

Förhandlingarna vid

# Det 31 nordiska juristmötet

i Helsingfors

19 – 21 augusti 1987

Del I

Utgivna av lokalstyrelsen för Finland

## Det 31 nordiska juristmötet

ISBN 951-99849-5-X

ISBN 951-99849-6-8

Vammala 1987 Vammalan Kirjapaino Oy

# Förord

Detta band innehåller referaten för sektionmötena och arbetsunderlagen för gruppdiskussionerna vid det 31 nordiska juristmötet.

Mötets program omfattar i likhet med programmet i Oslo 1984 två plenarmöten, tre gruppdiskussioner och femton sektionmöten. Föredraget vid öppningsmötet ingår inte i denna volym. Då emellertid detta föredrag skall utgöra grund för diskussionen vid ett efterföljande sektionmöte, publiceras här ett särskilt, av föredragshållaren utarbetat kort diskussionsunderlag. Inte heller inledningsanförandet vid den avslutande debatten publiceras i denna volym. Det kommer att tillställas mötesdeltagarna vid en senare tidpunkt.

Lokalstyrelsen för Finland önskar de nordiska juristerna välkomna till det 31 nordiska juristmötet.

De nordiska juristmötenas lokalstyrelse för Finland

Curt Olsson

## Innehållsförteckning

	sidan
Leif Sevón: Tolkning av samnordisk lagstiftning .....	9
Bo von Eyben: Tillægserstatning på grund af uforudset skadeudvikling	21
Johs. Andenæs: »God åklagarsed» .....	57
Matti Mäenpää: Rättsfrågor kring utländska bankers verksamhet i de nordiska länderna .....	71
Sture Bergström: Privaträttslig ogiltighet och beskattning .....	93
Erland Aspelin och Axel Lundqvist: Synpunkter på återfallets betydelse i straffsystemet .....	111
Anders Vinding Kruse og Jesper Lett: Ansvar for rådgivning vedrørende skattespørgsmål. Civilretligt og strafferetligt .....	137
Kirsti Coward og Hans Petter Graver: Regelforenkling som juridisk arbeidsoppgave .....	175
Oluf Engell: Investorbeskyttelse ved emissioner, take-over bids og handel med aktier .....	195
Eero Routamo: Säljarens ansvar för indirekta skador vid köp av lös egendom .....	211
Carl Hemström: Föreningen och dess medlemmar, särskilt på arbetsmarknaden .....	221
Thór Viljálmsón: Menneskerettighedskonventionernes betydning i lovgivning og praksis .....	247
Lars Heuman: Domstols prøvning av skiljedom .....	265
Johan Lind: Den högsta instansens oppgifter, framst inom prejudikatbildningen .....	293
Asbjørn Kjønstad: Fra svartedauen til AIDS .....	309
Helge J. Thue: Den internasjonale privatretten på familierettens område .....	345
Bernhard Gomard: Konkurrenceret. Mål, midler, virkninger .....	367
Klaus Helminen: Offentliga tjänstemäns straffansvar .....	435

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Leif Sevón

Tolkning av samnordisk lagstiftning

# Tolkning av samnordisk lagstiftning\*

Av avdelningschef LEIF SEVÓN, Finland

1. Uttrycket »*samnordisk lagstiftning*» kan täcka ett antal olikartade företeelser. Det kan t.ex. användas för att beteckna lagregler som är mer eller mindre identiska i två eller flera av de nordiska länderna oberoende av hur de ifrågavarande reglerna har tillkommit. En sådan definition täcker inte bara lagregler som har utformats vid gemensamma överläggningar mellan företrädare för de nordiska länderna utan också sådana lagregler som först har genomförts i ett av de nordiska länderna och senare — kanske med en modifikation föranledd av erfarenheterna från tillämpningen av förebilden — införlivats i lagstiftningen i ett annat land.

2. Om uttrycket samnordisk lagstiftning används på det ovan beskrivna sättet innebär det också att normer i *konventioner* som har ratificerats av åtminstone två av de nordiska länderna skulle betrakas som samnordisk lagstiftning. Detta är fallet inte endast beträffande konventioner som har slutits *mellan de nordiska länderna*, t.ex. konventionen innehållande internationellt privaträttsliga bestämmelser om äktenskap, adoption och förmynderskap,<sup>1</sup> den nordiska konventionen angående indrivning av underhållsbidrag,<sup>2</sup> konventionen om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område<sup>3</sup> och konventionen angående konkurs.<sup>4</sup> Också multilaterala konventioner som är *öppna för ratificering av andra stater* än de nordiska länderna utgör i den här meningen samnordisk lagstiftning. Detta

---

\* Det framgår av programmet för juristmötet att diskussion kring tolkningen av samnordisk lagstiftning skall ske i anknytning till föredraget vid öppningsmötet. Detta innebär bland annat, att det inte föreligger något referat som skulle ligga till grund för diskussionen. I det följande antyds ett antal frågeställningar som förefaller att vara relevanta i sammanhanget.

<sup>1</sup> Den i Stockholm 6. 2. 1931 mellan Finland, Danmark, Island, Norge och Sverige avslutade konventionen, innehållande internationellt privaträttsliga bestämmelser om äktenskap, adoption och förmynderskap 6. 2. 1931.

<sup>2</sup> Konvention mellan Finland, Danmark, Island, Norge och Sverige angående indrivning av underhållsbidrag 23. 3. 1962.

<sup>3</sup> Konvention mellan Finland, Danmark, Island, Norge och Sverige om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område 11. 10. 1977.

<sup>4</sup> Konvention mellan Finland, Danmark, Island, Norge och Sverige angående konkurs 7. 11. 1933.

är fallet oberoende av om konventionen har genomförts så att bestämmelserna i den är i kraft som sådana, antingen på originalspråket eller i översättning, eller om bestämmelserna har transformerats till nationell lagstiftning.

2.1. När det gäller tolkningen av sådan lagstiftning, genom vilken två eller flera av de nordiska länderna genomför en konvention blir internationella åtaganden styrande för konventionsstaterna också i fråga om tolkningen. Enligt Wienkonventionen om traktaträtten<sup>5</sup> artikel 31 skall en traktat tolkas ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och i ljuset av traktatens ändamål och syfte. I sammanhanget ingår vid tolkningen av en konvention förutom texten samt dess preambel och bilagor också bl.a. överenskommelser rörande traktaten som har träffats mellan alla parter i samband med att traktaten har ingåtts,<sup>6</sup> efterföljande överenskommelser mellan parterna rörande konventionens tolkning eller tillämpningen av dess bestämmelser samt efterföljande praxis vid traktatens tillämpning, som ådagalägger enighet mellan parterna om traktatens tolkning. Ytterligare tolkningsregler ingår i artiklarna 32 och 33.

Det kunde hävdas att 1962 års Helsingforsavtal<sup>7</sup> också innehåller en folkrättslig förpliktelse till enhetlig tolkning av den samnordiska lagstiftningen. Enligt avtalets preambel förbinder sig de fördragslutande staterna bl.a. att eftersträva enhetliga regler i de nordiska länderna i så många avseenden som möjligt. Det förefaller emellertid alltför djärvt att av detta dra några slutsatser beträffande en skyldighet att tillvarata rättslikheten vid tolkningen av samnordisk lagstiftning.

Det förekommer också att enskilda konventioner på privaträttens område innehåller regler om tolkningen av konventionen. Sådana regler ingår i de konventioner som har utarbetats inom ramen för FN:s kommission för internationell handelsrätt UNCITRAL. Tolkningsregeln kan t.ex. vara så formulerad, att vid tolkningen av konventionen hänsyn skall tas till dess internationella karaktär och till behovet att främja enhetlighet vid dess till-

<sup>5</sup> Wienkonventionen om traktaträtten 23. 5. 1969.

<sup>6</sup> Ett exempel på detta utgör den »Common understanding» som godkändes av Förenta Nationernas diplomatkonferens angående sjötransport av gods. I denna Common understanding uttalades att transportörens ansvar enligt konventionen var baserat på presumerad vårdslöshet.

<sup>7</sup> Samarbetsöverenskommelse mellan Finland, Danmark, Island, Norge och Sverige 23. 3. 1962, särskilt artikel 4 och *Wilhelmsson*, Den nordiska rättsgemenskapen och rättskällevärdet, TfR 1985 s. 181 ff, särskilt s. 189 f.



lämpning samt iakttagande av god tro i internationell handel.<sup>8</sup> Det förekommer att tolkningsregeln kompletteras med en bestämmelse om utfyllnad av konventionen.<sup>9</sup> Det har förekommit att liknande tolkningsregler har tagits in i konventioner som har utarbetats av andra organisationer än UNCITRAL.<sup>10</sup>

2.2. En näraliggande typ av *samnordisk lagstiftning* utgör sådana lagar som i första hand innebär en transformering av en internationell konvention men *som också reglerar andra frågor än de som behandlas i konventionen*. Det kan vara fråga om att konventionen på vissa punkter lämnar staterna utrymme att precisera eller modifiera konventionens bestämmelser. Det kan också vara fråga om att konventionens bestämmelser eller en del av dem görs tillämpliga på förhållanden som konventionen inte reglerar. T.ex. kan en konvention som gäller internationella transporter genom transformationslagstiftningen göras tillämplig på inrikes transporter,<sup>11</sup> eller en konvention som gäller vissa internationella köp ges tillämpning också på andra internationella köp, på nationella kommersiella köp eller t.o.m. på konsumentköp.<sup>12</sup> En betydande del av den lagstiftning som brukar betecknas som samnordisk är av denna typ. Det gäller t.ex. stora delar av de nordiska sjölagarna och av den övriga transporträttsliga lagstiftningen, den immaterialrättsliga lagstiftningen samt växel- och checklagarna.

När det gäller tolkningen av den här typen av lagstiftning är de internationella åtagandena styrande för tolkningen till den del tolkningen gäller en fråga som omfattas av åtagandena, t.ex. tolkningen av en regel vid ett avgörande av en tvist om en internationell transport som omfattas av konventionen. Om det t.ex. finns en enhetlig eller nästan enhetlig rättspraxis i konventionsstaterna beträffande tolkningen av en viss bestämmelse i en konvention — t.ex. i frågan huruvida stöld av en lastbil med last som har

<sup>8</sup> FN-konventionen angående avtal om internationella köp av varor 11. 4. 1980 artikel 7(1): »Vid tolkning av denna konvention skall hänsyn tas till dess internationella karaktär och till behovet att främja enhetlighet vid dess tillämpning samt iakttagandet av god tro i internationell handel.» Se även FN-konventionen om sjötransport av gods artikel 3.

<sup>9</sup> FN-konventionen angående avtal om internationella köp av varor artikel 7(2): Frågor som regleras i denna konvention, men som inte uttryckligen har lösts i den, skall lösas i enlighet med de allmänna principer som konventionen är grundad på eller, om sådana principer saknas, enligt den lag som är tillämplig enligt internationellt privaträttsliga regler.

<sup>10</sup> Haagkonventionen om tillämplig lag på köp 1985.

<sup>11</sup> Se t.ex. den finländska lagen om vägbefordringsavtal (345/79) 1 §.

<sup>12</sup> Det norska förslaget till köplag, NU 1984:5.

lämnats utan uppsyn skall anses utgöra ett förhållande som transportören inte kunnat undvika och vars följder han inte kunnat förebygga, med den verkan att han skulle undgå skyldigheten att ersätta den skada som har uppkommit genom stölden — kan man hävda att det följer av de folkrättsliga förpliktelserna att bestämmelsen skall tolkas på samma sätt i de övriga konventionsstaterna, t.ex. i ett annat nordiskt land. När emellertid den nationella lagstiftningen går ut över det som konventionen förutsätter föreligger emellertid inga sådana åtaganden. Man kan trots det ställa frågan huruvida den omständigheten att bestämmelsen ingår i en lag av den ifrågavarande typen bör tillmätas betydelse vid tolkningen av bestämmelsen. Om en lastbil med gods har blivit stulen under en inrikes transport ställs man inför frågan huruvida rättspraxis i andra konventionsstater — t.ex. i frågor rörande internationella transporter i de övriga nordiska länderna — skall vara styrande för tolkningen av det ifrågavarande lagrummet eller om samma lagtext kan eller bör tolkas olika beroende på transportsträckningen. Samtidigt kan man fråga huruvida svaret är detsamma också beträffande tolkningen av andra uttryck i en sådan lagtext såsom »skälig tid» och liknande standarder.

2.3. Hittills har det förutsatts att två eller flera av de nordiska länderna har ratificerat den ifrågavarande konventionen. Under de senaste åren har en annan variant på temat aktualiserats. Det förekommer också en typ av samnordisk lagstiftning som har tillkommit så, att ett nordiskt land har en folkrättslig förpliktelse medan någon annan nordisk stat har genomfört i stort sett samma regler utan några folkrättsliga åtaganden. Situationen har blivit aktuell genom Danmarks medlemskap i de Europeiska Gemenskaperna EG. Danmark är folkrättsligt bundet av direktiv som EG utfärdar och av konventioner mellan EG-staterna som Danmark har ratificerat. Det kan tänkas att de övriga nordiska länderna eller några av dem utan några som helst folkrättsliga förpliktelser genomför lagregler som är identiska med de regler som har tillkommit inom EG. Detta kan t.ex. bli aktuellt i fråga om produktansvar eller tillämplig lag på avtal av internationell karaktär. Danmark är i exempel-fallet bundet också att de tolkningar av bestämmelserna som blir autoritativa inom EG. Det kan emellertid frågas vilken betydelse en sådan tolkning kan eller bör få för de övriga nordiska ländernas del. T.ex. har den nordiska patentlagstiftningen efter nordiska överläggningar ändrats så att de materiella bestämmelserna i hög grad stämmer överens med den europeiska patentkonventionen. Till konventionen ansluter emellertid ett protokoll om tolkningen av en viss fråga. Skall ett sådant protokoll vara relevant eller t.o.m. avgörande vid tolkningen av den korresponderande bestämmelsen i den nordiska patentlagstiftningen?

I förlängningen av denna problematik ligger det fallet, att två eller flera av de nordiska länderna har genomfört lagstiftning som bygger på en internationell bakgrund utan att det skulle föreligga några folkrättsliga förpliktelser beträffande de genomförda reglerna. Det kan vara fråga om konventionsbestämmelser som kan vara folkrättsligt förpliktande för andra stater men som i Norden har genomförts utan att konventionen har ratificerats, men det kan också vara fråga om t.ex. modellagar.<sup>13</sup> Bör man också i dessa fall tillmäta t.ex. domstolsavgöranden från folkrättsligt bundna länder betydelse vid tolkningen av bestämmelserna?

Särdragen i den lagstiftning som har behandlats ovan består dels i att den i vissa fall endast innebär att gemensamma konventionsbestämmelser blir tillämpliga som sådana eller i översättning, dels i att det i bakgrunden till de lagregler genom vilka konventionen har genomförts finns internationella åtaganden också i fråga om tolkningsprinciperna. I andra avseenden medför de hittills behandlade typerna av lagstiftning likadana problem i fråga om tolkning som annan samnordisk lagstiftning.

3. Samarbetet mellan de nordiska länderna på lagberedningens och lagstiftningens område sker i olika former och med varierande målsättning.

Vid sidan av det nordiska samarbete på lagstiftningens område som har en internationell bakgrund finns den internationellt unika samarbetsformen som endast grundar sig på det ramavtal som 1962 års Helsingforsavtal utgör. Detta samarbete styrs av respektive fackministrar i de olika nordiska länderna och planeras huvudsakligen inom olika ämbetsmannakommittéer vid Nordiska Ministerrådet. Inom ramen för detta samarbete har betydande milstolpar passerats: här kan nämnas köplagarna 1905—07, avtalslagarna, skuldebrevslagarna och aktiebolagslagarna, samt senast förslagen till nya nordiska köplagar som hittills har lett till lagstiftning i Finland.

Initiativet till beredning av de ifrågavarande lagförslagen tas nationellt eller i ämbetsmannakommittén för lagstiftningsfrågor. Om två eller flera utredningar arbetar parallellt i de olika nordiska länderna förekommer kontakter av olika intensitet mellan utredningarna. Efter den nationella remissbehandlingen av förslagen hålls departementsöverläggningar. Vid dessa strävar man, beroende på den valda ambitionsnivån för rättslikheten att överbrygga olikheter mellan förslagen eller att försäkra sig om att alla relevanta problem har observerats i de nya förslagen. Propositioner ges till de olika parlamenten, ofta vid olika tidpunkter. Parlamenten är ofta, men inte nödvändigtvis alltid, medvetna om och införstådda med den eftersträlvade graden

<sup>13</sup> T.ex. UNCITRAL:s modellag om internationellt skiljemannaförfarande.

av nordisk rättslikhet. Kontakter mellan parlamenten vid behandlingen av samnordiska lagförslag torde vara ovanliga.

Stundom är *syftet med samarbetet* att undanröja de svårigheter som lagstiftning av olika innehåll skapar för individer och företag som rör sig över gränserna i Norden. Syftet är alltså att åstadkomma likalydande rättsregler, att åstadkomma rättslikhet inte bara i lagboken utan också i rätts-tillämpningen. Detta har varit tanken t.ex. bakom det samarbete som hittills har resulterat i den nya finländska köplagen. På samma sätt som i fråga om internationella konventioner förfelas detta syfte om reglerna ges olika tolkning i de olika länderna. Målsättningen äventyras i dess helhet om antalet olikheter i tolkningen överstiger det som är hanterligt för de berörda parterna.

Också när ambitionerna för lagstiftningssamarbetet ställs högt kan det vara svårt att undgå olikheter mellan lagtexterna i detaljfrågor. Reglerna formuleras på olika språk och kan därför aldrig bli helt transparenta. Också den nationella bakgrundsrätten i de olika länderna kan göra det nödvändigt att formulera lagreglerna på olika sätt för att nå samma resultat. Den kan också medföra att man vid beredningen inte observerar att till synes identiska texter faktiskt leder eller kan leda till olika resultat. Slutligen kan det förekomma enskilda punkter som man trots de högt ställda ambitionerna inte har kunnat enas om.

I andra fall är avsikten med samarbetet på lagstiftningens område att genomföra gemensamma målsättningar utan att man nödvändigtvis skulle eftersträva identiska lagregler. Det kan t.ex. vara fråga om att skydda konsumenter mot olämplig marknadsföring eller att göra det möjligt för medborgare i de nordiska länderna att verka inom näringslivet i andra nordiska länder än sitt hemland. Det faller utanför det föreliggande ämnet att diskutera orsakerna till att ambitionsnivån väljs på detta sätt. Däremot kan det vara skäl att konstatera att valet av en sådan ambitionsnivå innebär att man lämnar de tillämplande myndigheterna ett betydande utrymme att välja huruvida man skall behandla identiska situationer på samma eller olika sätt i de olika länderna. Olikheterna i lagtext utgör nämligen ingalunda nödvändigtvis hinder för att uppnå en enhetlig tolkning.

I ytterligare andra fall är avsikten med samarbetet endast att inhämta synpunkter från de övriga länderna på förslag till ny lagstiftning. Man inte ens eftersträvar enhetliga lösningar utan vill endast t.ex. försäkra sig om vilka problem som lagstiftningen bör lösa.

Det är inte särskilt vanligt att man i förarbetena till ny lagstiftning uttryckligen *redovisar den ambitionsnivå* som har eftersträvat i fråga om

rättslikhet. Ofta framhåller man endast att nordiska överläggningar har förekommit vid beredningen. Det är inte heller vanligt att man t.ex. i propositioner till ny lagstiftning som generellt överensstämmer med motsvarande lagstiftning eller lagförslag i de övriga nordiska länderna lämnar upplysningar i frågan huruvida man med olika formuleringar på enskilda punkter eftersträvar olikhet i sak eller om olikheterna endast föranleds av t.ex. språkliga faktorer eller kompletterande rättsregler. Det förutsätts således — i den mån någonting överhuvudtaget förutsätts — att domstolarna eller andra som tillämpar lagstiftningen skulle känna till att den ifrågasatta lagstiftningen är samnordisk. Det kan ifrågasättas huruvida denna förutsättning blir uppfylld. Vidare förutsätts det att det finns en tolkningsideologi hos domstolarna som tar sikte på enhetlig tolkning och som inte behöver påverkas genom det föreliggande lagförslaget.

4. Det som har sagts ovan gäller de texter som ligger till grund för tolkningen och de riktlinjer för tolkningen som kan framgå antingen av den text som skall tolkas eller av förarbetena till texten. Det har framgått att det stundom finns en folkrättslig förpliktelse att tolka bestämmelser med beaktande av deras internationella bakgrund. Det sagda ger emellertid inte svar på frågan *vad en sådan tolkning kan tänkas innebära*. Vilken betydelse kan eller bör man i ett nordiskt land tillmäta lagtextens formulering, uttalanden i förarbeten, domstolsavgöranden och uttalanden i rättsvetenskaplig litteratur i ett annat nordiskt land när man i det förstnämnda landet skall ta ställning till ett problem.

Vilken vikt kan man t.ex. tillmäta den omständigheten, att lagtexten i ett annat nordiskt land innehåller en nyans som saknas i det egna landets text och som leder tolkningen i en bestämd riktning. Vilken betydelse bör man tillmäta att en domstol i ett nordiskt land — den högsta domstolen eller en domstol lägre ner i instansordningen — har avgjort en liknande tvist. Vilken betydelse bör man tillmäta uttalanden i den rättsvetenskapliga litteraturen t.ex. när uttalanden saknas i det egna landet eller när uttalandena i det egna landet går i annan riktning än i det andra nordiska landet?

Värdet av material från andra nordiska länder måste variera dels beroende på vilken typ av samnordisk lagstiftning man står inför, dels beroende på materialets art.

Till den del syftet är att genomföra *identiska* rättsregler kan olikheter i *lagtexterna* ge ledning för tolkningen eller åtminstone för nyanser i den. Samtidigt måste man beakta, att i förarbetena sällan redovisas hur en text förhåller sig till en annan och hur långt strävandena till rättslikhet har sträckt sig.

Likaså bör uttalanden i *förarbeten* från andra nordiska länder kunna tillmätas stor betydelse. Det är emellertid skäl att observera att t.ex. propositionsmotiveringar ofta tillkommer mot bakgrunden av den nationella rätten och remisskritiken. Samtidigt har motiveringarna som känt ofta olika omfattning i de olika länderna.

Ibland förekommer det att också innehållet i motiveringarna till nya samnordiska lagförslag genomgås i detalj vid nordiska överläggningar. Uttalanden som återfinns i förarbetena i flera länder kan i regel antas ge uttryck för det som har eftersträvat vid beredningen. När t.ex. propositioner tillkommer successivt i de nordiska länderna sker dels en utveckling av motiveringen så att nya frågor kan komma att beröras i de senare propositionerna, dels en utrensning av synpunkter som uppfattas som alltför vågade eller tom. oriktiga i de tidigare motiveringarna.

Den genomslagskraft som *domstolsavgöranden* från ett nordiskt land kan ha vid tolkningen av en rättsregel i ett annat nordiskt land varierar sannolikt beroende på den domstol som avgörandet härrör från. Man kan knappast räkna med att en domstol enbart med hänvisning till domstolsavgöranden från ett annat land skulle känna sig bundna att avgöra ett mål på samma sätt som den andra domstolen. Den som kommer först med ett avgörande kan inte utgå från att därmed ha avgjort frågan också för alla andra domstolars del. Avgörandets tyngd måste bero på den argumentation som det baseras på. Samtidigt bör emellertid syftet med lagstiftningen — rättslikhet — innebära att om en domstol står inför flera plausibla alternativ, särskilt starka skäl måste föreligga för att avvika från den linje som har omfattats i ett eller flera av de övriga länderna eller tom. från ett enskilt, väl underbyggt avgörande. Det kan emellertid finnas andra skäl som väger tyngre. När man t.ex. i det nordiska köplagsarbetet har konstaterat att det inte finns skäl att detaljreglera köparens skyldighet att betala för varan eftersom det är fråga om fullgörelse av en penningförpliktelse kan en domstol ställas inför frågan huruvida en fråga skall lösas på samma sätt som i de övriga nordiska länderna eller på det sätt som gäller för penningförpliktelser i allmänhet i domstolslandet.

När det gäller *rättsvetenskapliga arbetens* värde som argument i andra nordiska länder än det, där arbetet har tillkommit, kan man fästa uppmärksamhet framför allt vid tyngden i den argumentation som förs för eller emot en viss lösning. Också bredden av det material som författaren använder kan vara av betydelse.

Till denna del bör således nordiskt material accepteras som argument för eller emot en viss lösning. Starka skäl talar för att domstolarna skall

följa avgöranden från andra nordiska länder, om inte andra, ännu starkare skäl tvingar dem att välja en annan lösning.

När det gäller *annan* än i detalj överensstämmande *lagstiftning* blir bilden mindre överskådlig. *Generalklausulerna* lämnar i regel domstolarna stora möjligheter att behandla likadana situationer på samma sätt också om lagtexterna i de nordiska länderna inte är identiska. Mera sällan kan olikheterna i formulering tänkas tvinga fram olika lösningar, inte ens om kriteriet t.ex. för jämkning i ett land är oskälighet, i ett annat uppenbar oskälighet.

När det gäller lagstiftning där man inte har eftersträvat rättslikhet utan endast t.ex. en gemensam skyddsnivå — ett exempel utgör konsumentskyddslagstiftningen — följer det av den valda tekniken att värdet av material från de övriga nordiska länderna måste väga mindre tungt.

5. En enhetlig tolkning av samnordisk lagstiftning är möjlig endast för den som har tillgång till material från de övriga nordiska länderna. Till materialet hör förarbeten och annan litteratur men kanske framför allt domstolsavgöranden. I den mån ansvaret för rättslikhetens fortbestånd beror på ett fåtal instanser kan tillgången tillgodoses genom distribution av rättsfallssamlingarna från olika nordiska länder till dessa instanser, t.ex. de högsta domstolarna och de juridiska fakulteterna. Strävan har emellertid varit att göra materialet tillgängligt för större kretsar. Erfarenheterna av detta är varierande. Det är svårt att undgå intrycket att Nordisk Domssamling används mycket sparsamt och publikationens framtid — eller avsaknad av framtid — har diskuterats. På begränsade specialområden är erfarenheterna andra. En seriös sjörettsjurist torde knappast klara sig utan Nordiske Domme i Sjöfartsanliggender.

På sikt bör materialet uppenbarligen tillhandahållas mera fokuserat och färdigt avgränsat. Det kan ske genom att de nordiska ADB-systemen med domstolsregister görs tillgängliga för dem som behöver materialet. Ett första steg har redan tagits genom att Nordiske Domme i Sjöfartsanliggender från 1951 framåt har förts på data för att göras tillgängligt för abonnenter.

6. Vid sidan av tillgången på material främjas en enhetlig tolkning av samnordisk lagstiftning av kontakter mellan dem som skall tolka texterna. Därför skulle det vara viktigt att utvidga och systematisera dessa kontakter från att idag förekomma mellan högskolorna och ministerierna till att också gälla domarna, framför allt i sista instans. Sådana kontakter har initierats mellan marknadsdomstolarna. De skulle vara viktiga också i fråga om de högsta domstolarna. Sådana kontakter främjar förståelsen för kollegernas verksamhet utöver vad som är möjligt på basen av skriven text. Också här tjänar samarbetet på sjörettens område som modell. Nordisk Institut för

sjörätt har under ett antal år ordnat domarseminarier för domare i sjörättsmål. Vid något av dessa seminarier har också »Nordens högsta domstol i sjörättsmål» sammanträtt.

7. Det har frågats huruvida en enhetlig tolkning av samnordisk lagstiftning skulle förutsätta en gemensam högsta tolkningsinstans. Den analys av tolkningen av gemensam nordisk lagstiftning som gjordes år 1961<sup>14</sup> gav vid handen att inga alarmerande olikheter förelåg åtminstone då. Något konkret behov av en nordisk högsta domstol föreligger inte i skenet av dessa uppgifter, som visserligen är gamla. Det bör emellertid också observeras att det i sista hand ankommer på den som ställer upp målen för graden av rättslikhet att se till att målen uppnås. Det är alltså lagstiftarens uppgift att vid behov ingripa när tolkningen av samnordisk lagstiftning går i sär.

Bilden av huruvida den eftersträlvade graden av rättslikhet har uppnåtts är oskarp. De nordiska justitieministerierna har diskuterat behovet av en analys av rättslikheten och har stannat för att genomföra en sådan på enstaka områden med sikte på att korrigera eventuella divergenser i samband med andra ändringar i lagstiftningen. Aktiebolagsrätten har valts till första ämne för detta arbete.

---

<sup>14</sup> Nordisk utredningsserie 1961:6, Gemensam lagstiftning i rättstillämpningen.



Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Bo von Eyben

Tillægserstatning på grund af uforudset  
skadeudvikling

## Indholdsfortegnelse

1. Problemstillingen .....	23
2. Interesseafvejning .....	26
3. Retlige muligheder for at tage hensyn til usikkerhed om fremtidige skadefølger (udstykning, midlertidige afgørelser, »risikoerstatning») .....	33
4. Særligt om personskade .....	38
4.1. Erstatningsretten .....	38
4.1.1. Lovgivningen .....	38
4.1.2. »Det processuelle synspunkt» .....	39
4.1.3. Hvilke ændringer kan begrunde omprøvning? ..	40
4.1.4. Betydningen af aftaler: forbehold og afkald ....	42
4.2. Personforsikring .....	44
4.2.1. Lovgivningen .....	44
4.2.2. Omprøvning, særligt efter forligsmæssige erstatningsopgør .....	47
5. Særligt om forureningsskade .....	49
5.1. Erstatningsansvar .....	49
5.2. Ekspropriationserstatning .....	53
6. Afslutning .....	54

# Tillægserstatning på grund af uforudset skadeudvikling

Af lektor, dr. jur. BO VON EYBEN, Danmark

## 1. Problemstillingen

Det forekommer ikke sjældent, at virkningerne af en skadevoldende eller i øvrigt erstatningsbegrundende begivenhed ikke er udtømt på det tidspunkt, hvor erstatningsopgøret i anledning af denne begivenhed finder sted. Det kan tænkes, at man slet ikke er opmærksom på muligheden for, at der i fremtiden vil indtræde yderligere skader, eller at man regner med, at alle skadevirkninger *er* indtrådt. Det kan også tænkes, at det på opgørelsestidspunktet fremtræder som tilstrækkeligt sikkert eller dog sandsynligt, at fremtidig skade vil indtræde, således at erstatningsopgøret omfatter også de fremtidige følger eller eventuelt blot risikoen for, at de vil indtræde. Endelig kan det tænkes, at der på opgørelsestidspunktet er en sådan uvished om, hvorvidt fremtidig skade vil indtræde eller om eventuelle fremtidige skaders omfang, at man vælger at udskyde det endelige erstatningsopgør.

Hvor afgørelsen fremtræder som endelig, er spørgsmålet, hvor »endelig» den er i tilfælde, hvor forudsætningerne om fremtidig skades indtræden eller omfang viser sig ikke at holde stik. Kan den erstatningsberettigede kræve yderligere erstatning, når det viser sig, at skadens fremtidige følger bliver mere omfattende, end man regnede med ved erstatningsopgøret? Kan den erstatningsansvarlige — eller i øvrigt erstatningsbetalende — kræve nedsettelse af erstatningen, hvis følgerne omvendt bliver mindre omfattende end ventet?

Denne problemstilling har, navnlig i dansk ret, især været rejst i forbindelse med erstatning for personskade, hvor skadens varige følger viser sig at blive mere omfattende end forudsat ved erstatningsfastsættelsen. Der er en righoldig retspraksis, megen teori og nu også udtrykkelig lovgivning om spørgsmålet. Mindre påagt har i dansk ret været de tilsvarende problemer, der kan opstå i forbindelse med erstatning for miljøforurenende virksomhed, hvad enten de fremtidige skadevirkninger — som ved personskade — er forvoldt ved en enkelt skadevoldende begivenhed, eller de skyldes en vedvarende forurenende eller forulepende tilstand, som den

skadelidte må tolerere. Som eksemplet viser, kan problemstillingen også opstå, hvor det erstatningsbegrundende forhold ikke er en skadevoldende begivenhed, men et ekspropriativt indgreb. Og endelig kan den opstå i forsikringsretlig sammenhæng. Klarest er parallellen til den klassiske erstatningsretlige problemstilling ved forskellige former for personforsikring, særligt den private ulykkesforsikring, men ikke mindst spørgsmålet om tillægs-erstatning ved senfølger af miljøskader kan også rejse spørgsmålet om ansvarsforsikringsdækning heraf. Disse problemer har i de senere år tiltrukket sig større opmærksomhed, især i Norge og Sverige.

Det fremhæves gerne, at problemet har såvel en materielretlig som en processuel side. Hvor erstatningsopgøret er sket ved dom, er det processuelle spørgsmål, *om* sagen kan genoptages, *om* betingelserne for udstykning er opfyldt, og *om* afgørelsen har retskraft, især såkaldt negativ retskraft. Forholdet mellem materiel og processuel ret synes ikke at være noget problem i relation til udstykning. Det er almindeligt anerkendt, at kreditor (skadelidte), især ved personskade, har en vis adgang til at opdele sit erstatningskrav, og at processuel udstykning af kravet må tillades i samme udstrækning. Mere uklart er forholdet mellem retskraftslæren og den materielretlige normering af betydningen af ændrede forhold efter afgørelsen. I mangel af lovgivning om det materielretlige spørgsmål ses det gerne som et rent processuelt problem, og det *kan* føre til følgende konklusion: hvis der ved dommen er blevet taget stilling til spørgsmålet om erstatning for fremtidig skade, kan dette spørgsmål ikke prøves ved en ny sag, uanset om forholdene udvikler sig anderledes end antaget ved dommen, og uanset om dommens antagelse var, at der ikke ville opstå nogen fremtidig skade, eller dens antagelse om den fremtidige skades omfang viser sig ikke at holde stik. Hvis dommen skal anfægtes, bliver det i så fald efter reglerne om genoptagelse, der imidlertid gerne opstiller kvalificerede betingelser og eventuelt tillige særlige tidsfrister. Ud fra denne opfattelse bliver det afgørende, om skadelidte under sagen klart markerede, at der kun ønskedes en stillingtagen til en del af det mulige erstatningskrav, d.v.s. at der blev taget et udtrykkeligt forbehold i forbindelse med udstykning af kravet.

Som det vil fremgå, præges indstillingen navnlig i norsk ret af denne opfattelse, ligesom tilfældet var i svensk ret før den materielretlige regulering i SkL 5 kap 5 §. Men tilstedeværelsen af materielretlig lovregulering behøver ikke være afgørende. Først i 1984 blev spørgsmålet lovreguleret i dansk ret med reglen i erstatningsansvarslovens § 11, men den præciserer blot den adgang til fornyet prøvelse ved ændrede forhold, som hele tiden har været anerkendt, også processuelt ud over betingelserne for genoptagelse, sam-

tidig med, at den på ét væsentligt punkt *begrænser* prøvelsesadgangen i kraft af bestemte krav til, *hvilke* omstændigheder der skal have ændret sig. Materielretlig regulering behøver således ikke — som tilfældet var i Sverige — at indebære en udvidet adgang til omprøvning ved, at processuelt formede restriktioner fjernes.

Hvor erstatningsopgøret, således som det oftest er tilfældet i praksis, er sket ved forlig, er parallellen til den materielretlige/processuelle problemstilling spørgsmålet om, hvorvidt anfægtelse af forliget skal anskues som et rent aftaleretligt problem. I så fald er det alene et spørgsmål primært om fortolkning af forligets indhold og rækkevidde og subsidiært om ugyldighed efter almindelige aftaleretlige regler eller — særligt vedrørende betydningen af ændrede forhold — anfægtelse af det efter principper om bristende forudsætninger. Materielretlig regulering fjerner ikke det aftaleretlige problem, men giver det en vis drejning: spørgsmålet bliver så, om parterne ved deres forlig kan aftale en videre eller — navnlig — snævrere adgang til genoptagelse, end de materielle regler giver, d.v.s. om disse regler er præceptive, især i forhold til skadelidte, og i bekræftende fald, hvad der nærmere ligger i præceptiviteten.

Skal der formuleres en almindelig tese, bliver det denne: Der bør i almindelighed være adgang til omprøvning, hvis der efter afgørelsen indtræder ændringer, som ikke er eller kunne være forudset ved afgørelsen, og som i væsentlig grad forrykker den vurdering af de fremtidige skadefølger, som blev lagt til grund ved afgørelsen. Denne ret til omprøvning bør være uafhængig af, om afgørelsen blev truffet ved dom eller ved forlig. Den bør ikke være betinget af, at der ved afgørelsen blev taget forbehold, og den bør i almindelighed ikke kunne indskrænkes ved aftale.

Udgangspunktet for disse teser er problemstillingen ved personskaadeserstatning. Det kan herefter diskuteres, om de kan anvendes tilsvarende, dels når skadens art er en anden, dels når grundlaget for erstatningskravet ikke er en skadevoldende begivenhed, men en forsikringsbegivenhed eller et ekspropriativt indgreb.

Teserne siger imidlertid ikke i sig selv meget om, hvor vidtgående prøvelsesadgangen vil være. Den reelle betydning vil afhænge af mange faktorer. Selve erstatningsudmålingsreglerne får betydning, især spørgsmålet om, i hvilket omfang de tilstræber en præcis måling af det individuelle tab ved fremtidig skade. Erstatningens form, d.v.s. valget mellem engangserstatning og erstatning som en løbende ydelse, får navnlig betydning for, om både en gunstigere og en ugunstigere skadeudvikling end forudsat kan begrunde revision. I den forbindelse får det også betydning, *om* der er mulighed for

at træffe foreløbige afgørelser, *om* der ved afgørelsen kan tages og er taget hensyn til *risikoen* for yderligere, fremtidig skade, og *om* et krav om »væsentlige« ændringer skal ses i lyset heraf. Endelig kan det spille en rolle, om ændringen omfatter omfanget af den fysiske skade eller alene de økonomiske følger af den.

## 2. Interesseafvejning

Den grundlæggende konflikt står naturligvis mellem hensynet til på den ene side, at erstatningen svarer til det tab, der faktisk lides, og på den anden side til, at parterne på et eller andet tidspunkt kan indrette sig på, at erstatningsopgøret er endeligt. Hvis kriteriet for udmåling af erstatning for fremtidig skade — i lighed med erstatning for allerede indtrådt tab — er det individuelle tab, kan det virke utilfredsstillende, om erstatningen ikke kan justeres, når de faktiske skadefølger udvikler sig helt anderledes, end man på opgørelsestidspunktet anså for mest sandsynligt. Her overfor står parternes interesse i at kunne regne sagen for afgjort, således at de ved, at de ikke risikerer at blive mødt med senere krav, der — som tiden går — vil give anledning til stadig større bevisvanskeligheder, især vedrørende årsagsforbindelsen til den oprindelige skade. Også mere almene interesser, bl.a. af procesøkonomisk art, tilsiger, at et opgør af erstatning for fremtidig skade som udgangspunkt bør stå fast. Der er således i princippet tale om hensyn af samme art, som i øvrigt kan føre til nægtelse af efterbetaling eller af tilbagesøgning ved en »oprindeligt« fejlbehæftet opgørelse af parternes mellemværende, og som — videre — bærer regler om passivitet, forældelse m.v.

Der er næppe nogen, der seriøst går ind for, at problemet helt skal søges undgået ved, at erstatningsopgøret gøres til en lige så fortløbende proces som tabets opståen. Også tilhængere af et system med løbende erstatningsydelser accepterer, at der på et eller andet tidspunkt må træffes en afgørelse med en vis finalitet. Men det er klart, at denne erstatningsform giver bedre muligheder for tilpasning til ændrede forhold, end hvis erstatningen — også for fremtidig skade — er givet som et engangsbeløb. Det kan så diskuteres, om *det* er en fordel eller en ulempe, men denne diskussion skal ikke tages op her. Det skal blot noteres, at lovgivningen på personskadesområdet har knæsat den traditionelle forskel mellem på den ene side Finland og Sverige (løbende erstatning i visse tilfælde) og på den anden side Danmark og Norge (altid engangserstatning). Når erstatningen gives som

en løbende ydelse, åbnes mulighed for — ligesom inden for den sociale sikring — en senere nedsættelse af erstatningen, der alene får virkning for fremtidige ydelser. Senere nedsættelse af en engangserstatning ville derimod være ensbetydende med et krav om tilbagebetaling af en del af en allerede oppebåret — og måske forbrugt — erstatning. Indrettelsehensynet taler i særlig grad imod denne form for revision. Som et almindeligt princip gælder derfor, at skadelidte ikke kan mødes med tilbagebetalingskrav, blot fordi skadens følger udvikler sig gunstigere end forudsat.<sup>1</sup> Denne særlige begrænsning i adgangen til at tage hensyn til ændrede forhold beror således på selve erstatningsformen, ikke på skadens eller indgrebets karakter.<sup>2</sup> Situationen er en anden, hvis vurderingen af den fremtidige skades omfang bygger på et fejlagtigt grundlag, og fejlen kan tilskrives skadelidte. I disse tilfælde kan (processuelle) regler om genoptagelse anvendes,<sup>3</sup> jfr. som eksempel fra norsk retspraksis Rt 1959.1073 (om genoptagelse af Rt 1956.605, der havde tilkendt skadelidte erstatning for op mod 100 % invaliditet, men hvor skadelidte havde fortiet, at han havde søgt om og opnået ny ansættelse; det var imidlertid kun en prøveansættelse, som ikke »åbenbart« ville have påvirket erstatningsfastsættelsen, jfr. tvistemålslovens § 407, stk. 6). Dommen er central, fordi motiverne til den norske erstatningslov netop ville begrænse prøvelsesadgangen til sådanne tilfælde.<sup>4</sup>

Hvor erstatning for fremtidig skade er fastsat som et engangsbeløb, indskrænker problemet om betydningen af ændrede forhold sig således til tilfælde af forværringer. Skadelidtes interesse i at kunne påberåbe sig en forværring som grundlag for et yderligere krav er åbenbar. Hensynet til skadelidte tillægges sædvanligvis særlig vægt i tilfælde af (alvorlig) personskaade. Men det fremføres lige så ofte, at det netop ved personskaade er særligt vigtigt at få skabt ro om sagen. Ellers risikerer man, at skadelidtes opmærksomhed bliver sygeligt fikseret på erstatningsspørgsmålet («erstatningsneuroser»), hvilket i sig selv kan blokere for en optimal udnyttelse af den resterende arbejdsevne. En væsentlig del af den danske retspraksis om

<sup>1</sup> Jfr. f.eks. SOU 1973:51 s. 162 og 312, Prop. 1975:12 s. 119, *Saxén*: Skadeståndsrätt s. 297 og *Nordenson m.fl.*: Skadestånd, 2. oppl., s. 204.

<sup>2</sup> Se f.eks. om forureningsskaade, NOU 1982:19 s. 154 og om ekspropriation, *Friis Jensen*: Taksationsproces s. 212.

<sup>3</sup> Jfr. motiverne til erstatningsansvarslovens § 11, FT 1983/84, 2. samling, tillæg A spalte 97.

<sup>4</sup> Jfr. Innstilling fra Erstatningslovkomiteén s. 42. I ældre dansk retspraksis findes eksempler på anvendelse af genoptagelsesreglerne (nu retsplejelovens § 399), jfr. UfR 1931.1028 H og cfr. Bet. 976/1983 s. 212 f, men senere praksis har frigjort sig herfra, jfr. herved *Spleth* i J 1966 s. 142 ff, se om svensk ret, *Ekelöf* i SvJT 1974 s. 687 f.

genoptagelse vedrører da også posttraumatiske neuroser.<sup>5</sup> Erfaringen viser, at de normalt forsvinder, når sagen *afsluttes* med en vis, mindre erstatning (f.eks. for mén), således at skadelidte herefter kan koncentrere sig om at udnytte sin erhvervsevne. Men altid gælder det ikke; neurosen kan udvikle sig til en mere massiv psykisk lidelse, som reelt nedsætter erhvervsevnen, og netop en sådan forværring kan aktualisere spørgsmålet om fornyet prøvelse, jfr. f.eks. UfR 1950.996 H.

Når der henvises til, at omprøvning (heller) ikke er i de skadelidtes interesse, har argumentationen i virkeligheden ofte kun gyldighed for tilfælde, hvor forholdene ændrer sig til det bedre.<sup>6</sup> Revalideringshensyn m.v. taler selvsagt mod omprøvning, men som nævnt er kapitalerstatningsformen den afgørende hindring. Indrettelseshensynet kan ikke anføres med samme styrke til fordel for den erstatningsansvarlige.<sup>7</sup> Det er så sjældent, at de personligt opfylder erstatningskrav, især ved alvorlig personskade, at det ikke er rimeligt eller realistisk at parallelisere de to problemstillinger. Også hvor erstatningen gives som en løbende ydelse, anerkendes det, at der skal mere til for at nedsætte erstatningen end for at forhøje den.<sup>8</sup> Reelt står skadelidtes interesse i at få erstattet senere, yderligere tab over for ansvarsforsikringsselskabets interesse i at kunne »lukke« en sag, der er afgjort ved dom eller forlig. Hensynet til den betalende part er et ganske andet f.eks. ved familieretlige underholdsbidrag; men her præsteres ydelserne jo løbende, således at mulighederne for senere justering, navnlig nedsættelse, er langt større. Forsikringsselskabernes interesse i at kunne slutte en erstatningssag forholdsvis hurtigt afspejler sig i de typiske policevilkår i ulykkesforsikringer, jfr. nedenfor. Ved ansvarsskader ville forsikringen derimod ikke fuldt ud kunne opfylde sit formål, hvis dækningen tidsmæssigt var snævrere end de rammer, som forældelsesregler m.v. afstikker.

Både materielt og processuelt bør retsreglerne selvsagt rumme incitament til, at omfanget af et eventuelt fremtidigt tab bliver belyst bedst muligt under sagen. Fremtidige følger af skaden, som kunne være taget i betragtning (f.eks. fordi de tilgrundliggende faktiske forhold allerede foreligger), bør

<sup>5</sup> Se om praksis (før erstatningsansvarsloven), *Stig Jørgensen*: Erstatning for personskade og tab af forsørger, 3. udg., s. 446 ff, Bet. 976/1983 s. 212 ff og *Bo von Eyben*: Erstatningsudmåling s. 232.

<sup>6</sup> Se som eksempel navnlig Innstilling fra Erstatningslovkomitéen s. 41 f; se også *Saxén*: Skadeståndsrätt s. 297.

<sup>7</sup> Sml. Innstilling fra Erstatningslovkomitéen s. 42.

<sup>8</sup> Jfr. om svensk ret, SOU 1973:51 s. 164 og 313 og Prop. 1975:12 s. 80, 118 og 171; anderledes tilsyneladende finsk ret, jfr. *Saxén*: Skadeståndsrätt s. 299.



ikke kunne begrunde omprøvning. Men synspunktet kan ikke begrunde, at man afskærer en prøvelse af senere følger, som ikke kunne være forudset på afgørelsestidspunktet, og som — hvis de kunne være taget i betragtning ved afgørelsen — ville have påvirket størrelsen af erstatningen for fremtidig skade.

Behovet for omprøvning afhænger således i væsentlig grad af, i hvilket omfang udmåling af erstatning for fremtidig skade prætenderer at bygge på en nøje, konkret vurdering af samtlige de forhold, der kan antages at få betydning for omfanget af skaden fremover og størrelsen af det individuelle økonomiske tab herved. I jo højere grad man tilstræber at realisere princippet om erstatning for det individuelle økonomiske tab også ved fremtidig skade, jo mere utilfredsstillende kan det virke, om omprøvning nægtes ved ændrede forudsætninger, samtidig med at flere forudsætninger da bliver relevante. Hvis f.eks. invaliditetserstatningen fastsættes udelukkende efter medicinske kriterier, er det i sig selv uden betydning, om skadelidte erhvervsmæssigt klarer sig dårligere, end man regnede med på afgørelsestidspunktet. Hvis derimod erstatning fastsættes efter en konkret prognose over denne skadelidtes fremtidige erhvervsmuligheder, kan ikke alene ændringer i helbredstilstanden, men også i arbejdsforholdene m.v. blive relevante.<sup>9</sup> Hvis erstatning for fremtidigt tab eller forringelse af erhvervsevnen udmåles således, at sociale førtidspensioner m.v. fradrages, kan fremtidige ændringer af pensionernes størrelse aktualisere spørgsmålet om omprøvning.<sup>10</sup> Hvis der omvendt — som i dansk ret — ikke tages hensyn til sociale førtidspensioner m.v. ved erstatningsudmålingen, er ændringer heri selvsagt uden betydning. Hvis der — som i norsk ret — ved udmåling af erstatning for tab i fremtidig erhverv eksplicit gives et særskilt beløb for »skatteulempen» (d.v.s. den formueskat, skadelidte skal betale af erstatningsbeløbet, og den indkomstskat, der skal betales af afkastet af det), risikerer man også, at senere ændringer i skattelovgivningen kuldaster de beregninger, som ligger til grund for fastsættelsen af dette beløb. Ved en nylig dansk skattereform er eksempelvis beskattningen af renteindtægter sat væsentligt ned. Skulle man i så fald (hvis kapitalerstatningsformen som sådan ikke stillede sig i vejen) genoptage *samtlig*e erstatningssager, der var blevet afgjort på grundlag af de gamle beskattingsregler? Det siger sig selv, at en omprøvning som følge af ændringer i alle »alment» virkende faktorer, der har betydning for størrelsen af det økonomiske tab, kan få meget vidtgående konsekvenser.

<sup>9</sup> Jfr. herved SOU 1973:51 s. 161 f.

<sup>10</sup> Jfr. f.eks. om svensk ret, Prop. 1975:12 s. 128 og *Bo von Eyben: Kompensation for personskade* s. 847.

Men det er lige så klart, at en begrænsning af prøvelsesadgangen til »individuelle» ændringer kan medføre vilkårligheder. Det er f.eks. givet, at konjunkturf forholdene i almindelighed eller dog særligt inden for skadelidtes branche har væsentlig betydning for, i hvilket omfang fysisk handicappede personer kan opnå og fastholde erhvervsmæssig beskæftigelse.

Stillet over for disse mulige konsekvenser er det ud fra et legislativt synspunkt forståeligt, om man foretrækker en vis standardisering af de faktorer, der indgår i udmålingen af erstatning for fremtidig skade, således at de enten gøres helt faste (fikseres til forholdene, som de var på skadestidspunktet, eller som de er på opgørelsestidspunktet) eller indrettes med en vis større eller mindre margen for den usikkerhed, der uundgåeligt knytter sig til enhver prognose over den fremtidige udvikling, og således at prøvelsesadgangen fortrinsvis eller udelukkende knyttes til ændringer, der vedrører omfanget af den fysiske skade (altså — ved personskade — navnlig forværringer i skadelidtes helbredstilstand). Jo større margen for usikkerheden om den fremtidige udvikling afgørelsen rummer, jo større krav kan der stilles til den afvigelse fra den mest sandsynlige udvikling, som skal til for at berettige til fornyet prøvelse. Dette kan meningsfuldt formuleres som et krav om, at ændringen skal være væsentlig.<sup>11</sup> Især ved personskade er spørgsmålet derfor i høj grad, om og i hvilket omfang et erstatningsopgør vedrørende fremtidig skade bør kalkulere med en margen for risikoen for senere forværring. Skadelidte skal ikke *både* have erstatning for risikoen for yderligere skadevirkninger og tillægserstatning, hvis og når risikoen materialiserer sig. Udmålingsreglernes balancering mellem disse to principper bliver således afgørende for det reelle indhold af et krav om væsentlige ændringer. Dette krav er ikke identisk med det, som processuelle genoptagelsesregler opstiller.<sup>12</sup> Dertil kommer betænelighederne ved at afskære to-instansprøvelse af det nye krav, især når det antages, at den første afgørelse ikke har positiv retskraft for så vidt angår dens stillingtagen til spørgsmål om ansvarsgrundlag m.v.<sup>13</sup>

Er behovet for at kunne imødekomme skadelidtes interesse i omprøvelse ved forværring særligt stor ved personskade, kan det således måske siges, at betænelighederne er tilsvarende store netop på dette område, dels fordi erstatningsprocessen eller den blotte mulighed for genoptagelse i sig selv kan virke forværende, dels fordi vurderingen af fremtidigt tab påvir-

<sup>11</sup> Jfr. herved SOU 1973:51 s. 165 og LU 1975:16 s. 29.

<sup>12</sup> Jfr. *Gomard*: Civilprocessen, 2. udg., s. 467 f, sml. *Spleth* i J 1966 s. 144.

<sup>13</sup> Jfr. *Gomard* l.c. s. 492.

kes af så mange faktorer, at det kan være svært at trække en rimelig og praktikabel grænse for hvilke af dem, der skal kunne begrunde omprøvning. Muligvis kan det hævdes, at de særlige modstående hensyn ved personskade opvejer hinanden på en sådan måde, at der ikke er nogen grund til at udsondre personskader fra andre skadetyper (tings- og formueskade). Problemet opstår ganske vist sjældent ved andet end personskade. Det er ikke tilfældigt, at diskussionen om begrænsninger i dommes retskraft altid koncentrerer sig om personskader. Ved tingsskade er problemet oftest kun hvilket tidspunkts priser, der skal lægges til grund for erstatningsberegningen ved genanskaffelse eller reparation. Den materielretlige regulering af dette spørgsmål, jfr. bl.a. FAL § 37, udelukker i almindelighed revision i anledning heraf.<sup>14</sup> Selv om behovet for omprøvning for så vidt er mindre, er det ikke noget argument for at nægte omprøvning, når det undtagelsesvis er til stede.

Som eksempler fra dansk retspraksis kan nævnes UfR 1975.257 V (om mangler ved udførelse af noget murerarbejde; under den første sag havde skadelidte krævet og fået erstatning for udgifter til påførelse af facademaling, idet man i overensstemmelse med et syn og skøn antog, at manglen ved murstenene alene var, at de blev misfarvede. Senere viste det sig, at murstenene smuldrede, således at hele muren måtte nedrives; en ny sag om erstatning herfor blev ikke afvist, da det ikke kunne antages, at manglen ved murstenenes holdbarhed tidligere havde givet sig sådanne udslag, at den kunne og burde have været påberåbt under den Tørste sag) og UFR 1949.804 H (om skade på fast ejendom, hvor bygningen efter den første afgørelse havde sat sig yderligere; under den første sag var der ikke krævet eller taget stilling til spørgsmålet om erstatning for fremtidige skader, og det kunne ikke bebrejdes skadelidte, at han havde undladt at rejse krav herom under den første sag, idet kravet ikke eller kun vanskeligt ville kunne være påkendt på dette tidspunkt).

Som nævnt kan behovet for omprøvning især tænkes at opstå i tilfælde, hvor skaden består i vedvarende ulemper i naboforhold (immissioner) eller i øvrigt fra en miljøforurenende virksomhed eller i tilsvarende ulemper fra et anlæg, hvortil der er foretaget et ekspropriativt indgreb. Som ved personskade kan der være betydelig usikkerhed, om og i hvilket omfang skader

<sup>14</sup> Jfr. om ekspropriation, *Friis Jensen*: Taksationsproces s. 243 ff og fra praksis, UfR 1973.14 H. Inflationsproblemet opstår også ved personskade, men når erstatningen gives som en løbende ydelse, er værdisikringen af den særskilt reguleret og dermed holdt uden for de almindelige regler om omprøvning, jfr. svensk SkL 5 kap 5 §, 2. stk., se også *Saxén*: Skadeståndsrätt s. 299. Værdisikringsproblemet var hovedårsagen til, at norsk og dansk ret valgte at beholde kapitalerstatningsformen, jfr. Innstilling fra Erstatningslovkomitéen s. 41 og Bet. 976/1983 s. 59. Kapitaliseringsfaktorerne er i begge lande »faste» variable i erstatningsudmålingen i den ovenfor anførte forstand, således at senere ændringer i inflationstakten og dermed i renteniveauet ikke kan begrunde omprøvning.

eller ulemper vil indtræde i fremtiden. Når erstatningen er fastsat som et engangsbeløb ud fra en aktuel vurdering af den værdiforringelse, ulemperne medfører for ejendommen eller — ved ekspropriation — restejendommen, er behovet for fornyet prøvelse det samme, hvis ulemperne viser sig at blive væsentligt mere omfattende end antaget — set i forhold til den margen for usikkerhed om den fremtidige udvikling, som erstatningsopgøret måtte rumme.

Der er imidlertid i hvert fald én væsentlig forskel fra personskader, som navnlig er fremhævet i den norske betænkning om erstatning for forurenings-skader.<sup>15</sup> Mens afvejningen ved personskade væsentligst står mellem »genopretningshensynet» og mere »retstekniske» hensyn, kan *præventive* synspunkter tale for en videre adgang til omprøvning ved varige forurenings-skader. Forskellen er, at skadevolderen her har det i sin magt at påvirke omfanget af skadeforvoldelsen, og at den tekniske udvikling kan give muligheder for nedsættelse af forureningen, som man ikke kunne forestille sig på det tidspunkt, hvor erstatningsopgøret fandt sted. En del af baggrunden for tendensen til at pålægge en forurenende virksomhed objektivt ansvar er, at kun et sådant ansvar i tilstrækkelig grad kan virke som et økonomisk incitament for virksomheden til at gennemføre optimal forureningsbekæmpelse (»polluter pays principle»). Hvis et erstatningsopgør står fast, har virksomheden for så vidt intet incitament til senere at ofre ressourcer på at tage nyudviklede forureningsbekæmpelsesmetoder i anvendelse. Hvis ikke skadelidte i mellemtiden, efter at have inkasseret erstatningen, er flyttet væk, har også skadelidte derfor i princippet en interesse i omprøvning, selv om den kan resultere i *nedsættelse* af erstatningen. Selv om skadelidte måtte have solgt ejendommen for dens reducerede værdi, således at køberen derved har fået »kompensation», står dog den samfundsmæssige interesse tilbage, som ikke nødvendigvis varetages bedst eller tilstrækkeligt ved (nye) direkte pålæg fra det offentlige.

Hvis imidlertid erstatningen er fastsat som et engangsbeløb, støder senere nedsættelse af den på samme hindring, som når fremtidig personskade er opgjort på denne måde. Skal synspunktet tillægges vægt, må der derfor være hjemmel til og praksis for at fastsætte erstatningen for fremtidige ulemper som en løbende ydelse. Det er der f.eks. i den svenske miljökadelags § 9,<sup>16</sup> og tilsvarende er reglerne herom i den norske grannelov foreslået overført

<sup>15</sup> Jfr. NOU 1982:19 s. 153.

<sup>16</sup> SFS 1986:225; reglen er overført fra miljöskyddslagen, jfr. SOU 1983:7 s. 280 og Prop. 1985/86:83 s. 33 f og 58.

til en generel lovregulering om erstatning for forureningsskader.<sup>17</sup> I dansk ret synes man ikke at være nået videre end til en konstatering af disharmonien mellem »polluter pays principle« og det gældende ansvarsgrundlag (culpa med særlige undtagelser for objektivt ansvar ved visse skadetyper),<sup>18</sup> og end mindre har spørgsmålet om erstatningsformens betydning for realisering af dette princip tiltrukket sig opmærksomhed. Som ved personskade skal valget mellem engangserstatning og erstatning som løbende ydelse ikke i øvrigt tages op til drøftelse her; man må blot notere sig dette spørgsmåls særlige betydning for prøvelsesadgangen.

Det har været diskuteret, om omprøvning kræver særlig hjemmel, herunder om der kan sluttes analogt eller modsætningsvist fra specielle lovregulerede omprøvningstilfælde, f.eks. om underholdsbidrag.<sup>19</sup> Tilvejebringelse af særlig hjemmel kan som nævnt være nødvendig, hvis man anlægger det synspunkt, at dommes retskraft alene begrænses af processuelle regler om genoptagelse. Behovet for en særlig lovregulering er mindre, hvis der anlægges et mindre dogmatisk syn på retskraften, således at den ikke udelukker prøvelse af krav om erstatning for skadefølger, som dommen ikke har kunnet tage i betragtning. Allerede det forhold, at de fleste erstatningsopgør sker ved forlig, gør det uhensigtsmæssigt og utilstrækkeligt at anskue problemet som et overvejende processuelt problem.

### 3. Retlige muligheder for at tage hensyn til usikkerhed om fremtidige skadefølger

Fremtidige skadefølger indtræder sjældent helt uforudset. Forholdet er ofte det, at man på tidspunktet for et erstatningsopgør er klar over, at der er en vis mulighed for, at skaden tillige får virkninger fremover, eller for, at de fremtidige skadefølger vil blive mere eller mindre omfattende, end der

<sup>17</sup> Jfr. NOU 1982:19 s. 148 f, 154 ff og 274 ff.

<sup>18</sup> Jfr. herved *Jens Christensen* i J 1977 s. 455 og 461 f og *Gomard* i UfR 1978 B s. 66 ff.

<sup>19</sup> Jfr. *Saxén*: Skadeståndsrätt s. 299. Det er som nævnt givet, at der ikke uden videre kan analogiseres fra de familieretlige regler, jfr. herved *Eckhoff*: Rettskraft s. 129, sml. herved Prop. 1975:12 s. 118, selv om der på den anden side er indlysende paralleller i problemstillingen, særligt betydningen af indgåelse af nyt ægteskab eller etablering af samlivsforhold for forsørgertabserstatning; muligheden for at tage hensyn hertil afhænger imidlertid — igen — i væsentlig grad af, om erstatningen gives som en løbende ydelse, jfr. *Bo von Eyben*: Kompensation for personskade s. 734 og 822 ff.

på opgørelsestidspunktet er grund til at regne med. Behovet for senere omprøvning mindskes, jo bedre muligheder der er for ved erstatningsopgøret at tage hensyn til den usikkerhed, der således kan knytte sig til prognosen. Usikkerheden kan *enten* søges afbødet ved, at der slet *ikke tages stilling* til spørgsmålet om erstatning for fremtidig skade, men kun til erstatning for allerede indtrådt skade (udstyknings), *eller* ved, at der *ikke tages endelig stilling* til spørgsmålet om erstatning for fremtidig skade, men alene træffes en foreløbig (midlertidig) afgørelse, *eller ved*, at der træffes en endelig afgørelse, der indregner en vis erstatning for *risikoen* for (yderligere) fremtidig skade. Det er almindeligt anerkendt, at disse metoder står til rådighed i større eller mindre udstrækning,<sup>20</sup> og der skal derfor kun gøres nogle enkelte bemærkninger om de problemer, de giver anledning til.

1) *Udstykning*. Skadelidte behøver i almindelighed ikke at vente med at kræve erstatning, til hele kravet kan gøres op. Skadelidte kan — materielretligt som processuelt — udstykke kravet, således at der i første omgang alene kræves erstatning for tab, som nu kan gøres op (f.eks. tabt arbejdsfortjeneste, afholdte helbredelsesudgifter). Har retten som følge af en berettiget udstykning ikke haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om erstatning for fremtidig skade, afskærer afgørelsen naturligvis ikke et senere krav om erstatning herfor.<sup>21</sup> Der er for så vidt intet retskraftsproblem i disse tilfælde. Derimod kan det være et spørgsmål, om skadelidte udtrykkeligt skal gøre opmærksom på, at kravet kun omfatter en del af den samlede eller mulige erstatning, d.v.s. om udstykningen skal markeres med et særligt *forbehold*. Det kan undertiden være naturligt at stille krav om et udtrykkeligt forbehold, især hvis der under sagen har været rejst spørgsmål om erstatning for fremtidige følger, og modparten i forbindelse hermed insisterer på et endeligt opgør.<sup>22</sup> Men hvis det enten er klart, at der vil indtræde fremtidig skade, hvis omfang blot endnu ikke kan gøres op, eller hvis dens indtræden kommer så uventet, at man ikke under sagen overhovedet regnede med den mulighed, bør adgangen til at rejse et nyt krav ikke være betinget af et forbehold.<sup>23</sup> Der er principielt ingen forskel mellem

<sup>20</sup> Jfr. f.eks. Innstilling fra Erstatningslovkomitéen s. 42 f (særligt om foreløbige afgørelser), SOU 1973:51 s. 165, Prop. 1975:12 s. 171, LU 1975:16 s. 29 og — uden for personskadesområdet — NOU 1982:19 s. 148 f (om grannelovens § 16) og s. 154 f.

<sup>21</sup> Jfr. herved f.eks. *Gomard: Civilprocessen*, 2. udg., s. 493 ff og *Eckhoff: Rettskraft* s. 126.

<sup>22</sup> Jfr. f.eks. fra norsk retspraksis, Rt 1976.289 og fra dansk, UfR 1960.605 H.

<sup>23</sup> Jfr. *Gomard: Civilprocessen*, 2. udg., s. 497 f og *A. Vinding Kruse: Erstatningsretten*, 4. udg., s. 526 og 625.

denne sidstnævnte situation og den situation, hvor der ved den første afgørelse er tilkendt en vis erstatning for fremtidig skade, hvorefter omfanget af den uventet ændrer sig.

2) *Midlertidig afgørelse om erstatning for fremtidig skade.* Hvis det på afgørelsestidspunktet ligger klart, at der vil indtræde yderligere skade, men der knytter sig betydelig usikkerhed til dens omfang eller varighed, er det en nærliggende mellemløsning at udskyde den endelige fastsættelse af erstatning for fremtidig skade samtidig med, at der tilkendes en midlertidig erstatning for perioden indtil det endelige opgør.

Hvis man vil have sikkerhed for, at erstatningen ved en sådan afgørelse kun kommer til at omfatte den pågældende midlertidige periode, er det nødvendigt at give den som en løbende ydelse. Adgangen til at træffe midlertidige afgørelser vedrørende omfanget af fremtidig skade afhænger derfor af, om der er hjemmel til, eventuelt i særlige tilfælde, jfr. den norske erstatningslovs § 3—9, at vælge renteerstatning. Især hvis usikkerheden består i, om den fremtidige skade vil blive varig, er en foreløbig tilkendelse af engangserstatning ikke heldig. I og med at afgørelsen fremtræder som foreløbig, må man stå frit ved den endelige fastsættelse af erstatningen, således at den kan forhøjes, nedsættes eller inddrages, uden at der stilles krav om væsentlige ændringer. Nedsættelse eller inddragelse ville da ved engangserstatning kunne indebære, at en del af erstatningen skulle betales tilbage. Situationen er en anden, hvis der i hvert fald kan regnes med et vist minimum af varig, fremtidig skade. I så fald kan der, også som engangserstatning, tilkendes skadelidte en foreløbig erstatning for denne skade og ved revisionen erstatning for eventuel yderligere varig skade. I så fald foretages i virkeligheden blot en udstykning af erstatningen for fremtidig skade.

Dansk erstatningsret giver ingen mulighed for foreløbig tilkendelse af erstatning som løbende ydelse. Systemet er velkendt fra arbejdsskadeforsikringen,<sup>24</sup> men ved gennemførelsen af erstatningsansvarsloven tog man klart afstand fra at overføre det til erstatningsretten.<sup>25</sup> Man lagde i stedet afgørende vægt på at få gennemført et endeligt opgør om erstatning for varig skade på et så tidligt tidspunkt som muligt, navnlig således at parterne kan kræve erhvervsevnetabserstatningen fastsat, så snart skadelidtes helbreds-tilstand er blevet medicinsk stationær. I forlængelse heraf blev det i motiverne præciseret, at der kun i stærkt begrænset omfang kan tages hensyn til det

<sup>24</sup> Jfr. *Friis & Behn*: Arbejdsskadeforsikringsloven med kommentarer s. 246 f og 283 f.

<sup>25</sup> Jfr. Bet. 976/1983 s. 211 og FT 1983/84, 2. samling, tillæg A spalte 91.

mulige udfald af eventuelle revalideringsforsøg — og det er selvsagt især dette, der ved personskade kan skabe usikkerhed om skadelidtes fremtidige erhvervsmuligheder. Den særlige usikkerhed om fremtidigt erhvervsevnetab for skadelidte børn, der gerne fremhæves som et hovedeksempel på behovet for udsættelse af den endelige opgørelse, er ligeledes imødegået ved regler, der lader den medicinske invaliditetsgrad (méngraden) være afgørende for erstatningsfastsættelsen, jfr. erstatningsansvarslovens § 8. Den fremrykkede, standardiserede erstatningsudmåling er tillige baggrunden for de særlige begrænsninger i adgangen til omprøvning, jfr. nedenfor afsnit 4.1.3.

Det er endda tvivlsomt, om de danske regler tillader en udstykning af erstatningen for fremtidig skade i den anførte forstand (bortset fra tilfælde, hvor varigt mén kan »opdeles«). Begge parter, altså også den erstatningsansvarlige, kan som nævnt kræve erhvervsevnetabserstatningen fastsat, når tilstanden er stationær, og afgørelsens endelighed begrænses kun af de særlige genoptagelsesregler.<sup>26</sup>

Sammenholdt med genoptagelsesreglerne kan forskellen mellem dansk og norsk ret principielt udtrykkes således: i norsk ret kan usikkerhed om den fremtidige udvikling afbødes med en foreløbig afgørelse, men når den afløses af en endelig afgørelse, står denne til gengæld fast, uanset hvad der derefter sker; i dansk ret kan der kun træffes endelige afgørelser, men når forholdene derefter ændrer sig (væsentligt), kan de genoptages. Den norske løsning giver altså bedre muligheder for at tage hensyn til den usikkerhed, der måtte herske på tidspunktet for den første afgørelse, mens den danske løsning giver bedre muligheder for at tage hensyn til senere indtrådte ændringer. Opstilles disse muligheder som alternativer — hvad man selvsagt ikke behøver, jfr. svensk ret — kan det diskuteres hvilken løsning, der bedst varetager revalideringshensyn, »indrettelsehensyn» og ønsket om at modvirke erstatningsneuroser. Forskellen er jo som nævnt navnlig, at foreløbige afgørelser nødvendigvis må give videregående revisionsmuligheder end endelige afgørelser. Foreløbige afgørelser skaber usikkerhed for skadelidte; det kan virke uheldigt, at skadelidte ved, at jo bedre f.eks. revalidering lykkes, jo mere vil erstatningen blive nedsat ved det endelige erstatningsopgør. Men endelige afgørelser på et tidspunkt, hvor forholdene er usikre, kan bevirke en erstatningsfastsættelse, der rammer helt ved siden af de tab, der faktisk opstår; det kan virke uheldigt, at der f.eks. kan tilkendes erstatning

---

<sup>26</sup> Jfr. *Bo von Eyben*: Erstatningsudmåling s. 227, sml. *A. Vinding Kruse & Jens Møller*: Erstatningsansvarsloven med kommentarer s. 187.



for et erhvervsevnetab, som viser sig ikke at opstå, fordi et revalideringsforsøg senere lykkes til fulde.

3) »*Risikoerstatning*». En anden mellemløsning er at tilkende skadelidte en vis erstatning som en art risikotillæg i tilfælde, hvor der er en kendt risiko for, at der senere vil indtræde yderligere skade, men hvor sandsynligheden for, at det vil ske, er for lille til, at man i et erstatningsopgør kan regne med skadens indtræden. Problemet er også her større ved personskaade end f.eks. ved risikoen for yderligere skade på fast ejendom, fordi selve risikoen kan nedsætte ejendommens værdi og dermed danne grundlag for beregningen af et aktuelt tab.<sup>27</sup> Ved personskaade er forholdet ofte det, at der erfaringsmæssigt foreligger en vis risiko for, at der senere vil støde komplikationer til, eller at skaden i øvrigt vil medføre senfølger. Problemet er da, om skadelidte straks bør gives særlig kompensation for denne risiko, eller om skadelidte i stedet skal gives mulighed for at rejse yderligere krav, hvis komplikationerne eller senfølgerne faktisk indtræder.

Tendensen er formentlig, at forudsigelige risici søges indregnet i erstatningsopgøret,<sup>28</sup> og meget taler for denne løsning, i hvert fald for så vidt angår fastsættelse af godtgørelse for varig ikke-økonomisk skade, når risikoen er forholdsvis betydelig (»ulempetillæg» om man vil).<sup>29</sup> Denne løsning er mere problematisk, hvis der er tale om en mere sjældnen risiko, hvis indtræden kan få afgørende betydning for skadelidtes erhvervsevne. Korrekt beregnet skal erstatningen da udmåles som den sandsynlige skades størrelse, diskonteret for sandsynligheden for dens indtræden, og det kan i sig selv være vanskeligt eller umuligt. Dertil kommer, at de fleste af disse skadelidte da ville få en erstatning, som ikke modsvarer noget faktisk tab,<sup>30</sup> mens erstatningen på den anden side er utilstrækkelig til at dække tabet for de få, der rammes af den pågældende risiko, medmindre erstatningen kan anvendes og faktisk bliver anvendt til at sikre skadelidte en forsikringsdækning af risikoen.<sup>31</sup> Oftest er imidlertid risikoen ikke tilstrækkeligt kalkulerbar til at muliggøre denne løsning — eller skadelidte vælger at bruge erstatningen til noget helt andet. Omprøvning er da en bedre løsning; står den ikke til rådighed på grund af begrænsninger i prøvelsesadgangen, tvinges man til

<sup>27</sup> Jfr. *Selmer* i Festskrift til Kristen Andersen s. 329 f.

<sup>28</sup> Jfr. fra dansk praksis, UfR 1961.1041 H og fra norsk, Rt 1951.513.

<sup>29</sup> Jfr. herved *Kallehaug* i UfR 1986 B s. 389.

<sup>30</sup> Jfr. *Nordenson* m.fl.: Skadestånd, 2. oppl., s. 204.

<sup>31</sup> Jfr. navnlig om »katastroferisikoen» ved øjenskader og lign., *Selmer* i Festskrift til Kristen Andersen s. 326 ff og 334 f og *Bo von Eyben*: Kompensation for personskaade s. 671 og 678 f.

på et tvivlsomt grundlag at regne med en større margen for usikkerhed, end der nødvendigvis knytter sig til vurderinger af den fremtidige udvikling.<sup>32</sup>

## 4. Særligt om personskade

### 4.1. Erstatningsretten

#### 4.1.1. Lovgivningen

Kun i Sverige og Danmark er retten til omprøvning delvist lovreguleret.

SkL 5 kap 5 § lyder:

Ersättning för inkomstförlust eller förlust av underhåll som utgår i form av livränta kan höjas eller sänkas, om i detta kapitel avsedda förhållanden som har legat till grund för ersättningens bestämmande väsentligt har ändrats. Har ersättningen fastställs i form av engångsbelopp, kan den skadelidande under samma förutsättning tillerkännas ytterligare ersättning.

Erstatningsansvarslovens § 11, 1. pkt., lyder:

En afsluttet sag om godtgørelse for varigt mén eller erstatning for erhvervsevnetab kan på skadelidtes begæring genoptages, hvis der indtræder uforudsete ændringer i skadelidtes helbredstilstand, således at skadelidtes méngrad eller erhvervsevnetabsprocent må antages at være væsentlig højere end først antaget.

Begge bestemmelser konfirmerer altså princippet om, at væsentlige, uforudsigelige<sup>33</sup> ændringer kan berettige til omprøvning, og at kapitalerstatninger kun kan forhøjes.<sup>34</sup> Forskellen ligger — ud over den svenske regels, vist helt umotiverede, begrænsning til erstatning for økonomisk tab — i kravene til ændringens karakter, jfr. nedenfor. Reglerne kunne læses således, at omprøvning forudsætter, at skadelidte var tilkendt en vis erstatning for varig skade ved den første afgørelse, men det er — i hvert fald for den danske regels vedkommende — ikke meningen. Hvad enten spørgsmålet blev prøvet med det resultat, at skadelidte ud fra de da kendte forhold ikke fandtes berettiget til erstatning for varig skade, eller spørgsmålet slet ikke blev rejst, fordi man ikke da havde grund til at regne med muligheden for

---

<sup>32</sup> Jfr. f.eks. om betydningen af den begrænsede omprøvningsadgang efter erstatningsansvarslovens § 11, *Gomard & Wad*: Erstatning og godtgørelse efter erstatningsansvarsloven og voldsofferloven s. 52.

<sup>33</sup> Jfr. *Nordenson* m.fl.: Skadestånd, 2. uppl., s. 203; se fra praksis før SkL, NJA 1965.235.

<sup>34</sup> Efter forslaget i SOU 1973:51 s. 162 og 312 skulle alene livrenter kunne omprøves.

fremtidig skade, kan krav rejses, når grundlaget ændres.<sup>35</sup> Væsentlighedsbetingelsen giver måske ikke megen mening i disse tilfælde, men det er antagelig under alle omstændigheder opfyldt i og med, at der viser sig at indtræde varige følger, som man ikke havde regnet med.

I finsk og norsk ret findes ikke lovbestemmelser om spørgsmålet, men næsten samstemmende udtalelser i litteraturen om, at retstilstanden er uklar.<sup>36</sup> Dette hænger sammen med anlæggelsen af, hvad man kunne kalde:

#### 4.1.2. »Det processuelle synspunkt»

Et markant udtryk for det er afgørelsen Rt 1934.1134, hvor en ny sag med krav om erstatning for fremtidigt erhvervsevnetab blev afvist, fordi spørgsmålet om erstatning for fremtidig skade havde været forelagt i en tidligere sag, hvor der var blevet taget stilling til det (uden nogen erstatning herfor til skadelidte, idet det ikke fandtes overvejende sandsynligt, at der ville indtræde fremtidig skade). Sagen var derfor i sin helhed endeligt afgjort, således at skadelidte alene var henvist til at søge om genoptagelse efter de processuelle regler. Så meget des mindre kan nyt krav rejses, hvis ændringen kun består i, at den fremtidige skade bliver mere omfattende end forudsat i en dom, der tilkendte erstatning herfor.<sup>37</sup>

Det er forståeligt, at man i norsk ret ikke rigtigt har kunnet forlige sig med denne afgørelse. Forskellige forsøg er blevet gjort på at begrænse dens rækkevidde, navnlig således, at nyt krav skulle kunne rejses, hvis de senere følger af skaden bliver af en helt anden art end dem, man havde for øje under den første sag.<sup>38</sup> Et forsøg på at udskille kvalitativt forskelligartede følger kan dog næppe undgå at føre til tilfældige resultater (hvordan skal man f.eks. betragte en uventet demensudvikling efter en hjerneskade?), ligesom det forekommer lidet rationelt at behandle kvalitative ændringer anderledes end kvantitative (f.eks. en sværere grad af demens end tidligere antaget).

<sup>35</sup> Jfr. *Bo von Eyben*: Erstatningsudmåling s. 234, *A. Vinding Kruse & Jens Møller*: Erstatningsansvarsloven med kommentarer s. 179 og *Gomard & Wad*: Erstatning og godtgørelse efter erstatningsansvarsloven og voldsofferloven s. 81.

<sup>36</sup> Jfr. *Lødrup*: Erstatningsberegningen ved personskader, 2. utg., s. 40 og *Saxén*: Skadeståndsrätt s. 299.

<sup>37</sup> Jfr. *Bratholm & Hov*: Sivil Rettergang s. 427 og *Nygaard*: Skade og ansvar, 3. utg., s. 91.

<sup>38</sup> F.eks. psykiske ctr. fysiske følger, jfr. *Eckhoff*: Rettskraft s. 129 f; se også *Nygaard* l.c. og *Eriksrud* i NFJFP nr. 37 s. 40.

Og endelig tvinges skadelidte ud i svære overvejelser ved formuleringen af påstanden i den første sag, når bordet fanger ved en påstand om erstatning for fremtidig skade, men man ellers står frit.<sup>39</sup> En beslutning om udstykning burde ikke afhænge af spekulationer over risikoen for, at en frifindelse nu for en påstand om erstatning for fremtidig skade vil afføde en senere afvisning trods mellemkommende ændringer. Midlertidige afgørelser kan ifølge motiverne kun anvendes i undtagelsestilfælde, hvor forholdene er særligt usikre.

Ethvert forsøg på at begrænse rækkevidden af det processuelle synspunkt støder i norsk ret på den hindring, at erstatningslovkomitéen som tidligere nævnt accepterede det. Udtalelser, der går ind for en videre prøvelsesadgang,<sup>40</sup> kan derfor kun være rigtige de lege ferenda. Det er de til gengæld også.

#### 4.1.3. Hvilke ændringer kan begrunde omprøvning?

Den afgørende forskel mellem reglerne i SkL og i erstatningsansvarsloven er, at den svenske regel tillader omprøvning ved alle (væsentlige) ændringer i de forhold, der lå til grund for erstatningsfastsættelsen, mens den danske kræver (væsentlige) ændringer i skadelidtes helbredstilstand. Prøvelsesadgangen er altså i dansk ret begrænset til ændringer i omfanget af den *fysiske* (eller psykiske) skade, mens efter svensk ret også ændringer i de *økonomiske følger* af en uændret fysisk skade kan begrunde omprøvning. Praktisk indebærer forskellen navnlig, at skadelidte efter svensk ret kan tilkendes yderligere erstatning for erhvervsevnetab, hvis det på et senere tidspunkt viser sig, at skadelidte mod forventning ikke kan fastholde erhvervsmæssig beskæftigelse, f.eks. fordi en velvilligt indstillet arbejdsgiver, der skånede skadelidte for fysisk krævende arbejde, senere må standse sin virksomhed, hvorefter skadelidte ikke kan få arbejde andetsteds.<sup>41</sup> Således kan også ændringer i mere alment virkende faktorer, især arbejdsmarkedskonjunkturerne, efter omstændighederne begrunde omprøvning.<sup>42</sup> Motiverne til den danske regel gør det ganske klart, at man netop tilsigtede at udelukke omprøvning på et sådant grundlag for derved »at undgå et betydeligt antal sager om genoptagelse».<sup>43</sup> Beklageligvis har man tilsyneladende ikke fra dansk

<sup>39</sup> Tilsvarende om finsk ret, jfr. herved *Saxén*: Skadeståndsrätt s. 299.

<sup>40</sup> Se f.eks. *Lødrup*: Erstatningsberegningen ved personskader, 2. utg., s. 40.

<sup>41</sup> Jfr. SOU 1973:51 s. 163 og 314.

<sup>42</sup> Jfr. LU 1975:16 s. 28.

<sup>43</sup> FT 1983/84, 2. samling, tillæg A spalte 98.

side gjort noget forsøg på at undersøge, om erfaringerne fra Sverige giver noget belæg for denne frygt. En vurdering fra svensk side af dette synspunkt ville derfor være af betydelig interesse.

Det er klart, at det er lettere at vurdere årsagsforbindelsen mellem den skadevoldende begivenhed og forværringen ved ændringer i helbredstilstanden end ved ændringer i øvrigt i skadelidtes erhvervmæssige forhold.<sup>44</sup> Praktisk vil det derfor oftest være sværere at få tillægserstatning på rent erhvervmæssigt grundlag, således at den danske frygt for et stort antal genoptagelsessager måske er overdrevet. Men begrænsningen kan naturligvis siges at ligge i konsekvent forlængelse af principperne for fastsættelse af erhvervsevnetabserstatning (afgørelse på stationær-tidspunktet, den begrænsede mulighed for at inddrage revalidering i prognosen over skadelidtes erhvervmæssige situation). Spørgsmålet er imidlertid, om den samlede virkning af disse regler vil blive en betydelig kompromittering af den økonomiske invaliditetsvurdering, som i princippet indførtes med erstatningsansvarsloven.<sup>45</sup> Man kan navnlig forestille sig, at domstolene vil være utilbøjelige til at nægte tilkendelse af erstatning for erhvervsevnetab i tilfælde af betydelig medicinsk invaliditet, selv om skadelidte på afgørelsestidspunktet har normal erhvervmæssig indtjening, og selv om der ikke er konkret holdepunkt for at antage, at han ikke vil kunne fortsætte hermed.<sup>46</sup> Begrænsninger i prøvelsesadgangen kan således tænkes at indvirke på praktiseringen af udmålingsreglerne, således at der anlægges en mere skabelonmæssig vurdering af fremtidig skade, end disse regler tilsigter.

Reglen i erstatningsansvarslovens § 11 giver desuden anledning til tvivl om omfanget af prøvelsesadgangen, når betingelserne for genoptagelse er opfyldt. Formuleringen (»således at») kan vanskeligt forstås anderledes, end at kravet om ændringer i helbredstilstanden ikke alene er den »processuelle» betingelse for genoptagelse, men også rummer en »materiel» begrænsning af prøvelsesadgangen.<sup>47</sup> Der kan således kun tages hensyn til de ændringer i erhvervsevnetabet, som skyldes forværringen af helbredstilstanden, ikke til ændringer i øvrigt i skadelidtes erhvervmæssige situation, selv om de ville være indgået i tabsvurderingen, om de havde foreligget ved den første afgørelse. Det vil utvivlsomt blive vanskeligt at fastholde denne sondring, navnlig i tilfælde, hvor skadelidte helt har måttet opgive erhvervmæssig beskæftigelse (jfr. eksemplet ovenfor), men

<sup>44</sup> Jfr. *Nordenson* m.fl.: Skadestånd, 2. uppl., s. 204 og *Bo von Eyben*: Kompensation for personskade s. 686.

<sup>45</sup> Jfr. *Bo von Eyben* i 29 Sc.St.L., s. 58 f (1985).

<sup>46</sup> Jfr. *Bo von Eyben*: Erstatningsudmåling s. 141 og 144 og ovenfor note 32.

<sup>47</sup> Jfr. *Bo von Eyben* l.c. s. 235 og *Gomard & Wad*: Erstatning og godtgørelse efter erstatningsansvarsloven og voldsofferloven s. 80, men anderledes *A. Vinding Kruse & Jens Møller*: Erstatningsansvarsloven med kommentarer s. 183.

hvor der kun er tale om en uvæsentlig forværring i helbredstilstanden af tvivlsom, selvstændig betydning for ændringen i den erhvervmæssige situation.

#### 4.1.4. *Betydningen af aftaler: forbehold og afkald*

Oftest sker erstatningsopgøret ved forlig mellem skadelidte og skadevol-derens ansvarsforsikrings-selskab, eventuelt efter at spørgsmålet om ansvarsgrundlag m.v. er blevet afgjort ved dom, således at det praktiske problem er, om adgangen til omprøvning afhænger af, hvad der er aftalt ved forligets indgåelse. Problemet har to sider: dels om adgangen til omprøvning er betinget af et *forbehold* herom fra skadelidtes side, dels om den adgang til omprøvning, som retsreglerne måtte give skadelidte, kan afskæres ved aftale, d.v.s. om skadelidte gyldigt kan give *afkald* på retten til omprøvning.

Det kan ikke undre, at omprøvningsadgangen ved forligsmæssige erstatningsopgør gøres betinget af forbehold, når den i øvrigt knyttes til de processuelle regler om genoptagelse.

Se således fra norsk ret, RG 1972.36, hvor skadelidte havde modtaget en vis erstatning for tab til dato, og hvor skadelidte ikke havde taget noget forbehold om erstatning for fremtidigt erhvervsevnetab, da han efter at være blevet raskmeldt ikke regnede med, at der ville opstå et sådant tab; da skadelidte ikke havde taget noget forbehold, og da der ikke var holdepunkt for at fortolke forliget således, at eftervirkninger, som man først senere måtte blive klar over, var holdt uden for erstatningsopgøret, måtte skadelidte selv bære risikoen for mulige eftervirkninger. Dommen tilføjede, at skulle man anvende principperne om bristende forudsætninger, måtte der kunne påvises helt særlige grunde til, at skadelidte ikke skulle være bundet af forliget, og de forelå ikke her.

I modsætning hertil havde i Rt 1980.84 spørgsmålet om erstatning for fremtidigt erhvervsevnetab været rejst under forligsforhandlingerne på baggrund af lægeerklæringer om, at det var vanskeligt at vurdere omfanget af den fremtidige invaliditet, især på grund af muligheden for udvikling af post-traumatisk epilepsi. Ved forliget fik skadelidte erstatning for tab opstået indtil da, men »for ordens skyld» blev der taget forbehold vedrørende tab i fremtidig erhverv, hvis der skulle indtræde følger som omtalt af lægerne. Det viste sig flere år senere, at skaden fik alvorlige senfølger, men *ikke* epilepsi. Efter nøje studium og tolkning af korrespondancen mellem advokaten og forsikrings-selskabet i relation til de foreliggende lægeerklæringer nåede retten frem til, at forbeholdet ikke skulle tolkes således, at det kun refererede til risikoen for epilepsi, og skadelidte fik derfor medhold i, at der kunne kræves yderligere erstatning.

