i tittelen: Han er ikke Pressens ombudsman, men *Allmänhetens pressombudsman*. Han blir ikke utpekt av pressen selv, men av et kollegium som består av en justitieombudsmann, ordføreren i Sveriges Advokatsamfund og ordføreren i Pressens Samarbetsnemnd. De to presseombudsmenn som hittil har vært i funksjon, har begge vært dommere som har hatt permisjon fra sin stilling. Presseombudsmannen kan selv avgjøre enklere tilfelle, mens alvorlige eller tvilsomme saker må prøves av Pressens Opinionsnemnd. Eksistensen av en egen presseombudsmann gjør det mulig å ta opp saker på eget initiativ, selv om den nåværende ombudsmann har vært tilbakeholden med dette. I de øvrige land forekommer det sjelden eller aldri at en sak blir tatt opp uten på grunnlag av klage.

I samtlige etiske pressenemnder er det nå representanter for allmennheten, men bortsett fra Sverige består flertallet av pressens egne folk. I Sverige utpekes tre av nemndens seks medlemmer av pressens organer, mens de tre øvrige, deriblant ordføreren, utses på annen måte. Ordføreren skal velges blant jurister som innehar eller har innehatt dommerembete. Siden ordføreren stemme gjør utslaget ved stemmelikhet, kan det tenkes at pressens egne

representanter kommer i mindretall i en sak. (I praksis er imidlertid formelle dissenser noe så nær ukjent.) I Danmark er ordføreren en fremtredende jurist som utpekes av presidenten i Højesteret.

Pressenemndenes oppgave er å uttale seg om det innklagede organ har opptrådt i strid med god presseskikk. Det er altså i prinsippet et annet voringstema enn det som vil foreligge hvis den krenkede bringer saken inn for domstolene, selv om det naturligvis ofte vil være en nær sammenheng.

Det kan neppe være tvil om at opprettelsen av de etiske pressenemnder var et betydelig fremskritt. De gir den som mener seg forurettet en enkel og omkostningsfri mulighet for å få sin klage prøvd, og bidrar til å konkretisere de generelle prinsipper som finnes i de presse-etiske regler. At nemndene fyller et behov, viser seg ved det betydelige antall saker som blir brakt inn for dem, sammenlignet med antallet saker som blir brakt inn for domstolene. Det er imidlertid delte meninger om hvor stor verdien av nemndene er i deres nåværende skikkelse. Kritikken samler seg særlig om følgende punkter:

1. Sammensetningen av nemndene. At pressens egne representanter har flertallet, forekommer meg å være naturlig for en nemnd som har til oppgave å håndheve etiske regler som pressen selv har fastsatt. Men skal publikum ha tillit til nemndene, er det ønskelig med et sterkt innslag av representanter for allmennheten, og det synes ikke naturlig at disse representanter skal oppnevnes av pressen selv. I Danmark har man den ordning at dissenser ikke kan offentliggjøres. Når pressens representanter samtidig har flertall i Pressenævnet, vil det si at avvikende meninger fra allmennhetens representanter, iberegnet formannen, ikke blir kjent for offentligheten. Det er egnet til å vekke undring at pressen, som ellers i enhver sammenheng fremhever viktigheten av den fri samfunnsdebatt, har valgt en slik ordning for sitt eget vedkommende.

Selv om det er etiske, ikke juridiske spørsmål nemndene skal uttale seg om, gir det en betryggelse for forsvarlig saksbehandling og konsekvens i avgjørelsen at juridisk sakkunnskap og erfaring er representert, slik som det er reglementsfastet i Danmark og Sverige. Det er også tenkelig at en fremtredende jurist som formann kan bidra til å styrke nemndenes prestisje.

Etter min vurdering lar sammensetningen av Pressens Faglige Utvalg i Norge atskillig tilbake å ønske, selv om det er fremgang å spore fra den gang utvalget utelukkende bestod av representanter for pressen. Utvalget består nå av syv personer, derav to utenfor pressen, men også disse oppnevnes av Norsk Presseforbunds hovedstyre. Det er ikke noe krav om at juridisk innsikt skal være representert i utvalget. En komitéinnstilling fra 1982 om Pressens Faglige Utvalg foreslo en sterkere representasjon for allmennheten, men forslaget har

ikke fått tilslutning av pressens folk. Holdningen til komitéinnstillingen har vært preget av dyp konservatisme.

2. *Reaksjonene mot overtramp.* Pressenemndenes virkemiddel er å gi uttrykk for kritikk hvis reglene for god presseskikk er overtrådt. Uttalelsen skal gjengis i den publikasjon som er gjenstand for kritikken. I Sverige kan en avis som får nemndens avgjørelse mot seg, dessuten ilegges en såkalt ekspedisjonsavgift, som går til delvis finansiering av presseombudsmannens virksomhet. Andre reaksjoner har nemnden ikke kompetanse til å ilegge. Pressenemndene står for så vidt i samme stilling som de offentlige ombudsmenn: De har ingen maktmidler til disposisjon, men virker bare gjennom sin moralske autoritet. Forslag om at nemnden skal kunne ilegge bot eller eksklusjon, har ikke fått tilslutning innen pressen.

Jeg kan forstå at det er betenkeligheter mot at de etiske nemnder skal opptre som straffutmålingsorganer. Det svenske system med ekspedisjonsavgift burde imidlertid være en akseptabel mellomløsning. Avgiften utregnes etter faste regler, og er gradert etter opplagets størrelse. I 1983 utgjorde den 3.200 kroner for aviser med høyst 10.000 i opplag, og 8.600 kroner for større aviser. For Norges vedkommende har pressen imidlertid avvist også et slikt system. Og en ordning med selvjustis kan ikke gå lenger enn vedkommende yrkesgruppe selv er villig til å være med på.

Hvor sterkt nemndenes autoritet virker, er det ikke lett for en utenforstående å uttale seg om. Det kan også variere fra land til land. For Norges vedkommende foreligger meget forskjellige vurderinger. En fremragende presseman som Olav Solumsmoen, som selv var sekretær for Pressens Faglige Utvalg i et par år, uttalte i en bok fra 1966 at utvalget etter hvert har opparbeidet seg en meget sterk autoritet: «Ingen ærekjær presseman utsetter seg med vilje for å bli rammet av en fellende dom av Det faglige utvalg». Han mente at utvalgets oppdragende virksomhet sannsynligvis hadde vært den vesentligste årsak til den forbedring i norsk presseskikk som etter hans oppfatning hadde funnet sted i de siste 30–40 år. Dette er riktig nok nå en god del år siden. Professor Hov har nylig gitt uttrykk for en helt annen oppfatning (Lov og Rett 1983). Han mener at det ikke er noe som tyder på at det på pressehold blir oppfattet som noen særlig belastning å få en uttalelse i Pressens Faglige Utvalg mot seg. Jeg har hørt lignende uttalelser fra pressehold, men også uttalelser i motsatt retning. Det ligger nær å tenke seg at nettopp løssalgspresen, som ikke har noe sterkt renommé for pålitelighet å forsvare, tar lettere på kritikk enn den mer seriøse presse. Som et krast eksempel på neglisjering av Utvalgets avgjørelser kan nevnes et tilfelle fra september 1982. Vår største løssalgavis

Verdens Gang hadde fått påtale av Utvalget for å ha brakt bilde av en soningsfange, som hadde opptrådt som vitne i en sak i lagmannsretten. Et par uker etter denne avgjørelse brukte avisen to ganger det samme bilde på ny, nå i en annen sammenheng. Klagerens advokat uttalte at den fornyede bruk av bildet vanskelig kunne bli oppfattet av avisens lesere som noe annet enn en klar markering av at avisen ikke hadde til hensikt å la seg påvirke av Utvalgets uttalelser om god presseskikk. Til tross for purringer fra Utvalget ga avisen ikke noe tilsvarende til klagen. Fra en erfaren presseman har jeg fått den kommentar at forklaringen på det nye overtramp neppe var bevisst likegyldighet, men mangel på kontroll og oversikt. En dagsavis er en stor og komplisert bedrift, og det blir hevdet at det moderne redaksjonsdemokratiet har svekket redaktørens autoritet og mulighet for kontroll.

3. Begrensede undersøkelsesmuligheter. En pressenemnd kan ikke undersøke fakta i saken på samme måte som en domstol. Den kan ikke foreta muntlige avhør av parter eller vitner, men er henvist til å bygge på de skriftlige innlegg fra partene. Er f.eks. en ærekrenkelse kommet på trykk i en avis, og påstand står mot påstand med hensyn til sannheten av injurien, kan nemnden som regel ikke ta standpunkt til det. Den kan nok kritisere avisen for brudd på god presseskikk hvis den ikke har gitt den ærekrenkede adgang til imøtegåelse, men noen renavsking gjennom nemndens virksomhet kan den krenkede ikke oppnå.