Disse domme forekommer ikke tilfredsstillende. Der er ingen rimelig grund til at kræve forbehold over for uforudsigelige forværringer. Man tvinger jo blot derved skadelidte til altid at tage et forbehold for en sikkerheds skyld. Skadelidtes advokat kan vel drage omsorg for indsættelse af rutinemæssige forbehold, men ikke alle skadelidte har advokatbistand, og ikke alle advokater er lige rutinerede — og selv for de rutinerede kan rutinen

svigte. Er man opmærksom på muligheden for en forværring i en bestemt henseende og tager forbehold med henblik herpå, risikerer man dernæst, at dette i sig selv kan bidrage til at afskære en prøvelse af andre forværringer. Det kan vel undertiden være rimeligt at tage hensyn til, om der er taget forbehold vedrørende en *kendt* risiko, som har været inddraget i forhandlingerne om erstatningsopgøret, jfr. ovenfor afsnit 3 om udstykning, men dette burde ikke have nogen betydning for vurderingen af en på dette tidspunkt *ukendt* risiko. Principperne om bristende forudsætninger er enten utilstrækkelige eller overflødige til at sikre en rimelig begrænsning af forligets bindende virkning. Kun forudsætningslærens krav om væsentlighed giver en vis mening, men ikke som et subjektivt rekvisit om, hvad parterne — eller »fornuftige» parter — måtte formodes at ville have aftalt, hvis de havde været opmærksomme på muligheden for en forværring. Om man vil, bør den retlige normering fastslå, at skadelidte ikke bør bære »risikoen» for uforudsigelige, væsentlige ændringer i de forhold, der lå til grund for forliget.

Der kan ikke være nogle betænkeligheder ved at anerkende aftaler om en udvidet adgang til omprøvning. Et videregående forbehold fra skadelidte får således virkning, men naturligvis kun under forudsætning af, at det accepteres af modparten.

Det egentlige problem er det modsatte, d.v.s. om skadelidte gyldigt kan give afkald på en ret til omprøvning, som han ellers ville have haft. Umiddelbart stiller lovgivningen sig ikke i vejen for sådanne aftaler. SkL er i det hele dispositiv; aftaler, der fraviger bl.a. erstatningsansvarslovens § 11 til ugunst for skadelidte, er efter lovens § 27, stk. 1, kun ugyldige, hvis de er indgået inden skadens indtræden.

Det skal ikke afvises, at det i visse tilfælde ville være urimeligt at gøre et forlig mindre endeligt, end det er tænkt. Men det afgørende bør i så fald være en vurdering af indholdet af det forligsmæssige erstatningsopgør og ikke dets egen angivelse af, hvor endeligt det er. Rummer det f.eks. en »risikoerstatning», jfr. ovenfor afsnit 3, må forliget stå fast, hvis den pågældende risiko senere materialiserer sig. Det kan også tænkes, at skadelidte som led i et samlet opgør af adskillige tvistige punkter, som har været genstand for forhandling, har opnået en vis indirekte »kompensation» for usikkerheden om den fremtidige udvikling f.eks. ved, at modparten har frafaldet andre, rimeligt holdbare indsigelser mod erstatningskravet. Det er dog nok tvivlsomt, hvor langt dette synspunkt kan bære i almindelige personskadessager, hvor man i så fald måtte sammenligne svært inkomensurable størrelser (f.eks.: skadelidte påtager sig risikoen for den frem-

tidige udvikling, mod at forsikringsselskabet giver afkald på at påberåbe sig egen skyld). Formuleringer i forliget om, at det »uigenkaldeligt afslutter» erstatningssagen og lign., bør ikke i sig selv tillægges nogen betydning, jfr. fra dansk praksis UfR 1948.521 Ø og nedenfor om personforsikring.

Den afgørende betragtning må være denne: Det forhold, at lovgivningen — navnlig i forbrugerforhold — i stigende omfang gør aftaler ugyldige, når de indgås på et tidspunkt, hvor den præsumptivt svage part i aftalen vanskeligt kan overskue dens konsekvenser, taler afgjort for, at skadelidte ikke bør kunne give afkald på retten til omprøvning. Dette synspunkt er naturligvis også baggrunden for reglen i erstatningsansvarslovens § 27, stk. 1. Men i relation til spørgsmålet om omprøvning er det både overflødigt og utilstrækkeligt at knytte ugyldighedsvirkningen til aftaler, der indgås inden *skadens* indtræden. Det relevante burde her være tidspunktet for *forværingens* indtræden.<sup>48</sup>

## 4.2. Personforsikring

### 4.2.1. Lovgivningen

Forsikringsselskabernes interesse i så hurtigt som muligt at få overblik over det endelige krav i anledning af en forsikringsbegivenhed fremtræder særligt tydeligt ved personforsikring, herunder især ulykkesforsikringer.<sup>49</sup> Lovgivningens udgangspunkt er imidlertid en principielt ubegrænset anvendelse af skadesårsagsprincippet, jfr. FAL § 120, hvorefter selskabet ved ulykker, der indtræder i forsikringstiden, hæfter for skadelige følger, som først viser sig senere. Reglen er dog deklatorisk, og det er et helt fast vilkår i ulykkesforsikringer, at der fastsættes bestemte tidsmæssige grænser, således at invaliditeten (eller dødsfaldet) skal være indtrådt inden for en vis kortere frist, normalt senest 1 eller 3 år efter ulykkestilfældet.<sup>50</sup> Spørgsmålet er, om der herved er opstillet en absolut frist, og hvordan fristen forholder sig til de gældende forældelsesregler, jfr. FAL § 29 eller den svenske konsument-

<sup>48</sup> Jfr. *Bo von Eyben* l.c. s. 29 f og *Gomard & Wad* l.c. s. 161, men anderledes *A. Vinding Kruse & Jens Møller* l.c. s. 188 og 346, der vil lade ugyldigheden afhænge af anvendelsen af aftalelovens § 36.

<sup>49</sup> Jfr. NOU 1983:56 s. 160.

<sup>50</sup> Jfr. *Lyngsø*: Forsikringsaftaleloven med kommentarer, 2. udg., s. 513, *Hellner*: Försäkringsrätt, 2. uppl., s. 497, *Selmer*: Forsikringsrett, 2. utg., s. 270 og NOU 1983:56 s. 158.



försäkringslags § 39.<sup>51</sup> Disse problemer opstår naturligvis ikke kun i tilfælde af forværringer, efter at et vist erstatningsopgør har fundet sted, men også i tilfælde, hvor skadelidte først på et senere tidspunkt overhovedet bliver klar over, at der er grundlag for at fremsætte krav mod forsikringsselskabet. Men ofte vil forholdet være det, at et ulykkestilfælde er blevet anmeldt til forsikringsselskabet, at der er blevet fremsat visse erstatningskrav i anledning af ulykkestilfældet, og at der er blevet udbetalt skadelidte en vis erstatning til opfyldelse af disse krav, hvorefter skadelidte på et senere, eventuelt langt senere, tidspunkt rejser yderligere krav om erstatning for invaliditet, hvad enten forlignet ikke omfattede nogen erstatning for invaliditet, eller skadelidte nu mener, at invaliditetsgraden må sættes højere. Denne problemstilling har ikke tiltrukket sig samme opmærksomhed som den erstatningsretlige parallel, og der synes kun at være få afgørelser i praksis.

Som eksempel kan nævnes en dansk ankenævnskendelse (AKN 6792/81) om en ulykke, der indtraf i september 1971, og som blev anmeldt til selskabet i december 1975. I juni 1976 blev invaliditetsgraden fastsat til 50 %, og selskabet udbetalte erstatning herfor. I 1979 fandtes invaliditetsgraden, efter ny forelæggelse for sikringsstyrelsen, nu at være 75 %, og skadelidte krævede herefter i oktober 1979 erstatning for forværringen på 25 % invaliditet. Selskabet afviste kravet under henvisning til, at det var forældet, idet man under hensyn til den sædvanlige policebestemmelse (»invaliditetserstatningen fastsættes, så snart ulykkestilfældets endelige følger kan bestemmes, dog senest 3 år efter ulykkens indtræden») gjorde gældende, at kravet følgelig var forfaldent senest 3 år efter ulykkens indtræden, d.v.s. i september 1974, hvorefter den 5-årige forældelsesfrist i FAL § 29 var udløbet i september 1979. Selskabet fik ikke medhold. Ankenævnet henviste til, at udgangspunktet ifølge FAL § 120 var, at selskabet skulle dække alle følger af ulykkestilfældet, herunder også følger, der først viste sig efter erstatningsopgøret, og at policevilkårene ikke »med fornøden tydelighed» begrænsede den sikredes retsstilling i forhold hertil eller i forhold til forældelsesreglerne, herunder FAL § 29.

Forsikringsselskabets standpunkt var altså ikke, at policebestemmelsen i sig selv angav en bestemt forældelsesfrist, men at den angav det seneste tidspunkt, hvor den absolutte forældelsesfrist på 5 år i (den danske) FAL § 29 begyndte at løbe. Denne regel rummer ingen suspensionsmulighed,<sup>52</sup> således at det alene bliver afgørende, hvornår kravets forfaldstid anses for at være indtrådt. For så vidt kan der opstå en afgørende forskel i forhold til erstatningsretlige erstatningskrav, hvor den almindelige forældelsesfrist på 5 år kan være suspenderet i op til 15 år, så længe skadelidte på grund af utilregnelig uvidenhed om sit krav har været ude af stand til at gøre det

<sup>51</sup> Se herom SOU 1977:84 s. 250 f. Om det norske forslag til personforsikringslov, se NOU 1983:56 s. 164 (forslagets § 9—7).

<sup>52</sup> Jfr. *Lyngsø*: Forsikringsaftaleloven med kommentarer, 2. udg., s. 224.

gældende, jfr. f.eks. UfR 1961.620 V. Som FAL § 29 er udformet, er det tvivlsomt, i hvilket omfang der kan indlægges en art suspensionsregel i betingelsen om, at kravet skal være forfaldent, idet bestemmelsen tillige rummer en 2-årig forældelsesfrist *med* en suspensionsregel.

Der synes således at være behov for en afklaring af, i hvilket omfang krav om tillægserstatning for uforudsigelige senfølger af en forsikringsbegivenhed rammes af forældelse, og hvilken betydning de sædvanlige policebestemmelser har herfor. Det rejser naturligvis spørgsmålet om harmonisering med almindelige forældelsesregler. Det er klart, at problemet er særligt påtrængende ved ansvarsforsikring, men også ved personforsikring burde der alene gælde en vis forholdsvis kort frist med en suspensionsregel og en længere frist, der regnes fra ulykkestilfældets (forsikringsbegivenhedens) indtræden.<sup>53</sup> At skyde kravets forfaldstid ind som starttidspunkt for forældelsesfristen skaber kun uklarhed. Et krav kan godt være forfaldent, selv om det (endnu) ikke kan gøres endeligt op, om end det ikke harmonerer godt med reglerne om fastsættelsen af tidspunktet for selskabets betalingspligt, jfr. FAL § 24. Parallelt hertil bør forældelsesfristen for skadelidtes krav, herunder krav om tillægserstatning ved forværring, først løbe fra det tidspunkt, hvor skaden eller forværringen fremtrådte på en sådan måde, at skadelidte havde tilstrækkeligt grundlag for at fremsætte kravet (stationær-tidspunktet). Med regler, der sikrer hurtig anmeldelse af selve forsikringsbegivenheden<sup>54</sup> og en passende absolut forældelsesfrist regnet herfra, er det svært at se berettigelsen eller den retlige betydning af særlige frister i policerne for, hvornår invaliditetsgraden senest skal være fastsat.<sup>55</sup> Det kan vel have pædagogisk værdi at fastslå, at spørgsmålet om fastsættelsen af invaliditetsgraden skal optages til vurdering en vis tid efter ulykken,

<sup>53</sup> F.eks. 3 år/10 år, jfr. konsumentforsikringslagens § 39 og forslaget i NOU 1983:56 s. 164, der på den anden side udtrykkeligt vil give selskaberne mulighed for at fastsætte nærmere bestemmelser om vurdering af invaliditet og om kravets forfaldstid, således som policerne gør nu (§ 9—5, 2. pkt., jfr. s. 163).

<sup>54</sup> Jfr. herved UfR 1944.203 Ø, hvor en idrætsskade først blev anmeldt 9 år efter, at skaden var sket, idet skadelidte først da — efter amputation af en storetå — indså, at han var blevet invalideret. Konkret havde der vel været anledning til at anmelde skaden (om end ikke kravet) tidligere, men det er tvivlsomt, om forsømmelsen havde nogen betydning for selskabets ansvar, jfr. FAL § 21, stk. 2.

<sup>55</sup> Jfr. herved om de tilsvarende tidsfrister i den danske arbejdsskadeforsikringslovs § 26, *Bo von Eyben*: Kompensation for personskade s. 683 f; de gør det ofte nødvendigt at træffe foreløbige afgørelser, men den mulighed foreligger sædvanligvis ikke i private ulykkesforsikringer.

og anden betydning synes forsikringsselskaberne i almindelighed heller ikke at tillægge policebestemmelserne.<sup>56</sup>

#### 4.2.2. *Omprøvning, særligt efter forligsmæssige erstatningsopgør*

Det er svært at se nogen grund til, at skadelidtes ret til omprøvning ved væsentlig, uforudset forværring skulle være anderledes snævrere efter et erstatningsopgør med et ulykkesforsikringsselskab end efter et opgør med en erstatningsansvarlig skadevolder og dennes ansvarsforsikrer. Dansk retspraksis synes i hvert fald ikke at behandle tilfældene forskelligt.

Jfr. forudsætningsvist UfR 1938.24 H, hvor skadelidte ved en tidligere dom havde fået tilkendt dagpengeerstatning og erstatning for 20 % invaliditet. Nogle år senere krævede skadelidte yderligere invaliditetserstatning, da han nu mente, at invaliditetsgraden burde fastsættes til 66 2/3 %. Sagen blev afvist, da grundlaget for denne påstand ikke var væsensforskelligt fra det grundlag, der havde foreligget i den tidligere sag, hvor der også var taget hensyn til muligheden for, at han ville blive vedvarende uarbejdsdygtig i sit sædvanlige fag. Her var der således ikke indtrådt nogen væsentlig forværring i helbreds-tilstanden, i hvert fald ikke i forhold til den margen for usikkerhed, som den første afgørelse indeholdt. Hvis der havde foreligget en væsentlig forværring og ikke bare en anden vurdering af tidligere kendte fakta, ville sagen ikke være blevet afvist, jfr. herved også dissensen til højesterets dom.

Betydningen af aftaler er endnu større ved ulykkesforsikringsopgør end ved erstatningsretlige opgør. Der forekommer eksempler på, at selskabet ved vidtgående formuleringer i kvitteringen forsøger at få skadelidte til at give afkald på enhver ret til omprøvning, jfr. f.eks. følgende formulering i ASD 1928.236 Ø:

»Undertegnede har til fuld og endelig afgørelse — såvel for ulykkestilfældets allerede konstaterede følger som dets eventuelle fremtidige følger — modtaget 4.000 kr., for hvilke jeg herved meddeler tilståelse med bemærkning, at jeg herefter er udelukket fra at fordre yderligere erstatning, selv om ulykkestilfældets virkninger senere skulle vise sig at være større end i øjeblikket antaget.»

Den holdt; skadelidte kunne ikke rejse yderligere krav mod selskabet.

Det er ikke tilfredsstillende, om skadelidtes ret til omprøvning skulle afhænge af, om han formåede at modstå en sådan pression. At han har ret til at modstå den, kom klart til udtryk i en sag,<sup>57</sup> hvor selskabet krævede saldokvittering under henvisning til, at invaliditetsgraden i henhold til de

<sup>56</sup> Jfr. Ass.soc. responsum nr. 2160 (UfR 1977.225).

<sup>57</sup> ASD 1966 A 115.

ovenfor omtalte policefrister var endeligt fastsat. Skadelidte insisterede derimod på at tage forbehold for senere forværringer under henvisning til FAL § 120. Ass.soc. udtalte i den anledning,

»at et selskab ikke har krav på, at forsikringstageren ved afgivelse af saldokvittering eller på anden måde fraskriver sig den ret, som han efter almindelige regler måtte have til senere at kræve erstatning i anledning af, at skaden viser sig at få væsentligt alvorligere følger end påregneligt, da invaliditetsfastsættelsen fandt sted.»

Det i afsnit 4.1.4. anførte har samme gyldighed i disse tilfælde. Retten til omprøvning bør ikke være betinget af forbehold, og den bør i almindelighed ikke kunne udelukkes ved aftale. Man kan naturligvis nå et stykke ad vejen ved indskrænkende fortolkning,<sup>58</sup> jfr. f.eks. UfR 1908.936 H, hvor kvittering for, at »selskabet havde opfyldt ethvert krav, som forsikringskontrakten berettigede forsikringstageren til at fremsætte som følge af ulykken», ikke fandtes at afskære skadelidte fra at kræve erstatning for invaliditet, da kvitteringen var afgivet på et tidspunkt, hvor skadelidte ifølge de foreliggende lægeerklæringer tilsyneladende var helbredt. Men som eksemplet ovenfor viste, kan der tænkes formuleringer, som modstår ethvert forsøg på indskrænkende fortolkning. Finder man sådanne aftaler urimelige »per se», i hvert fald i forbrugerforhold, er en præceptivtetsregel at foretrække fremfor aftaleretlige generalklausuler.

Omstændigheder, der forelå eller kunne forudses på tidspunktet for forligets indgåelse, og hvorom oplysning kunne være indhentet, kan ikke begrunde senere anfægtelse af forliget,<sup>59</sup> jfr. f.eks. fra dansk praksis UfR 1925.508 Ø og fra nyere tid — uden for personforsikring — UfR 1986.138 H om et erstatningsopgør ved brandforsikring, hvor forsikringstageren hævdede, at den forligsmæssigt fastsatte erstatning viste sig at være utilstrækkelig til at dække udgifterne til nyopførelse af huset. Han fik ikke medhold, da erstatningen var fastsat skønsmæssigt, og forsikringstageren — med bistand af arkitekt og ingeniør — havde haft samme muligheder som selskabet for at vurdere, hvad genopførelsen ville koste. Hvor jævnbyrdige parter »handler» om usikkerheden, er det naturligt, at en uforbeholden tilslutning til et herefter indgået forlig om skadesopgørelsen kan afskære forsikringstageren fra senere at anfægte det.

<sup>58</sup> Jfr. *Hellner*: Försäkringsrätt, 2. uppl., s. 195, og *Lyngsø*: Dansk forsikringsret, 4. udg., s. 223.

<sup>59</sup> Medmindre naturligvis der foreligger »oprindelig» aftaleretlig ugyldighed, jfr. herved Rt 1969.572 om vildledning fra selskabets side.

## 5. Særligt om forureningskade

### 5.1. Erstatningsansvar

Spørgsmålet om omprøvning ved uforudset skadeudvikling er bl.a. kun et enkelt aspekt af de fundamentale problemer ved forureningskader om erstatningsansvarets tidsmæssige udstrækning og — sammenhængende hermed — mulighederne for ved ansvarsforsikring eller på anden måde at sikre opfyldelse af erstatningskrav for skader, der indtræder lang tid efter, at den skadevoldende virksomhed fandt sted. Det egentlige problem er altså længden af den »absolutte« forældelsesfrist og muligheden for at opnå forsikringsdækning i en eller anden form i samme tidsmæssige udstrækning.<sup>60</sup> Ansvarsreglen bliver ineffektiv, hvis den pålægger ansvar i videre omfang, end der (kan) opnås forsikringsdækning for. Som nævnt ovenfor er det ved ansvarsforsikring særligt påtrængende at sikre, at kravet mod forsikringsselskabet ikke rammes af en særlig, kortvarig ikke-suspensiv forældelsesfrist.<sup>61</sup> I erhvervsansvarsforsikringer aftales i almindelighed anvendelse af skadevirkningsprincippet og således, at krav skal være anmeldt inden en vis frist efter forsikringens ophør. Udviklingen af særlige ansvarsforsikringer for forureningskader som udbygning på de traditionelle erhvervsansvarsforsikringer er endnu i sin vorden.<sup>62</sup>

Problemet er således ikke specielt det, at forureningen på et senere tidspunkt viser sig at være væsentligt mere omfattende, end man regnede med på tidspunktet for erstatningsopgøret. Forholdet er oftere det, at man først overhovedet får kendskab til skaden lang tid efter, at den forurenende virksomhed fandt sted. Spørgsmålet om omprøvning opstår derfor oftest i tilfælde, hvor der ved et erstatningsopgør er taget hensyn til visse ulemper som følge af forureningen, men hvor disse senere viser sig at have en mere omfattende eller mere varig karakter end antaget.

<sup>60</sup> Jfr. herved diskussionen, om de almindelige, gældende forældelsesfrister er tilfredsstillende ved forureningskader i NOU 1982:19 s. 213 ff og i SOU 1983:7 s. 194 ff, hvis forslag om en særlig lang forældelsesfrist (25 år) for visse personskader dog ikke blev fulgt i miljökadelagen, da man fandt, at spørgsmålet måtte løses i forbindelse med en mulig opbygning af et fondssystem til dækning af senfølger, jfr. Prop. 1985/86:23 s. 30 ff.

<sup>61</sup> Formelt undgås problemet efter gældende (dansk) ret kun i tilfælde, hvor skadelidte har et direkte krav mod ansvarsforsikringsselskabet, jfr. f.eks. UfR 1972.730 H og A. *Vinding Kruse & Jens Møller*: Erstatningsansvarsloven med kommentarer s. 185.

<sup>62</sup> Jfr. herved om Sverige, *Strömbäck* i NFT 1986 s. 172 ff, og om Finland, *Savonen* i NFT 1979 s. 277 ff.

De i afsnit 3 omtalte muligheder for at afbøde usikkerheden om den fremtidige skades omfang vil ofte få en lidt anden betydning i disse tilfælde end ved personskade. Princippet er vel det samme: hvis hele erstatningskravet kunne være gjort op under den første sag, tillades udstykning af kravet ikke, således at senere forsøg på at indtale den resterende del af kravet vil blive afvist. Når det er kendt, at den forurenende virksomhed nu og fremover vil medføre ulemper for ejendommen, vil det ofte være muligt at opgøre et erstatningskrav for den aktuelle værdiforringelse af ejendommen, selv om der måtte herske usikkerhed om ulempernes omfang eller varighed eller om muligheden for, at der senere vil indtræde (yderligere) skade på ejendommen. Eller sagt kort: muligheden for at kræve »risikoerstatning» vil i disse tilfælde oftere end ved personskade fortrænge muligheden for udstykning. Temaet i en sag om krav om yderligere erstatning vil derfor oftere være, om skadelidte under den første sag kunne og burde have indregnet risikoen for (yderligere) fremtidig skade i et krav om erstatning for værdiforringelse af ejendommen, jfr. herved UfR 1949.804 H (omtalt ovenfor afsnit 2) og fra norsk praksis, Rt 1941.85, hvor ejeren tidligere havde fået erstatning for en vis skade på ejendommen, og hvor der samtidig var skabt en særlig risiko for senere skader. Den erstatningsansvarlige mente, at kravet burde være gjort gældende under den første sag som et krav om erstatning for værdiforringelse, men fik ikke medhold; først i de følgende år kunne skadelidte med nogenlunde sikkerhed danne sig en berettiget mening om arten og omfanget af den fremtidige skade, og det var derfor rimeligt og korrekt, at skadelidte havde valgt at se tiden an. Der forelå således en berettiget udstykning.<sup>63</sup> Karakteristisk nok var et andet hovedproblem i sagen, om kravet var forældet. En suspensiv forældelsesfrist, der løber fra det tidspunkt, hvor skadelidte fik eller burde have fået kundskab om sit (nye) krav, vil ikke ramme kravet, når betingelserne i øvrigt for at fremsætte nyt krav er opfyldt. Problemet er kun længden af den absolutte forældelsesfrist, starttidspunktet for den (særligt hvor skaden først begynder at indtræde lang tid efter den skadevoldende virksomhed) og, som nævnt, sammenhængen med den forsikringsmæssige forældelse. Ved successivt indtrædende skader — i modsætning til vedvarende ulemper — vil der normalt ikke være tvivl om, at erstatning kan kræves for hver skadetilføjelse, jfr. f.eks. UfR 1965.761 H og UfR 1967.495 H; problemer kan dog opstå, hvis der i den første sag tillige er givet skadelidte medhold i en påstand om iværksættelse af bestemte afværgeforanstaltninger.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> Jfr. *Stub Holmbo* i NFJFP nr. 44 s. 18 f.

<sup>64</sup> Jfr. herved *Spleth* i UfR 1966 B s. 120.

Mellem de tilfælde, hvor de fremtidige ulemper eller risikoen for senskader kan danne grundlag for et krav om erstatning for værdiforringelse, og de tilfælde, hvor usikkerheden er så stor, at udstykning af kravet er berettiget, kan der som nævnt i afsnit 3 være grund til at vælge en midlertidig afgørelse navnlig i tilfælde, hvor usikkerheden ligger i vurderingen af, om de fremtidige ulemper vil blive varige. Men som det fremgik, er denne mellemløsning kun farbar, hvis den midlertidigt fastsatte erstatning gives som en løbende ydelse. Ved personskaade er denne løsning efter dansk ret klart udelukket, men det samme gælder formentlig ved andre skader; der synes i hvert fald ikke i dansk ret at være nogle eksempler på tilkendelse af midlertidig renteerstatning, hvorimod hjemmelen hertil i den norske grannelov er forslået videreført til den generelle regulering af erstatning for forurenings-skade.<sup>65</sup> Ved midlertidige afgørelser er adgangen til omprøvning givet, herunder også til nedsættelse eller standsning af erstatningen.

Som omtalt i afsnit 2 knyttede det norske forslag om, at også *endeligt* udmålte erstatninger for fremtidig forurenings-skade skulle kunne tilkendes som løbende ydelse (ligeledes i fortsættelse af reglerne i granneloven) navnlig til muligheden for, at der kunne blive tale om en reduktion af forureningen inden for en vis tid. Derfor foresloges tillige indsat almindelige bestemmelser om omprøvning (i modsætning til granneloven, hvorefter alene prisudviklingen kan begrunde omprøvning), således at hver af parterne kan kræve fornyet prøvelse, når der er forløbet mindst 5 år fra sidste fastsættelse. Et tilsvarende sigte synes ikke at ligge bag reglen i miljöskadelagens § 9. Af motiverne fremgår det,<sup>66</sup> at reglen ikke tillægges stor betydning, da vanskelighederne ved at vurdere fremtidig skade i almindelighed ikke gør det »lämpligt» at fastsætte erstatning herfor på forhånd. Udstykning af kravet forudsættes således at være den normale fremgangsmåde. Hvis der (undtagelsesvis) tilkendes erstatning for fremtidig skade, kan den ifølge reglen fastsættes til et engangsbeløb eller til en løbende ydelse, men engangserstatning forudsættes som hidtil at være den normale form. Kun ved løbende erstatning kan omprøvning finde sted i det omfang, det er rimeligt under hensyn til ændrede forhold.

Prøvelsesadgangen er således i begge tilfælde helt afhængig af erstatningsformen. Man må gå ud fra, at omprøvning af en tilkendt engangserstatning (d.v.s. krav om tillægserstatning ved forværring) vil være be-

<sup>65</sup> Jfr. NOU 1982:19 s. 155 og 270; reglen i miljöskadelagens § 9 omhandler ikke midlertidige afgørelser, men kun spørgsmålet, om der overhovedet skal fastsættes erstatning for fremtidig skade og i så fald i hvilken form.

<sup>66</sup> Jfr. SOU 1983:7 s. 280 og Prop. 1985/86:83 s. 58.

grænset til det i afsnit 4.1.2. omtalte processuelle synspunkt og tilsvarende, ved forligsmæssige erstatningsopgør, betinget af forbehold, jfr. afsnit 4.1.4. En sådan forskel mellem omprøvningsmuligheden ved engangserstatning og ved løbende ydelse kan på uheldig måde føre parterne til at spekulere i, hvordan den fremtidige udvikling vil arte sig, ved deres stillingtagen til påstanden om erstatningsform.<sup>67</sup> Hvis valget af erstatningsform tillige skal tjene mere almene interesser, er problemet dernæst, at parternes enighed om en bestemt erstatningsform normalt forudsættes tillagt betydelig<sup>68</sup> eller afgørende<sup>69</sup> vægt, rent bortset fra muligheden for forligsmæssige erstatningsopgør.<sup>70</sup>

Forskellen bliver ikke mindst markant, fordi ingen af bestemmelserne gør omprøvning betinget af, at ændringen skal være *væsentlig* — for det norske forslags vedkommende under henvisning til, at dette kriterium er for »skjønnsbetont og upresist». <sup>71</sup> Hermed øges forskellen fra de processuelle genoptagelsesregler, hvor disse stiller kvalificerede krav, samtidig med at forskellen mellem midlertidige og »endelige» afgørelser mindskes eller elimineres (bortset fra mindsteintervallet mellem revision af de sidstnævnte). Det synes, som om ønsket om at kunne tilpasse erstatningen til den faktiske skadeudvikling her har fået rigelig overvægt over indrettelseshensynet, mens på den anden side dogmatiske retskraftssynspunkter har ført til den modsatte overvægt ved engangserstatning.

Adgangen til omprøvning bør næppe være begrænset til (væsentlige) ændringer i omfanget af den fysiske skade, jfr. om det tilsvarende problem ved personskade ovenfor afsnit 4.1.3. Som det fremgik — og som også fremhævet i det norske forslag<sup>72</sup> — vil vurderingen af den fysiske skades omfang og af den økonomiske »skade» ofte være vanskelig at holde ude fra hinanden. Derimod er man uden for området for omprøvning, hvis kravet alene grundes på spørgsmålet om de retlige principper for vurderingen af allerede kendte fakta.

---

<sup>67</sup> Netop derfor indførtes i SkL en regel om omprøvning (forhøjelse) også af engangserstatninger, jfr. Prop. 1975:12 s. 116 og 118 f.

<sup>68</sup> Jfr. NOU 1982:19 s. 269.

<sup>69</sup> Jfr. Ot. prp. nr. 4, 1972—73, s. 18.

<sup>70</sup> Jfr. *Bo von Eyben*: Kompensation for personskade s. 795 f.

<sup>71</sup> NOU 1982:19 s. 156. Alligevel anvendes det til afgrænsning af det område, hvor valg af erstatning som en løbende ydelse er indiceret (forventning om *væsentlig* reduktion af forureningen), jfr. s. 269.

<sup>72</sup> Om end kun i relation til valget af foreløbige afgørelser, jfr. NOU 1982:19 s. 153 f.



## 5.2. Ekspropriationserstatning

Omprøvning af en tilkendt ekspropriationserstatning skal kun berøres kort og kun ud fra en dansk synsvinkel. Det er ganske klart, at forurenings-skader kan opstå helt parallelt ved henholdsvis en ansvarspådragende virksomhed og ved et ekspropriativt indgreb i en del af ejendommen, og at det må have formodningen imod sig, at erstatningsopgøret skal foregå efter forskellige regler, alt efter om der er afstået jord til den forurenende virksomhed eller ej.<sup>73</sup>

På den begrund kan det ikke undre, at omprøvningsreglen i ekspropriationsproceslovens § 21, stk. 1, 2. pkt., ikke har tiltrukket sig større opmærksomhed i dansk ret. Den fastslår, at dersom der efter ekspropriationens foretagelse til skade for den erstatningsberettigede sker »væsentlige ændringer i grundlaget for de tillagte erstatningsbeløb», skal begæring om tilkendelse af yderligere erstatning forelægges til prøvelse for ekspropriationskommissionen, eventuelt domstolene.<sup>74</sup> Denne regel udtrykker jo blot det princip, som gælder generelt. Dens praktiske betydning synes at være meget beskedent; ingen af de afgørelser, der omtales i den ekspropriationsretlige litteratur, vedrører omprøvning på grund af senere indtrufne forværringer i ulemper eller lign.<sup>75</sup> I begrænset omfang kan erstatningsfastsættelsen udsættes, men ikke længere end til anlæggets fuldførelse, jfr. lovens § 18; reglen tager bl.a. sigte på midlertidige ulemper i forbindelse med udførelsen af anlægget.<sup>76</sup>

Udgangspunktet er imidlertid den opfattelse, at ekspropriationserstatningen skal være forudgående, således at den fastsættes senest i forbindelse med beslutningen om ekspropriation. Det kunne måske drøftes, om begrundelsen for dette princip også har gyldighed for det tilfælde, der særligt kan aktualisere spørgsmålet om omprøvning, altså navnlig varige ulemper efter en delekspropriation. Når det ikke synes at have voldt særlige problemer i praksis, hænger det muligvis sammen med, at der ikke gælder nogle

<sup>73</sup> Jfr. f.eks. NOU 1982:19 s. 140 f og *W. E. von Eyben: Miljørettens grundbog* s. 198 f.

<sup>74</sup> Se om reglen, Bet. 330/1963 s. 73, *Friis Jensen: Taksationsproces* s. 208 ff og samme i *Dansk Miljøret IV* s. 88 f og 181 f.

<sup>75</sup> I KFE 1976.83 blev sagen ikke genoptaget »allerede som følge af, at der i den foreliggende kendelse er taget stilling til betydningen af støjgenerne», mens i KFE 1976.90 et af de forhold, der var lagt til grund ved erstatningsfastsættelsen, ikke stemte med de faktiske forhold.

<sup>76</sup> Se om reglen, Bet. 330/1963 s. 41 og 72 og *Friis Jensen: Taksationsproces* s. 203 ff.

begrænsninger i parternes adgang til ved en domstolsprøvelse af erstatningen at fremdrage nyt materiale i forhold til det, der forelå ved taksationen, eller i domstolenes adgang til at vurdere erstatningen på det nu foreliggende grundlag.<sup>77</sup> Ikke mindst de lange berammelsestider ved de overordnede domstole kan bevirke, at en betragtelig del af fremtiden — når man først når frem til domsforhandlingen — er blevet til fortid.<sup>78</sup> Men heller ikke på dette område går mange af erstatningsagerne til domstolene. Spørgsmålet er derfor, om der er behov for at supplere omprøvningsreglen med en videregående adgang til at træffe foreløbige afgørelser med tilkendelse af en tidsbegrænset, løbende erstatning ud over tidspunktet for anlæggets udførelse og eventuelt tillige til at træffe endelige afgørelser om renteerstatning med en omprøvningsadgang, der også åbner mulighed for senere nedsættelse af erstatningen.

Det er muligt, at dogmet om dommes retskraft har mindre gennemslagskraft i dansk ret end i de andre lande. Til gengæld fremtoner billedet af et andet dogme i dansk ret — ønsket om for næsten enhver pris at få afgjort alle sager om erstatning for fremtidigt tab hurtigt og endeligt med en engangserstatning trods al den usikkerhed, der måtte knytte sig hertil. Kun hvis det viser sig, at erstatningsfastsættelsen derved rammer helt skævt i forhold til den faktiske skadeudvikling, kan sagen genvurderes. Hvis man var mindre rask til at slutte sagerne, ville der formentlig sjældnere opstå spørgsmål om omprøvning på et langt senere tidspunkt — med de problemer, som det indebærer.

## 6. Afslutning

Den almindelige ret til omprøvning ved væsentlige, uforudsigelige ændringer i grundlaget for erstatningsfastsættelsen, som indledningsvis opstilledes i teseform, synes i højere grad at støde an på formelle end på

---

<sup>77</sup> Jfr. *Abitz* i *Proceduren*, 2. udg., s. 452 f og *Bent Christensen* i *Festskrift til Torstein Eckhoff* s. 223 ff.

<sup>78</sup> Jfr. herved *Bent Christensen* i »Erstatningsfastsættelse ved ekspropriation« (1977) s. 14 og 21 f. — Dette får også betydning for muligheden for at fastholde, at erhvervsnetabserstatning skal fastsættes på stationær-tidspunktet; hvis sagen først kommer for retten flere år senere, skal der ikke ses bort fra den viden om den faktiske udvikling siden stationær-tidspunktet, som nu foreligger. Har skadelidte i mellemtiden gennemgået en vellykket revalidering, kan berammelsestiden derfor komme til at koste ham dyrt!

reale hindringer. Ganske vist kan der spores en vis tendens til, at indrettelseshensynet tillægges større vægt, end det kan bære, men den væsentligste hindring synes dog at være en uholdbar udstrækning af retskraftssynspunktet og af krav om forbehold ved forligsmæssige erstatningsopgør — uholdbart, fordi en doms retskraft ikke kan omfatte krav, der støttes på følger, der ikke kunne være taget i betragtning ved afgørelsen, og fordi det er urimeligt at stille krav om forbehold for en udvikling, som man ikke havde noget grundlag for at kunne regne med.

Undersøgelsen har vist, at der næppe er grund til at sondre mellem erstatning for personskade og erstatning for anden skade, og at der heller ikke synes at være grund til at sondre mellem erstatning efter almindelige erstatningsretlige regler og erstatningsopgør, der støttes på en primærforsikring eller et ekspropriativt indgreb. Problemet er utvivlsomt størst ved personskade, hvor indrettelseshensynet gør sig stærkest gældende, men det samme gælder ønsket om at virkeliggøre de materielle udmålingsregler.

Forsøg på at sondre mellem ændringer i omfanget af den fysiske skade og ændringer i de økonomiske følger af skaden fører til store vanskeligheder i omprøvningssituationen. Tilsvarende er der ikke rimelig grund til at sondre mellem kvalitative ændringer i følgernes art og rent kvantitative ændringer i følgernes omfang. Noget andet er, at de sidstnævnte ændringer formentlig oftere vil ligge inden for rammerne af den usikkerhedsmargin, som er kalkuleret ved den første afgørelse, men dette er blot en integreret del af den prøvelse af ændringens væsentlighed, som generelt bør være en betingelse for adgangen til omprøvning.

Problemets »afledede» karakter må understreges. Spørgsmålet om omprøvning må ses i lyset af de mål, som de materielle udmålingsregler tilstræber, og de midler, der er taget i anvendelse i øvrigt til at realisere disse mål, herunder navnlig valget mellem engangserstatning og erstatning som løbende ydelse. I et vist omfang står man over for et valg: hvis man for alvor mener, at erstatning for fremtidigt tab skal udmåles sådan, at der gives fuld erstatning — hverken mere eller mindre — for det individuelle tab, må man også acceptere en adgang til omprøvning, når prognosen om dette tabs omfang viser sig ikke at holde stik. Lægges der i stedet større vægt på at opnå så hurtige erstatningsopgør som muligt, også vedrørende varige skadefølger, kan det blive nødvendigt at acceptere en vis standardisering af udmålingskriterierne, og det vil medføre tilsvarende begrænsninger i omprøvningsadgangen. Blandt de mange faktorer, der indgår i en erstatningsfastsættelse, er det derfor nødvendigt at gøre sig klart hvilke af dem, der skal kunne begrunde omprøvning, og — sammenhængende hermed —

hvorvidt en lovreguleret omprøvningsret på et givet område skal anses for at være udtømmende.

Denne sammenhæng med de materielle udmålingsregler gør det, navnlig på personskadesområdet, vanskeligt at opstille mere detaljerede retningslinier. Man må erkende, at visionerne om fællesnordisk reformering på erstatningsrettens område ikke har givet sig store praktiske udslag, og at det ikke er noget prioriteret retspolitisk mål. Nogle vil beklage dette, andre vil trække på skuldrene. Men trods alt er lighederne fortsat så store, at det er frugtbart at studere forskellene.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Johs. Andenæs

»God åklagarsed»

**Innhold**

I.	Emnet .....	59
II.	Prinsipielle utgangspunkter .....	60
III.	Etterforsningsstadiet .....	62
IV.	Avgjørelsen av tiltalespørsmålet .....	65
V.	Forberedelse til hovedforhandling .....	66
VI.	Hovedforhandlingen .....	67
VII.	Rettsmidler .....	69

## »God åklagarsed»

Av professor, dr. jur. JOHS. ANDENÆS, Norge

### I. Emnet

Tittelen på forhandlingsemnet er »god åklagarsed». På norsk brukes ikke »anklager» som juridisk betegnelse, og tittelen kan vel nærmest gjengis med »god påtaleskikk» (eller »god påtalepraksis»). Jeg har hatt visse problemer med begrepet. Da jeg ble bedt om å innlede om emnet, var det første som slo meg at begrepet var nytt og uvant. »God advokatskikk» er et velkjent og vel innarbeidet begrep for de etiske og etikettemessige krav til advokatgjerningen, som utfyller loven. Prinsippene om god advokatskikk er utarbeidet og håndheves av advokatenes egne organisasjoner, og er også blitt fastlagt i skrevne — men ikke uttømmende — regler. En norsk advokat skrev for noen år siden at de regler for god advokatskikk som gjelder i dag, er resultatet av henimot 100 års foreningsarbeid med de problemene som reglene tar sikte på å regulere. Bestemmelsene gjelder forholdet til klient, til motpart, til andre advokater og til almenheten. Noen av reglene gjelder advokatens opptreden som motspiller for påtalemyndigheten, som forsvarer i straffesaker.

Påtalemyndighetens opptreden er i større grad enn advokatenes fastlagt i lov og forskrifter. Også for anklagersiden gjelder naturligvis etiske og etikettemessige normer i tillegg, men emnet er ikke på samme måte som for advokatene tatt opp til samlet behandling. Ingen yrkesorganisasjon gir regler om de krav som bør stilles eller autoritative uttalelser når det blir klaget. Påtalemyndigheten er en offentlig etat, hvor prinsippene for myndighetsutøvelsen ikke bestemmes ved foreningsvedtak, men ved direktiver ovenfra og ved intern og offentlig diskusjon.

Påtalemyndighetens ledelse (riksadvokaten) kan gi generelle instruksjoner om hvordan påtalemyndigheten bør stille seg til forskjellige spørsmål, og kan treffe avgjørelser i enkeltsaker. I den juridiske litteratur kan man finne spredte bemerkninger om de prinsipper påtalemyndigheten bør følge. Det kriminalpolitiske klima i samfunnet påvirker også påtalemyndigheten. Men diskusjonen har ikke vært strukturert rundt et begrep »god åklagarsed» (god påtaleskikk). Jeg er heller ikke overbevist om at det er naturlig. Fremstillinger av påtalemyndighetens rolle er gjerne en blanding av juridiske synspunkter,

prosessetiske prinsipper og gode råd, uten forsøk på en skarp sontring mellom ingrediensene.

Jeg definerer forsøksvis »god åklagarsed» som de normer som påtalemyndigheten bør følge ved sin myndighetsutøvelse innenfor lovens ramme. At påtalemyndigheten følger en viss praksis, betyr ikke nødvendigvis at det er en god praksis. Ved denne vurdering må også vi utenforstående være meningsberettiget. Undertiden kan grensen være noe flytende mellom det som er en naturlig tolking av lov og instruks og det som følger av »god åklagarsed». Det kan også variere noe fra land til land og fra tid til tid hvor utførlig prosesslovgivningen regulerer påtalemyndighetens opptreden. Det som i én prosessordning er et spørsmål om god påtaleskikk, kan andre steder være løst i loven selv. I den utstrekning prosessetiske prinsipper blir lovfestet, blir det mindre bruk for å henvise til god påtaleskikk. Den følgende fremstilling vil gi eksempler på det.

I det følgende skal jeg først komme med noen generelle synspunkter om påtalemyndighetens utøvelse av sin myndighet, og dernest ta opp en del spørsmål som reiser seg på de forskjellige trinn av forfølgningen. Det sier seg selv at meninger om hvordan påtalemyndigheten bør opptre, har et subjektivt innslag.

Jeg tar med etterforskningsstadiet, selv om det stort sett er politiets område. Forholdet mellom påtalemyndighet og politi er ordnet forskjellig i de enkelte land. I Norge er politimestrene og de øvrige juridiske embetsmenn i politiet en del av påtalemyndigheten. I Sverige vet jeg dette er annerledes. Disse forskjellene går jeg ikke inn på. Selv om påtalemyndigheten, slik som i Sverige, er helt skilt fra politiet, har den et overordnet ansvar for etterforskningen (förundersökningen).

Påtalemyndighetens utferdigelse av forelegg ser jeg i det følgende bort fra. Det samme gjelder forholdet til fornærmede (målsäganden) og hans erstatningskrav.

## II. Prinsipielle utgangspunkter

Påtalemyndigheten har til oppgave å sørge for at lovovertrедelser blir etterforsket, og at det blir reagert mot den skyldige. Samtidig har den et ansvar for at ingen uskyldig blir dømt og at skyldige ikke blir straffet for hårdt. Meget av det som kan sies om utførelsen av oppgaven på forskjellige trinn av rettergangen, er en anvendelse av noen generelle synspunkter. Jeg



deler dem i tre. Oppgaven skal utføres (1) objektivt, (2) raskt og (3) hensynsfullt. Jeg skal utdype det med noen ord om hvert av disse punkter.

Rettergangen er ordnet som en partsprosess med en forsvarer til å varetas tiltaltes interesser, og det blir naturlig en viss oppgavefordeling mellom påtalemyndigheten og forsvareren. Men det er ingen symmetri mellom anklagerens og forsvarerens rolle. Mens forsvareren kan konsentrere seg om det som tjener klientens sak, står det for oss som en selvfølge at påtalemyndigheten skal være objektiv. Den skal, for å bruke en gammelmødig vending, sørge for at rettferdigheten skjer fyllest. Det skal ikke gå prestisje i å få en tiltalt dømt, eller å få en streng dom. Fra USA hører vi eksempler på at en anklager kan legge grunnlaget for en politisk karriere ved å være tøff overfor kriminelle og oppnå domfellelse og strenge straffer i celebre tilfelle. Dette er fremmed for nordisk rettsoppfatning. Er anklageren overbevist om tiltaltes skyld, kan han være skuffet over dommen, men som noe personlig nederlag bør han ikke betrakte det. Som det gjerne blir uttrykt: Påtalemyndigheten hverken vinner eller taper saker.

Det er påtalemyndighetens oppgave å sørge for at saken blir oppklart og avgjort så raskt som mulig. Den vanligste synd i den offentlige forvaltning er sendrektighet, og jeg tror det gjelder også innenfor strafferettspleien. Det er objektivt sett et brudd på god påtaleskikk om en sak som er ferdig etterforsket, blir liggende på anklagerens bord i ukevis eller månedsvis før den blir avgjort, selv om det kan være vanskelig å rette noen personlig bebreidelse mot tjenestemannen hvis arbeidsbyrden er blitt større enn han kan makte. Påtalemyndigheten har ansvar for fremdriften av saken, og bør også prøve å hindre at forsvarer og domstol forsinkes saken unødige. Særlig må sendrektighet unngås når siktede sitter i varetektsfengsel.

Det virker kanskje forbausende at jeg har nevnt hensynsfullhet blant kravene til påtalemyndigheten. Strafferettspleien er en påkjenning for tiltalte og dem som står ham nær, og kan også være det for vitner og andre som opptrer i saken. Dette er ikke til å unngå. Medfølelse med menneskelig ulykke kan ikke holde påtalemyndigheten fra å oppfylle sin oppgave, men den bør prøve å begrense denne menneskelige omkostningskonto så langt det lar seg gjøre. Unødig hensynsløshet bør ikke forekomme, hverken overfor tiltalte eller overfor andre impliserte. Menneskelige hensyn bør tas i betraktning ved bruk av varetektsfengsel og andre tvangsmidler, i forholdet til massemedia, og til en viss grad også ved bevisførsel og prosedyre.

I de nordiske land er det neppe stor prinsipiell meningsforskjell om påtalemyndighetens rolle. Jeg skulle tro at uenighet vil være begrenset til detaljer. Om jeg her tar feil, vil diskusjonen på juristmøtet vise.

### III. Etterforsningsstadiet

Kravet til påtalemyndighetens objektivitet gjelder i særlig grad på etterforsningsstadiet. Her står påtalemyndighetens og politiets maktapparat overfor den enkelte som kommer i søkelyset. Det er en nærliggende fare at den som har gjort seg opp en teori om forøvelsen, konsentrerer seg om det som kan styrke teorien, og blir mer eller mindre blind for andre spor eller andre forklaringer. Nyere prosesslover har vært oppmerksom på denne fare og forsøkt å motvirke den. Den svenske RB 23:4 bestemmer således: »Vid förundersökningen skola ej blott de omständigheter, som tala emot den misstänkte, utan även de som äro gynnsamma för honom beaktas och bevis, som är till hans förmån, tillvaratagas.» En tilsvarende bestemmelse er tatt inn i den norske straffeprosesslov av 1981 § 226. Begge lover bestemmer også uttrykkelig at etterforskningen skal gjennomføres så raskt som mulig, og slik at ingen unødig utsettes for mistanke eller ulempe.

At etterforskningen er objektiv, er også i påtalemyndighetens egen interesse. Påtalemyndigheten kan ikke være tjent med at det reises tiltale på et mangelfullt grunnlag, som smuldrer opp når man kommer til hovedforhandlingen.

Formen for avhør, både rettslige og utenrettslige er blitt så utførlig regulert i loven at det blir begrenset plass for utfyllende normer om »god åklagarsed». Loven selv forbyr lureri og press. Det heter f.eks. i den norske lov § 92 om avhøret av siktede (mistenkte): »Løfter, uriktige opplysninger, trusler eller tvang må ikke brukes. Det samme gjelder midler som nedsetter siktetes bevissthet eller evne til fri selvbestemmelse. Avhøringen må ikke ta sikte på å trette ut siktede. Han skal gis anledning til å få sedvanlige måltider og nødvendig hvile.» Det sies også uttrykkelig at siktede skal gis anledning til å gjendrive de grunner som mistanken beror på, og anføre de omstendigheter som taler til fordel for ham. Det omstridte spørsmål om bruk av provokasjon og andre ukonvensjonelle etterforskningsmetoder, som særlig har vist seg aktuelle i narkotikasaker, skal jeg la ligge.

På ett punkt er det en interessant forskjell mellom den tidligere og den nye norske straffeprosesslov. Loven av 1887 var bevisst formet slik at det ikke var nødvendig ved avhøret av siktede å gjøre ham oppmerksom på at han ikke hadde plikt til å forklare seg. Etter hvert ble det følt utilfredsstillende at man på denne måte kunne oppnå en forklaring som den siktede ikke ville ha gitt hvis han hadde vært klar over sine rettigheter. I den nye lov er det derfor sagt uttrykkelig at den siktede skal gjøres kjent med at han ikke har

plikt til å forklare seg (§§ 90 og 233). For utenrettslig avhør var samme regel innført tidligere (1968) gjennom bestemmelser i påtaleinstruksen. En ny oppfatning av prosessetikken har altså fått nedslag i lov og forskrifter.

Påtalemyndigheten bør også ellers sørge for at den siktede blir kjent med sine prosessuelle rettigheter, f.eks. retten til forsvarer, og at han får mulighet for å bruke dem.

Et vanskelig spørsmål er hvor åpen man skal kreve at påtalemyndigheten er overfor siktede og forsvareren. For sakens opplysning kan det være viktig at siktede ikke på et tidlig tidspunkt får kjennskap til bevismaterialet, og dermed mulighet for å tilpasse sin forklaring, rydde bevismidler av veien eller påvirke vitner. På den annen side blir det ofte fremholdt fra forsvarerhold at forsvareren har en legitim interesse i å komme inn i saken før bevismaterialet er låst fast. Etter vår tidligere straffeprosesslov avgjorde påtalemyndigheten fritt hva siktede og forsvareren skulle få vite, så lenge etterforskningen var rent utenrettslig. Etter den nye lov § 242 skal mistenkte og hans forsvarer gis adgang til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter såfremt det kan skje uten skade eller fare for etterforskningens øyemed eller for tredjemann. Sier påtalemyndigheten nei, kan spørsmålet forlanges avgjort av retten.

Det kan hende at påtalemyndigheten er villig til å la forsvareren se dokumentene, men ikke den mistenkte. En del forsvarere hevder imidlertid uten reservasjon at alt som de har kjennskap til, må de kunne la gå videre til klienten. Det motsatte ville, sies det, bringe dem i en umulig stilling. Hvis en forsvarer tar dette standpunkt, må han trekke den konsekvens at han avstår fra innsyn i dokumentene hvis det er et vilkår fra påtalemyndigheten at opplysningene ikke skal gå videre til mistenkte.

I vårt moderne samfunn stiller forholdet til massemedia påtalemyndigheten overfor vanskelige avveininger. Kriminal saker har stor nyhetsverdi, især hvis forbrytelsen er særlig grov eller den mistenkte har en fremtredende sosial posisjon. Påtalemyndigheten vil derfor ofte være utsatt for stor pågang. Det kan være nødvendig å gi en offentlig orientering, men i betraktning av den katastrofe som offentligheten kan bety både for den mistenkte og andre, bør påtalemyndigheten vise stor tilbakeholdenhet, især så lenge skyldforholdet ikke er helt på det rene. I Norge er dette regulert i et rundskriv fra riksadvokaten av 12. februar 1981. I rundskrivet er 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 spesielt

oppregnede tilfelle. Det må vises særlig varsomhet med opplysninger om og innholdet i anmeldelser, før disse er undersøkt og nærmere prøvet.

Disse retningslinjer kan man si er en kodifisering av god påtaleskikk på dette område. Men det forekommer nok at politiets meddelelser til offentligheten har et innslag av forhåndsprosedyre for politiets syn på retts- og bevissspørsmål. For noen år siden forekom et tilfelle hvor politiet holdt pressekonferanse og forsikret at det var overbevist om at det hadde funnet den rette mann, og at det senere ble oppklart at det var en helt annen som var 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 skyldsspørsmålet, så lenge saken ikke er pådømt eller bortfalt. Jeg synes det er et godt prinsipp også i de land hvor det ikke er fastslått i loven. Påtalemyndighetens syn fremgår av de skritt den foretar, f.eks. begjæring om fengsling eller reising av tiltale. Kommentarer som går ut over dette, er stort sett av det onde.

Pressens kilder vil ofte være underordnede politifolk som med eller uten vederlag gjør seg skyldig i indiskresjoner. Dette er ikke lett å hindre, og på grunn av pressens rett til å dekke sine kilder, er det som regel vanskelig å få brakt på det rene hvor opplysningene kommer fra. Men har påtalemyndigheten grunn til å tro at det foreligger et brudd på taushetsplikt innenfor politiet, bør den ikke la det gå upåttalt hen. Lekkasjer fra politiet vil kunne føre til at forsvareren finner grunn til å gå ut for å forsvare klientens interesser, og dermed har man forhåndsprosedyren i pressen gående. Det forekommer for øvrig at forsvarere påstår at lekkasjene kommer fra påtalemyndigheten selv, og at hensikten med lekkasjene er å påvirke den offentlige mening (og dermed også domstolene). Eksempel på slike påstander har vi hatt i en meget omtalt og omdiskutert spionasjesak fra de senere år (Treholt-saken).

I Norge har man i de senere år stått overfor den situasjon at politiet og påtalemyndigheten ikke har maktet å etterforske alle anmeldte saker, selv i tilfelle hvor gjerningsmannen er kjent og etterforskningen enkel. Riksadvokaten har anbefalt at man åpent vedkjenner seg denne situasjon, og i stedet for å henlegge etter bevisets stilling henlegger sakene med den begrunnelse at man ikke har den nødvendige kapasitet. Det er en henleggelsesgrunn som straffeprosessloven ikke kjenner. Men det umulige kan ingen forlange, og det eneste krav som god påtaleskikk stiller i denne situasjon, er at henleggelse skjer etter objektive rettspleiehensyn og uten persons anseelse.

#### IV. Avgjørelsen av tiltalespørsmålet

Utgangspunktet må være at tiltale ikke skal reises med mindre den som har avgjørelsen, mener det foreligger bevis for mistenktes skyld som bør holde i retten. At han personlig føler seg overbevist om vedkommendes skyld, er ikke tilstrekkelig hvis han må erkjenne at det bevismateriale som kan legges frem i retten, er for tynt.

Kan man komme det nærmere? Kan man f.eks. si at anklageren ikke skal reise tiltale med mindre han føler seg så sikker at han selv ville ta ansvaret for en fellende dom? Jeg tviler på om det er noen lykkelig formulering. Dette også av den grunn at bevismaterialet aldri vil foreligge i helt den samme form for domstolen under hovedforhandlingen som i de dokumentene som påtalemyndigheten bygger på ved avgjørelsen av tiltalespørsmålet. Bevisene kan etter den muntlige forhandling stille seg sterkere eller svakere enn ut fra saksdokumentene. Det er en gråsone av tvil hvor det kan være rimelig å forelegge saken for domstolen til avgjørelse. Det kan også forekomme at saken har fått en slik omtale i massemedia at det av hensyn til tilliten til rettspleien er en fordel at saken kommer til belysning i en offentlig retts-sak. Er den mistenkte uskyldig, kan dette også være den beste mulighet til å gi ham full oppreisning.

Hvis tvilen gjelder et rent juridisk spørsmål kan det være riktig å få det avklart gjennom en domstolsbehandling, selv om påtalemyndigheten føler seg usikker på hva som er den rette løsning. Særlig kan det være tilfelle hvis tiltalen ikke har et personlig infamerende preg. Den gjelder f.eks. overtredelse av økonomisk reguleringslovgivning hvor tolkingen av lov eller forskrifter er omstridt. Et ønske fra det offentlige organ som har ansvar for håndhevingen av reglene, er av betydning, men ikke uten videre avgjørende. Det ville være dårlig påtaleskikk om påtalemyndigheten bare betraktet seg som tjener for vedkommende kontrollorgan. Påtalemyndigheten har sitt selvstendige ansvar, og bør ikke reise tiltale på grunnlag av en lovtolking som den selv ikke anser som holdbar.

Når en sak blir henlagt fordi beviset ikke er tilstrekkelig, er det hos oss ikke vanlig at påtalemyndigheten gir noen begrunnelse for avgjørelsen, bortsett fra det som ligger i formen »henlegges på grunn av bevisets stilling». Dette har undertiden vært kritisert, fordi uttrykksmåten lett skaper en forestilling om at det er grunn til mistanke. Det har imidlertid vist seg vanskelig å finne en bedre form. Påtalemyndigheten innlater seg av gode grunner nødvendig på å gradere grunnlaget for henleggelsen. Men hvis etterforskningen har vist at det ikke foreligger noe straffbart, bør det komme til

uttrykk i formen for henleggelse. Det skjer også undertiden ved at saken blir henlagt »fordi intet straffbart forhold foreligger», eller rent unntaksvis ved en mer utførlig begrunnelse.

Reglene om påtaleunntatelse (tiltalefracfald, åtalseftergift), og den frihet til skjønn som dette innebærer, varierer fra land til land. Det man kan si generelt om utøvelsen av skjønnsmyndigheten, er neppe mer enn det jeg sa om henleggelse på grunn av manglende ressurser: Avgjørelsen må treffes ut fra objektive rettspleiehensyn og uten persons anseelse. Det kan neppe anses som akseptabelt å love en person påtaleunntatelse hvis han er villig til å forklare seg om medskyldige eller bakmenn. I England har en slik kronvitneordning gamle røtter, og i USA er avtaler av denne art et viktig middel i opprullingen av organisert kriminalitet. Når dette skrives (november 1986) diskuterer man i Vest-Tyskland et forslag om en tilsvarende ordning i terroristsaker. Det lar seg vel ikke kategorisk utelukke at forholdene også i vårt fredelige Norden kan utvikle seg slik at vi må alvorlig overveie å slå inn på samme vei.

## V. Forberedelse til hovedforhandling

Etter de nordiske prosesslover kan man si at åpenhet er et stikkord under forberedelsen av hovedforhandlingen. Vitner og andre bevis skal ikke komme som overraskelser for motparten under hovedforhandlingen. De overraskelser som undertiden kommer, skyldes oftest at tiltalte eller vitner gir andre forklaringer enn man etter etterforskningen hadde grunn til å regne med. Det er de fredelige forhold i våre land som gjør denne gjensidige åpenhet mulig. I mafiasaker i USA er det et stort problem for påtalemyndigheten å holde vitnene i live før hovedforhandlingen og hindre at de blir likvidert etterpå. I TIME for 29. september 1986 er det opplyst at et eget Federal Witness Security Program siden 1970 har hjulpet 4 889 vitner til å flytte, skifte identitet og få nytt arbeid — noe som har kostet rundt 100 000 dollars for hver.

Påtalemyndigheten bør være generøs overfor anmodninger fra forsvareren om ytterligere bevisførsel, men vil forsvarerens ønsker føre til en urimelig vidløftiggjøring av saken, kan påtalemyndigheten trygt overlate til ham selv å sørge for at beviset blir ført.

Den tiltalte har rett til å velge forsvarer og til å skifte forsvarer, men påtalemyndighetens ansvar for en rask fremdrift kan gi grunn til å motsette seg ønsker fra tiltalte som vil føre til forhaling av saken. Tiltalte vil f.eks.

kort før hovedforhandlingen skifte til en av de stjerneadvokater som har sitt arbeidsprogram fullsatt for mange måneder fremover. Den endelige avgjørelse tilligger naturligvis retten.

## **VI. Hovedforhandlingen**

1. I motsetning til det som gjelder i sivilprosessen, er det i straffesaker bare den ene part, påtalemyndighetens representant, som holder innledningsforedrag. Den tillit som loven på denne måte har vist aktor, medfører store krav til objektivitet. Innledningsforedraget skal begrenses til det som er nødvendig for formålet: Å gi retten den oversikt over saken som er nødvendig for å følge med i bevisførselen. Påtalemyndighetens og tiltaltes standpunkt skal presenteres, men noen prosedyre eller foregripelse av bevisførselen hører ikke hjemme i innledningsforedraget. I Danmark er det ikke vanlig med noe innledningsforedrag, bortsett fra jursaker og særlig kompliserte saker.

Innledningen bør holdes i en form som gjør saken forståelig også for de lege dommere. Straffelovens og straffeprosesslovens tekniske uttrykk, som for jurister kanskje føles selvfølgelig, er ofte ubegripelige for den jevne mann.

2. Det viktigste ledd i hovedforhandlingen er ofte tiltaltes forklaring. Loven regulerer formen for avhøret nokså detaljert, men i tillegg kan det stilles opp etiske eller etikettemessige normer. I sin eksaminasjon skal aktor opptre høvisk, og bevare ro og verdighet selv om han føler seg provosert. Han skal gi tiltalte sjansen til å forklare seg i sammenheng før han fyrer løs med sine spørsmål. Det hører til aktors oppgave å få frem indre motsigelser i forklaringen eller uoverensstemmelser mellom forskjellige forklaringer som tiltalte har gitt. Men ironi, aggresjon eller moralsk forargelse bør tiltalte spares for under avhøret. Som den danske statsadvokat Hertz uttrykker det: En anklager skal være seg bevisst at han ikke unødig forøker den ydmykelse som det er for et menneske å stå som tiltalt i en rettssal.

For å kunne gjennomføre en effektiv eksaminasjon av tiltalte og vitner kreves det at aktor har satt seg grundig inn i saken, og at han har en plan for sin eksaminasjon. Han bør unngå kompliserte spørsmål, og heller gå frem skritt for skritt. Til gjengjeld bør både forsvarer og dommer la ham gjennomføre sin eksaminasjon uten avbrytelser. Det er vel og bra å unngå stivhet og formalisme, men et avhør i en rettssal bør heller ikke få likhet med en uorganisert samtale rundt kaffebordet. I praksis svikter det i så måte

av og til for alle parter. Vi kunne nok ha noe å lære av den disiplin i eksaminasjonen som man kan iaktta i engelske rettsaler.

3. Et spørsmål som av og til kan melde seg, er avveiningen av hensynet til den fullstendige belysning av saksforholdet og hensynet til andre verneverdige interesser. Er det aktors rett og plikt å gå hensynsløst på for å få saken fullstendig belyst, eller kan menneskelige hensyn tilsi å gå skånsomt frem? Bevisførsel som kan virke belastende for den det angår uten å være av betydning for saken, er det klart at aktor bør avstå fra. Opplysninger om tidligere straffbart forhold fra tiltalte bør således bare trekkes frem når det er av betydning for avgjørelsen av skyld eller straff. Den norske praksis etter den tidligere lov, med rutinemessig dokumentasjon av forstraffer, var derfor kritisabel, selv om den hadde hjemmel i loven og bygget på lang tradisjon. Den nye lov forutsetter at bevis for tidligere straffbart forhold bare skal legges frem når det er av betydning for saken (§ 301,2. ledd). Etter omstendighetene kan det også være grunn til å vise varsomhet med å gå inn på forhold som nok kan ha en viss interesse for saken, men som det vil ha uforholdsmessige skadevirkninger å trekke frem — det vil f.eks. bety en belastning for tiltaltes ekteskap. Det er vanskeligere for forsvareren å føle seg bundet av slike hensyn, f.eks. når det i en voldtektssak er spørsmål om eksaminasjon eller bevisførsel om krenkedes seksuelleandel.

4. Når man kommer til prosedyren, vil det være naturlig at det finner sted en rollefordeling mellom aktor og forsvarer. Man kan ikke av aktor kreve en slik objektiv oppsummering av bevisførselen som man i jursaker venter av rettens formann. Aktor må stort sett kunne konsentrere seg om det som han mener tilsier fellelse, og overlate til forsvareren å trekke frem argumenter for frifinnelse. Men det regnes for et godt prinsipp at aktor ikke påberoper seg sin egen, personlige overbevisning om at tiltalte er skyldig. Det er vekten av bevisene han skal prosedere på, ikke sin egen intuisjon. Er aktor på enkelte punkter i tvil om beviset er tilstrekkelig, bør han ikke legge skjul på det. Finner han at det ville være uforsvarlig å domfelle på det bevis som er kommet frem, bør han nedlegge påstand om frifinnelse.

5. Aktor bør ikke nedlegge påstand om en straff som er strengere enn han selv på bakgrunn av gjeldende praksis finner forsvarlig. Han skal ikke som en kjøpmann i Østens basarer regne med en rommelig prutningsmargin. Men innenfor det område hvor det er plass for meningsforskjell, bør han holde seg i overkant. Domstolen må foreta sin egen vurdering. Det vil være uheldig om publikum får inntrykk av at den kritikkiløst følger påtalemyndigheten. At retten går noe under påstanden, vil ingen finne påfallende. At den illegger strengere straff enn påstått, vil vekke mer oppmerksomhet, og



lett oppfattes slik at enten har påtalemyndigheten vært for snill eller retten har vært for streng. Det er neppe heldig om dette skulle forekomme ofte.

## VII. Rettsmidler

Finner påtalemyndigheten at tiltalte er frifunnet med urette, eller at straffen er altfor mild, står den overfor spørsmålet om den skal prøve å få feilen rettet ved bruk av rettsmidler.

Det er vanskelig å stille opp normer om dette. Påtalemyndigheten bør føle et visst ansvar for likformighet og konsekvens i rettspleien, men det vil ikke si at den skal forsøke å få rettet enhver avgjørelse den er uenig i. Både tidsmomentet og arbeidsbelastningen for påtalemyndighet og domstoler kan tale for å la det bli med den avsagte dom. Feilens art er her av betydning. En frifinnelse på grunn av bevisbedømmelsen vil det sjelden ha noen prinsipiell interesse å få overprøvet. Unntak kan forekomme, særlig hvor saken har fått stor publisitet. En uriktig lovanvendelse kan det være større grunn til å få rettet på. Her kommer hensynet til lik behandling for loven og til presedensvirkninger for fremtiden sterkere inn. Med hensyn til straffutmålingen bør påtalemyndigheten etter min mening nøye seg med å angripe dommen når den representerer et klart avvik fra gjeldende norm. Noen millimeterrettfærdighet bør man ikke ha ambisjoner om.

Skulle jeg våge en dom om forholdene i mitt eget land, ville jeg si at påtalemyndigheten etter min smak heller bruker rettsmidler for meget enn for lite. Særlig gjelder det i mindre straffesaker (forselessaker), hvor kompetansen til å angripe dommen ligger hos politimesteren. Det har forekommet ikke så sjelden ved studiet av slike saker at jeg har tenkt at her burde politimesteren heller ha resignert enn å sette rettsmiddelapparatet i sving.

Kommer påtalemyndigheten på grunn av senere opplysninger til at en fellende dom er uholdbar, må den derimot ha plikt til å ta skritt for å få brakt dommen ut av verden.

## Litteratur

- Andenæs, Johs.: Rettsvesenet og massemedia. Forhandlingene ved Det 30. nordiske juristmøtet i 1984 s. 451—483 (jfr. diskusjonen s. 653—697).  
Blom, Knut: Aktors og forsvarers stilling og oppgaver. Bilag 4 til Forhandlingerne på Det otteogtyvende nordiske juristmøde i 1978 (jfr. diskusjonen s. 151—183).

Hertz, J. M.: Anklagerens behandling af straffesager. *Proceduren*, 2. utg. s. 475—511. Khvn. 1980.

Heuman, Maths: Åklagarens oppgifter i kriminalprocessen. *Brottets beivrande* s. 119—159. Sthlm. 1952.

Holm, Einar: Åklagaren inför rätta. *Svensk Juristtidning* 1956 s. 385—400.

Lindegaard, Per og Trolle, Jørgen: *Procedure i straffesager*. Khvn. 1975.

Lithner, Klas: *Åklagararbete och åklagarroll*. Sthlm. 1952.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Matti Mäenpää

Rättsfrågor kring utländska bankers  
verksamhet i de nordiska länderna

## Innehåll

1. Bankernas internationella verksamhet .....	73
2. Myndigheternas attityder har ändrats .....	74
3. Utländska bankers etableringsrätt .....	76
4. Kravet på reciprocitet .....	78
5. De nordiska ländernas inställning till etablering .....	78
6. Utländska bankers möjligheter att äga andelar i inhemska banker	81
7. Är bestämmelserna för etablering och ägande ett problem för utländska banker? .....	81
8. Bankens förvaltningsorgan och ledning .....	82
9. Revisorer .....	84
10. Omfattningen av utländska bankers verksamhet .....	85
11. Bankinspektionens problem .....	88

# Rättsfrågor kring utländska bankers verksamhet i de nordiska länderna

Av verkställande direktör MATTI MÄENPÄÄ, Finland

## 1. Bankernas internationella verksamhet

Under de två senaste decennierna har bankernas internationella verksamhet undergått en aldrig tidigare skådad förändring och expansion. Ännu i mitten av sextioalet koncentrerades den internationella bankverksamheten närmast på valutaväxling och utrikeshandelns betalningsrörelse. Eurovalutan förde med sig den stora förändringen. Den skapade internationellt transferabla eurodepositioner, eurokrediter och euroobligationslån. Bankerna började härvid allt aktivare operera på den internationella finansieringsmarknaden, också genom att ta egna risker. Utvecklingen av interbankmarknaden mellan bankerna baserade sig också på eurovalutan. Då eurovalutan ökade blev depositioner och krediter med rörlig ränta allmännare. Likaså blev det allmännare att syndikera krediter bankerna emellan.

Vid sidan av den internationella »direkta» kreditgivning har också nya finansieringsinstrument utvecklats under de senaste åren, dvs. masskuldebrevsarrangemang, i vilka själva finansieringshandlingen är konvertibel. Utom de internationella obligationslånen är också värdepapper med medellång eller kort löptid, dvs. olika »notes, commercial papers and certificates of deposit», dylika handlingar. Dessa bjuds antingen ut till placerare i allmänhet eller till en trängre grupp placerare som privatplaceringar (»private placements»). De kan löpa med fast ränta, rörlig ränta eller nollränta och vara försedda med förmånsrätt av olika slag. För att minska eller förändra ränte- eller valutarisken har man utvecklat olika slags swap-arrangemang, som bankerna också sköter.

Vid sidan av kredit- och masskuldebrevsarrangemangen har den internationella bankverksamheten utsträckts att omfatta också arrangemangen vid aktieemissioner och anskaffningen av annat riskkapital. Sekundärmarknaden för värdepapper och den internationella börsmäklarverksamheten har som en följd härav blivit betydligt livligare. Nya former av värdepappershandel är future- och optionsmarknaden, som har utvecklats snabbt. Bankerna sköter också internationella företagsköp och företagsfusioner. Största

delen av dessa snabbt utvecklade nya verksamhetsformer hör till det delområde av bankverksamheten som vanligtvis kallas »investment banking».

Den internationella bankverksamhetens kraftiga utveckling återspeglar i själva verket de förändringar som olika länders näringsliv samtidigt har undergått. Den har också varit ett svar på de förändrade kraven hos dem som är i behov av finansiering och hos placerarna. Utvecklingen har främjats av den nya teknologins och datateknikens snabba genombrott.

Då den internationella bankverksamheten sålunda har blivit en oskiljaktig del av bankernas verksamhetsstrategi har det naturligtvis inte varit tillräckligt för bankerna att sköta den på traditionellt sätt, dvs. att verka i samarbete med utländska korrespondentbanker. Bankerna har därför gått in för att flytta sin egen verksamhet till olika länder och verka på global bas.

Den internationella verksamhetens nya dimensioner har samtidigt ökat bankernas risker. Vid sidan av den normala kreditrisken har det nämligen uppstått ränterisker med de rörliga räntorna, valutarisker som valutakursernas fluktuationer för med sig och landrisker som avspeglar hela länders solvens. Riskerna har dessutom ökat till följd av den placeringsrisk som svårigheten att finna refinansiering (»time mismatching») ger upphov till.

## 2. Myndigheternas attityder har ändrats

Hela den ovan beskrivna utvecklingen har ställt krav på ändringar också i den offentliga maktens politik och myndigheternas agerande, framför allt i valutaregleringen, penningpolitiken och skattepolitiken. Detta har speciellt i penningpolitiken i OECD-länderna kommit till synes som en utveckling bort från invecklade förvaltningskontroller, valutaregleringskontrollerna inbegripna.

Myndigheternas politik har också ändrat form i fråga om bankkonkurrensen. Speciellt har myndigheternas syn på priskonkurrensen ändrats: ränteregleringen har mildrats framför allt i »grossistbankverksamheten», i användningen av penning- och kapitalmarknadens olika instrument och t.o.m. för de privata depositionernas del. Det har kanske funnits mindre behov av ändringar i länder, där bankverksamheten traditionellt handhas av »universalbanker», medan behovet av ändringar har varit uppenbart i länder, där bankverksamheten har indelats i delområden som banker av olika typ sköter. Avsikten har ofta varit att öppna nya marknadsområden för bankerna och att ge dem effektivare möjligheter att konkurrera med »non-banking»-finansinstituten. Mellan myndigheterna i olika länder tycks det

emellertid råda betydande meningsskiljaktigheter om den tillåtna konkurrensens omfattning och om huruvida »non-banking»-företag borde tillåtas vissa former av bankservice eller bankerna en verksamhet som går utanför den egentliga bankservicen.

Olika stater har haft en mycket varierande inställning till en territoriell utsträckning av bankkonkurrensen till olika länder, bl.a. av historiska skäl och på grund av hemmamarknadsområdets utveckling och allmänna synpunkter på behovet av bankkonkurrens. Man har brukat påstå, att bankverksamhet på något sätt är annorlunda än industriell eller kommersiell företagsverksamhet, åtminstone på så sätt att bankerna har en »halvofficiell» specialuppgift i att sköta den nationella politiken och trygga landets ekonomi. Påståendet får speciell tyngd av det faktum att det i alla länder krävs särskilt tillstånd för att grunda en bank. Det har också påståtts att de inhemska bankernas verksamhet lider av att stora, utländska banker kommer in i landet eller att en dylik etablering i landet leder till en mindre önskvärd »overbanking».

Myndigheternas politik i fråga om utländska bankers verksamhet har emellertid under den senaste tiden klart liberaliserats, åtminstone i OECD-länderna. Åsikterna om önskvärdheten av utländska banker har undergått en allmän förändring. En bidragande orsak härtill har varit strävandena att liberalisera bankverksamheten mellan EG-länderna, som har öppnat dörarna till gemenskapens medlemsländer för banker som verkar i andra medlemsländer. Kravet på reciprocitet har också öppnat dörrar för utländska banker, emedan avsaknaden av reciprocitet har kunnat utgöra ett hinder för utsträckningen av det egna landets bankverksamhet till utlandet.

Samtidigt med denna utveckling har man kunnat förmärka att flera länder har börjat följa ett allt stramare administrativt förfarande i avsikten att säkra en hög nivå på bankverksamheten och förhindra sådana bankers verksamhet som inte har ett otadligt renommé eller tillräckligt hög soliditet.

Den ovan beskrivna liberaliseringen har varit naturlig redan på grund av att bankverksamhetens geografiska begränsningar ohjälpligt håller på att förlora sin betydelse, bl.a. till följd av den nya datatekniken och de snabba trafikförbindelserna.

Utvecklingen har ställt bankspektionsverksamheten inför nya krav. Bankspektionen har skärpts och inspektionsmyndigheternas samarbete ökat. Allt kraftigare krav har framställts på att bankens verksamhet skall kunna inspekteras som en helhet, utan hinder av geografiska gränser. I synnerhet bör bankernas risker uppskattas på global bas, konsoliderat. Bankspektionsmyndigheternas samarbete har underlättats av vissa internatio-

nella arrangemang, speciellt det s.k. Konkordatet i Basel och de bestämmelser som fastställts för samarbetet mellan bankinspektionsmyndigheterna i EG-länderna.

I det följande behandlas vissa lagstiftnings- och andra rättsliga frågor i samband med internationell bankverksamhet, närmast ur de nordiska ländernas synpunkt. På grund av att ämnet är så omfattande och mångskiftande är syftet inte en fullständig utredning.

### 3. Utländska bankers etableringsrätt

Att bedriva bankverksamhet i främmande land är enligt lagstiftningen eller myndigheternas praxis i olika länder möjligt närmast i tre olika former: representationskontor (»representative office»), filialkontor (»branch») och dotterbolag (»subsidiary»). I stället för eller vid sidan av dotterbolag tillåts ofta minoritetsandelar i en konsortiebank (»affiliated bank») i inhemsk eller utländsk ägo. Nära ett filialkontor kommer en främst i Amerika känd form av bankverksamhet, nämligen agenturen (»agency»).

Ett *representationskontor* innebär att banken har ett förrättningsställe, som i allmänhet inte självständigt får bedriva bankrörelse. Det får således till exempel inte bedriva in- eller utlåningsverksamhet och inte heller ingå andra till bankverksamheten hörande rättshandlingar. Representationskontorets uppgifter inskränks därför närmast till att förmedla bankens tjänster mellan bankens huvudkontor och kunden och till bankens allmänna informations- och PR-verksamhet. Representationskontoret har inte ställningen av en självständig juridisk person.

Utländska bankers representationskontor får bedriva verksamhet i alla OECD-länder och i ett flertal andra länder. I många länder krävs inte ens koncession för representationsverksamhet: så är fallet framför allt i de mellaneuropeiska länderna och i Förenta Staterna. Bestämmelserna har i allmänhet tolkats liberalt också i de övriga länder där representationskontor är tillåtet. Bankerna har sålunda inte i regel anfört besvär mot rätten att etablera representationskontor.

Ett *filialkontor* har naturligtvis inte heller en självständig juridisk persons ställning utan är en del av moderbanken och använder dess namn och rättigheter. Filialkontoret i utlandet kan bedriva bankens affärsrörelse på samma sätt som bankens inhemska filialkontor, dock med de begränsningar lagstiftningen och myndigheterna eventuellt ställer i det land där filialkontoret verkar.



Utländska bankers filialkontor accepteras också i de flesta OECD-länderna. Etablering av filialkontor kräver dock i allmänhet uppfyllelse av de särskilda krav landets myndigheter har ställt. Inom OECD-gruppen är det i stort sett bara de nordiska länderna som har förbud mot filialkontor.

En *agentur* är ett av bankens förrättningsställen, som begreppsmässigt står nära ett filialkontor. Kraven på agenturens verksamhet är dock i viss mån lindrigare än på filialkontorets. I agenturen kan man vanligtvis utföra rättshandlingar för moderbankens räkning. Agenturer förekommer främst i USA.

Ett speciellt problem då filialkontor eller agenturer auktoriseras utgör det särskilda kapital som fordras för kontoret (*filialkontorskaptal*). Emedan filialkontoren eller agenturerna är en del av moderbanken kan de inte ha ett skilt eget kapital. Moderbankens eget kapital och egna fonder svarar naturligtvis också för filialkontorets förbindelser. Eftersom ingen skild del av detta kapital likväl har allokerats till det i främmande land verkamma filialkontoret, kräver många länder att medel särskilt deponeras i centralbanken eller något annat motsvarande arrangemang till säkerhet för kontorets förbindelser. I många länder ställs detta »filialkontorskaptal» på samma nivå som det minimikapital landet kräver av inhemska banker, i vissa länder definieras det däremot så, att filialkontorets storlek jämförs med bankens balansomslutning. Även andra grunder används.

Av OECD-länderna godkänner England, Japan och USA filialkontor eller agenturer utan filialkontorskaptal, men då ställs vissa andra krav.

Ett *dotterbolag* är en fristående juridisk person, som har grundats enligt bestämmelserna i det land där dotterbolaget verkar och som moderbanken äger antingen helt eller åtminstone med majoritetsrätt. Dotterbanken har etableringslandets »nationalitet».

Utländska bankers dotterbanker godkänns i de flesta OECD-länderna, liksom också i många länder utanför området. I allmänhet räcker det härvid att dotterbanken fyller samma krav som ställs på inhemska banker som inleder verksamhet. I vissa länder är dock erhållandet av koncession beroende av de beviljande myndigheternas särskilda prövning.

Så kräver till exempel vissa länder antingen alltid eller beroende av det enskilda fallet särskild borgen eller stödbrev (»letter of comfort») av moderbanken (England, Kanada) som villkor för beviljande av koncession. En dylik tilläggsförpliktelse, som i allmänhet är lätt att uppfylla, har inte ansetts som ett egentligt hinder för etablering i främmande stat.

#### 4. Kravet på reciprocitet

Vid beviljandet av koncession för utländska bankers enheter tillämpar vissa stater reciprocitetsprincipen («reciprocity treatment»). Det här betyder att staten A godkänner verksamhet av en bank från staten B bara under den förutsättningen att staten B i sin tur godkänner verksamhet av en bank från staten A. Det har konstaterats att kravet på reciprocitet väsentligt har främjat utvecklingen av den internationella bankverksamheten, eftersom tillämpningen av kravet innebär att en stat som förbjuder utländska bankers verksamhet samtidigt äventyrar utsträckningen av sitt eget lands bankverksamhet till utlandet.

Kravet på reciprocitet tillämpas i olika stater antingen som lagstadgat (Italien, Japan, Kanada, Schweiz) eller som förvaltningspraxis. Å andra sidan har ett flertal länder inte ställt detta krav för utövandet av bankverksamhet. Mellan EG-länderna är bankernas etablering från ett medlemsland till ett annat också annars tillåten enligt Europadomstolens dom av 1974 och enligt ett direktiv av gemenskapets Råd utfärdat i december 1977. Därför tillämpar de EG-länder som har krav på reciprocitet det bara på länder utanför gemenskapen.

På det hela taget tillämpas kravet på reciprocitet mycket smidigt på bankverksamheten. Vid tillämpandet av bestämmelsen har huvudfrågan oftast varit om det överhuvudtaget är möjligt för en utländsk bank att bedriva verksamhet i någon form i den andra staten, om än inte nödvändigtvis i samma form som ansökningen avser. På detta sätt har reciprocitetsprincipen i praktiken närmast sig *likställighetsprincipen* («national treatment») varvid utländska banker beviljas koncession enligt samma principer som inhemska banker.

#### 5. De nordiska ländernas inställning till etablering

Den ändringsprocess i den offentliga maktens politik och myndigheters praxis som beskrivits under kapitel 2 i denna framställning, har i de nordiska länderna genomförts i olika grad och vid skilda tider. I alla dessa länder är bankverksamhetens huvudformer »universalbankverksamhet»; så har till exempel inte indelningen i »commercial banks» och »investment banks» genomförts konsekvent.

Danmark har varit föregångsland då det gäller att tillåta utländska bankers verksamhet, härtill förpliktat redan av sitt medlemskap i EG. För de

övriga nordiska länderna tycks det ha varit svårt att följa Danmark och andra OECD-länder i liberaliseringsprocessen, men småningom och delvis har den kommit i gång. Allra svårast och allra trögast har det kanske varit i Sverige.

I alla nordiska länder är det tillåtet för utländska banker att grunda *representationskontor*. I Danmark och Norge behövs inte tillstånd för att grunda en representation, men däremot nog en registreringsanmälan till bankinspektionen. I de övriga nordiska länderna krävs tillstånd, i Finland av finansministeriet, på Island av Sedlabanken och i Sverige av regeringen. På Island har banker i utländsk ägo i själva verket inga andra verksamhetsmöjligheter än representationskontor.

I de nordiska länderna tillåts utländska bankers *filialkontor* bara i Danmark. Samtidigt som Danmark, efter sitt inträde som medlem i EG år 1975, berättigade EG-ländernas banker att grunda filialkontor i landet gav det också bankerna i länder utanför EG motsvarande rätt. Ansökningar från dessa banker behandlas dock grundligare än ansökningar från banker i EG-länderna. Fastän krav på reciprocitet inte har ställts i lagstiftningen inverkar det likväl i praktiken på beslutet om sökandens hemland tillåter danska bankers etablering. Industriministeriet har i lagen givits befogenhet att utfärda närmare direktiv beträffande filialkontors registrering, bokföring och revision samt vissa andra omständigheter. Ett sådant direktiv har utfärdats.

Koncession för utländska bankers filialkontor beviljas av Bankinspektionen.

Av utländska bankers filialkontor kräver Danmark ett särskilt eget kapital, till ett minimibelopp av 25 miljoner DKK. Beloppet är detsamma som minimibeloppet för danska bankers aktiekapital. Kapitalet deponeras i Nationalbanken. Med bankerna har man därtill särskilt avtalat att kapitalet inte får överstiga 40 miljoner DKK.

I Danmark finns inga bestämmelser för hur många filialkontor en utländsk bank får ha. Alla utländska banker har likväl bara ett filialkontor i landet.

Det kan noteras, att det också i Norge till år 1984 var möjligt för utländska banker att grunda filialkontor. Möjligheten utnyttjades likväl inte, och i samband med lagreformen år 1984 slopades den. Saken diskuteras dock på nytt.

Med undantag av Island tillåter alla de nordiska länderna utländska banker att grunda *dotterbanker*. I Danmark blev det tillåtet 1975, i Finland 1979, i Norge 1984 och i Sverige 1986.

I Danmark tillämpas i tillämpliga delar samma bestämmelser på dotter-

banker som på filialkontor. Kravet på eget kapital (minimum DKK 25 milj.) gäller härvid dotterbankens aktiekapital. För övrigt skall banken uppfylla alla de krav som ställs på inhemska banker.

I Finland kan utländska banker med statsrådets tillstånd grunda dotterbanker i landet eller flera utländska banker tillsammans en konsortiebank. Statsrådet har rätt att till tillståndet foga villkor som det anser vara påkallade på grund av allmän fördel. Som kriterier har bl.a. uppställts att sökanden är en internationellt känd förstklassig och välrenommerad bank, som haft långvariga bankförbindelser med Finland. Då en ansökan behandlas fästs avseende vid på vilket sätt den offentliga insynen har ordnats i moderbankens hemland. Också reciprocitet har förutsatts. Till en början fastställdes 20 miljoner FIM som maximibelopp (således inte minimum!) för bankens aktiekapital. Detta krav har dock sedermera slopats.

Enligt den nya banklagen i Norge kan Konungen bevilja utländska bankers dotterbanker eller flera utländska bankers konsortiebanker tillstånd att bedriva bankrörelse, förutsatt att de norska bankerna har motsvarande möjlighet i sökandebankens hemland. Reciprocitetskravet tolkas inte bokstavigt, men för konsortiebankernas vidkommande skall reciprocitet gälla i alla moderbankers hemland. Då tillstånd behandlas fästs avseende vid huruvida sökandebanken är en internationellt känd förstklassig bank, hurdana de ekonomiska och politiska förhållandena är i bankens hemland, vilka soliditets- och verksamhetskrav hemlandet ställer och huruvida bankinspektionen i landet är ordnad på ett tillfredsställande sätt. Avseende fästs också vid hur omfattande och bestående bankförbindelser banken har haft med Norge.

Om en utländsk dotter- eller konsortiebank, som redan verkar i Norge, önskar grunda ett skilt filialkontor måste särskilt tillstånd erhållas. Dylika tillstånd har tillsvidare inte sökts.

Enligt den nya lagstiftningen i Sverige kan utländska banker grunda dotterbanker i Sverige eller flera utländska banker tillsammans en konsortiebank. Tillstånd beviljas av regeringen. Tillstånd kan bara beviljas banker som bedriver bankrörelse för allmänheten. Dotterbanker som grundas i Sverige bör bedriva allmän bankrörelse, således till exempel inte enbart valutahandel eller värdepappersförmedling. Moderbanken bör ha gott renommé, dess ekonomiska ställning bör vara solid och den bör vara ställd under behörig inspektion. Bankens förbindelser med Sverige och handelsförbindelserna mellan Sverige och bankens hemland är av essentiell betydelse då beviljandet av koncession prövas. En bank som grundas i Sverige bör ha ett aktiekapital på minst 25 miljoner SEK.

Noteras kan speciellt, att inget nordiskt land för etableringsrättens vid-

kommande tillämpar mestgynnadnationsklausulen («most favoured nation principle») eller likställighetsprincipen («national treatment») på banker från de övriga nordiska länderna.

## **6. Utländska bankers möjligheter att äga andelar i inhemska banker**

Till utländska bankers etableringsrätt hör också frågan om huruvida utländska banker kan förvärva redan fungerande inhemska bankers aktiekapital eller del därav.

Praxis varierar i olika OECD-länder. I en del länder är det fritt tillåtet, i andra länder bara till en viss procentuell andel av aktiekapitalet. I vissa länder krävs specialtillstånd av myndigheterna, och några länder förbjuder helt dylikt förvärv. Också i de länder där övertagande tillåts kan konkurrensrestriktionslagstiftningen i praktiken ställa hinder. De sistnämnda bestämmelserna torde dock tillämpas på samma sätt också på fusioner och övertaganden mellan de inhemska bankerna.

Av de nordiska länderna tillåter Danmark utländskt ägande i de danska bankerna upp till 30 % av aktiekapitalet, men myndigheterna har möjlighet att i enskilda fall godkänna större procentuell andel. Regeln är i själva verket inte avsedd enbart för utländska banker, utan gäller även i alla penninginstituts ägande i en dansk bank. I Finland får affärsbankerna emittera aktier att tecknas och innehas av utlänningar (fria aktier) upp till 20 % av aktiekapitalet. Därtill har statsrådet rätt att av särskilda skäl i enskilda fall ge utländska kreditinstitut tillstånd att förvärva också andra finska affärsbanksaktier (t.ex. bundna aktier över 20 % av aktiekapitalet).

I Norge får utlänningar fritt äga inhemska affärsbankers aktier upp till 10 % av aktiekapitalet, men med tillstånd av Konungen ända upp till 25 %. Dessutom har Konungen rätt att ge koncession för en affärsbank som ägs av både utländska och norska banker, förutsatt att en utländsk bank äger mera än hälften av bankens aktiekapital. I Sverige är partiellt utländskt ägande inte möjligt, utan banker som fått koncession bör vara antingen helt svenskägda eller helt i utländsk ägo.

## **7. Är bestämmelserna för etablering och ägande ett problem för utländska banker?**

Trots olikheterna ger alla de nordiska ländernas ändrade lagar — visserligen med undantag av Island — utländska banker tämligen vidsträckta

möjligheter att starta och bedriva bankrörelse i länderna i Norden. Tillämpningen av reciprocitetsprincipen — föranledd antingen av lagstiftningen eller av praxis — kan inte i internationell praxis anses som en egentlig begränsning eller ett egentligt hinder.

Förbudet mot att grunda filialkontor har likväl kritiserats. Förbudet mot filialkontor har visserligen inte hindrat bankernas verksamhet, men det har gjort verksamheten mera komplicerad. Det huvudsakliga problemet för bankernas verksamhet tycks vara, att banklagstiftningen i de olika nordiska länderna ursprungligen har tillkommit enbart med tanke på inhemska banker. Då utländska bankers verksamhet har tillåtits har lagstiftningen till vissa delar ändrats, men med bibehållande av den inhemska bankverksamhetens former och organisation. De rättsliga problem som härvid har uppstått kunde troligtvis ha undvikits om utländska bankers verksamhet hade tillåtits i form av filialkontor. Problemen sammanhänger närmast med omfattningen av utländska bankers verksamhet och att verksamheten bedrivs i olika verksamhetsenheter samt med sammansättningen av bankens förvaltningsorgan och deras uppgifter. Dessa frågor behandlas närmare nedan.

Den maximigräns (20 milj. FIM) som tidigare tillämpades på aktiekapitalet i Finland begränsade i praktiken en utvidgning av de utländska bankernas verksamhet. Numera har de utländska bankerna kunnat höja sitt aktiekapital utöver denna gräns. I de andra nordiska länderna har motsvarande begränsning överhuvudtaget inte funnits.

Beträffande de allmänna förutsättningarna för erhållande av koncession har påståtts att vissa länder av utländska banker har krävt mera och grundligare utredningar om avsikten med verksamheten och dess beskaffenhet än av inhemska banker. I förhållanden där nya inhemska banker i allmänhet inte har grundats är det svårt att utreda riktigheten i detta påstående.

Sveriges ståndpunkt, som innebär att partiellt utländskt ägande i svenska banker inte är möjligt, har givit upphov till vissa speciella problem. Det förefaller nog att ha funnits behov av banker ägda gemensamt av svenska och utländska banker, men planerna har inte kunnat genomföras på grund av lagstiftningens avvisande ståndpunkt. Å andra sidan har de svenska bankerna, såsom ovan har konstaterats, möjlighet att grunda banker i de övriga nordiska länderna tillsammans med inhemska banker.

## **8. Bankens förvaltningsorgan och ledning**

Ett särskilt problem i de utländska bankernas verksamhet bildar de krav som olika stater ställer på medlemmarna av bankens förvaltningsorgan eller

ledning. Mycket vanligt är stadgandet, enligt vilket en viss del av dessa personer — ofta rent av majoriteten — skall vara antingen bosatta i förläggningslandet eller dess medborgare. Bakom kraven ligger i allmänhet tanken, att bankens ledning bör ha tillräckligt god kännedom om landets lagar och andra bestämmelser och om marknadsförhållandena. Ofta är dessa krav likadana för banker i inhemsk och i utländsk ägo. I den internationella bankverksamheten har man konstaterat, att dylika krav kan bilda hinder för utländska bankers verksamhet.

Enligt bestämmelserna i Danmark skall bankens styrelsemedlemmar och direktörer vara bosatta i Danmark, om inte industriministeriet har beviljat undantag. Nationalitetskrav ställer Danmark däremot inte. Utländska bankers filialkontor i Danmark behöver inte ha en särskild styrelse, men kon-torets direktörer bör fylla ovannämnda krav.

I Finland skall medlemmarna av affärsbankens förvaltningsråd och direktion samt verkställande direktören vara i Finland bosatta finska medborgare, men finansministeriet kan bevilja undantag från detta krav. Finansministeriet i Finland har tagit en principiell ställning till att högst hälften av antalet medlemmar i en utländskt ägd banks förvaltningsråd kan vara utlänningar eller i utlandet bosatta finska medborgare.

Enligt lagstiftningen i Norge får högst en tredjedel av styrelse- och representantskapsmedlemmarna i en affärsbank i utländsk ägo vara utlänningar eller utomlands bosatta norska medborgare. Konungen kan bevilja undantag från detta, men ordförandena i styrelsen och representantskapet skall alltid vara i Norge bosatta norska medborgare. Bankens verkställande (administrerande) direktör hör till bankens styrelse.

Den nya lagstiftningen i Sverige har omfattat en liknande ståndpunkt. Enligt den får högst en tredjedel av styrelsemedlemmarna vara utlänningar eller utomlands bosatta svenska medborgare. Ordföranden skall dock vara en i Sverige bosatt svensk medborgare. Regeringen kan bevilja undantag från dessa regler. Undantag har beviljats, framför allt för nordiska medborgare. Bankens verkställande direktör skall vara bosatt i Sverige, men han behöver inte vara svensk medborgare.

För internationella banker kan ovannämnda krav på nationalitet och boningsort kännas diskriminerande. Avsikten med dem är dock klar: majoriteten av bankens ledning bör ha tillräcklig kännedom om de lokala förhållandena. Det förefaller att dessa krav inte har i praktiken väsentligt hindrat grundandet av utländska banker eller deras verksamhet i något nordiskt land.

Man har emellertid konstaterat att vissa av de krav som hänför sig till bankens förvaltningsorgan åsamkat utländska banker huvudbry. Problemen sammanhänger med det man tidigare har noterat, nämligen att banklagstiftningen ursprungligen har tillkommit enbart med hänsyn till inhemska bankers verksamhet.

Så kräver till exempel lagstiftningen i Finland att affärsbankerna utöver en direktion också har ett förvaltningsråd. För utländska banker är ett dylikt organ i själva verket onödigt, åtminstone för helägda dotterbanker.

Olika förvaltningsorgan har i lagstiftningen i olika länder också ålagts uppgifter och skyldigheter som illa lämpar sig för en världsomfattande banks organisation. En dotterbank är en del av en större helhet, som bankens huvudkontor leder. De lokala förvaltningsorganens otacksamma uppgift kan härvid bli att formellt ratificera beslut som redan fattats i »högkvarteret» för att de krav lagstiftningen ställer skall uppfyllas. Dylika missförhållanden skulle inte uppstå om man kunde verka i form av ett filialkontor i stället för en dotterbank.

Lagstiftningen i Finland innehåller också en bestämmelse enligt vilken medlemmarna av något av bankens förvaltningsorgan inte får vara medlemmar av en annan banks förvaltningsorgan. I banker som ägs gemensamt av finska och utländska banker har detta hindrat den finska moderbankens ledning från att delta i konsortiebankens förvaltningsorgan. Här är det igen fråga om ett missförhållande som beror på att lagstiftningen har utarbetats för rent inhemska syften.

## 9. Revisorer

Också revisionen av internationella bankkoncerner förorsakar problem. Det viktigaste spörsmålet har ansetts vara huruvida moderbankens revisorer har befogenhet att revidera också utomlands verksamma enheters räkenskaper. Får till exempel en fransk moderbanks revisor, som inte har ställningen av auktoriserad revisor i Sverige, revidera en svensk dotterbank? Måste å andra sidan bankens filialkontor i ett annat land ha en särskild revisor trots att filialkontoret inte är en fristående juridisk person?

Då man söker svar på ovannämnda frågor blir man tvungen att konstatera att också bestämmelserna om revisorer i de nationella lagarna i allmänhet har avfattats med tanke på inhemska bankers verksamhet.

I Danmark måste åtminstone en av revisorerna vara en av staten auktoriserad revisor. Bestämmelserna om revision av banker är gällande även för



utländska bankers filialkontor. Kontoret bör alltså ha en separat revision.

Revisorerna i affärsbanker som verkar i Finland skall vara i Finland bosatta finska medborgare, om inte finansministeriet beviljar undantag. Majoriteten av revisorerna måste i alla fall vara sådana personer. Åtminstone en av revisorerna och dennes suppleant skall vara antingen CGR-revisor eller en CGR-revisionsammanslutning.

Enligt bestämmelserna i Norge skall revisionen utföras av revisor, som är fast bosatt i Norge och har genomgått norsk revisorsexamen. Däremot finns inget krav om revisors medborgarskap. Lagstiftningen i Sverige föreskriver entydigt att samtliga revisorer måste vara i Sverige bosatta svenska medborgare. Åtminstone en av de revisorer bolagsstämman utser måste vara auktoriserad revisor.

I och för sig är det förståeligt att bestämmelserna gällande revisorer har givits denna form. Revisorer som verkar i förlägningslandet är naturligtvis bäst bevandrade i detta lands bokförings- och revisionspraxis och känner överhuvud bäst till landets ekonomiska utveckling och olika affärsföretags och andra ekonomiska enheters ställning i landet.

Problem uppstår kanske närmast i det fall då inte en enda av revisorerna får verkställa allmän revision av moderbankens koncern. Det skulle måhända i alla fall vara skäl att möjliggöra ett samarbete mellan revisorerna i förlägningslandet och moderbolagets hemland.

## 10. Omfattningen av utländska bankers verksamhet

En central fråga i utländska bankers verksamhet i förlägningslandet är frågan om förverkligandet av *likställighetsprincipen*, dvs. om de utländska bankerna har *rätt* att verka på samma sätt och samma sektorer som de inhemska bankerna.

Det verkar som om likställighetsprincipen i allmänhet har uppfyllts relativt väl i OECD-länderna. I vissa länder har närmast förvaltningspraxis emellertid lett till att enbart inhemska banker har tillåtits vissa bankfunktioner i samband med värdepappershandeln. Dylika begränsningar gäller också i länder som annars iakttar en tämligen liberal politik gentemot utländska banker. I synnerhet tycks emissioner av inhemska värdepapper höra till detta för utländska banker avstängda område. Bestämmelserna verkar ibland inskränkande också på innehållet i bankens egen värdepappersportfölj. Förklaringen till dessa begränsningar torde stå att finna i det

faktum att myndigheterna i förlägningslandet vill kunna kontrollera den internationella användningen av landets valuta.

Frågan om omfattningen av utländska bankers bankverksamhet kan emellertid ställas också på ett annat sätt: är utländsk bank också *skyldig* att verka på alla verksamhetsområden där den har rätt att verka på eller där de inhemska bankerna verkar på. Kan en utländsk bank till exempel koncentrera sig på enbart valutaaffärer, internationella krediter eller värdepappershandel? Räcker det om banken verkar som en »grossistbank» med institutionella kunder, eller måste den också betjäna allmänheten? Bör utländska banker å andra sidan också delta i särskilda förpliktelser som har ålagts de inhemska bankerna t.ex. för att ett socialt viktigt mål skall kunna nås, såsom till exempel skyldigheten att köpa bostadsproduktionsobligationer »med dålig avkastning»?

Lösningen av ovannämnda problem kompliceras i vissa länder av det faktum att det är olika myndigheter som avgör om olika bankfunktioner skall tillåtas. Så är det till exempel i allmänhet centralbanken som beviljar rättighet till valutahandel och således inte den myndighet som beviljar koncession för allmän bankrörelse. Också rätten att förmedla värdepapper och delta i värdepappersemissioner eller börshandel kan vara beroende av tillstånd av andra myndigheter.

Banker i utländsk ägo har tydligen inte rätt att få mera omfattande befogenheter att bedriva bankrörelse i förlägningslandet än lagstiftningen tillåter inhemska banker, inte ens i det fall att den utländska banken har sådan rättighet i sitt hemland.

En fråga som däremot uppenbarligen är olöst är huruvida myndigheterna i den utländska bankens eget hemland har befogenhet att begränsa bankens verksamhet i främmande land. Dyliga ansatser har förekommit: så innehåller till exempel lagstiftningen i Finland ett stadgande enligt vilket finansministeriet har befogenhet att utfärda bestämmelser beträffande etableringen och övervakningen av dotterbanker, filialkontor och representationskontor som en finsk bank öppnar utomlands. Med hänvisning till detta har myndigheterna i Finland bl.a. uppställt villkor beträffande soliditeten och värdepappersinnehavet av en finsk banks dotterbank utomlands. Frågan är synnerligen problematisk eftersom man å andra sidan med fog torde kunna påstå att inget lands lagstiftning kan utsträckas till en annan stats område ens i en så här »indirekt» form.

Beträffande praxis i de nordiska länderna torde man kunna fastslå att alla länder i princip har godkänt att utländska banker i allmänhet bör tillåtas samma verksamhetsmöjligheter som inhemska banker. Å andra sidan

har de utländska bankerna inte strängt ålagts att verka på exakt samma sätt som de inhemska bankerna, bara deras verksamhet är relativt omfattande. Man har således till exempel insett att det är svårt för utländska banker att vända sig till den stora allmänheten, eftersom de saknar ett filialkontorsnät. En genomgång av de utländska dotterbankernas balansräkningar visar åskådligt olikheterna i deras verksamhet.

Så tar till exempel de utländska bankerna i Danmark knappt alls emot depositioner från allmänheten, fastän de är berättigade att bedriva allmän bankrörelse. I valutahandeln gäller samma restriktioner för utländska banker som för andra banker.

I Finland är verksamhetsförutsättningarna för utländska banker också desamma som för inhemska banker. Inlåningen från allmänheten är emellertid också här obetydlig. De utländska bankerna har inte ens ansökt om tillstånd att få ha för allmänheten avsedda konton som omfattas av det s.k. räntheavtalet. I början av sin verksamhet hade de utländska bankerna i Finland inte rätt att få centralbankskredit, inte heller att delta i dagslänemarknaden, men denna begränsning slopades redan år 1984. Däremot gäller inskränkningarna i rätten att äga fastigheter på samma sätt för utländska banker i Finland som för andra utländska bolag.

Också i Norge är gränserna för bankverksamheten likadana för utländska och inhemska banker. Utländska banker bör också på ett skäligt sätt beakta allmänhetens behov av bankservice. Liknande praxis gäller i Sverige. Den kommitté som beredde lagstiftningen där konstaterade, att bankerna inte i banklagstiftningen uttryckligen åläggs att verka på alla de delområden av bankverksamheten som allmänheten har behov av. Utländska banker bör dock ha som mål att utöva relativt omfattande bankverksamhet och att betjäna en så stor kundkrets som möjligt. Bankerna är också skyldiga att ta emot depositioner från allmänheten. Det är således inte tillräckligt att en bank inskränker sin verksamhet till enbart utrikesrörelse eller värdepappershandel. För att få bedriva värdepappershandel måste banken å andra sidan anskaffa särskilt tillstånd av bankinspektionen, och tillstånd krävs också för rätten att verka på börsen.

Då man granskar ovannämnda bestämmelser kan man inte undgå att få den uppfattningen att också bestämmelserna gällande omfattningen av bankens verksamhet baserar sig på rättigheter och skyldigheter som ursprungligen har ålagts de inhemska bankerna. De avspeglar uppfattningen om allmän bankrörelse, som traditionellt har varit de inhemska bankernas verksamhetsfält. Härvid har man inte alltid kunnat eller önskat ta hänsyn till bankernas specialisering på ett snävare verksamhetsområde, t.ex. »invest-

ment banking». Det här kommer markant till synes i de norska och svenska kraven på bankerna att ta emot depositioner av allmänheten och att erbjuda allmänheten bankservice.

En särartad begränsning ingår i bolagsordningarna för de utländska banker som verkar i Finland. I bolagsordningarna har finansiering av handeln med Sovjetunionen ställts utanför bankernas verksamhetsmöjligheter. Bestämmelsen återspeglar mera omfattande ekonomisk-, handels- och penningpolitiska ställningstaganden.

## 11. Bankinspektionens problem

Som redan har konstaterats i 2 kapitlet ställer den internationaliserade bankverksamheten allt större krav på bankinspektionen. Ett problem utgör först och främst myndigheternas kompetensfördelning mellan bankinspektionsmyndigheterna i olika länder. Fördelningen kan leda till konfliktsituationer mellan myndigheterna i olika länder, men framför allt ligger risken däri, att inspektionen splittras i delar, varvid bankverksamhetens helhet inte blir uppmärksammas.

En geografisk fördelning av inspektionen mellan olika länder är härvid det uppenbaraste problemet. Frågan blir emellertid ännu mera komplicerad, om myndigheterna i olika länder kräver att bankens skilda delar avger rapport vid olika tidpunkter och inte samtidigt. Tidsskillnaderna mellan olika områden försvårar också en effektiv inspektion, emedan de i dagens dataålder gör det möjligt för bankerna att under dagens lopp hela tiden överföra eventuella risker västerut. I bankspråket har man börjat kalla dylik rotation »rinky dink deals». Men även om man inte skulle ta till sådana metoder kan de påtagligaste riskerna för bankerna koncentreras till länder där bankinspektionen är outvecklad (»permissive centers»).

Till följderna av internationaliseringen hör också att bankverksamhetens risker har blivit allt mera mångfasetterade. Valutariskerna har ökat avsevärt, men också landrisken, försvagningen av hela staters betalningsförmåga, har blivit allmännare. Till ränteriskerna i samband med krediter med rörlig ränta hör ofta också en maturitetsrisk (»maturity mismatching»), användandet av den korta finansiering banken anskaffat till långfristig kreditgivning. Den moderna datateknikens genombrott, som har inneburit att det uppstår operativa risker i själva datasystemen, ökar bankernas sårbarhet och komplicerar inspektionsfunktionen.

I dessa förhållanden har man börjat förstå gränserna mellan å ena sidan bankledningens och å andra sidan bankinspektionens ansvarsområden på ett nytt sätt: det åligger först och främst bankens ledning att ansvara för bankverksamhetens säkerhet och sundhet och att snabbt svara på de signaler marknaden för tillfället utsänder, medan det däremot är bankinspektionens uppgift att försäkra sig om att bankerna har tillräckligt känsliga kontrollsystem för att eventuella svagheter skall uppmärksammas och korrigeringar snabbt göras på den invecklade och mångfasetterade marknaden.

Men framför allt har man i bankernas inspektionsfunktioner börjat kräva att inspektion på konsoliderad bas måste fås till stånd. Hela bankens koncern, således bankens verksamhet som helhet, borde ställas under en enhetlig inspektion, en inspektion vars huvudsyfte är att klarlägga bankens risker som en helhet. Många rättsliga och tekniska problem måste emellertid lösas för att komma så långt.

Samtidigt måste man lösa också andra problem som har nära samband med det ovan sagda. Hur borde man till exempel ordna inspektionen av sådana finansinstitut som sköter uppgifter som är nära förknippade med bankverksamheten utan att de ändå är egentliga banker? Hur kan man säkerställa att inspektion av likartade företag inom bankbranschen blir av motsvarande art i skilda länder?

Dessa internationella problem har man försökt lösa dels genom de principer för bankinspektionen som fastställts i det s.k. Konkordatet i Basel, vilket bankinspektionsmyndigheterna i 10 länder (plus Schweiz och Luxemburg) har undertecknat 28. 3. 1983, och dels genom ett direktiv för inspektion av kreditinstitut på koncernbasis, som EG-ländernas Råd har sanktionerat 13. 6. 1983.

Enligt *Konkordatet i Basel* varierar huvudansvaret för inspektionen av bankernas enheter utomlands beroende av enhetens beskaffenhet. Inspektionen av utländska *filialkontors* soliditet åligger i första hand inspektionsmyndigheten i moderbankens hemland, medan däremot myndigheten i det land där filialkontoret verkar inspekterar likviditeten. Emellertid åligger det inspektionsmyndigheten i moderbankens hemland att inspektera hela bankens, således också bankens samtliga utländska filialkontors likviditet som en helhet.

För *dotterbankers* vidkommande är däremot myndigheten i det land där dotterbanken verkar skyldig att inspektera såväl soliditeten som likviditeten. Myndigheten i moderbankens hemland skall likväl inspektera i vilken mån de utländska dotterbankernas verksamhet påverkar moderbankens soliditet. För likviditetens del måste däremot myndigheterna i moderbankens hem-

land hålla reda på moderbankens förbindelser gentemot dotterbanken, som till exempel avtal om kreditarrangemang (»standby facilities»), borgensförbindelser eller stödbrev (»comfort letters»).

En utländsk *konsortiebanks* soliditet och likviditet inspekteras enligt konkordatet av myndigheten i konsortiebankens hemland. Om en av konsortiebankens ägare har bestämmanderätt skall soliditeten likväl inspekteras gemensamt av myndigheterna i denna banks hemland och i konsortiebankens land. Överhuvud försöker man för konsortiebankers vidkommande skapa möjligheter till samarbete mellan myndigheterna i olika länder, framför allt för att säkerställa att ägarbankens olika förbindelser gentemot konsortiebanken beaktas på rätt sätt då ägarbankens likviditet utvärderas.

I konkordatet fastställs därtill att inspektionen av valutaoperationer och -positioner är en gemensam uppgift för myndigheterna i moderbankens hemland och i det land där den utländska enheten verkar. Överhuvud framhålls i konkordatet betydelsen av ett mångsidigt samarbete mellan olika myndigheter.

Konkordatet har veterligen inte i något land bekräftats genom lagstiftning. Undertecknarna, medlemmarna i »Group of 10», har emellertid förbundit sig att medverka till att bestämmelserna efterföljs i praktiken.

Mellan EG-länderna gäller däremot *Rådets direktiv* för inspektion av kreditinstitut på koncernbasis, dvs. konsoliderat. Direktivet kan anses som ett första steg mot s.k. hemlandsinspektion, varvid hela bankkoncernen inspekteras av myndigheten i moderbankens hemland, likväl så att denna myndighet vid behov kan konsultera myndigheterna i andra länder.

Konsoliderad inspektion bör förrättas i de fall då ett kreditinstitut som verkar i ett medlemsland direkt eller indirekt äger minst 25 % av ett kredit- eller finansieringsinstitut som verkar i ett annat land. Inspektionen verkställs av bankinspektionsmyndigheten i det land där moderbanken har sin hemort. Vid inspektionen iakttas inspektionspraxis i moderbankens hemland. Inspektion skall verkställas minst en gång om året.

De fall då moderbanken eller någon av koncernens enheter verkar i ett land utanför gemenskapen har naturligtvis inte reglerats i detalj. I direktivet konstateras endast att man i dessa fall bör försöka åstadkomma bilaterala avtal mellan de olika länderna på basen av reciprocitet.

För de nordiska ländernas vidkommande kan man konstatera att Sverige som medlem av »de 10» har förbundit sig att medverka till att bestämmelserna i Konkordatet i Basel efterföljs. Också de andra nordiska länderna har i praktiken gått in för detta. Danmark har därtill som medlem i EC förbundit sig att iakttä Rådets direktiv.

Av det ovan anförda kan konstateras att nuvarande inspektionspraxis ännu inte löser principerna för konsoliderad inspektion på ett tillfredsställande sätt. Också möjligheten att lämna upplysningar myndigheterna emellan varierar från land till land. Lagstiftningen i Finland innehåller en uttrycklig bestämmelse om att bankinspektionsmyndigheten har rätt att lämna upplysningar till motsvarande myndigheter i andra länder, om bankinspektionen kan få motsvarande upplysningar av de utländska bankinspektioner. I Danmark gäller en regel, enligt vilken bankinspektionen har rätt att ge upplysningar till andra länders inspektionsmyndigheter under förutsättning av att tystnadsplikten gäller även där. I de övriga nordiska länderna saknas en dylik bestämmelse. Beträffande samarbetet mellan bankinspektionsmyndigheterna speciellt i de nordiska länderna torde man dock kunna säga att det fungerar relativt smärtfritt med hjälp av konkordatets direktiv.

En konsoliderad inspektion försvåras ytterligare av det faktum att bestämmelserna för internationella bankkoncerners koncernbokslut varierar från land till land eller helt och hållet saknas. Detta problem är i själva verket synnerligen komplicerat och svårt att lösa. Det sammanhänger också med frågan om egalisering av bokföringspraxis i olika länder. En mera omfattande behandling av den frågan hör dock inte längre till ämnet för detta föredrag.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Sture Bergström

Privaträttslig ogiltighet och beskattning



## Innehåll

1. Inledning .....	95
2. Privaträttslig ogiltighet .....	96
3. Skattefrågor .....	99
3.1. Latent ogiltighet .....	99
3.2. Ogiltigheten har inträtt .....	100
3.3. Godkännande i efterhand .....	102
3.4. Parterna agerar som om rättsförhållandet vore giltigt ..	104
4. Diskussionsfrågor .....	108

# Privaträttslig ogiltighet och beskattning

Av docent STURE BERGSTRÖM, Sverige

## 1. Inledning

Beskattningen knyts oftast an till det ekonomiska resultatet av olika civilrättsliga rättshandlingar. Som huvudprincip gäller i nordisk skatterätt, att dessa rättshandlingar i allmänhet uppfattas på samma sätt i skatterättsliga som i civilrättsliga sammanhang. Samtidigt är det för det mesta en förutsättning för beskattning, att rättshandlingen är civilrättsligt giltig.<sup>1</sup> I denna rapport skall diskuteras hur beskattningen skall vara när den rättshandling, som är föremål för beskattning, är ogiltig. Ämnet för vår diskussion är omfattande och föga bearbetat i nordisk litteratur. Vi måste därför begränsa oss till att diskutera några viktiga frågor, som jag valt att konkretisera med hjälp av exempel hämtade från svensk rätt. Fortsättningsvis kommer därför inte förutsättningarna, för att en rättshandling skall vara civilrättsligt ogiltig att behandlas i någon större utsträckning, utan jag kommer att utgå ifrån att ogiltigheten är konstaterad och okontroversiell, när beskattning skall ske.

Termen ogiltighet står, dels för förutsättningarna för att rättsverkningarna skall inträda, dels för de rättsverkningar som ogiltigheten innefattar. Den ogiltiga rättshandlingens rättsverkningar, eller främst de ekonomiska verkningarna för de inblandade, är av störst intresse vid beskattningen. Att en rättshandling är ogiltig, innebär att parternas ekonomiska prestationer skall återgå och att parterna skall försättas i samma läge som om avtalet inte hade ingåtts. Ofta har det gått en tid sedan avtalet ingicks, när en återgång blir aktuell. Under mellantiden har parterna vanligen fått ett ekonomiskt utbyte. Det kan bl.a. bero på, att ogiltigheten inträder vid en senare tidpunkt än vid själva avtalet, t.ex. när en frist har försatts, när köparen har vägrats förvärvstillstånd eller när rättshandlingen har klandrats. I samtliga fall krävs det naturligtvis, att återgången aktualiseras genom att part begär att avtalet skall gå tillbaka. Vid återgången är det inte säkert att alla uppburna prestationer verkligen återgår till motparten. Skattesystemen i Norden bygger på skatteförmågeprincipen, som bl.a. innebär att den

---

<sup>1</sup> Se Bergström 1978 med vidarehänvisningar till nordisk rätt.

skattskyldige skall ha möjlighet att betala skatten. Den som erhåller en inkomst får i allmänhet därigenom förmåga att betala skatten på inkomsten. Det är därför viktigt att undersöka hur beskattningen av ogiltiga rättshandlingar skall vara utformad, för att den som slutligen erhåller inkomsten, och ingen annan, skall bli beskattad.

Framställningen är upplagd på följande sätt. Jag kommer av utrymmesskäl att begränsa mig till att främst behandla inkomst- och gåvobeskattningen.<sup>2</sup> Det är lämpligt att inledningsvis kortfattat redovisa vad termen ogiltighet står för i civilrättsliga sammanhang, och då främst vilka ekonomiska rättsverkningar som kan inträda. Därefter diskuteras beskattningen av ogiltiga transaktioner mer allmänt. Sedan tas några speciella, viktiga skatteproblem upp. Först berörs frågan om från vilken tidpunkt rättshandlingen bör anses ha ingåtts rent skatterättsligt, om parterna rättar till rättshandlingen och gör den giltig. Sedan behandlas hur beskattningen skall bli, om parterna sätter sig över ogiltigheten och agerar som om rättsförhållandet vore giltigt. Tanken är att vi på sektionsmötet först skall diskutera mera allmänt hur ogiltiga rättshandlingar beskattas i de nordiska länderna, därefter hur beskattningen bör vara utformad för att bli så ändamålsenlig som möjligt.<sup>3</sup> Enligt min mening är det då viktigt att diskutera om det är möjligt att ha samma synsätt i alla de nordiska länderna.

## 2. Privaträttslig ogiltighet

Kännetecknade för en privaträttsligt ogiltig rättshandling är, att den inte kan göras gällande enligt sitt innehåll p.g.a. händelser vid dess tillkomst. Ena parten kan ha behandlat motparten på ett rättsstridigt sätt. Part kan ha varit obehörig att ingå avtalet p.g.a. t.ex. omyndighet eller konkurstillstånd. Som ytterligare exempel kan nämnas, att tvingande föreskrifter åsidosatts, offentlig myndighet vägrar part tillstånd att förvärva en tillgång, eller att part ingått avtalet under oriktiga förutsättningar. Även

---

<sup>2</sup> I Danmark och Norge är högsta domstolen sista instans i skattemål, medan förvaltningsdomstol är sista instans i Sverige och Finland. Samordningen mellan bedömningen av ogiltighetens civilrättsliga innebörd och dess skatterättsliga konsekvenser kan antas bli bättre, om allmän domstol bedömer båda frågorna. Detta är en stor fråga som det tyvärr inte finns utrymme att diskutera här.

<sup>3</sup> Mitt syfte med rapporten är, att den skall kunna läsas av de flesta jurister, och jag har därför medvetet undvikit att behandla detaljfrågor, som enbart är av skatterättsligt intresse.

om det råder delade meningar i litteraturen om vad ogiltighetsbegreppet omfattar mer i detalj, känner dock de flesta nordiska jurister till de väsentligaste ogiltighetsreglerna i resp land.<sup>4</sup> Av utrymmesskäl skall jag inte här diskutera vad termen ogiltighet står för.

Privaträttslig ogiltighet brukar indelas i två underklasser, antingen i nullitet och angriplighet eller i starka och svaga ogiltighetsgrunder. Dessa är avsedda att ge en beskrivning av typiska drag hos olika typer av ogiltighet.

*Nullitet* kännetecknas av att ogiltigheten är självverkande. Detta kan sägas innebära, att ogiltigheten inträder utan att den behöver göras gällande av någon, och att den skall beaktas utan åberopande t.ex. i en rättegång. Ogiltigheten kan inte läkas genom t.ex. passivitet och gäller även mot kontrahent i god tro.

*Angriplighet* innebär att ogiltigheten måste göras gällande av någon, vanligen av part. Felet kan läkas genom passivitet eller ratihabition, d.v.s. godkännande i efterhand. Ogiltigheten kan inte göras gällande mot godtroende part.

Indelningen är hämtad från kontinental rätt och är inte helt typisk för nordisk rätt. Ogiltighetsgrunder som visar upp drag som är typiska för både nullitet och angriplighet är inte ovanliga i de nordiska länderna. De flesta ogiltiga rättshandlingar av nullitets natur kan få ekonomiska rättsverkningar.<sup>5</sup>

Nulliteten verkar inte heller av sig själv, utan det krävs att någon agerar för att göra ogiltigheten gällande.<sup>6</sup> Uppmärksammas ogiltigheten vid ett offentligt tillstånds- eller registreringsförfarande, medges inte tillstånd respektive beviljas inte registrering. Myndigheten saknar dock vanligen möjligheter att tvinga parterna att låta avtalet återgå. Det är oftast endast i de situationer, där myndigheterna genom lagstiftning har getts möjlighet att ingripa, som de kan få rättshandlingen att återgå. I svensk rätt finns möjlighet för åklagaren att ingripa i vissa fall, där bulvanköp skett.<sup>7</sup> För att ogiltigheten skall aktualiseras krävs det i praktiken oftast att part eller annan sakägare agerar. Sätter sig parterna över ogiltigheten och handlar som om

<sup>4</sup> Se närmare därom Adlercreutz 1982 s. 178 ff med vidarehänvisningar till nordisk doktrin.

<sup>5</sup> Se t.ex. Bergström 1984 s. 20 ff med vidarehänvisningar till nordisk litteratur.

<sup>6</sup> I dispositiva tvistemål i svensk rätt måste ogiltigheten åberopas av part för att kunna beaktas av domstolen, såvida inte ogiltighetsregeln tillvaratar tredje mans och det allmännas intressen, se högsta domstolens dom den 23/12 1986, DT 42 och jfr NJA 1986 s. 205.

<sup>7</sup> Se närmare nedan i avsnitt 3.4.

avtalet vore giltigt, påminner rättsförhållandet oftast i stort om ett giltigt rättsförhållande, åtminstone parterna emellan.

Vid taxeringen kan det vara betydelsefullt att kunna skilja mellan nullitet och angriplighet. Ogiltighet av nullitets natur inträder automatiskt, när felet har begåtts. Har formföreskrifter åsidosatts föreligger inte någon rättshandling, och har olika tvingande frister åsidosatts inträder ogiltigheten omedelbart. Vid den ogiltighet som kallas för angriplighet, är avtalet giltigt till dess den har gjorts gällande av någon som är taleberättigad. Först då inträder ogiltigheten. Ogiltigheten kan här sägas vara latent. Som senare kommer att visas är ett latent ogiltigt rättsförhållande lättare att handha vid beskattningen, än om ogiltigheten redan har inträtt när beskattning skall ske. Det är därför viktigt att känna till om ogiltigheten har inträtt, eller om den endast är latent.<sup>8</sup>

Indelningen i nullitet och angriplighet har med rätta ifrågasatts i nordisk doktrin. Ussing har förespråkat, att ogiltigheten skall delas in i starka och svaga ogiltighetsgrunder beroende på om ogiltigheten kan göras gällande mot godtroende motpart eller ej.<sup>9</sup> Även om denna indelning kan ifrågasättas med hänsyn till att starka ogiltighetsgrunder kan visa drag av svaghet i andra hänseenden, säger den dock ofta något som är väsentligt för beskattningen. Det är naturligtvis enklare att beskatta en ogiltig överlåtelse, om en senare förvärvare kan erhålla tillgången genom ett giltigt fång, än om även senare förvärv automatiskt är ogiltiga.

För beskattningens del inte är nödvändigt att dela upp ogiltigheten i underklasserna nullitet/stark ogiltighet, eller angriplighet/svag ogiltighet. Det är viktigare att undersöka vilka ekonomiska konsekvenser som inträtt eller kan inträda i det enskilda fallet, när en rättshandling blivit ogiltig.

Vid återgång p.g.a. ogiltighet skall tillgång resp i förekommande fall köpeskillning återställas i ursprungligt skick, resp till ursprungligt belopp. Teoretiskt betyder detta att vardera parten skall redovisa de fördelar han åtnjutit av rättshandlingen under den tid fånget varit ogiltigt. Detta innebär bl.a. att avkastning av egendom skall återbäras, efter avdrag för nödvändigt underhåll av tillgången, liksom ränta på köpeskillningen. I praktiken förekommer en mer summarisk och enklare lösning vid överlåtelser, som innebär att köparen får behålla den avkastning som han har uppburit, medan säljaren får behålla upplupen ränta intill stämningdagen.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Se avsnitt 3.1.

<sup>9</sup> Ussing 1945 s. 123 f.

<sup>10</sup> Jfr om dessa frågor Bergström 1984 s. 74 ff med vidarehänvisningar.

Utöver rena underhållskostnader torde en köpare ha rätt till ersättning för nödiga kostnader och troligen, åtminstone om en längre tid förflutit sedan ogiltigheten inträdde, även för nyttiga kostnader.

Parterna kan få skadestånd vid återgång av ett ogiltigt köp med ett belopp motsvarande högst negativa kontraktsintresset. Detta innebär att part skall försättas i samma situation som om han inte hade ingått avtalet.

Av stor betydelse vid beskattningen är vad parterna kommer överens om, när avtalet verkligen återgår. Parterna brukar kvitta uppbyren avkastning mot upplupen ränta på köpeskillingen. Det finns ingen praxis, åtminstone inte i Sverige, som belyser hur man gör om köparen inte alls, eller endast under en kortare tid, har haft tillgången i sin besittning. Förmodligen ligger det då nära till hands att parterna redovisar sina fördelar av rättshandlingen och att eventuellt överskott betalas tillbaka, men hur man gör i praktiken är oklart.

Sammanfattningsvis kan konstateras, att det är av stor betydelse att veta vem som slutligen får uppbara olika ekonomiska nyttigheter och vem som får stå för olika kostnader, om ett rättsförhållande återgår. Även om huvudprincipen, att egendomen och köpeskillingen skall återställas i ursprungligt skick, är relativt klar, är det av större betydelse ur skatterättslig synvinkel att veta hur parterna har gjort eller tänker göra om avtalet återgår. Först då vet man med säkerhet vem som uppburit de olika inkomster, som kan bli föremål för beskattning.

### 3. Skattefrågor

#### 3.1. *Latent ogiltighet*

Som tidigare påpekats kan ogiltigheten antingen ha inträtt eller vara *latent*, när beskattning skall ske. Här skall den latent ogiltigheten behandlas.

Den latent ogiltigheten innebär, att rättshandlingen är giltig vid dess tillkomst, men kan senare bli ogiltig. Vid fastighetsförvärv krävs ofta of-fentlig myndighets tillstånd till förvärvet. Den som förvärvar en jordbruksfastighet måste söka förvärvstillstånd inom tre månader från det förvärvet skedde. Först vid den tidpunkt, då tillstånd vägras eller när fristen åsidosätts, inträder ogiltigheten. I svensk familjerätt kan ena maken klandra vissa rättshandlingar som andra maken vidtagit. Först när maken klandrar rättshandlingen, inträder ogiltigheten, naturligtvis under förutsättning att klandertalan bifalles.

I svensk skatterätt har man den inställningen, att ogiltigheten måste ha inträtt, när beskattningen sker, för att kunna beaktas. Enligt min mening är detta ett naturligt synsätt. Man måste räkna med att ogiltigheten aldrig görs gällande i ett antal fall. Dock måste parterna i de fall, där rättsförhållandet återgår ha möjlighet att återfå ev. erlagd skatt. Sådana möjligheter finns i Sverige vid inkomst- och förmögenhetsbeskattningen. Den skattskyldige kan här få rättelse inom den ordinarie taxeringen och processen eller ytterst genom resning om taxeringen vunnit laga kraft.<sup>11</sup> Vid gåvobeskattningen finns inte samma möjligheter. Det beror på att lagstiftaren anses ha uttalat i förarbetena, men inte i lagtexten, att skatten inte skall kunna betalas tillbaka, se NJA 1982 s. 493. Detta synsätt har dock blivit kraftigt kritiserat.<sup>12</sup> Förmodligen kommer reglerna att ändras i framtiden.

Sammanfattningsvis kan konstateras, att det förefaller vara mest praktiskt att, som i svensk rätt, behandla latent ogiltiga rättshandlingar som giltiga rättshandlingar vid beskattningen. Om rättshandlingen sedermera återgår, bör den skattskyldige ha möjlighet att få skatten återbetald.

### 3.2. *Ogiltigheten har inträtt*

När ogiltigheten har inträtt är rättshandlingen ogiltig fr.o.m. dess tillkomst. Har ogiltigheten inträtt senare än när rättshandlingen tillkom, gäller den med tillbakaverkande kraft. Detta kan exemplifieras på följande sätt.

I ett svenskt äktenskap, där det råder giftorättsgemenskap, säljer mannen en fastighet, som är hans giftorättsgods, utan hustruns tillåtelse. Hustrun klandrar fånet med stöd av 6:4 giftermålsbalken och fånet blir först då ogiltigt med verkan från dess tillkomst.

Den som köper en jordbruksfastighet i Sverige måste söka förvärvstillstånd inom tre månader från det köpehandlingen upprättades. Vägras tillstånd eller försittes ansökningsfristen blir fånet ogiltigt. Köparen glömmer att söka förvärvstillstånd, och fånet blir därför ogiltigt tre månader efter det att köpet skedde.

Ogiltigheten inträder dock emellanåt redan i och med rättshandlingens tillkomst. Exempel på detta är obehörigen ingångna rättshandlingar av

<sup>11</sup> Extraordinär besvärsmått enligt 100 § taxeringslagen (1956:623) inom fem år efter taxeringsåret och resning är tänkbara extraordinära rättsmedel. Rättelse med stöd av resningsinstitutet synes kunna ske utan någon närmare tidsbegränsning, se närmare om dessa frågor i Bergström Svensk skattetidning 1985 s. 742 ff.

<sup>12</sup> Regeringen har dock i denna situation medgett befrielse från att erlagga gåvoskatt med stöd av 58 a § arvs- och gåvoskattelagen (1941:416).

omyndiga, och vissa rättshandlingar behäftade med formfel. Om ett fastighetsköp inte uppfyller formkraven i svenska 4:1 jordabalken, är fånget ogiltigt. Köpeskillingen kan exempelvis vara oriktigt angiven i köpehandlingen.

I praxis har både regeringsrätten och svenska högsta domstolen beskattat rättshandlingar, där ogiltigheten hade inträtt när beskattning skulle ske.

Vid bolagsbildningar mellan föräldrar och underåriga barn har regeringsrätten undantagsvis betraktat bolagsbildningen som giltig, trots att den var ogiltig p.g.a. att överförmyndarens tillstånd inte hade inhämtats och/eller god man inte hade godkänt bolagsbildningen. Det kan bero antingen på, att regeringsrätten inte hade uppmärksammat ogiltigheten eller att domstolen nöjt sig med att undersöka om vinstfördelningen mellan föräldrar och barn varit riktig, och då velat behandla giltiga och ogiltiga bolagsbildningar lika.<sup>13</sup>

I NJA 1982 s. 493 var gåvan giltig, när skattskyldigheten inträdde, men ogiltigheten hade påtalats och inträtt innan gåvobeskattnings hade skett. I mål I hade en gåva återgått p.g.a. att givare och mottagare hade gjort en missbedömning av hur stor gåvoskatten skulle bli. Högsta domstolen ansåg att gåvan var ogiltig p.g.a. oriktiga förutsättningar, men kom samtidigt fram till att gåvoskatt, trots detta, skulle utgå. I mål II hade gåvan återgått efter domstolsbeslut eftersom det ansågs strida mot tro och heder att åberopa gåvan, se 33 § avtalslagen. I detta mål återfick inte gåvomottagaren erlagd gåvoskatt. Högsta domstolen motiverade utgången i de båda målen med att depchefen i förarbetena år 1941 fick anses ha menat, att gåvobeskattnings skall ske även av ogiltiga rättshandlingar, utom i de fall, där ogiltigheten inträder av sig själv, d.v.s. utan att ogiltigheten behöver åberopas av någon.

Enligt min mening bygger utgången i målen på en felsyn. Det väsentliga är inte om rättshandlingen måste angripas för att bli ogiltig eller ej, eftersom även ogiltighet som inte behöver påtalas måste aktualiseras av någon taleberättigad, för att avtalet skall kunna bringas att återgå. Skillnaden mellan olika typer av ogiltighet blir därför av underordnad betydelse vid gåvobeskattningen. I vart fall bör alla gåvor som återgått vid beskattningstidpunkten inte gåvobeskattas. Reglerna ses för närvarande över och förändringar i denna riktning kan komma att genomföras. Det kan även konstateras att de återgångna gåvorna i NJA 1982 s. 493 hade ansetts som ogiltiga vid in-

<sup>13</sup> I RÅ 1985 1:51 uppmärksammade regeringsrätten inte, att en blandad fastighetsgåva från en man till hans hustru var ogiltig p.g.a. att den inte skett i äktenskapsförordets form. Misstaget hade dock inte någon betydelse för utgången i målet.



komstbeskattningen och därför inte medfört några skattekonsekvenser för de inblandade.

Huvudregeln i svensk liksom i övrig nordisk rätt är emellertid, att ogiltiga rättshandlingar där ogiltigheten har inträtt inte skall beskattas. Det spelar ingen roll om ogiltigheten inträtt redan vid avtalets ingående eller först senare.<sup>14</sup> Det finns, åtminstone i svensk rätt, få undantag från denna regel och de beror ofta på missuppfattningar av rättsläget eller att uttalanden i förarbetena följts.

### 3.3. Godkännande i efterhand

En ogiltig rättshandling kan ofta bli giltig från dess ursprungliga tillkomst, parterna emellan, om ogiltighetsgrunden undanröjs och parterna där efter godkänner (ratihaberar) rättshandlingen. Exempelvis är det vanligt att ogiltiga rättshandlingar vidtagna av underåriga kan ratihaberas. Rättshandlingen gäller dock mot tredje man först när den blivit giltig. Vid beskattningen kan man antingen tänka sig, att rättshandlingen skall anses ingången genom den ursprungliga rättshandlingen eller i först i och med bekräftelsen. Detta kan illustreras med följande exempel hämtat från svensk gåvoskattepraxis.

En moder skänkte en belånad fastighet till sin underåriga dotter i NJA 1980 s. 326. För att gåvan skulle bli giltig krävdes överförmyndarens tillstånd till barnets skuldsättning och att en god man godkände och mottog gåvan för barnets räkning.<sup>15</sup> Överförmyndarens och god mans tillstånd inhämtades i efterhand. Den gode mannen förordnades och godkände gåvan först 4½ år efter det att gåvan skett under förhandlingen inför högsta domstolen. Trots detta ansåg högsta domstolen, att gåvan i gåvoskattehänseende hade skett genom den ursprungliga rättshandlingen.

Om parterna gjort ett misstag och rättshandlingen därigenom blir ogiltig, anser jag att gåvan skall ses som giltig vid gåvobeskattningen, om parterna har rättat till felet, när beskattningen sker. Gåvan är ju då giltig och har parterna emellan gällt retroaktivt från det ursprungliga avtalets tillkomst. Det finns ingen anledning att lägga någon särskild skatterättslig vikt vid, att rättshandlingen inte gäller mot tredje man förrän först i och med att den godkänns.

Liknande frågeställningar har varit uppe till prövning i regeringsrätten i två fall.

<sup>14</sup> Jfr Bergström 1984 s. 233 och Gjems-Onstad s. 5 f.

<sup>15</sup> Se 15:14, 13:2 och 18:2 föräldrabalken.

I RÅ 1970 ref 42 hade köparen inte sökt tillstånd att förvärva en jordbruksfastighet i tid. Fånget blev därför ogiltigt. Sedermera bekräftade parterna den ursprungliga köpehandlingen och förvärvstillstånd söktes i tid. När målet avgjordes var förvärvsfrågan ännu inte prövad. Regeringsrätten uttalade, att bekräftelsen inte kunde anses innebära att det ursprungliga köpeavtalet ånyo blev giltigt, utan försäljningen fick anses ha skett i och med bekräftelsen vid realisationsvinstbeskattningen.<sup>16</sup>

Enligt den då gällande 2 § inskränkningsslagen (1916:156) kunde ett aktiebolag inte förvärva fast egendom utan särskilt tillstånd, såvida bolaget inte hade ett s.k. utlånningsförbehåll i sin bolagsordning.<sup>17</sup> I RÅ 1980 Aa not 40 hade ett aktiebolag förvärvat en fastighet utan tillstånd, trots att bolaget saknade utlånningsförbehåll i sin bolagsordning. Bolaget upptäckte 14 år senare att fastighetsköpet var ogiltigt, och införde då ett utlånningsförbehåll samt bekräftade köpet på oförändrade villkor. Regeringsrätten uttalade, att köpet fick anses ha skett först i och med bekräftelsen vid realisationsbeskattningen.

I båda fallen var det fråga om misstag från köparens sida, som förmodligen ledde till betydligt högre skatt än om de ursprungliga köpen varit giltiga.

Vid den löpande beskattningen har i ett fall en hel koncernbildning ansetts ogiltig, när moderbolag, som saknade utlånningsförbehåll i sin bolagsordning, förvärvat samtliga aktier i ett antal dotterbolag. Senare infördes utlånningsförbehåll i bolagsordningen, och aktieöverlåtelseavtalen ratifierades. Aktieköpen ansågs dock ha skett först i och med bekräftelsen, vilket fick till följd att alla transaktioner mellan moderbolaget och dotterbolaget innan bekräftelsen inte tillmättes någon skatterättslig relevans. Taxeringarna höjdes för de i koncernen ingående bolagen med mycket stora belopp.<sup>18</sup>

Parterna har i de redovisade fallen agerat som om rättsförhållandet vore giltigt, även innan dess avtalen blev giltiga genom bekräftelsen. Bekräftelsen innebar att avkastningen skulle tillkomma köparen fr.o.m. det ursprungliga avtalets tillkomst. Detta talar för att det vore praktiskt, om man kunde bortse från att avtalet varit ogiltigt och beskatta köparen fr.o.m. den ursprungliga överenskommelsens tillkomst. Mot detta talar, att det kan öppna möjlig-

<sup>16</sup> Beskattning förutsatte naturligtvis att köpet fullföljdes och att förvärvstillstånd sedermera medgavs köparen.

<sup>17</sup> Utlånningsförbehållet hindrade utländska subjekt att skaffa sig ett betydande inflytande i ett fastighetsägnande aktiebolag. Därigenom ansåg man sig att hindra, att utlåningar på ett indirekt sätt förvärvade fast egendom utan tillstånd.

<sup>18</sup> Målet prövad av kammarrätten i Stockholm. Regeringsrätten vägrade prövningstillstånd.

heter att manipulera med skatten, genom att tillgångarna kan på ett enkelt sätt återgå till säljaren vid förändrade skatterättsliga förhållanden. Det förutsätter dock att parterna är i maskopi med varandra. Förmodligen finns det i de flesta nordiska länderna möjligheter att vägra de skattskyldiga skatteförmåner, om de medvetet försöker att uppnå skatteförmåner genom att låta överenskommelsen vara ogiltig. Sammantaget talar detta enligt min mening för att ogiltiga rättshandlingar, som blir giltiga genom att de rättas till, i princip bör beskattas som om de vore giltiga från deras ursprungliga tillkomst.

Sammanfattningsvis talar övervägande skäl för att ett godkännande i efterhand, som medför att en ogiltig rättshandling blir giltig, borde innebära att den vid beskattningen skall ses som giltig från den ursprungliga rättshandlingens tillkomst, åtminstone så länge ogiltigheten beror på misstag från parternas sida. Denna lösning borde förmodligen kunna gälla oavsett vilka lösningar som har valts i de olika ländernas rättssystem.

#### *3.4. Parterna agerar som om rättsförhållandet vore giltigt*

I detta avsnitt skall jag diskutera hur beskattningen bör vara utformad, om parterna sätter sig över ogiltigheten och agerar som om rättsförhållandet vore giltigt.

I svensk rätt förekommer det, att parterna vid en fastighetsöverlåtelse t.ex. av skatteskäl anger för låg köpeskillning i köpehandlingarna. Eftersom köpeskillningen då är oriktigt angiven, är överlåtelsen ogiltig enligt 4:1 jordabalken. Detta förhållande kommer dock oftast inte till myndigheternas kännedom, och köparen brukar därför i allmänhet beviljas lagfart, trots att fånget kan vara ogiltigt intill dess att köparen kan åberopa hävd till fastigheten efter 20 år.<sup>19</sup>

Som exemplet visar är det inte ovanligt, att ogiltiga rättshandlingar utåt sett, d.v.s. för andra än parterna t.ex. parternas borgenärer eller olika myndigheter, framstår som giltiga rättshandlingar. Dessa kommer då i praktiken att bli beskattade som om de vore giltiga. Säljaren blir kapitalvinstbeskattad för sin vinst på försäljningen, liksom köparen om han i sin tur säljer fastigheten vidare o.s.v. Vidare blir t.ex. köparen beskattad för fastighetens avkastning. I stället uppkommer problem, om och när skattemyndigheterna

<sup>19</sup> Överlättes fastigheten vidare till ny godtroende köpare kan hävdetiden bli kortare, se 16 kap jordabalken.

får reda på att rättshandlingen är ogiltig. Flera svåra frågor måste då besvaras. För det första, kan skattemyndigheterna eller andra myndigheter agera så att rättsförhållandet bringas att upphöra? För det andra, hur skall parterna beskattas under den tid rättshandlingen varit ogiltig?

Det finns vissa begränsade möjligheter för myndigheterna att få den ogiltiga rättshandlingen att återgå. Jag skall här kortfattat behandla en lösning som förekommer i svensk rätt.

Om köparen av en fastighet söker lagfart, skall inskrivningsmyndigheten av sig själv pröva om fånet är ogiltigt i detta eller i tidigare led. Om ogiltighetsgrunden inte direkt framgår av handlingarna, torde det vara ytterst ovanligt att ogiltigheten upptäcks på detta sätt. Samma sak gäller när olika myndigheter skall pröva om fånet är giltigt, när köparen söker tillstånd enligt jordförvärvslagen (1979:230), lagen (1982:617) om utländska förvärv av svenska företag m.m., eller lagen (1982:618) om utländska förvärv av fast egendom m.m.

Som tidigare sagts brukar inte domstolarna eller andra myndigheter i praktiken på eget initiativ pröva i vad mån en rättshandling är giltig eller ej, utan ett uttryckligt eller underförstått lagstöd, såvida det inte är fråga om en mycket stark ogiltighetsgrund. I svensk rätt kan dock lagen (1985:277) om vissa bulvanförhållanden användas för att tvinga fram en försäljning av egendom som förvärvats genom ogiltiga rättshandlingar, som använts för att kringgå ogiltighetsregler i bl.a. ovan nämnda lagar. Om åklagaren får reda på att ett sådant bulvanförhållande föreligger, kan han förordna att kronofogdemyndigheten skall sälja egendomen på offentlig auktion, såvida inte bulvanförhållandet upphört före auktionen. Bulvanen eller huvudmannen kan dömas till böter eller fängelse vid uppsåtligt brott. Erfarenheterna visar dock att denna lag förmodligen inte kommer att användas särskilt mycket, eftersom det i praktiken är svårt att upptäcka ogiltiga rättsförhållanden.

Det kan konstateras att myndigheterna har ytterst begränsade möjligheter att få ogiltiga rättshandlingar att återgå, om de inblandade parterna inte bryr sig om att rättshandlingen är ogiltig. Jag antar att rättsläget är detsamma i övriga nordiska länder. Frågan är sedan hur ogiltiga rättshandlingar skall beskattas, om parterna agerar som om de vore giltiga.

Såvitt jag kan bedöma gäller förmodligen som huvudregel i samtliga nordiska länder, att förvärvaren knappast kan beskattas såsom ägare till tillgången, men väl, om reglerna tillåter detta, som brukare. Regeln är dock oftast inte särskilt praktisk, som kan illustreras med följande svenska

exempel. Först skall gåvo- och kapitalvinstbeskattningen och sedan den löpande beskattningen behandlas.

I gåvoskattemålet NJA 1973 s. 89 hade en hustru erhållit en aktiegåva, som var ogiltig vid skattskyldighetens inträde, eftersom gåvan inte hade skett i äktenskapsförordets form. Gåvobeskattning skedde inte p.g.a. att gåvan var ogiltig.<sup>20</sup> Så länge makarna levde ihop torde hustrun i praktiken kunna agera som aktiernas ägare, och uppbära utdelning och t.o.m. kunna sälja dem. Om denne köpare var i god tro torde han ha gjort ett giltigt godtrosvärv till aktierna. Hustrun kan dock inte enligt praxis kapitalvinstbeskattas för sin försäljning, se RÅ 1984 1:81. Möjligen kan mannen beskattas. Dessa fördelaktiga skattekonsekvenser uppmuntrar möjligen vissa förslagna skattskyldiga att överföra egendom till närstående genom ogiltiga överlåtelse.

Exemplet visar att det vore naturligare att gåvo- och kapitalvinstbeskatta ogiltiga överlåtelse, som inte har återgått vid beskattningstidpunkten. De skattskyldiga uppnår inte några skatteförmåner p.g.a. ogiltigheten, utan får då varken en bättre eller en sämre ställning, än om överlåtelsen vore giltig. Denna lösning borde påverka parterna att rätta till rättshandlingen och göra den giltig, eftersom skatteeffekterna då skulle bli desamma som för en giltig rättshandling. För skattemyndigheterna underlättar lösningen hanteringen, eftersom det torde vara svårt att kunna följa upp om en ogiltig överlåtelse sedermera blivit giltig, varvid ju en beskattning skall ske. Återgår överlåtelsen, bör det genom lagstiftning öppnas möjligheter att återfå tidigare erlagd skatt. Ett sådant system har man i Västtyskland.<sup>21</sup> Övervägande skäl talar för att ogiltiga överlåtelse, som inte återgått när beskattning skall ske, skall gåvo- och kapitalvinstbeskattas.

Om parterna handlar som om rättshandlingen vore giltig, agerar förvärvaren som om han vore ägare till egendomen. Han uppbär avkastningen, underhåller egendomen och står för övriga kostnader. Rättsförhållandets ekonomiska verkningar talar för att förvärvaren skall beskattas för egendomen. I allmänhet uppnår man denna effekt, om förvärvaren kan beskattas som nyttjanderättshavare till egendomen. Problem uppstår då bara, när det endast är egendomens ägare som kan beskattas för vissa inkomster eller få vissa avdrag. Värdeminskningsavdrag på fastigheter och inventarier, liksom nedskrivningsrätten på lager, tillkommer i princip endast ägaren enligt svensk

---

<sup>20</sup> Gåvan var ogiltig vid skattskyldighetens inträde. Om ogiltigheten inträder senare än vid gåvotillfället skall dock beskattning ske, se NJA 1982 s. 493 behandlat ovan i avsnitt 3.1.

<sup>21</sup> Se Bergström 1984 s. 41 ff.

rätt. Enligt densamma förutsätter i allmänhet reglerna om inkomstutjämning inom en koncern, att aktierna i dotterbolagen förvärvats genom giltiga köp. I annat fall är reglerna inte tillämpliga.

Det finns flera tänkbara lösningar att beskatta de löpande inkomsterna, som enligt reglerna tillkommer tillgångens ägare, när rättsförhållandet är ogiltigt. Man kan tänka sig att beskatta överlåtaren för tillgångens avkastning, men även att beskatta förvärvaren fram till dess överenskommelsens återgång aktualiseras. I svensk rätt har man valt en mellanlösning, nämligen att beskatta förvärvaren fram till dess ogiltigheten har inträtt, varefter överlåtaren beskattas, se t.ex. RÅ 1969 ref 57 och RÅ 1979 1:53.

En invändning är mot detta är, att rättsförhållandet blir retroaktivt ogiltigt i och med att ogiltigheten inträder. Det finns därför inte några sakliga civilrättsliga skäl att beskatta överlåtelsen som giltig fram till ogiltighetens inträde och först därefter som ogiltig.

En annan, allvarlig invändning mot regeringsrättens lösning är att ogiltigheten kan inträda vid olika tidpunkter på ett nyckfullt sätt. Det beror på att de skilda ogiltighetsreglerna kan reglera ogiltighetens inträde på olika sätt. Exempelvis inträder ogiltigheten genast vid vissa grövre formfel, men i andra fall först när rättshandlingen klandrats eller när förvärvstillstånd vägrats. I de båda senare fallen kan ogiltigheten inträda vid olika tidpunkter beroende på, när rättshandlingen klandras eller när avslagsbeslutet meddelas och vinner laga kraft.

Slutligen kan påpekas, att lösningen i praxis blir opraktisk, om parterna väljer att förnya avtalet. A förvärvar av B en svensk jordbruksfastighet genom köpekontrakt den 1/1 år 1. Sedan han glömt att söka förvärvstillstånd, förnyar parterna överenskommelsen den 1/10 år 1. Ny tremånadersfrist för ansökan om förvärvstillstånd börjar då löpa och vi antar, att A sedermera får förvärvstillstånd. Konsekvensen av regeringsrättens praxis blir då, att A skall beskattas för fastighetens löpande inkomster som dess ägare under tiden 1/1—1/4 och 1/10—31/12. B skall beskattas för resterande månader, då avtalet varit ogiltigt.

Exemplet visar, att lösningen i praxis kan leda till opraktiska resultat. Det finns därför anledning att pröva en annan lösning, nämligen antingen att aldrig beskatta förvärvaren om ogiltigheten inträtt, eller att beskatta förvärvaren så länge ogiltigheten inte har aktualiserats.

Väljer man den första lösningen, uppstår problem genom att förvärvaren vid en eventuell återgång kan få behålla avkastningen mot att han står för de löpande kostnaderna. Om parterna agerar som om rättsförhållandet vore giltigt, tillkommer förmodligen tillgångens avkastning förvärvaren under

överskådlig tid. Allt detta talar för att det knappast är särskilt praktiskt att beskatta överlåtaren för fastighetens löpande inkomster.

I västtysk rätt beskattas förvärvaren för tillgångens löpande avkastning så länge rättshandlingen inte har återgått. När rättshandlingen återgår kan förvärvaren teoretiskt sett återfå erlagd skatt. Det torde dock förutsätta att han tvingas ersätta överlåtaren för egendomens avkastning, vilket antagligen är mycket ovanligt i praktiken.<sup>22</sup> I svensk rätt har en gång föreslagits att ogiltiga rättshandlingar skall beskattas enligt sina ekonomiska verkningar. Förslaget har dock ännu inte genomförts.<sup>23</sup>

Enligt min mening är det mest naturligt att beskatta förvärvaren för tillgångens avkastning, så länge parterna agerar som om rättsförhållandet vore giltigt. Återgår rättshandlingen kan man förmodligen anta, att förvärvaren inte behöver ge överlåtaren ersättning för uppburen avkastning. Det kan finnas undantagsfall, där det är sakligt motiverat att förvärvaren återfår erlagd skatt, om rättshandlingen återgår. Det bör därför tillskapas regler efter västtysk modell som gör det möjligt för honom att efter ansökan återfå erlagd skatt. Lagstiftaren vill vanligen försvåra för enskilda att ingå ogiltiga rättshandlingar, som innebär att de inte får några fördelar genom att överträda offentlighetsregler. I sådana situationer är det dock fullt möjligt att kräva, att parterna rättar till överlåtelsen så den blir giltig, för att olika skatteförmåner skall kunna medges.

Sammanfattningsvis pekar övervägande skäl för, att det vore önskvärt att ogiltiga överlåtelser, som inte återgått när beskattning sker, skall gåvo- och kapitalvinstbeskattas. Lika naturligt förefaller det vara att förvärvaren även skall förmögenhetsbeskattas. Slutligen pekar framställningen på, att det vore en stor fördel om förvärvaren kunde beskattas för tillgångens löpande avkastning under den tid fånet varit ogiltigt. Om rättshandlingen återgår bör de skattskyldiga ha möjlighet att återfå erlagd skatt, som inte bör falla på dem. I de länder, där det saknas sådana möjligheter, bör rättelse-möjligheter införas genom lagstiftning.

#### 4. Diskussionsfrågor

Praxis, liksom litteratur, som behandlar beskattningen av ogiltiga rättshandlingar är sparsam i nordisk doktrin. Praxis och litteratur förekommer

---

<sup>22</sup> Se närmare därom Bergström 1984 s. 41 ff.

<sup>23</sup> Se SOU 1975:77 särskilt s. 87 ff.

i större utsträckning i Sverige än i övriga nordiska länder, vilket präglat min rapport. Framställningen visar, att det finns ett antal besvärliga rättstillämpningsproblem. Inledningsvis vore det därför värdefullt att diskutera några av de frågeställningar, som tas upp i rapporten, i syfte att belysa fördelar och nackdelar med de lösningar som finns i de olika nordiska länderna.

Därefter vore det intressant, om vi kunde diskutera om det är möjligt att kunna få en gemensam nordisk syn på hur ogiltiga rättshandlingar skall beskattas i Norden, vare sig ev förändringar kan ske genom lagstiftning, eller där detta är möjligt, genom praxisändringar. Vi bör begränsa oss till att behandla gåvo-, inkomst- och förmögenhetsbeskattningen. Tänkbara är bl.a. följande lösningar.

1. Ogiltiga rättshandlingar tillmäts aldrig skatterättslig relevans.
2. Ogiltiga rättshandlingar får skatterättslig relevans från deras ursprungliga tillkomst, om rättshandlingarna rättas till.

3. Ogiltiga rättshandlingar beskattas på samma sätt som giltiga rättshandlingar så länge de inte har återgått, förutsatt att de skattskyldiga därigenom inte lyckas uppnå otillbörliga skatteförmåner. Denna lösning måste troligen kompletteras med regler, som möjliggör för den skattskyldige att återvinna skatt, som inte bör stanna på honom, vid en återgång av rättshandlingen.

## Litteratur

Adlercreutz, Avtalsrätt I, 7.e upplagan. 1982.

Bergström, Skatter och civilrätt. 1978.

Bergström, Ogiltighet ur civilrättslig och skatterättslig synvinkel. 1984.

Bergström, Nya omständigheter som grund för omprövning av lagakraft-vunna taxeringar. Svensk skattetidning 1985 s. 742 ff.

Gjems-Onstad, Ugyldighet, bortfall og endring av avtale grunnet skattemessige forhold. (Utkast.)

Ussing, Aftaler paa fomuerettens omraade. 1945.



Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Erland Aspelin och Axel Lundqvist

## Synpunkter på återfallets betydelse i straffsystemet

Underlag för gruppdiskussioner under rubriken  
Återfallsprognos och straffbestämning

## Innehåll

I	Allmänt om återfall .....	113
1.	Bakgrund .....	113
2.	När bör hänsyn tas till återfall .....	115
3.	Reglering av återfall .....	118
4.	Återfall i belysning av preventionsteorierna .....	120
5.	Argumenten .....	122
II	Vilken betydelse bör domstolarna tillmäta återfallsprognoser vid påföljdsbestämning? Hur bör man över huvud taget hantera återfall vid påföljdsval och straffmätning? .....	125
1.	Inledning .....	125
2.	Nuvarande ordning .....	127
3.	Förslag .....	129
III	Vilken betydelse bör man tillmäta återfallsprognoser dels för anstaltsplacering och vistelse utanför anstalt under verkställighet av fängelse, dels för villkorlig frigivning? .....	131

# Synpunkter på återfallets betydelse i straffsystemet

Av hovrättslagmannen ERLAND ASPELIN och rådmannen AXEL LUNDQVIST, Sverige

## I Allmänt om återfall

Följande promemoria har upprättats såsom underlag för gruppdiskussioner vid Nordiskt juristmöte. Den gör inte anspråk på att ge någon fullständig täckning av återfallsproblematiken utan vi har begränsat oss till vissa givna frågeställningar. En utgångspunkt för framställningen är förhållandena i Sverige. Problematiken torde dock i huvudsak vara densamma i de övriga nordiska länderna.

### 1. Bakgrund

Säkerligen finns det många som anser att svaret på frågan om man bör se allvarigare på återfall än på förstagångsbrott är ganska givet: om någon gör sig skyldig till nytt brott efter att ha lagförts för annat brott, bör det nya brottet bestraffas hårdare. Skälet därtill kan vara att man tycker att brottslingen inte »tagit lärdom» av den tidigare domen. Han visar öppet trots mot samhällets rättsvårdande myndigheter. Eller också anses hans »brottsliga vilja» ha vuxit i styrka vilket kommit till uttryck i det nya brottet. Återfallet kan också framstå som särskilt samhällsfarligt. Det bör därför bedömas allvarigare än förstagångsbrottet. Men lika säkert som att denna uppfattning delas av många så finns det andra som menar att det endast är det nya brottet i sig som bör ha betydelse vid en bedömning av brottets svårhetsgrad. Återfallet skall därmed inte spela någon roll vid påföljdsbestämningen, d.v.s. påföljdsval och straffmätning. Principen lika brott lika straff skall gälla ograverad.

Det kan förefalla som om den sistnämnda uppfattningen skulle ha visst företräde i den allmänna opinionen. I en fältundersökning av allmänhetens rättsmedvetande avseende ett representativt urval av 400 män och kvinnor i Malmö kommun år 1975 (Ulla Bondeson NTfK 1976 s. 315 ff.) ställdes frågan: »Antag att två personer begått samma brott och att det är av all-

varligt slag. Den ene, Andersson, har tidigare inte blivit dömd för något brott medan den andre, Nilsson, tidigare är straffad. Den ene får 6 månaders fängelse medan den andre får 1 års fängelse. Vilket straff tror ni att domaren ger Andersson respektive Nilsson?» 87 % svarade att Andersson fick 6 månader och Nilsson 1 år. På följdfrågan »Varför tror ni det?» svarade de flesta att Nilsson tidigare straffats medan Andersson inte tidigare är dömd och att rättspraxis är sådan. När intervjupersonerna tillfrågades om hur de själva skulle döma i fallet svarade 41 % att de skulle döma på samma sätt som domaren medan 45 % ansåg att båda skulle få samma straff. Detta motiverades i många fall just av »lika straff för lika brott» eller av en hänvisning till likheten inför lagen.

Frågan är dock naturligtvis betydligt mer komplicerad än de nämnda svarsalternativen kan tyda på. Den har också under rättsutvecklingens gång ägnats stort intresse inom doktrinen och gett upphov till lärda avhandlingar.

Historiskt sett fanns det i vår äldsta rätt ingen anledning att ägna återfallsproblematiken någon vidare uppmärksamhet, detta av hänsyn till lagarnas kasuistiska uppbyggnad. Vissa inslag i lagarna gav ändå en vink om att frågan inte var betydelslös. I Yngre västgöotalagen stadgades sålunda i Tjuvabalkens p. 14 (Holmbäck-Wessén, Svenska landskapslagar 5, 1946) att »om fattig man, som är rätt allmosoman och ej förmår arbeta för sin föda, stjäla en lev eller ett fullt mål mat vare det saklöst men om han stjäla oftare än tre gånger på detta sätt vare han snattare och miste hud och öron.»<sup>1</sup>

Först under 1800-talets senare hälft när den svenska strafflagen fick den systematik som gäller än i dag — uppdelning av brotten i olika svårhetsgrader med en straffskala för varje brott och olika strafflatituder för varje svårhetsgrad — kom återfallsfrågan att föras fram som ett viktigt straffrättsligt problem, som väckte de rättslärdas intresse. Nämnas kan Lagus' avhandling »Om återfall i brott» (1855), Olivecronas skrift »Om orsakerna till återfall i brott» (1872) och Kallenbergs »Om återfall i brott» (1894). Det var en vanlig uppfattning vid den tiden att återfall i brott kvalificerade till högre straff. Man hade dock vissa svårigheter att klargöra om det var återfallet eller återfallsbrottslingen som motiverade straffhöjning. Tidigt framträdde också uppfattningen att återfallet hade sin grogrund i den asociala miljö

<sup>1</sup> Denna uppfattning, att återfallet bör ses som en försvärande omständighet och föranleda lagföring även om brottet är obetydligt, tycks gälla än i dag. Rapporteftergift kan sålunda i Sverige meddelas för ett obetydligt butiksnatteri men det förutsätts då att det inte är fråga om återfall. (Jämför 9 § polislagen och 5 kap. 5 § polisförordningen samt rikspolisstyrelsens närmare föreskrifter.)

som brottslingen levde i och som samhället själv bar skuld till, något som kunde tala för en mildare syn på återfallet. (Jämför Kallenberg a.a. s. 70 ff).

Återfallet har under senare år på nytt skjutits fram som ett betydelsefullt kriminalpolitiskt problem. Det aktualiseras bl.a. i debatten om det berättigade i att inkapacitera vissa brottslingar. Återfallsproblematiken gav ämne åt ett nordiskt symposium i Tällberg i april 1976 (Upprepad brottslighet, utgiven av statens råd för samhällsforskning, och NTfK 1976 s. 213—329).

I det följande skall vi knyta an till den debatt som förts om återfallets betydelse och som en bakgrund till den fortsatta framställningen peka på vissa inslag som närmare bör belysas. Till en början kan man fråga sig när hänsyn bör tas till återfall. Vilken betydelse bör man tillmäta återfallet från praktisk straffrättslig synpunkt? Påverkar återfallet synen på brottet eller brottslingen? Det finns en rad argument både för och emot uppfattningen att man generellt sett bör se allvarigare på återfallet än på förstagångsbrottet. Vilken bärkraft har de olika argumenten? Viktiga frågor är också hur man tekniskt sett bör reglera återfallet — om det nu skall tillmätas betydelse — och i vilka avseenden återfallet bör påverka påföljdsval och straffmätning samt även straffverkställigheten.

## 2. När bör hänsyn tas till återfall

I återfall finns inbyggt iteration, d.v.s. upprepandet av ett beteende eller tillstånd. Återfall används ofta synonymt med »recidiv» vilket för tankarna till sjukvården. I juridisk doktrin har man gjort skillnad mellan upprepade brottslighet (iteration) och återfall (recidiv). Om brottsligheten fortgått under en tidsrymd, innan brotten upptäcks och brottslingen lagförs, har den betraktats som upprepade brottslighet och det föreligger reell brottskonkurrens när brotten skall bedömas. Om det däremot finns en fällande dom mellan de tidigare och de nya brotten har återfall ansetts föreligga. Det finns kanske de som menar att man i sistnämnda fall också bör kräva att straffet enligt den tidigare domen verkställts innan det nya brottet förövats. Denna uppfattning framfördes av Kallenberg (a.a. s. 12 f).

Distinktionen mellan upprepade brottslighet och återfall kan diskuteras. Man kan sålunda fråga sig om det är förövandets av ett tidigare brott eller upptäckten (polisanmälan) eller lagföringen (domen resp. strafföreläggandet) eller verkställigheten av det ådömda straffet som bör kvalificera det nya brottet till återfall. I varje fall står det klart att den domstol som skall döma i brottmålet ofta får tillgång till en hel del information om den tilltalades

föregående brottsliga förehavanden. Det kan här gälla både misstankar om andra brott, rättsingripanden som inte lett till domstolsprövning, frikännande domar och andra tidigare domstolsavgöranden. Frågan gäller vilken betydelse sådan information bör ha för domstolens ställningstagande bl.a. i återfallsfrågan.

Som bekant är skillnaden mellan den faktiskt förövade brottsligheten och den brottslighet som kommer till polisens kännedom mycket stor. Man kan på goda grunder utgå ifrån att nära nog alla de som lagförs vid domstol tidigare gjort sig skyldiga till straffbara gärningar som inte upptäckts eller i vart fall inte lett till polisanmälan. Talet om förstagångsbrott är alltså från denna synpunkt illusoriskt. Den icke-registrerade brottsligheten kan ligga i tiden mycket nära den nya, upptäckta brottsligheten, den kan vara av samma (svårartade) beskaffenhet, den kan utgöra flerfaldiga återfall.

Den omständigheten att den dömda har bakom sig upprepad kvalificerad brottslighet kan naturligtvis tas till intäkt för att man bör se allvarigare på det nya brottet, även om den tidigare brottsligheten förblivit outredd. Innebörden härav skulle vara att det är den *faktiska* brottsligheten som har intresse från återfallssynpunkt. Mot detta kan invändas att den tidigare brottsligheten aldrig utretts och att den misstänktes skuld inte fastställts. Vi menar att redan detta utgör grund för att diskvalificera den icke-registrerade brottsligheten som återfallsgrundande. Återfall inrymmer sålunda ett krav på att gärningsmannens skuld för det tidigare brottet klarlagts, vilket kan ske genom dom. Att åklagaren meddelat åtalsunderlåtelse eller eljest avstått från att väcka åtal, fast utredningen pekat på att den misstänkte är skyldig, är däremot inte tillräckligt för att återfall skall föreligga.

Det sagda har samband med frågan vilken dokumentation som bör tillåtas för domstolarnas prövning av återfallsfrågan. I första hand bör man hämta information från det allmänna kriminalregistret där uppgifter lämnas om alla som av svensk domstol dömts till andra påföljder än böter. I kriminalregistret lämnas också uppgifter om verkställighetstider och prövotider för villkorligt frigivna, om förverkande av villkorligt medgiven frihet och om undanröjande av påföljder. En annan informationskälla är rikspolisstyrelsens person- och belastningsregister vilket — förutom kriminalregisteruppgifter och uppgifter om bötesdomar — också innehåller data som tas in i centrala polisregister. Bl.a. ges här ganska omfattande uppgifter om personer som misstänkts för brott, beskrivningar av olika typiska tillvägagångssätt vid förövande av brott, signalement på vissa kända eller misstänkta brottslingar och fingeravtryck. Polisregistren är främst avsedda för polisens brottsspanande verksamhet men också för olika former av personkontroll

från polisens sida. Även åtalsunderlåtelse registreras i polisregistren vilket kan få betydelse för åklagarens prövning av åtal vid upprepad brottslighet. Däremot registreras inte rapporteftergifter (Freese m.fl. ADB inom rättsväsendet, 1972).

Enligt vår mening talar starka skäl mot att domstolarna tillställs uppgifter ur polisregistren i samband med personutredningen i brottmål. Som regel saknar dessa uppgifter relevans för påföljdsval och straffmätning, eftersom kriminalregisterutdrag ger tillräcklig information om tidigare brottslighet. Det kan dock vara av betydelse från återfallssynpunkt att domstolarna får tillgång till data om bötesdomar. Sådana uppgifter kan erhållas via polisregistren men också från körkortsregistret och riksskatteverkets register som bl.a. innehåller uppgifter om överträdelse av reglerna om alkoholanteringen.

Det förekommer att en domstol genom personutredningen i ett mål tillförs omfattande informationer om den tilltalades tidigare kriminalitet, såväl registrerad som icke-registrerad. Uppgifterna kan ibland avse misstankar om brott som inte kommit till polisens kännedom eller brott som anmälts men som åklagaren inte ansett sig kunna styrka eller av annan anledning inte velat föra till åtal. I andra brottmål — väl det stora flertalet — är domstolens informationsunderlag begränsat till vad som framgår av det allmänna kriminalregistret och (i trafikmål) körkortsregistret. Det är angeläget att domstolarnas personutredning i detta avseende blir samstämmig och enhetlig. När det gäller uppgifter om tidigare brottslighet bör krävas att de begränsas till att avse brott som lett till fällande dom (resp. godkänt strafföreläggande). Endast sådana domar kan — utifrån rättvisesynpunkt — ges betydelse som återfallsgrundande.

Vi vill också ta upp frågan om brott som avdömts av utländsk domstol bör få åberopas som grund för återfall. Det förekommer att utländska straffregisterutdrag ingår i en domstolsakt och att i vart fall brottmålsdomar som meddelats i de nordiska länderna tillmätts betydelse från återfallssynpunkt. Detta får anses godtagbart. Däremot anser vi att man inte utan vidare bör godta brottmålsdomar i utomnordiska länder, särskilt om strafflagen där skiljer sig från de nordiska ländernas. Det är många gånger oklart vilken betydelse man bör ge en sådan dom. (Jämför dock stadgandet i 26 kap. 3 § brottsbalken enligt vilket en utländsk dom får tillmätas samma verkan som en svensk vid återfall i mycket grov brottslighet.)

En fråga som härefter uppkommer är om det för återfall skall krävas att det nya brottet har samma karaktär — d.v.s. är insorterat i samma kategori av brott — som det tidigare. Sådan brottslighet har ansetts nöd-

vändig och naturlig i äldre doktrin. Att den som tidigare förövat stöld eller annat förmögenhetsbrott senare gjorde sig skyldig till misshandel skulle alltså inte betraktas som återfall. Det finns onekligen visst fog för att på detta sätt inskränka återfallets tillämpningsområde. Utan att se något samband mellan den tidigare och den senare brottsligheten kan det vara svårt att motivera varför man skall se allvarigare på återfall.

Vi vill då också ställa frågan om man för återfall bör kräva att det nya och det tidigare brottet har ungefär samma svårhetsgrad. Om någon t.ex. har dömts för grovt rån och han senare gör sig skyldig till snatteri eller ringa misshandel kan man hävda att det nya brottet är så obetydligt i jämförelse med det återfallsgrundande brottet att det vore orimligt att tala om återfall. Att den dömda rånaren gör sig skyldig till snatteri kan ju snarare betraktas som en positiv utveckling bort från den allvarliga brottsligheten. Även när det gäller det omvända förhållandet, att den som tidigare förövat ett snatteri senare gör sig skyldig till grovt rån, är talet om återfall föga övertygande.

Tidsmässigt kan det röra sig om en mycket lång period mellan ett tidigare registrerat brott och ett återfall. Man kan fråga sig om det är rimligt att ett brott som ligger långt tillbaka i tiden bör verka återfallsgrundande. Även här finns det skäl att inskränka återfallets räckvidd. Att ange några bestämda tidsgränser är dock inte möjligt. De får bli beroende av arten och svårhetsgraden av brottsligheten.

Sammanfattningsvis menar vi sålunda att en precisering och inskränkning av återfallsgrundade situationer behöver göras. En sådan rimlig precisering vore att för återfall kräva att det tidigare brottet är avdömt och registrerat, att det är av liknande art och svårhetsgrad som det nya brottet samt att tidsrymden mellan brotten inte är alltför lång.

### *3. Reglering av återfall*

Man kan tänka sig olika modeller för reglering av återfall. En möjlighet är att lagen uttryckligen anger att återfall inte får verka straffhöjande eller åberopas som grund vid påföljdsbestämning. En annan möjlighet är att strafflagen innehåller bestämmelser om att återfall kan leda till strängare påföljd än vad som skulle gälla för förstagångsbrott. Regleringen kan innebära att den tidigare ådömda påföljden undanröjs och att ny, gemensam påföljd bestäms för den samlade brottsligheten. Man kan också ha en regel om att särskilt straff skall utmätas för det nya brottet varvid återfallet verkar straffhöjande. Lagen kan i så fall innehålla regler om förhöjda straffskalor



vid återfall. Det kan bli fråga om upptrappning av straffnivån antingen på det sättet att återfallet medför att en annan (högre) straffskala blir tillämplig eller så att straffhöjning sker inom ramen för den straffskala som bestämts för brottet. Man kan vidare — vilket vi närmare skall utveckla i det följande — reglera återfallet genom förverkande av villkorligt medgiven frihet.

I Sverige har strafflagstiftningen i äldre tider innehållit uttryckliga återfallsregler. I 1864 års strafflag var de i huvudsak begränsade till tillgreppsbrotten. Om någon gjorde sig skyldig till snatteri en tredje gång skulle brottet betraktas som första resan stöld. För varje ny resa stöld höjdes straffnivån för brottet. Vid återfall för fjärde gången eller däröver bestämdes straffskalan till straffarbete mellan sex och tio år eller på livstid. Den som återföll i stöldbrott dömdes också förlustig medborgerligt förtroende för alltid eller för viss tid. Vid strafflagsreformen år 1942 ändrades återfallsregleringen så att den kom att gälla samtliga förmögenhetsbrott. Samtidigt upphörde det gamla systemet med straffhöjning vid nya resor. I stället gällde enligt 4 kap. 14 § strafflagen att straffet skulle vid återfall bestämmas inom den latitud som gällde för den närmast högre svårhetsgraden. Ett återfall i snatteri ledde därigenom till att straffskalan för stöld blev tillämplig och att böter således inte kunde komma ifråga. För återfall i enkel stöld kom man upp i en straffskala som innefattade straffarbete från sex månader till sex år. Det stod klart att en sådan återfallsreglering kunde få alltför drastiska och obilliga konsekvenser. Även om reglerna i 4 kap. 14 § strafflagen formellt var obligatoriska kom de att tillämpas fakultativt. Man kunde avstå från förhöjningen om särskilda skäl talade därför.

Den nämnda regleringen upphörde när brottsbalken trädde i kraft år 1965. I 26 kap. 3 § brottsbalken infördes i stället en återfallsregel som fick generell tillämplighet i balken såvitt gällde brott som hade fängelse i straffskalan. Regeln innebar att domstol under vissa förutsättningar kunde döma till längre fängelsestraff (förhöjning av straffskalan med två års fängelse) än vad som eljest gällde för brottet. Regeln var dock inte obligatorisk utan domstolen kunde själv med hänsyn till omständigheterna avgöra om den skulle tillämpas.

Återfallsregeln i 26 kap. 3 § brottsbalken upphävdes genom lagändring den 1 april 1976 (prop. 1975/76:42). Därefter kan — om inte fråga är om mycket allvarlig brottslighet — återfall bara beaktas vid straffmätningen inom ramen för den straffskala som gäller för det aktuella brottet. Det fanns dock uttalanden i samband med förarbetena till 1976 års reform som tydde på att avsikten var att sådan straffhöjning skulle tillämpas mycket restrikt-

tivt. De undersökningar som gjorts av domstolarnas straffmätning ger en anvisning om att domstolarna följer en sådan återhållsam linje. Generellt sett tycks de vara obenägna att gå upp i straffskalan på grund av återfall. (Jämför Grönvall, Straffmätning, DsJu 1980:9).

I samband med att interneringsstraffet år 1981 utmönstrades ur påföljdsystemet i Sverige infördes en ny bestämmelse i 26 kap. 3 § brottsbalken vilken innebär att om någon som dömts till långt fängelsestraff (lägst 2 år) gör sig skyldig till ett nytt allvarligt brott (mer än 6 års fängelse i straffskalan) så kan återfallet medföra en förhöjning av straffskalan med 4 år. Som exempel på denna regels tillämpning kan nämnas att maximistraffet för grov misshandel är fängelse i 10 år. Genom återfallsregeln höjs straffskalegränsen till 14 år. (Är det dessutom fråga om gemensamt straff för flera brott höjs maximistraffet ytterligare till 16 år. Så högt straffmaximum torde dock inte ha tillämpats i praktiken.)

Det är betecknande för återfallsregleringen i strafflagen och brottsbalken att det i lagmotiven egentligen aldrig förts någon diskussion om grunden till att återfall skall leda till straffhöjning. Troligen har man tidigare inte funnit någon som helst anledning att ifrågasätta denna ordning, vare sig straffsystemet präglats av den klassiska straffrättsskolans idéer om ekvivalens och proportionalitet mellan brott och straff eller den positiva straffrättsskolans föreställningar om att straffets ändamål är samhällsskydd och att påföljderna bör sättas i relation till brottslingens farlighet eller den sociologiska skolans framhävande av att straffets uppgift är att bekämpa brottsligheten som socialt fenomen och att brottslingarna bör särbehandlas med hänsyn till påverkansgrad.