Uansett hva man mener om pressenemndenes virksomhet, er det klart at de ikke kan erstatte domstolenes virksomhet, men bare være et supplement til disse. Særlig gjelder dette overfor den mest hårdhudede løssalgspresse. Dette reiser spørsmålet om den som mener han har vært utsatt for en krenkelse, må velge mellom å gå til pressenemnden eller til domstolene. Her har landene forskjellige løsninger. I Danmark tar pressenævnet ikke opp saker som behandles eller kan forventes behandlet ved domstolene, og praktisk sett er det regelen også i Norge. I Finland og Sverige er det derimot nå – i motsetning til tidligere – full adgang til å prøve begge veier, samtidig eller suksessivt. Min sympati går i retning av denne siste løsning. De opplysninger som foreligger om hvordan systemet fungerer i Sverige, har bestyrket meg i denne oppfatning. Det før nevnte norske komitéforslag fra 1982 har foreslått at Pressens Faglige Utvalg bare i spesielle tilfelle skal kunne avslå å behandle saker som er eller kan ventes brakt inn for domstolene, og dette forslag vil etter alt å dømme bli vedtatt. Det vil etter mitt syn være et fremskritt.

IV. Spørsmålet om en presseombudsmann

I Sverige er ordningen med en presseombudsmann bygget inn som et ledd i håndhevelsen av pressens etiske regler. Dette bidrar til å gjøre pressens selvjustis mer effektiv, og er etter min oppfatning et eksempel til etterfølgelse. Det forutsetter at pressen er villig til å finansiere ordningen. Den norske komitéinnstilling fra 1982 tenkte seg at Norsk Presseforbunds generalsekretær kunne få en lignende funksjon. Generalsekretæren ville imidlertid savne den uavhengighet som den svenske presseombudsmann har, og det er forståelig at pressen har stilt seg negativ til forslaget.

Et annet forslag som har vært fremsatt i Norge, går ut på å få en offentlig presseombudsmann. Resonnementet er at den enkelte kan føle seg like hjelpe-løs overfor pressen som overfor den offentlige forvaltning, og at det derfor kan være et tilsvarende behov for en ombudsmann. Det er også trukket en parallell til Forbrukerombudsmannens virksomhet.

Jeg finner det vanskelig å ta standpunkt til dette forslag før det har vært gjenstand for en mer inngående diskusjon. En offentlig presseombudsmann kunne ikke være begrenset i sine oppgaver til å håndheve de regler for god presseskikk som pressen selv har fastsatt. Det ville bety å skape et konkurrerende organ til Pressens Faglige Utvalg. Oppgaven for en offentlig ombudsmann måtte vel først og fremst være å kontrollere om pressen holder seg innenfor *lovens* grenser. Hvis han på samme måte som en justisombudsmann skulle være henvist til å virke gjennom sin autoritet, er det grunn til å frykte for at institusjonen ville vise seg lite effektiv. Jeg har liten tro på at pressen ville være like lydør overfor ombudsmannens kritikk som embetsverket er overfor kritikk fra justisombudsmannen. Siden man ikke godt kan tenke seg noen myndighet for ombudsmannen til å ilegge reaksjoner på egen hånd, måtte man antakelig gi ham adgang til å bringe saker inn for domstolene, eller gi ham til oppgave å hjelpe den krenkede med selv å reise søksmål. Her reiser det seg både prinsipielle og praktiske problemer. Skulle ombudsmannen f.eks. kunne undersøke sannheten av beskyldninger som er kommet frem i pressen, måtte han ha et eget etterforskningsapparat til disposisjon. Man kommer her inn på oppgaver som ellers påhviler politi og påtalemyndighet.

V. Forskjell mellom landene i rettslige utgangspunkter

Etter dette streiftog i pressens selvjustis skal jeg se på de rettslige grenser som settes eller bør settes for omtalen av rettssaker i massemedia. I avsnitt VI

– IX er det i første rekke hensynet til vernet for den enkelte mot krenkende eller sårende omtale jeg har for øye, mens avsnitt X handler om mer generelle rettspleieinteresser. Undertiden kan hensynene bak en lovbestemmelse være blandet.

Men først noen betraktninger som har sammenheng med at drøftelsen bør ha relevans for alle de nordiske land. Det sies at jurister er en konservativ rase. Iallfall har jeg ofte kunnet konstatere at når jurister fra forskjellige land møtes, hører de med høflig interesse på redegjørelser for rettstilstanden i de forskjellige land, men når det kommer til stykket, blir de stående ved å foretrekke sitt eget tilvante system, iallfall i hovedtrekk. Og forslag til forbedringer skal helst komme innenfra – kritikk utenfra av ens eget system kan lett gi opphav til irritasjon og at man går i forsvarsstilling. Det er for øvrig kanskje mer allmenmenneskelig enn noe særtrekk for jurister?

Det har slått meg under arbeidet med denne innledning hvor vanskelig det er å skape et felles grunnlag for diskusjonen. Jeg tenker ikke først og fremst på at det er vanskelig å ha kjennskap til massemedias virksomhet i andre land enn sitt eget. Heller ikke tenker jeg på forskjell i de regler som prosesslovene har om referat og omtale av rettssaker. Det jeg har for øye, er de mer generelle regler som kommer til anvendelse overfor massemedia, og som delvis har sammenheng med nasjonale tradisjoner som man vanskelig kan tenke seg endret. Uten et visst kjennskap til disse forskjeller kan man lett komme til å tale forbi hverandre, også i en diskusjon *de lege ferenda*. Jeg skal derfor nevne noen av de viktigste forskjeller som jeg er blitt oppmerksom på.

(1) I Norge har man for virksomhet i presse og andre massemedia det som gjerne blir kalt det naturlige ansvarssystem. Det vil si at det for straffbare ytringer i trykt skrift som utgangspunkt gjelder de samme ansvarsregler som for andre straffbare handlinger. For en avisartikkel vil det således normalt bli ansvar både for forfatteren og for redaktøren, hvis det foreligger den nødvendige skyld. Det gjelder visse modifikasjoner fra utgangspunktet. Den som bare har deltatt ved teknisk fremstilling eller distribusjon av blad eller tidsskrift, er ikke ansvarlig for ærekrenkelser eller krenkelse av privatlivets fred (strl. §§ 254 og 390). Og det gjelder et visst uaktsomhetsansvar for en redaktør som ikke har hatt kjennskap til innholdet av skriftet (§ 431). Men hovedregelen er klar nok.

Finland har samme prinsipper som Norge. Danmark og Sverige har derimot bygget opp kunstige ansvarssystemer, som avviker fra strafferettens vanlige regler. I Sverige er reglene til og med grunnlovfestet i Tryckfrihetsförordningen. Innbyrdes er reglene meget forskjellige i de to land. I Danmark gjelder det således som hovedregel at for et navngitt innlegg i en avis hefter bare

forfatteren, ikke redaktøren. I Sverige er regelen den stikk motsatte. Der er det redaktøren som er ansvarlig, ikke forfatteren. Det gjelder enten forfatteren er navngitt eller ikke. I begge land har man for redaktørens vedkommende gjort unntak fra vanlige strafferettslige regler om krav til subjektiv skyld.

I Sverige har man dessuten gjort det vanskelig for den krenkede å nå frem med ansvarssøksmål, fordi man i trykkefrihetssaker har et juryssystem, hvor det kreves kvalifisert flertall for domfellelse, og hvor det ikke blir gitt begrunnelse for avgjørelsen. Heller ikke er det adgang til å overprøve en frifinnende jurykjennelse. Derimot kan de juridiske dommere prøve en fellende avgjørelse av juryen, og det hender i praksis ikke så sjelden at dommerne frifinner til tross for juryens ja. I tillegg til disse prosessuelle særregler gir Tryckfrihetsförordningen uttrykk for at man i trykkefrihetssaker skal «i tvivelsmål hellre fria än fälla». Sverige er det land hvor pressens selvjustis er best utbygget, men samtidig det land hvor det er vanskeligst for den krenkede å få oppreisning ved domstolene. De to ting er kanskje ikke uten sammenheng. Mens det i 1970-årene bare var omtrent 10 trykkefrihetsmål om året i Sverige, behandlet Presseombudsmannen i 1979 430 saker, og 107 av dem gikk videre til Pressens Opinionsnämnd. Mens saksøkeren gjennomsnittlig bare fikk medhold i 2–3 av rettssakene pr. år, ga Presseombudsmannen eller Opinionsnämnden i 1979 uttrykk for kritikk i 77 tilfelle.

Den som er vant til det naturlige ansvarssystem, har vanskelig for å se det rasjonelle ved de kunstige ordninger. Men det ser ut til at de som har dem, finner seg godt til rette med dem. Det nyeste eksempel på det har man i Yttrandefrihetsutredningens innstilling (SOU 1983:70). Jeg anser det derfor hensiktsløst å ta opp en diskusjon om forholdet mellom det ene eller det annet system. For øvrig har det antakelig større betydning om ansvar kan gjøres gjeldende mot noen, enn *hvem* det kan rettes mot.

(2) En annen forskjell er at man i Danmark og Norge fra gammelt av har generelle bestemmelser om offentlig krenkelse av privatlivets fred. I Finland har man forholdsvis nylig fått regler av lignende innhold, derimot ikke i Sverige. I en svensk utredning fra 1980 (SOU 1980 : 8) foreslo et mindretall i utvalget en generell straffebestemmelse i likhet med de danske, finske og norske, men Yttrandefrihetsutredningen gikk mot forslaget, og det er vel dermed små utsikter til at det skal føre til lovgivning.