#### 4. Återfall i belysning av preventionsteorierna

Som tidigare nämnts kom återfallsproblematiken i blickpunkten under 1800-talet då brotten skulle graderas efter svårhet och förkastlighet och straffet sättas i proportion till brottets svårhetsgrad. Det var vid sådant förhållande naturligt att betrakta återfallet som symptom på ökad förkastlighet hos brottet.

Inom doktrinen framhölls dock att ett återfall inte påverkade brottets objektiva sida. Men det föreföll ändå rimligt att se allvarligare på återfall än på förstagångsbrott. Detta dilemma försökte man lösa genom att betrakta återfall som ett utslag av farligare brottslig vilja vid brottets begående vilket gav det enskilda brottet ett högre »subjektivt» straffvärde. Men det fanns också förespråkare för den uppfattningen att återfall var farligare för sam-

hället och därför krävde en kraftigare reaktion. I stället för att se återfallet som ett indicium på brottets subjektiva karaktär såg man återfallet som en objektiv omständighet som dock, märkligt nog, inte hänfördes till själva den brottsliga gärningen. (Jämför Victor, Återfallsregler i straffrätten i Upprepad brottslighet, NTfK 1976 s. 249 ff.)

Den vid denna tid förhärskande allmänpreventiva föreställningen att straffets uppgift var att verka avhållande (avskräckande) på människor i allmänhet talade också för att man borde se särskilt allvarligt på återfall. Den omständigheten att brottslingen återföll i brott visade nämligen att samhällets reaktion inte var tillräcklig, något som från allmän synpunkt borde leda till en skärpning av straffet. Det var ju av stor allmänpreventiv betydelse att samhällets sanktionsordning inte framstod som svag och ineffektiv. Om man inte med kraft reagerade mot återfall kunde detta leda till att respekten för strafflagen och normsystemet försvagades eller att straffets moralbildande eller moralförstärkande funktioner sviktade. Det var från dessa synpunkter viktigt att lagen klart och tydligt gav uttryck åt samhällets ogillande av återfall i brott. Den valda metoden att rubricera återfall i stöld som andra, tredje, fjärde . . . etc. resan, varvid reaktionen blev allvarligare ju fler resor det var fråga om, låg väl i linje med en sådan allmänpreventiv syn.

Även ur individualpreventiv synvinkel har återfallsregler en plats i systemet, i varje fall om man lägger skyddsaspekter på påföljdsvalet och straffmätningen och betraktar återfallet som ett indicium på ökad farlighet hos brottslingen. Om straffets ändamål skulle vara att förbättra (rehabilitera) den enskilde brottslingen och straffet i stor utsträckning ersätts med behandlingsåtgärder, var det angeläget att påföljden blev om möjligt skräddarsydd i varje särskilt fall. Ett återfall kunde då indikera att brottslingen inte fått tillräcklig »dos» av behandling efter det första brottet. Detta motiverade att man ökade insatserna vid återfall ungefär på samma sätt som när en patient behöver starkare medicin vid recidiv.

Det är dock att märka att påföljderna i ett behandlingsinriktat system skall bestämmas med hänsyn tagen till det individuella behovet, vilket inte nödvändigtvis innebär att de måste bli strängare. Ett återfall kan sålunda motivera behandlingsinsatser i stället för straff. Att den som dömts till fängelse för rattfylleri inom kort tidrymd därefter gör sig skyldig till flera återfall i samma brottstyp kan sålunda tyda på omfattande alkoholproblem som kräver nykterhetsvårdande åtgärder. I stället för ett förhöjt fängelsestraff blir den adekvata påföljden kanske skyddstillsyn eller överlämnande

till vård. Det må sedan diskuteras vilken påföljd som egentligen anses svårast ur den dömdes synvinkel.

Med ett strikt behandlingsinriktat påföljdssystem kommer intresset att tillgodose brottslingens behov av en lämpligt avpassad påföljd att väga över intresset av straffhöjning och strängare påföljdsval vid återfall. Återfall kan emellertid motivera nya och mer ingripande »behandlingsinsatser». Det är en illusion att tro att denna intensifiering av insatserna inte skulle innebära en skärpning av påföljderna som för brottslingen framstår som »straffhöjning». I verkligheten sker en upptrappning av reaktionen i en given ordning (villkorlig dom, villkorlig dom + böter, skyddstillsyn, skyddstillsyn + böter, skyddstillsyn + ett kort fängelsestraff, fängelse). Denna upptrappning betingas av att man ser särskilt allvarligt på återfall.

### 5. *Argumenten*

Ett vanligt argument i debatten om återfallets betydelse för påföljdsbestämningen och till stöd för att man bör se särskilt allvarligt på återfall är att återfallsbrottslingen är mer kriminellt belastad och farligare än förstagångsbrottslingen. Bakom denna uppfattning ligger den gamla tanken att den brottsliga viljan »objektiverats» i brottet. Man ser också i återfallet en manifesterad brottslighet som kräver särskilt samhällsskydd. Ju mer belastad en brottsling är desto större anses risken vara för att han fortsätter sin brottsliga karriär. Återfallet uppfattas alltså som ett indicium på fortsatt, allvarlig brottslighet.

Det är i och för sig förklarligt att många människor lägger sådana synpunkter på återfallet. Kravet på hårdare straff reses framför allt mot den som sätter brottsligheten i system och tydligt visar att han »står över» regelsystemet. Återfallsbrottslingen utmålats då ofta som professionell med utpräglad brottslig inriktning. Genom att efter tidigare lagföring och dom på nytt begå brott demonstrerar han en bristande respekt för rättsordningen. I förlängningen sätts ej sällan likhetstecken mellan återfallsbrottsling och vaneförbrytare. Däremot kan förstagångsbrottslingen (eller tillfällighetsbrottslingen som han ibland kallas) mötas med viss förståelse för sin situation. Hans debut i brottsliga sammanhang anses kanske mera ha skett av en slump, hans »oerfarenhet» är påtaglig, han har inte visat någon utpräglad »brottslig vilja», skadeverkningarna av hans brott är begränsade, o.s.v.

Tydligt är alltså att intresset till stor del fokuseras mot personen bakom brottet när det gäller att bedöma återfallets betydelse från straffrättslig synpunkt. Det finns här ett inbyggt prognostänkande som egentligen vilar på

mycket osäker grund. Att över huvud taget göra distinktioner mellan förstagångsbrottsling och återfallsbrottsling är som vi tidigare påpekat mycket svårt redan av det skälet att dessa båda kategorier inte kan särskiljas utan att man ger begreppet återfall en operativ bestämning. Men faktiskt är det också så att man inte i enskilda fall på grund av tidigare brottslighet med säkerhet kan fastställa att en individ kommer att återfalla i brott.

Självfallet går det dock inte helt att bortse ifrån att det finns risk för fortsatt brottslighet hos en person som gjort sig skyldig till upprepade återfall i samma brottslighet. Ju fler gånger han har återfallit desto större är risken för att han på nytt kommer att begå brott. Detta talar för att återfall, åtminstone upprepade sådana, bör kunna åberopas vid påföljdsbestämningen. Denna fråga skall vi behandla i ett följande avsnitt. Redan nu vill vi dock framhålla att det vore verklighetsfrämmande och blåögt att förneka att återfall innebär en förändrad situation som på ett eller annat sätt påverkar fortsatta straffrättsinsatser mot brottslingen.

Kvar står dock att brottet i sig inte förändras eller blir »farligare» därför att det betecknas som återfall. Objektivt sett är brottet detsamma och det tilldelas samma straffvärde. Men återfallet kan ingå som ett subjektivt moment vid fastställandet av skuldfrågan. Självfallet kan det också vara en viktig omständighet vid bedömningen av brottslingens personliga förhållande, vilket har betydelse för påföljdsval och straffmätning.

Det har funnits och finns kanske fortfarande de som hävdar att den dömdes personliga förhållanden och sociala situation i hög grad påverkar frågan hur allvarligt man bör se på återfall i förhållande till förstagångsbrott. Den som lever i en dålig socioekonomisk miljö och påverkas av asocial omgivning har naturligtvis svårare att anpassa sig till samhällets krav jämfört med den som lever under »ordnade» förhållanden. Härifrån är det dock ett långt steg till att påstå att förstagångsbrott bör betraktas som allvarligare än återfall. Tanken bakom detta argument är att det från samhällets sida skulle vara angeläget att reagera särskilt strängt mot förstagångsbrott som innebär debut i ett kriminellt beteende och därför framstår som farligt för »den allmänna samhällsmoralen». Med denna inställning bortser man dock helt från att förstagångsbrottslingen bör ha sin chans att visa att brottet varit ett tillfälligt avsteg. En hård attityd mot förstagångsbrottslingen skulle sannolikt få negativa effekter som man, åtminstone enligt den förhållande kriminalpolitiska uppfattningen, inte kan godta.

Ett vanligare argument är det motsatta, nämligen att man från rättvisesynpunkt bör se allvarligare på återfall än på förstagångsbrott. Vad som avses därmed är dock oklart. Att två personer som begått samma brott skall

få olika långa straff, därför att den ene tidigare är straffad, står ju klart i strid mot rättvisepincipen »lika brott lika straff». Visserligen kan det hävdas att den förut straffade har fått en varning genom domen varför han borde ha större förutsättningar att avhålla sig från brott än den tidigare ostraffade. En sådan uppfattning ger dock inte något stöd åt rättviseargumentet.

Mot att anlägga sådana rättviseskäl på straffhöjning vid återfall talar också det förhållandet att — som vi tidigare påpekat — de återfall som oberoas mot brottslingen bara avser den registrerade brottsligheten. Det är alltså mer eller mindre ett tillfälligheternas spel om en gärningsman skall betraktas som återfallsbrottsling eller inte. De brottslingar, vilkas tidigare brott inte upptäckts och registrerats, skulle alltså vinna en oförtjänt fördel av att bli betecknade som förstagångsbrottslingar.

Slutligen bör nämnas ett argument som särskilt i äldre tysk doktrin förts fram till stöd för att man inte bör se allvarligare på återfall än på förstagångsbrott. Det framhölls här att det är orättfärdigt och stridande mot grundläggande straffrättsliga principer att på nytt ta upp ett brott till bedömning när det redan är avdömt och utagerat. Straffet för det första brottet ansågs nämligen sonat och brottslingens skuld var utplånad. En del gick ännu längre och menade att om brottet vid återfall väcktes till liv och om straffet för det nya brottet skärptes fick detta till konsekvens att ett redan bestraffat brott på nytt bestraffades. Detta jämfördes med att samhället åter gör gällande en fordran som redan är betald och att man försyndar sig mot grundsatsen *non bis in idem*. (Se Kallenbergs hänvisning till Gesterding m.fl. i a.a. s. 69 ff).

Vi tror väl inte att denna uppfattning fortfarande har förespråkare. I så fall skulle kritiken riktas mot viktiga regler om sammanträffande av brott (34 kap. brottsbalken). De invändningar som gjorts mot denna tanke innebär att det vid återfall inte är meningen att straffbelägga något som ingått i det tidigare brottet. Avsikten är bara att ta hänsyn till det tidigare, rättskraftiga avgörandet vid bedömandet av det nya brottet och därmed sprida klarhet över de subjektiva momenten. Men samtidigt kan det inte förnekas att det gamla brottet tas upp till ny granskning. Dess art och omfattning beaktas vid prövningen om återfall skall anses föreligga.

De anförda argumenten för och emot uppfattningen att man bör se allvarligare på återfall än på förstagångsbrott är inte uttömmande. Det finns säkerligen ytterligare argument som förts fram i debatten alltsedan återfallsproblematiken blev ämne för straffrättsliga studier. Enligt vår uppfattning kan man dock inte ge något entydigt svar på frågan om återfallets be-

tydelse. Klart är emellertid att man generellt sett har anledning att betrakta återfallet som en försvarande omständighet vid en helhetsbedömning av brottslingens situation. På vad sätt och i vilken utsträckning detta bör slå igenom vid påföljdsbestämningen är problem som vi skall behandla i följande avsnitt.

## **II Vilken betydelse bör domstolarna tillmäta återfallsprognoser vid påföljdsbestämning? Hur bör man över huvud taget hantera återfall vid påföljdsval och straffmätning?**

### *1. Inledning*

I de nordiska länderna är återfall en av de omständigheter som spelar störst roll vid påföljdsbestämningen. Detta gäller kanske särskilt valet mellan kriminalvård i frihet och fängelse och mellan böter och fängelse men det gäller också vid straffmätningen inom de olika straffarterna. Som vi nämnt tidigare talar man vanligen om återfall som en grund för straffskärpning men det förekommer också att man i stället betraktar det som en för mildrande omständighet att den tilltalade tidigare är ostraffad. Resultatet blir, hur man än ser det, att återfallsbrottslingen behandlas strängare än förstagångsbrottslingen.

I det följande skall vi något diskutera återfallsprognoser och i vad mån sådana bör få påverka påföljdsbestämningen, d.v.s. påföljdsvalet och straffmätningen. Att återfallsprognoser över huvud taget är av intresse hänger samman med de s.k. inkapaciteringseffekterna. Med sådana avser man resultatet av det förhållandet att en lagbrytare genom tvångsåtgärder fysiskt hindras att begå brott. Tvångsåtgärder utgör här för det mesta frihetsberövande. Lagöverträdaren betas möjligheten att begå nya brott så länge han sitter inspärrad.

Det kan till en början konstateras att för många typer av brott är frihetsstraffen, också vid återfall, så korta att man praktiskt taget kan bortse ifrån inkapaciteringseffekter. Intresset riktas här främst mot vissa grupper av lagöverträdare som återfaller i förmögenhetsbrottslighet, inte alltid av särskilt allvarlig karaktär. Det finns undersökningar som tyder på att i storstadsmiljö en väsentlig del av t.ex. inbrottsstölderna begås av en förhållandevis liten grupp av starkt kriminellt belastade individer. Utvecklingen mot kortare frihetsstraff, tidigare villkorligt frigivning och vidgade möjligheter

till vistelse utanför anstalt har naturligen gett denna grupp större möjligheter att begå nya brott. Om mer kännbara reaktioner i form av längre frihetsstraff sattes in mot denna grupp skulle det — åtminstone i teorin — kunna ge effekt på brottsnivå och brottsutveckling.

Styrkan av en sådan effekt är dock omöjlig att förutsäga. Det hänger bl.a. samman med att den kriminellt högaktiva gruppen inte är oföränderlig. Nya medlemmar tillkommer och gamla faller bort. Vidare vet man inte hur den enskildes kriminella aktivitet varierar med längden av hans vistelse i frihet. Mot att använda återfallsprognoser vid påföljdsbestämningen och således beakta inkapaciteringseffekter talar emellertid ytterligare skäl. Inkapacitering som straffmättningsgrund har alltså ifrågasatts inte bara av det skälet att det är tveksamt om man får några mätbara brottsminskande effekter.

Det går således knappast heller att förena grundläggande rättvisekrav med en inkapaciteringsfilosofi. Avgörande är därvid med vilken grad av säkerhet man kan identifiera personer som kommer att begå brott i framtiden. Med låg träffsäkerhet i detta avseende minskar naturligen de eftersträvade effekterna samtidigt som riskerna för förhöjda straff som inte fyller sitt ändamål ökar.

Av forskningens resultat har framgått att det — som vi nyss var inne på — sannolikt går att identifiera vissa högriskgrupper. Att inom dessa grupper plocka ut de individer som kommer att göra sig skyldiga till nya brott är dock vanskligt, för att inte säga omöjligt. Osäkerheten blir större ju mer allvarliga och sällsynta brott det rör sig om. Förutsägelser om individuella återfallsrisker kännetecknas av många falska positiva (= lagbrytare där man förutsagt återfall som inte inträffar) och falska negativa (= lagbrytare där man förutsagt framtida laglydighet men där återfall inträffar). Det nu nämnda är enligt vår uppfattning ett avgörande skäl mot att använda inkapacitering som grund för påföljdsbestämningen. Härtill kommer att det för att man skall kunna nå mer påtagliga inkapaciteringseffekter är nödvändigt att för många brott höja straffen mycket kraftigt i förhållande till den nivå de ligger på idag. En så kraftig ökning av fångtalet som det skulle leda till skulle stå i strid med svenska kriminalpolitiska traditioner och med de syften som bär upp t.ex. vår socialpolitik. De kostnader för samhället och lidande för de intagna som en sådan nyordning skulle innebära skulle inte heller annat än marginellt kompenseras av ett bättre skydd för eventuella brottsoffer. (Beträffande det nu diskuterade se t.ex. Nils Christie i NOU 1974:17, Andrew von Hirsch, *Past or future Crimes*, 1985 och Eckart Köhlhorn i SOU 1986:15.)



Enligt vår uppfattning är det således helt otänkbart att inom ramen för den sedvanliga påföljdsbestämningen öppna möjligheter att genom återfallsprognoser ta hänsyn till intresset av inkapacitering i det enskilda fallet.

## 2. *Nuvarande ordning*

Det torde knappast finnas något rättssystem där inte tidigare domar för brott kan påverka påföljden för den nya brottsligheten. Detta kan emellertid ske på en rad olika vägar och den faktiska betydelse som den tidigare brottsligheten tillmäts växlar kraftigt mellan olika rättssystem. Det finns också, som framgått tidigare, mycket skiftande uppfattningar om på vilka grunder tidigare brottslighet bör tillmätas betydelse. Enligt vissa ökar klandervärdeheten medan andra hänvisar till behov av individuell avskräckning eller inkapacitering. Det finns också de som hävdar att det inte är de som tidigare dömts för brott som skall särbehandlas i skärpande riktning utan att särbehandling tvärtom bör avse åtminstone en del av de personer som tidigare är ostraffade och då ske i mildrande riktning. Vanligt är också att allmänpreventiva skäl åberopas som grund för en strängare bedömning av återfallsbrottslighet.

Det kan i och för sig ifrågasättas hur bärkraftig argumentationen för strängare straff i återfallssituationer är. Argumentet att man genom strängare straff skulle kunna påverka lagöverträdaren i positiv riktning har forskningen om olika straffs verkningar kullkastat. Det torde numera stå klart att särskilt långvariga frihetsberövanden ofta har en nedbrytande verkan på den intagnes personlighet och medför en rad andra skadeverkningar som bl.a. yttrar sig i oförändrat hög kriminalitet. Den allmänpreventiva effekten av att återfallsförbrytaren drabbas med svårare straff väger kanske något tyngre. Att bilda sig någon säker åsikt om detta är dock vanskligt och uppfattningarna i denna fråga är säkert delade.

Att gärningsmannen tidigare dömts för brott tillmäts i Sverige i dag vikt vid påföljdsbestämningen i tre situationer.

1. Vid påföljdsvalet. När en person som ett visst antal gånger dömts för brott till kriminalvård i frihet fortsätter att begå brott så konstaterar domstolen så småningom att kriminalvård i frihet har visat sig verkningslös och bestämmer påföljden till fängelse. På dett sätt privilegieras, med undantag för vissa brottstyper, en lagöverträdare i början av brottskarriären vid påföljdsbestämningen. Så småningom måste dock samhället visa allvar med det hot som straffbestämmelsen innebär och döma ut fängelse.

2. Vid straffmätningen. I kommentaren till brottsbalken (BrB I s. 71) uttalas att man vid straffmätningen fäster stort avseende vid om den tilltalade förut begått brott eller icke. Att märka är att detta uttalande gjordes före avskaffandet av den tidigare särskilda återfallsregleringen i 26 kap. 3 § brottsbalken, se om denna ovan.

3. Vid påföljdsbestämningen i övrigt. Om det nya brottet begåtts under prövotiden efter villkorlig frigivning kan den villkorligt medgivna friheten helt eller delvis förklaras förverkad.

Gärningsmannens tidigare brottslighet påverkar alltså såväl påföljdsvalet som straffmätningen. Det finns dock inga klara riktlinjer. Hänsyn kan tas på olika sätt och i olika kombinationer. Rättsläget är således f.n. oklart på väsentliga punkter.

Vad gäller bötesbrotten finns en förhållandevis klar praxis. Vid t.ex. olovlig körning och en del annan trafikbrottslighet innebär denna att bötesstraffet efter hand trappas upp vid återfall och så småningom går man, om straffskalan innehåller både böter och fängelse, över från böter till fängelse. Även beträffande återfallens betydelse för denna övergång från böter till fängelse synes en relativt väl utvecklad praxis föreligga.

Också vad gäller påföljdsvalet i de fall böter inte kan komma i fråga, d.v.s. då man straffvärdemässigt befinner sig på fängelsenivå, finns klara riktlinjer i praxis. Vid återfall vandrar gärningsmannen uppför trappan från villkorlig dom via skyddstillsyn till fängelse. Upprepade återfall inom viss tid i brottslighet av likartad natur leder så småningom till att fängelse ådöms.

När väl fängelse har ådömts och det sedan blir fråga om att för nya brott döma till ytterligare fängelsestraff blir dock rättsläget mer oklart när det gäller vilken inverkan den tidigare brottsligheten skall ha på straffmätningen. Tidigare fanns i brottsbalken den nyss nämnda bestämmelsen om förhöjt straffmaximum vid vissa återfall i brott. Denna bestämmelse upphörde den 1 april 1976. Uttalanden av departementschefen i den proposition som låg till grund för ändringen (prop. 1975/76:42) har på sina håll tolkats som ett påpekande att ändringen innebar att återfall framgent skall ha minskad betydelse även vid straffmätningen inom den vanliga straffskalan. Enligt vår uppfattning är det i dag svårt att uttala sig om i vilken utsträckning domstolarna vid straffmätningen tar hänsyn till tidigare brottslighet. Benägenheten att ta hänsyn av denna art skiftar mellan olika domare och domstolar. Det är tveksamt i vad mån hänsyn tas mer än i undantagsfall. I vart fall kan slås fast att praxis i denna fråga är oklar.

Att denna osäkerhet råder i praxis torde i viss mån hänga samman med att ny brottslighet också kan medföra förverkande av villkorligt medgiven

frihet. Förhållandet mellan straffmätningen och förverkandet är oklart. Om man i domstolen anser att straffskärpning skall ske på grund av återfall finns således inga klara riktlinjer för om denna skall åstadkommas genom förhöjd straffmätning, genom förverkande av villkorligt medgiven frihet eller genom en kombination av båda dessa alternativ. Härtill kommer att även när det gäller förverkande av villkorligt medgiven frihet, d.v.s. om sådan skall ske och i så fall hur mycket som skall förverkas, så finns ej några regler i lag utan endast vissa uttalanden i förarbetena. Erfarenheterna tyder på att tillämpningen av förverkande institutet skiftar. Den snäva tidsram inom vilken förverkande kan ske (normalt inom ett år från frigivningen) har också bidragit till en skiftande praxis.

Rättsläget är i Sverige således på väsentliga punkter oklart vad gäller tidigare brottslighets betydelse för påföljdsbestämningen. Oavsett vilken princip beträffande hänsynstagande till återfall som man må förorda framstår det som angeläget att denna centrala fråga klargörs. Detta är av stor vikt för en enhetlig praxis och ytterst av rättssäkerhets- och rättviseskäl.

### 3. Förslag

Vi menar att man i vissa situationer, framför allt vid valet mellan kriminalvård i frihet och frihetsstraff, inte kan komma från att beakta återfallet i straffskärpande riktning. En sådan ordning torde också av en bred allmänhet uppfattas som naturlig och rimlig. Med hänsyn till att många olika uppfattningar finns om varför, hur och i vilken utsträckning återfall bör tillmätas betydelse anser vi att det är väsentligt att man genom lagstiftning skapar underlag för en enhetlig och konsekvent praxis. Man bör således ha ett system av bestämmelser som tillsammans reglerar vilken betydelse tidigare brottslighet skall ha vid påföljdsbestämningen. Systemet bör utformas med beaktande av allmänpreventiva hänsyn. Med en sådan lagreglering saknas det i princip anledning för domstolarna att i de enskilda fallen ta ställning till andra grunder för att återfallet skall beaktas än att detta just följer av lagstiftningen.

Vad gäller tidigare brottslighets betydelse för straffmätningen vid *bötesstraff* och för *val mellan böter och fängelse* bör nuvarande praxis utgöra grund för en lagreglering. Det finns i fråga om böter inte någon möjlighet till upptrappning av påföljden vid ny brottslighet genom förverkande av den tidigare påföljden. Vad gäller rena bötesbrott finns inte heller möjligheten att skärpa påföljden via villkorlig dom, skyddstillsyn och kombinationsdomar till fängelse. En möjlighet att skärpa bötesstraffet på grund av tidigare

brottslighet behövs därför. En sådan möjlighet behövs också i fall då både böter och fängelse ingår i straffskalan för att uppskjuta övergången till fängelse. Återfall i bötesbrott bör således på sätt såsom f.n. sker i Sverige efterhand medföra högre bötesstraff. Upptar straffskalan både böter och fängelse nås så småningom den punkt där övergång till fängelse (eller någon icke frihetsberövande påföljd) får ske.

När det gäller *val mellan kriminalvård i frihet och frihetsstraff* kan man enligt vår uppfattning inte komma från den straffskärpande effekten av återfall. En villkorlig dom är en form av varning där hotet om senare frihetsstraff är det bärande momentet. Skyddstillsynspåföljden kan i viss mån betraktas på samma sätt. Gärningsmannen privilegieras de första gångerna han döms genom att han erhåller villkorlig dom eller skyddstillsyn i stället för fängelse. Privilegieringen kan dock inte försätta hur länge som helst. Upprepade återfall i brottslighet av likartad karaktär under viss tidsrymd bör därför såsom f.n. leda till en övergång från icke frihetsberövande påföljder till fängelse.

När det gäller *fängelsestraff* är de skäl som talar för straffskärpning vid återfall mindre tungt vägande än vid påföljdsvalet. Det är emellertid en realitet, som tidigare nämnts, att tidigare brottslighet efter den allmänna uppfattningen i samhället bör beaktas när nytt fängelsestraff ådöms. Man kan enligt vår mening inte se bort från detta när straffsystemet utformas. I den kriminalpolitiska diskussionen, och såvitt gäller Sverige också i domstolarnas praxis, spåras emellertid en ökande förståelse för de motskäl som kan anföras. Vi ansluter oss till denna tendens och menar att en viss försiktighet bör iakttagas med att beakta återfall i straffskärpande riktning vid ådömande av fängelsestraff.

Den försiktigt skärpta reaktion som vi förordar vid återfall kan åstadkommas antingen genom förverkande av villkorligt medgiven frihet eller genom förhöjd straffmätning. I dag kan i Sverige domstolen använda båda dessa alternativ antingen var för sig eller samtidigt. Denna ordning skapar problem. Det är i dag synnerligen osäkert i vad mån det över huvud taget sker någon skärpning av straffmätningen vid det nya brottet. Vår bedömning är att så sker endast i undantagsfall. Det är emellertid uppenbart att förverkande av villkorligt medgiven frihet sker i stor utsträckning. Vi anser att inte ens en detaljerad lagreglering kan lösa de problem i form av osäker praxis som vårt nuvarande system skapar. Vi menar att man måste helt komma bort från kombinationen skärpt straffmätning och förverkande.

Vi skall i detta sammanhang inte ge oss in på någon diskussion om institutet villkorlig frigivning och dess vara eller inte vara. Vi utgår från att vi

i Sverige även framgent kommer att ha villkorlig frigivning. Vid sådant förhållande är vi förespråkare för en obligatorisk villkorlig frigivning av alla intagna när de avtjänat två tredjedelar av strafftiden. Vi menar att någon minimitid för erhållande av villkorlig frigivning inte skall finnas. Alla som avtjänar fängelse bör således bli villkorligt frigivna med en återstående strafftid som kan förverkas vid ny brottslighet. Med en sådan konstruktion av villkorlig frigivning är det enligt vår uppfattning naturligt och närmast självklart att skärpningen av reaktionen vid ny brottslighet skall ske genom förverkande. Höjningen blir då också maximerad till att den frigivne på grund av nya brott inte kan drabbas av mer än vad han fått »efterskönt» främst på villkor att efter den tidigare domen inte begå ytterligare brott.

De väsentliga principerna om överskådlighet, enkelhet och förutsebarhet i straffsystemet talar således starkt för att återfall inte skall påverka straffmätningen. För detta talar även den osäkerhet som i Sverige råder om i vilken utsträckning straffmätningen f.n. påverkas av tidigare brottslighet. Härtill kommer att det inte går att principiellt motivera en sådan lösning. Ej heller föreligger praktiska skäl av den typ som vi anfört beträffande bötesstraffet.

Vi förordar således att straffskärpning för återfall bör komma till stånd genom förverkande av villkorligt medgiven frihet medan fängelsestraffet för det nya brottet bör bestämmas utan hänsyn till tidigare brottslighet. Förverkande av villkorligt medgiven frihet bör ändras till att bli en i förhållande till vad som i dag gäller i Sverige mer direkt reglering av den verkan gärningsmannens tidigare brottslighet skall ha vid påföljdsbestämningen. Förutsättningarna för förverkande bör preciseras i lagtext.

### **III Vilken betydelse bör man tillmäta återfallsprognoser dels för anstaltsplacering och vistelse utanför anstalt under verkställighet av fängelse, dels för villkorlig frigivning?**

Alltsedan brottsbalkens ikraftträdande i Sverige år 1965 har kritik riktats mot såväl påföljdssystemets vård- och behandlingsinriktning som inkapaciteringstänkandet. Grunden för kritiken har varit bl.a. att forskningen gett föga underlag för något antagande att man, åtminstone med nu kända metoder, genom vård eller behandling i någon mer påtaglig utsträckning kan minska riskerna för att de dömda fortsätter att begå brott eller underlätta deras resocialisering i övrigt. Vad gäller inkapaciteringstänkandet har

kritiken främst gällt svårigheten eller omöjligheten att göra individuella återfallsprognoser.

Som svar på kritiken mot behandlingstanken har anförts bl.a. att denna varit av avgörande betydelse för kriminalvårdens humanisering och att det förhållandet att det är svårt att bedriva ett effektivt rehabiliteringsarbete inte får tas till intäkt för att rehabilitering inte skulle vara möjlig eller att ambitionen att hjälpa de dömda bör överges.

För egen del ansluter vi oss till de kritiker som menar att påföljdsbestämningen inte skall baseras på behandlings- och inkapaciteringstankar. Däremot menar vi att det även i framtiden måste finnas utrymme för vårdinsatser i samband med att straffen verkställs. Även om man inte bör ha orealistiska förväntningar på kriminalvårdens möjligheter är det enligt vår uppfattning av avgörande betydelse för möjligheterna till en human och meningsfull kriminalvård att man bibehåller ambitionerna att så långt möjligt genom stöd och hjälp söka underlätta de dömdas resocialisering. Det är på verkställighetsnivån som de praktiska förutsättningarna för en sådan individualiserad behandling föreligger.

Vård- och behandlingssynpunkter talar i allmänhet för en för den dömda lindrig verkställighet. Intresset av inkapacitering talar i motsatt riktning. I dag skall i Sverige enligt lagen (1974:203) om kriminalvård i anstalt risken för fortsatt brottslighet beaktas bl.a. vid anstaltsplacering och vid beslut om permission. Det förhållandet att man vid påföljdsbestämningen inte skall beakta eventuella inkapaciteringseffekter motsäger inte på något vis att sådana hänsyn skall tas under verkställigheten av frihetsstraff. Det är närmast naturligt att den som bedöms vara benägen att avvika och begå nya brott skall förvaras under säkrare betingelser än den hos vilken sådana tendenser inte bedöms föreligga. Fängelse innebär att den dömda skall utsättas för en frihetsförlust. Det är avgörande för tilltron till straffsystemet att en sådan också verkligen kommer till stånd. Detta gäller inte minst om man strävar efter en minskad användning av fängelsestraff, såväl till antal som till längd. För att kunna åstadkomma en så human frihetsförlust som möjligt för det stora flertalet intagna är det nödvändigt att särbehandla dem som bedöms ha benägenhet att avvika och/eller begå nya brott under anstaltsvistelsen. På verkställighetsplanet finner vi det alltså rimligt att utföra återfallsprognoser och detta även med hänsyn till att den del intagna kan drabbas av en hårdare verkställighet än vad som skulle varit motiverad.

Den som undergår fängelse på viss tid skall enligt den svenska regleringen med ett väsentligt undantag obligatoriskt friges villkorligt när halva tiden har avtjänats. Undantaget regleras i 26 kap. 7 § brottsbalken och innebär

följande. Om någon har dömts till fängelse i lägst två år för särskilt allvarlig brottslighet som har riktat sig mot eller medfört fara för liv eller hälsa och det bedöms att påtaglig risk föreligger för att han efter frigivningen fortsätter brottslighet av samma slag, så får han inte villkorligt frigives förrän två tredjedelar av strafftiden har avtjänats. Frågan om villkorlig frigivning i dessa fall prövas av den centrala kriminalvårdsnämnden. När det gäller frigivning *efter* det att två tredjedelar av straffet avtjänats skall förutom återfallsrisken verkningarna av fortsatt frihetsförlust för den dömda och förutsättningarna för hans anpassning i samhället med hänsyn till de förhållanden i vilka han skulle komma att försättas efter frigivningen beaktas.

De nuvarande bestämmelserna om villkorlig frigivning trädde i kraft den 1 juli 1983. Alltsedan dess har reglerna varit föremål för debatt. Vad som därvid i första hand diskuterats är bestämmelsen om särbehandling enligt 26 kap. 7 § brottsbalken och kriminalvårdsnämndens praxis i detta hänseende.

Att på detta vis arbete med två kvotdelar varav den ena är obligatorisk och den andra fakultativ och prövas i ett senare skede av en administrativ myndighet är principiellt otillfredsställande.

Bestämmelserna innebär också en slags dubbelbestraffning. Vi kan ta narkotikabrott som exempel. När det gäller dessa brott har man i samband med senare tiders höjningar av straffskalorna i Sverige betonat att man bör se mycket allvarligt på narkotikabrott. Domstolarna har också varit mycket följsamma och utdömer i dag straff av en längd som för bara drygt tio år sedan var sällsynt. I domskålen betonas ofta det samhällsfarliga när det gäller dessa brott. Den kategori av brottslingar som till helt övervägande del kommer i fråga för särbehandling enligt 26 kap. 7 § brottsbalken är just de grova narkotikabrottslingarna. När den dömda således redan har suttit länge i anstalt och en frigivning aktualiseras skall man på nytt ta hänsyn till det allvarliga i brottsligheten. Om det finns »påtaglig risk för återfall» skall den dömda sitta av en sjättedel mer av sitt straff än andra. När en reglering av denna typ infördes i början av 1970-talet var tvåtredjedelsfrigivning det normala och halvtidsfrigivning kunde betraktas som en förmån. I dag då halvtidsfrigivning är regel kan senareläggning av frigivningen för vissa dömda inte gärna uppfattas som något annat än ett nytt straff.

Bestämmelsen i 26 kap. 7 § brottsbalken har motiverats av behovet av samhällsskydd. Den officiella uppfattningen är alltså att man kan skydda samhället och dess medborgare genom att låta vissa dömda sitta av ytterligare tid. Men tillägget blir maximalt en sjättedel av den ådömda strafftiden och i praktiken rör det sig mest om korta tider. Först om straffet är

så högt som sex år eller mer blir tillägget över ett år. Med tanke på hur sällsynt det är med så långa straff förefaller talet om samhällsskydd vara ihåligt.

En ytterligare urholkning av samhällsskyddet kan ha skett genom kriminalvårdsnämndens praxis. Bedömningen i nämnden har nämligen i stor utsträckning kommit att bli schablonartad inte minst på grund av vissa uttalanden i lagförarbetena (prop. 1982/83:85 s. 123 f). Där sägs t.ex. att om den dömde har kommit in i ordinarie permissionsgång eller överförs till öppen anstalt och det saknas uppgift om permissionsmissbruk eller misskötsamhet under anstaltsvistelsen, torde som regel inte finnas skäl att anse att återfallsrisken är påtaglig. Motsvarande aspekter kan enligt förarbetena anläggas på fall där den dömde har fått s.k. frigång eller särskild placering enligt 34 § lagen om kriminalvård i anstalt. Uttalanden som dessa har enligt kriminalvårdsnämnden medfört att åtskilliga grova narkotikabrottslingar frigives redan på halvtid eftersom de, med den bakgrund och de kontakter de har, kan sköta sig väl under anstaltstiden. Det är alltså långt ifrån otänkbart att det nuvarande systemet slår snett på så vis att många återfallsbenägna grova narkotikabrottslingar erhåller frigivning på halvtid medan andra mindre återfallsbenägna, men med sämre social situation, inte klarar av att sköta anstaltsvistelsen och på så sätt blir villkorligt frigivna först när de avtjänat två tredjedelar av strafftiden.

Den allvarligaste invändningen mot 26 kap. 7 § brottsbalken är emellertid att en individuell återfallsbedömning skall ske. Att utföra en sådan med någon grad av säkerhet är, som vi påpekat tidigare, oerhört svårt, för att inte säga omöjligt. Utförda undersökningar visar således att av en grupp våldsbrottslingar som på grundval av olika kriterier, såsom tidigare brottslighet, drogmissbruk och arbetssituation, bedömts vara återfallsbenägen återföll bara närmare hälften i våldsbrottslighet. Bland dem som bedömts vara inte återfallsbenägna återföll däremot cirka en fjärdedel i våldsbrottslighet (se närmare härom Eckart Kühnhorn i SOU 1986:15). Bestämmelsen i 26 kap. 7 § är därför rättsosäker.

Förutsebarhet och enhetlighet i de straffrättsliga avgörandena skall inte vara honnörsord utan realiteter. Detta är ytterst en fråga om att värna om rättssäkerheten. Man bör således medvetet sträva efter att begränsa utrymmet för fritt skön och godtycke vid tillämpningen av straffsystemet. Detta gäller naturligen inte minst den för de dömda synnerligen väsentliga frågan om frihetsberövandets längd. Att viss särbehandling av de intagna under en bestämd frihetsförlust sker med beaktande av återfallsrisker finner vi acceptabelt. Det är däremot enligt vår åsikt inte acceptabelt att frihetsberövandets längd skall påverkas av återfallsprognoser. Och detta lika lite,



eller kanske i än större utsträckning, om återfallsbedömningen görs på verkställighetsplanet och inte i domstolen. Grundläggande för vårt synsätt i denna fråga är omöjligheten att göra godtagbara individuella återfallsbedömningar.

Vi anser således att återfallsprognoser inte bör få tillmätas betydelse för frågan om tidpunkten för villkorlig frigivning. Den villkorliga frigivningen bör vara obligatorisk och ske efter *en* kvotdel för alla intagna.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Anders Vinding Kruse  
Jesper Lett

Ansvar for rådgivning vedrørende  
skattespørgsmål  
Civilretligt og strafferetligt

## **Indhold**

I. Indledning .....	139
II. Det civilretlige ansvar for skatterådgivning .....	140
A. Ansvarsgrundlaget .....	140
B. Ansvar for »undladt skattetænkning» .....	151
C. Andre erstatningsspørgsmål i forbindelse med skatterådgivning	165
III. Det strafferetlige ansvar for skatterådgivning .....	168
Dansk litteratur .....	174

# Ansvar for rådgivning vedrørende skattespørgsmål Civilretligt og strafferetligt

Af professor ANDERS VINDING KRUSE og advokat JESPER LETT,  
Danmark

## I. Indledning

Rådgivning om skattespørgsmål har i de senere årtier fået et kolossalt opsving. Af helt åbenbare årsager: Skattetrykket er steget voldsomt. I de nordiske lande nærmer personbeskatningen sig i værste fald til 80 % af indtægten. Men også de indirekte skatter er steget meget betydeligt i form af moms, punktbeskatning og andre afgifter. Endvidere er selve skattelovgivningen svulmet op og blevet præget af betydelige uklarheder, der ofte først kan blive opklaret gennem en retsafgørelse. I det hele taget er retsstoffet blevet uhyre indviklet og uoverskueligt. Dermed er behovet for professionel rådgivning steget tilsvarende. Men af de nævnte grunde er mulighederne for fejl i rådgivningen også vokset betydeligt — og hermed er vi ovre i vort mødes ansvarsemne. I det følgende skal der gives et oplæg til diskussionen på basis af *dansk ret*.

Vi sigter kun mod den egentlige *professionelle skatterådgivning*; altså en rådgivning, som den pågældende påtager sig som et led i sin profession som sagkyndig rådgiver. Her er der først og fremmest tale om revisorer og advokater, der traditionelt har beskæftiget sig med denne form for rådgivning. Men i de senere år er der kommet andre grupper til, der tilbyder professionel skatterådgivning, som for eksempel ejendomsformidlere (ejendomsmæglere og ejendomshandlere), forsikringselskaber, banker, sparekasser, investeringsselskaber med flere.

Vi har delt oplægget således, at Anders Vinding Kruse har forfattet afsnit II om det civilretlige ansvar, medens Jesper Lett har forfattet afsnit III om det strafferetlige ansvar.

## II. Det civilretlige ansvar for skatterådgivning

Ved *Anders Vinding Kruse*

### A. Ansvarsgrundlaget

Dansk lovgivning har ingen regler, som direkte tager sigte mod ansvaret for fejlagtig rådgivning. Ansvarret bygger således på domspraksis, der har anvendt *culpa principet* i kontraktsforhold. Dog vil en professionel rådgiver være objektiv ansvarlig for sine arbejdstageres fejl i henhold til den gamle regel i Danske Lov (1683) 3-19-2-.

Som nævnt i indledningen er der i nutiden adskillige erhvervsgrupper, som tilbyder professionel skatterådgivning. Retspraksis har dog i det hele og store kun beskæftiget sig med revisorers og advokaters ansvar. Det forekommer imidlertid temmelig klart, at de civilretlige ansvarsnormer i alt fald som udgangspunkt bør være de samme for alle professionelle skatterådgivere. Det ville således ikke være rimeligt, at en bank, der giver sig af med skatterådgivning, skulle være undergivet andre, for eksempel mildere, ansvarsregler end advokater og revisorer. Banken har ved at tilbyde sin assistance skabt en berettiget forventning om, at den besidder samme sagkundskab som en revisor eller en advokat, og bør ikke kunne undskylde sig med, at dens medarbejdere har en mindre omfattende uddannelse.

Retspraksis bygger som nævnt på en culpanorm, og det vil i nærværende forbindelse sige, at bedømmelsen af erstatningsansvaret for tab, der skyldes fejlagtig rådgivning sker efter *en speciel, faglig målestok*, der kan udtrykkes derhen, at det afgørende for ansvaret må være, om rådgiveren i den konkrete situation har udvist den omhu og faglige dygtighed, som man med rimelighed må kunne forlange af den pågældende professions udøvere. Ligesom ved den almindelige culpanorm må man i første række se hen til, hvad der blandt fagets udøvere (for eksempel Advokatrådet etc.) anses for forsvarlig fremgangsmåde i det foreliggende tilfælde, men det må samtidig understreges, at dette selvsagt ikke forhindrer domstolene i at fastslå — om end dette vil være temmelig sjældent — at den normale og sædvanlige fremgangsmåde inden for det pågældende fagområde ikke er tilstrækkelig i henseende til at undgå et erstatningsansvar. Det modsatte kan også være tilfældet. For øvrigt gives der mange tilfælde, hvor der ikke har dannet sig nogen bestemt tradition om fremgangsmåden; se som eksempel fra advokatgerningen rådsudtalelsen i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR) 1958, 510, Højesteretsdom

(HD), hvori det hed, »at der ikke kan siges at foreligge kutymer eller lignende på det omhandlede område, men omfanget af en advokats pligt til nærmere at undersøge et pantebrevs godhed må efter rådets opfattelse bero på en rent konkret bedømmelse».

Men selv om bedømmelsesmålestokken for rådgiveransvaret således i princippet ligger fast, er det indlysende, at denne målestoks konkrete anvendelse vil frembyde meget differentierede træk. Hertil kommer, at det er umuligt at få noget klart billede af culpanormens konsekvenser i det enkelte tilfælde, før det er fastslået, hvilke pligter, der påhviler den pågældende sagkyndige i den foreliggende situation.

Dette vil inden for skatterådgivningen betyde, at der må lægges megen vægt på, hvad rådgiveren har påtaget sig af pligter i den konkrete sag — eller som han ud fra sagens karakter med rimelighed bør pålægges.

Dersom det i den enkelte sag må antages, at rådgivningen har været forsvarlig, er rådgiveren ikke ansvarlig, selv om resultatet af rådgivningen ikke har givet positive resultater, ja måske endog ført til tab, og hun/han vil ligeledes være berettiget til sædvanligt vederlag.

Skatterådgivningen vil alt efter omstændighederne kunne antage forskellige former. I sin mest umiddelbare form sker den ved en henvendelse fra klienten som en forespørgsel om, hvilke skatteregler der gælder for et eller andet forhold, for eksempel om hvilken skat der udløses ved salg af en fast ejendom eller en forretningsvirksomhed, eller om en nærmere bestemt omkostning kan fradrages i den skattepligtige indkomst, eller om hvilken afskrivningsprocent der gælder for en maskine o.s.v. Men rådgivningen kan også forekomme mere indirekte. For eksempel må det være klart, at en revisor, som påtager sig at udarbejde en klients selvangivelse, må antages at gøre det i overensstemmelse med skattelovgivningen, hvorimod dette ikke umiddelbart kan antages ved udarbejdelsen af et årsregnskab, som ikke direkte skal anvendes i forhold til skattemyndighederne. Regnskabet vil jo ofte være udarbejdet med helt andre formål for øje. Det må også være klart, at et forsikringselskab, som opfordrer en person til at tegne en livsforsikring, blandt andet under henvisning til, at præmien kan fradrages i den skattepligtige indtægt, må være ansvarlig for ukorrekte oplysninger herom. Noget lignende må gælde om investeringselskabers oplysninger vedrørende skattefordelene ved tegning af anparter i et investeringsprojekt.

Mere omdiskutabelt er de tilfælde, hvor for eksempel en advokat er engageret til at koncipere en kontrakt om overdragelse af nogle industrielle maskiner fra en erhvervsdrivende til en anden, men hvor han ikke ved opdragets givelse er blevet anmodet om at rådgive vedrørende de skattemæssige

konsekvenser af overdragelsen. Endnu mere diskutabelt er de tilfælde, hvor en advokats opdrag drejer sig om salg af en fast ejendom for eksempel fra et dødsbo eller et skilsmissebo. Bør han her prøve på at udtænke den fremgangsmåde ved salget, der giver det mindste skattetilsvær, således at advokaten ifalder ansvar, hvis han undlader dette. Problemstillingen, som kunne kaldes »ansvar for undladt skattetænkning», er blevet yderst aktuel i Danmark efter nogle i de senere år afsagte domme. Spørgsmålet vil blive behandlet særskilt nedenfor under B.

Hvad angår hovedspørgsmålet om ansvaret for fejlagtig skatterådgivning forestiller man sig uvilkårligt, at denne altid må dreje sig om egentlige juridiske problemer. Dette er imidlertid langt fra tilfældet. Ofte vil klienten også have et forretningsmæssigt råd. Drejer det sig for eksempel om klientens påtænkte køb af en udlejningsejendom, ønsker han jævnligt ikke alene sin advokats bistand med den juridiske ordning af ejendomshandelen, men tillige hans mening om dispositionens forretningsmæssige betimelighed, og som følge af den pågældende advokats ofte indgående erfaringer i det rent forretningsmæssige vil klienten også i denne henseende kunne blive godt hjulpet. Men det siger sig selv, at selv om en advokats ansvar for et forretningsmæssigt råd ikke på forhånd kan afvises, må bedømmelsen af ansvaret stille sig forskelligt, praktisk udtrykt »mildere», end hvor det drejer sig om den rent juridiske rådgivning, hvor advokaten konsulteres som sagkyndig. Det samme kan være tilfældet ved revisorbistand. Ved siden af disse former for rådgivning vil en advokat eller en revisor også ofte rådgive klienten om rent personlige forhold. Advokaterne og revisorerne kan også i denne henseende i kraft af deres erfaringer hjælpe mange af deres klienter rent menneskeligt. Men erstatningsretligt kan der her kun undtagelsesvis blive tale om et ansvar, f.eks. hvis rådet er illoyalt.

Rådgivningsvirksomheden kan således groft opdeles i 3 kategorier: den sagkyndige juridiske rådgivning, den forretningsmæssige og den rent personlige. Disse forskellige former for rådgivning sker naturligvis i praksis ofte jævnsides, eller snarere indflettet i hinanden, men ved erstatningsansvarets bedømmelse må de søges adskilt.

Ved den nærmere bedømmelse af ansvaret må man sondre mellem, om det drejer sig om et *vanskeligt og intrikat juridisk problem*, eller om det angår *klare retsregler*, hvis indhold ikke åbner mulighed for rimelig tvivl.

Hvis rådgivningen drejer sig om simple eller klare retsspørgsmål, det vil sige retsspørgsmål, hvis besvarelse ingen omhyggelig jurist eller revisor vil nære nogen rimelig tvivl om, som for eksempel om betydningen af et skødes tinglysning eller størrelsen af arveafgiften for livsarvinger, vil rådgiveren

normalt være ansvarlig, hvis den fejlagtige rådgivning påfører klienten et påviseligt og adækvat tab. Drejer det sig derimod om tvivlsomme retsspørgsmål, vil han som hovedregel være ansvarsfri for et fejlskøn. Det samme gælder den forretningsmæssige rådgivning, hvor skønnet er endnu mere usikkert.

Ansvarsgrundlaget for fejl vedrørende klare retsspørgsmål er i øvrigt ret parallelt til ansvaret for rene ekspeditionsfejl, som for eksempel ikke-betaling af en terminsydelse, som advokaten, revisoren eller ejendomsmægleren har påtaget sig at betale. Drejer det sig for eksempel om ordningen af en ejendomshandel, må det erstatningsretligt set være underordnet, om advokatens undladelse af at bringe gældsovertagelsen i orden skyldes en ren forglemmelse, eller om det skriver sig fra en misforståelse af forskrifterne i Tinglysningslovens § 39.

Den afgørende sontring mellem klare contra tvivlsomme retsspørgsmål rejser imidlertid flere problemer.

For det første er grænsen mellem klare og tvivlsomme retsregler ikke altid let at drage. Kan der rejses rimelig tvivl om en retsregels fortolkning, bør rådgiverens fejlskøn normalt ikke være ansvarspådragende. Man kan her næsten anvende den gamle maxime, at enhver rimelig tvivl bør komme rådgiveren tilgode. På den anden side kan det ikke udelukkes, at fejlskønnet er så hasarderet, at det kan medføre ansvar.

Man må også være opmærksom på spørgsmålet om præciseringen af rådgiverens opdrag og dets betydning for ansvaret, idet ansvaret må afhænge af, hvilke pligter rådgiveren har påtaget sig. I mangfoldige tilfælde vil dette følge af traditionen, men er der tvivl, bør den forsigtige rådgiver skriftlig præcisere hvilke opgaver, han har påtaget sig.

Der er som sagt ingen tvivl om, at udgangspunktet i dansk ret er, at skatterådgiveren er ansvarlig for fejl vedrørende klare retsregler, hvad enten fejlen skyldes fejlagtig tro på, at retsreglen kan give anledning til fortolkningstvivl, eller fordi fejlen skyldes ukendskab til den pågældende regel.

Bliver en advokat eller en revisor derimod rådspurgt om tvivlsomme juridiske problemer, som kun kan besvares ved hjælp af mere eller mindre usikre fortolkninger af lovbestemmelser eller retspraksis, vil rådgiveren som regel være ansvarsfri, men anvendelsen af culpanormen kan dog give anledning til visse vanskeligheder. Det samme gælder, når spørgsmålet drejer sig om advokatens bedømmelse af en sags faktiske omstændigheder med henblik på betimeligheden af at lade sagen indbringe for domstolene.

Indledningsvis må man spørge: På hvilken måde kan det konstateres, at rådgiveren har skønnet forkert? Hertil må svares, at det principielt kun



vil kunne konstateres ved hjælp af en domstolsafgørelse. At andre jurister, herunder også dommere, der udtaler sig privat, måtte have en anden opfattelse af reglens fortolkning, må som regel være ligeegyldigt, medmindre det drejer sig om en almen og fast retsopfattelse, som ikke i litteraturen er blevet underkastet alvorlig tvivl. Men i så fald vil der normalt være tale om et »klart« retsspørgsmål, som kan medføre ansvar. Dette tjener dog til at understrege, at der objektivt må foreligge et tvivlsomt retsspørgsmål. At rådgiveren subjektivt og uden særlig undskyldning tror, at retsreglens indhold er tvivlsomt, medens enhver habil jurist vil karakterisere reglen som ganske utvivlsom, vil ikke kunne disculpere den pågældende rådgiver.

På den anden side bør man ikke gøre rådgiveren ansvarlig for et »fejlskøn« vedrørende forståelsen af en tvivlsom retsregel, når hans skøn er baseret på en forsvarlig undersøgelse af lovteksten, lovens motiver, eventuel retspraksis og den retsvidenskabelige litteratur, og hans slutninger fra disse kilder er i overensstemmelse med — eller dog ikke klart afviger fra — sædvanlig retskildelære. Thi i så fald foreligger der ikke culpa, og pålæggelse af ansvar ville være udtryk for et objektivt ansvar, som der ikke ville være rimelig grund til at påbyrde rådgiveren, og som for øvrigt heller ikke ville være i klienternes interesse. Samme synspunkter må selvsagt gælde, når talen drejer sig om indholdet af en regel, som har udviklet sig i retspraksis.

Drejer det sig om vurderingen af en sags faktum med henblik på at skønne over det sandsynlige udfald af en eventuel retssag, må tilsvarende betragtninger anlægges. Har advokaten omhyggeligt søgt at trænge ind i sagens faktiske omstændigheder, og er hans skøn baseret på en rimelig vurdering af bevisernes vægt ud fra almindelige erfaringer fra førelse af retssager, må han være ansvarsfri.

I det foregående er der nærmest blevet opstillet et idealbillede af rådgivningen om tvivlsomme retsspørgsmål, og udtrykt det selvfølgelig, at der i så fald ikke kan være tale om at pålægge ansvar for et »fejlskøn«. Problemet er imidlertid, om man ikke i det praktiske liv bør sænke kravene til rådgiverens arbejde og hans omhu noget. Det vil formentlig ikke være i klienternes normale interesse, at rådgiverne før enhver rådgivning foretager en større retsvidenskabelig undersøgelse, fordi dette måtte indebære en klækkelig forhøjelse af salærerne, uden at det vist tør antages, at sådanne undersøgelser i almindelighed ville resultere i en »bedre« rådgivning. Hvor meget man skal forlange af rådgiveren i retning af indgående og omhyggelige undersøgelser, bør formentlig også i ikke uvæsentlig grad afhænge af sagens og opdragets nærmere omstændigheder, herunder sagens størrelse og dens øvrige be-

tydning for klienten, forespørgslens art, hvor meget arbejde og hvor stor betaling opdraget forudsættes at betinge etc.

Men selv om man således ud fra en rimelighedsbetonet vurdering er nået frem til en nogenlunde klar standard for, hvor megen kraft og omhu rådgiveren bør behandle den konkrete sag med, er alle vanskeligheder for bedømmelsen af ansvarsgrundlaget ikke dermed overvundet. Thi selv om den pågældende rådgivers arbejde med sagen ikke kan stå mål med standarden — måske foreligger der endog betydeligt sløseri — er det jo ikke sikkert, at hans skøn og dermed hans rådgivning havde ført til et andet og bedre resultat, dersom hans arbejde havde været fuldt tilfredsstillende. Det drejer sig nu engang om tvivlsomme juridiske problemer, hvor flere modstridende løsninger i og for sig er »lige gode«. Efter almindelige erstatningsretlige grundsætninger skulle der i slige tilfælde ikke foreligge noget ansvarsgrundlag, således at myndighederne alene må være henvist til at anvende disciplinære sanktioner, eller eventuelt til nedsættelse eller bortfald af salæret. Spørgsmålet om standarden for advokatens eller revisorens arbejdsindsats i den enkelte sag er imidlertid ikke let at besvare. Dette kan belyses ved nogle karakteristiske tilfælde fra praksis.

I UfR 1946.205 forelå følgende tilfælde: Køberen af en fast ejendom havde sagsøgt sælgeren til at betale en erstatning på 15.000 kr., fordi nogle lejligheder i tagetagen var ulovligt indrettede, således at lejeindtægten blev mindre end opgivet. Sælgeren påstod sig frifundet under henvisning til, at han havde været i god tro, da der i meget lang tid og før hans ejertid havde været indrettet beboelse i tagetagen. Efter at sagen af forskellige grunde var trukket i langdrag, tilbød køberens advokat at give saldokvittering mod betaling af 3.500 kr. Sælgerens advokat anbefalede denne ordning, og sælgeren indgik herefter på dette forlig. Nogen tid efter kom sælgeren i forbindelse med en højesteretssagfører, som udtalte, at sælgeren efter stillingen i domspraksis ville være blevet frifundet, såfremt sagen var blevet afgjort af retten. Sælgeren anlagde derefter sag mod sin advokat. Under sagen blev den gamle sag trevlet op, ligesom retspraksis og ejendoms-sælgerens ansvar blev drøftet. Retten tog imidlertid ikke stilling til, hvad den tidligere sag antagelig ville være faldet ud til, såfremt den var blevet optaget til doms, men den fastslog, at den omstændighed, at advokaten i tillid til sin erfaring og indsigt vedrørende ejendomssager uden nærmere undersøgelse af teori og praksis efter sit bedste skøn havde rådet sælgeren til at indgå på forliget, ikke kunne bebrejdes ham som forsømmelighed af en sådan karakter, at den kunne pådrage ham erstatningsansvar over for klienten, idet — som det videre hed i dommen — »den af sagsøgeren på-

beråbte retspraksis ikke kan antages at have en sådan klarhed som af sagsøgeren hævdedet».

Det kan selvfølgelig undertiden være forbundet med nogen vanskelighed at drage grænsen mellem klare retsregler og sådanne, som må anses for tvivlsomme. Under erstatningssagen bliver domstolene som berørt i den nævnte dom nødt til at foretage en realitetsprøvelse af dette spørgsmål, men denne prøvelse skal i princippet kun tjene til at fastslå, om spørgsmålet henhører til de tvivlsomme retsspørgsmål eller ej. Jfr. i nærværende forbindelse en landsretsdom ref. i Sagførerbladet 1939 A.75, hvor det i præmisserne bl.a. hed: »Uanset om det af de sagsøgte hævdede synspunkt måtte findes at være det rette for afgørelsen af det omhandlede spørgsmål, har dette dog været af en så tvivlsom karakter, at et eventuelt fejlskøn i så henseende ikke vil kunne pådrage sagsøgeren erstatningspligt.»

Det er interessant at mærke sig udtalelsen i 1946-dommen om undersøgelse af litteratur. Under sagen havde advokaten forklaret, at han altid læste Ugeskrift for Retsvæsen (UfR), men at han ikke havde underkastet litteratur og domspraksis nogen særskilt undersøgelse med henblik på den foreliggende sag, men alene havde givet sit råd på grundlag af sin almindelige juridiske indsigt og erfaring. På basis af denne dom kan stillingen i retspraksis formentlig gengives derhen, at en rådgiver normalt ikke er forpligtet til at anstille omfattende undersøgelser af litteratur og domspraksis, hver gang han afæskes en udtalelse om et juridisk spørgsmål. Han må kunne forlade sig på sit almindelige jugement. Men hvis det imidlertid drejer sig om betydelige beløb, eller hvis sagen i øvrigt har afgørende betydning for klienten, bør rådgiveren formentlig foretage en undersøgelse af retspraksis og litteratur. Såfremt en rådgiver i disse tilfælde rådgiver uden en elementær undersøgelse af litteratur og domspraksis, bør han e.o. kunne gøres ansvarlig, hvis domstolene med nogenlunde sikkerhed tør statuere, at hans rådgivning har været baseret på en urigtig retsopfattelse, eller dog en retsopfattelse, som har meget ringe chancer for at få medhold hos domstolene. Men det må åbent erkendes, at det er vanskeligt at fastlægge grænsen for det »oplagte» fejlskøn.

Et helt andet spørgsmål er, om rådgiveren skal *informere klienten om, at spørgsmålet er juridisk tvivlsomt*. Det bør rådgiveren normalt gøre, da det meget vel kan tænkes, at klienten ikke ønsker at handle på basis af en usikker retstilstand. Det kan jo blive bekosteligt, hvis klienten, fordi han har handlet på basis af et usikkert skøn, senere bliver trukket ind i retssager om spørgsmålet, eller dog bliver involveret i besværlige diskussioner med skattevæsenet. Hvis klienten f.eks. har forespurgt, om han ved en udbe-

taling skal trække modtageren i kildeskat, og fået det svar, at det skal han ikke, risikerer han, hvis spørgsmålet i virkeligheden er omtvisteligt, at blive forpligtet til at foretage indbetaling eller at indskibe sig i en retssag. Havde klienten på forhånd fået at vide, at spørgsmålet var tvivlsomt, ville han ofte have renonceret og trukket kildeskat og dermed undgået senere ubehageligheder. Denne afgørelse må det være klientens egen sag at træffe. Rådgiveren må derfor ikke fratage klienten afvejningen og afgørelsen ved at skjule, at retsstillingen er usikker. Og som sagt: Rådgiverens fejlagtige tro på, at spørgsmålet er uomtvisteligt, er ikke nogen undskyldning.

Et andet spørgsmål er, om rådgiveren på eget initiativ skal foreslå klienten en fremgangsmåde, der vil være skattebesparende, men som, fordi fremgangsmåden kan give anledning til retlig tvivl, kan risikere at blive tilsidesat af skattemyndighederne. Spørgsmålet er vanskeligt og vil blive uddybet nedenfor i afsnittet om »undladt skattetænkning».

I nærværende forbindelse må det igen pointeres, at rådgiverne i disse tilfælde må være forpligtet til at informere klienten om risikoen, og er der risiko for, at fremgangsmåden kan udløse et strafansvar, bør den under alle omstændigheder frarådes.

Til belysning af problemet kan nævnes en dom afsagt af Vestre Landsret 20. juni 1986:

I sagen havde en statsautoriseret revisor sammen med en i Schweiz boende dansk advokat etableret et interessentskab i Schweiz, som skulle virke som salgskontor for et dansk hovedaktionærselskab. Interessentskabet bestod af hovedaktionæren og en svensk forretningsmand og skulle ifølge en samarbejdsaftale varetage selskabets interesser i Mellemuropa. I praksis virkede interessentskabet imidlertid alene som faktureringselskab uden egen organisation for hovedaktionærselskabets eksport til Sverige og Finland. Interessentskabet blev dog undergivet beskatning i Schweiz. De danske skattemyndigheder anerkendte imidlertid ikke konstruktionen, men beskattede det danske selskab og hovedaktionæren for de i Schweiz indtægtsførte indtægter, uden at der kunne ske lempelse i den danske beskatning for schweiziske skatter. Hovedaktionæren indgik derfor forlig med skattemyndighederne og efterbetalte betydelige skattebeløb og vedtog betydelige skattebøder. Hovedaktionæren og dennes selskab rejste derfor et erstatningskrav mod det revisorfirma, hvori revisor var ansvarlig deltager, på i alt 1.992.370 kr., opgjort som den i Schweiz betalte skat: 1.158.307 kr., personlig bøde og bøde til det danske selskab: 700.000 kr. samt advokatudgifter i forbindelse med efterbetalingssagen: 134.063 kr.

Vestre Landsret pålagde revisorfirmaet et erstatningsansvar på ca. 1,2 mio. kr. Landsretten lagde til grund, at revisoren havde virket som rådgiver for såvel hovedaktionæren som dennes selskab ved etableringen af interessentskabet, og at hovedaktionæren havde krævet, at etableringen ikke tilsigtede »opnåelse af skattefordele ved omgåelse af den danske skattelovgivning». Med henvisning til den såkaldte Havnemølle-dom (UFR 1960.535 HD) udtalte retten, at revisor burde have gjort opmærksom på de særlige problemer, en udskillelse af en driftsaktivitet indebar, navnlig når udskillelsen skete i udlandet.

Endvidere lagde retten vægt på, at revisor havde haft nøje kendskab til interessentskabets drift og derfor burde have meddelt, at den blotte fakturering ikke eliminerede skattepligten i Danmark.

Revisorfirmaet blev derfor dømt til at erstatte de i Schweiz betalte skatter og halvdelen af hovedaktionærens udgifter til advokatbistand, i alt 1.225.338 kr. Hovedaktionærens bøde og den anden halvdel af advokathonoraret, som skønsmæssigt blev anset at dække advokatbistand i forbindelse hermed, blev ikke medtaget i erstatningsopgørelsen, idet hovedaktionæren som forudsætning for bøvedtagelsen havde erkendt at have udvist grov uagtsomhed og dermed egen skyld af en sådan grovhed som efter almindelige egen-skyldsregler vil medføre bortfald af erstatningsansvaret. Dommen er anket til Højesteret. Se også HD i UfR 1986.662.

Som det vil forstås, forudsætter dommen, at rådgiveren også kan blive ansvarlig for klientens bødeansvar, jfr. herved også UfR 1922.921, 1924.56 HD, sml. 1986.662 HD. Dette ansvar forekommer mig dog betænkeligt, medmindre der intet kan bebrejdes klienten, fordi han er gået ud fra, at rådgiveren ville holde sig strengt til skattereglerne.

Vor skattelovgivning er som anført i indledningen præget af en betydelig indviklethed og uoverskuelighed. Lovstoffet er svulmet voldsomt op og en stor mængde regler giver, ikke mindst når de sammenholdes med andre regler, anledning til fortolkningstvivil. Dette medfører, at den for ansvaret fundamentale sondring mellem klare og tvivlsomme retsregler ofte bliver diffus. Som anført i det foregående bør der ikke pålægges ansvar, hvis der kan rejses rimelig tvivl om skattereglens fortolkning. Men selv om den ikke giver anledning til fortolkningstvivil, kan der være tilfælde, hvor ansvaret kan forekomme diskutabelt. Som et eksempel vil jeg nævne et tilfælde, hentet fra Advokatbladets rubrik »Rævesaksen» som p.t. er under påkendelse:

En forretningsmand købte i 1975 en erhvervsejendom, hvori han indrettede en forretning i selskabsform; selskabet betalte husleje til forretningsmanden, og i 1979 foretoges en omfattende om- og tilbygning på ejendommen. Mømsen til håndværkerne udgjorde kr. 250.000,00, som forretningsmanden, der var bygherre og personligt momsregistreret, trak fra.

I 1982 solgte forretningsmanden hele ejendommen til en bank. Banker er imidlertid ikke momspligtige og kan derfor ikke videreføre en afskrivning af en sælgers momsforpligtelse. Herved udløstes en momsreguleringsforpligtelse efter Momslovens § 16 jfr. lov-bekendtgørelse nr. 312 af 16. 5. 1978 § 2, og forretningsmanden måtte herefter tilbagebetale det fratrukne momsbeløb med kr. 166.000,00.

Under salgsforhandlingerne var forretningsmanden bistået af en advokat og en statsautoriseret revisor. Ingen af de pågældende rådgivere bragte momsproblemet frem under forhandlingerne. Forretningsmanden har derfor nu rejst et erstatningskrav overfor revisor og advokat for manglende rådgivning på dette punkt.

I diskussionen i »Advokaten» 1982 om undladt skattetænkning foreslog jeg, at Advokatrådet udarbejdede checklister over de juridiske faldgruber. Efter at jeg har læst Advokatens rubrik »Rævesaksen» i den efterfølgende tid om faldgruberne i skattelovgivning, er jeg kommet stærkt i tvivl om, hvorvidt noget sådant overhovedet er muligt.

Danske Lov omfattede praktisk talt hele retssystemet: Strafferet, proces, formueret, ejendomsret, erstatningsret, landboret, kirkeret o.s.v. Alligevel klarede den opgaven ved hjælp af ca. 2.000 lovparagraffer. I de 300 år, der siden er forløbet, er lovmaskineriet taget til i et voldsomt omfang. Tager man et eksemplar af Lovtidende fra de senere år og optæller antallet af paragraffer, når man til det næsten utrolige tal af ca. 12.000 som årsproduktion. Lad så være, at nogle af disse lovparagraffer er gengangere fra tidligere love. Tallet er alligevel formidabelt, og jeg vil tilføje: Helt uacceptabelt. Man skulle tro, at vore lovgivere går ud fra, at jo flere love et land har, desto bedre er det for dette land. Ganske vist siges det i fortalen til Jyske Lov, at »Med Lov skal man Land bygge», men denne prægnante sentens må formodes mere at have taget sigte på kvaliteten end på kvantiteten. Nu er næsten alt, hvad vi møder mellem vugge og grav, gennemtrængt af paragraffer. Det giver jurister nok at bestille, men alligevel vil jeg som jurist advare mod denne udvikling. I det lange løb kan den nedbryde respekten for lovgivningens gyldighed, og så visner retsidéen i det samfund.

På det foreliggende område om rådgiverens ansvar for ukendskab til lovstoffet, rejser det spørgsmålet, om rådgiveren altid bør være ansvarlig for sit ukendskab? I denne forbindelse bør nævnes den nye (fællesnordiske) lempelsesregel, som hos os er indføjet i Erstatningsansvarsloven, 1984 (EAL), § 24, hvorefter:

»Erstatningsansvar kan nedsættes eller bortfalde, når ansvaret vil virke urimeligt tyngende for den erstatningsansvarlige, eller når ganske særlige omstændigheder i øvrigt gør det rimeligt. Ved afgørelsen skal der tages hensyn til skadens størrelse, ansvarets beskaffenhed, skadevolderens forhold, skadelidtes interesse, foreliggende forsikringer samt omstændighederne i øvrigt».

Reglen gælder alt erstatningsansvar, altså ansvar både efter culpareglen og efter strengere ansvarsregler; også erstatningsansvaret i kontraktsforhold falder ind under reglen.

Men som det vil forstås er der tale om en snæver undtagelsesregel en slags »sikkerhedsventil» på erstatningsansvaret. Den bør dog kunne anvendes ved rådgivningsansvaret, når ansvaret vil virke urimeligt tyngende, f.eks. hvis ansvaret langt overstiger ansvarsforsikringens maksimum, og den udviste

culpa er relativt beskeden eller f.eks. ved rådgiverens ansvar for en fuldmægtig i henhold til DL 3-19-2. Endvidere er der mulighed for at anvende den, selv om ansvaret ikke vil virke urimeligt tyngende, »når ganske særlige omstændigheder i øvrigt gør det rimeligt».

Om den særlige lempelsesregel i Aktieselskabslovens § 143 se ndf. C.

Men selv om man ikke finder, at betingelserne for at lempe ansvaret efter EAL § 24 er opfyldt, må man rejse spørgsmålet, om ikke selve ansvarsnormen er for streng, når det f.eks. drejer sig om skatte- og afgiftslovgivningen.

Spørgsmålet er vanskeligt, men for mig at se, bør der være mulighed for at gøre modifikationer. Endnu for en 20—30 år siden, kunne en dygtig rådgiver normalt finde ud af, hvilke uomtvistelige retsregler, der var gældende vedrørende et skattespørgsmål, og han kunne ligeledes angive, hvor der kunne rejses tvivl om retstilstanden, altså tilfælde, hvor tvivlen først kunne afklares ved en retsafgørelse. Men sådan er det ikke længere.

Som pointeret i det foregående vil løsningen af et skattespørgsmål ofte kræve et betydeligt arbejde alene med hensyn til kildesøgningen. Juristforbundets skattelovsamling er på næsten 1300 sider, og da lovstoffet ændres i stadigt stigende tempo, vil der let opstå usikkerhed med hensyn til, om reglen er ændret. Hertil kommer så fortolkningsproblemet, der ofte vil kræve indgående studier af retspraksis (Landsskatterettens og de almindelige domstoles praksis), administrative afgørelser, som for eksempel Ligningsdirektoratets, etc., der endog ofte må søges i mange forskellige trykte og utrykte kilder. Det er tænkeligt, at den pågældende relevante regel efter en sådan indgående undersøgelse fremstår som en klar retsregel, men er det dermed givet, at rådgiveren eo ipso skal være ansvarlig?

Det må derfor overvejes, om rådgiveren ikke bør være ansvarsfri, når fejlen skyldtes ukendskab til specielle, især nye lovbestemmelser, og navnlig når de er »gemt» hen i et lovkompleks, hvor man ikke ville forvente en bestemmelse om det pågældende forhold: En ikke sjælden foreteelse nu om dage, og som derfor selv for den omhyggelige og samvittighedsfulde rådgiver indeholder et ubehageligt »overraskelsesmoment». Altså regler, som man ikke med rimelighed kan forlange, at rådgiveren bør være bekendt med.

Synsmåden lyder særdeles provokerende. Vort retssystem bygger jo stadig — selv for almindelige borgere — på den gamle sentens: Ignorantia juris semper nocet. Hvorledes kan man så foreslå modifikationer i sentensen, når talen er om en sagkyndig rådgiver?

Jeg gør det imidlertid alligevel. For det er ikke mere rimeligt af statsmagten at hævde grundsætningen uden modifikationer, når den selv har

skabt en lovjungle. Jeg skal ikke beskæftige mig med de sociologiske årsager til, at vi er endt i et lovkaos, men kun konstatere, at det er vi.

Det kan selvsagt anføres, at den foreslåede undtagelsesregel kan være vanskelig at håndtere i retspraksis. Men det er der så mange andre regler der er, uden at domstolene kan unddrage sig at anvende dem. Og for mig at se, forekommer reglen i nutidens kaotiske skattelovgivning som en rimelig modifikation i ansvaret. Man kunne også henvise til Straffelovens § 84, stk. 1, nr. 3, hvorefter straffen kan nedsættes, »når gerningsmanden har handlet i undskyldelig uvidenhed om eller undskyldelig misforståelse af retsregler, der forbyder eller påbyder handlingens foretagelse». Bestemmelsen, som dog ikke synes at have haft større indflydelse i skattestraffesager, bør også have en civilretlig pendant.

Man kan indvende, at en sådan undtagelse undergraver tilliden til revisor- og advokatstanden. Den burde snarere undergrave tilliden til lovgivningen.

Reglen har da også nogen støtte i enkelte domme. Man kan nævne UfR 1947.676 og 1977.50 HD. Den seneste højesteretsdom findes i UfR 1985.589, som vil blive omtalt i forbindelse med spørgsmålet om undladt skattetækning, hvor jeg også vil rejse spørgsmålet, om den foreslåede undtagelsesregel er vidtgående nok.

Henvisning til, at skatterådgiveren kan tage det afslappet, fordi han normalt vil have en ansvarsforsikring, er ikke noget særligt overbevisende argument, dels fordi rådgiveren som regel er undergivet en væsentlig selvrisiko og maksima, og dels at tarifieringen kan blive influeret af skadesforløbet. De allerede gældende tariffer er særdeles tyngende.

### *B. Ansvaret for »undladt skattetækning»*

Det foreliggende ansvarsproblem er navnlig blevet rejst i forbindelse med advokatansvaret og fremkommer på den måde, at advokaten af en klient bliver anmodet om at ordne den juridiske side af en sag, for eksempel en separations sag. Spørgsmålet er så, om advokaten på eget initiativ skal tage sagens skattemæssige aspekter op og prøve at gennemføre sagen på en sådan måde, at klienten slipper billigst muligt i skat. Der foreligger således ikke en direkte anmodning til advokaten om at anvise en skattebillig løsning, men snarere om en slags serviceydelse, der skal dækkes af det sædvanlige takstmæssige salær for den pågældende sags juridiske gennemførelse. Denne forskel i rådgivningssituationen bør efter min opfattelse spille en ikke uvæsentlig rolle ved bedømmelsen af ansvaret.



Men hvad enten rådgiveren er blevet direkte spurgt om han kan anvise en »skattebillig» ordning, eller om han pålægges en pligt til selv at tage spørgsmålet op, indeholder denne form for skatterådgivning overordentlig vanskelige problemer, ikke mindst fordi transaktioner, som har til formål at slippe billigst muligt i skat, ofte indebærer fare for at blive tilsidesat som omgåelse — ja de kan i værste fald føre til et betydeligt strafansvar både for klienten og rådgiveren.

Men der kan også opstå andre problemer ved den slags skatterådgivning som for eksempel etiske problemer. Disse skal søges belyst i forbindelse med de seneste retsafgørelser om spørgsmålet.

Spørgsmålet havde i lang tid indtaget en temmelig beskeden plads i litteraturen om advokatansvaret, indtil der kom en Østre landsrets dom af marts 1981, som blev trykt i Advokaten i 1982. Her gav den i samme årgang af bladet stødet til en større debat.

Sagen drejede sig om følgende tilfælde (navnene på de implicerede personer er ændret til fiktive):

Fru Vibe Hald rettede i oktober 1976 henvendelse til advokat Flink om at yde hende bistand under en sag om separation fra hendes ægtefælle Valdemar Hansen. Advokat Flink gennemførte separationssagen, og der blev afsagt separationsdom den 17. februar 1977.

Men allerede inden separationen havde ægtefællerne drøftet den kommende bodeling med advokat Flink. Det blev nævnt, at manden havde en landbrugsejendom, som skulle sælges, og at ægtefællerne var enige om at dele salgsprovenuet lige. Flink sagde, at de skulle holde ejendommen uden for bodelingen, som Flink i øvrigt skulle ordne efter separationen. Ejendommen blev solgt den 10. januar 1977 uden bistand af Flink, idet det var en anden advokat som sammen med en ejendomsmægler ordnede ejendoms-salget og tinglysningen.

Advokat Flink konciperede efter separationen en aftale om bodelingen, som begge ægtefæller underskrev den 30. marts 1977. I aftalen anføres det blandt andet:

»I bodelingen er ikke indgået provenu ved salg af landbrugsejendommen i Slaglille, idet den berigtigende advokat har fremsendt halvdelen af udbetalingen og værdipapirerne til hver af parterne. . . »

Flink beregnede sig et salær på 700 kr. for bistanden med bodelingen, og heraf blev de 250 kr. betalt af Valdemar Hansen.

Ægtefællerne anlagde senere sag mod advokat Flink, idet de gjorde gældende, at der var påført dem et tab på 20.300 kr. fordi salget af landbrugsejendommen ikke var blevet udsat til efter separationen og her gennem-

ført efter en lighedeling af ejendommen på skiftet ved udlæg af en halvdel til hver af ægtefællerne. Var dette sket, ville der ikke være blevet pålagt dem særlig indkomstskat i anledning af salget, og dette tab måtte advokat Flink være ansvarlig for, fordi han ikke havde tilrådet ægtefællerne at gennemføre bodelingen vedrørende ejendommen på denne måde.

Flink påstod frifindelse og anførte navnlig, at han intet havde haft at gøre med salget af landbrugsejendommen og ikke havde haft nogen anledning til at tage sig heraf. Forud for separationen repræsenterede han kun sagsøgeren Vibe Hald og måtte gå ud fra, at den fornødne vejledning af Valdemar Hansen blev ydet af 1) ejendomsmægleren, af 2) Valdemar Hansens egen advokat eller 3) af den berigtigende advokat.

Byretten afsagde følgende dom:

»Retten finder det ikke godtgjort, at der af ejendomsmægler Dal er givet sagsøgerne urigtig vejledning om det mest hensigtsmæssige tidspunkt for salget af ejendommen. Det lyder således rimeligt, at salget blev udsat til efter 1. januar 1977 for at opnå større fradrag ved beregningen af den særlige indkomstskat, medens det derimod må henstå som særdeles tvivlsomt, om det havde været fornuftigt at udskyde salget til efter bodelingen. I 1977 indgik ingen forpagtningsafgift, og besparelsen ved at blive fri for ejendommens driftsudgifter fra en tidligere overtagelsesdag sammenlagt med indtægten fra salgsprovenuet kan meget vel have oversteget den særlige indkomstskat rent bortset fra, at retten ikke kan bedømme, om det rent handelsmæssigt var forsvarligt at foreslå en sådan yderligere udskydelse af salget.

Retten finder i øvrigt ikke i det fremkomne støtte for, at advokat Flink har haft anledning til at rådgive sagsøgerne med hensyn til salget og allerede af denne grund må sagsørgtes frifindelsespåstand følges».

Byretten fandt altså, at der ikke var dokumenteret noget tab, men mente for øvrigt, at advokaten slet ikke i den pågældende situation havde haft nogen rådgivningspligt vedrørende skattespørgsmålet.

I Østre landsrets dom hed det imidlertid:

»Af en af Advokatrådet afgivet erklæring fremgår det blandt andet:

»Rådet skal herefter udtale, at en advokat, der bistår den ene eller begge ægtefæller med deling af fællesboet, uden særlig opfordring bør foretage undersøgelse af de skattemæssige konsekvenser af et påtænkt salg af boets aktiver og bør oplyse klienten om muligheden for at formindske særlig indkomstskat ved at udlægge aktiver med halvdelen til hver ægtefælle efter separationen og foretage salget derefter».

Herefter siges det i dommen: »Det er for landsretten oplyst, at forsøg

på at opnå tilbagebetaling af det omhandlede skattebeløb fra skattevæsenet har været forgæves.

Spørgsmålet om særlig indkomstskat ved salg af et fællesboaktiv på et tidspunkt, hvor ægtefæller ligger i separationsforhandlinger, må også under hensyn til den rette opgørelse af boet — anses for så væsentligt, at en advokat, der bistår den ene af parterne under bodelingen, i boets interesse har pligt til at gøre opmærksom herpå, uanset om han, som i dette tilfælde, har fået oplysning om, at salget ordnes på anden vis. Idet det må lægges til grund, at der som anført af appellanterne, forelå rimelige muligheder for at tilvejebringe de fornødne formaliteter for at undgå skattepligt, findes advokat Flink ved sin undladelse på en til erstatning forpligtende måde at have medvirket til, at der er opstået et tab for boet. Dette tab må begge ægtefæller være berettiget til at kræve erstattet. Idet erstatningen af de indstævnte anførte grunde ikke findes fuldt ud at kunne fastsættes til et beløb, svarende til det pålignede skattebeløb, findes erstatningen skønsmæssigt at burde ansættes til 10.000 kr».

Hvad angår revisorer, anlægger vore domstole lignende synspunkter, se Tidsskrift for Skatteret 1986.398 f (kommenteret af I. A. Strobel), men som oftest ifalder revisoren erstatningsansvar, fordi han ikke har advaret mod farerne for, at skattevæsenet ikke vil godkende en disposition eller forretningsgang, se blandt andet VLD af 20. juni 1986, refereret ovenfor og UfR 1986.662 HD (landsrettens dom).

Den ovenfor refererede Østre landsretsdom fra 1981 er blevet fulgt op af en Vestre landsretsdom af 7. marts 1983, refereret af Georg Lett i Revision og Regnskabsvæsen 1986.253 f:

I sagen afgik en gårdejer ved døden den 31. december 1976, efterladende kone og fem myndige børn. Den 10. januar 1977 købte hun et lille hus, og den 21. januar 1977 solgte hun landbrugsejendommen. Den 2. februar 1977 var arvingerne til møde i skifteretten, hvorefter boet blev udleveret til hensiden i uskiftet bo.

I forbindelse med salget af landbrugsejendommen havde beregningen af den særlige indkomstskat voldt knuder, fordi ejendommen var blevet til i forbindelse med en jordfordelingssag, hvilket gav problemer i forbindelse med beregning af anskaffelsessummen. Ejendomsmægleren havde med forbehold skønnet den særlige indkomstskat. Sluttedlen var derfor blevet betinget af godkendelse af advokat og landboforening. Der var under sagen en del usikkerhed med hensyn til, hvad der egentlig var blevet oplyst om størrelsen af den særlige indkomstskat, fordi de ikke havde vejledt om muligheden for helt at undgå den særlige indkomstskat. Ejendomsmægleren blev frifundet, blandt andet fordi det ikke blev anset for at være hans pligt at rådgive om særlig indkomstskat. Landboforeningen og advokaten blev både ved underret og landsret dømt til in solidum at betale 30.000 kr., der skulle fordeles ligeligt imellem dem i det indbyrdes forhold. Det

lagdes til grund i underretsdommen og landsretsdommen, at både landboforeningen og advokaten havde pligt til at vejlede om den særlige indkomstskat.

I landsrettens præmisser hedder det blandt andet:

»I betragtning af, at salget af landbrugsejendommen fandt sted i umiddelbar forbindelse med appellantens ægtefælles død, at slutsedlen var betinget af såvel landboforeningens som advokatens godkendelse, og at spørgsmålet om særlig indkomstskat for disse måtte fremstå som det væsentligste problem i forbindelse med handelen, findes disse indstævnte ved ikke at have rådgivet appellanten om virkningerne med hensyn til særlig indkomstskat ved foretagelse af skifte på ansvarspådragende måde at have tilsidesat deres pligter som henholdsvis advokat og regnskabskonsulent. . . . Opgørelse af det tab, der er påført enken, findes at være behæftet med betydelig usikkerhed. Den af enken opgjorte skattebesparelse forudsætter en fremgangsmåde i forbindelse med skiftet, der — i hvert fald på daværende tidspunkt — ikke kunne anses for almindelig kendt og anvendt, og det er usikkert, hvor stor en skattebesparelse et skifte med en anden valgt fremgangsmåde kunne have medført. Blandt andet under hensyn hertil og i øvrigt af de i dommen i så henseende anførte grunde tiltrædes det, at erstatningen er fastsat skønsmæssigt som sket».

Både i 1981- og 1983-dommen var der involveret salg af en fast ejendom. I salærtaksterne *for advokater* omfatter salæret for berigtigelsen af en ejendomshandel blandt andet: »Sædvanlig rådgivning om handelen og dens skattemæssige konsekvenser». Her er skatterådgivning altså ligefrem gjort til en pligt for advokaten. Men hvad denne rådgivning skal omfatte er tvivlsomt. Det må blandt andet afhænge af de konkrete omstændigheder, for eksempel om det drejer sig om en bolig, en forretningsejendom eller en landejendom og så videre. Der må også tages hensyn til, at handelen normalt er afsluttet på dette stadium, hvor skødet skal skrives. Advokatrådet synes at ville pålægge advokaterne temmelig vidtgående pligter her, jævnfør udtalelsen i 1981-dommen og nedenfor.

Både dommenes og Advokatrådets indstilling synes at være den, at ikke alene bør advokat og revisor som almindelig regel altid rejse de skattespørgsmål, som en ekspedition kan give anledning til. Nej, rådgiverne bør også samtidig udtænke den fremgangsmåde, som giver det lavest mulige skatte-tilsvar.

De to domme er i nogen grad blevet modificerede ved højesteretsdommen refereret i UfR 1985.489, men rækkevidden af dommen må anses for temmelig tvivlsom. Sagen drejede sig om følgende:

En advokat A fik i november 1978 henvendelse fra to søstre B og C, der mødte med en revisor, om at bistå dem med behandling af boet efter deres moder. Boets væsentligste aktiv var en landbrugsejendom, som B skulle overtage den 31. december 1978 på i forvejen aftalte vilkår. A udfærdigede straks skøde til B, medens skæringsdagen for boopgørelsen fastsattes til 15 måneders-dagen den 17. september 1979. Ejendomsudlægget blev herefter beskattet i boet. En anden revisor udarbejdede senere en redegørelse, som viste, at den pålignede skat kunne have været undgået, hvis A havde ladet B og C succedere i afdødes skattemæssige stilling hver for halvdelen og derefter ladet C overdrage sin halvdel til B. Herefter anlagde C sag mod A med påstand om erstatning for mangelfuld rådgivning ved ikke at have givet oplysning om denne mulighed. Påstand: 32.000 kr. Byretten idømte en erstatning, som skønsmæssigt blev ansat til 20.000 kr. Landsretten og Højesteret frifandt imidlertid advokaten.

Der var også under denne sag indhentet en udtalelse fra Advokatrådet:

1. Er en advokat, der bistår arvinger i forbindelse med et privat skifte, forpligtet til at foretage selvstændig rådgivning om de skattemæssige konsekvenser af udlæg af boets aktiver med og uden succession, når det lægges til grund, at sådan rådgivning allerede er givet af arvingernes revisor?

Svar: Ja.

2. Gør det nogen forskel, om den i spørgsmål 1 nævnte revisor er

- a) statsautoriseret,
- b) registreret revisor eller
- c) en anden revisor?

Svar: Nej, idet advokaten bør foretage en selvstændig rådgivning.

3. Bør en advokat ved tilrettelæggelsen af behandlingen af et dødsbo udelukkende tage hensyn til skattemæssige overvejelser, således at boets arvingers skattetilsvaret begrænses mest muligt?

Svar: Nej, ikke altid, idet der kan foreligge andre relevante hensyn end de skattemæssige.

4. I tilslutning til spørgsmål 3 bedes Advokatrådet oplyse, om det altid er en fejl at anbefale udlæg uden succession, såfremt det for boet medfører et større skattetilsvaret end udlæg med succession.

Svar: Som 3.