(3) Det er også vesentlig forskjell mellom reaksjonssystemet overfor ærekrenkelser. En viktig forskjell ligger i mortifikasjonsinstituttet i Danmark, Island og Norge, det vil si at domstolen kan kjenne en injurie død og maktesløs når det ikke er ført bevis for den. Mortifikasjon kan kreves selv om det ikke foreligger grunnlag for strafferettslig eller sivilrettslig ansvar. Det gir

den injurierte en mulighet for æresoppreisning på rent objektivt grunnlag. I Norge blir mange injuriersaker reist som rene mortifikasjonssaker, idet den krenkede finner det viktigere selv å bli renvasket enn å få den ansvarlige dømt til straff eller erstatning. Det har fra tid til annen vært fremsatt kritikk i Norge av mortifikasjonsinstituttet, men konklusjonen av alle utredninger og diskusjoner har vært en helt overveiende oppslutning om ordningen.

Også når det gjelder muligheten for økonomisk oppreisning for den krenkede, er det forskjell mellom landene. Dette kommer jeg tilbake til (avsnitt IX).

VI. Rettsreferater

Det klassiske problem om forholdet mellom rettsvesen og massemedia har sammenheng med offentlighetsprinsippet ved domstolenes saksbehandling. Selv om de egentlige rettsreferater ikke er det mest påtrengende problem i dag, kan det likevel være hensiktsmessig å begynne i denne ende. Spørsmålet er i hvilken utstrekning det skal gjøres unntak fra prinsippene om åpne dører og adgang til offentlig referat. Adgangen til referat kan betraktes som en forlengelse av offentlighetens adgang til selve rettsforhandlingene. Hvis forhandlingene blir holdt for lukkede dører, vil det i alminnelighet heller ikke bli tale om noe referat. Jo mindre begrensninger der er med hensyn til rettsforhandlingenes offentlighet, dess viktigere blir derfor spørsmålet om begrensninger i referatretten.

«Ingen Samfundsvirksomhed kræver i den Grad som Retsplejen til sin Trivsel og Udvikling den videst muligt gennemførte Offentlighed». Sitatet er fra den danske prosessualist H. Munch Petersen, og skriver seg fra de første årtier av dette århundre. Ordene gir et veltalende uttrykk for den begeistring som knyttet seg til gjennomføringen av moderne prosessprinsipper med muntlig og offentlig rettergang. I dag er det neppe mange som vil bruke så sterke ord. Tradisjonelt er offentlighetsprinsippet blitt betraktet som en garanti mot misbruk i rettspleien, og ikke minst som et vern for den tiltalte i straffesaker. Det kan også være et vern mot forskjellsbehandling til gunst for noen. Under våre dagers forhold, med uavhengige dommere, med prosessfullmektiger for partene til stede, og legmannsdeltakelse iallfall i mer alvorlige straffesaker, er det ingen grunn til å tro at vilkårlighet og overgrep skulle gjøre sitt inntog i rettssalen om dørene blir lukket eller referat forbudt.

Det er likevel neppe noen som vil angripe offentlighetsprinsippet som utgangspunkt og hovedregel. Det har fått en symbolverdi, som vi blir minnet om når vi leser beretninger fra andre land om politiske prosesser for lukkede

dører eller med bare regimets klakkører som tilhørere. At prinsippet om åpenhet er egnet til å styrke allmennhetens tillit til rettspleien, kan det neppe være tvil om. Adgangen til offentlig referat har også sin pedagogiske og allmennpreventive verdi. Det er gjennom referat og omtale av konkrete rettssaker at menigmann får sine kunnskaper om lov og rett, ikke gjennom studier av Lovtidend og lovsamlingen. Men samtidig må det innrømmes at utviklingen innenfor pressen har ført til at skyggesidene ved full gjennomføring av prinsippet er trådt sterkere frem.

For den som er kommet i søkelyset som mistenkt for en straffbar handling, og for dem som står ham nær, er publisitet nesten alltid en belastning. Er han skyldig, blir den offentlige brennemerking et tilleggsonde som rammer tilfeldig, og ofte er tyngre å bære enn den straff som rettsapparatet ilegger. Er han uskyldig, vil den offentlige mistanke ikke bare være en påkjenning mens saken pågår, men den vil ofte til tross for henleggelse eller frifinnende dom sette et varig spørsmålstegn ved hans ære. En straffesak kan også føre til at ømtålige personlige og familiemessige forhold blir prisgitt offentligheten. Særlig gjelder det i forbindelse med rettspsykiatriske undersøkelser. Fra humanitært synspunkt er det en fordel å begrense publisiteten til det minst mulige.

Tendensen i Norge i de senere år har vært å øke unntakene fra det fulle offentlighetsprinsipp, og jeg har inntrykk av at dette ikke er særegent for vårt land. Det er etter hvert blitt et nokså detaljert sett av regler i prosesslovgivningen. Det ville føre for langt å gå inn på detaljene her. Jeg skal bare nevne enkelte punkter.

Noen typer av saker har en så personlig karakter at offentlig referat uten partenes samtykke bør være forbudt. Det gjelder slikt som ekteskapsaker og andre familiesaker. Etter den danske retsplejelov er det forbudt å opplyse om navn og identitet for offeret i sedelighetssaker. Særlige hensyn gjør seg også gjeldende i injuriersaker, se nærmere avsnitt IX. Ved siden av slike særregler bør det etter min oppfatning være en skjønnsmessig adgang for retten til å forby gjengivelse av forhandlingene eller en del av dem hvis dette finnes påkrevd av hensyn til privatlivets fred. I forbindelse med den nye norske straffeprosesslov av 1981, som vil tre i kraft i 1985, har domstolsloven fått en bestemmelse som gir hjemmel for dette (D. § 131, 5. ledd).

Det bør også gjelde strenge restriksjoner for adgangen til fotografering i rettssalen. I forbindelse med den nye norske straffeprosesslov er det inntatt bestemmelser i domstolsloven, som går ut på at fotografering, filmopptak og opptak for radio eller fjernsyn som utgangspunkt er forbudt under forhandlingene i straffesaker. Det er også forbudt å fotografere eller gjøre opptak av den siktede eller domfelte på vei til eller fra rettsmøtet eller under opphold i

den bygning hvor rettsmøtet holdes, med mindre han samtykker. Når særlige grunner taler for det, kan retten gjøre unntak fra forbudet. Norsk Presseforbund fant at de nye regler var for restriktive, men denne innsigelse førte ikke frem. Lignende, men noe mer begrensede bestemmelser, finnes fra før i svensk Rättegångsbalk og dansk retsplejelov.

Et annet viktig spørsmål er hvilke krav som skal stilles til referatet for at referenten skal være ansvarsfri. Utgangspunktet må være at når referat er tillatt, er referenten ansvarsfri for et korrekt referat av en verserende sak. Offentlighetsprinsippet slår her igjennom f.eks. overfor vanlige regler om ærekrenkelses eller krenkelses av privatlivets fred. En reservasjon bør antakelig gjøres for forhold som ligger helt utenfor saken, f.eks. hvis en part eller et vitne kommer med ærekrenkende utbrudd overfor en tredjemann, og dette blir slått opp i referatet. Et illustrerende eksempel fra dansk praksis er gjengitt i Ugeskrift for Retsvæsen 1979 s. 1028.

Forutsetningen for ansvarsfrihet må være, som det heter i den danske retsplejelov, at referatet er objektivt og lojalt. Journalistisk dramatisering og fargelegging må holdes innenfor meget snevre grenser. En overskrift kan pådra ansvar, selv om den ledsagende tekst er uangripelig. Og det kan ikke være nok at det som refereres, er riktig gjengitt, hvis referatet totalt sett er partisk eller misvisende. Her kan naturligvis vanskelige skjønsspørsmål melde seg. Den norske høyesterett har hatt flere saker om dette i de senere år.

Et sentralt spørsmål er adgangen til å bringe navn, eller på annen måte identifisere parter og vitner. Først og fremst er dette et spørsmål om presseetikk, og regler om spørsmålet finnes i alle de nordiske land. Men reglene er noe ulikt formulert og praksis synes å være meget forskjellig. Det illustreres av en dansk og en svensk avgjørelse, begge fra 1983. Det danske pressenævn fant at det ikke kunne kritisere den praksis som ble fulgt av Ritzaus Bureau og de fleste dagblad, at den dømtes navn blir anført når straffen er ubetinget fengsel i 1 år eller derover. (Ritzaus Bureau har senere endret grensen til fengsel i over 2 år). Den svenske Opinionsnämnd fant det derimot i strid med god presseetikk at Svenska Dagbladet hadde oppgitt navn på en tidligere straffet person, som ble dømt til livsvarig fengsel for to mord og grov mordbrand. Nemnden fremholdt at om en sak har vakt stor oppmerksomhet blant allmennheten, er det ikke tilstrekkelig grunn til å publisere navnet. Finland og Norge ligger nok et sted mellom disse ytterpunkter.

Hvis man ser straffriheten for riktig referat som en videreføring av rettergangens offentlighet, er det kanskje vanskelig uten særlig lovhjemmel å anse det som rettsstridig å bruke navn, selv om det strider mot journalistikkens etiske regler. Dette reiser spørsmålet om man bør få lovregler om forholdet.

For unge lovovertridere er slike regler vel kjent fra utenlandsk rett. Erfaring tyder imidlertid ikke på noe sterkt behov for bestemmelser av denne art i forbindelse med rettsreferater.

Påkjenningen ved omtale økes betydelig hvis det også bringes bilde av vedkommende. En ting er det før omtalte spørsmål om adgangen til å fotografere i forbindelse med rettssaken. Et annet spørsmål er om en avis uten samtykke av den avbildede kan bruke fotografier som den er kommet i besittelse av på annen måte. Den norske fotografilov har en bestemmelse om at offentlig gjengivelse av et fotografi uten vedkommendes samtykke er forbudt med mindre bildet har aktuell og allmenn interesse (fotografilov av 17. juni 1960 § 15). Tilsvarende regler finnes, så vidt jeg vet, ikke i de øvrige nordiske land. Man kan vel da neppe komme lenger enn til at det er forbudt å bringe bilde i samme utstrekning som det er forbudt å bringe navn.

VII. Annen omtale av rettssaker

Det er i dag ikke det klassiske problem om pressens rettsreferater som står i sentrum. Det er først og fremst det som skjer utenfor retten, som massemedia er interessert i. Det er her de har størst mulighet for å være først ute med oppsiktsvekkende nyheter. Kriminalreportere avlytter f.eks. ulovlig politiets radiosamband, og er på åstedet før eller samtidig med politiet. De får kanskje opplysninger fra sine forbindelser innenfor politiet, og går videre på egen hånd ved å intervju vitner eller de pårørende til gjerningsmann eller offer. Også under selve rettssaken kan aviser øke publikumsinteressen ved intervjuer og reportasje omkring saken.

Pressen har som nevnt sine etiske regler om rettsreportasje, og så vidt jeg kan bedømme, er de stort sett tilfredsstillende. Men det skjer overtramp, og hvis den som har lidt overlast ikke vil nøye seg med mulige reaksjoner fra pressens egne organer, reiser spørsmålet seg om hvor de rettslige grenser går.

Mest aktuelt er spørsmålet for omtale av straffesaker. Ved slik omtale, f.eks. på etterforskningsstadiet, befinner man seg juridisk på langt usikrere grunn enn når det gjelder rettsreferater. Man har ikke bestemmelser i prosesslovene som holdepunkt. For politiets etterforskningsvirksomhet gjelder i motsetning til domstolenes virksomhet ikke noe offentlighetsprinsipp. Tvert om, som utgangspunkt har den enkelte tjenestemann taushetsplikt. Når det er politiets virksomhet som er gjenstand for omtale, blir man i langt større utstrekning enn ved referater fra domstolene henvist til å spørre hva som følger

av alminnelige rettsregler. I Norge er det særlig straffelovens bestemmelser om ærekrenkelse og privatlivets fred det blir spørsmål om.

Jeg skal nevne et par typetilfelle, og for enkelthets skyld knytte drøftelsen til norsk rett.

En viktig gruppe er de hvor en person i massemedia blir hengt ut som mistenkt for straffbart forhold. Senere viser det seg at mistanken var uberettiget, eller den er iallfall ubevislig, slik at saken ender med henleggelse eller med frifinnelse. Utgangspunktet er her at både den som har fremsatt mistanken og den som har publisert den, er strafferettslig og sivilrettslig ansvarlig for ærekrenkelse. Forutsetningen er som regel at vedkommende ikke har opptrådt tilstrekkelig aktsomt, men det er i praksis strenge krav som stilles i så måte. Mortifikasjon kan som før nevnt kreves på rent objektivt grunnlag.

Fra pressehold blir det undertiden kritisert at jurister har liten sans for det tidspress som pressen arbeider under. Til det er å si at fra rettsordenens synspunkt er det ganske likegyldig om det er avis A eller avis B som er først ute med en nyhet. Synspunktet i rettspraksis har med rette vært at vil en avis bringe opplysninger av injurierende art, får den ta den tid den trenger til å kontrollere sine kilder.

Det er ikke i seg selv ansvarsfrie for avisen at den har fått opplysninger fra politiet, f.eks. om at det er inngitt en anmeldelse eller at politiet finner forholdet mistenkelig. Referat av politiets meddelser, også de offisielle, står etter norsk rettsoppfatning i en annen stilling enn rettsreferater. Derimot er det i avgjørelser fra senere år slått fast at pressen ansvarsfritt kan opplyse at politiet har gått til pågrep eller reist siktelse eller tiltale mot en person. Men går avisen videre og omtaler saken som om den mistenktes skyld var bevist, må den være forberedt på å stå til ansvar for riktigheten av beskyldningen.

Et annet typetilfelle består i at en annen enn gjerningsmannen, f.eks. hans nære pårørende, eller offeret og offerets familie, får pressens strålekasterlys satt på seg. Ofte skjer det med vedkommendes samtykke, med eller uten godtgjørelse. Selv om det heter i norske journalisters «Vær varsom»-plakat at man skal vise særlig hensyn overfor personer som ikke kan ventes å være klar over virkningen av sine uttalelser, og at man ikke skal misbruke andres følelser, uvitenhet eller sviktende dømmekraft, er det lite aktuelt med noe rettslig ansvar i slike tilfelle. Annerledes er situasjonen hvis man blir gjenstand for publisiteten uten samtykke, kanskje mot protest. Her kan straffebestemmelser om krenkelse av privatlivets fred gripe inn. I Norge kan også fotografilovens bestemmelser påberopes. Etter rettspraksis å dømme blir disse bestemmelser sjelden brukt. Den krenkede viker som regel tilbake for den ytterligere påkjenning som en rettssak vil medføre. Det er imidlertid tenkelig

at det undertiden kommer til et minnelig oppgjør uten rettssak. – Hvor lovgivningen som i Sverige ikke har bestemmelser om krenkelse av privatlivets fred, vil den krenkede som regel bare ha pressens selvjustis å holde seg til, så lenge publisiteten ikke er injurierende.

Selv om grensene kan være vanskelige å trekke, og bestemmelsene om krenkelse av privatlivets fred ikke blir ofte brukt, forsvarer de etter min oppfatning avgjort sin plass. De står som en markering av samfunnets syn, og gir et holdepunkt i opplæringen av journalisten. At prinsippet om respekt for individets integritet og privatlivets fred er slått fast i de presse-etiske regler, er utmerket, men har ikke helt den samme tyngde som om det står i straffeloven.

VIII. Poli og advokater som opplysningskilde for massemedia

Siden politiet er en så viktig kilde for pressen, er det av stor betydning at meddelelser fra politiet ikke bare tar hensyn til pressens informasjonsbehov, men også til motstående hensyn. Forholdet mellom politi og presse er et kjernepunkt når det gjelder personvernet under etterforskningen i straffesaker. I Norge ble regler om meddelelser fra politiet til pressen gitt av riksadvokaten allerede i 1932, og Hurwitz uttalte i sin avhandling til juristmøtet i 1937 at disse regler gjennomgående var av forbilledlig karakter. De någjeldende regler er gitt i et rundskriv fra riksadvokaten av 12. februar 1981. I rundskrivet er det bl.a. nevnt at meddelelser og opplysninger fra politiet eller påtalemyndigheten til offentligheten må være strengt refererende og gitt i en nøktern form uten vurderende kommentarer. Navn eller identitetsrøpende opplysninger må ikke gis uten i visse spesielt oppregnede tilfelle. Det må vises særlig varsomhet med opplysninger om og innholdet i anmeldelser, før disse er vurdert og nærmere undersøkt og prøvet. Kompetansen til å gi opplysninger ligger hos politimesteren eller den han har delegert myndighet til. Det er også understreket at ingen innenfor politi eller påtalemyndighet må kreve eller motta godtgjørelse for de opplysninger som gis til massemedia.

Slike regler er viktige, men følges ikke alltid i praksis. Av og til har politiets meddelelser til offentligheten innslag av forhåndsprosedyre for politiets syn på retts- og bevisspørsmål. Man har til og med hatt eksempel på at politiet holder pressekonferanse og forsikrer at det er overbevist om å ha funnet den rette mann, og at det senere blir oppklart at det er en helt annen som er den skyldige. Den danske retsplejelov har i § 1016 a en regel om at ingen som i embets medfør er beskjeftiget med en straffesak, må uttale seg

utenfor retten til offentligheten om skyldspørsmålet, så lenge saken ikke er pådømt eller bortfalt. Det kunne være godt å få en slik regel inn i loven.

Ingen regler kan imidlertid hindre at journalister i strid med reglene bruker tips som de har fått av underordnede tjenestemenn, f.eks. innenfor kriminalpolitiet. Dette er straffbart brudd på taushetsplikt fra tjenestemannens side, men journalisten kan etter norsk rett ikke straffes som medvirker til lovbruddet. Og i kraft av journalistens rett til å dekke sine kilder, vil han i alminnelighet kunne hindre at illojaliteten blir trukket frem i lyset.