5. Er advokaten forpligtet til i forbindelse med sin rådgivning og behandlingen af boet at anbefale transaktioner, hvis eneste formål er at formindske skattetilsvaret, såsom udlæg af aktiver til personer, som ikke er interesseret i at erhverve disse, men blot skal videretransportere dem?

Svar: Advokaten bør oplyse om mulighederne for at formindske eller undgå særlig indkomstskat.

Fra advokatens side blev det for det første gjort gældende, at han ikke havde selvstændig pligt til at rådgive, når klienten i forvejen var rådgivet af revisor. Ligesom Advokatrådet afviste Højesteret dette synspunkt.

For det andet blev det gjort gældende, at den anviste løsning ikke var skattemæssig holdbar. Synspunktet var, at den søster, som ikke skulle have ejendommen, kun kunne være tryk ved løsningen, hvis hun på forhånd havde sikkerhed for, at den anden søster ville erhverve denne på forud aftalte vilkår. I landsretten forklarede hun ganske enkelt, at hun ikke havde økonomisk mulighed for at overtage halvdelen af ejendommen. Hvis der imidlertid forudgående var indgået en aftale mellem søstrene — mundtlig eller skriftlig — hvorefter halvparten skulle videreoverdrages til den anden søster på forud fastsatte vilkår og i øvrigt således, at denne søster blev friholdt for alle økonomiske virkninger og risici ved ejerskabet, ville dette udlæg ikke have andre virkninger for denne søster end de skattemæssige. Efter skattepraksis ville dette udlæg herefter ikke have nogen skattemæssig gyldighed.

For det tredje gjordes det gældende, at en advokat ikke kunne ifalde ansvar ved at undlade rådgivning om en ordning, der lå så tæt på kanten af det lovlige.

Landsrettens præmisser var følgende:

»Ved valget af beskatningsform lå det klart, at det var indstævntes søster, der skulle have ejendommen udlagt, og et forudgående udlæg af halvdelen af ejendommen til indstævnte med efterfølgende overdragelse af denne halvdel til søsteren ville alene have været begrundet i skattemæssige overvejelser. Landsretten finder det ikke nødvendigt at tage stilling til, om en disposition af denne karakter kunne få de tilsigtede skattemæssige virkninger, eller om den som af appellanten anført måtte tilsidesættes. Selv om dispositionen skattemæssigt kunne opretholdes, findes det efter dispositionens karakter ikke at burde medføre erstatningsansvar for appellanten, at han undlod at give oplysning om den nævnte fremgangsmåde».

Dommen blev stadfæstet af Højesteret, men med ændrede præmisser:

»Indstævnte bistod arvingerne med behandlingen af det privatskiftede bo og havde derfor en selvstændig pligt til at rådgive dem om den fremgangsmåde med hensyn til udlæg af landbrugsejendommen, som måtte være den fordelagtigste, herunder i skattemæssig henseende. Den i statsautoriseret revisor Bent Madsens skrivelse af 4. juli 1980 gængsne beretning, der ligger til grund for appellants krav, forudsatte imidlertid anvendelse af en fremgangsmåde ved appellants søsters erhvervelse af ejendommen, som ikke

naturligt kunne udledes af reglerne i Kildeskatteloven om beskatning af dødsboer sammenholdt med reglerne i den dagældende Lov om særlig indkomstskat vedrørende beskatning af fortjeneste ved afståelse af fast ejendom. Denne fremgangsmåde kan heller ikke i øvrigt antages at have været således kendt på daværende tidspunkt, at oplysning herom måtte gives for at opfylde kravet om korrekt og fyldestgørende rådgivning. Under disse omstændigheder findes der ikke at være grundlag for at pålægge indstævnte erstatningsansvar, og dommen vil derfor være at stadfæste».

Som det vil ses, knytter hverken Landsretten, Højesteret eller Advokatrådet advokatens pligt til at rådgive om den skatteretlige stilling til den ovenfor gengivne regel i salærtaksterne om berigtigelse af ejendomshandler, men til ordningen af et dødsbo. Det må også være en følge af reglerne om dødsbobeskatningen, at advokaten bør søge forskellige forhold afklaret under bobehandlingen, som har skattemæssige aspekter: Skal man for eksempel lade et aktiv beskattes i boet eller bør en eller flere arvinger succedere i boets og afdødes skattemæssige stilling? Svaret er ofte vanskeligt at give. Det afhænger blandt andet af, om arvingerne kan blive enige om aktivets udlægsværdi; om det er hensigten hurtigt at realisere aktivet efter bobehandlingen. Hvordan er boets likviditet? O.s.v. Men selv om problemerne kan være vanskelige at ordne, og ofte vil kræve en del diplomati fra advokatens side, er beskatningsreglerne nogenlunde klare. Det er først, når der fokuseres på særlige, mere indviklede transaktioner, som giver muligheder for at gøre skattetilsvaret mindre end »normalt», at der opstår de problemer, som de anførte domme beskæftiger sig med.

Som det fremgår af den sidste dom, tager Højesteret sit udgangspunkt i, at advokaten under behandlingen af et dødsbo har en selvstændig pligt til at rådgive om den skattemæssige billigste fremgangsmåde. Men efter præmisserne gælder dette dog ikke, hvis fremgangsmåden er vanskelig at finde frem til som følge af skattelovgivningens indviklethed, medmindre fremgangsmåden er almindelig kendt i advokat- og revisorkredse. På dette punkt harmonerer dommen med den ovenfor under A foreslåede undtagelsesregel. Derimod går Højesteret ikke direkte ind på spørgsmålet, om den omhandlede fremgangsmåde ville blive godkendt af skattemyndighederne. Landsretten strejfer spørgsmålet, men vil ikke tage stilling til det, og fastslår blot, at der efter dispositionens karakter ikke bør være noget erstatningsansvar. Hvad der nærmere ligger heri, kan man kun gætte på. Højesteret synes derimod at gå ud fra, at dispositionen ville have været lovlig. Thi havde Højesteret anset den for ulovlig, måtte dommen have afvist erstatningspligten under henvisning hertil.

Men selv om det må antages, at Højesteret anså ordningen for lovlig, drejer det sig dog om et så omtvisteligt spørgsmål, at det er umuligt for en advokat eller en revisor på forhånd at fastslå, at myndighederne vil godkende ordningen. Det er et tvivlsomt retsspørgsmål, som først endeligt kan opklares ved en afgørelse af myndighederne.

Kommer revisoren eller advokaten på eget initiativ ind på spørgsmålet om betimeligheden af at anvende fremgangsmåden, må disse rådgivere sikkert være berettiget til efter bedste skøn at tilråde eller fraråde klienten at indgå dispositionen. Tilråder de dispositionen, bør advokaten og revisoren dog informere klienten om den retlige tvivl og dermed om risikoen ved den pågældende disposition og formentlig bør de også informere klienten om muligheden for at få bindende forhåndsbesked fra skattemyndighederne i henhold til loven (143) af 13. april 1983. Og revisoren eller advokaten bør ikke medvirke, hvis de føler risiko for at skattemyndighederne vil anse transaktionen for en »skattefidus» med hvad deraf følger. Og de bør være ansvarsfri, hvis de nægter at medvirke.

I de nævnte domme drejer det sig derimod om rådgivernes pligt til at tage initiativet og nævne de mulige fremgangsmåder, som kan føre til et lavere skattetilsvare for klienten, og så enten anbefale den eller advare mod den.

I Østre Landsretsdommen fra 1981 (refereret ovenfor) ville skattemyndighederne formentlig have betragtet transaktionen som en omgåelse, hvis man allerede inden boets afslutning havde underskrevet en slutseddel, men hvor berigtigelsen af handelen blev udsat til efter boets afslutning. Men der er også andre hensyn at tage. Hvordan er advokatens eller revisors stilling, hvis det senere viser sig, at ejendommen er svær at sælge (faldende konjunkturer)? Eller hvis en af ægtefællerne eller arvingerne senere modsætter sig salg, fordi han ikke synes, at det opnåede tilbud er fordelagtigt nok, o.s.v. Også uden for bobeskatningen kan der opstå tilsvarende problemer.

Harve advokaten fulgt dommens anvisning, burde han af forsigtighedshensyn samtidig have forlangt klienternes skriftlige indforståelse med, at advokaten skal være ansvarsfri, hvis (1) ejendommen ikke senere kan sælges til den forudsatte pris, (2) at der ikke senere opstår uenighed om salgsbetingelserne, og (3) at skattemyndighederne ikke tilsidesætter fremgangsmåden som omgåelse eller lignende. Nu er ansvarsfraskrivelser for fagkyndig assistance ikke pyntelige — ja, undertiden ugyldige — og det er forståeligt, at advokater og revisorer helst vil undgå dem. Derfor er det også bedst, at ansvarsfraskrivelser normalt er overflødige.

Mange skattemæssige ordninger, som tilsigter et lavere skattetilsvare, vil



være juridisk tvivlsomme og bør derfor normalt ikke kunne pådrage rådgiver ansvar over for klienten hvis for eksempel skattemyndighederne senere tilsidesætter dem som ugyldige, men risikoen for ansvarspådragelse vil være til stede, og ansvarsgrænsen er her svær at drage. På den anden side vil et strengt ansvar for manglende rådgivning om billigst mulig skat netop tvinge rådgiveren og revisoren til at balancere på lovens kant med risiko for påtale for skattefiduser af tvivlsom karakter.

Nutidens skattelovgivning er som sagt såre indviklet, og det er evident, at en fantasifuld advokat eller revisor vil kunne finde på mange formentlig lovlige skattetransaktioner, som kan spare skat. Men er det rimeligt, at mangel på en sådan fantasi skal være ansvarspådragende? Man bør snarere bebrejde myndighederne, at de har skabt en sådan skattejungle, og hvor myndighederne for at »redde ansigt» ofte vil forsøge at ramme transaktionerne ved hjælp af analogibetragtninger eller omgælseshensigt eller som pro forma værk etc.

Nogle skatteregler forekommer mig direkte stødende, fordi de ligefrem indbyder til transaktioner, som udelukkende har til formål at undgå beskatning.

Dødsbøbeskatningen frembyder som sagt adskillige eksempler, men for at tage et simpelt eksempel, vil jeg nævne gaver fra forældre til børn. Hvis der er fuldstændigt fællesje, kan forældrene kun tilsammen give 8.000 kr. skattefrit til hvert af børnene; ved fuldstændigt særeje: Hver 8.000 kr., altså 16.000 kr., og ved blandet fælles- og særeje i alt 24.000 kr. til hver.

Hvad skal den slags mærkværdige regler egentlig tjene til? Hertil kommer, at mange borgere endnu besidder rudimenter af hæderlighed, som vil afholde dem fra den slags ordninger. Man kan fristes til at spørge, om lovgivningen har opgivet at fremme almindelig hæderlighed i befolkningen. Den eneste fornuftige og moralske ordning ville være at give en regel, hvorefter hver forælder kunne give deres børn hver for eksempel 8.000 kr. skattefrit uden hensyn til om forældrene er gift, har formuefællesskab, særeje eller blandet fælles- og særeje.

I min bog »Advokatansvaret» har jeg sat spørgsmålstegn ved, om den evige jagt efter smarte skattefif virkelig kan siges at være i overensstemmelse med god advokatskik og det strenge hæderlighedskrav, som med rette må stilles til en advokat. Og det samme gælder revisorer.

I hvert fald bør en undladelse heraf ikke straks medføre erstatningsansvar. Og med lidt god vilje kan landsrettens præmisser til 1985-dommen bruges som støtte for dette synspunkt.

I denne forbindelse vil jeg gerne fremdrage et klassisk synspunkt inden

for erstatningsretten, som ikke har været inde i debatten om ansvaret for skatterådgivning. Jeg tænker herved på den betingelse, man i sin tid opstillede, nemlig at erstatningsansvaret er betinget af, at den skadede interesse skal være værdig til retsordenens beskyttelse. Her kommer der et etisk synspunkt ind i erstatningsreglen. Erstatningskravet bør ikke kunne opfattes som umoralsk — eller sagt med andre ord: Ikke alle interesser bør være værnet af erstatningsreglerne. Jeg er klar over, at jeg herved bevæger mig ind i et vanskeligt problem. Man har sagt, at der er intet umoralsk ved at forsøge at undgå skat, blot metoden er lovlig, eller som det er udtrykt: At hensigten med en aftale eller en anden disposition udelukkende er at undgå beskatning, gør den ikke i sig selv ulovlig. Dette synspunkt er nok rigtigt et langt stykke hen ad vejen. Men dansk retspraksis viser, at sådanne dispositioner kan tilsidesættes af myndighederne således, at der alligevel skal betales skat, idet man anser dispositionen for en »omgåelse» af skattereglerne. Man anvender en disposition, som ikke direkte falder ind under skattebestemmelsens ordlyd, i håb om at undgå skattepligten.

Jeg ser bort fra rene pro forma transaktioner, da disse ikke volder de helt store problemer, idet de selvsagt ikke er bindende for skattemyndighederne, når de ikke er bindende inter partes. Problemet er blot at afsløre, at der kun er tale om pro forma; hvilket naturligvis kan volde bevismæssige problemer.

Derimod er der betydelige problemer, hvis en disposition skal tilsidesættes ud fra synspunktet »omgåelse af skattelovgivningen».

Nu har dansk retsteori siden Julius Lassen og Ussing betegnet doktrinen om omgåelse af retsregler som et overflødigt rekvisit. Det, der er tale om, er i virkeligheden kun et spørgsmål om lovforklaring, nærmere betegnet et spørgsmål om en udvidende fortolkning, af lovtæksten — altså et spørgsmål om dens analogi — således at dispositionen føres ind under skattereglen, selv om den ikke rammes af ordlyden i loven. Heri ligger utvivlsomt den rigtige betragtning, at hensigten til at undgå skat ikke i sig selv er afgørende for, om dispositionen skal tilsidesættes. Betragtningen har dog været anvendt i flere tilfælde hos vore lavere retsinstanser, men Højesteret har derimod aldrig anvendt synspunktet; tværtimod har Højesteret sagt det modsatte i UfR 1975.788 (Glistrupsagerne, refereret nedenfor).

I HD, UfR 1986.649, lagde en mindretalsudtalelse i landsretsdommen vægt på, at hovedformålet med de omhandlede aftaler var »at spare arveafgift». Højesteret stadfæstede afgørelsen ved at henvise til de i »dommen anførte grunde», men heri ligger næppe en stadfæstelse af mindretallets begrundelse. Se om dommen nedenfor.

Men bortset fra dette motivspørgsmål, er der mange eksempler på, at domstolene har tilsidesat en disposition, fordi man ikke ville godkende den i skattemæssig henseende, selv om den i øvrigt er fuldt bindende for den pågældende. Man slipper således ikke af med problemet. Man kalder det blot noget andet.

Den ovenfor nævnte HD fra 1986.649 kan tjene som eksempel: Ingeniør D udstedte til sin søn og sin datter to 15-årige gældsbreve på henholdsvis 1.500.000 kr. og 1.000.000 kr. at forrente og afdrage med halvårslige ydelser mod at disse påtog sig at betale livsvarige ydelser på henholdsvis 294.000 kr. og 196.000 kr. til D, der var 87 år, og hans hustru, der var 82 år. Restgælden var ved den længstlevendes død henholdsvis 1.370.000 kr. og 913.000 kr. Forskellen mellem gældsbrevenes pålydende ved udstedelsen og den kapitaliserede værdi af aftægtsydelseerne var blevet betalt kontant af børnene. Gældsbrevene var uopsigelige fra begge sider indtil udløb (15 år). For sønnens gældsbrief havde faderen givet fuld sikkerhed (håndpant i værdipapirer).

Da begge forældre var døde, blev der i boopgørelsen fratrukket den nævnte restgæld på gældsbrevene. Dette ville skattemyndighederne ikke godkende og forlangte arveafgiften beregnet uden fradrag af gældsbrevene.

I Østre Landsrets dom udtalte to dommere følgende:

»De af arveladeren ved gældsbriefsuddstedelsen påtagne gældsforpligtelser over for de sagsøgte hidrører ikke fra et virkeligt ydet lån, og det findes henset til arveladerens og hans hustrus alder og økonomiske forhold uantageligt, at arrangementet med de samtidig oprettede aftægtskontrakter reelt har haft noget forsørgelsesformål. Der må derfor gives det sagsøgende ministerium medhold i, at restgælden ifølge de to gældsbreve vil være at medregne til de sagsøgte arv, jfr. arveafgiftslovens § 16».

Den tredje dommer udtalte:

»Under hensyn til de konkrete omstændigheder ved aftalernes indgåelse, herunder særlig ingeniør D og hustrus høje alder og økonomiske forhold samt de indkomst- og formueskatteretlige følger af aftalen, findes de sagsøgte ikke at have godtgjort, at aftalerne har haft andet hovedformål end at spare arveafgift. Med denne begrundelse stemmer denne dommer som flertallet».

Som nævnt stadfæstede Højesteret afgørelsen i henhold til »de i dommen anførte grunde».

Ordningen var konciperet af en revisor, og man kunne — lidt maliciøst — spørge, om han ville have pådraget sig ansvar, hvis han havde undladt at tilråde ordningen. Sammenlign for øvrigt UfR 1986.576 VLD. og ØLD af 3. 9. 1986 (11. afd. 196/1985, ref. i Skattepolitisk Oversigt 1987).

Jeg skal ikke fordybe mig i det terminologiske spørgsmål. Personligt mener jeg, at udtrykket »omgåelse» er ganske rammende, når blot man

præciserer, at omgåelseshensigten ikke er det afgørende moment. Men hvad er så det afgørende? Det skal jeg ikke fordybe mig i. Det er et stort og vanskeligt spørgsmål, som efter læsningen af en række domme hos mig efterlader et vist indtryk af tilfældighed eller måske endog vilkårlighed. Nogle transaktioner holder — andre ikke. Og står man overfor et nyt tilfælde, hvor omgåelsessynspunktet kan melde sig, er det mit indtryk, at selv den kyndigste skatteekspert vil kunne tage fejl med hensyn til, hvorledes skattemyndighederne og domstolene vil bedømme dispositionen.

Men rent bortset herfra kommer efter min opfattelse det tidligere nævnte etiske synspunkt ind i problemstillingen. Transaktioner, som indebærer mulighed for tilsidesættelse ud fra et omgåelsessynspunkt — eller hvad man nu vil kalde det — vil mange borgere stadig anse for en disposition med et præg af uhæderlighed. Dette vil også gælde for juridiske eller regnskabsmæssige rådgivere. Det ville derfor være urimeligt, hvis disse rådgivere skulle pålægges erstatningsansvar, dersom de undlader at tilråde eller fraråde sådanne omtvistelige transaktioner, selv om det senere måtte vise sig, at transaktionen ikke ville være blevet ramt. Og man bør sikkert indrømme rådgiverne en ret bred margin i henseende til bedømmelsen af, om der foreligger en risiko for, at en transaktion vil blive betragtet som et forsøg på at omgå en beskatningsregel.

Det forekommer mig klart, at tab forårsaget ved at undlade at tilråde diskutabile skatteordninger, bør anses for tab, som ikke er beskyttet af erstatningsreglerne. Bliver revisoren eller advokaten rådspurgt om et skattespørgsmål, bør de uden ængstelse kunne undlade at bringe tvivlsomme skatte-transaktioner på bane. Og så meget mere må de være fritaget for under deres rådgivning at komme ind på slige ordninger. Tiltrædes dette synspunkt, må det også være ligegyldigt, om rådgiveren har været opmærksom på muligheden for at undgå skat ved at foretage særlige posteringer eller anvende usædvanlige dispositioner.

Det kan være på sin plads afslutningsvis at nævne dommene over advokat Mogens Glistrup: Den afgørende civilretlige højesteretsdom er refereret i UfR 1975.788: Glistrup havde for at udnytte skattelovgivningens fradragsregler og forskellen mellem person- og selskabsbeskatningen opbygget et omfattende administrationssystem. Han havde stiftet mere end 2700 aktieselskaber og administrerede for et betydeligt antal klienter deres økonomiske anliggender, således at klienterne optog lån hos Glistrup og for låneprovenuet erhvervede aktieselskaber, som administreredes af Glistrup, og hvor han havde fået ubegrænset fuldmagt fra klienterne. Om de af en klient A ejede aktieselskaber var det blandt andet oplyst, at de bogførte dispositioner i det

væsentlige bestod i optagelse af lån hos og udlån til andre selskaber og personer, hvis anliggender også administreredes af Glistrup, således at der på tidspunkter valgt af Glistrup selv foretoges konteringer af lån og renter på selskabernes kontokort i Glistrups bogholderi. I øvrigt drev selskaberne ikke virksomhed af nogen art.

Mellem Glistrup og A var det aftalt, at A skulle optage et lån på 250.000 kr. til 18 % rente. A skulle af det årlige rentebeløb 45.000 kr. kun betale et mindre beløb, medens resten skulle udlignes ved Glistrups administration af A's aktierettigheder. Dette indebar, at A hvert år måtte optage nye lån, således at der for hans stadig voksende gæld stilledes sikkerhed i aktieselskaberne, som måtte anses for usælgelige udenfor systemet, og hvis indre værdi henstod som ganske usikker.

Retssagens spørgsmål var, om klienten kunne ophæve ordningen. I Højesterets præmisser siges det, at den omstændighed, at forretningsmæssige dispositioner udelukkende eller dog delvis har et skattemæssigt sigte, ikke i almindelighed medfører deres ugyldighed. Den trufne ordning — hvis nærmere karakter og fulde konsekvenser for A ikke kunne anses at have været klarlagt for ham — bestod imidlertid af et kompleks af dispositioner, hvilende på posteringer i Glistrups bogholderi uden nogen erhvervmæssig og økonomisk realitet. Denne ordning fandtes at være af en sådan beskaffenhed og at medføre så vidtgående og uoverskuelige konsekvenser for A langt ud i fremtiden, navnlig med hensyn til den stadigt voksende gældsbyrde, at han ikke kunne være forpligtet over for Glistrup af ordningen. I konsekvens heraf fandtes A berettiget til at få udleveret et af ham ved hans udtræden af ordningen til Glistrup udstedt pantebrev. Generalklausulen i Aftalelovens § 36 kunne sikkert også anvendes, men den var ikke gennemført på aftalernes tidspunkt.

Samtidig løb der en straffesag mod Glistrup for skattesvig. Den blev afgjort af Højesteret i 1983 (UfR 1983.705). Sagen drejede sig om de samme forhold som i den civile sag. De nævnte og lignende dispositioner blev opgivet til skattemyndighederne, hvorved Glistrup selv og klienterne opnåede eller forsøgte at opnå betydelige rentefradrag og fradrag for tab ved salg af aktier. Posteringerne ansås som nævnt for indholdsløse og oplysningerne herom til skattemyndighederne for urigtige. Glistrup fandtes at have handlet forsætligt og blev idømt 3 års fængsel, en bøde på 1 mill. kr. og mistede retten til at være advokat. Glistrup-sagen er nok unik, men den accentuerer efter min opfattelse, at domstolene bør være forsigtige med at idømme en skatterådgiver ansvar, fordi han kun har undladt at tilråde sin klient at gå ind i rene skattetransaktioner. Det ville efter min opfattelse være uheldigt,

hvis de privates kamp mod skattemyndighederne altid skal føres over på det erstatningsretlige plan med mulighed for at ramme en skatterådgiver, som har villet undgå ethvert skær af uhæderlighed eller ukorrekthed.

Det er også urealistisk at tro, at den enkelte revisor- eller advokathjerne kan rumme alt, hvad skattemyndighederne løbende finder på og have tilstrækkelig fantasi til at kombinere dette uhyre komplicerede lovstof, så klienterne altid slipper billigst muligt. Den af mig foreslåede regel om ansvarsfrihed for ukendskab med hensyn til udviklede specielle eller bortgemte retsregler bør her suppleres med en regel om *en indskrænkning af ansvaret til tilfælde, hvor skattebegrænsningen er 1) klart (utvivlsomt) lovlig og 2) almindelig kendt i skatterådgiverkredse, og som 3) undgår, at der senere opstår uenigheder mellem klienterne eller kan føre til tab på grund af konjunkturudviklingen*. Tiltrædes denne undtagelsesregel, måtte landsretsdommen fra 1981 have ført til frifindelse, allerede fordi betingelse 3) ikke var opfyldt. Men den kunne også have støttet sig på betingelse 1) og muligvis også 2). Højesteretsdommen i UfR 1985.489 frifandt under henvisning til 2), men dommen kunne og burde formentlig snarere have henvist til 1) og formentlig også til 3).

Indskrænkningen i ansvaret bør gælde, hvad enten rådgiverne er blevet direkte spurgt om skattereglerne, eller om skatterådgivningen må anses for en sædvanlig »service-forpligtelse» ved den pågældende rådgivning. Hvad angår det sidste, bør man nok være tilbageholdende med at fastslå en slig forpligtelse. Hvis for eksempel en klient anmoder advokaten om at udfærdige et testamente, hvor langt skal advokaten så gå i retning af at rådgive klienten med hensyn til andre skattemæssigt billigere generationsskifter?

Det er selvsagt vigtigt for advokatstanden, revisorstanden og andre skatterådgivere, at deres »serviceniveau» med hensyn til skatterådgivning ligger på et højt plan. Men det er efter min mening ikke rimeligt, at erstatningsansvaret skal drives til dets yderste grænse blot for at sikre klienterne, at de altid slipper billigst muligt i skat i alle situationer. Det er for smed at rette bager. Og smeden er her skattelovgivningen og dens udviklethed, som altid vil friste de mere robuste sjæle.

### *C. Andre erstatningsspørgsmål i forbindelse med skatterådgivning*

De sædvanlige erstatningsretlige regler gælder selvsagt også for erstatningsansvaret for fejlagtig rådgivning, som for eksempel reglerne om årsags- og adækvansbetingelsen, tabets størrelse, skadelidtes medvirken, herunder

accept af risiko, solidarisk ansvar for flere skadevoldere, principalansvar (DL 3-19-2), ansvarsfraskrivelse etc. Der må herom henvises til den erstatningsretlige litteratur. Der skal dog knyttes nogle bemærkninger til enkelte af de nævnte ansvarsspørgsmål.

Hvad angår tabets størrelse, skal det bemærkes, at en fejlagtig oplysning om skattetilsvarets størrelse ikke nødvendigvis vil resultere i et tab. Har en revisor til eksempel beregnet indkomstkatten og formueskatten for en klient for lavt, vil denne fejl normalt ikke medføre et tab, da klienten skal betale det fulde beløb. Klienten kan naturligvis hævde, at havde han kendt det fulde beløb, ville han have foretaget en disposition, som kunne have bragt skatten ned, for eksempel ved at tegne en livrente, som giver fradrag for præmien, eller en skibsanpart. Men selv om klienten kan sandsynliggøre sin påstand, kan man dog ikke uden videre beregne tabet til det ved dispositionen sparede skattebeløb. Der må ses på, hvilke skattemæssige konsekvenser dispositionen senere vil få, når der sker udbetalinger fra forsikringen eller udbytte fra skibsanparten, som da kommer til beskatning; en efter omstændighederne ret indviklet beregning med flere usikkerhedsfaktorer. Drejer det sig om salg af et aktiv, hvor rådgiveren har beregnet beskatningen af salgssummen forkert, vil der normalt ikke kunne være tale om, at rådgiveren skal erstatte forskelsbeløbet. Skatten skulle jo betales under alle omstændigheder. Her kan klienten naturligvis igen påstå, at han ikke ville have solgt aktivet, hvis han havde kendt det nøjagtige skattetilsvær. Kan klienten sandsynliggøre sin påstand, vil der være basis for et erstatningskrav, men også dets beregning vil kunne volde vanskeligheder, og her har klienten også bevisbyrden for beregning af tabet.

Hvad angår klientens medvirken (herunder accept af risiko) og rådgiverens ansvarsfraskrivelse, skal bemærkes:

Drejer det sig således om rådgivning vedrørende spørgsmål, som rådgiveren efter den forudgående udvikling normalt ikke er ansvarlig for, såsom råd angående omtvistelige retsspørgsmål eller rent forretningsmæssige råd, vil et ansvarsforbehold som regel ikke kunne få noget misligt præg, men vil snarere være overflødig; en *ex tuto*-bestemmelse. Dermed skal ikke være sagt, at en rådgiver som følge heraf ikke bør gøre klienten opmærksom på mulighederne for et fejlskøn. Tværtimod vil det ofte som nævnt ovenfor under B være rigtigt loyal at give klienten oplysninger om skønets usikkerhed.

Drejer det sig derimod om et generelt ansvarsforbehold vedrørende spørgsmål, hvor selve rådgiverens juridiske sagkundskab skal værne mod tab, altså rådgivning angående klare (simple) retsforhold, samt den rent

ekspeditions-mæssige udførelse, turde det formentlig være overflødig at påpege, at det som regel må anses for misligt at tage et sådant forbehold. I grove tilfælde vil et sådant forbehold ligefrem kunne tilsidesættes under henvisning til Aftalelovens §§ 31 eller 36, men bortset herfra vil mange af de her henhørende ansvarsforbehold ofte stride mod god revisor- eller advokatskik, hvilket dels må kunne føre til, at forbeholdet erklæres ugyldigt efter DL 5-1-2, og dels til disciplinære sanktioner samt erstatningsansvar for det eventuelle tab.

Drejer det sig om et omtvisteligt skattespørgsmål, og har rådgiveren oplyst klienten om risikoen for en tilsidesættelse af skattemyndighederne, men ønsker klienten desuagtet at »løbe risikoen«, vil det dog være på sin plads, at rådgiveren tager et ansvarsforbehold, og indvilger han i at medvirke ved dispositionen og regnskabsaflæggelsen, bør han sørge for, at alle »kort bliver lagt på bordet« over for skattemyndighederne. Tilsidesætter myndighederne herefter dispositionen, må rådgiveren være ansvarsfri, idet klienten har påtaget sig den fulde risiko over for skattemyndighederne. Finder rådgiveren imidlertid, at transaktionen eller konteringen i regnskabet til myndighederne ligefrem inbærer fare for, at der kan blive rejst straffesag, har rådgiveren efter min opfattelse både ret og pligt til at nægte at medvirke, se ovenfor under A navnlig om Vestre Landsrets dom af 20. juni 1986.

Har en revisor og en advokat i fællesskab rådgivet en klient, vil de efter almindelige regler være solidarisk ansvarlige, men med indbyrdes regres efter sædvanlige regler, hvilket i nærværende forbindelse normalt vil føre til en lighed. Se i øvrigt Advokatrådets udtalelse i UfR 1985.489 (refereret ovenfor B). Der må dog være mulighed for at aftale en anden ansvarsfordeling, for eksempel om at revisoren alene skal tage sig af skatteproblemerne, medens advokaten alene skal beskæftige sig med formuleringen for eksempel af den kontrakt, som rådgivningen drejer sig om. Forudsætningen for en slig ansvarsfordeling må naturligvis være, at klienten er indforstået med ordningen.

Foreligger der solidarisk ansvar, men har kun den ene af rådgiverne en fuldt ud dækkende ansvarsforsikring (bortset fra en eventuel selvrisiko), åbner Erstatningsansvarsloven § 25, stk. 2, mulighed for, at den anden rådgivers ansvar bliver lempet.

Har rådgiveren pådraget sig ansvar i sin egenskab af bestyrelsesmedlem i henhold til Aktieselskabslovens ansvarsregler, kan ansvaret lempes i videre omfang end efter Erstatningsansvarslovens § 24 (se ovenfor B), jfr. Aktieselskabslovens §§ 143 og 140 og tilsvarende bestemmelse i Anpartselskabsloven. Disse lempelsesregler forudsætter imidlertid, at det drejer



sig om selve bestyrelsesansvaret. Har rådgiveren derimod som rådgiver udført en skatterådgivning til selskabet, kan han ikke påberåbe sig lempelsesreglen. Dog gælder den særlige lempelsesregel for selskabets revisorer, jfr. Aktieselskabslovens § 141, Anpartsselskabslovens § 111.

### III. Det strafferetlige ansvar for skatterådgivning

Ved *Jesper Lett*

Uden at det skal tages for en matematisk nøjagtighed kan man næsten sige, at borgernes interesse for skattereglerne og borgernes bestræbelser for at reducere skattebetalingen og som følge deraf skattereglernes kompleksitet er direkte proportional med skattetrykket.

Beskatning af indkomst og formue har nu nået en sådan højde, at skatterådgivning og skatteplanlægning er blevet en dagligdags foreteelse også for ganske almindelige mennesker.

Skattereglerne er så komplekse, at noget så dagligdags og almindeligt, som at familiegården skal gå i arv til sønnen, udløser vidt forskellige skattebeløb, alt efter om man blot lader sønnen arve gården, eller om man foretager nogle »fikse», men lovlige transaktioner inden gården havner hos sønnen, der skal arve den. Det dyreste er blot at lade sønnen arve gården. Der er således fra lovgivningsmagtens side indbygget en opfordring og et incitament til skattespekulationer. Selv om retstilstanden er ændret noget gennem en nyere lovgivning om overdragelse af fast ejendom er eksemplet, som også har været behandlet i norsk skattelitteratur, et typisk eksempel på skattelovgivningens opbygning.

Da der ofte er betydelige beløb at spare ved fuldt ud lovlig udnyttelse af skattereglerne, er skatterådgivning blevet til et fremtrædende element i den normale erhvervsmæssige rådgivning for en lang række professionelle rådgivere.

Skattereglernes kompleksitet og den omstændighed, at den samme disposition beskattes vidt forskelligt, alt efter hvilken fremgangsmåde der vælges har inden for erstatningsretten ført til en fokusering på spørgsmålet om, hvor iderig rådgiveren skal være på eget initiativ.

Inden for strafferetten er problemet anderledes, selv om der måske er en vis sammenhæng.

Hvis den erstatningsretlige bedømmelse er meget streng, forstået på den måde, at rådgiveren ifalder erstatningsansvar, hvis ikke han er yderst krea-

tiv med hensyn til at udnytte skattereglerne til den yderste grænse, kunne det tænkes at smitte af på den strafferetlige bedømmelse af rådgiverens handlinger i grænseområdet for, hvad der er strafbart.

Mens skatteyderne er blevet mere opmærksomme på, om deres rådgiver har pådraget sig et erstatningsansvar for forkert eller manglende skatterådgivning, har anklagemyndigheden omvendt i videre udstrækning rettet sin opmærksomhed mod spørgsmålet om, hvorvidt skatterådgiveren har medvirket til skattesvig.

Skattestraffesager er en gruppe inden for straffesagerne, der adskiller sig fra de »normale» straffesager. Der er ofte tale om et relativt kompliceret faktum. Dernæst er de civilretlige regler, der er gældende på dette område, meget komplekse og uoverskuelige, hvilket bl.a. kan ses af det meget betydelige antal civile skattesager, der afgøres af domstolene. Det er værd at mærke sig, at det ikke er noget særsyn, at skatteyderen først får medhold i sine synspunkter ved domstolene, ligesom det ikke er noget særsyn, at Højesteret når frem til et andet resultat end landsretten. Disse forhold understreger efter min opfattelse den usikkerhed, der råder med hensyn til, hvad den rette forståelse af skattereglerne er. Det komplicerede faktum og de ikke mindre komplicerede skatteregler skal så sættes i relation til straffeloven, typisk straffelovens svigsregler. Den rette bedømmelse af en sag om skattesvig får man efter min opfattelse kun, hvis der i forbindelse med domsafsigelsen er fuldt overblik over skatteretten og, hvad der betragtes som holdbare og normale skattemæssige dispositioner.

Det særegne for bedømmelsen af handlinger på det skattemæssige område er den betydelige forskel, der er ved pådømmelsen af det civilretlige skattespørgsmål, det civilretlige erstatningsansvar og det strafferetlige skattesvigs spørgsmål.

De civilretlige skattespørgsmål behandles grundigt i et administrativt skattesystem, hvor slutstenen er Landsskatteretten. Herefter kan skattespørgsmålet forelægges for domstolene med landsretten som 1. instans og automatisk appelmulighed til Højesteret. Det civilretlige erstatningsansvar for manglende eller dårlig skatterådgivning er et almindeligt domstols-spørgsmål, hvor erstatningens størrelse er afgørende for om sagen starter i underretten eller landsretten som 1. instans. For såvidt angår det strafferetlige system starter sagerne typisk i underretten og med medvirken af domsmænd.

I det følgende vil jeg fremdrage nogen forhold af betydning for den strafferetlige behandling af skattesvig for til slut at behandle spørgsmålet om, hvorvidt det forum skattestraffesager behandles i idag er det rette forum

eller om der bør foretages nogen ændringer i reglerne om behandlingen af skattestraffesager under hensyn til disses særegne karakter.

Rådgiverens eventuelle strafansvar kan navnlig foreligge i to hovedformer. Enten i form af en aktiv rådgivning, hvor det er rådgiveren, der foreslår og anbefaler den anvendte fremgangsmåde, eller i den form, hvor rådgiveren er mere passiv og blot undlader at gribe ind over for klientens dispositioner. Der er naturligvis en glidende skala fra den ene hovedform til den anden.

Der er en principiel forskel mellem erstatningsansvar og strafansvar i forbindelse med skatterådgivning. For såvidt angår erstatningsansvaret for dårlig eller manglende skatterådgivning er det spørgsmålet om, hvorvidt skatterådgiveren burde have vidst bedre, og hvor store krav man kan stille til hans viden og dermed til hans »burde viden« ved bedømmelsen af, hvorvidt der er handlet culpøst. For såvidt angår den strafferetlige side af sagen er det afgørende derimod om der har været fortsæt til at besvige skattevæsenet. I erstatningsretlig henseende bliver rådgiveren ikke erstatningsansvarlig, hvis han fuldt ud gør klienten opmærksom på, at det ønskede resultat af en foreslået ordning må anses for tvivlsomt. At skatterådgiveren herefter medvirker til at gennemføre den foreslåede skatteordning pådrager ham ikke erstatningsansvar, hvis det ønskede resultat ikke opnås. Strafferetligt discolperer det derimod ikke, at skatterådgiveren meddeler klienten, at den foreslåede fremgangsmåde er strafbar, hvis han desuagtet medvirker — eventuelt blot med herefter at forholde sig passiv.

Strafferetligt drejer det sig hovedsageligt om rådgiverens fortsæt og i mindre grad om klientens egen skyld eller eventuelle faktisk indtrådte virkninger af dispositionen.

For såvidt særlovgivningen på skatterettens område måtte indeholde strafbestemmelser, kunne det nok være relevant at tage op til diskussion, hvorvidt den gamle læresætning om, at ukendskab til loven ikke discolperer, fortsat skal være gældende ret.

Navnlig inden for skatteretten synes denne gamle læresætning at være blevet mindre velbegrundet i takt med, at skattereglerne kun er overskuelige for egentlige specialister inden for kredsen af rådgivere og selv disse kan undertiden blive overraskede.

At domstolene ikke er fremmede over for den tanke at acceptere, at f.eks. advokater ikke bør have fuldt overblik over hele skattesystemet kan ses af, at rådgivere er frifindet for erstatningsansvar, selv om skattespecialister umiddelbart kunne have anvist en fremgangsmåde, der ville have sparet klienten for et betydeligt skattebeløb.

Straffelovens § 84, stk. 1, nr. 3, om mulighed for strafbortfald ved undskyldelig uvidenhed eller misforståelse af retsregler, er også udtryk for en vis forståelse for synspunktet. Men dels er der kun tale om strafbortfald, og dels er anvendelsen af bestemmelsen sjælden.

For såvidt angår skattesvig er det centrale, om der har været forsæt til at begå eller medvirke til skattesvig d.v.s. forsæt til at vildlede skattemyndighederne. Alligevel kunne det nok være på sin plads at fremhæve skatterettens betydelige kompleksitet og dermed muligheden for, at der har været rådgivet om skattemæssige forhold uden det fulde kendskab til loven eller praksis.

Et andet spørgsmål, som har vist sig aktuelt at tage op til nærmere overvejelse og behandling er det i og for sig selvfølgelig, at rådgiverens eventuelle strafansvar skal vurderes selvstændigt og uafhængigt af klientens eventuelle strafansvar. Denne tese lyder umiddelbart selvfølgelig, men har dog i praksis givet anledning til tvister og uenighed, idet anklagemyndigheden synes at anlægge det synspunkt, at advokat og revisor, som udgangspunkt, er strafskyldige, såfremt klienten dømmes for skattesvig. Højesteret i Danmark har klart tilkendegivet, at der skal ses individuelt på de enkeltes strafansvar. Jeg har fundet det rigtigt at fremdrage spørgsmålet her, da Højesteretsafgørelsen er relativ ny.

For det første må man gøre sig klart, at der kan være en afgrundsdyb forskel mellem den viden om de faktiske forhold klienten har og den viden rådgiveren har. Nogle gange sker det ubevidst, men desværre nogle gange bevidst, at klienten kun fortæller sin rådgiver det klienten mener at rådgiveren skal vide. Men derudover kan der i den enkelte sag meget vel være en betydelig principiel forskel mellem det forhold rådgiveren har medvirket til, og den handling, klienten dømmes for. Den ovennævnte Højesteretsdom drejede sig — beskrevet forenklet — om et i Danmark registreret aktieselskab, hvis hovedaktionær ikke indgav selvangivelse til de danske skattemyndigheder, idet han gjorde gældende at være udenlandsdanser. Hovedaktionæren fik fra selskabet udbetalt beløb for salgsaktivitet for selskabet i udlandet. Hovedaktionæren blev af domstolene anset for skattepligtig i Danmark og blev dømt for skattesvig, da der ikke var tale om salgsaktivitet i udlandet. Skattesvigen bestod også i unddragelse af selskabsskatter, idet selskabets betaling til hovedaktionæren var fradraget som en driftsudgift. Efter at hovedaktionæren var blevet dømt for skattesvig blev der rejst sag mod selskabets revisor for medvirken til skattesvig ved at acceptere de pågældende dispositioner i selskabets regnskab. Ved den endelige pådømmelse af revisorens straffesag for Højesteret var selskabernes skatte-

pligtige indkomst, herunder fradraget for hovedaktionærens vederlag, fortsat ikke ændret af skattemyndighederne, men derimod lagt til grund for skatteligningen. Forsvareren gjorde gældende, at den omstændighed, at hovedaktionæren var blevet dømt for skattesvig og at hans aktivitet ikke kunne betragtes som salgsaktivitet i udlandet ikke automatisk førte til, at udbetalingerne ikke med rette var fratrukket i selskabets skattepligtige indkomst, hvorfor der ikke automatisk var tale om noget strafbart forhold for revisorens vedkommende, som revisor for selskabet. Revisoren var blevet dømt i underretten og landsretten, men blev for Højesteret frifundet. I Højesterets præmisser er bl.a. anført følgende:

»Det forhold, at F (hovedaktionæren) ikke udførte salgsarbejde i udlandet, medførte ikke nødvendigvis, at ydelserne til ham var udbytte og dermed ikke fradragsberettigede i selskabets indkomst. Hvis således F — som af forsvareren hævdede — har udført arbejde for selskabet her i landet ville det eventuelt have kunnet begrunde fradrag helt eller delvist for honorarene . . . Ved dommene (mod hovedaktionæren) ses der — i overensstemmelse med tiltalen — alene at være taget stilling til om F havde udført salgsarbejde i udlandet.

Under disse omstændigheder findes det, som byretten og landsretten har lagt til grund som bevis, ikke har kunnet begrunde en domfældelse efter de bestemmelser, der er nævnt i anklageskriftet.»

Dommen er trykt i UfR 1986, s. 662.

Den ovennævnte Højesteretsdom peger også på et andet problem. I sager om skattesvig synes der at have været en vis tendens til ikke at ville gå ind i den skatteretlige behandling af de udgiftsposter, der f.eks. har givet anledning til, at straffesagen blev rejst. Konstateres det under straffesagen, at udgiftsposterne ikke er berettigede og at der endog er tale om skattesvig synes de tiltalte at have svært ved at trænge igennem med argumenter om, at beløbene er fradragsberettigede ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst om end ud fra andre synspunkter en dem skatteyderen i første omgang har gjort gældende. Højesterets dom viser efter min opfattelse, at der i straffesagen skal foretages en egentlig skatteretlig vurdering af hele materialet i lyset af samtlige foreliggende faktiske oplysninger.

Dette spørgsmål fører over til det ovennævnte spørgsmål om for hvilket forum sager om skattesvig skal behandles.

Det nuværende forum, hvor de behandles som alle andre straffesager er ikke tilfredsstillende. En sag om den strafferetlige bedømmelse af handlinger på skatterettens område egner sig ikke til at blive pådømt af det almindelige domsmandssystem. Hertil kommer, at i hvert fald i Danmark, hvor

sagerne normalt vil starte i underretten har den juridiske dommer generelt kun lidt kendskab til skatteret, idet alle civile skattesager starter i landsretten som første instans. For såvidt angår den juridiske dommer må det give en skæv bedømmelse, når han skal dømme i straffeskattesager, at han aldrig får forelagt almindelige civile skattesager til pådømmelse.

Problemet er efter min opfattelse dog langt større for såvidt angår domsmændene. Skatteretten har nået en grænse, hvor en række af de dispositioner, der lovligt kan foretages, på almindelige mennesker kan virke som småuhæderlige smarte fiduser. Det vil derfor være vanskeligt at få en objektiv og nøgtern bedømmelse fra domsmænd, der ikke har et rimeligt kendskab til skatteretten.

Man kunne overveje, hvorvidt det var hensigtsmæssigt i hvert fald i en vis udstrækning at samordne det forum, hvor erstatningssager behandles, hvor de civile skattesager behandles med det forum, hvor skattestraffesagerne behandles. Det forekommer umiddelbart mindre betryggende, at en skattestraffesag kan afgøres uden at den sædvanlige civile skattemæssige behandling af skattespørgsmålet har fundet sted. Man kunne fristes til at sige, at enten er den skattemæssige behandling af de civile spørgsmål for langstrakt eller også er den strafferetlige behandling af en sag om skattesvig for summarisk. Den ovennævnte Højesteretsdom peger efter min opfattelse direkte på den vanskelighed, der ligger i at gennemføre en straffesag uden at den sædvanlige ligningsmæssige behandling har været gennemført. Ved klare eentydige skattelovsovertrædelser rejser dette naturligvis ikke noget problem, men hvis spørgsmålet er af mere kompleks karakter er det ikke betryggende at den skattemæssige behandling alene sker i forbindelse med den strafferetlige bedømmelse. Således som sagerne i dag gennemføres i praksis synes der i øvrigt at være en vis tilfældighed om nogen af skattestraffesagerne starter som straffesag eller som en civil skattesag.

Da der for behandlingen af skattespørgsmål er anordnet et særligt administrativt klagesystem, der særlig lægger vægt på, at behandlingen sker i skattekyndige organer er det utilfredsstillende at bedømmelsen af indviklede skatteforhold i straffesager kan ske uden at de særlige sagkyndige organer har haft adgang til at behandle den skatteretlige side af sagen.

At lade straffesagen afvente en fuldstændig behandling af skattesagen ville medføre en uacceptabel udskydelse af straffesagen. En kompromisløsning kunne være at lade disse straffesager starte i 1. instans i den samme retsinstans, der er 1. instans for domstolsbehandlingen af civile skattesager.

Yderligere vil det formentlig medføre en væsentlig forbedring, hvis man f.eks. udpegede domsmændene blandt erhvervsfolk f.eks. de sagkyndige

dommere, der er fast knyttet til Sø- og Handelsretten. Hvis domsmænd i strafferetsplejen skal have nogen mening bør man sikre, at domsmændene har et vist forhåndskendskab til det område sagen vedrører og derfor har en opfattelse af hvad der er sædvanligt og almindeligt accepteret.

I den nuværende behandling af skattestraffesager hviler opfattelsen af, hvad der er skatteretligt acceptabelt ofte på udtalelser fra skattemyndighederne. Under hensyn til, at skattemyndighedernes opfattelse ikke er et afgørende bevis i en civil skattesag er det ikke acceptabelt at sådanne udtalelser får afgørende betydning for bedømmelsen i en straffesag.

En mulig konsekvens kunne være, at man ikke alene overvejede reglerne for behandlingen af skattestraffesager, men at man samtidig overvejede reglerne for behandling af civile skattesager.

### **Dansk litteratur om skatterådgivning**

Bernhard Gomard, Revisors stilling i retlig belysning, 1979.

Jørgen Hansen, Advokatgerningen som Liberalt Erhverv, 1986.

Anders Vinding Kruse, Advokatansvaret, 5. udgave, 1985.

Sysette Vinding Kruse, Revisorers strafansvar, 1987.

Endvidere henvises til diskussionen i Advokaten 1982 vedrørende 1981-dommen med indlæg af Mikael Bernhoff, Bernhard Gomard, R. Koch Nielsen, Anders Vinding Kruse, P. Spleth, Ebbe Suenson og Finn Thomsen. Se endvidere I. A. Strobel, Advokaten 1986.245 f, Revision og Regnskabsvæsen 1986 med indlæg af Karen Gausland, Preben Juul Kjær, Georg Lett, Jan Pedersen og Aage Spang-Hanssen.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Kirsti Coward  
Hans Petter Graver

Regelforenkling som juridisk  
arbeidsoppgave



## **Innhold**

### *Kirsti Coward:*

1. Innledning .....	177
2. Forenkling av selve de normene som sendes ut .....	177
2.1. Behøver området styres? Alternative virkemidler? .....	177
2.2. Bekjempning av millimeterrettferdighet .....	178
2.3. Funksjons- eller resultatkrav fremfor metodekrav? .....	178
2.4. Problemer med hyppige endringer .....	179
2.5. Bør man være særlig forsiktig med å gi nye regler? .....	179
2.6. Betydningen av oversikt over regelverket .....	179
3. Enklere fremstilling av regelverket .....	180
3.1. Enklere for hvem? .....	180
3.2. Motstrid mellom ønsket om presisjon og ønsket om lesbarhet .....	180
3.3. Hva kan gjøres? .....	180

### *Hans Petter Graver:*

1. Problemstilling: Hva er »enkle» rettsregler .....	182
2. Tilpasning til anvendelsessammenhenger .....	185
2.1. Generelt .....	185
2.2. Tilpasning til byråkratisk rettsanvendelse .....	187
2.3. Tilpasning til judisiell rettsanvendelse .....	190
3. Enkle regler og informasjon om gjeldende rett .....	193

### *Kirsti Coward og Hans Petter Graver:*

Momenter som grunnlag for diskusjon .....	194
---	-----

# Regelforenkling som juridisk arbeidsoppgave

Av avdelingsdirektør KIRSTI COWARD, Norge

## 1. Innledning

Forenkling av *regelverket* og forenkling av *forvaltningen* diskuteres ofte under ett. Ofte kan også de to falle sammen — man kan f.eks. avskaffe et lovbestemt konsesjonssystem, slik at både loven og konsesjonsorganet fjernes. Men forenkling av regelverket og av forvaltningen *behøver* ikke falle sammen. Man kan f.eks. tenke seg som alternativer på den ene side et detaljert, finmasket regelverk, på den andre siden kortfattede regler med et forvaltningsorgan til å skjønne i de særtilfeller som måtte oppstå. — Det jeg skal se på *her*, er i første rekke forenkling av selve regelverket.

Innen regelforenklingen kan man igjen skille mellom det å fjerne regler (2 nedenfor) og det å fremstille på en enklere måte de normene som finnes (3 nedenfor). Men overgangen er flytende, bl.a. fordi det mer samlede regelverket blir mer oversiktlig når det ikke er så mange regler.

Jeg tar i det følgende nærmest for gitt *at* det er behov for atskillig forenkling av regelverket; det jeg prøver å si noe om, er hva forenkling kan gå ut på, og hvordan vi kan gripe an forenklingsoppgaven.

## 2. Forenkling av selve de normene som sendes ut

### 2.1. *Behøver området styres? Alternative virkemidler?*

Det viktigste spørsmålet er vel hvordan man kan forenkle selve de normene som skal sendes ut, gjerne ved at normer utgår (enklere skattesystem, enklere trygdelovgivning osv).

Et første spørsmål er om et område i det hele tatt *behøver* å styres på noe vis.

Deregulering og *avkriminalisering* er egentlig nært beslektede emner, men sees kanskje ikke så ofte i sammenheng, de diskuteres i hver sine fora. Eksempler på at avkriminalisering også er deregulering, har vi f.eks. ved spørsmål om avkriminalisering av homoseksuelle handlinger, konkubinater, pornografi. I andre tilfeller kan avkriminalisering gå ut på

bare å fjerne den strafferettslige reaksjonen, ikke handlenormen (f.eks. ved mange veitrafikkovertrедelser).

Fra alternativet ikke-styring er det en flytende overgang til det å *avveie loven mot alternative virkemidler*: skal man regulere ved lov, eller heller f.eks. ved etiske normer, markedsstyring, avtaler eller styring gjennom økonomiske virkemidler fra det offentlige (men det siste er i praksis ofte kombinert med lovregulering)? På en del områder vil *rettssikkerhetssynspunkter* tale mot andre styringsmidler. — For oss jurister kan det kanskje oppleves som et problem — eller en lettelse? — at dersom vi går bort fra loven som styringsmiddel, går vi samtidig bort fra oss selv som styrere.

## 2.2. Bekjemping av millimeterrettferdighet

Et velkjent problem er hvordan man kan bekjempe millimeterrettferdigheten. Den har mange utslag, f.eks.

- mange unntak fra en generell regel
- mange underkategorier
- overgangsregler for mellomperioder.

Byråkratene blir gjerne fremhevet som de store elskerne av millimeterrettferdighet. Jeg stiller meg tvilende til om det egentlig er så treffende: Ofte er det politikerne som lettest lar seg påvirke av argumentasjon fra enkeltpersoner eller grupper som mener de kommer dårlig ut hvis en særregel som beskytter dem ikke blir opprettholdt eller gitt. (Dette kan være typisk bl.a. i skattelovgivningen, tror jeg.)

Når det gjelder hvordan millimeterrettferdighet kan bekjempes, vil jeg bare peke på tre mål Jon Bing har lansert for å oppnå enkle regelverk:

- faste kriterier
- generelle kriterier
- få kriterier.

## 2.3. Funksjons- eller resultatkrav fremfor metodekrav?

En annen tanke som er aktuell (ihvertfall som *tanke*) i Norge nå, er i større grad å stille funksjons- eller resultatkrav fremfor å stille metodekrav. Man kan f.eks. si i byggeforskrifter hva en takkonstruksjon skal tåle, istedenfor hvordan taket nærmere skal være konstruert. Dette kan sikkert være rasjonelt i mange forhold, ihvertfall for produsenten. Men noen sesam-sesam-løsning er det ikke. F.eks. kan man vel som *forbruker* føle seg tryggere

når det generelt er tenkt gjennom hva som er en betryggende konstruksjon, enn når dette er overlatt til den enkelte entreprenør e l? Og man får problemer når virkningene en regel er ment å forhindre, er svært vanskelige å måle. (Jf f.eks. forbudene i norsk rett mot pornografi og grove voldsskildringer; det ville her være temmelig umulig om skadevirkninger skulle være et straffbarhetsvilkår i den enkelte sak.) — Generelt vil det vel ofte *rettssikkerhetsmessig* være enklere med metoderegler, som er lettere å kontrollere overholdelsen av. Men *andre* hensyn kan selvsagt veie tyngre.

#### 2.4. *Problemer med hyppige endringer*

Hyppige endringer fører til komplisering av regelverket på minst to måter:

For det første blir regelverket gjerne mer innviklet ved mange små revisjoner; man plasserer inn små unntak, særregler og henvisninger i stadig flere paragrafer. Ikke engang lovskriveren har oversikt til slutt. Forenkling vil vanligvis forutsette at man ser på et større, samlet felt.

For det andre representerer det at det er skjedd en endring, i seg selv en komplisering av regelverket. Her står lovgiver overfor et visst dilemma: Lovgiver blir på den ene side ofte kritisert for ikke å ajourføre lovene raskt nok; for ikke å følge opp behov i samfunnet. Men på den annen side gjør altså mange, hyppige endringer regelverket vanskelig tilgjengelig i praksis. — Begge punktene ovenfor taler for at lovgiveren ofte bør være tøffere i retning av å henvise spørsmål til generelle revisjoner.

#### 2.5. *Bør man være særlig forsiktig med å gi nye regler?*

Erfaring synes å vise at det er vanskelig å bli kvitt eller forenkle regler som allerede finnes. Ut fra forenklingssynspunkter burde man kanskje være særlig forsiktig med å gi nye regler? Men spørsmål om hva man kan oppnå med lovregler i retning av styring av atferd, fordeling av goder, o.s.v., er normalt langt viktigere enn ønsket om et enkelt lovverk. (I tillegg kan lovgivning være en enkel og billig måte å vise politisk initiativ på; det politisk rasjonelle behøver ikke falle sammen med det faglig rasjonelle.)

#### 2.6. *Betydningen av oversikt over regelverket*

Det er lettere å forenkle hvis man har oversikt over det regelverket man har ansvaret for. At lover og forskrifter foreligger samlet og søkbart på EDB, gir dermed et bedre utgangspunkt for en lovgiver som vil forenkle. (I tillegg

kan selvsagt samlingen i seg selv bedre oversikten for vanlige brukere av lover og forskrifter.)

### 3. Enklere fremstilling av regelverket

#### 3.1. Enklere for hvem?

Når det gjelder en enklere fremstilling av regelverket, bør man for det første spørre: enklere for hvem? Det samme er ikke enkelt for en datamaskin og for et menneske, eller for en jurist og en vanlig borger. Hans Petter Graver går grundig inn på lignende problemstillinger i sitt innlegg, og jeg nevner her bare kort noen punkter:

Forskjeller m.h.t. hva som er enkelt for forskjellige mottakergrupper, kan gjelde *utformingen av den enkelte regel* — bruk av fagterminologi m.v.

Forskjellene kan også ha å gjøre med *systematikken i regelverket*. — Dette kan for det første gjelde innen den enkelte paragraf. For jurister kan det f.eks. være lett å se forholdet mellom hovedregel og unntak, mens det for legfolk kan se ut som en uløst motstrid. Videre kan det være forskjeller når det gjelder hvordan man oppfatter systematikken i regelverket mer generelt. For en jurist kan det f.eks. være greit at generelle regler ikke blir gjengitt eller henvist til i en spesiallov. For legmannen kan manglende gjentakelse eller henvisning gjøre det vanskelig å få tak i hva som gjelder på det enkelte feltet. (Men etter min mening må dette problemet langt på vei løses ved *annen* informasjon enn selve lovteksten.)

#### 3.2. Motstrid mellom ønsket om presisjon og ønsket om lesbarhet

Det er motstrid mellom ønsket om presisjon særlig overfor fagfolk (f.eks. jurister), og ønsket om generell lesbarhet. (Jf i denne sammenhengen synspunkter fra rettssosiologien om lovers konfliktløsende og atferdsregulerende funksjoner.) — Hvordan motstriden skal løses, bør man *ta bevisst stilling til* i hvert enkelt tilfelle.

#### 3.3. Hva kan gjøres?

Til tross for det som er sagt foran, er det antakelig atskillig som kan gjøres for å gjøre regelverket lettere tilgjengelig for folk som har behov for å sette seg inn i loven, *uten* at det går nevneverdig ut over presisjonen over-

for jurister eller andre utpregete fagfolk. Man bør øke lovskriverens bevissthet på og evne til å skrive klart og enkelt. Mulige tiltak kan være hjelp fra språkkonsulenter — til å bearbeide tekster eller holde kurs —, at flere går sammen om bearbeide lovutkast med særlig sikte på språklige sider, og bruk av lesbarhetsindekser for å få en viss antydning om hvor vanskelig en tekst er.

Når dette er sagt, vil jeg legge til at jeg har liten tro på at det er mulig å gjøre lover til folkelesning. Vil man ha innholdet av en lov fram til bredere grupper, må andre informasjonstiltak komme til. Men også da vil enklere lover ha en funksjon; et enkelt lovverk vil være et bedre utgangspunkt for dem som skal informere enn et kronglet og uoversiktelig lovverk.

# Regelforenkling som juridisk arbeidsoppgave

Av dr. juris HANS PETTER GRAVER, Norge

## 1. Problemstilling: Hva er »enkle» rettsregler

Rettsregler inngår alltid i en sosial sammenheng. Denne sammenheng kan variere avhengig av hva slags type regel det er tale om, og det forhold som ulike personer eller grupper står i forhold til regelen. Lovregler har f.eks. ulik betydning for handlings- og forståelsesmønsteret til ulike personer avhengig av den sosiale rolle som de inntar.

For *dommeren* inngår lovregelen i en meningssammenheng og utgjør en av flere rettskildefaktorer som han bygger på for å komme frem til et resultat.

For *lovgiveren* er loven resultatet av en prosess som har ledet frem til en beslutning om å fastsette en lov. Loven er videre ofte et virkemiddel for den som har besluttet om den for å fremme et eller annet resultat. Hvilket resultat som skal fremmes kan ofte være vanskelig å bringe på det rene. Ulike personer deltar i lovgivningsprosessen, og disse kan ofte ha ulike interesser og standpunkter mht hva som ønskes fremmet ved en lov. Ofte er det nødvendig å inngå kompromisser, slik at det som egentlig har motivert de ulike deltakerne i beslutningsprosessen ikke sies klart og åpent.

For *borgeren* er loven av og til en grensesettende faktor ved at det pålegges plikter i form av påbud eller forbud. I andre tilfelle er loven en ressurs og danner grunnlag for et krav, f.eks. mot forvaltningen. Loven kan også inngå på en mer kompleks måte i samspillet mellom ulike borgere og danne utgangspunkt for deres rettigheter og plikter i forhold til hverandre eller ved å gi dem muligheter til å inngå mer sammensatte forbindelser og å løse konflikter.

Med utgangspunkt i slike ulike sosiale situasjoner kan man analysere og stille krav til regelverket med sikte på at det skal gis en slik utforming at det er best mulig tilpasset den sosiale sammenheng som det inngår eller skal inngå i. Forenkling av rettsregler og rettslig regulering betyr da en streben etter en best mulig tilpasning mellom regelverket og den sosiale sammenheng som det inngår i eller skal inngår i. Det er denne betydning av »regelforenkling» som jeg legger til grunn i det følgende.

Det perspektiv som jeg her legger på regelforenkling er noe annerledes enn det som vanligvis anlegges. I St.meld. 57 (1984—85) fremheves at »Målet for arbeidet med regelreform er å fjerne uhensiktsmessige offentlige reguleringer, og å forenkle lover og forskrifter som må opprettholdes» (s. 5). Det gis ingen definisjon av »regelreform», men det skilles mellom ulike virkemidler (s. 9):

»— bedre *styring av den samlede regelproduksjon*, bl.a. ved at positive og negative konsekvenser av nye regler blir vurdert,

— *deregulering, d.v.s., å oppheve reguleringer* som er lite hensiktsmessig fordi fordelene som oppnås ikke står i forhold til ulempene, bl.a. ved at handlefriheten begrenses,

— *forenkling av regelverket*, ved å redusere omfanget av regler og å ta i bruk alternative styringsmidler.»

En stortingsmelding er et politisk dokument, og i tråd med dette kan vi si at den innfallsvinkel som anlegges til problemfeltet er *politiserende* og *prosessorientert*. Politiserende idet bl.a. målsettingen angis ved bruk av begreper som må utfylles av politiske vurderinger, f.eks. *uhensiktsmessige reguleringer*, bestemmelser *som må opprettholdes* etc. Prosessorientert ved vekten på å klarlegge innholdet av arbeidet ved å beskrive ulike typer av handlinger som virkemidler; *vurdering* av konsekvenser, *oppheving* av reguleringer, *redusere* omfanget av regler etc.

Et annet perspektiv anlegges av *Kristin Kjelland-Mørde* (Om forenkling av regler, Complex 12/83). Hun tar utgangspunkt i at forutberegnelighet er en forutsetning for at rettssystemet skal kunne løse sine »to hovedfunksjoner» — atferdsregulering og konfliktløsning (s. 12). På denne bakgrunn blir hennes problemstilling »hvordan rettsanvenderen enklest kan tilegne seg innholdet i reglene» (s. 14).

Den innfallsvinkel som her anlegges er således *kommunikasjonsorientert*. Kjelland-Mørde avgrenser uttrykkelig mot det »norminnhold (som) reglene skal foreskrive som gjeldende rett», da dette er et »politisk problem» (s.st.). En lignende innfallsvinkel uten at den uttrykkelig ses i en videre regelforenklingssammenheng, anlegges av *Else Ryen* (Lov og lovmottaker, Complex 7/83 og av *Britt-Louise Gunnarsson* (Lagtexters begripelighet, Liber, Lund 1982).

*Jon Bing* (EDB: Mulighet og problem ved forenkling av regelverk, Complex 13/83) anlegger et pragmatisk perspektiv, og ser på om og hvordan datamaskinteknologien kan bidra til å forenkle regelverket (s. 4). På denne bakgrunn ser han på måten edb kan brukes til å skape oversikt over regelverket. I tillegg ser han på bruk av edb for å administrere regelverket.

Alle de her nevnte studier forutsetter at »enkelhet» er en selvstendig



egenskap ved et regelverk på linje f.eks. med karakteren av de normer som regelverket består av. Dette innebærer at man ut fra en analyse av et regelverk eller en regel kan avgjøre om det(n) er »enkel» eller »komplisert», og at man på dette grunnlag kan anbefale tiltak til forenklinger.

Mitt perspektiv innebærer at »enkelthet» etc. ikke er en egenskap knyttet til reglene selv, men til sammenhengen mellom reglene og den sosiale situasjon som de inngår i.

Den sammenheng som regler kan eller skal inngå kan konkretiseres til i alle fall tre typetilfelle. Det første benevner jeg en *anvendelses-sammenheng*. Her tenker jeg på den situasjon som foreligger når regler skal danne beslutningsunderlag for personer som er gitt i oppgave å treffe beslutninger på grunnlag bl.a. av rettsregler. Dette er særlig aktuelt for domstolene og forvaltningen. Det andre benevner jeg en *miljøssammenheng*. Her tenker jeg på det forhold at samfunnets rettsregler, sammen med en rekke andre faktorer utgjør del av de omgivelser som mennesker må forholde seg til når de opptrer i en sosial sammenheng. Rettsreglene kan pålegge plikter, gi rettigheter eller danne utgangspunkt for handlingsmuligheter ved å danne grunnlag for rettslige disposisjoner. Endelig har vi det jeg vil benevne som en *styringssammenheng*. Her tenker jeg på det forhold at regler gis som virkemidler for å realisere en eller annen politisk eller sosial målsetting. I dette notatet vil jeg konkretisere det perspektivet som jeg anlegger på regelforenkling som et spørsmål om tilpasning til den første av disse sammenhengene; *anvendelsessammenheng*.

Med utgangspunkt i en slik konkretisering blir problemstillingen i denne innledningen å drøfte hvorledes rettsreglene kan tilpasses den anvendelses-sammenheng, som de inngår i eller er ment å inngå i. Fokus vil ligge på hvilke krav til regelverket som en slik sammenhenger stiller for at regelverket skal være godt tilpasset. Hva som ligger i »god tilpasning» må drøftes konkret i forhold til de ulike sammenhenger. På denne måten kan man se i hvilken grad hensynet til et »enklere regelverk» kan sies å innholde generelle krav til rettsreglene. Når man skal ta stilling til hva dette konkret vil innebære for et bestemt sett av gjeldende eller foreslåtte regler, må man se på hvilken sammenheng disse inngår i eller skal inngå i. I den forbindelse må man være oppmerksom på at et og samme regelsett vil inngå i ulike sosiale sammenhenger. De problemer som dette reiser kommer jeg ikke inn på her.

Ulike sider ved begrepet »regel» vil således være sentrale i ulike sosiale sammenhenger som rettsreglene inngår i. Derfor er det mer hensiktsmessig å ta utgangspunkt i slike ulike sosiale sammenhenger, enn i ulike betydninger

av ordet »regel». Det vil da fremgå av sammenhengen hvilken betydning som må stå i fokus for forenklingsarbeidet.

## 2. Tilpasning til anvendelsessammenhenger

### 2.1. Generelt

Med »anvendelse» av rettsregler, forstår jeg en virksomhet som består i å treffe rettslig bindende avgjørelser på grunnlag av en rettslig kompetanse. Innholdet av de avgjørelser som skal treffes kan være mer eller mindre programmert av rettsregler. Rettsreglene har i slike tilfelle en rolle som beslutningskriterier.

Vi kan skille mellom regler som gir de formelle rammer for de beslutninger som skal treffes, og rettsregler som angår det materielle innholdet av beslutningene. De formelle rammer består av regler om hvem som kan treffe beslutninger av en nærmere bestemt art, og de fremgangsmåter som skal følges for å treffe slike beslutninger. Eksempel på dette er prosessreglene for domstolene, og regler om kompetansegrunnlag og saksbehandling for forvaltningsorganer.

Det er vanlig å behandle ulike typer av rettsanvendelse under ett som en type av beslutninger. Dette gjelder både i juridisk og i samfunnsvitenskapelig teori. Jurister har en tendens til å bruke dommeren som forbilde for rettsanvendelsen både i domstolene og i forvaltningen. Samfunnsvitere har en tendens til å uttale seg om endringer og karakteristika ved »rettsanvendelse» ut fra studier både av forvaltningen og domstolene. Typisk i så måte er *Max Webers* teori om en øket formalisering av de rettslige beslutninger bl.a. ut fra studier av fremveksten av det legale byråkrati (se f.eks. *Weber, Makt og Byråkrati*, Oslo 1971 s. 128 flg).

Det er imidlertid mye som taler for å skille mellom ulike *typer* av rettsanvendelse. Et hovedskille går mellom det som kan betegnes som *judisiell rettsanvendelse* på den ene side og *byråkratisk rettsanvendelse* på den annen side. Dette skillet tar som utgangspunkt forskjeller mellom rettsanvendelsen i domstolene og rettsanvendelse i forvaltningen. Men helt sammenfallende med avgjørelsesorgan er skillet ikke. Det kan treffes avgjørelser i forvaltningen på grunnlag av judisiell rettsanvendelse, f.eks. ved behandling av klagesaker og ved uttalelser om juridiske fortolkningsspørsmål. Det er også visse avgjørelser som treffes av domstolene, som har klare likhetstrekk med byråkratiske masseavgjørelser, f.eks. forhørsrettens fengslingskjennelser og

andre beslutninger som treffes av en dommer om bruk av tvangsmidler i straffeprosessen.

Skillet faller heller ikke helt sammen med hva slags typer av personer det er som treffer avgjørelsene, d.v.s. om de treffes av jurister eller ikke-jurister. Jurister kan delta i byråkratiske avgjørelser og behøver da ikke skille seg nevneverdig ut fra andre faggrupper.

Typisk for den byråkratiske rettsanvendelse, er at saksbehandleren ikke gjør noe forsøk på å tolke loven selv, men baserer seg på de tolkninger som sentrale myndigheter forsyner dem med. Dette gjelder bl.a. både for skatte- og trygdeetaten (*Brinkmann og Eckhoff*, Ligningsfunksjonærens rettskildebok, institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1/86 s. 57). Et annet gjennomgående trekk, er at de oppslagsverker som benyttes for å finne løsningen på et problem, er de som står innenfor gripeavstand for saksbehandleren. Alle saksbehandlere i Ligningsforvaltningen var forsynt med »Lignings-ABC», en oppslagsbok som gir kortfattede svar på spørsmål som kan dukke opp under ligningsarbeidet. Denne boken er utarbeidet og utgitt av skattedirektoratet. Langt færre saksbehandlere hadde like lett tilgang på de mer »tradisjonelle» rettskilder, lovteksten og domssamlinger. Innkjøp og fordeling av kildemateriale og litteratur skjer sentralt gjennom skattedirektoratet (*Brinkmann og Eckhoff* s. 7). Det var påviselig sammenheng mellom ansvarsområde, og bruken av de ulike rettskilder. De som hadde som særskilt oppgave å behandle vanskelige saker, gjorde mer bruk av de mer tradisjonelle juridiske hjelpemidler enn andre saksbehandlere (*Brinkmann og Eckhoff* s. 47).

Typisk for den byråkratiske rettsanvendelse er således at den er orientert mot å anvende ferdige løsningsforslag, og at i den grad slike er utarbeidet og distribuert av sentrale myndigheter, så blir de også lagt til grunn. Tilsvarende funn er gjort av *Jon Bing* for trygdefunksjonærenes vedkommende, hvor Rikstrygdeverkets rundskriv utgjorde den viktigste rettskilde (se presentasjonen hos *Brinkmann og Eckhoff* s. 4—5).

Karakteristisk for den judisielle rettsanvendelse idag, er at den bekjenner seg til den positive lovgivning som grunnlag for rettens gyldighet og legitimitet. Samtidig er det karakteristisk at den enkelte lov ses i sammenheng ikke bare med andre lovbestemmelser, men også med annet materiale så som rettsavgjørelser, forarbeider til lover og rettsanvenderens egen vurdering. Sammenkoblingen mellom slike ulike faktorer, og de slutninger som trekkes fra dem, styres av uskrevne, juristskapt metanormer som kalles »rettskildeprinsipper». Rettskildeprinsippene er for en del retningslinjer som ikke kan

anvendes mekanisk, men som bare utgjør momenter for en vurdering som rettsanvenderen selv må foreta.

Årsaker til forskjeller mellom de to typer av rettsanvendelse kan være flere. En faktor kan være at det ideologiske krav om regelbundethet og formell likebehandling har større gjennomslag overfor forvaltningen enn overfor domstolene. En annen faktor kan være saksmengden. Forvaltningen skal gjerne treffe masseavgjørelser og det er avsatt forholdsvis kort tid til den enkelte avgjørelse. Domstolene på sin side får ofte bare spørsmål som volder rettslig eller faktiske tvil til avgjørelse, og legger vekt på grundighet i den enkelte sak.

Når man skal ta stilling til forenkling av regelverket i betydningen tilpasning til anvendelsessituasjonen, må man således ta utgangspunkt i at man står overfor to forskjellige typer av rettsanvendelse. For den byråkratiske rettsanvendelse opptrer de formelt fastsatte regler mest som *beslutningsprogram*. For den judisielle rettsanvendelse opptrer lover og forskrifter som *argumentkilder* av en spesiell status.

## 2.2. Tilpasning til byråkratisk rettsanvendelse

En rekke lover og forskrifter er gitt bl.a. med det siktemål at de skal tjene som beslutningsprogram for byråkratiske masseavgjørelser. Dette gjelder på felter som skatte- og trygdelovgivningen, ulike støtteordninger som Statens Husbank o.lign, kontrolloppgaver i medhold av bygningsloven og byggeforskrifter etc. Som nevnt ovenfor viser erfaringen at i de tilfelle hvor det er meningen at beslutningene skal treffes på grunnlag av en fortolkning og anvendelse av regelverket, så er den utøvende forvaltning regelorientert i sine avgjørelser. Fra ulike områder har man også erfaring for at i de tilfelle hvor det ikke er gitt regler, men hvor avgjørelsesgrunnlaget åpner for utøvelse av et hensiktsmessighetsskjønn, så utvikler forvaltningen utformelle »hjemmelagde» regler som tjener som grunnlag for avgjørelsene.

Det er grunn til å tro at de regler som utvikles gjennom praksis eller som fastsettes av overordnede organer på grunnlag av fortolkninger av det formelle regelverk, tjener et reelt behov hos beslutningsfatterne. Når slike rundskriv etc. blir lagt til grunn fremfor det formelle regelverket kan det skyldes flere forhold. Dels kan det skyldes påvirkning fra overordnede organer ved at det gis instruksjer og ved at slike rundskriv etc. blir gjort tilgjengelig for alle saksbehandlere. Det kan imidlertid også skyldes at slike rundskriv etc. er gitt en utforming som gjør dem lettere å praktisere i den daglige virksomhet enn det formelle regelverk. Rundskrivene o.lign. har ofte

som formål å klargjøre vanskelige fortolknings spørsmål, å gi retningslinjene for det skjønn som eventuelt skal utøves innen rammene av regelverket og å sikre at de avgjørelser som det overordnede organ har truffet f.eks. i klagesaker, blir lagt til grunn av de underordnede organer.

Slike rundskriv etc. bidrar således til å lette forvaltningens praktisering av regelverket. Samtidig kan de utgjøre en kompliserende faktor. Dels kan mengden av rundskriv blir stor og uoversiktlig. Dette er bl.a. avhengig av måten de redigeres og oppbevares på. Skatteetaten gjennom sin lignings-ABC og trygdeetaten gjennom sin rundskrivsordning er eksempler på etater som har ordnet sine rundskriv og instruksjoner på en måte som saksbehandlerne opplever som oversiktlig. Utvikling av et uformelt regelverk gjennom rundskriv o.lign. kan imidlertid virke kompliserende også av andre grunner. Det fører til at man får to sett av regler; et formelt gjennom lover og forskrifter, som danner grunnlag for de uformelle regler som faktisk blir lagt til grunn for avgjørelsene. Interne rundskriv og instruksjoner blir ikke fastsatt eller kunngjort på samme måter som formelle regler. I visse tilfelle gir ikke hjemmelsloven forvaltningen kompetanse til å fastsette utfyllende forskrifter. Men det er likevel det som i realiteten skjer når et overordnet organ fortolker loven og binder opp rettsanvendelsen og skjønnsutøvelsen, og sender ut generelle rundskriv eller instruksjoner om dette. I realiteten etableres da et utfyllende og presiserende regelsett, og det er dette regelsett som blir lagt til grunn for de avgjørelser som treffes i forvaltningen.

Utviklingen av slike uformelle regler på siden av de formelle, kan være et utslag av manglende tilpasning mellom anvendelsessituasjonen og det formelle regelverk. En grunn til dette er at lover og forskrifter ofte skrives med den judicielle rettsanvendelsessituasjonen for øye.

Det ville utvilsomt bli mer oversiktlig om man kunne unngå en situasjon med to parallelle regelverk. Dette kan neppe unngås på en annen måte enn at det formelle regelverk skrives med den byråkratiske rettsanvendelsesbehov og forutsetninger for øye. En drastisk tanke ville være å oppheve det formelle regelverket, og så vedta det uformelle regelverk som har utviklet seg i stedet. Det vil sikre at de regler som reelt blir lagt til grunn, ble underkastet den behandlingsmåte som en generelt sett anser som ønskelig når rettsregler blir vedtatt i vårt samfunn. Mindre drastisk ville det være å anbefale lov- og forskriftsgiverne å kopiere formen og oppbyggingen av rundskrivene. Det vil si å gjøre det formelle regelverket mer kasuistisk preget, redigert ut fra de ulike typer av beslutningsproblemer som dupper opp, og med vekt på å gi konkrete løsningsforslag i stedet for grunnlagsmateriale for løsninger.

Det kan tenkes flere innvendinger mot et slikt forslag. Den første er at

lover og forskrifter ikke bare skal tjene som grunnlag for byråkratiske avgjørelser. I den utstrekning forvaltningens avgjørelser kan overprøves av domstolene, skal de også tjene som grunnlag for judisielle avgjørelser. Et kasuistisk, problemorientert regelverk skrevet ut fra masseforvaltningens behov, kan gi et dårligere rettskildemessig grunnlag for domstolenes judisielle rettsanvendelse enn lover og forskrifter utformet på tradisjonelt vis. Til dette kan innvendes at regelverket bør utformes i forhold til den anvendelses-situasjon som det først og fremst er rettet mot. Det synes u hensiktsmessig at regelverket skal gis en utforming som er tilpasset den judisielle rettsanvendelse i tilfelle hvor bare en brøkdel av de avgjørelser som fattes skjer på denne måten.

En annen innvending er at med to regelsett, vil borgerne kunne ha muligheten for å få prøvet lovligheten av det uformelle regelverk opp mot det formelle. Denne muligheten vil gå tapt om man også formelt baserer seg på det uformelle regelverk. Dette er imidlertid neppe i seg selv grunn nok til å ta de belastninger det er å operere med to parallelle regelsett. Det er en realitet at domstolsprøvelse av forvaltningens masseavgjørelser på en rekke områder skjer så sjelden at argumentet i realiteten nærmest baserer seg på en fiksjon. Dessuten kan det hevdes at den situasjon vi har med at avgjørelser sjelden blir overprøvet favoriserer de mer krangleverne som får tilkjempet seg fordeler som andre ikke får. Dessuten vil man få inn en ny type kontroll med det regelverket som faktisk sett blir lagt til grunn, dersom fastsettelsen av dette blir underlagt de prosedyrer som gjelder for fastsettelsen av lover og forskrifter.

En tredje innvending ligger i at ved å gjøre det uformelle regelverket formelt, vil man kunne tape noe i fleksibilitet. Det uformelle regelverket er jo ikke formelt sett bindende for forvaltningen på samme måte som lover og forskrifter. Men også hensynet til den nødvendige fleksibilitet kan ivaretas. Dersom det er meningen av forvaltningen skal utøve et skjøn, vil dette kunne komme til uttrykk også hvor man opererer med ett og bare ett regelsett som er innrettet mot en byråkratisk rettsanvendelse. Hvor det er meningen at et skjøn skal utøves sentralt en gang for alle, kan dette sies i loven, og det sentrale organ kan gis fullmakt til å foreta dette skjønnet og fastsette generelle kriterier i forskrifts form. Dersom det er meningen at skjønnet skal utøves lokalt av det enkelte organ fra sak til sak, kan dette komme til uttrykk i det detaljerte regelsett som skal danne grunnlag for de daglige avgjørelser. Dersom det er meningen at regelverket skal kunne fravikes lokalt eller sentralt når særlige grunner foreligger, kan også dette komme til uttrykk i et regelverk som er tilpasset den byråkratiske rettsanvendelse.

### 2.3. Tilpasning til judisiell rettsanvendelse

Tilpasning av regelverket til den judisielle rettsanvendelse er det området hvor problemene i dagens situasjon er minst. Rettsanvendelsen skjer her på bakgrunn av ulike argumentkilder av personer som er trenet til å treffe avgjørelser på grunnlag av juridisk metode. Det som kan reise tilpasningsproblemer er om man søker å overlate til organer som treffer avgjørelser på grunnlag av judisiell rettsanvendelse, oppgaver som krever en annen måte å treffe beslutninger på. Eksempel på dette er om man overlater til domstolene å utmåle ytelser på grunnlag av behov, eller til å foreta prioriteringer f.eks. av helsetjenester på grunnlag av medisinske vurderinger. Det er imidlertid prinsipielt sett ingen ting i veien for å overlate til domstolene å treffe avgjørelser som ellers blir truffet f.eks. av sosionomer eller leger. Poenget er at de da vil bli truffet med større inslag av normative vurdering, enn av faglige hensiktsmessighetsbetraktninger. Det skjer med andre ord en *rettsliggjøring* av beslutningen. Hvorvidt slike avgjørelser bør treffes på grunnlag av rettslige eller andre vurderinger, er et politisk spørsmål. Man bør imidlertid være oppmerksom på at i slike tilfelle vil valg av avgjørelsesforum påvirke det grunnlag som avgjørelsene blir truffet på. En redegjørelse som illustrerer samspillet mellom avgjørelsesformen og det grunnlag avgjørelsen treffes på, er gitt av *sosialrettsutvalget* i drøftelsen av behandlingen av tvangssaker i barnevernet, se NOU 1985:18 s. 290 flg.

Forøvrig har norske domstoler vist en viss tilbakeholdenhet når det gjelder å rettsliggjøre avgjørelser som forvaltningen treffer på et annet grunnlag enn et rettslig grunnlag. Dette har skjedd gjennom utviklingen av læren om forvaltningens frie skjønn. Dersom man oppstiller *regler* for slik skjønnsutøvelse, eller krever at det i større grad skal kunne overprøves av domstolene, bidrar man således til å endre på det grunnlag som avgjørelsene blir fattet på. Man bør således tilpasse måten å styre ikke-rettslige skjønn til det grunnlag som man ønsker at avgjørelsene skal treffes på.

Det kan oppstå problemer i forhold til hensynet til forenkling, om rettsregler i for stor grad skrives med den judisielle rettsanvendelse for øye. Et bærende hensyn når reglene skrives i slike tilfelle er hensynet til presisjon og generalitet. Selv om lovgiveren skulle lykkes godt med hensynt til klarhet i presisjonen, vil regelverket ofte være vanskelig å trenge inn i for andre enn jurister med trening i juridisk metode. Dette har sammenheng med at når rettsreglene uttrykkes på et høyt generalitetsnivå, vil *subsumsjonen* av livets mangfold under reglene ikke være lett uten juridisk trening. Nettopp på grunn av rettsreglenes generelle karakter vil den situasjonsbeskrivelse som

gis i reglene være for abstrakt til at den uten videre kan ses som en beskrivelse av de ulike tilfelle som oppstår i praksis. Treningen i den judisielle rettsanvendelse, er også en trening i hvordan man skal abstrahere fra en konkret situasjon, og skjære vekk de individuelle trekk ved situasjonen som er uten betydning for anvendelsen av den rettsregel man står overfor.

På en rekke områder har da også de praktiske behov tvunget frem andre måter å skrive regler på, enn den som spesielt er tilpasset den judisielle rettsanvendelse. Eksempel på dette er nevnt ovenfor i avsnitt 2.2 om forvaltningens interne rundskriv. Andre eksempler finnes på områder hvor ikke-jurister skriver forskrifter som retter seg mot borgernes handlinger. Her finner vi ofte omfattende, kasustisk pregede regler av f.eks. teknisk art slik som i arbeidstilsynets ulike forskrifter og i forskrifter om byggesaker. Slike forskrifter utdypes gjerne av faglig pregede »veiledninger». Denne typen regelverk kan volde problemer i forhold til den judisielle rettsanvendelse, ved at de kan skape en uklar rettsstilstand f.eks. om grensen mellom hva som er positivt påbudt og hva som bare er en mindre bindende anbefaling til borgerne, se nærmere min behandling av dette i Forvaltningsrettslige nydannelser, Nordisk administrativt tidsskrift 1985 s. 77 flg. og s. 292 flg.

Fortsatt gis imidlertid regler som sjelden er aktuelle for domstolsanvendelse med nettopp denne situasjon for øye. Eksempel på dette er kontraktsrettslige regler for forbrukerforhold. Det er mulig at disse reglene i større grad burde vært utformet med uformelle konfliktløsningsformer som utgangspunkt, enn med domstolsbehandling som utgangspunkt. Slike andre måter å løse forbrukerkonflikter på, kan stille andre krav til regelverket, se nærmere min artikkel Rettslig konfliktløsning, et forbrukerperspektiv i Tidsskrift for rettsvitenskap 1983 s. 529—569.

Man kan nå lengre i forhold til en målsetting om et enklere regelverk forstått som en tilpasning til den sosiale sammenheng som det skal inngå i, ved større bevissthet om hvilke sammenhenger som det først og fremst vil være aktuelt for. Samtidig bør man ha for øye andre sammenhenger, slik at man ikke skaper for store problemer i forhold til disse f.eks. ved at man skaper en uklar rettsstilstand.

Når det gjelder de situasjoner hvor regelverket først og fremst bør skrives med den judisielle rettsanvendelse som utgangspunkt, kan man oppnå forenklinger ved å vise tilbakeholdenhet mht hvor uttømmende rettskildesituasjonen skal reguleres. Den judisielle rettsanvendelse skjer på den måten at rettsanvenderens skjønn kommer inn i alle saker som volder rettslig tvil. Det er ikke sikkert at utfallet av denne vurderingen blir bedre om rettsanvenderen har flere rettskildefaktorer å holde seg til. Lovgiveren vil likevel



ikke kunne fjerne innslaget av juridisk skjønn og skrive en utfyllende lov for f.eks. erstatningsutmåling, ulike kontraktsforhold eller grensen mellom straffbart forsøk og straffri forberedelse. I stedet for å kodifisere og regulere på slike områder, burde kanskje lovgiveren nøye seg med å gi klare signaler til domstolene på områder hvor det er ønskelig med en klar styring med rettspraksis. Man ønsker f.eks. at praksis skal legges om eller låses fast i en viss retning.

Til dette kan innvendes at rettstilstanden uten en moderne lovgivning vil kunne være vanskelig å trenge inn i, se f.eks. *Brækhus*. Bør vår privatrett kodifiseres? i: Juridiske arbeider fra sjø og land, Universitetsforlaget, Oslo 1968 s. 5 flg. På en rekke områder er det imidlertid slik at de gjeldende rettsregler først og fremst har aktualitet i forhold til konfliktløsning. Dette gjelder bl.a. regler om skifte som er lite aktuelle for ektefolk mens ekteskapet består. Det gjelder også for store deler av kontraktsretten. Avtaler blir inngått på grunnlag av forhandlinger, jussen skrives i liten grad inn i avtalene og de fleste konflikter blir løst uten bruk av juss og rettslig argumentasjon (se f.eks. de undersøkelser fra USA og England som jeg har referert til i *Rettslig konfliktløsning — et forbrukerperspektiv*). Den rettslige regulering som finnes, er i første rekke aktuell for domstolene og for forberedelse til domstolsbehandling av konflikter. Lover skrevet med dette for øye er generelt sett dårlig egnet til å gi borgerne informasjon om rettigheter og plikter og muligheter til for på egen hånd å forutberegne sin rettslige situasjon. Det må da være bedre helt å avlaste lovgivningen fra en slik informasjonsoppgave, og heller velge andre kanaler for utbredelse av rettsinformasjon.

Man kan peke på en del områder hvor lovgivning er nødvendig for å regulere domstolenes virksomhet. Dette gjelder for det første de tilfelle hvor det er ønskelig at domstolene skal kunne belegge bestemte handlinger med straff. Dette følger av regelen i Grunnlovens § 96 om at ingen kan straffedømmes uten etter lov. Videre gjelder for tilfelle hvor domstolenes kompetanse skal begrenses innen visse rammer. Fra strafferetten kan nevnes regler om minimums- og maksimumsstraffer. I prosessretten har vi regler om domstolenes kompetanse. Ellers kan det være aktuelt å regulere domstolenes virksomhet ved angivelse av vurderingstema i ulike situasjoner. Det kan være aktuelt å gi regler om vurderingstema når rettstilstander er uklar, eller når man ønsker en kursomlegging i forhold til gjeldende rett. Eksempel på det siste har man f.eks. om man ønsker å legge om beregningen av erstatning for personskade fra å ta utgangspunkt i det faktiske økonomiske tap, til mer rimelighetspregede vurderinger med sikte på å skape likhet mellom hva

som tilkjennes folk fra ulike lag, strøk eller kjønn, se f.eks. forslaget i NOU 1987:4, Standardisert erstatning til barn.

### 3. Enkle regler og informasjon om gjeldende rett

Det er neppe hensiktsmessig å begrense arbeidet med regelforenkling til en av de her antydede problemstillinger. Hvilken problemstilling som står i fokus, vil nettopp være avhengig av den sosiale situasjon som man tar utgangspunkt i. Å legge fokus på rettskildefaktorer kan være hensiktsmessig når man drøfter forenklinger i forhold til en rettsanvendelse som skjer ved bruk av juridisk metode. Dette er imidlertid neppe hensiktsmessig når en tar utgangspunkt i konsekvenser av regelverket for den alminnelige borger. Den alminnelige borger vil ikke gi seg inn på en juridisk rettsanvendelse selv om rettskildesituasjonen skulle være aldri så oversiktlig. Informasjon om rettsreglene i en slik situasjon må snarere være informasjon *om* tolkningsresultater enn informasjon som kan bidra til å *gi* gode tolkningsresultater.

For borgerne kan det være av betydning både om rettstilstanden er innfløkt eller pålegger dem stor byrder, og om informasjonen om rettstilstanden er utformet på en slik måte at de lett kan få grep om hva den innebærer for dem. Det er ikke gitt at lovteksten bør være eller kan være den eneste kilden til informasjon om rettstilstanden. Det kan til og med tenkes situasjoner hvor lovteksten ikke engang er den sentrale kilde til informasjon til borgerne. For å ta utgangspunkt i en problemstilling som har vært trukket frem i debatten om enkle regler. Vi kan sammenligne Moseloven og dens 10 enkle bud på den ene siden, og forskrifter for vegetabilske konserver med sine omfattende 36 paragrafer på den annen side. Moseloven representerer en kort og grei fastlegging av «gjeldende rett» sammenlignet med de innfløkte forskrifter. Som kilde til informasjon om hva rettstilstanden innebærer for den enkelte i ulike situasjoner er det derimot ikke like sikkert hva som er «enklest». Når det gjelder vegetabilske konserver vil forskriftene gi den informasjon som er tilstrekkelig. Når det gjelder de spørsmål som Moseloven omhandler, er man imidlertid henvist til en utførlig tenkning og litteratur som omhandler innholdet av budene i de ulike livssituasjoner som kan oppstå — er det f.eks. tillatelig å slå ihjel i krig, og når er dette eventuelt tillatelig?

*Kirsti Coward og Hans Petter Graver:*

**REGELFORENKLING SOM JURIDISK ARBEIDSOPPGAVE —  
MOMENTER SOM GRUNNLAG FOR DISKUSJON**

1. Spørsmålet om forenkling av regler bør ses ikke som en egenskap ved reglene, men som et spørsmål om en tilpasning til den situasjon som reglene skal brukes i.
2. Regler og styring. Spørsmålet om i hvilken grad ulike områder bør styres av staten, og om alternative virkemidler for styring.
3. Millimeterrettferdighet.
4. Funksjons- eller resultatkrav fremfor metodekrav?
5. Problemer med for hyppige endringer i regelverket.
6. Regler og byråkratisk masseanvendelse. Bør lover og forskrifter i større grad utformes slik rundskriv gjerne skrives, d.v.s. mer konkret og detaljert?
7. Regler på domstolenes kjerneområder. Kan forenkling oppnås ved større tilbakeholdenhet mht hvor uttømmende rettskildesituasjonen skal reguleres?
8. Spørsmålet om rettsinformasjon til borgerne bør formidles via andre kanaler enn regelverket.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Oluf Engell

Investorbeskyttelse ved emissioner,  
take-over bids og handel med aktier

**Inhold**

I. Indledning .....	197
II. Investorbeskyttelse ved emissioner .....	197
III. Investorbeskyttelse ved take-over bids .....	204
IV. Investorbeskyttelse ved handel med aktier .....	207
V. Erstatningsretlige problemstillinger .....	209
VI. Efterskrift .....	210

# Investorbeskyttelse ved emissioner, take-over bids og handel med aktier

Af advokat OLUF ENGELL, Danmark

## I. Indledning

Gennem de senere år har der i lande med markedsøkonomi, herunder liberale kapitalmarkeder, været voksende interesse for den retlige regulering af aktieomsætningen. Mange steder er børshandelen under reorganisering. Moderne teknologi tages i anvendelse. Systemer og regler, som skal beskytte investorerne mod misbrug og tab, tages op til vurdering. Den retlige regulering udbygges — på dette som på så mange andre områder.

Udviklingen skal ses på baggrund af de seneste års stigende omsætning på aktiemarkederne. På de internationale hovedbørser er kurserne gået i vejret. Handelen har været livligere. Antallet af emissioner er i vækst. Navnlig i udlandet, USA og England, har man endvidere set stadig dristigere, mere aggressive og større take-overs med opkøb og kamp om aktiemajoriteten i store børsnoterede selskaber. Med varierende styrke er disse tendenser slået igennem også på de nordiske aktiemarkeder.

Denne udvikling sker samtidig med, at de nationale kapitalmarkeder gradvis synes på vej mod en internationalisering. Store selskaber søger i stigende omfang kapital internationalt, og der er flere eksempler på, at nordiske selskaber søger deres aktier noteret på børsen i et broderland eller på de internationale hovedbørser.

Fremstillingen i det følgende, der drejer sig om investorer i børsnoterede selskaber, er ikke en teoretisk og systematisk gennemgang af gældende regler om investorbeskyttelse, men et forsøg på at indkredse nogle problemstillinger af overvejende praktisk art.

## II. Investorbeskyttelse ved emissioner

Det investorerne skal beskyttes mod, er — sagt i almindelighed — misbrug og tab. Værnet herimod er dels de beskyttelsesregler, som er opstillet i lovgivningen, bl.a. i de nordiske aktieselskabslove, dels de krav, der stilles

til det oplysningsmateriale, som danner grundlag for emissionen. Det sidste er ikke det mindst vigtige. Et fyldigt tegningsprospekt kan for investorerne være en vigtigere beskyttelse end et fintmasket net af selskabsretlige regler. Der ligger heri også en vurdering af opgaven. I et frit kapitalmarked er hovedopgaven at undgå investeringer foretaget på et urigtigt grundlag, snarere end at beskytte offentligheden mod investeringer i aktieselskaber af den ene eller den anden beskaffenhed.

### *Selskabslovgivningen som beskyttelse for investorer*

Medens andre selskabsformer i vidt omfang er ulovregulerede eller kun regulerede gennem spredte bestemmelser, opleves det nærmest som en selvfølge, at aktieselskaber kræver systematisk lovgivning med detaljerede regler om stiftelsen, indretningen, ledelsen og afviklingen af den fælles virksomhed.

Selskabslovgivningen regulerer bl.a. samspillet mellem aktionærene indbyrdes og mellem på den ene side aktionærene som passive investorer og på den anden side den personkreds, som forvalter investeringerne og leder selskabet. På denne måde fungerer aktieselskabslovene og de talrige velkendte enkeltbestemmelser om forhøjelse af aktiekapitalen (kap. 5 i den danske aktieselskabslov) og om minoritetsbeskyttelse (ret til indkaldelse af generalforsamlinger, majoritetskrav på generalforsamlinger, ret til granskning, krav på indløsning i særlige tilfælde etc.) som beskyttelsesregler for investorerne.

Enkeltreglerne skal ikke gengives her. Derimod kan et par danske eksempler måske tjene til at illustrere praktiske vanskeligheder ved at beskytte investorerne ad selskabslovgivningens vej.

#### *1. Eksempel — om beskyttelse mod urigtig værdiansættelse af indskud*

De nordiske aktieselskabslove indeholder bestemmelser, som skal beskytte investorerne (og kreditorerne) mod, at selskabet overtager værdier på et urealistisk — for kostbart — grundlag. Efter den danske aktieselskabslov (§ 33) gælder særlige regler, hvis aktiekapitalen kan indbetales i andet end penge, eller hvis selskabet i forbindelse med kapitalforhøjelse skal overtage »sådanne værdier«. Som eksempel kan tjene en emission i forbindelse med overtagelsen af en anden virksomhed. I så fald skal en eller flere uvildige, sagkyndige vurderingsmænd udarbejde en vurderingsberetning. Vurderingsberetningen skal indeholde:

- 1) En beskrivelse af hvert indskud eller erhvervelse,
- 2) oplysning om den anvendte fremgangsmåde ved vurderingen,
- 3) angivelse af det for overtagelsen fastsatte vederlag, og
- 4) erklæring om, at den ansatte værdi mindst svarer til det aftalte vederlag.

Vurderingsmændene, der f.eks. kan være revisorer eller forretningskyn- dige, er erstatningsansvarlige over for selskabet, aktionærene, kreditorerne eller trediemand, hvis de forsætlig eller uagtsomt tilføjer disse skade (§ 141 i den danske aktieselskabslov).

Disse bestemmelser blev indført ved en ændring af aktieselskabsloven i 1982. Før dette var reglerne enklere. I stedet for de uvildige, sagkyndige vurderingsmænds beretning var det bestyrelsen, der skulle udarbejde en redegørelse, som revisionen derefter skulle udtale sig om. Bag ændringen må have ligget den tanke, at investorerne ville være bedre beskyttet gennem en uvildig vurderingsforretning end gennem en redegørelse fra bestyrelsen.

Værdiansættelsen af en bestående virksomhed vil ofte give plads for et betydeligt spillerum. Der kan være langt mellem sælgers prisforlangende og købers første forhandlingstilbud. Den pris, parterne når til enighed om, afhænger af mange faktorer. Ikke alle behøver at have med virksomhedens egentlige værdi at gøre. Virksomheden kan have én værdi for nogen og en anden værdi for andre. Overordnede strategiske synspunkter kan gøre det forsvarlig at betale en merpris for at undgå, at virksomheden bliver solgt til anden side. Styrkeforholdene (økonomisk og finansielt) og parterne for- handlingsevner har betydning.

De uvildige vurderingsmænd har ifølge sagens natur ikke deltaget i den ofte langvarige og komplicerede proces, som har ført til en given prisfast- sættelse. Alligevel skal de — sædvanligvis inden for ganske snævre tidsfrister — afgive erklæring om, at »den ansatte værdi mindst svarer til det aftalte vederlag». Med hvor stor vægt kan de egentlig udtale sig herom? Hvad er bedst: de uvildiges beretning eller en redegørelse fra bestyrelsen?

Vurderingsordningen kan nok forebygge eller fange de mest grelle misbrug, men nogen væsentlig øget beskyttelse af investorerne er der næppe opnået. Derimod er der med de nye regler føjet endnu et led til kæden af tidkrævende og for selskabet relativt kostbare formaliteter ved emissionen.

## 2. *Eksempel — om beskyttelse mod for høje emissionsomkostninger*

De nordiske selskabslove beskytter investorerne mod, at en urimelig del af den nye kapital går til betaling af omkostninger og provisioner etc. til



de personer og interesser, som står bag emissionen, til medvirkende pengeinstitutter og rådgivere eller til markedsføring etc.

Indtil 1983 gjaldt i Danmark den regel, at omkostningerne »ikke uden overregistrators tilladelse» måtte overstige 5 % af »den nytegnede kapital». De 5 % skulle beregnes af den nominelle kapitalforhøjelse. Det gav anledning til vanskeligheder, efterhånden som det blev almindeligt, at danske selskaber udbød nye aktier til markedskurs — og ikke som tidligere til kurs 100 eller 105.

I 1981 gennemførte et dansk selskab en emission på børsen i New York. Aktierne blev tegnet til kurs 1300. Omkostningerne var naturligvis betydelige, ca. 7 % målt i forhold til tegningsprovenuet, men næsten 90 % målt i forhold til den nominelle kapitalforhøjelse. Spørgsmålet blev på forhånd forelagt overregistrator, der ikke mente at kunne godkende så betydelig en afvigelse fra lovens udgangspunkt. Industriministeren ændrede imidlertid afgørelsen og gav den nødvendige tilladelse.

Bl.a. på grundlag af denne afgørelse blev reglerne lavet om i 1983. 5 % -grænsen blev i princippet fastholdt, men med en tilføjelse om, at overregistrator kunne »godkende højere beløb, der i de enkelte tilfælde er sædvanemæssige og rimelige». I det første halve år efter den nye lovs ikrafttræden anlagde Aktieselskabs-Registeret — som tilsigtet — en mere liberal dispensationspraksis. En række selskaber fik godkendt omkostningsbeløb væsentlig over 5 %. Men embedsmænd i Aktieselskabs-Registeret blev betænkelige. Nogle mente, at der burde lægges loft over de provisioner, som selskaberne betalte emissionsbankerne. En række ansøgninger blev uventet afslået. Efter forhandlinger med pengeinstitutterne blev der administrativt fastsat nærmere retningslinier for, hvad overregistrator kunne godkende. Men ordningen var fortsat stiv og vanskelig at administrere. De mange dispensationsansøgninger fra 5 % -grænsen var en byrde.

Fra 1. marts 1985 blev reglerne så ændret på ny. Der er ikke længere faste grænser for emissionsomkostningernes størrelse. De skal nu blot anslås og specificeres i selskabets beslutning om emissionen og i tegningsmaterialet og senere oplyses i årsregnskabet.

Efter fire års administrativt besvær, og efter af lovgiverne to gange måtte ulejliges med spørgsmålet og ændre aktieselskabslovens bestemmelser, blev den beskyttelse af investorerne, som tidligere varetoges gennem en skiftende dispensationspraksis, erstattet af den nok så reelle beskyttelse, der ligger i en oplysningspligt for selskabet og i den mulighed, som investorerne derved opnår for selv at tage stilling til spørgsmålet.

### 3. *Eksempel — om kapitalforhøjelser med fortegningsret for enkelte aktionærer*

Et bærende element i investorbeskyttelsen ved emissioner er i de nordiske lande et krav om, at emissionen ikke må forrykke retsforholdet mellem aktionæerne. Hvis der ved emissionen sker en forrykkelse, kræver beslutningen efter dansk ret tiltrædelse fra de aktionærer, hvis retsstilling forringes (§ 79, stk. 3 i den danske aktieselskabslov). I praksis betyder dette, at emissioner, som forrykker retsforholdet, kræver enstemmighed.

I 1985 besluttede et dansk aktieselskab at forhøje aktiekapitalen uden fortegningsret for aktionæerne. Efter § 30 i den danske aktieselskabslov kan generalforsamlingen bestemme afvigelse fra reglerne om fortegningsret med den stemmeflerhed, der kræves til vedtægtsændringer (2/3). Dette krav var opfyldt.

Kapitalforhøjelsen skulle anvendes til overtagelse af tre virksomheder, som ejedes af selskabets hovedaktionær. De tre virksomheder blev på grundlag af en vurderingsberetning indskudt (apportindskud) mod vederlag i aktier. Resultatet ville blive, at hovedaktionæren fik sin andel af aktiekapitalen i selskabet forøget fra 73 % til 89 %. Mindretalsaktionærene var imod kapitalforhøjelsen.

Aktieselskabs-Registeret nægtede at registrere kapitalforhøjelsen. Industriministeren stadfæstede denne afgørelse. Begrundelsen herfor var ikke en kritik af de værdier, som de pågældende virksomheder blev indskudt til, eller af tegningskursen for de nye aktier, men en formel fortolkning af aktieselskabslovens § 30 (om fravigelse af fortegningsret) og § 79 (om forrykkelse af retsforholdet mellem aktionærer). I den pågældende sag kom myndighederne til det resultat, at der var tale om en forrykkelse, som krævede tiltrædelse af minoritetsaktionærene, fordi hovedaktionæren havde ret til at tegne de nye aktier, medens mindretalsaktionærene ikke kunne deltage i emissionen.

Afgørelsen strækker lighedssynpunktet til det yderste. I bestræbelsen på at beskytte minoritetsaktionærene anlagde myndighederne en fortolkning, som efter omstændighederne kan få vidtrækkende betydning i andre sager. Et dansk selskab kan efter denne fortolkning ikke længere overtage værdier — f.eks. en virksomhed eller fast ejendom — fra en aktionær mod vederlag i aktier uden de andre aktionærers samtykke. Konsekvenserne går videre end dette. Direkte overført vil afgørelsen betyde, at der ikke kan gennemføres emissioner uden fortegningsret for aktionærene, hvis en eller flere af de investorer, som får ret til at tegne de nye aktier, i forvejen er

aktionærer i selskabet. I sin yderste konsekvens kan dette vanskeliggøre danske selskabers foretagelse af »private placement«. I praksis vil det ofte være sådan, at en eller flere deltagere i »the placement« i forvejen har aktier i selskabet. Hvis fortolkningen skulle blive trukket så langt, vil en afgørelse, der drejede sig om minoritetsbeskyttelse i en konkret sag, kunne betyde en generel begrænsning af selskabernes muligheder for kapitaltilførsel.

Disse spredte eksempler kan måske illustrere den tese, at der kun er begrænsede muligheder for at sikre investorerne yderligere og reel beskyttelse ved emissioner gennem nye bestemmelser eller nye fortolkninger af eksisterende bestemmelser i selskabslovgivningen.

### *Børsreglerne som beskyttelse for investorer*

Beskyttelsesreglerne i selskabslovgivningen suppleres af de regler, der er fastsat for det materiale — prospektmaterialet — som skal foreligge ved emissionen, og af bestemmelserne om indretningen af selve børssystemet. Begge områder er under udvikling.

### *Prospektbestemmelser*

Børsprospektet er en relativt ny foreteelse i Danmark. Aktieselskabsloven omtaler ikke dette begreb. De danske regler, som er fastsat af Industriministeren med hjemmel i fondsbørsloven, er resultatet af fælles vedtagelser inden for Fællesmarkedet (EEC) — og bærer i sin opbygning og sproglige udformning præg heraf.

Det foreskrevne prospektskema indeholder i 7 kapitler detaljerede regler om de oplysninger, som selskabet skal give investorerne ved emissioner:

- Kap. 1: Oplysninger om de for prospektet ansvarlige og om revision.
- Kap. 2: Oplysninger om optagelse til officiel notering og om de aktier, der er genstand herfor.
- Kap. 3: Almindelige oplysninger om udstederen og dennes kapital.
- Kap. 4: Oplysninger om udstederens virksomhed.
- Kap. 5: Oplysninger om udstederens aktiver og passiver, finansielle stilling og resultater.
- Kap. 6: Oplysninger om bestyrelse, direktion og tilsyn.
- Kap. 7: Oplysninger om udstederens seneste udvikling og udsigter.

Overholdelsen af prospektreglerne påses af Københavns Fondsbørs. I praksis betyder dette, at alle prospekter forelægges fondsbørsen i udkast, og at børsens embedsmænd derigennem har mulighed for at øve indflydelse på den endelige udformning.

Det bærende princip er, som overskrifterne i prospektskemaet viser, et krav om, at investorerne skal have fuldstændige og detaljerede oplysninger om den pågældende emission og om selskabet og dets ledelse. Kravene går i så henseende langt ud over aktieselskabslovens formelle krav til tegningsmaterialet (tegningslisten). Dette stemmer godt med det grundsynspunkt, at beskyttelsen af investorernes interesser gennem krav om oplysninger i praksis er nok så vigtig som den beskyttelse, der kan opnåes gennem selskabslovgivningens stive og mere formelle regulering.

Fondsbørsens beføjelser rækker imidlertid videre end til kontrollen med, at prospektkravene er overholdt. Efter fondsbørsloven (§ 17) kan bestyrelsen afvise en emission, hvis det skønnes, at den »på grund af udstederens forhold vil være i modstrid med investorernes interesser«. Beføjelsen bruges med varsomhed. Fondsbørsens opgave er ikke i almindelighed at analysere og bedømme aktiernes bonitet, og børsens organisation har ikke en størrelse og indretning, der muliggør noget sådant. I praksis har fondsbørsen kun mulighed for indgriben i grelle tilfælde. Det er sket — men ikke ofte.

### *Børssystemets indretning*

Den reelle investorbeskyttelse søges tilgodeset også på anden måde. Mange steder er børserne under reorganisering. Ny teknik tages i anvendelse. Også i Danmark gennemføres for tiden en fondsbørsreform. Når reformen er gennemført, vil det nuværende auktionssystem være afløst af et elektronisk handelssystem, som giver mulighed for kontinuerlig handel i samtlige papirer hele dagen. Medens hidtil kun ca. 10 % af den danske aktieomsætning af børsnoterede papirer er sket over fondsbørsen — 90 % uden om børsen — forventes det, at den væsentligste handel, når det nye system er kørt ind, vil kunne kanaliseres over fondsbørsen. Samtidig vil der blive indført regler, hvorefter hovedaktørerne på børsen — børsrådgivere, pengeinstitutter og eventuelt de større institutionelle investorer — løbende skal holde fondsbørsen orienteret om de handler, som gennemføres uden om børsen. Disse og andre regler forventes at sikre investorerne større effektivitet og gennemsigtighed på aktiemarkedet.

Et velfungerende marked er et væsentligt led i den reelle beskyttelse af investorerne.

### *The Security and Exchange Commission, USA*

Ved internationale emissioner, som ikke er rettet specielt mod det ame-

rikanske marked, bærer prospekterne ofte særlig og fremhævet påtegning om »Selling restrictions», hvorefter

»The shares may not be offered or sold, directly or indirectly, in the United States of America, its territories or possessions, or to any national or resident thereof...»

Nogen vil det måske undre, at USA — som ofte anses for den frie kapitalismes hovedbastion — længe har haft den internationalt set vist nok strengeste lovgivning om investorbekyttelse ved emissioner.

The Security and Exchange Commission (SEC) i Washington blev etableret i 1934 i kølvandet på Wall Street's sammenbrud i 1929. Alle børsmissioner i USA skal på forhånd godkendes af SEC. SEC's opgave er ikke at vurdere aktiernes bonitet, men at kontrollere prospektmaterialets valør og sikre overholdelsen af den strenge amerikanske lovgivning om investorbekyttelse (»blue sky»-, »antifraud»- og »unfair practices»-lovgivningen). Et meget stort, men tilsyneladende effektivt virkende bureaukrati af finansielle og juridiske eksperter sørger for dette.

Etablering af en sådan statslig myndighed, uafhængig af fondsbørserne, er næppe påkrævet og vil næppe passe i de nordiske lande. Anstrengelserne og omkostningerne herved kan ikke forventes at stå i rimeligt forhold til behovet. De vigtigste af kontrolfunktionerne er formentlig fortsat bedst varetaget af fondsbørserne selv.

### III. Investorbekyttelse ved take-over bids

Begrebet »take-over bids» er, som ordene fortæller, ikke nordisk. Det er hentet fra aktiemarkedene i USA og England. Udviklingen synes der — og andre steder — at gå mod stadig større kapitalkoncentrationer og koncerndannelser. »Big is beautiful». Udviklingen giver sig mange udslag. Et af dem, som påkalder sig betydelig offentlig opmærksomhed — også på grund af dramatikken og spændingsværdien — er take-over bids, især fjendtlige take-over bids. Først et par ord herom.

#### *Fjendtlige take-over bids*

Grundfiguren er enkel. En virksomhed under dynamisk ledelse tilbyder overtagelse af et selskab, som anses for undervurderet i forhold til markedspotentialitet eller til de indre værdier eller andet. Aktionærerne i det selskab, som ønskes overtaget, tilbydes aktier i det overtagende selskab og/eller kon-

tant betaling for deres aktier. The take-over bliver således et valg og en styrkeprøve mellem de personer, som står i spidsen for selskaberne, og mellem deres rådgivere og finansielle bagland.

Denne udvikling kan rejse spørgsmål af samfundsmæssig eller national karakter. Mange steder er derfor indført særlige regler om »merger control», karteldannelse etc. Disse ligger uden for rammerne af denne fremstilling.

Selv om visse grundtræk af udviklingen mod stadig større koncerndannelser genfindes også på de nordiske aktiemarkeder, har problemstillingen — i hvert fald i Danmark — ikke spidset sig til på samme måde som på de store internationale aktiemarkeder.

### *Selskabsretlig minoritetsbeskyttelse ved take-overs*

I nordisk sammenhæng præsenterer problemstillingen sig ofte på en anden måde. Spørgsmålet bliver her, hvilken beskyttelse minoritetsaktionærerne har mod misbrug fra en ny hovedaktionærs side. Også her findes en del af svaret i selskabslovgivningen, en anden og vigtig del i børsreglerne.

De danske selskabsretlige beskyttelsesregler er spredte. Blandt de vigtigste er bestemmelsen (§ 28 a i den danske aktieselskabslov) om, at aktionærer, der kontrollerer mindst 10 % af stemmerne eller aktiekapitalen i et selskab, skal anmelde dette og enhver senere ændring, som repræsenterer mindst 5 % af stemmerne eller aktiekapitalen, til selskabet, der skal føre en særlig fortegnelse herover og offentliggøre navnene i selskabets årsberetning (årsregnskab). Reglerne, der også tjener andre formål, giver selskabet en vis indsigt i — og dermed mulighed for at imødegå — opbygningen af væsentlige aktieposter.

Hertil kommer reglerne (§ 20 d i den danske aktieselskabslov) om ret for aktionærene i selskaber, hvor 90 % af aktiekapitalen og stemmerne kontrolleres af et moderselskab, til at kræve sig indløst af moderselskabet, eventuelt efter vurdering. Dette beskytter minoritetsaktionærerne mod tvangsinvestering i et selskab, som gennem opkøb er blevet et næsten helejlet datterselskab i en koncern.

### *Børsetiske regler*

I Danmark findes den mest interessante nydannelse omkring take-over bids i de af Fondsbørsen fastsatte »Ethiske regler for handel med børsnoterede værdipapirer» — d.v.s. uden for lovgivningens almindelige rammer.

De børsetiske regler, som i skrivende stund er under ændring og a'jour-

føring, er fra 1979 og hviler på en fælles vedtagelse inden for Fællesmarkedet. Deres præcise juridiske betydning er ikke ganske klar. De lader sig ikke direkte håndhæve ved domstolene, men kan formentlig tillægges betydning, f.eks. i erstatningssager, som normer for, hvad der må anses for redelig fremgangsmåde og optræden.

I forbindelse med fondsbørsreformen er de etiske regler delvis inkorporeret i lovgivningen. Tilsynet med banker og sparekasser og fondsbørsbestyrelsen fører tilsyn med overholdelsen af reglerne og kan give pålæg til børsrådgivere eller børsnoterede selskaber — men ikke andre — om reglernes overholdelse i konkrete tilfælde. Overtrædelse af sådant pålæg kan straffes med bøde.

De (endnu) gældende børssetiske regler indeholder (pkt. 17) følgende bestemmelse:

»Transaktioner, der indebærer overdragelse af en kontrollerende aktiepost i et børsnoteret selskab, bør ikke foretages, uden at erhververen straks giver meddelelse til fondsbørsen samt de øvrige aktionærer gennem meddelelse til offentligheden.

Det vil være ønskeligt, at alle aktionærer i det selskab, hvori en kontrollerende aktiepost overdrages, får mulighed for at afhænde deres aktier på identiske betingelser, med mindre de på anden måde nyder en beskyttelse, der kan betragtes som ligeværdig.»

Det er bemærkelsesværdigt, hvor forsigtigt bestemmelsens koncipister er gået til værks. Reglen om mindretalsaktionærernes »mulighed for at afhænde deres aktier på identiske betingelser» er ikke, som de øvrige punkter i de børssetiske regler udformet som en forskrift om, at alle aktionærer »bør» have denne mulighed. Det siges blot afsvækket, at dette »vil være ønskeligt» — og det ønskelige gælder ikke, hvis aktionærerne »på anden måde nyder en beskyttelse, der kan betragtes som ligeværdig».

Der skal ikke her forsøges nogen fortolkning af bestemmelsen, som meget muligt vil få en ændret udformning i forbindelse med den igangværende revision af de børssetiske regler. Derimod kan det give stof til eftertanke, at det er fundet ønskeligt at supplere lovgivningen med et så vagt etisk krav. Det efterlader en vis usikkerhed på området, og bestemmelsen har da også gennem de senere år givet anledning til flere kontroverser mellem Fondsbørsen og aktionærer, som har overtaget kontrollerende aktieposter uden at ville eller kunne overtage den resterende aktiekapital. På den anden side afspejler udformningen et reelt dilemma. Alt for generelle og kategoriske regler vil på dette område kunne føre til konkret urimelige resultater.

Selv om pkt. 17 i de børssetiske regler utvivlsomt kan forbedres og gøre klarere, er det meget tænkeligt, at investorbeskyttelsen i de vanskelige grænseområder bedst varetages ved opretholdelsen af »etiske regler» — ret-

lige standarder — som det overlades til fondsbørsbestyrelsen (og Tilsynet med banker og sparekasser) at håndhæve konkret, i første række gennem forhandling og overtalelse og kun i sjældne tilfælde ved direkte påbud.

#### **IV. Investorbeskyttelse ved handel med aktier**

Under dette punkt indskrænkes fremstillingen til »insiderhandler«. Spørgsmålet har internationalt påkaldt sig voldsom opmærksomhed i den seneste tid. I aviserne kan man jævnligt læse om insider-skandaler af kolosal omfang, bl.a. i Amerika og England. Skandalen omkring den amerikanske børsspekulant Ivan Boesky kan tjene som eksempel. I midten af november 1986 kom det frem, at han gennem flere år havde opereret på grundlag af konfidentielle oplysninger fra selskaber, hvis aktier var genstand for spekulation eller take-over bids. For at undgå det, der var værre, måtte Mr. Boesky gå ind på angive sine medsammensvorne til SEC og akceptere en bøde på \$ 100 mio. Rystelser fra sagen har ramt vidt og bredt i internationale børskredse.

Med sådanne internationale skandaler in mente kan det undre, at sager af denne karakter kun har sat sig beskedne spor i dansk retspraksis. I nyere tid er der kun et enkelt eksempel fra 1977 på, at et bestyrelsesmedlem er blevet straffet (10.000 kr. i bøde) for insider-handel. Dette er ikke nødvendigvis udtryk for, at andre ikke har gjort sig skyldig i tilsvarende forseelser. På den anden side kan det tilskynde til, at problemet i nordisk sammenhæng ses i de rette proportioner. I samme forbindelse kan det måske noteres, at lovgivningsmagten i Tyskland ikke har fundet det nødvendigt overhovedet at indføre lovgivning om insider-handel. De eneste tyske regler herom findes i etiske regler fastsat af børsen i Frankfurt (»Insider Regeln«).

I forbindelse med børsreformen er der etableret et klart dansk retsgrundlag på dette område. Fondsbørslovens § 39 indeholder følgende bestemmelse:

»Køb eller salg af et børsnoteret værdipapir må ikke foretages af nogen, der har kendskab til endnu ikke offentliggjorte oplysninger vedrørende den pågældende udsteder, såfremt sådanne oplysninger måtte antages at få betydning for kursdannelsen på værdipapiret.»

Overtrædelse af bestemmelsen kan straffes med bøde.

Forbudet i fondsbørslovens § 39 mod insider-handel omfatter efter formuleringen alle, ikke blot personer med særlig tilknytning til selskabet. Når bestemmelsen skal anvendes i praksis, vil det imidlertid nok vise sig nød-



vendigt at afgrænse »målgruppen» lidt nærmere. Det bliver domstolens opgave.

Foreløbig kan der være grund til at notere, at den danske fondsbørs synes indstillet på at tage den nye bestemmelse alvorligt. Sidste år (1986) fandt fondsbørsbestyrelsen det således nødvendigt at foretage omfattende undersøgelser med henblik på at afsløre eventuelle insider-handler i mindst tre tilfælde, hvor der havde været særlig stor handel i tiden op til offentliggørelsen af meddelelser, som førte til markante kursudsving.

Det kan nok påregnes, at aktiemarkedets professionelle aktionærer i egen interesse vil vogte på, om nogen inden for kredsen udnytter en forhåndsviden på de andres bekostning. Det kan også være ønskeligt som forebyggelse mod skandaler, som ellers ville kunne belaste den almindelige opfattelse af kapitalmarkedets funktioner.

Den nye bestemmelse i fondsbørsloven suppleres af selskabslovgivningens almindelige regler, herunder § 53 i den danske aktieselskabslov, som påbyder oprettelse af en særlig protokol (købs- og salgsbogen), hvortil selskabets bestyrelse og direktion skal give meddelelse om køb og salg af aktier i selskabet og koncernselskaber. Bestemmelsen forbyder endvidere bestyrelsesmedlemmer og direktører at udføre eller deltage i spekulationsforretninger vedrørende aktier i selskabet eller aktier i selskaber inden for samme koncern. Overtrædelse kan straffes med bøde.

Regler mod insider-handel sigter ikke først og fremmest på beskyttelse af den enkelte køber eller sælger, men på at beskytte markedet som helhed og alle selskabets aktionærer. Det overordnede formål er at hindre, at vigtige oplysninger tilbageholdes fra markedet. Når oplysningerne ikke kan bruges til egen fordel, mindskes tilskyndelsen til hemmeligholdelse.

For medlemmer af selskabets bestyrelse og direktion rejser disse regler et praktisk spørgsmål. Hvornår kan de forsvarligt — lovligt — købe og sælge selskabets aktier. Som udgangspunkt gælder der ikke særlige begrænsninger, når handelen blot ikke har karakter af insider handel eller spekulation. Den teoretiske afgrænsning heraf kan være vanskelig. I praksis frembyder det vist sjældent tvivl for det enkelte medlem af bestyrelsen eller direktionen, men den bestyrelse og direktion, der pålægger sig selv det bånd kun at købe og sælge aktier i selskabet i den periode, som ligger mellem fremlæggelsen af årsregnskabet og afholdelsen af den årlige generalforsamling, vil have sat en fornem standard på området. Når selskabet i øvrigt opfylder sin informationspligt, vil der i dette tidrum vanskeligt kunne rejses blot mistanke om insider-handel.

## V. Erstatningsretlige problemstillinger

### *Ugyldige emissioner*

Hvis en aktieemission er gennemført i strid med gyldighedsbetingelser, f.eks. er mangelfuld i sit indhold eller vedtaget i strid med majoritets- eller samtykkekrav, vil den ikke kunne registreres. Refleksvirkningen heraf er, at de til kapitalforhøjelsen svarende aktier ikke kan udstedes. Eventuelle interimbeviser, som er udstedt ved tegningen, må kaldes tilbage.

I praksis kan dette give anledning til næsten uoverskuelige juridiske komplikationer, hvis interimbeviserne har været genstand for børshandel i perioden mellem aktietegningen og Aktieselskabs-Registerets nægtelse af at registrere kapitalforhøjelsen. Hvilke krav kan gøres gældende af den aktionær, som efter en kæde af handler sidder tilbage med et interimbevis, som ikke kan ombyttes med aktier? — Skal han rette sit krav mod selskabet eller mod sin sælger? — Skal kravet opgøres på grundlag af tegningskursen, den (eventuelt lavere) kurs, som aktionæren har betalt, eller den kurs, han kunne have opnået ved salg, hvis kapitalforhøjelsen ikke var blevet annulleret?

Der skal ikke her forsøges nogen besvarelse af disse spørgsmål. De rejses blot for at antyde, at løsningen af et tilsyneladende enkelt gyldighedsproblem efter omstændighederne kan rejse adskillige nye problemer.

### *Ansvar for prospektet*

Det prospektskema, som efter dansk lovgivning skal anvendes, når aktier søges optaget til officiel notering på Fondsbørsen, kræver (kap. 1) følgende oplysninger om de for prospektet ansvarlige og om revision:

- 1.1. Navn og stilling for de fysiske personer eller benævnelse og hjemsted for de juridiske personer, der er ansvarlige for prospektet eller eventuelt for visse dele deraf, i sidstnævnte tilfælde med angivelse af disse dele.
- 1.2. Påtegning fra de i punkt 1.1 omhandlede ansvarlige til bekræftelse af, at oplysningerne i de dele af prospektet, for hvilke de er ansvarlige, dem bekendt er rigtige og ikke er behæftet med undladelser, som kunne forvanske det billede, prospektet skal give.
- 1.3. Navn, adresse og stillingsbetegnelse for de autoriserede revisorer, som i henhold til nationale retsfor skrifter har revideret regnskaberne for de sidste tre regnskabsår.  
Angivelse af, at årsregnskaberne er revideret. Har de autoriserede revisorer nægtet at give årsregnskaberne godkendelsespåtegning, eller har de ved påtegningen taget forbehold, skal denne nægtelse eller disse forbehold gengives ubeskåret og begrundelsen herfor anføres.

Angivelse af de øvrige oplysninger i prospektet, som er kontrolleret af revisorerne.

Efter sædvanen er det selskabets bestyrelse og direktion, som ved udtrykkelig angivelse i prospektet påtager sig dette ansvar. Lejlighedsvis indeholder prospektet supplerende oplysninger om de rådgivere, som har medvirket, f.eks. det pengeinstitut, som bistår ved emissionen, eller den advokat, som har rådgivet i sagen.

Prospektansvaret er ikke objektivt. De ansvarlige hæfter kun efter en culparegel. Hvor streng bedømmelse domstolene vil anlægge, må fremtiden vise. Foreløbig kan det konstateres, at de senere år ikke er uden eksempler på optimistiske prospekter og høje emissionskurser, som efter ret kort tid ikke har kunnet holde i markedet, uden at dette — så vidt ses — har givet anledning til retssager og erstatningskrav.

Hvis spørgsmålet engang bliver aktuelt, er der vel i øvrigt risiko for, at de ansvarlige kun i begrænset omfang kan udrede det samlede tab, som måtte være en følge af uforsvarlige angivelser i prospektet.

### *Erstatningsansvar ved insider-handel*

Når insider-handel er ulovlig og strafbar, kunne man rejse det spørgsmål, om den aktionær, som er blevet offer for insider-trading, kan opnå beskyttelse gennem erstatningsregler. Teoretisk kan det vel ikke udelukkes, men i praksis kan det byde på vanskeligheder.

Selv om den, som gør sig skyldig i insider-handel, har opnået en ulovlig gevinst, er det ikke sikkert, at den, som er offer for handelen, kan påvise noget tab. Ofte har han købt eller solgt til den pris, som er gældende i markedet. Hvis insideren havde holdt sig tilbage fra markedet, var handelen blot indgået med andre, som ikke havde anden viden end markedet i almindelighed, og til samme kurs.

## **VI. Efterskrift**

Investorbeskyttelse er nødvendig. Men ikke noget mål i sig selv. Investorenes primære interesse er, at reglerne sikrer dem et forsvarligt grundlag for valget mellem alternative placeringsmuligheder og beskytter dem mod misbrug. Risikoen er først og fremmest forretningsmæssig, ikke juridisk. Beskyttelsesreglerne bør være afpasset i overensstemmelse hermed.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Eero Routamo

**Säljarens ansvar för indirekta skador  
vid köp av lös egendom**

**Innehåll**

1. Inledning .....	213
2. Bakgrunden för uppdelningen indirekt/direkt .....	213
3. Frågan om indirekta skador och beredningen av köplagen ...	214
4. Uppdelning i indirekta/direkta skador, kritik .....	219

# Säljarens ansvar för indirekta skador vid köp av lös egendom

Av juris doktor EERO ROUTAMO, Finland

## 1. Inledning

När denna framställning skrivs behandlar Finlands riksdag som bäst regeringens förslag till köplag. Förslaget grundar sig på NU 1984:5, Förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning. Framställningen innehåller stadgar i vilka skadorna å ena sidan uppdelas i indirekta och å andra sidan i direkta skador så, att ersättningsskyldigheten baserar sig på olika regler då det gäller säljarens dröjsmål och fel i varan.

Uppdelning av skadorna på detta sätt har i en eller annan form varit framme vid förberedelsen av den samnordiska lagen, vilken ju pågått redan länge. Av denna orsak har min framställning en uttrycklig nordisk prägel.

## 2. Bakgrund för uppdelningen indirekt/direkt

I olika sammanhang har jag bekänt mig vara en anhängare av differens-teorin. Enligt denna teori finner man skadan såsom en skillnad mellan två olika slags händelseförlopp, det verkliga och det hypotetiska. Enligt den sk. fulla ersättningens princip bör i skadestånd erläggas ett sådant belopp, som möjliggör för skadelidaren, att uppnå samma ekonomiska läge, som han skulle ha uppnått ifall ingen skada hade skett. När detta tillämpas på kontraktsbrott innebär det den ekonomiska ställning som den kränkta avtalsparten skulle ha kommit till om avtalet hade fullgjorts på rätt sätt.

Enligt differens-teorin kan man räkna ut denna ekonomiska ställning genom att å ena sidan betrakta den händelsekedja som skulle ha varit följden om avtalet hade fullgjorts riktigt (hypotetiska) och å andra sidan den som i själva verket inträffade p.g.a. kontraktsbrott (det verkliga händelseförloppet). I princip är det fråga om en enkel subtraktion, med vilken man fastställer skadeståndsbeloppet. En annan sak är att i konkreta fall uppkommer ofta meningsskiljaktigheter om hur man skall föreställa sig det hypotetiska ledet och huru det verkliga händelseförloppet egentligen ekonomiskt påverkat saken.

Alla, som studerat skadeståndsrätt, vet att man under olika tider på olika sätt har försökt skapa regler, med vilka utsträckningen av ersättningsskyldigheten förnuftsmässigt skulle kunna hållas inom måttliga gränser. I och för sig hindrar ju inget att föreställa sig utvecklingen av det hypotetiska ledet hur långt in i framtiden som helst. En avvikelse från det förmodade händelseförloppet, t.ex. att en oljetanker sjösätts felfri till köparens förfogande 1. 6. 1986, upphör aldrig att inverka menligt. Fartyget och den ekonomiska nytta det inbringar, är alltid försenade, om sjösättningen går av stapeln först 1. 9. 1986 och fartyget uppnår planerad färdhastighet först i december 1986 då maskinfelen reparerats. I Norden torde det vanligaste sättet att undgå skadans »evighet» i juridisk litteratur vara, att anlita adekvansläran. Det är allmänt känt att det inte med hjälp av adekvansläran är entydigt att begränsa ansvaret, utan den består till stor del av avgörarens prövningsrätt. Då man betänker vilka delar av skadan är »alltför avlägsna», oväntade eller oförutsagda, kan man inte använda sådana verbala lösningsmodeller, om vars tillämpning man skulle vara enhälliga i ett konkret fall.

Ett begränsningsmedel, som ursprungligen i Norden blivit allmänt vid lösöreköp, är att i standardavtal eller i avtal för övrigt innefatta ett omnämnande om att säljaren inte svarar för indirekta skador.

Såsom ett nordiskt exempel från tiden före förslaget till köplag må här tas »Allmänna bestämmelser för leverans och montage av maskiner och annan mekanisk och elektrisk utrustning inom och mellan Danmark, Finland, Norge och Sverige 1971 (NML 71). I punkt 65, Begränsning av skadeståndsskyldigheten», konstateras:

65. Är ena parten skyldig att utge skadestånd till den andra, skall skadeståndet täcka endast sådan skada, som den felande parten skäligen kunde ha förutsett vid tiden för avtalets slutande. Utöver vad som framgår av punkterna 57 och 59 är part dock icke skyldig att utge ersättning för indirekta skador.

Man kan konstatera att bestämmelsen innehåller två begränsningar av ansvarsskyldighet vilka baserar sig på två olika tänkesätt. Å ena sidan ersätts inte sådana skador som leverantören inte har kunnat förutse, å andra sidan menar man att det existerar ett område för »indirekta skador», dit ersättningsskyldigheten inte når.

### 3. Frågan om indirekta skador och beredningen av köplagen

Beredningen av den samnordiska köplagen har under åren befunnit sig i flera olika skeden, och det är skäl att ta en titt på dessa. Danmark, Sverige

och Norge fick sina köplagar i början av seklet, då Finland inte var en självständig stat och inte kunde delta i det nordiska lagberedningsarbetet. Av olika orsaker försenades köplagens ankomst till Finland så mycket, att en kommitté att förbereda lagen tillsattes först år 1961. De övriga nordiska länderna tillsatte en expertgrupp att övervaka detta arbete. I början begränsades expertgruppens uppdrag till att följa med förberedelserna i Finland och till att föreslå förbättringar av de bristfälligheter som fanns i den köplag som redan var i kraft. Inga förslag till stora förändringar var önskvärda och man fick inte heller lägga sig i lagens systematik. Den finska kommittén skulle sträva efter en så vidsträckt nordisk enhetlighet som möjligt. Innan den finska kommittén enligt sin egen åsikt hade blivit färdig med sitt arbete (12 år hade förflutit) blev konsumentskyddslagarna aktuella. För att kunna avgöra på vilket sätt man bättre måste skydda konsumenten såsom köpare vid lösöreköp i allmänhet, tvingades den finska kommittén avge sitt betänkande (Kommittébetänkande 1973:12). I och med att kommittén gav sitt betänkande ansåg den att dess arbete var slutfört.

I 25 § som mera omfattande behandlar skadestånd, meddelade kommittén, att den haft Uniform Commercial Code, artikel 2—217 som modell och uppgav bl.a. i sin motivering: »Det får vidare anses som givet att ersättningen till köparen kan omfatta det positiva kontraktsintresset och att följaktligen även undgången vinst är ersättningsgill.»

I sitt betänkande avskiljde kommittén också de indirekta skadorna så att de kom att bilda en egen grupp, och uttalade bl.a.: »Som exempel på sådana (följdsador, consequential loss) kan nämnas förlust, som drabbat köparen genom att driftstopp uppstått i hans fabrik till följd av att för användning därstädes inköpta maskiner icke levererats i rätt tid, eller genom att avlämnandet av gods, som köparen sålt vidare, fördröjts så, att han måst erlagga utfäst vite eller annan gottgörelse till sin avnämare. Följdsador kan givetvis vara av mycket skiftande beskaffenhet och en säljare saknar ofta möjlighet att förutse, huru stora de blir. Uppfattningen att säljaren ej bör åläggas att till fullo ersätta köparen för helt oväntade eller oproportionerligt stora följdskador har alltmera vunnit burskap inom doktrin och lagstiftning, men därom enligt vilka principer begränsningen av skadeståndet skall ske har åsikterna varit delade».

Vidare framgår tydligt av framställningen, att meningen med kommitténs förslag var att ersätta adekvanslärans otydlighet och begränsa ersättningskyldigheten så att den hålls inom måttliga gränser. Ersättningsgilla följdskador karaktäriserades bl.a. på följande sätt:



»Som exempel på ersättningsgilla följdskador må emellertid, utöver de inledningsvis redan omnämnda, här ytterligare anföras följande fall: ersättning till anställda för övertidsarbete som blivit nödvändigt på grund av försenad leverans; förädlingsvinst som gått förlorad, när leveransen av en som täckning inköpt råvara skett senare än varan enligt det ursprungliga köpet bort avlämnas samt tillverkningen och försäljningen av produkten därför under en period blivit mindre än normalt».

Vill man generalisera kan man säga att diskussionen om vad som är indirekt skada och på vilket sätt säljarens ansvar i denna fråga borde begränsas, har pågått hela den tid lagberedningen varit under arbete och torde fortsätta alltjämt.

Det finska kommittébetänkandet som publicerades år 1973 efterträdades av de norska och svenska förslagen till köplagar på 1970-talet (NOU 1976:34 och SOU 1976:66), det finska förnyade förslaget (justitieministeriets publikation 13/1977) samt Danmarks förslag till köplag i samband med ett betänkande om konsumentskyddet (Betænkning 845/1978).

I det finska dåtida förslaget hade man avstått från att avskilja indirekta skador från direkta. Författarna (Routamo—Sevón) ansåg att det inte gick att göra uppdelningen tillräckligt tydligt, fast samtidigt hade denna uppdelning gjorts i Finland i 5 kapitlet av lagen om konsumentköp. Ansvaret för direkta skador hade fastställts såsom strikt, ansvaret för indirekta skador grundar sig på presumerat vållande.

KonsumentskyddsL 9 §: »Säljaren är skyldig att ersätta utgifter, som orsakats köparen av erforderliga åtgärder till följd av fel i vara eller säljarens dröjsmål, samt även utgifter, som orsakats av erforderliga åtgärder, vilka blivit onyttiga till följd av felet i varan eller av dröjsmålet.

Har felet eller dröjsmålet orsakat köparen även annan skada, skall säljaren ersätta den, om han icke visar, att han förfarit med omsorg.»

I de övriga betänkandena, speciellt i den svenska, ansåg man dock att det var skäl att avskilja de indirekta skadorna. Såsom exempel må nämnas motiveringar och förklaringar i SOU 1976:66:

»Vad beträffar ersättning för följdförlust kunde det ifrågasättas att starkt inskränka skyldigheten att utge sådan ersättning när säljaren inte varit medveten om felet. Sådana följdförluster är från säljarens synpunkt ofta oberäknliga, eftersom de är starkt beroende av köparens individuella förhållanden, och säljaren uppfattar därför vanligen skyldighet att ersätta dem som ett betydande riskmoment i rörelsen.

Trots de skäl som nu har anförts vill utredningen inte föreslå någon stark inskränkning i säljarens ansvar för följdförlust. Vid sidan av de situationer

som nämndes kan även tänkas andra, där skyldighet att ersätta följd förlust är väl motiverad, t.ex. där säljaren borde veta om att den vara som han levererade var felaktig.

Utredningen anser det inte möjligt att i detalj precisera förutsättningarna för att skyldighet att ersätta följd förlust skall inträda. Liksom i övrigt måste ett betydande utrymme lämnas åt en skönsmässig bedömning, där inte parterna träffar ett detaljerat avtal».

Speciellt skäl finns att citera de förklaringar med vilka man velat utreda begreppet ersättning för utlägg:

»Eftersom vid fel i godset köparens rätt till ersättning för utlägg, när säljaren är näringsidkare som har sålt godset i sin yrkesverksamhet, skall vara oberoende av sådana omständigheter som nämns i förslaget till 43 § första stycket, är det av viss vikt att klargöra var gränsen går mellan utlägg och följd förlust. Såsom utlägg bör otvivelaktigt betraktas sådana mindre utgifter som regelbundet uppkommer till följd av ett fel, vare sig köpet hävs eller inte, t.ex. vid fel i en köpt bil, utgifter för telefon, bärgning av bilen (i den mån inte kostnaderna ersätts genom försäkring av bilen), hotellkostnader om köparen nödgas kvarstanna på platsen där felet på bilen uppdagades, kostnader för resa hem. I propositionen till konsumentköplagen nämnde föredragande statsrådet även utgift för hyra av annan egendom i stället för den som är under reparation på grund av fel (se prop 1973:138 s. 197 f). Enligt utredningens mening bör utlägg främst anses omfatta sådana mindre utgifter som regelbundet uppstår till följd av fel eller annan skada, medan till följd förlust bör hänföras mer individuella förluster av större omfattning. Om exempelvis en segelbåt är behäftad med fel och köparen på grund av sitt speciella användningssätt ser sig nödsakad att chartra en annan båt för hela seglingssäsongen kan kostnaden här för bli att betrakta som följd förlust, inte som utlägg. Vid konsumentköp kan man räkna med att standardavtal blir tillämpliga, vilka kan granskas med stöd av avtalsvillkorlagen.

Beträffande följd förlust kan likaledes tillämpas vad som anförts tidigare om 25 §. Vid konsumentköp kan exempelvis därtill räknas förlust av arbetsinkomst när köparen nödgas använda arbetstid till att föra felaktigt gods till en verkstad eller i sin bostad invänta en reparatör.

I de fall där godset varit felaktigt men säljaren avhjälpit felet i dess helhet kan ersättning för utlägg och följd förlust utgå i den mån köparen lidit skada under avhjälpningstiden, t.ex. genom att han måste hyra annat gods».

Framme vid 1980-talet hade åsikterna ändrats igen. Man kan säga att NU 1984:5 i ganska vid utsträckning följde den internationella Konventionen som uppgjorts under UNCITRALs ledning (FN-konventionen, Wien 11. 4.

1980). Inga speciella bestämmelser fanns för indirekta skador, utan man ansåg att den normala adekvansläran var tillräcklig. Norge hade löst problemet på ett litet annorlunda sätt. I det norska förslaget fanns en tolkningsregel för sådana kontrakt i vilka de indirekta skadorna hade lämnats utanför ansvarsskyldigheten.

Några citat ur motiveringen förklarar saken:

»Utgångspunkten enligt förslaget är att den skadelidande parten genom ersättningen ekonomiskt skall ställas i samma läge som om motparten fullgjort avtalet på rätt sätt.

Första stycket i det norska förslaget innehåller dessutom en bestämmelse enligt vilken skadeståndet dock endast skall omfatta sådan förlust som skäligen kunde ha förutsetts följa av avtalsbrottet med beaktande av omständigheter som den avtalsbrytande parten kände till eller borde ha känt till vid köpslutet.

Något motsvarande stadgande finns inte i de övriga förslagen. Enligt dessa förslag gäller dock den allmänna s.k. adekvansbegränsningen, enligt vilken ersättningsskyldigheten inte omfattar skador som saknar ett adekvat kausalsammanhang med avtalsbrottet. Detta innebär att mycket avlägsna, onormala och opåräknliga följder av avtalsbrottet faller utanför skadeståndsskyldigheten. Några klara och konkreta riktlinjer för bedömningen av var adekvansgränsen går kan inte uppställas, utan frågan måste avgöras från fall till fall. Det norska förslaget innebär en något längre gående begränsning i skadeståndsskyldigheten än vad som följer av den allmänna adekvansprincipen. Genom jämkning kan skadeståndsskyldigheten enligt dessa förslag således begränsas utöver det som följer av adekvansprincipen.

Med utgifter avses sådana direkta kostnader som avtalsbrottet medfört för den skadelidande parten. Som exempel kan nämnas post-, telefon- och transportkostnader som uppstått i samband med avtalsbrottet eller kostnader som varit nödvändiga för att tillfälligt kompensera säljarens uteblivna eller felaktiga prestation. Ersättningsgilla utgifter kan uppkomma t.ex. genom att köparen gjort en extra resa för att avhämta en vara som inte varit färdig att avlämnas vid den avtalade tidpunkten eller genom att han haft utgifter för att låta installera en vara som sedan visat sig vara behäftad med ett väsentligt fel. Utgifter för att kompensera en utebliven eller felaktig prestation kan uppkomma t.ex. genom att köparen måste hyra ett substitut eller anlita utomståendes tjänster under den tid som han saknar varan.

I det norska förslaget ingår ett andra stycke som gäller avtalade ansvarsbegränsningar i fråga om indirekta skador. Om en avtalspart gjort förbehåll beträffande skadeståndsansvar för »indirekte tap, konsekvens tap eller

liknande» och annat inte framgår, anses förbehållet gälla förlust (a) till följd av avsaknad av varan, driftsavbrott och annan drifts- eller produktionsförlust (b) till följd av att ett avtal med tredje man faller bort eller inte blir riktigt fullgjort samt (c) till följd av skada på annat än varan själv eller på en annan vara, till vars tillverkning eller framställning varan används. Avsikten med detta stadgande är att underlätta kontraktskrivningen genom att erbjuda parterna en modell som kan användas när en friskrivning av föreliggande typ införs i avtalet, vilket i praktiken är mycket vanligt».

#### 4. Uppdelning i indirekta/direkta skador, kritik

Hela den tid köplagen förberetts har jag ställt mig negativt till sådana stadgar i vilka ansvaret i den skrivna lagen för den direkta skadans del skulle grunda sig på annorlunda regler än för den indirekta. Redan i ett mycket tidigt stadium gav jag exempel på saken för att klargöra bilden och detta exempel har senare — med mitt tillstånd — använts av Tomas Lindholm i hans artikel »Om friskrivningsklausuler avseende indirekt skada», Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, 1983, s. 433:

En tillverkare av automatsvarvar har med köparna A, B och C ingått avtal om leverans av en svarv på en viss dag till var och en. Svarvarna är avsedda att användas i köparnas egen produktion. Säljaren förmår emellertid ej leverera svarvarna inom utsatt tid. Samtliga köpare har redan förbundit sig att till sina kunder utföra arbeten där svarvarna behövs. Då säljaren meddelar köparen om leveransstörningen vidtar köparna följande åtgärder:

- A utför arbeten med sina gamla maskiner genom övertidsarbete, och hans skada består sålunda i betalda övertidsersättningar.
- B lyckas hyra en motsvarande svarv, och hans skada motsvarar sålunda de erlagda hyrorna.
- C lyckas varken hyra en ersättande maskin eller hålla sina anställda på övertidsarbete på grund av att övertidskvoterna är fyllda, utan är tvungen att betala avtalsvite åt sina egna kunder, varutöver har går miste om handelsvinsten på de uteblivna affärerna.

Mina viktigaste kritiska invändningar är:

- a) Om skadan skall avses vara direkt eller indirekt är helt oberoende av avtalsbrytarens gärning. Det beror enbart på köparnas A, B och C möjligheter att handla på ett vettigt sätt så att skador undviks. Varför skulle köparna sinsemellan komma i olika läge?

- b) Om de direkta skadorna blir ersatta enligt en striktare regel än de indirekta, kan man vänta sig två olika reaktioner
  - skadelidanden försöker göra sig av med de indirekta skadorna, även om de direkta utgifterna skulle stiga härav
  - skadelidanden kräver ersättning för hela skadan och påstår att den grundar sig på motpartens vållande (presumerad)
- c) Motiveringarna i lagförslaget olika skeden visar, att inte ens författarna själva riktigt tydligt har kunnat förtälja, vad en indirekt skada är. Följaktligen ser det ut, vilket ovannämnda citat påvisar, att t.ex. hyra än är en direkt än en indirekt skada.
- d) Vid definitionsförsöken har diskussionen gång efter annan återkommit antingen till adekvanslärans område (skadan är oförutsedd, avlägsen) eller till det område där ersättningsskyldigheten biläggs (skadeståndet får inte vara orimligt för säljaren, köparen har möjlighet att försäkra sig mot eventuellt avbrott, (säljaren saknar denna möjlighet).
- e) Systemet som skapats och vars upphov ursprungligen utgjordes av vissa standardavtal, påminner inte om någon tidigare känd lagstiftning, avviker från den princip som godkänts vid Wien Konventionen och påminner inte om någon standardavtalspraxis som skulle vara allmänt godkänd i Norden.

Under tiden har nämligen de ovanstående villkoren för NLM (och NL) definitivt ändrats vad begränsning av skadeståndsskyldigheten beträffar, så att den huvudsakliga ansvarsbegränsningen har bildats med stöd av punkterna 49 och 64 så att förutom avtalsvite är ersättning för dröjsmål högst 7,5 % av köpesumman och ersättning för fel högst 15 % av köpesumman.

Enligt min åsikt är planen som går ut på att de nordiska länderna skulle göra ett förbehåll när de ansluter sig till Wien Konventionen och i ömsesidig internationell handel tillämpa en nordisk, enhetlig köplag, en nödvärnsexcess. Det föreslagna skadeståndsskyldighetssystemet är åtminstone inte sådant att »alldeles egna» självpåhittade stadgar skulle behövas.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Carl Hemström

Föreningen och dess medlemmar,  
särskilt på arbetsmarknaden

## Innehåll

1. Inledning .....	223
2. Normkällor .....	227
3. Om domstols överprövning .....	228
4. Bildande .....	233
5. Medlemmarnas rättigheter och skyldigheter i ideella föreningar	233
6. Medlemskapsfrågor .....	240
7. Upphörande .....	244
8. Medlemmarnas maktmedel .....	244
9. Diskussionspunkter	245

# Föreningen och dess medlemmar, särskilt på arbetsmarknaden

Av professor CARL HEMSTRÖM, Sverige

## 1. Inledning

Med en förening förstås enligt svensk rätt en sammanslutning av fysiska och/eller juridiska personer för ett för de sammanslutna gemensamt ändamål och enligt stadgar, som möjliggör ett växlande antal medlemmar. Därtill måste det finnas en organisation som möjliggör beslutsfattande i uppkommande frågor och (i en rättskapabel förening) dessutom någon, som kan företräda föreningen i förhållande till tredje man. Det skall härutöver anmärkas, att det enligt svensk rätt är nödvändigt att skilja mellan det ändamål, som en förening har, och det sätt, på vilket ändamålet avses komma att realiseras — enligt svensk terminologi verksamhetsföremålet — eftersom dessa blir av betydelse för den enskilda föreningens klassificering som ideell eller ekonomisk.

Den sammanslutning som föreligger vid en föreningsbildning brukar karaktäriseras som kontraktsrättslig. Det sägs sålunda att de som bildar en förening träffar ett avtal och att den som ansluter sig till en förening blir avtalsrättsligt bunden.<sup>1</sup> Emellanåt antyds det dock att endast mera betydelsefulla föreningar skulle kunna återföras på ett föreningsavtal — i övriga fall skulle det däremot föreligga ett slags faktisk samverkan, som inte kan anses ge upphov till rättsliga förpliktelser mellan förening och medlem. Likafullt torde i flera fall dylik samverkan ge upphov till ideella föreningar som är rättskapabla, vilket alltså innebär, att de kan träffa avtal med och bindas i förhållande till tredje man. Enligt mitt sätt att se är det därför riktigare att *å ena sidan* dra en gräns mellan föreningar, som då alla är grundade på ett avtal, och ett slags sociala organisationer, som inte har ställning av rättskapabla föreningar, men *å andra sidan* erkänna, att domstolarna emellanåt kan underlåta att pröva tvister mellan föreningar och deras medlemmar. Till frågan när så kan ske skall jag återkomma i avsnitt 3 nedan.

Enligt svensk rätt skiljer man såvitt gäller privaträttsliga föreningar

---

<sup>1</sup> Jfr härtill Tore Sigeman i anmälan av Carl Hemström, Uteslutning ur ideell förening, i SvJT 1974 s. 298.



mellan huvudgrupperna ekonomiska och ideella föreningar. Gränsen mellan dessa båda kategorier följer av 1 § lagen om ekonomiska föreningar, som beskriver en ekonomisk förening som en förening som har till ändamål att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom ekonomisk verksamhet. Skall en ekonomisk förening registreras måste den därtill vara kooperativ. En ideell förening blir då en organisation som endera främjar ideella ändamål eller genom icke-ekonomisk verksamhet främjar medlemmarnas ekonomiska intressen. För finsk rätts vidkommande finns en bestämmelse i lag om föreningar 1 §: För gemensamt fullföljande av syfte, som ej strider mot lag eller god sed, må förening bildas med iakttagande av lagens bestämmelser. Lagen gäller dock inte sammanslutningar för sådan verksamhet, som åsyftar att förskaffa deltagarna vinst eller annan omedelbar ekonomisk nytta, eller som i övrigt är huvudsakligen av ekonomisk natur, ej heller föreningar som i lagstiftningsväg bildas för särskilda ändamål. Vidare gäller särbestämmelser för religiösa samfund. — Rubriken för denna skrift inkluderar väl i och för sig även de ekonomiska föreningarna, men begränsningen »särskilt på arbetsmarknaden» visar dock, att i varje fall huvudvikten skall läggas vid *fackföreningar och arbetsgivarorganisationer*, nedan emellanåt sammanfattande betecknade som fackliga organisationer. Dessa båda arter av föreningar är i bland annat Sverige att klassificera som *ideella föreningar*.

Men termen förening kan enligt svensk rätt i och för sig tänkas omfatta även organisationer inom den offentliga sektorn av samhällslivet. I Sverige finns t.ex. s.k. samfällighetsföreningar, vilka namnet till trots enligt min åsikt är att klassificera som offentligrättsliga bl.a. på grund av att de har fått särskilda uppgifter att utföra inom det offentligrättsliga systemet och att de bygger på ett legalt tvång till medlemskap. De frågor som aktualiseras i det följande kan i många fall vara att lösa på samma sätt för offentligrättsliga som för privaträttsliga föreningar. Inte desto mindre lämnas de utanför den fortsatta framställningen — denna skall som sagt i huvudsak inriktas på arbetsmarknadens organisationer.

Om alltså *den fortsatta framställningen med mindre annat särskilt påpekas har de ideella föreningarna som objekt* måste konstateras, att denna kategori inom sig rymmer organisationer av vitt skilda slag. Vi möter här i varje fall i Sverige allt från små till mycket stora föreningar, föreningar som driver näringsverksamhet och föreningar som ägnar sig helt åt ideell verksamhet, föreningar som främjar rent ideella ändamål och föreningar som har till syfte att tillvarata sina medlemmars ekonomiska intressen. Det centrala för den ideella föreningen torde enligt svensk rätt vara, att den inte

får användas för näringsverksamhet i syfte att åstadkomma vinst till fördelning bland medlemmarna. I vissa föreningar är medlemskapet trots att föreningarna är privaträttsliga i verkligheten tvunget medan det i andra är helt frivilligt. Vissa föreningar har fått uppgifter av det allmänna medan andra endast har de uppgifter som medlemmarna givit dem. Svaret på de frågor som aktualiseras i det följande kan i flera fall bli beroende av vilken kategori av föreningar som diskussionen skall gälla.

Med hänsyn till att framställningen främst skall inriktas på de föreningar som verkar på arbetsmarknaden kan vi konstatera, att dessa föreningar har till uppgift att stödja sina medlemmar i dessas egenskap av arbetsgivare och arbetstagare. Medlemskapet i dem torde inte i något av de nordiska länderna vara tvunget enligt lag men det kan i flera fall i verkligheten vara mer eller mindre nödvändigt — hur nödvändigt är en av de frågor som är av intresse i detta sammanhang, eftersom rättsföljderna kan tänkas vara beroende härav. I de nordiska länderna har därtill dessa föreningar uppgifter som det allmänna har givit eller lagt på dem — bland annat att träffa de kollektivavtal, som utgör en grundläggande beståndsdel i det system för fastställande av anställningsvillkor och liknande, som man möter i dessa länder.

Men det är också nödvändigt att observera, att föreningarna inte alltid är sammanslutningar blott i ett led. Mycket vanligt är att föreningar sluter sig samman i en topporganisation. Relationen mellan en sådan topporganisation och dess medlemmar, d.v.s. de anslutna föreningarna, torde i flertalet fall vara att bedöma på samma sätt som relationen mellan primärföreningen och dess medlemmar. I vissa avseenden kan dock särlösningar förekomma eller i varje fall vara lämpliga. Men vid sidan av topporganisationer och deras medlemmar förekommer det i varje fall i Sverige att ideella föreningar splittrar upp sina aktiviteter på underföreningar, till vilka deras medlemmar hänförs efter skilda principer. I detta fall ingår medlemmarna samtidigt som medlemmar i både huvudförening och underförening(ar). Som exempel från Sverige kan nämnas organisationsstrukturen inom fackförbunden på LO-sidan, vilka fungerar som föreningar på både förbunds nivå, avdelningsnivå och klubb nivå. Även för detta fall förekommer i flera fall särlösningar jämfört med vad som är fallet i den ursprungliga relationen förening-medlem. — Den fortsatta framställningen inriktas dock i huvudsak på relationen förening — enskild medlem (som dock i arbetsgivarföreningar kan vara juridiska personer).

När det gäller frågor med anknytning till olika slag av föreningar finns det anledning att, i varje fall då fråga är om rättskapabla föreningar, skilja mellan interna och externa frågor. Med de interna frågorna avser jag då

spörsmål med anknytning till beslutsfattandet inom de organ, som kan finnas i en förening, och vissa frågor i relationen till medlemmar, förtroendevalda och funktionärer. De externa frågorna gäller åter föreningens kontakter med helt utomstående tredje män — såväl privaträttsliga som offentligrättsliga subjekt. Mot bakgrund av att ämnet för denna skrift är föreningen och dess medlemmar kommer jag i den fortsatta framställningen att begränsa mig till frågor, som jag här kallat interna, vilket dock inkluderar vissa frågor med anknytning till föreningarnas verksamhet på arbetsmarknaden.

Men även inom det område som kan betecknas som det interna kommer en begränsning att göras, nämligen till de delar av detta som gäller relationen till de enskilda medlemmarna (i något fall dock till enskilda utomstående arbetsgivare och arbetstagare). I ideella föreningar finns olika organ, inom vilka beslutanderätten i uppkommande frågor är fördelad. En vanlig organkedja ser i Sverige ut på det sättet, att det överst i organhierarkin finns ett medlemsmöte, eventuellt ersatt av en fullmäktigeförsamling (ofta kallad kongress eller liknande), att det därunder finns ett förvaltningsråd (ofta kallat förbundsrad eller liknande), och att det därunder finns en styrelse i vilken kan ingå ex.vis en verkställande ledamot. I vissa fall kan i ideella föreningar medlemsomröstningar ersätta beslut av stämma eller fullmäktige. Till dessa kommer i flertalet fackföreningar ett antal anställda funktionärer. Inom den organstruktur som således förekommer i föreningarna har medlemmarna i regel inflytande endast i det organ, som befinner sig överst i den hierarkiska kedjan, medlemsmöte, eller, indirekt, fullmäktigeförsamling. Jag kommer därför att i den fortsatta framställningen iakttä den begränsningen, att organ i vilka medlemmarna inte har inflytande i huvudsak lämnas utanför denna.

Till sist skall jag i detta inledande avsnitt beröra en terminologisk fråga.

Den del av associationsrätten som gäller föreningarnas juridik kan kallas föreningsrätt. För svensk rätts vidkommande står emellertid termen föreningsrätt sedan lång tid tillbaka för rätten för arbetstagare resp arbetsgivare att utan hinder av motparten på arbetsmarknaden tillhöra fackliga organisationer och att utnyttja medlemskapet i dessa m.m. Därför använder jag då fråga är om svensk rätt företrädesvis termen organisationsrätt i fråga om det associationsrättsliga regelsystemet i vad avser föreningar. Oavsett vilken term man använder synes den vara mindre lämplig i något nordiskt land. En term som möter i boken *Arbetsrätten i Norden* (NU 1984:10) är den interna föreningsrätten. Eftersom föreningarna dock har relationer även till tredje man är termen den allmänna föreningsrätten, som i ifrågasvarande bok möter vid behandlingen av finsk rätt, bättre från svensk ut-

gångspunkt. — Jag kommer under alla omständigheter att undvika termen föreningsrätt i den fortsatta framställningen, som *utgår från och främst speglar rättsläget i Sverige*.<sup>2</sup>

## 2. Normkällor

Frågan vilket normunderlag som kan begagnas för att lösa de problem som uppkommer i relationen mellan förening och medlem synes i stort sett vara att besvara på samma sätt i alla de nordiska länderna.

Överst i normhierarkien står tillämplig lag. Speciallag återfinns dock endast i begränsad omfattning i de nordiska länderna i vad gäller ideella föreningar. Blott i Finland finns en allmän lagstiftning om ideella föreningar, nämligen lag om föreningar från 1919. Det föreligger dock ett förslag till ny lagstiftning i Kommittébetänkande 1984:1 med förslag till föreningslag. I Danmark antogs dock 1984 lagen om fonder och vissa föreningar, enligt vilken bl.a. arbetsgivarföreningar och fackföreningar skall anmälas för registrering senast tre månader »efter oprettelsen» (47 §). Undantag göres dock för föreningar vilkas »aktiver ikke overstiger 250.000 kr., samt foreninger af kommuner og amtskommuner». De föreningar som omfattas av denna lag är skyldiga bl.a. att ha stadgar av viss omfattning samt styrelse och revisor liksom att utarbeta årsredovisning. För svenskt vidkommande gäller åter att det visserligen finns en lag om ekonomiska föreningar från 1951 men att en allmän lagstiftning om ideella föreningar saknas. 1951 års föreningslag är dock på utgående, ett förslag till ny lag om ekonomiska föreningar har i oktober 1986 förelagts riksdagen genom proposition 1986/87:7.<sup>2a</sup> Därtill finns dock i Sverige bl.a. vissa regler som är tillämpliga på näringsidkande ideella föreningar.

Vid sidan av speciallag gäller att regler i annan lagstiftning som kan beröra relationen förening — medlem skall beaktas. Från svensk rättspraxis kan här pekas på avtalslagen 36 § som ger möjlighet att jämka oskäligen avtalsvillkor.

Men vid sidan av detta material är innehållet i de stadgar, som antagits för berörda föreningar, tillämpliga. Dessa stadgar måste i vissa fall stå i överensstämmelse med föreskrifter av en överordnad organisation. Härtill

---

<sup>2</sup> Jfr till svensk rätt generellt Carl Hemström, Organisationernas rättsliga ställning, 3 uppl, Sthlm 1987, med vidare referenser.

<sup>2a</sup> Propositionen har sedermera antagits av riksdagen med två smärre justeringar.

möter man i doktrinen i skilda nordiska länder hänvisning till den interna praxis, som kan ha utvecklats i en viss ideell förening. Detta material bör i varje fall kunna förväntas vara känt bland medlemmarna och av dem som är aktiva inom föreningen.

I svensk doktrin hänvisas här till till god förenings sed som sägs motsvara en inom tillämplig föreningstyp allmänt accepterad standard av godtagbar kvalitet.

Härtill bör gälla, att organ som befinner sig högre upp i den interna hierarkien kan ge organ eller befattningshavare längre ner i samma hierarki förhållningsorder som i princip är bindande för dessa.

I de nordiska länderna torde vidare gälla, att majoritets- och likhetsgrundsatserna är tillämpliga i de ideella föreningarnas interna förhållanden. Med majoritetsprincipen förstås då, att en majoritet av viss storlek inom berört organ *i regel* äger träffa avgörandet i uppkommande frågor. Enstämmighet fordras sålunda blott undantagsvis. Med likhetsgrundsatsen förstås åter, att medlemmarna i princip har rätt att fordra samma behandling som övriga medlemmar med mindre undantag från principen kan återföras på lag eller stadgar (inkl intern praxis). Alltså kan stadgarna *ex.vis* bestämma olika avgifter för skilda medlemskategorier. I svensk doktrin möter här till uppfattningen om tillämpligheten av en generalklausul av innebörd, att beslut som i och för sig kan anses formellt stadgeenliga kan vara ogiltiga, om de förrycker förhållandet mellan medlemmarnas på medlemskapet grundade rättsställning och därvid åstadkommer otillbörlig fördel resp nackdel för viss medlem till nackdel resp fördel för andra medlemmar. Men man kan också säga att allmänna principer fordrar saklighet vid avgörandet då medlemskapet är betydelsefullt för medlemmarna.

Härtill kommer att aktuell rättspraxis generellt slår igenom.

Slutligen skall blott nämnas, att andra näraliggande rättsområden generellt synes spela en stor roll på föreningsjuridikens område. Dessa kan härvid *ex.vis* öva inflytande på lösningen av likartade problem; emellanåt är det t.o.m. fråga om en analog tillämpning av vissa regler.

### 3. Om domstols överprövning<sup>3</sup>

Det är ett känt förhållande, att domstolarna i många länder har tvekat då det gällt frågan om de bör ingripa, när en föreningsmedlem ansett att

<sup>3</sup> Jfr här till ämnena vid 14 och 18 nordiska juristmötena 1928 resp 1948: I hvilken Udstrækning bør Tvistigheder mellem en Forening og dens Medlemmer ved Foreningens

ett beslut träffat av en ideell förening står i strid med de normer, som gäller för föreningens verksamhet. Skälen härtill har varierat. Att det till att börja med måste vara fråga om något som ger upphov till rättsliga förpliktelser får anses vara klart. I Sverige har diskussionen ibland gällt spörsmålet, om de ideella föreningarna har rätt till ett slags autonomi. Härtill kan man emellertid för svensk rätts vidkommande ställa frågan, om talan om upphävande av ett av en ideell förening träffat beslut går att föra in under de allmänna förutsättningarna för talan enligt rättegångsbalken eller om man eventuellt i vissa fall därtill kan tala om ett slags talan å konstitutiv dom.

Förutsatt att de grundläggande processrättsliga förutsättningarna för prövning föreligger torde det kunna antas, att de svenska domstolarna i och för sig kan pröva både formerna för och det sakliga innehållet i föreningsstämmo- eller fullmäktigebeslut träffade av fackliga organisationer. Vidare synes domstolarna när det gäller fackliga organisationer inte bara överpröva beslut som på ett direkt sätt gäller viss medlem i dennes ställning som medlem utan även i vad gäller ekonomiska implikationer för denne. Inte desto mindre har det nyligen gjorts gällande, att svenska domstolar inte bör överpröva beslut träffade av fackliga organisationer då frågan inte avsett spörsmålet om medlems rätt att vara kvar som medlem i organisationen utan i stället gällt dennes bundenhet av beslut om kollektiv hemförsäkring.<sup>4</sup> En domstolsprövning av frågan om föreningen hållit sig inom stadgarnas föremål och syfte innebär, har det sålunda sagts, i sig en viss statlig kontroll av föreningen och leder lätt till en ännu mer omfattande kontroll. Man kan därmed hamna i en situation där den i den svenska regeringsformen skyddade friheten att bilda och verka i föreningar — enligt svensk terminologi föreningsfriheten — inskränks på ett otillåtet sätt. Minoritetens behov av rättskydd är inte lika starkt som i uteslutningsfallen och motiverar inte, att fackföreningarnas självbestämmanderätt genombryts utom i mycket flagranta fall eller där åtgärden medför mera betydande höjningar av medlemsavgiften.

I dansk och norsk doktrin har man därtill sökt att dra gränsen mellan fall där domstolarna bör ges rätt att överpröva föreningsbeslut med utgångspunkt från om fråga är om vad som kan hänföras till området för föreningarnas selvstyre och sådant i vilka de utövar selvdomme.<sup>5</sup> Selvstyret

---

Vedtægter kunne unddrages Domstolenes Afgørelser? (1928 s. 126 ff) resp Om begrænsning av voldgiftavtaler og foreningsvedtekter, som utelukker rettergang ved fremtidige tvister (1948 s. 112 ff).

<sup>4</sup> Se Anna Christensen, Kollektivanslutning till hemförsäkring och till politiskt parti, i Festskrift till Henrik Hessler, Sthlm 1985, s. 101 ff.

<sup>5</sup> Jfr till dessa frågor Ole Hasselbalch, Foreningsret, Khvn 1983, s. 199 ff, och Jo

har i dansk doktrin sagts omfatta situationer, där det blott föreligger ett beslut som träffats enligt den föreningsmässiga självstyreordning som det är nödvändigt att respektera, om man över huvud skall acceptera tanken på selvstyre. Men gränsen mellan selvstyre och selvdømme har sagts vara svår att dra. Också i Norge möter som sagt samma frågeställning. Det har sålunda uttalats, att föreningen har rätt till selvstyre, så länge de beslut som den träffar kan återföras på dess allmänna regler om rätt att träffa bindande avgöranden på medlemmarnas vägnar, alltså dess kompetensregler.

Men även om det nog kan föreligga en rätt för föreningens beslutande organ att slutligt avgöra om en viss fråga skall eller inte skall tas upp till behandling synes mig gränsen till det, som går att överpröva och också i princip bör överprövas av domstol i mycket vara flytande. Är inte idén om selvstyret i verkligheten en utväxt av myndigheters och andra offentlighetsliga organs relativt stora frihet att fatta eller inte fatta beslut snarare än en naturlig del i en privaträttslig organisations verksamhet? Jfr för övrigt härtill de ganska begränsade maktmedel som — i varje fall enligt svensk rätt — tillkommer medlemmarna i en förening (avsnitt 8 nedan). Är man härutöver verkligen i behov av ett selvstyre-område inom vilket överprövning inte äger rum?

Men vid sidan av det nu sagda står frågan om det bör accepteras, att de ideella föreningarna äger rätt att förbehålla sig det slutliga avgörandet i uppkommande tvister med sina medlemmar, vilket kan kallas frågan om föreningarnas rätt till självdom. Innan jag går in på denna fråga bör dock framhållas, att skiljeavtal *i princip* är giltiga i Sverige på organisationsrättsens område. Det finns dock exempel på att skiljeklausuler i stadgar för ideella föreningar underkänts, dels i fall där de inte garanterat en objektiv prövning (se NJA 1982 s. 853 avseende utträde ur kommunalarbetsförbundet) dels där den fråga som varit föremål för avgörande betraktats som konsumenträttslig (Svea hovrätt beslut 1984-06-15, 11:SÖ 60 avseende elektrikerförbundets hemförsäkringsavtal med Folksam).

Att föreningarna kan önska hålla domstolarna utanför sina interna problem må vara förklarligt. Och detta kan de försöka åstadkomma genom att förklara, att träffade föreningsbeslut skall vara slutliga, att intern överprövning ersätter domstolsprövning, eller liknande.

Frågan är emellertid om sådana klausuler skall anses leda till, att domstolarna bör avstå från överprövning.

---

Hov, Selvdømme i foreningsforhold, i TfR 1982 s. 181 ff, båda med vidare referenser till dansk och norsk doktrin.

Om man som jag har gjort ovan från föreningsjuridikens område undantar rättsförhållanden av så okomplicerad art, att man hellre än om föreningar bör tala om sociala organisationer, återstår inte desto mindre ett stort antal ideella föreningar i vilka medlemskapet, om man betraktar det utifrån, framstår som ganska betydelselöst. Dessa ideella föreningar är enligt svensk rätt inte desto mindre rättskapabla, och detsamma torde vara fallet i de övriga nordiska länderna, i Finland dock förutsatt att de registrerats i justitieministeriets föreningsregister. De kan följaktligen med tredje man ingå avtal, som därefter kan underställas domstols prövning. Och vad gäller relationen till medlemmarna kan föreningarna i varje fall i Sverige vända sig till domstol med ex.vis krav på betalning av förfallna medlemsavgifter. Bör då inte den medlem, som anser sig ha betalat en för hög medlemsavgift, kunna vända sig till domstol med yrkandet, att föreningen skall åläggas att återbetala för mycket erlagda avgifter? Föreningen bör väl, liksom medlemmen, ha att hålla sig till det avtal, som stadgarna utgör? Och säger man det har jag svårt att se, varför domstol inte skulle äga eller t.o.m. ha att i princip döma i en tvist, som gäller frågan om ett beslut av en ideell förening håller sig inom den ram som stadgarna anger. Det förhållandet, att de ideella föreningarna inom mycket vida ramar äger anta de stadgar, som de önskar innebära enligt min uppfattning inte, att föreningarna inte också bör ha att följa de stadgar som de själva antagit.

Nu kan man trots det sagda tänka sig att domstolarna i vissa fall avstår från att överpröva beslut av ideella föreningar till följd av att särskilda skäl föreligger, såsom att ett avtal härom har träffats (vilket i så fall vanligen sker genom en bestämmelse härom i stadgarna) eller att en domstol inte rimligen kan överpröva om en viss medlem är tillräckligt sällskaplig för att tillhöra en sällskapsförening eller tillräckligt religiös för att tillhöra ett religiöst samfund eller tillräckligt marxistisk för att tillhöra ett marxistiskt parti. Alltså ett slags implicit avtal vars innehåll fastställs genom tolkning. Men detta bör då vara undantag från huvudregeln att överprövning sker och inte den huvudregel om föreningsautonomi, från vilken undantag i sin tur kan göras.<sup>6</sup>

Stadgeklausuler av innebörd att överprövning från domstols sida inte skall vara möjlig kan i och för sig vara helt entydiga, men de kan också ligga i en klausul som ger beslutande föreningsorgan en rätt att bygga sitt beslut på en subjektiv grund eller kanske t.o.m. att träffa ett helt skönsmissigt avgörande. Från denna utgångspunkt kan man komma till resultatet, att

---

<sup>6</sup> Jfr härtill Tore Sigeman i SvJT 1974 s. 298 f.



formerna för fattande av föreningsbeslut bör överprövas även om överprövning inte bör ske i fråga om föreningsbeslutets sakliga innehåll.

Men även om en stadgeklausul med förbud mot domstols överprövning skulle vara för handen kan i vissa fall skälen mot att låta denna klausul få genomslagskraft vara så stora, att domstol bör sätta sig över den och trots allt ingå i överprövning av frågor som medlemmar underställer dem. Här kan pekas på att rättsläget i Sverige är det, att domstolarna utan undantag överprövar utslutningsbeslut som fattats av fackliga organisationer men även av andra organisationer i vilka medlemskapets ekonomiska betydelse är stor. I vad gäller frågan om svenska elektrikerförbundet haft stadgestöd för fattandet av ett beslut om hemförsäkring av förbundets medlemmar saknas ännu i skrivande stund uppgift om hur svenska högsta domstolen kommer att ställa sig — frågan avses emellertid komma att prövas av HD under våren 1987.<sup>7</sup> Och vad gäller klander i ideella föreningar av föreningsstämmo- och fullmäktigebeslut har jag för min del utgått från att domstolarna kan pröva de frågor som medlemmarna underställer dem — för hur skall medlemmarna eljest kunna vara försäkrade om att även föreningarna håller träffade avtal (stadgar)?

Härtill kan fogas, att föreningsbeslut som klart avviker från en rimlig tillämpning av stadgarna eller som leder till ett oskäligt resultat även i övrigt torde böra åsidosättas.

Men även om huvudregeln enligt min uppfattning bör vara den, att domstolarna bör överpröva föreningsbeslut som träffats av föreningsstämma eller föreningsfullmäktige i ideella föreningar eller, och det oavsett vem inom föreningen som fattat avgörandet, som gäller medlemmens personliga relationer till föreningen eller hans personliga rättsställning i annat avseende, är det viktigt att observera, att det nu sagda inte innebär, att varje föreningsbeslut kommer att underkännas. Det viktiga är, att de föreningsbeslut av nyss omnämnda slag som träffas *kan* upphävas, om domstolen finner att de är felaktiga. Dock är det kanske anledning att i detta sammanhang peka på nödvändigheten av, att domstolarna har förståelse för föreningarnas legitima behov av att kunna fatta beslut som är centrala för majoriteten

---

<sup>7</sup> I frågan om ett norskt fackförbund ägt teckna kollektiv hemförsäkring och besluta att avgiften skulle betalas genom tillägg i kontingenten förklarade norska Høyesterett i Rt 1967 s. 1373 att tre förbundsmedlemmar, som väckt talan mot förbundet, hade rätt att reservera sig. Men se även Rt 1969 s. 1129 ang utslutning av samma medlemmar p.g.a. att de uttalat sig nedsättande om och misstänkliggjort förbundet och dess förtroendemän. Se här till ex.vis Eivind Smith, Organisasjonsrett, i Husadvokaten, Bind 1, Oslo 1986, ss. 198 och 200.

av föreningsmedlemmar men samtidigt markera minoritetens och enskilda medlemmars krav på att gällande stadgar och vad som följer av andra normkällor skall iakttas och att medlemmarna dessutom ges erforderligt skydd mot eventuella övergrepp.

Det ovan sagda kompliceras emellertid i viss mån av den rätt till föreningsfrihet, som följer av olika internationella konventioner och i Sveriges fall av föreskriften i regeringsformens andra kapitel första paragraf som föreskriver, att varje medborgare är gentemot det allmänna tillförsäkrad föreningsfrihet, d.v.s. frihet att sammansluta sig med andra för allmänna eller enskilda syften. Det kan naturligtvis sägas, att det ligger i farans riktning att domstolarna om de alltför fritt tolkar föreningarnas stadgar kan komma att, såsom representanter för det allmänna, begränsa medborgarnas rätt att fritt bilda och verka i föreningar. Men det frågan gäller i samband med domstols överprövning i de här aktuella fallen är närmast, om medlemmarna skall kunna begränsa föreningarnas frihet, inte om det allmänna skall kunna det.