Mens jeg arbeider med dette referat, inntreer et illustrerende tilfelle (november 1983). Politiet i Oslo arresterer en overkonstabel i kriminalpolitiet som mistenkt for å være forøveren av en rekke oppsiktsvekkende bankran, og forhørsretten avsier fengslingskjennelse. Den arresterte nekter ethvert kjennskap til ranene. Det er en sensasjonell sak, og politimesteren opptrer på TV og gir en kort redegjørelse for saken, men uten å nevne navn. Redegjørelsen går ikke ut over det som er naturlig i en så oppsiktsvekkende sak. Neste dag bringer vår største løssalgsavis ikke bare navnet, men en rekke opplysninger om siktedes privatliv, om de bevis politiet bygger på, og en stor fotoreportasje. Reportasjen dekker hele førstesiden og ytterligere fire hele sider i avisen. Opplysningene må man gå ut fra at avisen har delvis fra lekkasjer hos politiet, delvis fra egen detektivvirksomhet. Senere lar også kriminalsjefen seg intervju om politiets syn på bevismaterialet. Avisen tar åpenbart i et slikt tilfelle en sjanse. Blir den siktede dømt, kan den ta saken med ro. Men svikter beviset, kan den være ille ute. At den ansvarsfritt kunne berette om arrestasjonen, medfører ikke ansvarsfrihet for den ytterligere publisitet som fulgte av avisens reportasje.

Tilsvarende lekkasjep problemer står man overfor også innenfor offentlige kontrollorganer (skattevesen, priskontroll, tollvesen m.v.). Systemet med «1000-kroner tipset» som våre største løssalgsaviser har etablert, er en permanent fristelse for svake sjeler til å skape seg en liten ekstraintekt ved sitt kjennskap til konfidensielle opplysninger.

Også advokater kan tjene som opplysningskilde for pressen. Reglene for god advokatskikk setter, iallfall i vårt land, snevre grenser for advokatens bruk av massemedia. I Den Norske Advokatforenings regler for god advokatskikk heter det bl.a.: «Advokaten må ikke medvirke til offentlig omtale eller drøftelse av forestående eller verserende rettssaker han selv er eller har vært engasjert i, med mindre offentligheten har et berettiget krav på korrigerende eller annen nøktern og saklig informasjon». Behov for en slik korrigerende informasjon kan f.eks. en forsvarer ha hvis politi eller påtalemyndighet er gått ut i pressen på en måte som advokaten føler er til skade for hans klient. Men

det er ikke alle forsvarsadvokater som nøyer seg med å gå til massemedia i slike tilfelle.

IX. Reaksjonene mot krenkende referat og omtale

Reaksjonene mot ærekrenkelser og krenkelser av privatlivets fred er dels strafferettslige, dels sivilrettslige.

Det gjelder vel i alle land at den offentlige påtalemyndighet sjelden reiser straffesak på grunn av ærekrenkelser. Som regel er den krenkede henvist til å reise privat straffesak. Det er en påkjenning som de færreste har styrke og økonomiske ressurser til å påta seg. Ved siden av omkostningene og påkjenningen ved selve saken og den publisitet som den fører med seg, kommer risikoen for at saken skal føre til frifinnelse, kanskje med illeggelse av saksomkostninger. I den offentlige mening vil saksøkeren da lett bli stående som den domfelte. Bruk av jury medfører naturligvis en øket uberegnelighet med hensyn til utfallet.

Det kan reises spørsmål om ikke påtalemyndigheten er for tilbakeholden med å forfølge ærekrenkelser i pressen. I Norge er vilkåret for slik offentlig forfølgning at påtale «finnes påkrevet av allmenne hensyn». Selv om det gjelder offentlige tjenestemenn som er blitt utsatt for grove beskyldninger om sitt forhold til tjenesten, risikerer den krenkede at saken blir henlagt fordi allmenne hensyn ikke antas å kreve påtale. Ut fra arbeidsmessige hensyn kan man forstå påtalemyndigheten – erfaringsmessig blir injuriersaker ofte kompliserte og tidkrevende. Men sammenlignet med alle de tusenvis av offentlige straffesaker om banale volds- og vinningsforbrytelser, kan man stille spørsmålsteget ved prioriteringen. Det er få lovbrudd som i sine virkninger for den krenkede kan måle seg med å bli hengt ut offentlig, berøvet for ære og anstendighet. I verste fall kan det forbitre et menneskes hele liv.

Kanskje større betydning enn de strafferettslige regler har bestemmelsene om erstatning for økonomisk og ikke økonomisk skade. Her synes det å være Norge som er gått lengst i å pålegge ansvar, ikke bare for de skyldige personer, men også for eieren (avisen). Ansvaret er som regel ikke knyttet til forutsetningen om straffbart forhold. Avisen hefter for det ansvar som den personlig ansvarlige blir ilagt, men kan også pålegges å betale slik ytterligere erstatning for skade av ikke økonomisk art (oppreisning) som retten finner rimelig. Resonnementet er at om den personlig ansvarlige har liten økonomisk evne, er det ingen grunn til at dette skal komme avisen til gode ved fastsettelsen av ansvaret.

Disse regler, som ble innført i 1939, delvis etter inspirasjon av engelsk rett, og som med små endringer er blitt opprettholdt ved senere lovrevisjoner, er blitt kanskje det viktigste middel for den som føler seg ærekrenket i pressen. Selve dette ansvar er det generell opplutning om. Det har imidlertid undertiden vært kritisert, at domstolene er altfor forsiktige ved fastsettelsen av oppreisningsbeløpene. Norsk rettspraksis befinner seg langt fra de fantasibeløp som man undertiden hører om fra England og USA. Professor Jo Hov, som har engasjert seg sterkt i spørsmålet, har fremholdt at for aviser med millionomsetning vil en erstatning på 20 000 – 30 000 kroner ikke ha noen nevneverdig preventiv betydning (Lov og Rett 1983 s. 35). I betraktning av at selve injurienesaken vil kunne gi avisen godt stoff i lange tider, kan den faktisk være god forretning. En halv million derimot, det ville nok avisene merke, uttalte Hov. Det kan se ut som om han er blitt bønnhørt. Kort tid etter at hans artikkel var blitt offentliggjort, dømte Oslo byrett vår største løssalgssavis til å betale en oppreisning på en halv million kroner for en reportasje i avisen. (Dommen er påanket, og det endelige utfall er ikke kjent når dette skrives).

Den største betydning av bestemmelsene om avisens ansvar ligger ikke i at en og annen som har vært utsatt for krenkende eller sårende omtale, kan få et plaster på såret, men i den preventive virkning av ansvaret. Det skal kraft til å føre en injurienesak. Som vanlige borgere må vi være takknemlige for at det er noen som gjør det, og derved bidrar til å slå fast at det finnes grenser for hva massemedia kan tillate seg.

Best materiale til en sammenligning med Norge har jeg for Sveriges vedkommende. Som før nevnt (avsnitt V), er det i Sverige meget vanskelig å nå frem med et ansvarssøksmål overfor pressen. Og i de få tilfelle hvor erstatning blir tilkjent, synes beløpene å være enda betydelig lavere enn i Norge, sjelden mer enn 5 000 eller 10 000 kroner. I et enkelt tilfelle er en avis ilagt en erstatning på 40 000 kroner. I dette tilfelle gjaldt det en serie artikler som hadde utpekt en kjent advokat som en sentralfigur i «mafiaen i Sverige». Fra den annen ende av skalaen kan nevnes et tilfelle hvor en kvinnelig sosialassistent på grunn av påkjenningen ved ærekrenkende omtale i Expressen måtte ta 4 måneders permisjon fra sitt arbeid. Hun ble tilkjent 2 000 kroner for den psykiske lidelse hun hadde vært utsatt for. Man kan nok synes at et menneskes ære og sjelefred i et slikt tilfelle blir taksert svært billig.

For norsk retts vedkommende synes jeg at de materielle regler om straff og erstatning gir en rimelig avveining mellom hensynet til ytringsfriheten og hensynet til den krenkede. Derimot er det nok grunn til å overveie om man kan styrke den krenkedes prosessuelle stilling, slik at en ærekrenkelsessak blir mindre av en påkjønning. Den økonomiske belastning kan lettes ved generøse

regler om fri sakførsel i slike saker. Men enda viktigere er kanskje reglene om offentlighet og referatadgang. Det som i særlig grad gjør en injuriersak til en prøvelse for den krenkede, er den gjentakelse og utdyping av beskyldningene som han må være forberedt på å få referert i massemedia under sakens gang.

Den norske domstolslov har i noen grad forsøkt å råde bot på dette ved særbestemmelser. I saker om ærekrenkelser eller krenkelse av privatlivets fred kan retten således forby referat i den utstrekning saken gjelder noens privatliv (D. § 131). Et dristigere skritt for å beskytte den krenkede ble tatt i Finland i 1974. Samtidig med at straffeloven fikk en ny bestemmelse om krenkelse av privatlivets fred (SL kap. 27 § 3 a), ble det fastsatt at saker om ærekrenkelse eller krenkelse av privatlivets fred skal føres for lukkede dører hvis det begjæres av den fornærmede (målsäganden) eller anklageren (lag om offentlighet vid rättsskipningen § 1,3. ledd). Regelen er absolutt, og den gjelder også for ærekrenkelser som er fremsatt offentlig. Etter hva jeg har fått opplyst, er bestemmelsen ikke blitt møtt med protester fra den finske presse. Det ville være av stor interesse å få høre om erfaringene med bestemmelsen. Svakheten sett fra den krenkedes side er vel at en begjæring fra ham om lukkede dører lett vil tolkes slik at han har noe å skjule.