Sammanfattningsvis är det alltså en central fråga i vilken utsträckning självdom bör accepteras på den interna föreningsjuridikens område.

#### **4. Bildande**

Frågan om föreningarna och deras medlemmar aktualiseras redan vid bildandet av en förening. Frågan i detta fall är väl huvudsakligen den, när bundenhet uppkommer för dem, som deltar i bildandet. Det torde vara ganska naturligt att här bygga på tidpunkten då föreningen faktiskt är bildad, d.v.s. då stadgar antagits.

#### **5. Medlemmarnas rättigheter och skyldigheter i ideella föreningar**

När en ideell förening väl är bildad uppkommer frågan, vilka rättigheter och skyldigheter som medlemmarna har i relation till den förening som de är medlemmar i.

Frågan om en förening måste vara demokratisk, d.v.s. enligt svensk uppfattning ge medlemmarna i varje fall del i beslutsfattandet på förekommande föreningsstämmor eller — indirekt — fullmäktigesammanskomster, är inte nämnvärt diskuterad i svensk organisationsrättslig litteratur. Av den svenska lagen om ekonomiska föreningar följer, att medlemmarna har denna rät-

tighet, men inte desto mindre tillåts stadgebestämmelser, som i vissa lägen begränsar medlemmarnas rätt härtill. En stadgeklausul som föreskriver, att medlem inte får fulla förvaltningsbefogenheter förrän han tillhört föreningen viss, i stadgarna angiven, tid, är sålunda tillåten. Härtill kommer att lagen om ekonomiska föreningar föreskriver, att medlem som uteslutits genast förlorar rätten att delta i överläggningar och beslut om föreningens angelägenheter. Slutligen gäller, att föreningsmedlem (resp ombud för medlem) i vissa lägen till följd av jäv är förhindrad att delta i beslutsfattandet. Motsvarande får väl antas gälla även för ideella föreningar. Men att föreskriva begränsningar som inte går att sakligt motivera kan nog inte anses tillåtet för de fackliga organisationerna på arbetsgivar- och arbetstagar sidan — det torde kunna antas att de föreningar som av det allmänna fått uppgiften att företräda sina medlemmar också måste följa de demokratiska spelreglerna. — Jag behandlar i det följande endast föreningar som följer de demokratiska spelreglerna.

Ju mer beroende medlemmarna är av sina föreningar desto viktigare är det med rättsliga garantier i vad avser formerna för och det materiella innehållet i beslutsfattandet.

Vad till att börja med gäller föreningsstämma har varje medlem i en demokratisk förening i princip rätt att delta, yttra sig och rösta i förekommande frågor. Utöver de begränsningar som jag nämnt strax härovan kan man väl i fackföreningar även tänka sig *ex.vis* stadgeföreskrifter som begränsar rösträtten för den medlem som inte erlagt förfallna avgifter till föreningen eller för den, som alltjämt är studerande, eller för den, som efter pensionering övergått till att bli passiv medlem. För att medlemmarna skall kunna begagna dessa sina förvaltningsbefogenheter är det nödvändigt med någon typ av kallelse. För vissa typer av ärenden — *ex.vis* uteslutning ur fackliga organisationer eller, i de fall sådant kan förekomma, utdömande av ekonomiska sanktioner — borde det finnas anledning att kräva att ärendet anges i kallelsen. Om detta är en nödvändig förutsättning enligt svensk rätt för ett giltigt beslut är dock tveksamt. Antalet röster torde, i varje fall om inte stadgarna innehåller annan regel (vilket mera sällan kan tänkas förekomma med mindre medlemmen är en juridisk person), vara *en* per medlem i ideella föreningar. I frågor där medlemmen är personligen berörd kan och i vissa fall bör jäv föreligga. Ett fall då jäv i princip torde föreligga även i ideella föreningar är då frågan om *decharge* skall behandlas i vad avser den berörde styrelseledamoten. Om däremot styrelseledamöter skall vara förhindrade delta i beslutsfattandet i vad avser val av eller avsättande av revisor eller i vad gäller deras styrelsearvoden är osäkrare i vad gäller

ideella föreningar. Däremot torde den medlem som hotas av uteslutning inte enligt svensk rätt vara jävig vid beslutsfattandet. Motsvarande får då antas gälla sanktionsbeslut i övrigt. Att medlem inte utan stöd härför i stadgarna har rätt att använda ombud eller medföra biträde torde vara en naturlig regel i en organisation som i så hög grad som en ideell förening bygger på medlemmarnas personliga medverkan. Till det nu sagda kan för övrigt fogas det påpekandet, att propositionen till ny lag om ekonomiska föreningar upp-tar en absolut rätt för medlem att låta sig företrädas av ombud eller medföra biträde varvid dock begränsning gäller i fråga om vilka personer som kan ifrågakomma som ombud eller biträde om inte kretsen vidgas genom stadgarnas bestämmelse. Men ekonomiska föreningar är på ett helt annat sätt än ideella inriktade på ekonomiska frågor.

Stämman torde normalt inkallas av styrelsen, men även förekommande revisorer kan kanske ha fått sig denna rätt tillagd i stadgarna. Starka skäl talar dock enligt min åsikt för att i ideella föreningar medge revisorerna denna rätt oavsett vad stadgarna må föreskriva (vilket dock inte synes vara möjligt enligt finska föreningslagen). Revisorerna har för övrigt tillgång till medlemsregistret vilket är nödvändigt, om de själva skall kunna utfärda kallelse. Om däremot en minoritet av medlemmarna i en ideell förening bör anses äga rätt att kräva att stämma inkallas är tveksammare med mindre detta är särskilt föreskrivet, vilket dock synes vara fallet för finsk rätts vidkommande med mindre annat följer av stadgarna (lag om föreningar 16 §; i finska kommittéförslaget 18 § är dock dispositiviteten i visst avseende beroende av föreningstypen). Hur skall för övrigt i detta fall inkallandet tillgå om lagbestämmelser saknas?

Vad beträffar kraven på majoritet för olika typer av stämmobeslut är uppfattningen i Sverige nog den, att i princip alla typer av beslut i ideella föreningar kan fattas med mer än hälften av avgivna röster — enligt svensk terminologi absolut majoritet. Vid val torde dock den mening vinna, som samlat flest röster. Skulle rösterna i visst fall stå lika har enligt svensk rätt ordföranden utslagsröst utom vid val, då lottning tillgripes, medan enligt dansk uppfattning huvudregeln synes vara, att något beslut inte kan fattas då rösterna står lika.<sup>8</sup> För stadgeändring eller beslut om föreningens upplösning föreskriver den finska föreningslagen (13 §) genom en dispositiv regel minst tre fjärdedelar av alla vid omröstningen avgivna röster. Ett föreningsbeslut, som kränker tredje mans rätt eller utan medlems eget samtycke minskar honom tillförsäkrad särskild förmån i föreningen eller hans likstäl-

<sup>8</sup> Se Ole Hasselbalch, o.a.a., s. 109.

lighet med föreningens övriga medlemmar, är dock ogiltigt (15 § 1 st). I det finska kommittéförslaget har visserligen nyssnämnda dispositiva majoritetsregel utvidgats till att omfatta fråga om överlåtelse av huvuddel av föreningens egendom men å andra sidan den lättnaden föreslagits, att beslut om stadgeändring som innebär att majoritetsval skall ersättas av proportionellt valsätt fordrar, att det biträts av mer än hälften av alla vid omröstningen avgivna röster och det i övrigt har fattats så som om ändring av stadgar har stadgats eller bestämts (20 §). Även i övrigt har vissa lättnader jämfört med gällande finsk rätt föreskrivits i 25 § 2 st i fråga om föreningsbeslut som minskar vissa särskilda förmåner som medlem kan ha enligt stadgarna. Trots det strax härovan sagda torde enligt svensk rätt inte desto mindre samtliga föreningsmedlemmars samtycke krävas för beslut i ideella föreningar som är särskilt ingripande. Ett beslut bör sålunda vara ogiltigt om det är så ingripande att det måste anses ligga utanför förutsättningarna för medlemmarnas inträde eller »om man så vill objektivt framstår som orimligt».<sup>9</sup> Som exempel på dylika beslut nämnes en drastisk ökning av medlemmarnas avgifter till föreningen med syftet att driva vissa medlemmar ur föreningen eller en radikal ändring av en förenings ändamål t.ex. från religiöst till partipolitiskt.

Skulle stämman vara ersatt med fullmäktige förlorar medlemmarna i högre eller lägre grad sina direkta förvaltningsbefogenheter. I stället bör de då ha rätt att i enlighet med stadgarnas föreskrifter delta i val av de personer, som ingår i fullmäktige, ävensom rätt att klandra de beslut som fullmäktige fattat. — Vad åter de valda ombuden beträffar kan svårligen begränsningar i närvaro-, yttrande- och rösträtt tänkas med mindre jäv föreligger eller — möjligen — ombudet uteslutits. Dock bör man i de fall fullmäktige används svårligen kunna tänka sig en regel som tillåter ett ombud att sätta ett annat ombud i sitt ställe. Men vad beträffar kallelse och kallelse innehåll samt majoritetskrav kan det ovan sagda i princip anses tillämpligt. Det antal röster som de skilda ombuden har torde dock ofta i enlighet med stadgarnas föreskrifter följa det antal medlemmar som de representerar.

Det kan till det nu sagda fogas den anmärkningen, att det enligt svensk rätt även kan förekomma medlemsomröstningar per post i ideella föreningar.

I övriga förekommande organ har medlemmarna som sådana i regel inte något direkt inflytande. Däremot kan de uppenbarligen bli beroende av de beslut som dessa samt föreningens förtroendemän och funktionärer fattar på föreningens vägnar.

<sup>9</sup> Håkan Nial, Svensk associationsrätt i huvuddrag, 3 uppl, Sthlm 1985, s. 148.

Men väl så viktigt som de formella reglerna för föreningsstämma (eller eventuellt fullmäktige eller poströstning) är spörsmålet, vilka frågor som hör under stämmas (fullmäktiges, medlemmarnas) avgörande i en ideell förening.

Allmänt synes uppfattningen vara den, att förekommande stadgefrågor skall avgöras av medlemmarna. Om man ser stadgarna som ett medlemsavtal är det naturligt att de, som är bundna av avtalet, också ges tillfälle att delta i beslut om förändringar i det. Och bör medlemmarna ha rätt att delta i behandlingen av stadgefrågor bör de även ha rätt att delta i beslut om föreningens likvidation eller uppgående i en annan förening. Vidare kan frågan ställas, om inte medlemmarna bör ha en oavvislig rätt att delta i beslut som gäller *större* avgiftshöjningar, d.v.s. oavsett om stadgarna lagt beslutanderätten i avgiftsfrågor på organ längre ner i den interna hierarkien. Härtill torde uppfattningen vara den, att de som utsetts att sköta förvaltningen av föreningens angelägenheter — d.v.s. normalt styrelsen — såsom sysslomän för föreningen vanligen har att med bestämda intervaller till medlemmarna avge något slags redovisning för sin ekonomiska och övriga förvaltning. Det är, synes det mig, naturligt att det i sammanslutningar som i likhet med fackliga organisationer har till uppgift att driva icke-rörelseinriktad verksamhet i syfte att främja medlemmarnas ekonomiska intressen också har en skyldighet att redovisa hur denna verksamhet har bedrivits. Denna redovisning brukar, sedan den kontrollerats av revisorer, i Sverige följas av ett beslut om ansvarsfrihet i relation till föreningen, vilket för övrigt är ett beslut som styrelsens ledamöter bör kunna påfordra som motprestation till en tillräckligt utförlig redovisning. Till avgöranden som medlemmarna bör ges rätt att delta i hör väl i en demokratisk ideell förening även val av i varje fall någon eller några ledamöter till — eller avsättande av ledamöter i — förvaltningsråd, styrelse och andra förekommande organ? För hur skall eljest medlemmarna kunna reagera mot olämpliga förtroendemän? Här kan för övrigt frågan ställas, om det i fackliga organisationer bör vara tillåtet med val för tiden intill dess den berörde förtroendemannen avgår med pension med mindre medlemmarna i varje fall har rätt att avsätta honom, om de är missnöjda med hans sätt att sköta sitt uppdrag. Här föreligger dock en konflikt mellan den svenska arbetsrättens krav på saklig grund för uppsägning av arbetstagare och associationsrättens i princip fria rätt att avsätta den förtroendemän, som medlemmarna finner vara olämplig för sitt uppdrag.

Det nu sagda har gällt beslutsfattandet på stämma eller fullmäktigeför-

samling eller eventuellt vid medlemsomröstningar per post. I övriga förekommande organ har medlemmarna som sådana inte något liknande inflytande. Däremot kan de uppenbarligen bli beroende av beslut som dessa samt föreningens förtroendemän och funktionärer fattar.

Men oavsett var beslutsfattandet sker kan det föreliggande begränsningar i kompetensen hos det organ eller den person, som har beslutsfattandet om hand.

Till att börja med gäller att avgöranden inte får fattas i strid mot strafflag eller eventuellt förekommande tvingande lagstiftning på det interna området i övrigt. Också konkurrenslagstiftning och annan liknande lagstiftning kan innehålla regler som medför begränsningar i kompetensen, väl dock mera sällan på arbetstagsarsidan. Men även dispositiv lagstiftning — i den utsträckning sådan nu förekommer — som inte ändrats genom stadgebestämmelser utgör ett kompetenshinder. Men vid sidan av tillämplig lag kan som ovan under avsnitt 2 framhållits antagna stadgar, intern praxis och eventuellt även god föreningssed innehålla kompetensbegränsningar. Vad stadgarna innehåller om föreningsändamål och eventuellt även verksamhetsföremål binder därmed bland övriga bestämmelser enligt svensk och kanske även enligt övrig nordisk rätt. Till de nu nämnda regelunderlagen kommer — i den mån de inte ligger redan i dessa — likhetsgrundsatsen (den torde vara generellt tillämplig i de nordiska länderna) och för i varje fall svensk rätts vidkommande nog även en generalklausul mot till förmån för eller gentemot enskilda medlemmar riktade otillbörliga beslut och åtgärder.

Men vid sidan av sina förvaltningsrättigheter kan medlemmarna ha även andra rättigheter. Så kan vara fallet till följd av föreskrifter i stadgarna varigenom viss eller vissa medlemmar tillförsäkras särskilda förmåner, som inte utan den eller de berättigades samtycke kan tas ifrån honom — väl dock förutsatt att särrättigheterna såvitt gäller fackliga organisationer inte innebär en urholkning av det demokratiska systemet? Jfr emellertid härtill innehållet i det finska kommittéförlaget 25 § 2 st, som anförts ovan.

Men stadgarna för fackliga organisationer kan också innehålla föreskrifter om generella rättigheter för deras medlemmar: rätt till konfliktersättning, till rättshjälp, o.s.v. I allmänhet torde väl dessa rättigheter dock inte vara absoluta på det sättet, att medlemmarna har en ovillkorlig rätt till ersättning etc — utgivande av t.ex. ersättning är i stället ofta beroende av särskilt beslut från beslutande föreningsorgans eller föreningsföreträdarens sida. Men lika fall skall i enlighet med likhetsprincipen behandlas lika. Och

skulle i något fall diskriminering förekomma torde denna enligt svensk rätt kunna angripas med stöd av den ovan nämnda generalklausulen.

Vid sidan av det nu sagda gäller därtill för fackliga organisationer att de binder sina medlemmar genom träffandet av avtal. Även i dessa sammanhang är enligt svensk rätt likhetsgrundsatsen och sannolikt även generalklausulen tillämpliga. Men fråga är om inte föreningarna och de som företräder dem är skyldiga att då de vid förhandlingar företräder enskilda medlemmar handla så, att de inte vare sig av vårdslöshet eller med uppsåt förorsakar medlemmarna ekonomisk skada? Den fackliga organisationens uppgift är att ta till vara sina medlemmars intressen på arbetsmarknaden och gör den inte det på ett acceptabelt sätt bör den enligt min uppfattning också ta konsekvenserna härav.

Till det nu sagda kan från svensk arbetsrätt pekas på att de fackliga organisationerna inte äger förfoga över på kollektivavtal grundade enskilda respektive redan intjänade rättigheter. Samma karaktär som de kollektivavtalsgrundade rättigheterna har även redan förvärvade rättigheter enligt social skyddslagstiftning. Och inte heller äger en fackförening förfoga över en arbetstagares privata avtal eller över den enskildes rättigheter enligt tvingande lag.

En fråga som ligger utanför ämnet för denna framställning men som har nära koppling till de nu nämnda frågorna är frågan vilka skyldigheter de fackliga organisationerna på grund av sina legala uppgifter kan tänkas ha visavi utomstående företag respektive arbetstagare. Att detta är ett kontroversiellt spörsmål säger sig självt.

Men medlemmarna har inte bara rättigheter mot föreningen. Väl så viktiga är deras skyldigheter.

Den grundläggande skyldighet som en föreningsmedlem har är att följa gällande stadgar och i stadgeenlig ordning fattade föreningsbeslut. Medlemmarna är alltså skyldiga att betala korrekt beslutade avgifter till föreningen. Frågan om de dessutom är skyldiga att åta sig förvaltningsuppdrag inom föreningen synes vara mera tveksam. Enligt norsk rätt synes en sådan skyldighet dock kunna föreligga,<sup>10</sup> medan den svenska uppfattningen nog är den motsatta. Men de ideella föreningarnas principiella frihet att besluta vad deras stadgar skall innehålla kan kanske även för svensk rätts vidkommande medföra att en sådan skyldighet kan föreskrivas. Därtill kommer en allmän lojalitetsplikt som innebär, att medlemmarna är skyldiga att vara

<sup>10</sup> Se ex.vis Eivind Smith, o.a.a., s. 198 f.



lojala mot den förening som de anslutit sig till. Innehållet i denna plikt torde kunna kopplas till framför allt det ändamål, som föreningen skall främja, och det sätt, på vilket detta enligt stadgarna skall ske, d.v.s. verksamhetsföremålet. En facklig organisation kan följaktligen kräva av sina medlemmar att de skall ställa upp på de krav, som den ställer vid olika slag av förhandlingar och delta i de stridsåtgärder, som föreningen i behörig ordning har beslutat om. Men någon skyldighet att delta i olovliga stridsåtgärder bör inte föreligga; möjligen varierar rättsläget här i skilda länder. Och inte heller torde en svensk facklig organisation ha rätt att tysta oppositionella medlemmar som internt på föreningsmöten och liknande framför saklig kritik av rådande förhållanden. Men kritik som är illvillig eller osaklig kan vara otillåten, och kritik som framförs utom föreningen ex.vis genom massmedia är minst sagt riskabel för den eller dem som framför den — varvid dock föreningens ställning i samhället bör spela viss roll för tillåtligheten av ett eventuellt sanktionsbeslut från föreningens sida.<sup>11</sup>

Men också andra skyldigheter kan följa av stadgarna, ex.vis skyldighet för medlemmarna att samtidigt ingå som medlemmar i arbetslöshetskassor och andra liknande organisationer. En fråga som i Sverige vållat viss diskussion är dock frågan om fackföreningsavdelningar inom LO-förbund kan besluta, att de själva eller att deras medlemmar skall vara anslutna till Socialdemokratiska arbetarepartiet. Detta förekommer alltjämt, men krav har rests i svenska riksdagen om förbud mot kollektiv anslutning.

Men vid sidan av nyssnämnda former av bundenhet förekommer som jag redan har framhållit i de nordiska länderna att medlemmarna av fackliga organisationer blir bundna av de kollektivavtal som organisationerna träffar. Just denna bundenhet gör att frågan om medlemmarnas rätt till lika behandling och föreningarnas övriga skyldigheter mot medlemmarna — jfr härom ovan — blir av särskilt intresse just i vad avser de fackliga organisationerna.

## 6. Medlemskapsfrågor

Ett område där man i de nordiska länderna tidigt har haft anledning att pröva tvister mellan enskilda rättssubjekt och olika slag av föreningar och däribland fackliga organisationer gäller medlemskapsrätten, d.v.s. den

<sup>11</sup> Jfr för svensk rätts vidkommande NJA 1977 s. 129 och för norsk rätts vidkommande det ovan i not 7 anmärkta avgörandet Rt 1969 s. 1129.

del av organisationsrätten som gäller frågor rörande förvärv och förlust av medlemskap.

Vad först gäller rätten till medlemskap saknar den medlemskapssökande möjligheten att åberopa stadgarna som avtalad norm. Härav följer å andra sidan, att i stadgarna intagna hinder mot överprövning inte binder den utomstående om man ser överprövningshindren som avtalade genom stadgarna. Möjligen — ehuru med stor tvekan — skulle man dock i vissa fall kanske kunna tänka sig att stadgarnas innehåll kan åberopas av den utomstående som en inbjudan till avtal. Men även om så inte är fallet förekommer i varje fall i vissa av de nordiska länderna situationer då ideella föreningar, i vilka medlemskapet är av stor betydelse för den enskildes verksamhet eller försörjning, har ålagts att acceptera en medlemskapssökande som medlem. Från svensk rättspraxis möter således ett avgörande av högsta domstolen från 1948 (NJA 1948 s. 513), där en fackförening tvingades att anta en sökande som medlem eftersom medlemskapet var av stor betydelse för den medlemskapssökandes försörjning och föreningen enligt sina stadgar stod öppen för alla som var verksamma inom yrket. Möjligen saknar dock stadgarnas föreskrift, att föreningen stod öppen för behöriga sökande, i varje fall numera självständig betydelse. Dock bör i princip den som söker medlemskap kunna utestängas om sakliga skäl föreligger, ex.vis att den sökande har gjort sig skyldig till handling som, om han varit medlem, kunnat medföra hans uteslutning. Det kan för övrigt tilläggas, att den svenska lagen om ekonomiska föreningar föreskriver, att medlemskap skall beviljas den som söker inträde i en ekonomisk förening om det inte föreligger särskilda skäl för vägran med hänsyn till arten eller omfattningen av föreningens verksamhet eller föreningens syfte eller annan orsak.

Från området utanför de fackliga organisationerna kan härtill från svensk rättspraxis nämnas, att en branschorganisation som i strid mot konkurrenslagens regler hållits stängd för ett företag av marknadsdomstolen förutsatts kunna åläggas att anta detta som medlem, se Marknadsdomstolens avgörande 1985:10. Här reserverade sig dock vissa av domstolens ledamöter då de fann att ett åläggande från domstolens sida skulle komma i konflikt med föreningsfrihetens princip. Detta synes överensstämma med finsk rätt: Föreningsautonomin sägs förutsätta, att de ideella föreningarna har rätt att själva avgöra, vilka de vill ha som medlemmar. I princip och i praktiken föreligger inte någon rätt för den, som vill bli medlem, att erhålla medlemskap.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Lauri Tarasti och Heikki Halila, Några grundfrågor i Finlands föreningsrätt, TfR 1983 s. 284.

Frågan synes dock för i varje fall svensk rätts vidkommande kunna ställas, om de fackliga organisationerna bör kunna ens i den omfattning som nyss sagts hållas stängda för dem, som ansöker om medlemskap, om medlemskapet är av *avgörande* betydelse för den sökandes fortsatta existens eller näringsverksamhet.

Vad åter gäller rätten att lämna föreningar är läget det, att en förening kan med eller utan stöd av sina stadgar försöka hindra sina medlemmar från att lämna den. Enligt finska föreningslagen (11 §) synes föreligga en oavvislig rätt att utträda ur en ideell förening. Och detsamma är fallet såvitt avser svenska ekonomiska föreningar (14 §). Men detsamma torde gälla även i vad avser svenska ideella föreningar och därmed för de fackliga organisationerna. Varmed dock inte är sagt, att medlemmarna inte är skyldiga att vid uppsägning iaktta i stadgarna angivna frister av acceptabel längd. Finska föreningslagen medger sålunda en uppsägningstid av ett år. Och olika långa frister kan säkerligen fastställas för olika medlemskategorier. Men vid vissa särskilt ingripande föreningsbeslut kan en rätt till omedelbart utträde nog föreligga.

Vad slutligen gäller föreningens möjlighet att bli av med medlemmar gäller, att detta enligt svensk rätt i princip är möjligt förutsatt att medlemmen gjort sig skyldig till förfarande som går att föra in under en i stadgarna upptagen uteslutningsgrund. En skönsmässig uteslutningsbefogenhet torde däremot inte enligt svensk rätt vara tillåten såvitt gäller fackliga organisationer. Men härtill får det antas att det enligt svensk rätt och troligen även andra rättsordningar i princip är möjligt för en förening att bli av med en medlem utan att någon grund finns upptagen i stadgarna, om nämligen medlemmen inte längre uppfyller gällande förutsättningar för medlemskap eller brustit i sina stadgeenliga förpliktelser mot föreningen eller han eljest förfarit illojalt mot denna. Vad som enligt svensk rätt är att anse som illojalitet har jag ovan beskrivit som förfarande som står i strid mot föreningens ändamål eller verksamhetsföremål.

Även i vad gäller uteslutning kan dock frågan ställas, om uteslutning bör vara möjlig så snart stadgarna medger denna konsekvens. Det är ju inte omöjligt, att gällande förutsättningar för vinnande av medlemskap eller en stadgeenlig uteslutningsgrund står i strid med allmänna värderingar i samhället. Härtill kommer möjligheten av att en uteslutning på grund av *ex vis* sina ekonomiska implikationer leder till ett för den uteslutne oskäligt resul-

tat. Men då torde för svensk rätts vidkommande 36 § avtalslagen vara tillämplig.

Både i vad gäller rätten till utträde och föreningens möjlighet att utesluta medlem skall vid sidan av tillämpliga materiella regler även de formella regler som stadgarna innehåller i princip iakttas. Vid sidan av vad stadgarna föreskriver bör man dock i vad gäller fackliga organisationer kunna tänka sig att fordra iakttagandet av formella regler som garanterar att ett träffat avgörande blir i möjligaste mån korrekt avgjort i sakligt hänseende. Jfr för övrigt domskälen i målet NJA 1977 s. 129 där högsta domstolen uttalade, att det på föreningar av den typ som den i det målet aktuella föreningen representerade — en ganska liten branschförening — inte kunde ställas alltför stora krav i formellt hänseende. Motsättningsvis torde kraven kunna ställas högre i fråga om arbetsgivarföreningar och fackföreningar. Se för övrigt härtill även det finska kommittébetänkandet med förslag till föreningslag 14 §: I beslutet skall grunden för uppsägning omnämnas. Och är avsikten att utesluta medlem av annan orsak än underlåtelse att erlægga medlemsavgift, skall medlemmen ges tillfälle att lämna skriftlig eller vid mötet muntlig förklaring i frågan.

Den medlem som lämnar en ideell förening antingen i samband med utträde eller efter att ha uteslutits torde — i varje fall om inte stadgarna innehåller andra föreskrifter — enligt svensk rätt inte ha rätt till andel i föreningens tillgångar.

En förening som reagerar mot viss medlems beteende kan som nämnt komma att besluta om medlemmens uteslutning. Vid sidan av uteslutningen som sanktion kan emellertid förekomma även andra slag av sanktioner. Den viktigaste av dessa torde vara föreningsvitet (motsvarande), som döms ut internt och för vilket betalning ofta kan tas ut genom olika slag av i förväg lämnade ansvarsförbindelser. Frågan om förutsättningar föreligger för användandet av dylika sanktionsföreskrifter torde i huvudsak vara att avgöra enligt de principer som gäller för uteslutningsfallen. Möjligen kan dock kraven på stadgestöd och formellt förfarande ställas högre än då fråga är om uteslutning.

Slutligen skall här nämnas, att medlemskapet i en ideell förening kan följa som ett accessorium i en annan förening. I detta fall torde den förra föreningen sakna självständig kompetens att besluta i medlemskapsfrågan.

## 7. Upphörande

Vad slutligen angår en ideell förenings upphörande gäller att medlemmarna själva beslutar härom med mindre annat av särskilda skäl bör eller enligt stadgarna skall gälla. Vad ex.vis underföreningar beträffar torde det vara tveksamt, om medlemmarna i sådana föreningar själva skall ha sådan rätt — beslutet torde i detta fall tillkomma stämma eller annat enligt stadgarna beslutande organ inom huvudföreningen. Även i övrigt kan det kanske tänkas fall då en överordnad organisations samtycke är nödvändigt innan en förening får upphöra.

Men vid sidan av upphörande i vanlig ordning förekommer ganska ofta att ideella föreningar upphör genom ex.vis samgående med andra föreningar eller genom medlemmarnas överförande på underföreningar. I dessa fall torde enligt svensk rätt gälla, att medlemmarna av den upphörande föreningen eller den som de upphör att vara medlemmar i, skall samtycka till medlemskap i den förening, i vilken de avses komma att ingå, med mindre ett sådant samtycke kan återföras på innehållet i de stadgar, som de genom sin tidigare anslutning accepterat (se NJA 1958 s. 438).

## 8. Medlemmarnas maktmedel

Kvar att behandla är nu huvudsakligen frågan om medlemmarnas möjlighet att angripa träffade föreningsbeslut — förutsatt att nu domstol eller skiljenämnd anser sig oförhindrad att ingå i överprövning.

Beslut av föreningsstämma eller föreningsfullmäktige i en ideell förening bör — på samma sätt som beslut av stämma i ex.vis aktiebolag — kunna angripas genom klandertalan. Skall stämma och fullmäktige över huvud kunna tvingas att följa de stadgar som gäller för föreningen bör en sådan rätt föreligga — och det oavsett om regler om klandertalan finns i någon föreningslag. Vilken tid som en föreningsmedlem — eller den som i övrigt har klanderrätt — bör ha till sin disposition för att väcka en klandertalan i en fråga, som endast gäller relationen till medlemmarna, är i vad gäller ideella föreningar i brist på lagregler oklart. Möjligen kan det finnas anledning att söka ledning i aktiebolagslagens tremånadersfrist (vilket för övrigt svarar mot den finska föreningslagens bestämmelse). Men oavsett om en sådan parallell är lämplig kan säkerligen rätten till klandertalan förloras genom passivitet eller konkludenta handlingar. Om det då föreningslagstift-

ning saknas bör föreligga situationer då föreningsbeslut är att anse som nulliteter är i brist på lagregler oklart.

Men vid sidan av klandertalan mot föreningsstämmobeslut torde på organisationsrättens område gälla att medlem eller utesluten medlem kan i varje fall enligt svensk rätt väcka talan mot beslut fattat av föreningsorgan över huvud eller av förtroendemän och funktionärer och som berör honom personligen eller i ekonomiskt hänseende. I synnerhet på det fackliga området och det vare sig fråga är om arbetsgivar- eller arbetstagarföreningar berörs medlemmarna på ett sätt, som gör att domstolarna bör vara beredda att upphäva felaktiga föreningsbeslut.

Men vid sidan av talan som har till syfte att försöka få träffade föreningsbeslut upphäva synes i vad gäller ideella föreningar en enskild medlems talan dock kunna gälla även skadestånd för liden skada. Om paralleller från associationsrätten i övrigt följs borde en sådan talan kunna väckas mot förtroendemän som med uppsåt eller av vårdslöshet satt sig över tillämpliga stadgar, likhetsgrundsats och generalklausul samt, i den mån det finns speciallag, denna. Men det är inte säkert att ett som medlemmen anser felaktigt beslut går att återföra på ett beslut som träffats inom ett föreningsorgan. I hög utsträckning blir medlemmarna i fackliga organisationer bundna av beslut som träffas av föreningens anställda funktionärer. Det synes mig nödvändigt att de ideella föreningarna själva tvingas påta sig ett skadeståndsansvar när medlemmarna till följd av beslut eller åtgärder av föreningsorgan, förtroendemän och funktionärer som på grund av lag företräder dem uppsåtligen eller av vårdslöshet förorsakas ekonomisk skada.

## 9. Diskussionspunkter

Jag har i denna kortfattade framställning av medlemmarnas ställning i framför allt fackliga organisationer givit uttryck för uppfattningar, som säkerligen i flera fall inte delas av dem, som läser den. Bland spörsmål som jag själv anser vore värda att diskutera närmare vill jag särskilt peka på den helt grundläggande frågan, under vilka förutsättningar domstol bör överpröva ideella föreningars beslut av olika slag — såväl sådana som gäller spörsmål av allmän karaktär som sådana, som direkt berör enskilda rättssubjekt. Detta är en fråga, som har givit och alltjämt ger upphov till omfattande meningsskiljaktigheter inte bara i Sverige. Under senare tid har denna fråga för övrigt tillförts bränsle från spörsmålet om den grundlagsskyddade föreningsfriheten — d.v.s. medborgarnas (och även utländska med-

borgares) frihet att utan hinder av det allmänna bilda och verka i föreningar — medför särskilda begränsningar.

Till detta vill jag även foga, att gränsen mellan vad som i dansk och norsk doktrin kallas selvstyre respektive selvdomme känns oklar för mig som svensk läsare.

Ett andra område som jag finner vara i behov av diskussion är vilka formella och materiella rättigheter, som medlemmarna i en ideell förening normalt får antas ha och vilka inskränkningar som kan göras i dessa. Hur tvingande bör detta regelsystem vara? Och då i synnerhet i fackliga organisationer? Till det nu sagda anknyter den traditionella frågan om medlemmarnas rätt att motsätta sig uteslutning — i synnerhet då medlemskapet är nödvändigt för den enskildes försörjning. Men också rätten för medlemmarna att lämna föreningen kan vara aktuell. Nära de båda sistnämnda frågorna ligger frågan om rätt till medlemskap. I vilken mån bör i dag föreningar av olika slag kunna ställa sig avvisande till dem, som vill bli medlemmar?

Ett tredje område som jag gärna skulle se penetrerat gäller frågan vilka krav som medlemmarna kan ställa på sina organisationer då dessa företräder och binder dem — i synnerhet då företrädesrätten är baserad på lagstöd. Hur långt sträcker sig sålunda skyddet enligt exempelvis den organisationsrättsliga likhetsprincipen? Och vilka kompetensbegränsningar föreligger? Här aktualiseras för övrigt även frågan om de fackliga organisationerna bör stå helt fria att utan inskränkningar negativt särbehandla icke-medlemmar.

Slutligen kan det här finnas anledning att fråga, vilken nytta eller skada en lagstiftning om ideella föreningar, och då i synnerhet om fackliga organisationer, kan medföra. De finska erfarenheterna av en allmän föreningslagstiftning är av intresse att få ta del av för representanterna för övriga nordiska länder.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Thór Vilhjálmsón

Menneskerettighedskonventionernes  
betydning i lovgivning og praksis



## **Inhold**

I. Indledning .....	249
II. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention .....	250
III. Den Europæiske Socialpagt .....	258
IV. De to FN konventioner .....	260
Literatur .....	263

# Menneskerettighedskonventionernes betydning i lovgivning og praksis

Af højesteretsdommer Thór Vilhjálmsson, Island

## I. Indledning

Denne rapport omhandler 4 internationale menneskerettighedskonventioner:

Den europæiske Menneskerettighedskonvention af 1950 samt de 8 protokoller der senere er føjet til denne.

Den europæiske Socialpagt af 1961

International konvention om borgerlige og politiske rettigheder af 1966 med den Valgfrie protokol

samt International konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. De to sidste konventioner er begge vedtaget af FN's generalforsamling i 1966.

Andre konventioner kunne nævnes, men de fire der omtales synes at have den største interesse for nordiske jurister. Der er ikke nordiske konventioner, der direkte har interesse i denne sammenhæng. De to første konventioner, der omtales, er udarbejdet inden for Europarådet hvor Finland ikke er medlem, og Finland kan derfor efter konventionernes egne bestemmelser ikke ratificere dem. De er derimod ratificeret af Danmark, Island, Norge og Sverige, der alle ved erklæringer har bundet sig til at anerkende individuel klageret til menneskerettighedskommissionen i Strasbourg og den europæiske menneskerettighedsdomstols kompetence. I visse tilfælde er protokollerne til menneskerettighedskonventionen endnu ikke tiltrådt af et eller flere nordiske lande. Hvad angår Socialpagten, gælder særlige regler for hvorledes de enkelte bestemmelser deri binder medlemsstaterne. Disse regler omtales kort nedenfor.

De to FN konventioner er ratificeret af alle de fem stater der desuden har underkastet sig den valgfrie protokol.

Alle de fire konventioner, der her omtales, er som allerede antydnet udarbejdet og vedtaget i de sidste 40 år. De er tilkommet som et led i bestæbelser for at skabe garantier imod de grusomheder krigen fremkaldte. Allerede i De Forenede nationers Pagt siges det i de første ord: »Vi De Forenede

Nationers Folk besluttede på at frelse kommende generationer fra krigens svøbe, som to gange i vor levetid har bragt usigelige lidelser over menneskeheden, — påny at bekræfte troen på fundamentale menneskerettigheder . . . » I pagtens formålparagraf, dens art. 1 stk. 3 siges, at FN's formål bl.a. er »at tilvejebringe mellemfolkeligt samarbejde ved løsning af mellemfolkelige spørgsmål af økonomisk, social, kulturel eller humanitær karakter, og ved at styrke og fremme respekten for menneskerettigheder og for fundamentale frihedsrettigheder for alle uden forskel med hensyn til race, køn, sprog eller religion». I art. 2 fremhæves, at der ikke skal ske indgreben i forhold »der i det væsentlige hører ind under en stats egen jurisdiktion». Allerede i 1948 vedtog FN's generalforsamling verdenserklæringen om menneskerettighederne, som i 30 artikler indeholder et rettighedskatalog, der dog ikke har karakter af international traktat.

Skønt det således lykkedes tidligt at nå frem en bred, dog ikke enstemmig, tilslutning til et ret detaljeret rettighedskatalog, var en nærmere udarbejdelse af dette nødvendig, og desuden var man ikke enige om, hvorledes et sådant katalog skulle realiseres. Som allerede nævnt var de to FN konventioner først vedtaget på generalforsamlingen i 1966 efter drøftelser på alle generalforsamlinger siden 1954 samt i andre fora. De to europæiske konventioner, der i mellemtiden blev vedtaget, er tænkt som en gennemførelse på regional basis af idealer, der er fremsat i verdenserklæringen. Dette siges direkte i menneskerettighedskonventionen af 1950, hvor man i indledningen finder disse ord om medlemslandenes regeringer: »de, som regeringer i europæiske stater, besjælede af samma ånd og med en fælles arv af politiske traditioner, idealer, respekt for frihed og for lovens suverænitet er besluttet på at tage de første skridt til sikring af den kollektive håndhævelse af visse af de rettigheder, der omhandles i verdenserklæringen». Det kan siges, at initiativet til den oprindelige europæiske konvention blev taget af Europa-bevægelsen på dens store møde i Haag i 1948. Skønt det var ikke let at nå frem til den fornødne enighed om alle problemer, blev teksten til konventionen færdig på en ret kort tid, idet den blev underskrevet allerede den 4. november 1950.

## II. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Ved udarbejdelsen af teksten til denne konvention opstod der problemer både vedrørende de materielle og processuelle bestemmelser. De sværeste af de førstnævnte blev ikke færdigbehandlet i første omgang, men udsat

til behandling senere. Dette gjaldt således både bestemmelsen om ejendomsretten og om forældrenes ret til at øve indflydelse på undervisningen af deres børn. Bestemmelser om dette findes i den første protokol, der blev underskrevet i 1952. Om de processuelle regler nåede man til enighed. Der blev således indarbejdet ret komplicerede bestemmelser i konventionsteksten om kontrolorganer og klageret, hvor den individuelle klageret var af speciel interesse. Man var altså nået så langt at man ikke ville nøjes med gammelkendte diplomatiske gennemførelsesmetoder. Det er heri konventionen har sin styrke. Rigtig nok er systemet et kompromis imellem dem, som ønskede selvstændige juridiske kontrolorganer, og dem, som ikke var entusiastiske for sådanne nydannelser, og gik ind for mere politiske eller diplomatiske metoder. Resultatet blev et system, der er således opbygget, at klager kun i få tilfælde kommer frem til fuld behandling. De fire nordiske medlemslande af Europarådet var blandt de 10 første, der ratificerede konventionen, hvorefter den trådte i kraft den 3. september 1953. Af de nordiske stater var det kun Norge, der på dette stadium gjorde en reservation. Det gjaldt en bestemmelse i grundlovens Art. 2, der lød således: »Jesuitter maa ikke taales». I en pjece, som Europarådets oplysningskontor i sin tid udgav om menneskerettighedskonventionen blev det fremhævet som eksempel på konventionens indflydelse, at denne norske grundlovsbestemmelse faktisk blev ophævet og reservationen frafaldet. Da konventionen trådte i kraft, var den første protokol allerede underskrevet. Den trådte i kraft i 1954 og de fire nordiske stater var blandt dem, der havde ratificeret den, Sverige dog med et forbehold hvad angår undervisningsbestemmelsen. De 7 andre protokoller kom senere ind. Hvad angår de processuelle bestemmelser i konventionen, skal der afgives specifikke erklæringer om, at en medlemsstat anerkender den individuelle klageret til kommissionen i Strasbourg og menneskerettighedsdomstolens kompetence. Kun Danmark har fra ikrafttrædelsesøjeblikket anerkendt begge dele. Sverige havde allerede i 1952 anerkendt klageretten, men ikke domstolens kompetence, hvilket først skete i 1966. I mellemtiden havde de andre tre stater afgivet deres erklæringer, således at alle de fire nordiske stater, der er med i dette system, nu i 20 år har haft hvad man kan kalde fuldt medlemskab.

Det som indtil nu er sagt gælder først og fremmest om de første år. Idéen om menneskerettighederne besjælede både de politiske ledere i de nordiske lande og alle de nordiske folk. Denne enighed om de brede linier er bevaret den dag i dag. Men om nogle af de rettigheder, der er inkluderet i Europa-konventionen kan man ikke regne med at der er stor enighed når det kommer til detaljerne. Denne uenighed kan man vente både imellem individer

og grupper i samfundet og imellem grupper og statsmagterne.<sup>1</sup> Menneskerettigheder drejer sig først og fremmest om borgernes retsværn overfor det offentlige og det kan derfor ventes, at de politiske magthavere af og til får bagtanker når de skal svare på klager om brud på konventionen. Dette har dog næppe været særlig klart i vore lande. Fra andre lande er det flere eksempler. Det mest påfaldende drejer sig om øen Man, som har en kompliceret statsretlig stilling i Storbritannien. Efter at domstolen i Strasbourg<sup>2</sup> kom til den konklusion at korporlige straffe på øen var uforenelige med art. 3 i konventionen der forbyder bl.a. vanærende straffe, fremsatte myndighederne på øen et krav om, at der ved næste fornyelse af den britiske erklæring om anerkendelse af domstolens kompetence blev gjort en undtagelse. Det blev gjort og denne erklæring gælder ikke for Man.

Nu 34 år efter konventionens ikrafttræden og mere end 20 år efter at den på næsten alle punkter blev bindende for de fire nordiske medlemsstater, kan man sige, at der er fremkommet visse tegn på at situationen har tilspidset sig. Udviklingen har dog været ret langsom. I nogen grad skyldes dette, at selve kontrolsystemet, der er indbygget i konventionen, som allerede nævnt er ganske kompliceret. Dette er et system med en kommission, der modtager klagerne, og kan afvise dem, hvis den synes fremsættelsen af en klage er uforenelig med bestemmelser i konventionen, eller at klagen er åbenbart ugrundet eller er misbrug af klageretten. De fleste af de klager, der registreres, afvises af én af disse grunde eller fordi de kommer for sent, eller fordi klageren ikke har udtømt hjemlandets retsmidler. Ved sidste årskifte var der ialt registreret 12.327 klager, og kommissionen havde afvist 10.085 af disse. Der verserede 1.047 sager hos kommissionen på dette tidspunkt. Domstolen i Strasbourg havde afsagt 122 domme og ministerkomiteen havde afsluttet sin behandling af 69 sager, der ikke var blevet henvist til domstolen.<sup>3</sup> En anden årsag til at udviklingen har taget tid er den, at menigmand i medlemslandene kun har haft begrænset kendskab til konventionen og dens kontrolorganer. Dette er ved at forandres, og i Sverige har PR-arbejdet været drevet så energisk, at information på mælkekartonger har oplyst konsumenterne om, at de har en klageret til Strasbourg-institutionerne. Skoleeksemplet om konventionens direkte indflydelse på nordisk lovgivning

<sup>1</sup> Se f.eks. om ret til domstolsbehandling *Erik Fribergh* i *Svensk Juristtidning* 1986 s. 334—6 og om foreningsfriheden *Torkel Opsahl* i *Rett og humanisme*, festskrift til Kristen Andersen, s. 293.

<sup>2</sup> Tyrer sagen, dom fra 1978.

<sup>3</sup> Statistik fra Strasbourg findes i *Stock-Taking on the European Convention ...* der udgives periodisk af Europarådet.

er allerede nævnt. Det var ophævelsen af en bestemmelse om jesuiter i den norske grundlov. Det er også nævnt, at før de nordiske stater ratificerede konventionen, blev dens regler gennemgået for at undersøge om den nationale lovgivning var i overensstemmelse dermed. Efter den herskende opfattelse i nordisk ret skulle konventionen ikke have status som intern ret, og den blev heller ikke i noget af landene transformeret ved lov således at konventionen eller dele af den derved blev direkte anvendelige. Det er værd at nævne, at på dette punkt er situationen anderledes i de fleste lande udenfor Norden, der har ratificeret Europakonventionen.<sup>4</sup> Situationen er dog næppe klar i alle disse lande. I Østrig har konventionen grundlovsstatus og i Italien og Svejts det samme til en vis grad. I ni lande, deriblandt Frankrig, Holland og Belgien synes konventionen at have en stilling imellem grundlov og almindelig lov, noget der ikke altid er let for en udlænding at forstå. I Vest-Tyskland er den sidestillet med almindelig føderal lovgivning, men udenfor Norden praktiseres det dualistiske system i Storbritannien, Irland og på Malta. Nu drøftes det her i Norden hvad det dualistiske system indebærer, og om folkeretten ved nyt syn på retskildelæren bør adskilles så skarpt fra intern ret, som det før var tilfældet. Den diskussion falder uden for denne rapport, men det er formentlig således i vore lande — med Norge som mulig undtagelse — at den europæiske menneskerettighedskonvention ikke er sidestillet med national lovgivning.<sup>5</sup>

Derimod kan der peges på, at den er blevet taget i betragtning ved udarbejdelse af lovudkast. Det var f.eks. tilfældet ved revision af de svenske bestemmelser om menneskerettighederne ved udarbejdelsen af den ny regeringsform. I mit eget land har man dog ikke brugt alle anledninger hertil. For nogle år siden blev der fra enkelte medlemmer af vor lovgivende forsamling fremsat forslag til ændring af skolelovgivningen.<sup>6</sup> Der skulle deri inkorporeres det, som statueres i den ovenfor nævnte art. 2 i den første

<sup>4</sup> *Andrew Z. Drzemczewski: European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford 1985.

<sup>5</sup> NOU 1972:16 og St.meld.nr. 77 (1974—75). SOU 1974:100. *Jan Erik Helgesen: Teorier om »Folkerettens stilling i norsk rett»*, Oslo 1972, *Carsten og Lucy Smith: Norsk rett og folkeretten*, 2. udg. Oslo 1982. Se også artikler i *Nordisk Tidsskrift for International Ret* af *Eilschou Holm* (1981 s. 118), *Kari Joutsamo* (1983 34), *Claus Gulman* (1983 45), *Göran Melander* (1984 63) og *Jerzy Sztucki* (1986 219). *Carl Aage Nørgaard: Den europæiske menneskerettighedskonvention og dansk ret*, *Ugeskrift for Retsvæsen* 1987 s. 73. Se endvidere *Lars Adam Rehof* i en andmeldelse af den ovennævnte bog af *Bernhard og Lehmann i Juristen* 1986 s. 215.

<sup>6</sup> Althingistidindi 1978 A 322, B 2554—2572, 2935—2954, 3118—3128 og 3225—3240.

protokol til Europakonventionen om forældres ret i forbindelse med undervisningen af deres børn. Dette blev ikke gennemført og debatten om skolen, staten og borgerne fandt sted uden at det ses at konventionbestemmelsen fik stor betydning. I administrationen i mit land kan man næppe mærke vigtige områder, hvor menneskerettighedskonventionen har haft stor indflydelse. Hvorledes det er i de andre lande får vi forhåbentlig oplyst i debatten. Det bør understreges, at den administrative praksis og ikke alene de skrevne retsregler falder inden for konventionens område.

Til kommissionen i Strasbourg er der i årenes løb indkommet mange klager over brud af konventionen i de nordiske lande. I 1983—86 var antallet af registrerede klager imod Sverige 229, Danmark 37, Norge 15 og Island 4. Endnu har ingen klage imod de to sidste lande givet anledning til rapport fra kommissionen og derfor er ingen sag imod Norge eller Island pådømt af Strasbourgdomstolen eller behandlet af ministerkomitéen. Derimod er der afsagt domme i 5 sager vedrørende Sverige og 2 vedrørende Danmark. I begge de danske sager var domresultatet, at der ikke var brud på konventionen. Det samme gælder 2 svenske sager. Der blev forlig i en sag, men domstolen har fundet konventionsbrud i to svenske sager. Den første var den nu velkendte Sporrang og Lönnroth sag. Dommen blev afsagt i 1982 og en tillægsdom om erstatning til klagerne i 1984. Der blev statueret brud på to konventionsbestemmelser d.v.s. både art. 1 i den første protokol om beskyttelse af ejendomsretten (10 stemmer mod 9) og art. 6 stykke 1 om retten til adgang til domstol (12 stemmer mod 7).<sup>7</sup>

Den anden sag imod Sverige hvor domstolen fandt brud på konventionen er McGoff sagen, der blev dømt i 1984. Klagen var rejst af en irsk statsborger. Der var ifølge Strasbourg-domstolen sket brud på art. 5 stk. 3 i konventionen idet klageren sad i varetægtsfængsel 15 dage, før han blev stillet for en dommer. Denne dom blev afsagt uden dissens, noget der ikke sker ret ofte i Strasbourg.<sup>8</sup>

Det er ikke muligt her at redegøre for de nordiske sager hvor domstolen ikke har fundet et konventionsbrud. Det samme gælder de sager kommissionen har taget til realitetsbehandling. Kommissionens danske formand, professor Carl Aage Nørgaard, har nylig i et foredrag omtalt nogle af disse

<sup>7</sup> Sverige fällt af Europadomstolen af *Opsahl* og *Fribergh* i Svensk Juristtidning 1983 s. 401. Se også Lagar, rättigheter och Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, red. *Jacob W. F. Sundberg*, 1985, speciellt *Gustaf Petréns* indlæg og den efterfølgende diskussion med deltagelse af bl.a. *P. Leuprecht*.

<sup>8</sup> Mänskliga rättigheter i Sverige af *Rolf H. Lindholm*, Svensk Juristtidning 1986 s. 12.

sager og desuden drøftet områder, hvor der i dansk retsanvendelse kan efter hans mening være særlig grund til at være opmærksom på konventionens bestemmelser. Foredraget er nu offentliggjort i Ugeskrift for Retsvæsen af den 21. februar dette år.

Det er Europarådets minsterkomité, der skal våge over fyldbyrdelse af domstolens afgørelser. Overfor komitéen erklærede Sverige, at de lovbestemmelser, der er relevante for udfaldet af McGoff sagen og den del af Sporrang og Lönnroth sagen, der drejer sig om ejendomsrettens beskyttelse, allerede var ændret eller ville blive ændret.<sup>9</sup> Det blev også sagt at idømte pengebeløb var betalt, og at et uddrag af dommen i McGoff sagen ved offentlig foranstaltning var publiceret. Hensigten var, ifølge den svenske regering »to enable the judiciary and the prosecutors to avoid creating situations which had been found to constitute a violation. . . » Hvad angår art. 6 og Sporrang og Lönnroth sagen var der fra svensk side kun denne bemærkning: »The Government of Sweden has also come to the conclusion that the judgement of 1982 has no other immediate consequences for the Swedish legislation.» Dette anså komitéen for tilfredsstillende. Der er dog komplikationer. Det er i svensk ret en fast forankret regel, at regeringsbeslutninger ikke kan prøves af en domstol. Ministerkomitéen slutbehandlede sagen skønt der ikke på rigsdagen er fremsat forslag til lovændringer vedrørende denne situation. Den svenske regering har haft bagtanker herved, og i fjor udgav justitsministeriet i Stockholm en betænkning der kaldes »Europarådskonventionen och rätten till domstolsprövning i Sverige«. Der anbefales visse lovændringer, der bl.a. skal muliggøre, at enkeltpersoner kan få visse regeringsbeslutninger prøvet af den øverste forvaltningsdomstol, regeringsrätten. Forslaget i betænkningen går ud på, at domstolskontrollen kun skal gælde retstridigheden, men ikke det skøn, som regeringen har udøvet. Dette er i mange lande en gammelkendt opdeling. Det siges i betænkningen at den kendes nu i Sverige i forbindelse med såkaldt »kommunalbesvær«. Opdelingen er dog forladt i visse lande, og den kan næppe siges at være anerkendt af Strasbourg-domstolen i forbindelse med den relevante artikkel, d.v.s. art. 6 i konventionen. Noget andet er, at denne konventionsbestemmelse kun gælder, hvis der foreligger en tvist og hvis denne tvist drejer sig om borgerlige rettigheder som det kaldes, civil rights på engelsk. I denne forbindelse kan dog nævnes en dom fra 26. juni 1986 i en hollandsk sag, den såkaldte van Marle sag. Her fandt domstolen i

---

<sup>9</sup> Collection of Resolutions adopted by the Committee of Ministers in Application of Articles 32 and 54 of the European Convention . . . First Supplement (1985).



Strasbourg, at art. 6 ikke gjaldt om krav, visse personer gjorde på at få ret til at bruge en vis titel indenfor revisorbranchen. De var gået op til en slags eksamen i forbindelse med en reorganisering af denne branche og to komitéer fandt dem ikke kompetente. Domstolen sagde: »An assessment of this kind, evaluating knowledge and experience for carrying on a profession under a particular title, is akin to a school or university examination and is so far removed from the exercise of the normal judicial function that the safeguards in Article 6 cannot be taken as covering resultant disagreements».<sup>9a</sup>

Som allerede nævnt behandles menneskerettighedskommissionens rapporter af Europarådets ministerkomité, hvis en sag ikke sendes til Strasbourg-domstolen enten af kommissionen eller den vedkommende stat. Komitéen har vedtaget resolutioner om 69 sager der efter disse regler er forelagt den. To af disse sager var nordiske. I den danske såkaldte Nielsen-sag fandt komitéen i 1961 i overensstemmelse med kommissionens rapport, at der ikke var brud på konventionen. I 1984 fulgte komitéen en enstemmig kommission i den svenske Bramlid og Malmström sag og fandt et brud på art. 6. Efter svensk ret havde klagerne i sin tid ikke mulighed til at få en tvist om værdien af visse aktier prøvet af en domstol som krævet i den nævnte artikkel. Den svenske regering fremlagde for ministerkomitéen oplysninger om lovændringer, der allerede var gennemført, på linie med de krav som kommissionen havde stillet.

Skønt udviklingen har taget sin tid, kan man nu konstatere, at den europæiske menneskerettighedskonvention fortolkes af dens kontrolorganer, kommissionen og domstolen i Strasbourg, uden større respekt for den forståelse, der var lagt til grund da den blev underskrevet i 1950. Det er flere gange blevet sagt af domstolen at konventionen er et levende instrument og man har kaldt dens fortolkning dynamisk. Det faktum at der findes kontrolorganer med uafhængige medlemmer har resulteret i, at der på et begrænset men vigtigt område findes domstolskontrol af deltagerstaternes lovgivning og administrative praksis. Det er også af betydning at denne kontrol udøves af inter-europæiske organer, hvori der sidder personer fra 21 stater i vest- og sydeuropa. Disse personer har kun i undtagelsestilfælde direkte kontakt med og kendskab til lovgivningen og retslivet i det land, hvorimod klagen er rettet, og dette styrker tendensen til en selvstændig fortolkning af konventionens bestemmelser. Deltagerstaterne har ved at ratificere konventionen garanteret enhver person under deres jurisdiktion de rettigheder og

<sup>9a</sup> Se Europakonventionens krav på domstolsprøvning av förvaltningsbeslut af *Erik Fribergh*, Svensk Juristtidning 1986 s. 325.

friheder, der angives i dens rettighedskatalog. Desuden har de forpligtet sig til at rette sig efter domstolens afgørelser i enhver sag, som de er parter i, og det samme gælder ministerkomitéens afgørelser i de sager, som forelægges den. Det er ikke helt klart hvad dette betyder. Det er dog klart at de fire nordiske stater, der er forpligtede efter Europakonventionen, ikke har påtaget sig at transformere dens tekst til interne love.<sup>10</sup> Nogle af de problemer som dommen i *Sporrong og Lönnroth* sagen rejser er derimod ret uklare. Dommene, der afsiges i Strasbourg, er kun anerkendelsesdomme. De annullerer hverken love eller administrative akter. De kan hverken bestemme at visse regler er gældende ret i et medlemsland eller pålægge vedkommende stat med formelt bindende virkning at ændre lovgivning eller administrationspraksis på en bestemt måde. Dette gælder både i vore lande og de lande, hvor konventionen har status som intern ret. Medlemsstaterne har dog påtaget sig den forpligtelse at rette sig efter dommene.

I *McGoff* sagen fremsatte klageren krav på betaling af omkostninger, men ikke anden erstatning. Derimod ønskede han at domstolen skulle pålægge (require) den svenske regering snart og effektivt at gøre foranstaltninger for at forebygge at lignende brud ville ske i fremtiden. Dertil bemærkede domstolen at i dens domme havde den overladt til vedkommende stat at vælge, på hvilken måde indenfor sit lovsystem den ville opfylde forpligtelserne efter konventionens art. 53.<sup>11</sup> Men forpligtelserne er der. Efter dommen i *Sporrong og Lönnroth* sagen var der forberedt lovændringer. Desuden var den erstatning, som var blevet idømt i Strasbourg, givetvis blevet betalt. Det bør også huskes, at de administrative akter, der direkte berørte klagerne, var blevet tilbagekaldt. Men hvad nu, hvis de ikke var blevet tilbagekaldt — og specielt: hvad med bruddet der bestod i, at klagerne ikke havde adgang til en domstol?<sup>12</sup> Det ses ikke hvorledes klagerne kunne have fået medhold hos en svensk domstol, hvis de efter Strasbourgdommen havde fremsat krav i deres land om, at vedkommende administrative akter skulle erklæres for ugyldige. De ville lige så lidt have haft ret til en sådan erklæring fra en administrativ myndighed. Men det ville være en mærkelig situation, hvis en stat kun skulle være forpligtet til at »rette sig efter» domstolens

<sup>10</sup> Strasbourgdomstolen i bl.a. *Swedish Engine Drivers' Union Case 1976* par. 50. Se også *En sag for Menneskerettighedsdomstolen* s. 133 f.

<sup>11</sup> Dommens par. 30 og 31.

<sup>12</sup> *Petrén* i *Lagar, rättigheter . . . nævnt overfor*. Se også: *Protection of Human Rights in Europe . . . Proceedings of the Fifth International Colloquy . . . red. I. Meier, Heidelberg 1982*, rapport af *G. Ress*. *Sixth International Colloquy . . . Seville 1985*, rapport af *J. Velu* (endnu kun stenciliseret som Europarådsdokument H/Coll (85)3).

afgørelse ved at betale den idømte erstatning og på en eller anden måde se til, at klageren som enkeltperson ikke længere var i den samme situation, hvorom klagen drejede sig. En kontrol, som den organerne i Strasbourg skal udøve, må betyde, at dommene medfører ændring for alle, der kommer i klagerens situation. Det er derfor vanskeligt at undgå den konklusion, at staterne ifølge konventionen skal ændre deres love eller deres administrationspraksis således, at de er i overensstemmelse med domstolens tolkning.

Det kan ikke nægtes, at dette kan betyde ganske gennemgribende ændringer således som tilfældet er i Sverige som resultat af Sporrøng og Lönnroth dommen, der angik magtfordelingen mellem domstole og administrative myndigheder. Det er også klart, at både regeringer og andre statsmyndigheder og desuden store samfundsgrupper kan stå over for afgørelser fra Strasbourg, de finder uheldige, hvis ikke direkte forkerte og uretfærdige, måske med ubehagelig stænk af fremmed retstænkning. Hertil kan kun bemærkes, at dette valgte man i sin tid som svar på alvorlige humane og retslige spørgsmål. Der findes den mulighed at opsig konventionen, eventuelt at ratificere igen med ny reservationer. Det er ikke en attraktive idé. Vi burde hellere følge med i udviklingen og træffe de foranstaltninger, der måske kræves for at blive på den rette side af skillelinien mellem respekt og ikke-respekt for de krav, som konventionen stiller. Om dette kan rapportøren kun sige i denne sammenhæng, at de fire nordiske stater, som allerede nævnt, står i en særstilling blandt de 21 medlemsstater, dog sammen med Storbritannien og 2 andre lande. Vi har ikke konventionen som intern lov. Det er dog blevet sagt, at den ville blive lagt til grund for domme i Norge,<sup>13</sup> noget det ikke er let at udtale sig om ud over at sige, at der synes ikke at være et eksempel på det endnu. Det ville være af stor betydning, hvis konventionens bestemmelser om de enkelte rettigheder og friheder blev transformeret til intern lov i Norden. Det ville lettere gøre den til en levende realitet for borgerne og også lette domstolernes arbejde, når de får forelagt sager på menneskerettighedsområdet. Det ville således, bedre end det nuværende system, sikre at konventionen respekteres.

### III. Den Europæiske Socialpagt

Ligesom menneskerettighedskonventionen er socialpagten en traktat udarbejdet inden for Europarådet. Den trådte i kraft i 1965 og er nu bin-

<sup>13</sup> Norsk rett og folkeretten s. 217 ff. og 225 f.

dende for de fire nordiske stater der er medlemmer af rådet. Det er kun 14 af rådets 21 medlemslande, der har ratificeret pagten. Den består af 5 kapitler. Den første indeholder en erklæring om deltagerstaternes mål på det sociale område. I 2. kapitel opregnes i 19 artikler med ialt 72 stykker de sociale rettigheder: retten til arbejde, til retfærdige arbejdsbetingelser, sikkerhed ved arbejde, rimelig løn, til at danne foreninger, til kollektive forhandlinger, til at strejke, til beskyttelse for børn og kvinder, til social sikkerhed o.s.v. I kapitel 3 opregnes staternes forpligtelser. Det siges at staterne betragter 1. kapitel som erklæring om mål de vil bestræbe sig på at opnå med alle passende midler. Dernæst siges, at staterne skal erklære, at de er forpligtet efter mindst 5 af 7 artikler i kapitel 2 og desuden af andre artikler efter eget valg dog således at de skal være mindst 10 og indeholde 45 stykker. Dette har resulteret i forskellige erklæringer om forpligtelser, og mit land har vistnok været særlig sparsom i denne henseende. I pagtens kapitel 4 findes bestemmelser om kontrolmekanismen. Her kommer man til de store vanskeligheder. I modsætning til hvad der gælder om menneskerettighedskonventionen, mener man, at det ikke er muligt at anerkende enkeltpersoners klageret efter socialpagten. Det vigtigste i kontrolsystemet skulle derfor efter pagtens bestemmelser være at deltagerstaterne med 2 års mellemrum indsender rapporter der granskes af en ekspertkomité. Dens 7 medlemmer vælges af ministerkomitéen efter forslag fra regeringerne, men skal dog arbejde selvstændigt og ikke være underkastet komitéens eller regeringernes beslutninger. Rapporterne med ekspertkomitéens kommentarer oversendes både til et embedsmandsudvalg der repræsenterer ministerkomitéen og til Europarådets parlamentariske forsamling. Herefter forelægges rapporterne med de tre organers kommentarer for ministerkomitéen, der kan sende anbefalinger til medlemslandene hvis det vedtages af 2/3 af de 14 medlemmer der har ret til at deltage i behandlingen af disse sager. Der er visse andre regler, som skal styrke systemet. Således skal rapporter sendes til fagorganisationer og arbejdsgiverforeninger, noget der ikke har vist sig effektivt, og en repræsentant fra ILO skal indbydes til ekspertudvalgets møder, noget der vistnok har været af betydning. Det har vist sig at dette system ikke fungerer helt tilfredsstillende, specielt fordi embedsmandskomitéen som oftest neddæmper den kritik, som fremsættes af ekspertudvalget og sikkert også, fordi det ikke er lykkedes at vække den nødvendige interesse hos de grupper i de vedkommende lande der helst skulle være inddraget i arbejdet. Det er langt fra, at socialpagten er så vel kendt som menneskerettighedskonventionen, og det ser ud til at der i disse år er en vis uklarhed om hvad der vil ske. Efter de lidt over 25 år der er gået siden pagten blev udarbejdet,

er nogle af dens materielle bestemmelser uden større værdi mere, og kontrolsystemet må på en eller anden måde forbedres.

De 4 nordiske lande, der har ratificeret pagten, har efter dens bestemmelser indsendt rapporter hvert andet år, og der er i årenes løb fremkommet adskillige kritiske kommentarer under granskningen i Strasbourg. Danmark, Norge og Sverige har ændret deres sømandslove efter at ekspertudvalget havde fremsat kritik af at de love der blevet vedtaget kort efter 1950 ikke var i overensstemmelse med socialpagten. Det er sket i flere tilfælde, at lovbestemmelser som er blevet kritiseret, er ændret, skønt det ikke altid er helt klart, hvilken rolle kommentarer fra Strasbourg har spillet i denne henseende.

Skønt det således er muligt at påpege visse eksempler på, at socialpagten har haft betydning for retsudviklingen i Norden, kan det ikke siges, at den er stor. Det er ikke sandsynligt, at der vil fremkomme vigtige initiativer på dette område fra Strasbourg i den nærmeste fremtid. Det ville kræve en interesse hos medlemsstaterne, som ikke synes at være til stede i øjeblikket og kan næppe ventes i den nuværende økonomiske situation i Europa. Vi taler her om et område, hvor grænsen mellem menneskerettigheder og politiske målsætninger er uklar, og hvor de juridiske traditioner og arbejdsmetoder, der har vundet indpas ved gennemførelsen af menneskerettighedskonventionen, ikke gør sig stærkt gældende. En mulig udvikling er, at socialpagten kommer til at blive et instrument for dem der prøver at værne den eksisterende sociale beskyttelse i en tid med økonomiske vanskeligheder og politisk vilje til at skære ned på dette område. Men det er dog i vore lande næppe en forudsebar udvikling.

#### **IV. De to FN konventioner**

Tilkomsten af alle de konventioner der drøftes i denne rapport skyldes idéer og erklæringer der blev fremsat ved stiftelsen af de Forenede nationer. Som allerede nævnt var det først efter mere end 20 års arbejde, at de to FN konventioner blev vedtaget, og derefter gik 10 år, indtil de trådte i kraft. Det betyder ikke, at der inden for FN manglede aktiv debat på dette område. Tværtimod. Der var drøftelser i det uendelige og der var og er blevet vedtaget mange resolutioner om menneskerettigheder under varierende titler. De to konventioner af 1966 kan dog betragtes som hoveddokumenterne sammen med erklæringen fra 1948. De er ratificerede af Danmark, Finland, Island, Norge og Sverige. Forskellige reservationer blev samtidig

gjort. Alle vore lande har også givet erklæringer efter art. 41 i konventionen om borgerlige og politiske rettigheder vedrørende staters klageret til menneskerettighedskomiteén, noget der i modsætning til Europakonventionen ikke følger umiddelbart af en ratifikation. Desuden har alle de 5 lande ratificeret den valgfrie protokol om enkeltpersoners klageret, der kun gælder for klager vedrørende den samme konvention.

I hovedtræk ligner de materielle bestemmelser i FN konventionerne dem som findes i de europæiske. De førstnævnte har dog eksempler på bestemmelser, der ikke har sidestykke i de sidstnævnte. For at nævne ét eksempel: I art. 25 i FN konventionen om borgerlige og politiske rettigheder siges bl.a., at alle uden urimelige begrænsninger skal have ret til og mulighed for at »have adgang til offentlig tjeneste i sit land på grundlag af almindelig ligestilling«. Om dette findes der ingen bestemmelse i den europæiske menneskerettighedskonvention. Sidste år fandt Strasbourghøjesteret derfor, at der ikke fra Vest-Tysklands side forelå noget brud på konventionen i to sager, kaldt *Glasienn* og *Kosiek* sagerne, hvor to lærere var blevet frataget deres stillinger på grund af tyske lovregler om tjenestemænd, der ikke accepterer principperne for det frie demokratiske statssystem.

Det er først og fremmest gennemførelsesbestemmelserne, der er forskellige. Europakonventionens bestemmelser om individuel klageret kræver dog specielle erklæringer fra medlemslandene. Der foreligger nu ialt 18 sådanne erklæringer idet kun Cypern, Malta og Tyrkiet står udenfor systemet. Den valgfrie protokol til FN konventionen om borgerlige og politiske rettigheder er ratificeret af 34 stater ud af de 84,<sup>14</sup> der har accepteret selve konventionen. Der findes ikke i FN systemet noget organ, der svarer til Strasbourghøjesteret. Heller ikke FN komitéen kan helt sammenlignes med kommissionen i Strasbourg.<sup>15</sup> Før det første er der forskel, hvad angår sagsbehandlingen. Komitéen bygger kun på skriftligt materiale, men i Strasbourg har man mundtlig sagsbehandling, hvor det skønnes ønskeligt. Der stemmes det også om rapporterne, men i Genf og New York, hvor FN komitéen holder sine møder, arbejder man sig frem til enighed. Rapporten formuleres meget kort af komitéen, men som oftest kommer der ganske lange rapporter fra kommissionen. I disse rapporter redegøres der både for sagens fakta, de juridiske problemer og kommissionens syn på, om der foreligger

<sup>14</sup> Statistikken om FN konventionen er hentet fra *Alfred de Zayas* og *Jakob Th. Möller*: *Optional Protocol Cases concerning the Nordic States before the United Nations Human Rights Committee*, *Nordisk Tidsskrift for International Ret* 1986 s. 384.

<sup>15</sup> Ni års sameksistens mellom Europa — og FN — systemene af *Torkel Opsahl* i *Mennesker og rettigheter* 1986, 2. hæfte s. 47.

brud eller ikke. Ingen af disse to nævn træffer bindende afgørelser. I FN systemet er der ikke sådanne afgørelser, i Europasystemet overlades de til domstolen eller, hvis en sag ikke henvises til den efter at der foreligger en rapport, til ministerkomitéen. Det bør dog understreges, at inden for Europa-systemet er der ikke udviklet noget system med rapporter fra regeringerne om situationen i de forskellige medlemslande hvad menneskerettighederne angår. Derimod er der et sådant system inden for FN. Rapporterne drøftes af komitéen, og repræsentanter for vedkommende regeringer svarer på spørgsmål. Herved kan man få en bred oversigt over forholdene i landet, noget Europasystemet ikke sørger for.

Ved begyndelsen af dette år havde FN komitéen siden 1977, da den begyndte sit arbejde, registreret 211 »kommunikationer» som klagerne kaldes. Af disse var 72 blevet færdigbehandlet med en endelig konklusion om sagens realiteter. Dette hedder i protokollens sprog som allerede nævnt, at komitéen underretter om sine synspunkter. I 106 sager forelå der konklusion uden en sådan realitetsbehandling. Af de registrerede sager gjaldt 27 de nordiske lande (Danmark 7, Finland 8, Island 1, Norge 6 og Sverige 5). Fire af disse 27 sager havde givet anledning til underretning om komitéens synspunkter, tre vedrørende Finland og én Sverige. I intet tilfælde fandt komitéen konventionsbrud.

Det blev tidligere fremhævet, at Europakonventionen ifølge sin indledning var blevet til, fordi medlemslandene er »besjælede af samme ånd» og har fælles kulturarv. Hvis man tør sige, at FN's medlemslande er besjælede af samme ånd, skulle det betyde, at de har fremsat en fælles erklæring om menneskerettighederne og vedtaget konventionerne fra 1966 på FN's generalforsamling. At de har fælles arv på samme måde som landene i Vest- og Sydeuropa kan man derimod næppe påstå. Således er meningene om værdien af menneskerettighederne vidt forskellige, og det samme gælder, hvorledes de skal realiseres. Dette betyder ikke, at de to FN konventioner er uden værdi for os i Norden, men det betyder derimod, at for nordiske deltagere i arbejdet indenfor FN virker det undertiden lidt tungt og frustrerende. Sikkert er det i andre tilfælde givende, og fra andre kulturområder i verden bliver vi uden tvivl påmindet om, at vi ikke kan være altfor sikre på, at vi har fundet bedre løsninger end andre på dette område.

De to FN konventioner har ligesom den Europæiske socialpagt sikkert stor værdi som forbillede og inspirationskilde. De nye svenske bestemmelser i Regeringsformen om menneskerettigheder er således udformet under hensyntagen til disse konventioner og også den europæiske konvention. De folkeretlige forpligtelser, staterne har underkastet sig ved at ratificere de tre

pagter, er af gammelkendt art. Gennemførelsesbestemmelserne består i et rapportsystem og for visse stater, deriblandt vore, har FN konventionen om borgerlige og politiske rettigheder et valgfrit system med komitébehandling, der afsluttes med tilkendegivelse af synspunkter.

Hovedinteressen synes derfor at koncentrere sig om den europæiske menneskerettighedskonvention, og nu i de sidste år hvad det betyder for et af de fire nordiske medlemsstater, at der ved dom i Strasbourg statueres et konventionsbrud.

## Literatur

Der findes rigelig litteratur om menneskerettighederne og om de 4 konventioner der omtales i rapporten. I Norden er publikationsvirksomheden stigende.

På det 28. nordiske juristmøde i 1978 drøftedes emnet: Menneskerettighederne idag — internationale forpligtelser og nasjonal gennemføring. Referent var professor *Torkel Opsahl*.

Af nylige nordiske bøger og andre skrifter nævnes:

*John Bernhard* og *Tyge Lehmann*: Den europæiske menneskerettighedskonvention, København 1985.

*Niels Eilshou Holm*: En sag for menneskerettighedsdomstolen, København 1980.

*Laurids Mikaelson* og *Connie Pedersen*, red. *Carl Aage Nørgård*: Menneskerettighederne — Et internationalt problem, 1979.

*Laurids Mikaelson*: European Protection of Human Rights. — The Practice and Procedure of the European Commission . . . , Alphen aan den Rijn 1980.

*Frede Castberg*, udg. af *Torkel Opsahl* og *Thomas Ouchterlony*: The European Convention on Human Rights, Leyden 1974. Tidligere norsk udgave 1971.

*Hans Danelius*: Mänskliga rättigheter, 3. udg. Stockholm 1984.

*Erik Fribergh*: Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter, Lund 1985.

*Klaus Törnudd*: Finland and the International Norms of Human Rights, Dordrecht 1986.

Mennesker og rettigheter, et tidsskrift som i 1987 udkommer med sin 5. årgang, udgives i Oslo. Fra menneskerettighedsinstitutionerne i Oslo, Åbo og Lund udsendes skrifter og Institutet för offentlig och internationell rätt i Stockholm har også udgivet skrifter på dette område.

Af den meget omfattende litteratur på verdenssprogene nævnes kun:

*J. E. S. Fawcett*: The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford 1969.

*F. G. Jacobs*: The European Convention on Human Rights, Oxford 1975.

Digest of Strasbourg Case-Law relating to the European Convention on Human Rights 1—6, Köln 1984—5.

*Frowein/Peukert*: Europäische Menschenrechtskonvention, Kehl 1985.

*Miehler/Petzold*: European Convention on Human Rights 1—2, Köln 1982.

*Vincent Berger*: Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Paris 1984.

*Louis Henkin* red.: The International Bill of Rights, New York 1981.



*B. G. Ramcharan* red.: *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration, The Hague 1979.*

*Paul Sieghart*: *The International Law of Human Rights, Oxford 1983.*

FN og Europarådet udgiver mange slags skrifter om deres virksomhed på dette område. *Yearbook of the European Convention on Human Rights* udgives af Martinus Nijhoff, Dordrecht, og *Publications of the European Court of Human Rights* af Carl Heymanns Verlag, Köln. Et udvalg af kommissionens afgørelser udgives af Europarådet i en stenciliseret serie der nu kaldes *Decisions and Reports* (37 bind fra 1975). N. P. Engel Verlag i Kehl udgiver *Europäische Grundrechte Zeitschrift* og *Human Rights Law Journal*. I 1985 udgav Nijhoff i samarbejde med Europarådet *The Bibliography of the European Convention on Human Rights*.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Lars Heuman

Domstols prövning av skiljedom

## Innehåll

1. Inledning .....	267
2. Möjligheter att undvika felbedömningar under skiljeförfarandet	270
3. Möjligheter att efter skiljeförfarandet korrigera felbedömningar	275
4. Allmänna synpunkter rörande ogiltighets- och klandergrunder	277
4.1. Felaktig rättstillämpning .....	286
4.2. Felaktig bevisvärdering och ofullständig eller vilseledande bevisning .....	287
4.3. Formella fel .....	289
Diskussionsfrågor .....	292

# Domstols prövning av skiljedom

Av professor LARS HEUMAN, Sverige

## 1. Inledning

Då avtalsparter överenskommer om att tvister skall avgöras av skiljemän och inte av domstol gör de ofta detta i syfte att framtida tvister skall lösas snabbt och slutligt utan publicitet på ett smidigt sätt av sådana juridiskt eller tekniskt kunniga personer som parterna hyser särskilt förtroende för. Skiljeförfarandet, som utgör en form av privat rättskipning, torde utgöra ett i de flesta rättssystemen godtagat undantag från det statliga rättskipningsmonopolet. De nationella skiljemannalagarna innehåller regler som innebär att de statliga myndigheterna medverkar vid verkställighet av skiljedomar. Vidare föreskrivs i allmänhet i lagarna att de allmänna domstolarna kan fatta beslut som syftar till att skiljeförfarandet skall genomföras effektivt, då olika hinder möter under förfarandets gång, t.ex. då part ej utser skiljeman eller utsedd skiljeman söker obstruera förfarandet.

Det är ett *allmänt rättsstatligt intresse* att vissa grundläggande rätts-säkerhetskrav upprätthålles under skiljeförfarandet,<sup>1</sup> bl.a. därför att förfarandet sanktioneras av statsmakten. Även den *tappande parten* i en enskild tvist kan ställa krav på att få en skiljedom hävd då skiljenämnden begått allvarliga misstag.<sup>2</sup> Om inte skiljedomar kunde undanröjas i sådana fall skulle kanske *avtalsparter i allmänhet, t.ex. på handelsrättens område* undvika att inta skiljeklausuler i olika avtal och detta trots skiljeförfarandets många obestridliga fördelar. Det anförda talar för att skiljemännens handläggning av tvister och deras avgöranden bör kunna underkastas domstolskontroll.

Mot den anförda uppfattningen kan föras fram en annan kanske mera modern grundsyn som bygger på att det saknas anledning att införa ett system för domstolskontroll vad avser förmögenhetsrättsliga tvister, eftersom avtalsfrihet råder och uppkomna tvister kan lösas genom förlikning på sätt parterna finner lämpligt. I vart fall bör från denna utgångspunkt

---

<sup>1</sup> Lindboe, Privat rettergang, Voldgiftsprosessen, s. 129, NJA II 1929 s. 129 och SOU 1972:22 s. 50.

<sup>2</sup> Lindboe, a a s. 127 f.

klandergrunderna begränsas starkt.<sup>3</sup> Emellertid skulle skiljeförfarandet kunna komma i vanrykte om handläggningsmisstag blev vanliga samtidigt som skiljedomarna inte kunde angripas av sådana skäl. Enligt min mening kan man inte acceptera att skiljeförfarandets bristande konkurrensduglighet i förhållande till domstolsförfarandet leder till att den privata tvistelösningsformen kommer att överges.<sup>4</sup> Det hävdas visserligen ibland att staten har ett intresse av att det skapas ett effektivt och attraktivt domstolsförfarande för de stora handelsrättsliga tvisterna, bl.a. för att prejudikatsbyggningsformen skall förbättras på det förmögenhetsrättsliga området.<sup>5</sup> Emellertid skulle knappast det ansträngda domstolsväsendet, som drabbats hårt av olika besparingsbelsut, kunna bära en sådan betydande utökning av arbetsbördan som skulle följa av att ett antal mycket komplicerade tvister kom att överföras till domstolarna. Om en sådan utveckling ägde rum skulle kanske statsmakterna till slut resa krav på att näringslivet måste bidra till kostnaderna för rättskipningen,<sup>6</sup> detta med motiveringen att statliga utgifter för rättskipningen bör anses utgöra en del av normala rörelsekostnader som inte skall kunna övervältras på skattebetalarna. Det anförda visar att staten har ett intresse av en fungerande skiljedomsrättskipning och att viss domstolskontroll därför bör förekomma. Detsamma kan sägas gälla näringslivet i stort, bl.a. därför att en god skiljedomsrättskipning är att föredra framför ett offentligt och betydligt mer kostnadskrävande domstolsförfarande.

Ytterligare en utvecklingstendens kan åberopas till stöd för krav på domstolskontroll. Under de senaste decennierna har *avtalsfriheten begränsats* på olika sätt. Som exempel kan nämnas att *myndighetstillstånd* ofta krävs för försäljning av viss typ av egendom eller för uppförande av en anläggning. Lagstiftning om tillståndsgivning är föranledd av det allmännas och medborgarnas krav på skydd mot åtgärder som äventyrar ekonomi, säkerhet och hälsa. Tillståndslagstiftningen medför en begränsning i avtalsfriheten. Detta kan i sin tur medföra att tvister som berör frågor om avtais ogiltighet inte kan avgöras av skiljemän (arbitrability). I den mån skiljeförfarande över huvud taget inte kan förekomma finns det inte anledning att uppställa allmänna krav på långtgående domstolskontroll vad avser materiella och formella felbedömningar. Det är kanske tillräckligt att skiljedomarna kan förklaras ogiltiga eller att verkställighet vägras på grund av att skiljeavtal

<sup>3</sup> Jfr Wetter, *Journal of International Arbitration* 1985 Nr 2 s. 27.

<sup>4</sup> Jfr Wetter, *Journal of International Arbitration* 1985 Nr 2 s. 33 f.

<sup>5</sup> SOU 1972:22 s. 56 ff och SOU 1986:1 s. 126 ff.

<sup>6</sup> SOU 1986:1 s. 142.

inte kan slutas om sådan tvistefråga. Emellertid finns det en tendens inom den internationella skiljemannarätten att i görligaste mån tillåta skiljedomsprövning i kommersiella tvister. Som exempel kan nämnas att skiljemän ansetts behöriga avgöra antitrustfrågor.<sup>7</sup> Det kan då krävas att skiljemännen noga beaktar ordre public-frågor och att efterföljande domstolskontroll skall kunna förekomma. Skiljedomsprövning kan också godtas med motivering att nämnden eller domstol endast medger prövning, men inte uppställer garantier för att skiljedomen sedermera skall kunna verkställas eller erkännas.<sup>8</sup> Det är dock knappast lämpligt att skjuta frågan om arbitrability på framtiden på detta sätt och låta parterna slutföra ett kostnadskrävande skiljedomsförfarande när skiljemännen är medvetna om risken för att domen kan undanröjas.

Vad beträffar just frågan om avtals ogiltighet på grund av bristande tillstånd är det möjligt att skiljemän anses kunna avgöra sådana frågor med motiveringen att domen inte är bindande mot det allmänna. I särskilt offentlighetsligt förfarande kan det allmänna tillvarata sina intressen och t.ex. vägra att meddela lagfart i överensstämmelse med en skiljedom i en fastighetstvist på samma sätt som en skattedomstol kan vägra att lägga en skiljedom till grund för bedömningen av en civilrättslig fråga av prejudiciell betydelse i skattemålet. Om man anser att en skiljenämnd äger rätt att villkora en skiljedom vad avser en fråga som ej omfattas av skiljeavtalet<sup>9</sup> är det kanske också möjligt att en skiljenämnd kan meddela ett domslut som villkoras av att myndighets tillstånd kan utverkas.<sup>10</sup> Även om statens intressen kan bevakas i separata förfaranden ter det sig rimligt att skiljeförfarandet skall vara underkastat domstolskontroll genom regler om rätt för part att föra klandertalan.

*De olika fördelar som är förknippade med skiljeförfarandet skulle gå förlorade om man införde långtgående befogenheter för part att klandra skiljedomar och att fördröja ett slutligt avgörande av tvisten genom att överklaga klanderområdet till högsta instans. Vidsträckta möjligheter att få skiljedomar upphäva medför att skiljenämnder inte kan avgöra tvister slutligt. Ett offentligt klanderförfarande kan medföra skadlig publicitet. Vidare kan domstolsprövningen innebära ett underkännande av de smidiga handlägg-*

<sup>7</sup> Se t.ex. Jarvin, *Journal of International Arbitration* 1985 Nr 3 s. 69 ff.

<sup>8</sup> McClendon & Goodman, *International Commercial Arbitration in New York*, s. 148 not 106.

<sup>9</sup> NJA 1973 s. 480 och 1982 s. 738.

<sup>10</sup> Rt 1961 s. 469 och 1983 s. 461. Jfr även Rt 1981 s. 908.

ningsformer och den rättskipningsmetodik som parterna eftersträvat med att välja vissa särskilt kunniga personer som skiljemän.

Det anförda talar för att klanderomöjligheterna bör begränsas. Det är svårt att ange hur man skall avväga de olika argumenten som talar för och emot parts rätt att få skiljedomar undanröjda. Utvecklingen på den internationella skiljedomsrättens område går i riktning mot en begränsning av ogiltighets- och klandergrunderna. Man understryker ofta vikten av att skiljedomen skall vara ett slutligt avgörande och att denna målsättning överensstämmer med parternas gemensamma vilja.<sup>11</sup> Häremot kan dock invändas att båda parterna knappast kan ha avsett att en skiljedom skall utgöra ett slutligt avgörande om domen grundas på allvarliga felbedömningar.

Ett slags allmänt *risktänkande* kan på det handelsrättsliga området ha bidragit till att man strävar efter att en skiljedom skall innebära ett slutligt avgörande. Om ett bolag ingår ett stort antal kontrakt måste företagsledningen räkna med att en mängd olika problem kan leda till förluster, t.ex. på grund av kostnadsfördyringar, felaktiga kalkyler, tekniska problem och kontraktsbrott. Det är viktigt att *transaktions- och administrationskostnaderna hålls nere* så mycket som möjligt i alla avseenden inklusive tvistelösningen. Om ett bolag dras in i flera tvister kan bolaget ibland göra ekonomiska vinster, ibland ekonomiska förluster som en följd av att en »oriktig skiljedom» inte kan upphävas därför att klandergrunderna begränsats starkt. På lång sikt är det en fördel om kostnader för klanderprocesser kan undvikas samtidigt som tvisterna kan avgöras snabbare.<sup>12</sup> De vinster vissa bolag kan göra kommer delvis andra kontraktsparter till del genom den lägre prissättning som följer av lägre administrationskostnader. De anförda argumenten kan inte åberopas till stöd för en begränsning av klandergrunderna, när en part endast en gång blir indragen i en stor skiljetvist, vars utgång kan vara av avgörande ekonomisk betydelse för parten. Det finns då skäl att ställa högre krav på rättssäkerhet.

## 2. Möjligheter att undvika felbedömningar under skiljeförfarandet

I görligaste mån bör man söka tillse att handläggningsfel inte begås under

<sup>11</sup> Schmitthoff, Finality of arbitral awards and judicial Review, Contemporary problems in International Arbitration, s. 237 och Craig, Park and Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, V § 32.08.

<sup>12</sup> Jfr Samuel, Journal of International Arbitration 1985 Nr 4 s. 75.

skiljeförfarandet och att domslutet inte grundas på oriktig rättstillämpning. Felen bör därför om möjligt rättas till under skiljeförfarandet. Det är ofta betydligt mera kostnadskrävande att korrigera misstag genom att allmän domstol upphäver en skiljedom efter det en långdragen skiljetvist avgjorts. Lagstiftaren, skiljemännen och parterna bör rimligtvis bära ett visst ansvar för att olika felbedömningar om möjligt undviks på ett tidigt stadium, så att framtida långdragna klanderprocesser kan förhindras.