For Norges vedkommende har professor Hov foreslått at injuriersaker som hovedregel skal føres for lukkede dører med mindre særlige forhold gjør seg gjeldende, altså uten at begjæring fra fornærmede eller påtalemyndigheten er nødvendig. Et ubetinget påbud om lukkede dører ville gå for langt. Hvis saken f.eks. gjelder beskyldninger i pressen mot en embetsmann eller politiker for maktmisbruk eller korrupsjon, har jeg vanskelig for å tenke meg en rettsforhandling for lukkede dører. Lettere kunne man tenke seg en regel om at forhandlingen skal skje for lukkede dører eller med forbud mot referat med mindre det gjelder forhold av offentlig interesse.

X. Referat og presseomtale i strid med offentlige interesser

I det foregående er fortrinnsvis tatt sikte på hvilke muligheter den som føler seg krenket ved omtale i massemedia, har til å få oppreisning. En omtale av verserende eller forestående rettsaker kan imidlertid på annen måte gripe inn i rettspleien på en uheldig måte. Her skal nevnes noen eksempler.

1. Bevisst uriktige rettsreferater. Uriktige rettsreferater kan, foruten å skade enkeltpersoner, også sies å være en krenkelse av offentlige interesser. De motvirker det informasjonshensyn som referatadgangen skal tjene, og kan

bidra til uberettiget å svekke tilliten til rettsapparatet. Grovt uriktige eller grovt misvisende rettsreferater er belagt med straff i den danske retsplejelov § 1017, stk. 2 nr. 1 og i den norske straffelov § 432. Mens den norske lov er begrenset til referater, rammer den danske også andre uriktige meddelelser. Skyldkravet er i begge tilfelle forsett eller grov uaktsomhet.

Meget taler for at det bør være adgang til å gripe inn overfor særlig ondartede tilfelle av uriktig referat eller omtale, men det er vanskelig å tenke seg at slike bestemmelser kan få noen særlig praktisk betydning. Det vil være uoverkommelig for påtalemyndigheten å holde øye med strømmen av rettsreferater for å gripe inn mot grove uriktigheter. Slike saker vil også forutsette en vanskelig bevisførsel både om de objektive og de subjektive vilkår for straff.

2. *Vanskeliggjørelse av sakens oppklaring.* En presseomtale kan vanskeliggjøre oppklaringen av saken. Når det gjelder rettsreferater, finnes i prosesslovene enkelte bestemmelser som tar sikte på å hindre dette. I den norske domstolslov er det således en bestemmelse om at retten, når det er grunn til å anta at offentlig gjengivelse av forhandlingene i et rettsmøte vil kunne ha skadelig virkning på opplysningen eller på dømmelsen av saken, kan beslutte at forhandlingene eller visse deler av dem ikke må gjengis før endelig dom er avsagt (D. § 131, 2. ledd). Det generelle forbud i samme paragraf mot uten rettens tillatelse å referere fra rettsmøter på etterforskningsstadiet, har delvis samme begrunnelse, men har også til formål å spare den mistenkte for publisitet i dette forberedende stadium. Bestemmelsen går lenger enn det er vanlig i andre land, og blir heller ikke strengt håndhevet i praksis.

Større praktisk betydning har det at offentlig omtale av den utenrettslige etterforskning kan vanskeliggjøre politiets arbeid med å oppklare en sak. Presseomtalen kan gi personer som føler jorden brenner under dem, en mulighet for å gå under jorden eller forsvinne til utlandet. Den kan gi de skyldige sjanse til å rydde bort bevis eller påvirke vitner. En fotoreportasje kan ødelegge forutsetningene for en vellykket konfrontasjonsparade mellom den mistenkte og øyenvitner. Mulige vitner som blir intervjuet av pressen før de er avhørt av politi eller domstol, kan bli psykologisk fiksert til det som de ifølge det offentliggjorte intervju har sagt til journalisten.

Regnskapet er imidlertid mer komplisert. Det hender at presseomtalen fører til at det kommer frem opplysninger som politiet ellers ikke ville ha fått. Det forekommer også at det er avsløringer i pressen som setter politiet på spor etter straffbare forhold. Så vidt jeg vet, viser pressen også stort sett forståelse for henstillinger fra politiet om ikke foreløpig å skrive om en sak. Å formulere bestemmelser som hindrer pressen i omtale som kan vanskeliggjøre oppkla-

ringen av en sak, tror jeg vil være en meget vanskelig oppgave. Hurwitz foreslo i 1937 et forbud mot intervjuer med privatpersoner angående forhold av interesse for en verserende undersøkelse, men et kategorisk forbud av denne art vil kanskje gå for langt, og sikkert være vanskelig å få respektert. Jeg tror dette er et område hvor man stort sett er henvist til å stole på pressens ansvarsfølelse og selvjustis. I Norsk Presseforbunds retningslinjer for pressens omtale av rettssaker heter det at det er utilbørlig å gjengi intervju med noen om en sak som han er innkalt som vitne i. Et forbud med denne begrensning kunne tenkes opptatt i loven.

3. *Uforsvarlig forhåndspåvirkning.* Et annet aspekt, som i de senere år har vært atskillig fremme i diskusjonen i Norge, er at en forhåndsomtale kan påvirke dommerne, og især legdommerne, slik at de går til rettssaken med en forhåndsinnstilling som vanskeliggjør en fullt ut objektiv bedømmelse. Omtalen kan gjelde de faktiske forhold eller den juridiske bedømmelse; ofte vil det være en kombinasjon av begge deler. I den mest omtalte drapssak i Norge i de senere år – saken mot en sykehjemsbestyrer som stod tiltalt for overlagt drap av 25 pasienter ved injeksjoner av det åndedrettslammende stoff curacit –, brakte en lokalavis under hovedforhandlingen et intervju med hans fraskilte hustru, hvor hun ga utvetydig uttrykk for sitt syn på skyldspørsmålet. I verste fall kan det piskes opp en følelsesbestemt opinion som kan påvirke både vitner og dommere. Man har nylig opplevet at pressen i en sensasjonell drapssak samme dag som lagretten skulle avgi sin kjennelse, brakte intervjuer med kjente samfunnsborgere om hva avgjørelsen burde gå ut på. Mens saken sto for retten for annen gang brakte vår største morgenavis (Aftenposten) en gallup om hva resultatet burde bli. Da Advokatforeningen sendte avisen et innlegg som kritiserte forholdet, avviste avisen kritikken som ganske uberettiget, og nektet å ta innlegget inn!

I engelsk rett finnes det strenge regler om forhåndsomtale av rettssaker, den kan i vid utstrekning rammes som «contempt of court». En kjent norsk journalist som har studert systemet i praksis, skrev i en reportasje for en tid siden at det før en sak kommer for retten senkes et jernteppe mellom politi og domstolen på den ene side, og massemedia på den annen side. På bakgrunn av en del foretelser i Norge – bl.a. utgivelse av et par debattbøker omkring verserende straffesaker – reiste generalsekretæren i Den Norske Advokatforening, høyesterettsadvokat Harald Halvorsen, for noen år siden spørsmålet om vi også hos oss trenger slike regler (Lov og Rett 1979 s. 337). Den Norske Dommerforening rettet i desember 1982 en henstilling til Justisdepartementet om å utrede spørsmålet om forholdet mellom massemedia og domstolene, og

nevnte flere aktuelle eksempler på uheldig forhåndsomtale. Den Norske Advokatforening sluttet seg senere til henstillingen, og tilføyet at en slik utredning også burde omfatte forholdet til politiet og påtalemyndigheten. Justisdepartementet har imidlertid ikke vist noen særlig interesse for saken, og noen offentlig utredning er ikke kommet i gang.

De engelske regler er sprunget ut av en rettstradisjon som er forskjellig fra vår, og egner seg neppe som direkte forbilde. Det kan i denne sammenheng nevnes at flertallet i den europeiske menneskerettighetsdomstol for noen år siden i en berømt sak fant at anvendelsen av de daværende engelske regler om *contempt of court*, i det foreliggende tilfelle kom i strid med Europakonvensjonens bestemmelser om ytringsfriheten (Sunday Times-saken, dom 29. mars 1979). Det illustrerer at man her befinner seg på et felt hvor man bør trå varsomt. Man har senere fått en ny lov om emnet i England (Contempt of Court Act av 1981).

En mer begrenset bestemmelse mot utilbørlig forhåndsomtale finnes i den danske retsplejelov § 1017. Bestemmelsen rammer den som under en straffesak «fremsetter uttalelser, der er egnet til på uforsvarlig måte at påvirke dommerne, domsmændene eller nævningerne med hensyn til sagens afgørelse». En viktig, men også meget skjønsmessig begrensning ligger i kravet om at det skal være en *uforsvarlig* påvirkning. Bestemmelsen er nylig kommet til anvendelse i en meget omdiskutert sak (Ugeskrift for Retsvæsen 1982 s. 1022). Saken gjaldt en overlege som var tiltalt for medlidenhetsdrap. Om formiddagen samme dag som juryen skulle avsi sin kjennelse, brakte Ekstra-bladet en artikkel på forsiden med overskriften «Lægen bør frikendes», og en leder på neste side hvor det ble hevdet at legen burde frifinnes fordi han hadde handlet i overensstemmelse med lege-etikken. (Hans handling lå i grenselandet mellom medlidenhetsdrap og bruk av smertestillende midler til en håpløst syk). Høyesterett opprettholdt med fire mot tre stemmer de underordnede retters domfellelse av redaktøren, og en bot på 10 000 kroner. Det var enighet i retten om at loven måtte forstås slik at den også kunne ramme omtale til gunst for en tiltalt. *Flertallet* fant at forsiden og artikkelen innebar en kraftig oppfordring til juryen om å frikjenne tiltalte, og at uttalelsene, også under hensyn til tidspunktet for fremsettelsen, var egnet til på uforsvarlig måte å påvirke juryens avgjørelse av skyldspørsmålet. *Mindretallet* uttalte at siden straffesaken gjaldt det tillatelige i legens handling, noe som hadde vært gjenstand for omfattende offentlig debatt, måtte hensynet til den fri meningsutveksling føre til betydelig tilbakeholdenhet med å gripe inn mot uttalelser som gir uttrykk for en bestemt holdning til de debatterte spørsmål, iallfall når uttalelsene er til gunst for tiltalte og ikke inneholder noe standpunkt til sakens bevissspørsmål.

Disse dommere stemte derfor for frifinnelse.

Den sterke dissens i retten illustrerer vanskelighetene ved bedømmelsen. Det samme gjelder et av de eksempler som høyesterettsadvokat Halvorsen nevner i sin artikkel. Det var reist tiltale etter rasediskrimineringsparagrafen i straffeloven mot forfatteren av et leserbrev om fremmedarbeidere, og mot redaktøren av avisen som hadde tatt leserbrevet inn. De tiltalte ble dømt i byretten, og påanket dommen til Høyesterett. Mens saken sto for Høyesterett, ble det skrevet en debattbok om saken, hvor byrettens dom var gjenstand for sterk kritikk. Den tiltalte redaktør hørte selv til bidragsyterne i boken. Det er opplyst at boken ble fremlagt i korrekturavtrykk under saksbehandlingen i Høyesterett. Jeg har selv vanskelig for å se noe kritikkverdig i at emnet ble belyst i massemedia før Høyesterett traff sin avgjørelse, og jeg ville ha sett det på samme måte om det hadde vært en frifinnende dom i byretten som hadde vært utsatt for kritikk. Faktum i saken var på det rene. Høyesteretts oppgave var å ta standpunkt til rettsanvendelsen i et omstridt spørsmål av stor samfunnsinteresse. Livlige pressediskusjoner om hvordan grensene for det straffbare bør trekkes, har vi hatt også i forbindelse med andre saker, f.eks. de litterære pornografisaker i 1950- og 1960-årene. At det verserer en sak om spørsmålet, bør etter min mening ikke legge noen bånd på samfunnsdebatten. Situasjonen er en annen hvis man får en forhåndsprosedyre i massemedia om bevisbedømmelsen i saken.

En skjønnsmessig regel mot forhåndspåvirkning i likhet med den danske vil kunne ha en viss betydning som prinsipperklæring, og gi en mulighet for å gripe inn mot de groveste overtramp. De eksempler fra Norge som er nevnt foran, tyder på en viss blindhet for problemet også hos den ellers anstendige og ansvarsbevisste presse. Men best ville det være om en bevisstgjøring av presse-etikken ville gjøre lovgivningsinngrep av denne art unødvendige.

XI. Barnevernsnemnder og andre organer med domstolslignende myndighet

Som nevnt innledningsvis, er betegnelsen «rettsvesenet» i emneangivelsen valgt med sikte på å omfatte også administrative organer som utøver en domstolslignende myndighet, typisk barnevernsnemnder og edruskapsnemnder.

Problematikken er imidlertid her en helt annen enn for domstolenes vedkommende. For nemndenes virksomhet gjelder intet offentlighetsprinsipp. Tvert om: På grunn av de høyst personlige forhold de har til behandling, er det

taushetsplikt som er utgangspunktet. De garantier for en betryggende og upartisk behandling som offentlighetsprinsippet kan gi, har her helt måttet vike for de motstående hensyn. Det er også en vesentlig faktisk forskjell i forhold til saker som hører under domstolene. Når massemedia tar opp saker som er gjenstand for nemndbehandling, er det sjelden parten (klienten) som søkelyset rettes mot. Det er oftest nemnden eller dens tjenestemenn som kommer i skuddlinjen, og det er gjerne klienten som gir pressen ammunisjon for kritikken.

Jeg må her nøye meg med å trekke frem noen problemstillinger.

Situasjonen vil gjerne fortone seg svært forskjellig etter som man ser den fra myndighetenes eller fra pressens synspunkt. Myndighetene vil gjerne oppfatte det slik at pressen uten nærmere undersøkelse bygger på klientens anklager, og gjør dem til grunnlag for uansvarlige angrep. Ubertrettede angrep er ikke bare en påkjenning for vedkommende offentlige tjenestemenn, men også til skade for deres arbeid, bl.a. fordi den tillit de trenger, blir undergravd. Myndighetene har vanskelig for å ta effektivt til gjenmæle uten å krenke sin taushetsplikt.

Pressen på sin side fremholder at en av dens viktigste oppgaver er å opptre som vakthund overfor myndighetene til fordel for de små og ressursvake i samfunnet. Kritikkk av enkeltsaker kan virke som brekkstang for forbedringer av systemet. Pressen anklager ofte myndighetene for at de i virkeligheten ikke bruker taushetsplikten i klientenes interesse, men til beskyttelse for seg selv, fordi påberopelsen av taushetsplikten fritar dem for å svare på angrepene og gjør det vanskelig for pressen å trenge til bunns i saken. I dette synspunkt får pressen til dels støtte av samfunnsforskere.

Generelt å skifte sol og vind i denne diskusjon, er ikke lett. Jeg tror ikke det er vanskelig å finne eksempler på uansvarlig og urettferdig kritikkk fra pressens side. «Avsløringer» av byråkratiets mishandling av samfunnets tapere har stor underholdningsverdi, og dermed også stor salgsværdi. Grensen mellom det ekte sosiale engasjement og den opplagsfremmende sosialpornografi kan bli uklare. På den annen side tror jeg heller ikke det er vanskelig å finne eksempler på at pressen har rett i at myndigheter kan tåkelegge kritikkværdig adferd ved henvisning til sin taushetsplikt.

Kanskje ville det føre til klarere linjer om det ble lagt til grunn at en klient som offentlig har gått til angrep på myndighetsorganets saksbehandling eller avgjørelse, får finne seg i at den angrepne part til sitt forsvar trekker frem opplysninger som normalt ville være taushetsbelagt. Til gjengjeld måtte myndighetsorganet avstå fra å dekke seg bak taushetsplikten. Men jeg innrømmer at problemet er vanskelig, og at jeg ikke har sikre løsninger å anbefale.

XII. Radio og fjernsyn

Radio og TV møter i sin virksomhet mange av de samme problemer som pressen, men det er også vesentlige forskjeller, som dels følger av mediets karakter, dels av dets organisasjonsform. En sending i et statlig radio- eller TV-selskap har en gjennomslagskraft og en troverdighet som ingen avis kan konkurrere med. Hvis overtramp først skjer, kan skaden derfor bli ekstra stor. Ved direkte sending er det heller ikke mulig å gjennomføre en slik innholds-kontroll som ved redaksjonen av en avis. Man har i de senere år også i radio og TV kunnet merke tendenser til en mer ærgjerrig og pågående journalistikk, som av og til kan bringe medarbeideren i faresonen i forhold til bestemmelsene om ærekrenkelses og privatlivets fred. Men organisasjonsformen og finansieringsmåten skaper rimelige garantier for at overtramp vil høre til sjeldenheterne. Monopolsituasjonen pålegger de offentlige kringkastingsselskaper en plikt til varsomhet, som jeg tror både ledelse og medarbeidere er seg bevisst. Selskapene har også fått sine etiske regler, og egne klagenemnder eller andre frittstående organer til å ta seg av klager. Jeg ser ikke noen fare for at de offentlige kringkastingsselskaper skal utvikle seg til noen trussel mot personvern eller rettssikkerhet.

Tendensen i Norge i dag går imidlertid i retning av å myke opp monopolet ved lisens til private stasjoner for sendinger i radio og kabelfjernsyn, og det diskuteres om det bør åpnes adgang til å finansiere slike sendinger ved reklameinntekter. Disse private stasjoner kan ikke forutsettes å besitte hverken den kompetanse eller den ansvarlighet som de statlige selskaper. Og siden annonsører vil ha valuta for sine penger – det vil i dette tilfelle si flest mulig mottakere av budskapet –, vil man kunne få en daglig krig i eteren som minner om løssalgssavisenes kamp om leserne. Det er åpenbart faremomenter i utviklingen, som man bør være oppmerksom på.

XIII. Synspunkter til diskusjon

1. Prinsipielle utgangspunkter

De viktige samfunnsinstitusjoner som sammenfattes under betegnelsen rettsvesenet, er et høyst legitimt emne for informasjon, debatt og kritikk. Det gjelder både institusjonenes virksomhet i sin alminnelighet og deres behandling av enkeltsaker.

Ytringsfriheten på dette område må imidlertid tåle begrensninger dels av

hensyn til enkeltindividet (personvernet), dels ut fra mer generelle rettspleiehensyn. Utviklingen av en løssalgspresse som baserer sin eksistens på daglige sensasjoner, har gjort denne problematikk mer påtrengende enn før.

2. Pressens selvjustis

Den selvjustis som pressen har etablert gjennom regler om god presseskikk og organer til å håndheve reglene, er et betydelig fremskritt, men kan ikke tre i stedet for en rettslig regulering.

Pressenemndene bør ha en sterk representasjon for allmennheten, og for å sikre en betryggende saksbehandling og konsekvens i avgjørelsene bør juridisk sakkyndighet være representert i nemnden.

Det bør ikke være noe til hinder for at den som mener seg krenket, kan bringe sin sak inn for både pressenemnden og domstolene.

En presseombudsmann, slik som man har i Sverige, betyr en styrkelse av pressens selvjustis, og en slik ordning bør overveies også i de øvrige land. Det samme gjelder ordningen med et behandlingsbegyr (ekspedisjonsavgift), som må betales av det presseorgan som blir funnet skyldig i brudd på god presseskikk.

Tanken om en offentlig presseombudsmann, med videre oppgaver enn å effektivisere pressens selvjustis, fortjener drøftelse, men vekker også motforestillinger.

3. Rettsreferater

Adgangen til referat av rettsforhandlinger kan ses som en naturlig konsekvens av prinsippet om rettsmøtenes offentlighet. Loven bør gjøre unntak fra offentlighetsprinsippet for særlig ømtålige saker, slik som ekteskapsaker og andre familiesaker. For å styrke den krenkedes stilling bør det være særlige regler om utelukkelse av offentlighet i saker om ærekrenkelse eller krenkelse av privatlivets fred. Og retten bør ha en generell adgang til å lukke dørene og/eller forby referat når hensynet til privatlivets fred eller andre vektige grunner, f.eks. hensynet til sakens opplysning, tilsier det.

Fotografering og opptak for radio eller fjernsyn bør være forbudt i rettssalen og dens nærmeste omgivelser, med mindre retten av særlige grunner gjør unntak fra forbudet.

For å være rettmessig må et referat være korrekt og lojalt. Navn skal ikke

brukes uten at særlige forhold tilsier det. Dette er anerkjent i pressens etiske regler, men det bør overveies om prinsippet også bør lovfestes, eller om det kan antas som en rettslig begrensning uten lovhjæmmel.

Forsettlig og grovt uriktige referater bør kunne straffes, selv om ingen enkeltperson er krenket.

4. *Annen omtale av rettssaker*

Det er alminnelig enighet om at forhåndsomtale av rettssaker skal være nøktern, ikke foregripe avgjørelsen av skyldspørsmålet, og mest mulig respektere den personlige integritet. Et visst rettsvern for den enkelte følger av reglene om ærekrenkelser og om privatlivets fred, men ut over dette må man først og fremst bygge på pressens selvjustis.

Et generelt forbud mot offentlig omtale og diskusjon av saker som står for retten, ville gå altfor langt. Lovbestemte begrensninger i adgangen til presseomtale, for å beskytte etterforskningen eller for å sikre en upartisk pådømmelse, må holdes innenfor snevre grenser.

Det er ønskelig at politiets og påtalemyndighetens meddelelser til massemedia er omgjerdet av faste regler, og at overtramp blir påtalt av overordnet myndighet. Advokatenes organisasjoner bør legge bånd på mulige tendenser hos medlemmene til å prosedere saken i pressen.

5. *Økonomisk ansvar*

Den som er krenket ved rettsstridig referat eller omtale, bør ha rett til erstatning både for økonomisk og for ikke-økonomisk skade. Ansvar bør kunne gjøres gjeldende ikke bare overfor de skyldige personer, men også overfor det presseorgan som har publisert omtalen.

Det økonomiske ansvar bør ikke være knyttet til forutsetningen om straffbart forhold. Erstatningen for ikke-økonomisk skade bør fastsettes så rommelig at den kan ha en preventiv virkning overfor pressen.

Litteratur

Nedenfor er gjengitt noen arbeider som det enten er henvist til i teksten eller som forfatteren har hatt særlig nytte av ved utarbeidelsen av referatet.

- Anders Bratholm*, Massemedia og domstolene. Lov og Rett 1984 s. 115–132.
Torsten Cars, Kan man få rätt mot pressen? Svensk Juristtidning 1981 s. 1–20.
Torsten Cars og *Peter Danowsky*, Pressen inför rätta, Norstedt & Söners Förlag, Stockholm 1982
Knud Aage Frøbert, Massemediernes frihed og ansvar, Akademisk Forlag 1983.
Henrik Grönqvist, Pressetik och juridik. Festskrift till Hans Thornstedt s. 249–267, Norsted & Söners Förlag, Stockholm 1983.
Jo Hov, Ærekrenkelses og personfølgning i pressen som rettspolitisk problem. Lov og Rett 1983 s. 35–47.
Stephan Hurwitz, Lovgivningens stilling til pressens behandling af retssager. Förhandlingarna på det sjuttonde nordiska juristmötet, Bil. 1, Helsingfors 1938.
Pressens selvjustis. Innstilling fra en komité oppnevnt av Norsk Presseforbund for å vurdere Pressens Faglige Utvalg. Institutt for Journalistikk, Fredrikstad 1982.
Rettspleien og massemediene. Institutt for Journalistikk, Fredrikstad 1982. (Inneholder bl.a. rundskriv fra riksadvokaten og justisdepartementet om meddelelser til pressen, bestemmelsene om pressens og advokatenes selvjustis, aktuelle lovbestemmelser og litteraturliste).

Noen lovttekster

Svensk tryckfrihetsförordning, kap. 1, § 4, 1. ledd

Envar, vilken blivit förtrott att döma över missbruk av tryckfriheten eller eljest vaka över denna förordnings efterlevnad bör därvid städse hava i åtanke att tryckfriheten utgör grundval för ett fritt samhällsskick, alltid fästa sin uppmärksamhet mera på ämnets och tankens än på uttryckets lagstridighet, på syftet än på framställningssättet, samt i tvivelsmål hellre fria än fälla.

Norsk domstolslov § 131, 5. ledd

Når hensynet til privatlivets fred krever det, kan retten helt eller delvis forby offentlig gjengivelse av forhandlingene og dommen. Forbudet gjelder til retten beslutter at det skal oppheves.

Norsk domstolslov § 131 a

Under forhandlingene i straffesaker er fotografering, filmopptak og opptak for radio eller fjernsyn forbudt. Det er også forbudt å fotografere eller gjøre opptak av den siktede eller domfelte på veg til eller fra rettsmøtet eller under opphold i den bygning hvor rettsmøtet holdes, om han ikke samtykker.

Dersom særlige grunner taler for det, kan retten under hovedforhandlingen gjøre unntak fra forbudet når det ikke kan antas å ha uheldig virkning for behandlingen av saken og heller ikke andre hensyn taler avgjørende imot. Før tillatelse gis, skal partene ha anledning til å uttale seg.

Kongen kan gi nærmere regler til utfylling og gjennomføring av disse bestemmelser.

Finsk lag om offentlighet ved rättskipningen, § 1, 3. ledd

Förhandling angående gärning, begången av den som är yngre än aderton år, skall alltid ske inom stängda dörrar. Förhandling angående mål som rör ärekränkning eller kränkning av privatliv, skall ske inom stängda dörrar, såfremt målsäganden eller åklagaren det kräver.

Finsk strafflag kap. 27, § 3a

Den som utan laga rätt med användande av massmedium eller på annat liknande sätt om annans privatliv offentligen sprider uppgift, antydan eller bild, som är ägnad att orsaka denne skada eller lidande, skall för *kränkning av privatliv* dömas till fängelse i högst två år eller till böter. Som kränkning av privatliv skall icke anses offentliggörande, som gäller persons förfarande i offentlig tjänst eller offentligt värv, i näringslivet eller i politisk verksamhet eller i annan med dessa jämförbar verksamhet och som är av nöden för behandlingen av någon samhälleligt betydelsefull sak.

Dansk rpl. § 1016 a

Ingen, som i embeds medfør er beskæftiget med en straffesag, må så længe sagen ikke er pådømt eller bortfaldet, udtale sig uden for retten til offentligheden angående skyldspørgsmålet.

Dansk rpl. § 1017

Stk. 1. Offentlig gengivelse af retsforhandlinger skal være objektiv og loyal.

Stk. 2. Med bøde eller med hæfte straffes den, som i tale eller skrift, beregnet på at virke i en videre kreds, forsættelig eller ved grov uagtsomhed:

1) Giver væsentlig urigtig meddelelse om en straffesag, der endnu ikke er endeligt afgjort eller bortfaldet,

2) lægger hindringer i vejen for sagens oplysning eller

3) så længe endelig dom i en straffesag ikke er afsagt, fremsætter udtalelser, der er egnet til på uforsvarlig måde at påvirke dommerne, domsmændene eller nævningerne med hensyn til sagens afgørelse.