Genom lagstiftning kan man ge part eller skiljenämnd möjlighet att få en svarbedömd handlägningsfråga avgjord rättskraftigt under skiljeförfarandet så att möjligheterna till klandertalan avskärs. Emellertid finns det anledning att begränsa parts lagliga rätt att få till stånd en domstolsprövning vad avser sådana processuella och materiella problem som kan uppkomma under förfarandets gång. Part bör *inte ha möjlighet att förhala förfarandet genom att kräva domstolsprövning* av olika frågor.<sup>13</sup> Även om skiljenämnden ägde rätt att fortsätta handläggningen och avstå från att vilandeförklara tvisten, skulle en part kunna åsamka sin motpart stora kostnader och betydande olägenheter om han kunde föra talan vid domstol rörande ett stort antal särskilda frågor t.ex. om skyldighet för nämnden att uppta viss bevisning.<sup>14</sup> Risken för att en part söker obstruera förfarandet genom obefogade krav på domstolsprövning av olika förfarandefrågor medför att skiljeförfarandet i regel måste kunna drivas vidare och att man får inskränka sig till att låta missnöjd part klandra skiljedomen i efterhand, t.ex. på grund av att viss bevisning avvisats.<sup>15</sup> En annan sak är att en viss fråga skulle kunna hänskjutas till domstols bedömning om båda parter samtyckte därtill. Som exempel kan nämnas det i Sverige framförda förslaget om att HD efter meddelad prejudikatdispens skulle kunna rättskraftigt pröva principiellt viktiga materiella och processuella frågor med skiljenämndens och parternas samtycke.<sup>16</sup>

Det kan vara svårt att avgöra om parts yrkande om domstolsprövning är ogrundat och framställt i syfte att förhala och sabotera skiljeförfarandet. Det är fullt möjligt att partens krav på domstolsprövning är välgrundat och att *det kan ligga i båda parternas och skiljenämndens intresse att få en viss fråga rättskraftigt avgjord*, så att man kan utesluta möjligheterna för part

<sup>13</sup> Se beträffande det engelska systemet med case stated procedure från tiden före det 1979 års lag trädde i kraft, Samuel, *Journal of International Arbitration* 1985 nr 4 s. 54 ff.

<sup>14</sup> Jfr Budin, *Revue d'Arbitrage* 1977 s. 107.

<sup>15</sup> Jfr NJA 1963A 23.

<sup>16</sup> SOU 1986:1 s. 126 ff.



att i efterhand föra klandertalan framgångsrikt. Lagstiftaren ställs härvid inför problemet om endast vissa viktigare typer av frågor skall kunna bli föremål för domstolsprövning under skiljeförfarandets gång och om sådan talan endast skall få föras om samtycke därtill lämnas av domstol<sup>17</sup> eller av skiljenämnden t.ex. till bevisupptagning vid domstol.<sup>18</sup>

Innan man beslutar sig för att i lag införa möjligheter att få viss fråga prövad av domstol bör man klargöra om ett rättskraftigt domstolsbeslut verkligen kan beta parterna klander- och skiljemöjligheterna. Ger man part möjlighet att få en jävsfråga prövad under förfarandets gång måste man likväl räkna med att en skiljedom blir klandrad under återopande av jäv om part först efter det domen meddelats fick kännedom om den jävsgrundande omständigheten. Detta gäller även om domstol skulle ha fastslagit att annan känd påstådd jävsgrund inte utgjorde hinder för en skiljeman att medverka vid tvistens prövning. Det anförda visar att man alltid måste räkna med möjligheten att part sedan skiljedomen meddelats kan föra klandertalan, därför att han först då fått kännedom om att klandergrundande misstag begåtts.<sup>19</sup> Man kan därför inte alltid utesluta parts rätt till klandertalan avseende vissa handläggningsfrågor och föreskriva att dessa enbart skall kunna prövas av domstol under förfarandets gång.

*Skiljemännen bär ansvar för att de handlägger och avgör tvister på sådant sätt att skiljedomen inte kan angripas med ogiltighets- och klandertalan. Klandergrunderna måste därför vara så utformade att skiljemännen lätt kan avgöra vilka krav som ställs på dem utöver vad som följer av de explicit utformade förfarandeföreskrifterna i skiljemannalagen. Klanderreglerna måste vara så utformade att man kan avgöra på vad sätt de uttryckliga förfarandereglererna kompletteras av klanderreglerna. Har dessa vagt innehåll och kan deras närmare innebörd först fastställas genom praxis kan det vara svårt för skiljemännen att veta om principerna om partsautonomi och om skiljemännens frihet att avgöra förfarandefrågor inskränks genom mer eller mindre svårtolkade domstolsprejudikat. Svårigheterna för skiljemännen kan bli än större om det ter sig oklart om visst förfarande kan innebära sådant fel att domen kan upphävas. Som exempel kan nämnas den osäkerhet som skapats genom uttalande av HD i Sverige att det är en öppen fråga om underlåten processledning kan utgöra grund för klander.<sup>20</sup> Oklarheten förstärks*

<sup>17</sup> Jfr RB 49:3.

<sup>18</sup> Jfr SML 15 § 2 st.

<sup>19</sup> Jfr tvml 471 §.

<sup>20</sup> NJA 1973 s. 289.

av att HD i ett tidigare avgörande synes ha menat att klanderbart fel begåtts genom att skiljenämnden underlät att tillse att part noga angav vilka motfordringar som åberopades till stöd för ett *allmänt hållet yrkande om kvittning*. Underlåtenheten att bereda motparten tillfälle att yttra sig över ett vederbörligen preciserat yrkande ansågs innebära att han ej »beretts erforderlig tillgång att utföra sin talan» på sätt som föreskrivs i SML 14 §.<sup>21</sup> Kanske föreligger processledningsskyldighet med avseende på oklara yrkanden, men ej vad avser vissa oklarheter i utredningen. Frågan om möjligheten att klandra skiljedomar på grund av bristande processledning i skilda avseenden kan i andra länder vara lika oklar om vägledande prejudikat saknas.

Risken för att en skiljedom skall kunna upphävas kan leda till att många skiljemän ser sig tvingade att bedriva viss processledning och detta även i fall då de förstår att parterna önskar att skiljenämnden skall förhålla sig passiv och strikt neutral. Osäkerhetstillstånd bör i görligaste mån undanröjas genom lagstiftning, eftersom det inte är säkert att prejudikat kan drivas fram i viktiga frågor.

Skiljemännen bör söka *undvika sådana handläggningsformer som medför risk för att skiljedomen kan upphävas*. Om en part söker förhålla sig förhållandevis eller utför sin talan på ett oklart sätt och ändrar sin talan vid upprepade tillfällen finns särskilda risker för att skiljenämnden skall begå olika misstag. Som exempel kan nämnas beslut varigenom part betas rätten att utföra sin talan eller ett alltför vagt bestämt uppdrag som medför risker för kompetensöverskridanden.<sup>22</sup>

Ibland kan kostnads- och effektivitetsskäl tala för att skiljemännen väljer ett förfarande som kan medföra risk för klandertalan. De bör då försöka utverka *parternas godkännande* härtill. Part kan i allmänhet på förhand avstå från att göra gällande en känd konkret klandergrund då den däremot svarande abstrakta klandergrunden är uppställd av hänsyn till part och ej ur allmän synpunkt. I många lagar föreskrivs att part förlorar rätten att göra gällande klandergrund redan om han utfört talan i tvisten utan att göra invändning om att ett formellt fel begåtts. Skiljemännen behöver då inte utverka parternas uttryckliga godkännande.

Enligt svensk rätt gäller att en skiljedom är ogiltig om giltigt skiljeavtal inte förelegat. Rätten att föra ogiltighetstalan går inte förlorad endast för

<sup>21</sup> NJA 1965 s. 280.

<sup>22</sup> Thieffry, Journal of International Arbitration 1985 Nr 3 s. 42.

att part underlåter att göra invändning om att giltigt skiljeavtal föreligger.<sup>23</sup> Kritik kan riktas mot denna reglering.<sup>24</sup> Emellertid kan skiljemännen medverka till att parterna betas möjligheter till att få skiljedomen ogiltigförklarad. Sedan parternas yrkanden och grunder slutligen protokollerats av skiljemännen efter företagna ändringar, kan nämnden kräva att parterna godtar att tvisten prövas såsom parterna själva beskrivit den enligt recit som tillställts dem. Godtar parterna detta får det anses att *parterna inför skiljemännen slutit skiljeavtal om att tvistefrågorna får prövas*. Skiljedomen kan då inte upphävas på grund av att giltigt skiljeavtal inte föreligger. Vidare betas parterna möjligheten att få domen helt eller delvis upphävd på grund av att skiljemännen överskridit sitt uppdrag, t.ex. då det ursprungliga skiljeavtalet endast delvis täckt de tvistefrågor som skiljenämnd ägt pröva enligt parternas godkännande. Detta har betydelse för fall då en part på förhand inte kunnat förutse att skiljemännen skulle kunna överskrida uppdraget såsom det var begränsat enligt det ursprungliga skiljeavtalet. Det kan tänkas att en parts sätt att utföra talan inte kan innebära godkännande av en utvidgning av uppdraget. För att utesluta alla möjligheter till klandertalan kan det därför vara värdefullt att parterna inför slutförhandlingen uppmanas att godta uppdragets omfattning.

Det är viktigt att skiljemännen söker handlägga tvisten så att inte endast ena parten ges möjlighet att klandra skiljedomen, d.v.s. att han kan klandra domen om han förlorar målet samtidigt som motparten saknar denna möjlighet om parten vinner tvisten. En part bör inte kunna förskaffa sig förmånen av en sådan *spekulationsmöjlighet*. Om en part framställer en jävsinvändning mot den av motparten utsedde skiljemannen sedan avsevärda kostnader nedlagts på tvisten kan kanske parten föredra att utse ny skiljeman inför risken att domen kommer att klandras. Skiljemännen bör härvid inte påverka parten att hålla fast vid sitt val av skiljeman, och härigenom bidra till att motparten får spekulationsrätt. Kan jävsfrågan avgöras rättskraftigt under skiljeförfarandets gång av ett skiljedomsinstitut eller av domstol enligt lag kan det vara lämpligt att denna prövningsrätt utnyttjas i syfte att förhindra spekulationsmöjlighet för motparten.

En *part bör också bära visst ansvar* för att klanderbara fel inte begås. Enligt svensk rätt kan en skiljedom klandras på grund av att »det utan par-

<sup>23</sup> Jfr Heuman, Advokatsamfundets skiljedomsprövning av arvodestvister mellan advokat och klient, s. 47 beträffande frågan om nytt skiljeavtal kan anses ha ingåtts genom partshandlingar som typiskt sett tar sikte på denna fråga och ej olika förfarandeproblem.

<sup>24</sup> Bolding, Skiljedom, s. 187 och Lindboe, s. 131.

tens förvällande begåtts annat fel.» Man kan tänka sig att en *part förorsakat ett handläggningsfel* och att han omgående påtalat det under förfarandets gång. Part skulle härvid likväl förlora rätten att få domen upphävd, då han bär skulden till misstaget. Som exempel kan nämnas fall då tvisten avgjorts sedan part uteblivit från förhandling, men han haft möjlighet att anmäla laga förfall. Domen kan ej hävas med motivering att part ej fått utföra sin talan, eftersom han anses ha vållat felet genom att ej anmäla laga förfall.<sup>25</sup> Om part lämnat vilseledande uppgifter och därigenom föranlett ett handläggningsfel kan han likaledes vara betagen möjligheterna att få domen upphävd.

### 3. Möjligheter att efter skiljeförfarandet korrigera felbedömningar

Sedan en skiljedom meddelats kan allmän domstol upphäva domen om vissa formella felaktigheter förekommit under förfarandet. I allmänhet kan domen inte upphävas för att en skiljenämnd gjort materiella felbedömningar. Bifalls den tappande partens ogiltighets- eller klandertalan undanröjs domen. Domstolen omprövar sålunda inte tvisten och kan i allmänhet inte beordra skiljenämnden att återuppta handläggningen och än mindre ange bindande anvisningar för tvistens lösning.<sup>26</sup> I samband med att den vinnande parten begär verkställighet kan i regel skiljedomens giltighet prövas av den exekutiva myndighet eller den domstol som är behörig att avgöra sådana frågor.<sup>27</sup> Grunderna för ogiltighet och klander å ena sidan och invändningarna mot verkställighet är ofta sammanfallande eller väsentligen likartade.<sup>28</sup> Det är dock tänkbart att verkställighetsprövningen kan inskränkas till en formell bedömning och att den tappande parten hänvisas att göra gällande sin rätt genom att väcka talan om att domstol skall upphäva skiljedomen.<sup>29</sup> Detta gäller i allmänhet inte verkställighet av en utländsk skiljedom. Härvid förbehåller staterna i regel domstolarna rätten att pröva om skiljedomen och förfarandet fyller vissa grundläggande krav. New York -konventionen bygger på denna uppfattning.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> NJA II 1929 s. 34 f.

<sup>26</sup> Lindboe, a a s. 132 och Craig, Park and Paulsson, a a V § 32.06.

<sup>27</sup> Jfr beträffande förlikning stadfäst i skiljedom U 1977 s. 901.

<sup>28</sup> Se beträffande modellen Herrmann, Arbitration International 1985 Nr 1 s. 27 samt Hjejle, Frivillig voldgift, 2 udgave, s. 133 f, Walin, Gregow och Löfmarck, Utsökningsbalken, s. 84 ff, Arbitration in Sweden, 2 uppl., s. 157 ff och tvlm 470 §.

<sup>29</sup> Thieffry, Journal of International Arbitration 1985 Nr 3 s. 29 med not 7.

<sup>30</sup> van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958, s. 233 ff.

Ogiltighets- och klanderförfarandena utgör kassationsförfaranden. Vid bifallande domar, d.v.s. förordnanden om att undanröja skiljedomar, löses inte de materiella tvistefrågorna. Detta utgör en nackdel. I den mån felet är av sådan art att *skiljemännen själva kan korrigera domen* är detta att föredra från processekonomiska utgångspunkter. Det bör framgå av de nationella skiljemannalagarna

1) om en skiljenämnd är skyldig att återuppta handläggningen för att rätta misskrivningar och räknefel av betydelse för domslutet

2) om en skiljenämnd på parts begäran äger tolka ett oklart domslut och

3) om skiljenämnden är skyldig att meddela tillägsskiljedom om nämnden försummat att ta ställning till ett yrkande.

Man skall härvid inte behöva hänvisa till osäkra möjligheter att göra analogier med de civilprocessuella reglerna,<sup>31</sup> eftersom ett kompetensöver-skridande från nämndens sida kan leda till att den nya skiljedomen helt eller delvis kan upphävas. Ibland framhålls att skiljemännen inte kan vara skyldiga att återuppta handläggningen sedan skiljedom meddelats. Emellertid kan part hävda att skiljemännens uppdrag innebär skyldighet att avgöra tvisten på ett korrekt sätt utan att begå handläggningsfel. De tidigare verksamma skiljemännen skulle därför vara skyldiga att återuppta handläggningen då fel begåtts.

I UNCITRAL Model Law (modellagen) Art. 33 föreskrivs att skiljedomen kan rättas på grund av räknefel antingen av nämnden ex officio eller på ansökan av part inom en frist av trettio dagar från det skiljedomen gavs. På parts ansökan kan enligt denna artikel tilläggsdom ges vad avser yrkanden som nämnden ej bedömt. Det föreskrivs att tolkningsdom endast får ges om parterna träffat överenskommelse därom. Skiljenämnden kan besluta om att den tidigare bestämda tiden för skiljedom meddelande skall utsträckas då skiljedom skall korrigeras, tolkas eller kompletteras med tilläggsdom. Införs dylika regler i olika nationella skiljemannalagar bör det klargöras om möjligheterna till klandertalan i dessa och likartade fall skall uteslutas.<sup>32</sup> Om skiljedomen innehåller uttalanden om att vissa beräkningar bygger på avslutningsvis gjorda »avrundningar» kan domen knappast upphävas på grund av en sådan rättskipningsmetodik, som många gånger måste anses ligga i skiljemannauppdragets natur.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> Jfr Hassler, Skiljeförfarande, s. 123 och Bolding, Skiljedom, s. 17 och tvml 464 §.

<sup>32</sup> Jfr Lindboe, a a s. 142 och Arbitration in Sweden, s. 146 f.

<sup>33</sup> McClendon & Goodman, a a s. 134 not 73.

*En fråga som avgjorts genom skiljedom kan ibland vara av prejudiciell betydelse i ett efterföljande mål.* Enligt allmänna rättskraftsregler skall då skiljedomen läggas till grund för bedömningen av den prejudiciella frågan. Har skiljedomen klandrats kan det ibland finnas skäl att vilandeförklara det senare anhängiggjorda målet tills klandermålet avgjorts genom dom som vunnit laga kraft. Emellertid kan det i andra fall krävas att förstnämnda mål avgörs snabbt. Som exempel kan nämnas att part som tillerkänts ett betydande belopp enligt en skiljedom ansökt om att motparten skall försättas i konkurs. Invänder gäldenären att skiljedomen är ogiltig och att han därför inte är på obestånd måste invändningen prövas snabbt och prejudiciellt i konkursmålet.<sup>34</sup> Härvid är det inte tillräckligt att domstolen tar ställning till om skiljedomen sannolikt kommer att upphävas t.ex. på grund av att något formellt fel förekommit under skiljeförfarandet. Den materiella frågan måste omprövas och domstolen bör sålunda ta ställning till om borgenären kan anses äga den fordran han har enligt skiljedomen. *Denna prejudiciella prövning*<sup>35</sup> *utgör inte något kassationsförfarande*, vilket dock inte hindrar att domstol som förutsättning för omprövning bör kräva att klandertalan väckts vid domstol.<sup>36</sup>

#### 4. Allmänna synpunkter rörande ogiltighets- och klandergrunder

Inom den internationella skiljemannarätten finns en tendens att söka begränsa ogiltighets- och klandergrunderna så att skiljedomarna i största möjliga utsträckning innebär slutliga avgöranden. I länder som England och Schweiz där det finns, eller har funnits, rätt för parter att klandra skiljedomar på materiella grunder har detta lett till kritik och medfört att parter söker undvika att förlägga förfarandet till sådana länder.<sup>37</sup> Det finns därför skäl att söka *begränsa ogiltighets- och klandergrunderna*. I vart fall bör parter inte ges möjligheter att få skiljedomar upphävd på grunder som inte förutsätts av lagstiftaren och skiljemän.

Parts möjlighet att få en skiljedom upphävd bestäms *inte enbart av ogiltighets- och klandergrunderna*. Överträdelse av olika mer eller mindre

<sup>34</sup> Jfr Rt 1966 s. 1320.

<sup>35</sup> Jfr beträffande icke lagakraftvunnen skattedom t.ex. NJA 1983 s. 688.

<sup>36</sup> Jfr NJA 1979 s. 527 med dissidentens yttrande.

<sup>37</sup> Samuel, Journal of International Arbitration 1985 Nr 4 s. 54 ff och Craig, Park and Paulsson, a a V § 32.07.

*preciserade förfarandeföreskrifter* i skiljemannalagar kan öppna möjligheter till klander. Detta beror på att klanderreglerna är så utformade att de knyter an till lagarnas förfarandeföreskrifter. Som exempel kan nämnas att en skiljedom enligt norsk rätt kan hävas »om lovbestemte eller særlig avtalte forskrifter om fremgangsmaaten er tilsedesat» eller enligt svensk rätt om »i avseende på ärendets behandling förelupit annat fel». <sup>38</sup> Ofta tilläggs att klandertalan endast kan bifallas om felet sannolikt påverkat tvistens utgång. I den mån lagen innehåller *ovanliga och mera detaljerade handläggningsföreskrifter kan möjligheter till överraskande klandertalan öppna sig*. Lagstadgad motiveringsplikt kan ge part rätt att få en skiljedom hävd på grund av materiella fel.

I SML 23 § föreskrivs att skiljeman ej må av part mottaga eller betinga sig ersättning med mindre lika förmån tillkommer honom från andra parten. Vidare stadgas att avtal som strider häremot ej vare gällande och att skiljeman är skyldig återbära vad han obehörigen mottagit. Reglernas syfte är att garantera skiljemännens opartiskhet. *Skiljeman som helt eller till övervägande del arvoderas av ena parten kan omedvetet vara benägen att gynna den parten*. Om skiljeman, som mottagit förskott endast från ena parten, förstår att andra parten inte kommer att fullgöra sin betalningsskyldighet föreligger typiskt sett risk för förhandspåverkan av den art som lagstiftaren får antas ha velat undanröja. Part kan hävda att skiljemannen varit jävig under återopande av regeln om att det förelegat annat särskild omständighet som varit ägnad att minska förtroendet för hans opartiskhet. <sup>39</sup> Om svarenden under förfarandet hävdar att inga förskott borde utgå till skiljemannen är han bibehållen vid sin klanderrätt. Det är inte lämpligt att motparten med hänsyn till denna klanderrisk försätts i en sådan situation att han inte vågar utge förskott för egen och motpartens räkning, när den senare söker förhindra förfarandet genom att vägra utge förskott. En skiljeman bör otvivelaktigt ha möjlighet att motta ersättning och förskott från endast en part om andra parten vägrat utge ersättning. <sup>40</sup> Regeln i 23 § bör ändras i syfte att inskränka möjligheterna till klandertalan.

Om mera *preciserade partsföreskrifter lämnas kan klandermöjligheterna öka*, t.ex. om parterna överenskommit om att skiljedomen skall motiveras noga. Parterna kan som regel inte betas rätten att träffa överenskommelser i förfarandefrågor, men möjligheterna för part att vinna framgång med

<sup>38</sup> Tvml 469 § och SML 21 §.

<sup>39</sup> Heuman, a a s. 38 ff.

<sup>40</sup> Jfr Bolding, SvJT 1958 s. 71 ff.

klandertalan kan begränsas genom att överträdelse av partsföreskrifter endast utgör grund för undanröjande om målets utgång påverkats. Härvid kan även ställas krav på att part skall bevisa eller göra sannolikt att utgången påverkats. Vidare kan föreskrivas att felet skall ha påverkat domslutets innehåll på ett väsentligt sätt.<sup>41</sup>

*Förfarandeföreskrifterna kan även utformas så att klandermöjligheterna begränsas i stället för att utvidgas.* I obstruktionssituationer kan skiljemännen se sig tvingade att handlägga tvisten så att det finns risk för att domen upphävs. Om en partsutsedd skiljeman i samförstånd med parten vägrar att underteckna den skiljedom de båda andra skiljemännen enat sig om skall skiljemannen inte kunna hindra dem från att meddela dom. Saknas skiljemans underskrift gäller enligt SML 20 § att domen likväl inte är ogiltig om den undertecknats av en majoritet av skiljemännen och dessa intygat att den vilkens underskrift saknas deltagit i tvistens avgörande.

Om en skiljeman i samförstånd med den part som utsett honom underlåter att inställa sig vid den sista dagen för förhandling eller överläggning kan övriga skiljemän enligt svensk rätt knappast fortsätta förfarandet och meddela dom.<sup>42</sup> I SML 16 § föreskrivs nämligen att samtliga skiljemän skall deltaga i tvistens avgörande. Möjlighet till klander och obstruktion kan begränsas om det införs en regel om att majoriteten äger slutföra skiljetvistens handläggning, om en skiljeman utan giltigt förfall underlåter att deltaga i tvistens handläggning, t.ex. inom en utsatt frist.<sup>43</sup>

Om parterna låter införa långtgående och detaljerade förfarandeföreskrifter i skiljeavtalet eller ingår sådan överenskommelse under förfarandets gång kan möjligheterna till klander utvidgas. Som exempel kan nämnas föreskrifter i skiljedomsreglementen att domarna skall motiveras.<sup>44</sup> Parterna kan däremot kanske begränsa klanderrätten *genom att sätta dispositiva förfarandelagregler ur spel*.<sup>45</sup> Tvingande regler är bindande även om parterna sökt sätta dem ur kraft. En svårighet består häri att avgöra om reglerna är tvingande. Ibland kan en lagregel antas tillåta en viss begränsad avtalsfrihet, under det att väsentliga avvikelser från den grundsats som upp-

<sup>41</sup> Lov om voldgift 7 § 2) och Hjejle, a a s. 126.

<sup>42</sup> NJA 1980 s. 552.

<sup>43</sup> London Court of International Arbitration Rules 1985 art 16.2 och Salans, Arbitration International 1986 Nr 1 s. 46.

<sup>44</sup> Lindboe, a a s. 139 och 141 samt härtill tvml 467 § 3 p.

<sup>45</sup> Jfr Salans, Arbitration International 1986 Nr 1 s. 43 ff.



bärs av reglerna inte kan godtas under några omständigheter, t.ex. med avseende på skiljenämndens sammansättning.<sup>46</sup>

Klandergrunderna bör vara så utformade att själva *klanderprocessen kan genomföras utan omfattande bevisupptagning och utan att domstol ställes inför ett flertal svårlösta rättsfrågor*. Eljest fördyras klanderprocesserna och den tappande partens möjligheter att förhåla verkställigheten ökar genom att klanderprocesserna blir tidskrävande. Dessa olägenheter kan delvis motverkas genom en *begränsning av det antal instanser som kan pröva målen*.<sup>47</sup> Emellertid rör skiljetvisterna ofta så stora värden att det kan vara betänkligt att införa föreskrifter om att målen skall prövas av hovrätt som första instans samtidigt som möjligheterna att erhålla prejudikatdispens för prövning i HD är mycket små. Ett eninstansförfarande kan ha nackdelar för part som anser att en ogillande eller bifallande klanderdom var felaktig och att han lätt skulle kunna få domen ändrad om överprövning medgavs.

Ovan har framhållits att det är av vikt att klanderrekvisiten ges ett preciserat innehåll så att såväl skiljemännen som domstol lätt kan avgöra om viss handlägningsform bör medföra skiljedomens undanröjande. Även för parterna är det av stor vikt att de under skiljetvistens handläggning vet om ett klanderbart fel förekommit. En part som förlorat en skiljetvist rörande mycket stora värden söker ibland gripa varje minsta möjlighet att få domen undanröjd. Det är därför viktigt för den vinnande parten att klandergrunderna är så tydligt beskrivna att den tappande parten skall inse det meningslösa i att inleda en kostnadskrävande klanderprocess. Om sådan talan någon gång är välgrundad är det en fördel för den vinnande parten att han lätt kan avgöra att yrkandet om undanröjande bör medges, så att tvisten snarast kan bli avgjord i nytt skiljeförfarande eller efter domstolsprocess.

Inom den internationella skiljemannarätten har framförts krav på att ogiltighets- och klandergrunderna skall *begränsas antalsmässigt*. Det har sålunda hävdats att till och med de angivna verkställighetshindren i New York-konventionen är för omfattande och att en begränsning skulle göras, inte närmast med den nytillkomna modellagen som förebild, utan med den franska lagstiftningen som mönster. Följande fem grunder nämns:

- 1) absence, nullity or expiry of the arbitration agreement
- 2) irregular appointment of the arbitrators

<sup>46</sup> Bolding, Skiljedom, s. 147 och Lando TfR 1978 s. 475 och Arbitration in Sweden, s. 6.

<sup>47</sup> Jfr David, Arbitration in International Trade, s. 382.

- 3) the arbitrators failure to respect the terms of reference
- 4) violation of the principle of fairness
- 5) when it is contrary to international public as to recognition or enforcement.<sup>48</sup>

Flera av klandergrunderna är *ytterligt vaga och öppnar vidsträckta möjligheter till klander*. Kraven på förutsebarhet kan knappast uppfyllas och risken för ogrundade klanderprocesser ökar om man frångår systemet med ett större antal mera preciserade grunder. Härvid kommer praxis få större betydelse och det är fullt möjligt att rättsutvecklingen kan gå i olika riktningar i skilda länder.

Nackdelen med vaga och oprecisa klandergrunder kommer till uttryck på det sättet i praxis att *vissa välvgränsade och typiska handläggningsfel med viss tvekan kan inordnas under flera alternativa klandergrunder*. Det kan vara svårt att avgöra om någon av reglerna över huvud taget är tillämplig, och i andra fall oklart om en regel är tillämplig, men klart att handläggningsfelet åsyftas med annan regel som dock till skillnad från andra regler för sin tillämpning förutsätter att målets utgång påverkats.<sup>49</sup>

Klandergrunderna bör vara så utformade att domstols prövning underlättas. För det första bör prövningen begränsas så långt detta är möjligt. *En total omprövning av tvisten bör inte medges*, eftersom då all bevisning måste förebibras ånyo, till skillnad från fall då part endast behöver visa att skiljeavtal ej ingåtts eller att han inte fått tillfälle att utföra sin talan. Begränsas klandergrunderna till formella fel, bör man undvika en sådan konstruktion av reglerna att de materiella frågorna måste bli föremål för bevisning och omprövning. Sätillvida är det olämpligt att låta handläggningsfel vara klandergrundande endast för fall då utgången påverkats.

För det andra bör rekvisiten ges en *bestämd utformning* så att skiljemännen under förfarandet säkert vet vilka klanderbara handläggningsformer som bör undvikas och så att parterna kan avgöra om en klanderprocess kan föras med framgång. För det tredje bör klandergrunderna inte utformas så att *möjligheter till obstruktion finns*.

Ofta framhålls vikten av att ogiltighets- och klandergrunderna anges fullständigt. Enligt denna uppfattning bör man undvika dels extensiva tolkningar av klandergrunder, dels undanröjande av skiljedomar med stöd av analog tillämpning av de civilprocessuella reglerna om extraordinära rättsmedel. I norsk och dansk rätt anses inte ogiltighets- och klandergrunderna vara full-

<sup>48</sup> Schmitthoff, a a s. 233 f och 237.

<sup>49</sup> Se t.ex. Lindboe, a a s. 149. Jfr även Bolding, Skiljedom, s. 151 ff.

ständigt angivna,<sup>50</sup> under det att de i modellagen art 34 angivna grunderna anses vara uttömmande.<sup>51</sup> I svensk rätt synes enighet råda om att ogiltighets- och klandergrunderna i stort sett är angivna på ett uttömmande sätt.<sup>52</sup> Skiljemannalagen innehåller inte några regler om att en skiljedom kan hävas på grunder som svarar mot de som angivits i bestämmelserna i RB om resning, t.ex. då någon avgivit falskt vittnesmål eller då part åberopar ny viktig bevisning som han inte känt till under målets handläggning. I svensk doktrin och praxis anses att en skiljedom inte kan hävas på grund av att muntlig eller skriftlig bevisning visas vara falsk eller oriktig.<sup>53</sup> Detta ger vid handen att det ur *rättssäkerhetssynpunkt kan vara äventyrligt att hålla fast vid kravet på legalitetsprincipens tillämpning, d.v.s. att klandergrunderna är fullständigt angivna*. Emellertid synes som man likväl inte gjort detta i Sverige, eftersom en skiljedom undanröjts utan lagstöd, då en föreningsmedlem uteslutits ur en förening utan att medlemmen varit part i förfarandet.<sup>54</sup> Enligt de flesta nationella skiljemannalagarna kan en skiljedom hävas då skiljemännen genom straffbart förfarande eller eljest medvetet avgjort tvisten i strid mot bättre vetande eller då domen grundas på falsk bevisning eller är felaktig på grund av att ny viktig bevisning kan åberopas först sedan tvisten avgjorts. Det bör vara möjligt att ange dessa klandergrunder i lag.

En restriktiv tolkning av klandergrunderna aktualiserar frågan om inte en *extensiv tolkningsmetod bör komma till användning för att bestämma det enskilda skiljeavtalets och skiljemannauppdragets omfattning*. Uppställs ett slags presumtion för att skiljemännen ej överskridit sitt uppdrag kan också detta vara ett sätt att begränsa möjligheterna för part att få skiljedomen upphävd.<sup>55</sup>

*Möjligheterna att klandra olika avgöranden är beroende på i vad mån skiljemännen kan beteckna dem som skiljedomar* och inte bara som be-

<sup>50</sup> Lindboe, a a s. 136 och Hjele, a a s. 125. Se även Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im Österreichischen und im internationalen Recht, s. 148 f.

<sup>51</sup> Herrmann, Arbitration International 1985 Nr 1 s. 24 ff och 38.

<sup>52</sup> Bolding, Skiljedom s. 146 och Arbitration in Sweden, s. 145, där dock brottsligt förfarande från skiljemännens sida anses utgöra klandergrund utan lagstöd. Se även Hassler, a a s. 113. Jfr häremot uttalandet i NJA II 1929 s. 45 om att det inte var möjligt att åstadkomma en slutgiltig reglering av rättmedlen mot skiljedom, så länge som reglerna om rättsmedelsanvändning mot lagakraftvunna domar var så ofullständigt behandlade i lagen. Frågan löstes senare 1948 för domstolarnas vidkommande genom RB, utan att SML:s ogiltighets- och klanderregler blev föremål för översyn.

<sup>53</sup> Hobér, Arbitration International 1986 Nr 1 s. 77 ff med hänvisningar och NJA 1986 s. 620.

<sup>54</sup> NJA 1943 s. 527.

<sup>55</sup> McClendon & Goodman, a a s. 138.

slut.<sup>56</sup> Frågan om skiljemännen utan båda parternas samtycke äger rätt att meddela partiella domar kan vara reglerade genom lag, t.ex. vad avser rätten att meddela deldom över ett av flera yrkanden, mellandom över en fråga av prejudiciell betydelse eller skiljedom rörande interimistiska åtgärder. Meddelas en särskild dom i viss fråga utan lagstöd kanske domen kan upphävas på denna grund. Äger skiljemännen enligt lag meddela särskild dom uppstår fråga om denna kan klandras särskilt eller först i samband med att slutlig skiljedom meddelas. Härvid är det av vikt att det klargörs om tidsfristen för klander skall räknas från det deldom eller slutlig dom meddelades.<sup>57</sup>

I svensk rätt har HD fastslagit att part även kan klandra *slutliga beslut varigenom nämnden skiljer saken ifrån sig*. HD upphävde ett avskrivningsbeslut som den klandrande parten ansåg vara grundat på att nämnden missförstått hans uttalande och trott att han återkallat sin talan.<sup>58</sup> Denna klanderrätt har betydelse vid bedömningen av preskriptionsfrågor och skiljemännens och motpartens rätt till arvodes- och kostnadsersättning, t.ex. i fall då part vill vidhålla sitt yrkande utan att påkalla nytt skiljeförfarande. HD:s dom bygger på analog tillämpning av klanderreglerna, vilket är något överraskande med hänsyn till att man i andra sammanhang ansett att klandergrunderna är uttömmande angivna i lagen.

I detta sammanhang bör framhållas att särskilda regler kan gälla för parts möjligheter att få till stånd omprövning av dels *beslut i fråga om de arvoden* som skall utgå till skiljemännen,<sup>59</sup> dels beslut i fråga om parts skyldighet att utge *kostnadsersättning till motparten*.<sup>60</sup>

Det kan finnas skäl att upphäva en skiljedom på grund av ett *allmänt intresse* eller endast på grund av *enskild parts intresse*. I svensk och norsk rätt görs skillnad mellan ogiltighetsgrunder (absolut ogiltighet) och klandergrunder (relativ ogiltighet eller omstötelighet).<sup>61</sup> Denna åtskillnad görs inte i modellagen och knappast heller i dansk rätt. I den mån skillnad görs mellan ogiltighet och klander kommer det till uttryck bland annat i att en viss kor-

<sup>56</sup> Hjerter, Recourse to law courts in international arbitration, Hommage à Frédéric Eisemann, Liber Amicorum (ICC Pub. Nr 321), s. 67 ff.

<sup>57</sup> Craig, Park and Paulsson, a a V § 32.06.

<sup>58</sup> NJA 1975 s. 536.

<sup>59</sup> Se t.ex. SML 23 och 25 § och beträffande frågan om rätt för skiljemän att genom exegibelt avgörande besluta om rätt till arvodesersättning inte bara i skiljedomar utan även i avskrivnings- och avvisningsbeslut Nordenson, Advokaten 1985 s. 48 ff.

<sup>60</sup> Hjeje, a a s. 124, och Einarson, Lov og Rett, 1981 s. 492 f.

<sup>61</sup> NJA II 1929 s. 46 och Lindboe, s. 129.

tare tidsfrist gäller för klandertalan,<sup>62</sup> under det att ogiltighetstalan kan väckas inom en längre frist<sup>63</sup> eller till och med utan tidsbegränsning.<sup>64</sup> Det är knappast tillfredsställande att en skiljedom skall kunna upphävas utan tidsbegränsning. Det är därför fördelaktigt om en yttersta tidsfrist utsätts även för ogiltighetstalan. Vidare är det önskvärt att grunder för undanröjande av skiljedomar i största möjliga utsträckning hänförs till klandergrunder och inte till ogiltighetsgrunder. I svensk doktrin har sålunda förordats att den i 20 § upptagna regeln om att skiljedom är ogiltig om giltigt skiljeavtal ej föreligger borde ändras så att denna ogiltighetsgrund överfördes till klandergrunderna i 21 §.<sup>65</sup>

Distinktionen mellan ogiltighets- och klandergrunder har också betydelse för frågan om *domstol ex officio* skall kunna upphäva en dom, t.ex. då part åberopat annan grund för upphävande, som ej kan styrkas.<sup>66</sup> Även i dansk rätt kan domstol självmant undanröja en skiljedom på grund av vissa formella fel, trots att man inte skiljer mellan absolut och relativ ogiltighet. Som exempel kan nämnas att det framkommer att domen strider mot »ufravigelige retsgrundsætninger eller angår en tvist som till sin art inte kan afgøres ved voldgift».<sup>67</sup>

Skillnaden mellan ogiltighets- och klandergrunder kan också ha betydelse för möjligheten att beta part klanderrätt på grund av att han under förfarandet *uttryckligen eller konkludent kan anses ha avstått från att åberopa en grund för att få skiljedomen hävd*. Enligt svensk rätt kan part inte åberopa klandergrund om han utan gensaga inlåtit sig på förhandling.<sup>68</sup> Det är en fördel om klanderomöjligheterna kan begränsas på detta sätt. I obstruktionssituationer kan dock en regel av denna typ få begränsad räckvidd då svaranden inte inställer sig till en förhandling och underlåter att yttra sig över förhållanden som är förknippade med ett handläggningsfel. Ovetskap om handläggningsfel och underlåtenhet att föra talan i den del av målet som berörs av felet kan tänkas medföra att något konkludent godkännande inte kan intolkas på det sätt olika lagar förutsätter. Genom att välja vissa lagtextformuleringar kan räckvidden av regler om »waiver» och »estoppel» dock utvidgas.<sup>69</sup>

<sup>62</sup> SML 21 § och tvml 460 § (60 dagar respektive 3 månader).

<sup>63</sup> Tvml 469 §.

<sup>64</sup> SML 20 § och Lindboe, s. 133 och härtill tvml 470 §.

<sup>65</sup> Bolding, Skiljedom, s. 182 ff och 187.

<sup>66</sup> McClendon & Goodman, a a s. 137 och Bolding, Skiljedom, s. 183.

<sup>67</sup> Hjejle, a a s. 130.

<sup>68</sup> SML 21 § 2 st, Lindboe, a a s. 137 ff och Heuman, a a s. 47.

<sup>69</sup> Domke, On Commercial Arbitration, § 24.01 och § 29.01. Jfr Rt 1966 s. 1320.

Ogiltighetsgrunder prekluderas inte i svensk rätt.<sup>70</sup> Vissa ogiltighetsgrunder kan bortfalla om part sedan domen meddelats godkänner denna eller erlägger full betalning utan att förbehålla sig rätt att föra talan mot domen.<sup>71</sup> Detta kan gälla fall då giltigt skiljeavtal inte förelegat. Däremot kan parterna inte betas möjligheterna att föra ogiltighetstalan om tvisten rör sådana frågor som inte kan avgöras genom skiljedom, t.ex. på grund av ett allmänt intresse. Parts möjligheter att under förfarandets gång avstå från att göra gällande formella fel kan regleras på annat sätt än genom en lagtextkonstruktion som bygger på den kategoriklyvning som kan göras mellan ogiltighets- och klandergrunder. I modellagen föreskrivs sålunda att part som utför sin talan utan att göra invändning om att fel begåtts förlorar möjligheten att göra detta gällande om en dispositiv regel åsidosatts.<sup>72</sup> Sålunda bygger lagstiftningen på att man noga skiljer mellan förfarandeföreskrifter som är tvingande och dispositiva.

Det kan vara av stor betydelse för parter som avser att ingå skiljeavtal om de kan träffa *överenskommelse om att ogiltighets- eller klandertalan ej skall kunna föras mot en skiljedom*. Ofta anses att parterna inte på förhand kan helt avsäga sig denna rätt till domstolskontroll. Enligt engelsk rätt kan parter träffa avtal om att utesluta »the right of appeal on the merits if such agreement is made after the commencement of the arbitration and the arbitration agreement is classified as domestic.» Rör det sig om internationella kontrakt kan parterna enligt engelsk rätt på förhand avtala om att domen inte skall kunna klandras på grund av oriktig rättstillämpning. Denna klandermöjlighet utesluts t.ex. om skiljeklausulen innehåller hänvisning till ICC-reglerna. Det kan hävdas att parter inte skall behöva träffa avtal om att utesluta klandertalan som grundas på att skiljedomen är materiellt felaktig. Utgångspunkten bör snarare vara den motsatta.<sup>73</sup> Vill parter tillförsäkra sig klanderrätt bör det ankomma på dem att träffa särskilt avtal därom.

Genom att välja viss plats för skiljeförfarande och göra visst lands lag tillämplig kan parterna uppnå effekten att klandermöjligheterna begränsas starkt. Görs belgisk rätt tillämplig kan en internationell skiljedom över huvud taget inte angripas med klandertalan vid domstolarna i detta land. Tappande part får nöja sig med att göra invändningar mot skiljedomen i samband med

<sup>70</sup> SML 21 § 2 st. Jfr Lindboe, a a s. 137 ff.

<sup>71</sup> Hjejle, a a s. 131, Gomard Voldgift i Danmark, s. 47 och Lindboe, a a s. 137.

<sup>72</sup> Herrmann, Arbitration International, 1985 Nr 1 s. 14.

<sup>73</sup> Samuel, Journal of International Arbitration 1985 Nr 4 s. 71.

verkställighetsprövningen.<sup>74</sup> Möjligen kan parter också anordna skiljeförfarandet på sådant sätt att intet lands klanderregler blir tillämpliga.<sup>75</sup>

#### 4.1. Felaktig rättstillämpning

Enligt de flesta skiljemannalagar kan skiljedomar inte upphävas på grund av att domen grundas på oriktig rättstillämpning. Skulle klanderrätt föreligga i sådana fall skulle ett av de väsentligaste syftena med skiljeförfarandet gå förlorat; skiljedomen skulle då inte innebära något slutligt avgörande av tvisten.<sup>76</sup>

Även om materiellt oriktiga skiljedomar som huvudregel inte kan undanröjas enligt en skiljemannalag kan likväl den tappande parten få domen upphävd i speciella situationer. Ett exempel kan vara att skiljenämnden inte gjort en feltolkning, utan medvetet avvikit från en av parterna lämnad anvisning om hur tvisten skulle avgöras. Om parterna överenskommit om att visst lands lag skulle tillämpas och det framgår av skiljedomen att *skiljemännen medvetet åsidosatt partsföreskriften* kan domen ofta upphävas om utgången påverkas.<sup>77</sup> Tillämpas *lex mercatoria* i strid mot en partsöverenskommelse kan skiljedomen hävas på grund av att skiljemännen anses ha överskridit sitt uppdrag.<sup>78</sup> På samma sätt kan man tänka sig att uppenbara motsägelser i domskälen kan utgöra grund för klander, då skiljedomen enligt lag, skiljedomsreglemente eller särskild partsöverenskommelse skall motiveras.<sup>79</sup>

Ibland kan det vara svårt att avgöra om felaktig rättstillämpning kan innebära att skiljemännen *överskridit sitt uppdrag*. Om ett avtal med skiljeklausul innehåller en föreskrift om att endast direkta förluster ersätts vid kontraktsbrott och skiljemännen ålägger en part att betala särskild ersättning för indirekta förluster kan det hävdas att skiljemännen inte bara gjort en materiell felbedömning, utan också överskridit sin kompetens på sätt som

<sup>74</sup> Vanderelst, *Journal of International Arbitration* 1986 Nr 2 s. 77 ff.

<sup>75</sup> Paulsson, *The extent of independence of international arbitration from the law of situs*, *Contemporary Problems in International Arbitration*, s. 141 ff.

<sup>76</sup> Bolding, *Skiljeförfarande och rättegång*, s. 207 ff och Lindboe, a a s. 144. Jfr dock Hjejle, a a s. 129 och McClendon & Goodman, a a s. 145 f.

<sup>77</sup> Bolding, *Skiljeförfarande och rättegång*, s. 227, Lindboe, a a s. 146 samt Gormard, *Voldgift i Danmark*, s. 43.

<sup>78</sup> Lando, *The law applicable to the merits of the dispute*, *Contemporary Problems in International Arbitration*, s. 111. Se även Lando, *UFR B* s. 1 ff.

<sup>79</sup> Einarson, *Lov og Rett* 1981, s. 490 f.

famgår av deras egen domsmotivering.<sup>80</sup> Klart är att domen inte kan upphävas av angivna skäl om skiljemännen tolkat begreppet direkta förluster mycket vidsträckt och däri inbegripit sådana kostnader som man normalt anser utgör en följd av indirekta skadeverkningar.

#### 4.2. Felaktig bevisvärdering och ofullständig eller vilseledande bevisning

Enligt de flesta länders lagar kan inte en skiljedom upphävas på den grunden att skiljemännens bevisvärdering ter sig mer eller mindre felaktig. Inte heller kan domen undanröjas för att den vilar på felaktiga premisser till följd av utredningens beskaffenhet.<sup>81</sup> Om skriftliga bevis förfalskats eller oriktig utsaga avgivits av ett vittne kan ofta domen undanröjas, dock ej enligt svensk rätt. Inträffar nya förhållanden sedan skiljedomen meddelats kan en omprövning äga rum enligt rättskraftsreglerna (*factum superveniens*). Härvid rör det sig inte om rätt att efter klandertalan få skiljedomen undanröjd, utan direkt möjlighet att få tvisten prövad utan hinder av regler om *res judicata*.<sup>82</sup>

I det följande skall endast en principiellt viktig fråga tas upp, nämligen felbedömningar som sammanhänger med frågor om *fördelningen av ansvaret mellan skiljemännen och parterna för att utredningen blir fullständig, men ej för omfattande så att bevisvärderingen försvåras väsentligen*. Framställningen tar närmast sikte på stora komplicerade tvister.<sup>83</sup>

I en civilprocess anses det normalt ankomma på parterna att förebbringa bevisning. Rätten införskaffar sällan utredning. Det kan finnas anledning att något modifiera denna princip inom skiljemannarätten. Till skiljemän utser parterna ofta personer som har särskilda kunskaper på rättsområdet ifråga. Parterna kan därför med visst fog ställa krav på att skiljemännen skall tillse att utredningen inte är behäftad med allvarliga brister. Å andra sidan kan tvisterna vara så omfattande och komplicerade att det kan vara svårt för skiljemännen att avgöra om det föreligger allvarligare brister på någon punkt och om det finns möjlighet att väsentligen förbättra beslutsunderlaget. Parternas intresse av att tvisten avgörs snabbt och billigt talar för att utredningen skall begränsas. Det kan knappast ifrågakomma att skiljemännen gör uttalanden om att en part inte kan anses ha fullgjort sin bevis-

<sup>80</sup> Jfr McClendon & Goodman, s. 146 not 145.

<sup>81</sup> Lindboe, a a s. 145 och NJA 1973 s. 740.

<sup>82</sup> Jfr Lindboe, a a s. 150 f.

<sup>83</sup> Tackaberry, *Contemporary Problems in International Arbitration*, s. 221 ff.



börda och att ytterligare utredning krävs därför. Härvid skulle skiljenämnden eller en enskild skiljemans opartiskhet kunna ifrågasättas. Det anförda talar för att skiljemännens underlåtenhet att föranstalta om kompletterande utredning ej bör medföra att skiljedomen upphävs. Vid uppenbara motsägelser i utredningsmaterialet kan det krävas att skiljemännen gör parterna uppmärksamma därpå. Underlåten processledning kan kanske medföra att skiljedomen kan hävas om utgången påverkats och passiviteten är högst anmärkningsvärd.

Man kan ställa frågan om en part kan klandra en skiljedom under åberopande av att ett vittne, *som tidigare vägrat att uttala sig, lämnat uppgifter som visar att domen grundats på oriktiga fakta i avgörande delar*. Enligt min mening måste frågan bedömas med utgångspunkt från att part och inte skiljemännen bär ansvaret för att vittnesförhör, om möjligt, kommer till stånd under skiljeförfarandet utan att uppskov måste medges.<sup>84</sup> Om part förklarar att vittnet vägrat avge utsaga under förfarandet utgör inte detta giltigt skäl för att vittnets nya uppgifter skall medföra domens undanröjande. Allmänt hållna uttalanden från vittnets sida om omöjligheten att närvara vid ett sammanträde på en avlägset belägen ort utgör inte skäl för att upphäva domen, om vittnet sedan dom meddelats förklarar sig villig att medverka till utredningen. Det måste krävas att part sökt utnyttja de lagliga möjligheterna att framtvunga förhöret, t.ex. genom att begära domstolsförhör.<sup>85</sup> Eljest bör domen ej hävas.

Om bevisvärderingen skall kunna utföras på ett korrekt sätt krävs att utredningen i mycket stora tvister läggs fram på ett pedagogiskt klagörande sätt och att irrelevanta handlingar inte inges till nämnden. Det måste sålunda anses försvarligt om nämnden i viss mån *avvisar betydelselös utredning eller kräver att parterna skall framlägga omfattande skriftlig bevisning i form av sammandrag*.<sup>86</sup> En sådan begränsning av utredningen kan förenkla bevisvärderingen, men kan samtidigt medföra risker för att viss avgörande bevisning avvisas. Det ankommer härvid på part att noga göra klart för sig vilken bevisning som har relevans. Om han sålunda urskiljningslöst åberopat omfattande skriftligt material måste han räkna med att nämnden kommer att ställa krav på att han fortsättningsvis endast framlägger handlingar av relevans. Mot denna bakgrund kan det kanske till och med finnas skäl att ogilla klandertalan, även då viktig bevisning avvisats av skiljenämnden.

<sup>84</sup> van den Berg, a a s. 309.

<sup>85</sup> Jfr häremot McClendon & Goodman, s. 144.

<sup>86</sup> McClendon & Goodman, a a s. 138 och 144 not 128.

Skälet härtill skulle vara parts oförmåga att begränsa sin utredning på sätt parterna förutsatt i och med att de ingått skiljeavtal och uppdragit åt skiljemännen att tillse att tvisten löses snabbt och smidigt.

Möjligheterna för part att vinna framgång med klandertalan kan bero av om han enligt lag skall ges erforderlig tillgång att utföra sin talan<sup>87</sup> eller som enligt modellagen »a full opportunity of presenting his case.»<sup>88</sup> Det kan sålunda ha betydelse om man *mer eller mindre starkt kräver att den kontradiktoriska principen skall upprätthållas.*

Om parterna utsett tekniker som skiljemän är syftet därmed att utredningen skall kunna begränsas av att dessa skall kunna tolka och värdera sakkunnigutredning på ett bättre sätt än en vanlig domare. Det har visat sig föreligga risk för att skiljemän då underkänner eller modifierar de sakkunnigas omdömen med hänvisning till sina stora kunskaper på området. Det kan här vara svårt att dra gränserna mellan otillåtet utnyttjande av privat vetande och en skarpsinnig tolkning av framlagt bevismaterial.<sup>89</sup> Det är viktigt att den kontradiktoriska principen upprätthålles i den mån en skiljeman överväger att tillföra målet utredning genom sitt privata vetande.<sup>90</sup> Detta får ske genom att han delger parterna sin uppfattning om förhållandena eller genom att han uppmanar dem att förebringa utredning därom. Grundas domen på en skiljemans privata vetande kan detta utgöra klandergrund, om det inte får anses avtalat mellan parterna att förfarandet var godtaget.

#### 4.3. Formella fel

Skiljeförfarandets smidiga och snabba natur bygger på principen om att skiljemännen är »the master of the procedure» eller annorlunda uttryckt: förfarandet grundas på »the principle of discretion». Å andra sidan förutsätts att domstolarna skall kunna kontrollera att skiljemännen inte begär handläggningsfel av sådan art att domen bör undanröjas. Det ter sig något paradoxalt att domstolarna *skall kontrollera hur skiljemännen utnyttjar sin frihet* att besluta i processuella frågor. Tydligt anser man att olika *yttersta gränser* sätts för hur långt skiljemännens fria beslutanderätt sträcker sig i förfarandefrågor. De olika principer som uppställs i begränsningssyfte ut-

<sup>87</sup> SML 14 §.

<sup>88</sup> Modellagen art 19. (3).

<sup>89</sup> Bernstein, The arbitrators's own knowledge and experience, opublicerad rapport vid Annual Conference, The Chartered institute of arbitrators, Montreux, oktober 1985.

<sup>90</sup> Jfr van den Berg, a a s. 310.

märks i många avseenden av stor vaghet. Grundläggande rättssäkerhetsprinciper (due process) får inte överträdas och tvingande förfarandeföreskrifter måste respekteras. Skiljemännen får inte utan lagstöd använda tvångsmedel, men eljest vissa typer av föreläggen.

Det är svårt att avgöra vilka olika processuella rättssäkerhetsprinciper som måste iakttas, i synnerhet som man måste beakta skiljeförfarandets specifika natur, vilket medför att traditionella civilprocessuella rättssäkerhetsprinciper måste modifieras. Som exempel kan nämnas den eventuella rätten att begränsa utredningsmaterialet och möjligheterna att utnyttja skiljemännens privata kunskaper, när dessas expertkunskaper är avsett att bli utnyttjat i syfte att förenkla förfarandet. Vidare är det svårt att avgöra vilka förfarandeföreskrifter som är tvingande och om vissa regler endast delvis är tvingande och tillåter vissa större eller mindre avvikelser från lagens föreskrifter.

Det anförda visar att det *knappast går att ange säkra gränser för handläggningsfriheten*. Inte heller kan man då uppställa fasta regler om vilka handläggningsfel som är oacceptabla. Det är därför möjligt att man skall söka begränsa klanderföreläggningarna genom att i gylligaste mån ställa krav på att *part visar eller gör sannolikt att felet påverkat utgången på ett betydelsefullt sätt*. Granskas reglerna ur denna synpunkt kan man fråga sig om skiljedom alltid bör kunna upphävas enbart för att skiljenämnden inte varit utsedd i behörig ordning. Om domstol eller ett skiljedomsinstitut inte iakttagit alla föreskrifter inför sitt beslut om utseende av skiljeman, bör kanske skiljedomen bara upphävas om felet haft betydelse för skiljedomens innehåll. Har t.ex. en tidsfrist för valet överskridits på grund av feltolkning eller har domstol inför sitt beslut om utseende av skiljemän försummat att iaktta en kommunikationsföreskrift saknas nog ofta anledning att upphäva domen, om utgången inte påverkats. Detta har betydelse om den tappande parten först efter domen får kännedom om felet. Med det anförda avses inte att ändring skall göras i regler om att en skiljedom skall kunna hävas om en skiljeman varit jävig.

Om klandertalan vid olika formella fel i ökad utsträckning enligt lag endast kan bifallas av domstol om felet sannolikt påverkat målets utgång, kommer *klanderprocesserna bli mer vidlyftiga och svårbedömda*. Skiljetvistens materiella frågor måste åter tas upp inför domstolen. Måhända är det en olägenhet man måste acceptera för att part som förlorat skiljetvisten inte alltför enkelt skall lyckas utverka en bifallande klanderdom och få till stånd en total materiell omprövning av tvisten genom att förebära att ett formellt

fel begåtts, när detta knappast haft egentlig betydelse för skiljetvistens utgång.

Principen om *skiljemännens frihet att avgöra förfarandefrågor får inte sammanblandas med principen om partsautonomi*, d.v.s. parternas rätt att träffa avtal i förfarandefrågor. Den senare principen äger företräde. Om sålunda parterna överenskommit om att vissa procedurregler skall tillämpas, måste dessa iakttas och skiljemännen får inte åsidosätta reglerna för att åstadkomma en effektivare handläggning. Skiljemän kan under förfarandets gång ändra sådana beslut som de själva fattat, men inte parternas förfarandeföreskrifter<sup>91</sup>, lika litet som en part ensidigt kan återta sitt löfte att följa en överenskommelse i en förfarandefråga. Har tillägsskiljeavtal träffats inför skiljemännen kan en part inte ensidigt återta sin begäran om prövning.<sup>92</sup> Denna situation måste noga skiljas från den då part vill ändra en partshandling, t.ex. återta ett erkännande eller ett medgivande, något som kan vara fullt möjligt.

Det är viktigt att skiljemännen gör klart för sig om ett beslut i en förfarandefråga grundas på förordnande från skiljemännens sida eller på att skiljemännen låtit parterna bekräfta ett förslag till handläggningsordning. Skiljemännen får inte utan parternas samtycke frångå ett *förslag till handläggningsordning eller ett beslut som godtagits av parterna på sådant sätt att det föreligger avtal i en förfarandefråga*. Om parterna t.ex. tolkningsvis kan anses ha överenskommit om att två tvister skall handläggas gemensamt kan inte kumulationen brytas av skiljemännen självmant eller på ena partens begäran. Undantag gäller för fall då avtalet har den innebörden att ena parten förbehållit sig rätt att ändra sig och andra parten får anses ha godtagit detta. Har t.ex. skiljemännen framlagt förslag till en tidsplan som oavvisligen skall hållas, får inte skiljemännen frångå denna plan om den godtagits av parterna.

Det anförda visar att skiljemännen noga måste klargöra om en partsöverenskommelse föreligger. Ibland kan det vara fördelaktigt om de ej låter parterna bekräfta beslutet, så att möjlighet finns för skiljenämnden att på ett smidigt sätt ändra handläggningen utan att skiljedomen kan upphävas av detta skäl. Risken för att partsföreskrifter överträds är kanske större än vad som antagits och svårigheter föreligger ibland att ange om en överenskommelse kan anses föreligga. Gränserna för skiljemännens frihet att be-

<sup>91</sup> NJA 1965 s. 384 (part ville frångå överenskommelse om att preskriptionsfråga skulle avgöras genom mellandom).

<sup>92</sup> NJA 1963 s. 658.

sluta i förfarandefrågor kommer då att flyta något. Det kan därför vara fördelaktigt att begränsa parts möjlighet att få en skiljedom upphävd till fall då utgången påverkats.

### **Diskussionsfrågor**

1. Bör klandergrunderna begränsas ytterligare?
2. Bör klandergrunderna begränsas antalsmässigt eller beskrivas mer preciserat?
3. Är det möjligt att ange klandergrunderna på ett uttömmande sätt?
4. Bör skiljemannalagarnas regler för ses med sådana kompletterande regler att klandermöjligheterna begränsas, t.ex. med tanke på åtgärder skiljemännen kan behöva vidta i obstruktionssituationer?
5. Bör kortare tidsfrister utsättas för anhängiggörande av klandertalan?
6. Bör part i ökad utsträckning betas rätten att få skiljedomar upphävd på grund av att han under förfarandet underlåtit att protestera mot klandergrundande handläggningsform?
7. Bör som tilläggsförutsättning för upphävande av skiljedom i ökad utsträckning ställas krav på att part gör sannolikt att felet påverkat domslutets innehåll i väsentligt avseende?
8. Behöver särskilda åtgärder vidtas av lagstiftaren eller parterna för att garantera skiljeförfarandets rättssäkerhet om klandergrunderna inskränks på olika sätt? Bör t.ex. särskilda krav ställas på skiljemännens juridiska kompetens?

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Johan Lind

Den högsta instansens uppgifter,  
främst inom prejudikatbildningen

## **Innehåll**

Inledning .....	295
Vilken är den högsta instansens funktion? .....	295
Hur väljs målen ut? .....	298
Ansvar för normbildningen .....	300
Förarbetenas roll m.m. ....	302
Sammanfattning. — Gränserna för prejudikatbildningen .....	303
Prejudikatbildning i specialdomstolar .....	304
Prejudikatbildning i nya former .....	306
Sammanfattande teser .....	307

# Den högsta instansens uppgifter, främst inom prejudikatbildningen

Av justitierådet JOHAN LIND, Sverige

I Sverige finns i princip två olika typer av domstolar, allmänna domstolar och förvaltningsdomstolar. Högsta domstolen är högsta instans inom det allmänna domstolväsendet medan regeringsrätten är högsta förvaltningsdomstol. De synpunkter som i det följande förs fram på prejudikatbildningen inom den högsta instansen har främst tagit sikte på prejudikatbildningen inom högsta domstolen. Synpunkterna torde emellertid i stor utsträckning också äga tillämpning på den högsta förvaltningsdomstolen.

Vid sidan av de allmänna domstolarna och förvaltningsdomstolarna finns olika slags specialdomstolar som fungerar som högsta instans på sina specialområden. I Sverige finns sålunda bl.a. arbetsdomstolen, bostadsdomstolen, marknadsdomstolen och försäkringsöverdomstolen.

Specialdomstolar av olika slag är också vanligt förekommande i flertalet kontinentala europeiska länder.

Jag har inte haft för avsikt att närmare diskutera för- resp. nackdelar med systemet med specialdomstolar. Däremot finns det anledning att något beröra frågan om det finns några särskilda problem när det gäller prejudikatbildningen inom en specialdomstols område. Tyngdpunkten i den kommande framställningen kommer alltså att ligga på förhållandena vid högsta instans inom det allmänna domstolväsendet med vissa utblickar på problemen rörande prejudikatbildningen inom specialdomstolars ansvarsområde.

## **Vilken är den högsta instansens funktion?**

I de nordiska länderna fungerar högsta domstolen som en appellationsdomstol. Det betyder att den högsta instansen kan pröva båda sak- och rättsfrågor. Efter det att möjligheten till s.k. ändringsdispens togs bort ur den svenska rättegångsbalken år 1971 har högsta domstolen inte längre något övergripande ansvar för att målen får en materiellt riktig utgång. Högsta domstolens huvuduppgift är numera att vara en prejudikatinstans och hov-



rätterna fungerar i realiteten som slutinstans i den stora majoriteten av mål. Redan resursskäl lägger hinder i vägen för något annat. Vad saken gäller är alltså enligt min mening att åstadkomma att högsta domstolen i framtiden fungerar som en effektiv prejudikatinstans.

I andra länder är det vanligt att den högsta instansens roll är mer begränsad så att den vid sin prövning av rättsfrågor fungerar antingen som ren revisionsdomstol eller som en kassationsdomstol. Skillnaden mellan dessa båda typer av domstolar är att en revisionsdomstol är behörig att ändra den lägre instansens avgörande eller återförvisa tvisten till lägre instans för ny handläggning under det att en kassationsdomstol normalt endast kan återförvisa tvisten till den lägre instansen för ny handläggning.

De högsta instanserna i Storbritannien och Förenta Staterna är revisionsdomstolar. Detsamma gäller för den högsta allmänna domstolsinstansen i Västtyskland. Frankrike har ordningen med kassationsdomstol.

Det nordiska systemet avviker alltså från det som gäller i de stora kulturländerna. Redan detta är ägnat att väcka eftertanke. Härtill kommer att det i varje fall i Sverige visat sig vara ett stort problem att högsta domstolen i ganska betydande utsträckning får ägna tid och arbete åt tämligen enkla frågor som med fördel kunde avgöras på annat sätt. Skulle man kanske få en mera effektiv användning av högsta domstolens resurser om man gick över till det kontinentala och anglosaxiska systemet?

Man skulle t.ex. kunna tänka sig en ordning som innebär att hovrätternas bevisprövning i princip är slutgiltig och att högsta domstolens uppgift är att undersöka hur rättsfrågan skall bedömas med utgångspunkt i de fakta som hovrätten funnit föreligga.

Systemet skulle innebära att parternas uppgift i högsta domstolen blev att argumentera uteslutande i rättsfrågor. Säkert skulle man behöva förse systemet med en »ventil» som tar sikte på fall då helt ny tidigare okänd bevisning kommer i dagen efter det att hovrätten har dömt. Högsta domstolens uppgift skulle i sådana speciella fall bli att återförvisa målet till hovrätten för ny saklig prövning.

Det tilltänkta systemet skulle i vissa fall kompliceras nämligen när hovrätten inte tagit ställning till vissa fakta, eftersom hovrätten haft en viss inställning i rättsfrågan. Har högsta domstolen en annan inställning i rättsfrågan kan följden bli att de av hovrätten inte prövade sakomständigheterna får relevans. Även i sådana situationer bör lösningen vara återförvisning till hovrätten.

Ett argument mot den skisserade ordningen är att det utomlands visat sig stöta på betydande svårigheter att närmare precisera vad en rättsfråga

egentligen är. Det lär finnas hundratals avgöranden i Tyskland som gäller den frågan.

Frågan om den högsta instansen endast skall syssla med prejudikatbildning har i Sverige från tid till annan diskuterats alltsedan början av 1800-talet. Den viktigaste reformen på området skedde år 1971. Allt sedan dess skall högsta domstolen åtminstone i huvudsak syssla med prejudikatfrågor. I verkligheten är, som nyss nämnts, situationen inte den. Justitierådets arbete inriktas i alltför hög grad på vad som skulle kunna kallas rutinfrågor. Rättegångsutredningen avgav år 1986 ett betänkande kallat »Högsta domstolen och rättsbildningen» (SOU 1986:1) i vilket läggs fram flera förslag i syfte att komma till rätta med nyss berörda problem. När detta skrives har remissbehandlingen av betänkandet just avslutats.

Ett av rättegångsutredningens förslag i betänkandet bygger på tanken att sakfrågan i de allra flesta fall skall anses vara avgjord genom hovrättens prövning och att högsta domstolen väsentligen skall pröva rättsfrågor. Tekniskt löser utredningen problemet så att både sakfrågan och rättsfrågan i princip omfattas av överklagandet men högsta domstolen ges stor frihet när det gäller att bestämma vilken eller vilka frågor i målet som överprövningen i högsta domstolen skall omfatta. Den eftersträlvade valfriheten för högsta domstolen åstadkommes genom regler om s.k. partiell dispens.

Enligt förslaget får alltså högsta domstolen möjlighet att skicka ett mål på många olika sätt. I normalfallet skall högsta domstolen emellertid hantera dispensfrågan så att domstolen kommer att genomföra en självständig prövning endast beträffande rättsfrågorna och i övrigt grunda avgörandet på hovrättens bedömning.

Utredningen har förutsett att det i vissa fall kan bli nödvändigt att återförvisa målet till hovrätten för att hovrätten skall ta upp sakfrågor som den med sin tidigare inställning i rättsfrågan inte haft anledning att ta ställning till. När hovrätten efter en sådan återförvisning tar upp målet igen finns ett avgörande från högsta domstolens sida i rättsfrågan och det avgörandet skall då vara bindande för hovrätten vid dess förnyade prövning av sakfrågorna.

Genom utredningens förslag närmar man sig det kontinentala och anglosaxiska systemet, enligt vilket den högsta instansen uteslutande prövar rättsfrågor, samtidigt som man undviker ett mera ofruktbart teoretiserande över spörsmålet om vad som är rättsfråga och vad som är sakfråga. Utredningens förslag medför antagligen att man måste ställa stora krav på hovrätternas domskrivning. Det blir ännu viktigare än vad det är idag att hov-

rätterna i sina domar redovisar exakt sin bedömning av sakfrågorna i målet; det är ju den plattform högsta domstolen senare skall stå på.

Själv tror jag att det i praktiken kommer att då och då visa sig att man vid överprövningen av hovrättens dom blir osäker på vad domen egentligen innebär beträffande vissa faktiska förhållanden. Sannolikt väljer högsta domstolen då — om målet överhuvudtaget skall släppas fram — att ge en total dispens. Man kan knappast laborera med att begära yttranden från hovrätten för att få närmare belyst vad dess dom innebär. Och möjligheten till återförvisning kan knappast utnyttjas i någon större utsträckning, i varje fall inte utan att allvarliga nackdelar från processekonomisk synpunkt uppstår både för domstolväsendet och för parterna. Detta ser jag som ett inte obetydligt bekymmer.

För egen del tror jag visst att en hel del förbättringar kan åstadkommas på grundval av kommitténs betänkande. Frågan är emellertid om förslaget kommer att visa sig tillräckligt effektivt. Kanske måste vi så småningom ta steget fullt ut och slå fast att högsta domstolen i princip endast sysslar med rättsfrågor. Den ibland svåra gränsdragningen mellan rättsfråga och sakfråga kommer då att aktualiseras. Har sådana frågeställningar kunnat bemästras i andra länder borde det gå att komma till en rimlig lösning även i de nordiska länderna. Sannolikt kan man dock aldrig få en helt klar gränsdragning mellan rättsfrågor och bevisfrågor. Inte bara placeringen av bevisbördan utan också måttet av den bevisning som krävs för att bevisbördan skall vara fullgjord är ju rättsfrågor. Det förefaller också svårt att tro att landets högsta instans i det långa loppet kan hålla sig passiv om de lägre instanserna skulle släppa av på beviskravet i brottmål (jfr NJA 1985 s. 822).

### **Hur väljs målen ut?**

I alla nordiska länder finns en form av dispensprövning som syftar till att begränsa tillströmningen av mål till högsta instans i det allmänna domstolväsendet. De svenska och finska dispensreglerna är numera i huvudsak likartade. Principen är att endast prejudikatfrågor skall få föras till högsta domstolen; vi har ett system med prejudikatdispens. Vid sidan härav finns speciella dispensregler som gör det möjligt att ta upp mål bl.a. då grovt misslag förekommit vid hovrättens prövning av målet.

Själva dispensprövningen utövas inom högsta domstolen. Detsamma är fallet i Norge där dispensprövningen sker i ett särskilt organ, Høyesterettens

kjaeremaalsutvalg. De norska reglerna om grunderna för dispensprövningen tjänade i stor utsträckning som förebild för reglerna om den svenska högsta domstolens dispensprövning när den svenska rättegångsbalken infördes.

I Danmark sker en prövning i det danska justitiedepartementet av frågan vilka mål som skall tas upp av den högsta instansen. Dispens kan ges om saken är av allmänt intresse eller har betydande följder för parten utöver själva målet.

I varje fall i Sverige är det ett praktiskt problem att parter så många gånger för talan mot hovrättens dom utan att ha den ringaste chans att få prövningstillstånd. En ganska betydande del av justitierådens arbetstid måste användas för att syssla med dispensprövning.

Rättegångsutredningen försöker komma till rätta med det problemet genom regler som gör det möjligt att i större utsträckning än för närvarande överlåta dispensprövningen på *ett* justitieråd. Även på denna punkt vill jag ställa frågan om en sådan begränsad reform egentligen ger så särskilt mycket. Vore det inte bättre att överlåta dispensprövningen åt något utomstående organ?

Det danska systemet kan möjligen kritiseras från synpunkten att det är angeläget att hålla isär den styrande makten och den dömande makten. Det får inte ens misstänkas att regeringen eller regeringens organ på något sätt kan påverka avgörandet i enskilda mål. Det ligger enligt min mening närmare till hands att överlåta dispensprövningen på ett domstolsliknande organ med självständig ställning. I Sverige hade vi tidigare ett sådant självständigt organ i Nedre justitierevisionen vars uppgift var att bereda och föredra mål inför högsta domstolen. Nedre justitierevisionen har numera omvandlats till högsta domstolens kansli. Varför inte återgå till den gamla ordningen med revisionen som en självständig myndighet och låta ett kollegium av tre revisionssekreterare avgöra dispensprövningen? Man skulle naturligtvis kunna förse ett sådant system med vissa säkerhetsventiler av den typen att om en av de tre revisionssekreterarna ville meddela dispens så skulle frågan om dispens hänskjutas till högsta domstolens prövning. Domstolen skulle kanske också ha möjlighet att vägra ta upp ett mål som kollegiet av revisionssekreterare funnit värt att komma under högsta domstolens prövning.

Systemet med en självständig prövningsinstans kan läggas upp också på annat sätt. Man kan t.ex. tänka sig att underrättsdomare och hovrättsdomare förordnas för viss tid att tjänstgöra i den myndighet som sysslar med dispensprövning.

Med en sådan reform skulle högsta domstolens ledamöter befrias från

nästan allt arbete med dispensprövning och skulle kunna koncentrera sig på att avgöra de mål som kommer till högsta domstolen.

Nackdelen med förslaget är att högsta domstolens ledamöter går miste om den insyn i rättsbildningen vid de allmänna domstolarna som den nuvarande dispensprövningen ger. Som jag ser saken är det emellertid viktigt att justitierådens arbetskapacitet sätts in på vad som är centralt, nämligen prejudikatbildningen. För att uppnå det målet får man offra den nuvarande insynen som också är ganska slumbetonad.

Det nuvarande dispenssystemet ger vissa möjligheter för högsta domstolen att prioritera mellan olika prejudikatfrågor. Denna möjlighet skulle försvinna om dispensprövningen anförtros åt något utomstående organ. Till detta är att säga att det finns möjligheter att ordna saken så att högsta domstolen och det utomstående organet periodvis har överläggningar i frågan om hur prioriteringen bör gå till. Man måste också komma ihåg att de nuvarande prioriteringsmöjligheterna i praktiken är mycket begränsade. Det enorma antal prejudikat som finns i Sverige på skilda frågor rörande rätts hjälp tyder i varje fall inte på att prioriteringen hittills varit särskilt framgångsrik.

### **Ansvar för normbildningen**

I de nordiska länderna torde det stå utom varje diskussion att huvudansvaret för den centrala normbildningen ligger hos parlamentet som har lagstiftningsmakten. Detta hindrar emellertid inte att normbildning i viss utsträckning också sker genom prejudikat. Särskilt tydligt blir naturligtvis detta i de mer ovanliga fallen då högsta instans genom ett nytt prejudikat går emot ett äldre prejudikat i samma fråga. Det blir därmed ett spörsmål i vad mån det kan finnas gränser för den högsta instansens prejudikatbildning. Eller med andra ord: bör den högsta instansen vara mera djärv och anlägga ändamålssynpunkter och i viss utsträckning stå fri från lagtext och förarbeten eller bör den vara försiktig och återhållsam och se sin uppgift som tolkning och rättstillämpning i s.a.s. klassisk mening?

I de anglosaxiska länderna har domstolarna traditionellt haft stor frihet att skapa rättsregler, kanske främst på civilrättens område. Lagstiftningen har inte haft samma roll som på kontinenten. Den oinvigde som konfronteras med en komplicerad engelsk lagtext drabbas lätt av misstanken att texten blivit så komplicerad därför att den lagstiftande församlingen haft svårigheter att få domarna att respektera den skrivna lagen. Misstanken förstärks

ytterligare då man får klart för sig att det i varje fall traditionellt varit den uppfattningen bland engelska domare att förarbeten till lagstiftningen saknar betydelse som tolkningsdatum.

Tendensen torde nu gå mot att lagstiftningen får större betydelse också i de anglosaxiska länderna och att domarnas handlingsfrihet minskas.

I kontinental rätt och kanske särskilt i Tyskland är lagstiftningen och dess förarbeten det primära. Det har emellertid sagts att utvecklingen på kontinenten går mot att prejudikaten får större betydelse än vad som traditionellt varit fallet. Detta skulle hänga samman med att den snabba utvecklingen i det moderna samhället gör det omöjligt för lagstiftaren att hinna med, varför domstolarna blir mer eller mindre nödsakade att ta ett visst ansvar för normbildningen.

Som en utgångspunkt för förhållandena i Sverige kan tas vissa bestämmelser i 1 kap regeringsformen om statsskickets grunder. Där anges bl.a. (4 §) att riksdagen stiftar lag. I en senare paragraf (8 §) anges att för rättskipningen finns domstolar. Regeringsformen innehåller också åtskilliga bestämmelser om riksdagens lagstiftningsmakt och om regeringens möjlighet att ge föreskrifter genom förordning. I 11 kap regeringsformen, som handlar om rättskipning och förvaltning, talas bl.a. om domstolarnas rättskipningsuppgifter. I kapitlet finns en bestämmelse som knäsatte lagprövningsrätten, d.v.s. rätten för en domstol att vägra att tillämpa en föreskrift som står i konflikt med bestämmelse i en överordnad författning. Enligt en särskild regel får domstol underlåta att tillämpa en föreskrift som beslutats av riksdagen eller regeringen endast om felet är uppenbart.

Redan denna korta redovisning av grundlagsbestämmelser visar att den svenska konstitutionen utgår från att huvudansvaret för normbildningen skall ligga hos riksdagen och regeringen. Domstolarna har att syssla med rättskipning varmed uppenbarligen förstås rättstillämpning i s.a.s. klassisk mening.

För denna rollfördelning talar i första hand principiella skäl. Normgivning kan ha ingripande betydelse för enskilda människor och deras rättställning och bör därför beslutas endast av dem som har politiskt förtroende. Vidare kan åberopas praktiska skäl. Den högsta instansen kan inte få den allmänna överblick som ett departement får under beredningen av ett lagstiftningsärende. Högsta domstolen kan inte höra sakkunniga från olika delar av samhällslivet, man kan inte få till stånd den samhällsdebatt som kan följa efter ett utredningsförslag, man har inte möjlighet att få den allsidiga granskning som en remissbehandling ger underlag för etc. Detta leder med nödvändighet till att den högsta instansen måste vara försiktig. Man kan

helt enkelt inte få fram det beslutsunderlag som fordras för en mera djärv och vidsträckt normbildning.

Man kan också peka på en annan omständighet av litet mera speciellt slag. När ny lag beslutas blir det ofta nödvändigt att införa övergångsbestämmelser av skilda slag för att ta vederbörlig hänsyn till bestående rättsförhållanden. Det kan högsta domstolen inte göra. Skulle högsta domstolen vilja ändra praxis på ett centralt civilrättsligt område — ta t.ex. frågor om produktskadeansvar — får avgörandet retroaktiv verkan. Detsamma gäller på straffrättens område. Ett exempel: Högsta domstolen har i en dom ansett att det inte är straffbart som innehav av narkotika att ta ett par bloss på en haschpipa som går laget runt (NJA 1983 s. 893). Antag att högsta domstolen i plenum skulle fastslå att sådant förfarande är straffbart. Därmed skulle åstadkommas att även handlingar som ligger i tiden mellan det äldre prejudikatet och pleniavgörandet blir straffbara. Den straffrättsliga normbildning som innefattas i pleniavgörandet har i realiteten fått retroaktiv verkan, även om man i formell mening kan påstå att pleniavgörandet endast innefattar en rättelse av en tidigare felaktig tillämpning av den skrivna lagen.

Det är klart att man skulle kunna komma till rätta med dessa retroaktivitetseffekter genom att uppställa särskilda lagregler som gjorde det möjligt för högsta domstolen att ändra praxis utan att ändringen får någon verkan för äldre förhållanden. Skulle vi i Sverige så småningom genomföra det förslag som rättegångsutredningen lagt fram om att högsta domstolen skulle kunna avge fristående rättsförklaringar utan anknytning till någon tvist mellan enskilda blir det kanske behov av att också ha regler av nysstyp. (Jag återkommer senare rörande detta särskilda nya institut som förordats av rättegångsutredningen.)

### **Förarbetenas roll m.m.**

Utgångspunkten måste alltså vara den att riksdag och regering har huvudansvaret för normbildningen i stort i samhället. Högsta domstolens roll är begränsad till tolkning, tillämpning och i vissa fall komplettering och utfyllnad av gällande lagar och författningar.

Ett belägg för att högsta domstolen ser sin roll på det sättet kan man också finna i det förhållandet att högsta domstolen under senare år allt oftare åberopar uttalanden i förarbetena särskilt då uttalanden av departementschefen och i vissa fall riksdagsutskottet. En förklaring till att högsta domstolen åberopar sådana förarbetsuttalanden kan nämligen ligga i det

förhållandet att högsta domstolen utgår från att normbildningen i princip ligger hos riksdag och regering varför det för rättstillämpningen blir av stor betydelse att söka utforska hur regering och riksdag avsåg att reglera den i målet uppkomna frågan.

Självfallet har lagtexten därvidlag den största betydelsen. Skulle lagtexten stå i strid med motivuttalanden blir sålunda lagtexten avgörande. Lagtextens ordalag följs också när de i och för sig är klara och otvetydiga, även om resultatet ibland kan framstå som sakligt olyckligt. Ett exempel på denna senare situation kan man finna i rättsfallet NJA 1984 s. 738. Lagtextens supremati har inte så mycket att göra med rollfördelningen mellan politiker och domare utan mera med traditionell uppfattning om lagtextens betydelse kombinerad med hänsyn till rättsäkerhet. Folk skall kunna lita på att en klar lagtext också ger uttryck för lagens faktiska innebörd.

När förarbetena åberopas är emellertid förhållandet vanligtvis det att förarbetsuttalandena inte strider mot lagtexten utan mera kompletterar lagtexten. Särskilt viktiga blir uttalandena i förarbetena, om man har att tillämpa en lagtext som är förhållandevis allmänt avfattad eller rent av utgör en s.k. generalklausul. Tar man inom rättstillämpningen i sådana situationer betydande hänsyn till uttalandena i förarbetena åstadkommer man att det praktiska resultatet blir det som politikerna har föreställt sig. Och det är ju politikerna som har huvudansvaret för normbildningen.

Det kan också sägas att det är rationellt för folk i allmänhet att domstolarna följer klara förarbetsuttalanden. Dessa uttalanden är ju tillgängliga för envar och allmänheten kan alltså inrätta sitt handlande efter vad som anges i förarbetena och därvid med lugn utgå från att domstolarna i händelse av tvist kommer att göra så som förarbetena anvisar. Förutsebarheten förbättras alltså genom att förarbetena respekteras.

### **Sammanfattning. — Gränserna för prejudikatbildningen**

För att sammanfatta: Högsta domstolen måste utöva sin prejudikatbildning med utgångspunkt i att huvudansvaret för normbildningen ligger hos de politiskt ansvariga instanserna. Det är viktigt att högsta domstolen visar lojalitet mot lagstiftaren så att de resultat som nås i rättstillämpningen stämmer med de grundläggande värderingar som uppbar den aktuella lagstiftningen. Vilka dessa värderingar är framgår av förarbetena till lagstiftningen. Dessa förarbeten skall respekteras i den mån de inte kommer i konflikt med t.ex. förarbeten på annat håll eller med lagtexten eller med allmänt veder-



tagna rättsgrundsatser. Slutligen måste högsta domstolen — när den överväger att ändra praxis — ställa sig frågan om en ändrad praxis kan medföra retroaktiva effekter av ett slag som man inte vill acceptera när det är fråga om ny lagstiftning. Allt detta medför betydande begränsningar för högsta domstolens handlingsfrihet.

### Prejudikatbildning i specialdomstolar

Den nu redovisade uppfattningen är inte okontroversiell. För ett par år sedan framfördes i Sverige vissa synpunkter på *arbetsdomstolen* som rättsbildare.

Professor Boel Flodgren skrev då följande (Perspektiv på arbetsrätten s. 135):  
 — — — »Vad AD gör i ett sådant fall är helt enkelt att bestämma hur rätten skall se ut med avseende på det aktuella fallet. AD:s avgörande i ett sådant fall är inte mera juridiskt underbyggt än parternas egna eventuella (skiljaktiga) ställningstaganden — båda parterna kan mycket väl ha stöd för sin argumentation i rättskällorna. Det avgörande är således inte att AD:s ställningstagande *är* rätt, utan att det *blir* rätt i och med att AD bestämmer sig för det. Det viktigaste är att ett avgörande *måste till* — tvisten måste bli avgjord på ett auktoritativt sätt så att parterna kan fortsätta att fungera i förhållande till varandra.

Frågan vad som uppfattas som ett rätt, d.v.s. rättsenligt, avgörande kan inte besvaras med utgångspunkt från rättskällorna, eftersom dessa i de svåra fallen inte ger någon direkt ledning. Den får i stället avgöras med utgångspunkt från den *samhälleliga acceptans* som avgörandet kommer att möta. Om konsekvenserna av beslutet är oacceptabla för endera parten (eller båda parter) kommer den parten (eventuellt båda parter) att mobilisera aktivitet för att ändra rättsläget. — — — I och med att AD har stora möjligheter att fritt ta ställning i de fall som förs under dess prövning kan man inte utesluta möjligheten att domstolen tar intryck av sådana olika typer av mobiliseringar/markeringar. Det är väl närmast en självklarhet att domstolen, då den tar ställning, beaktar vilket samhällsligt mottagande olika beslut kan tänkas komma att få.» — — —

Jag har inte fått riktigt klart för mig hur denna rättsbildning närmare bestämt går till enligt Boel Flodgrens mening men så mycket synes mig klart att Boel Flodgren inte räknar med den ganska långtgående bundenhet vid rättskällor i traditionell mening som jag anser bör föreligga. Jag vill nämna att andra arbetsrättsliga forskare framhållit att arbetsdomstolens praxis kännetecknas av en stark bundenhet vid förarbetena (Sigeman, Arbetsrätten i utveckling s. 216 samt Schmidt i SvJT 1970 s. 707).

Denna bundenhet vid förarbetena som även enligt min mening kännetecknar arbetsdomstolens praxis måste också sättas i samband med att den svenska arbetsdomstolen sedan mitten av 1970-talet haft att tillämpa en ny, omfattande och delvis politiskt omstridd lagstiftning. Det har stått klart att

de utförliga motivuttalanden som anknutits till den nya lagstiftningen noggrant övervägts inte bara av jurister utan också av politiker, fackliga förtroendemän och företrädare för näringslivet, som på ett eller annat sätt varit inblandade i lagstiftningsarbetet. När arbetsdomstolen strävat efter att i förarbetena finna belägg för hur dömandet bör gå till kan detta ses som ett uttryck för domstolens strävan efter normbundenhet. Domstolen har inte varit intresserad av att utöva makt.

Kan det då inte finnas några specialområden där man kan tänka sig ett mera fritt beslutsfattande också från en domstols sida? Ja, i Sverige finns faktiskt exempel på det i *marknadsdomstolens* tillämpning av bl.a. marknadsföringslagen. En central bestämmelse i den lagen handlar om otillbörlig marknadsföring och är utformad som en generalklausul. Det rättsstridiga anges i bestämmelsen vara att en näringsidkare vid marknadsföring företar reklamåtgärd eller annan handling som genom att strida mot god affärsed eller på annat sätt är otillbörlig mot konsumenter eller näringsidkare. Finns marknadsdomstolen att en reklamåtgärd är otillbörlig kan marknadsdomstolen förbjuda näringsidkaren att fortsätta därmed eller att företaga annan liknande handling.

Läsaren av den bestämmelsen frågar sig för det första vad som ligger i uttrycket god affärsed. Går man till förarbetena kommer man att finna att därmed avses det som marknadsdomstolen vid varje tillfälle finner vara stridande mot god affärsed. När lagregeln infördes år 1970 gjorde lagstiftaren den bedömningen att det fanns en grund att stå på i form av den utomrättsliga praxis som vuxit fram genom yttranden som avgavs främst under 1960-talet av Näringslivets Opinionsnämnd. Lagstiftaren förutsåg emellertid en ständigt pågående utveckling och menade därför att den önskvärda fortlöpande kontrollen av marknadsföringen bara kunde åstadkommas med hjälp av en mycket allmänt hållen generalklausul som hanterades av en domstol. Rättssäkerhetens krav tillgodosågs därigenom att sanktionen var förbud vid vite att upprepa den förkastliga åtgärden. Man skulle alltså inte med hjälp av generalklausulen kunna inskrida mot handlingar som företagits tidigare.

Litet tillspetsat kan sägas att den nyss återgivna konstruktionen innebär att lagstiftaren abdikerat från sin roll som normbildare och anförtrott den åt en domstol där både företrädare för näringslivet och för konsumentintressena finns företrädde. I det hänseendet har alltså marknadsdomstolen längre gående befogenheter än andra domstolar. Däremot har marknadsdomstolen vid sin tillämpning av generalklausulen inte tillgång till de sanktioner som domstolar i allmänhet har. Marknadsdomstolen kan ju då,

som nyss nämndes, inte ingripa mot det som redan har inträffat utan endast förbjuda näringsidkaren att i framtiden upprepa sitt förfarande.

### Prejudikatbildning i nya former

I sitt tidigare nämnda betänkande har rättegångsutredningen lagt fram mera långsiktiga reformtankar som innebär att högsta domstolen ges möjlighet att i nya former ta ställning till prejudikatfrågor utan samtidig prövning av sakfrågor.

Utredningen föreslår bl.a. att man i framtiden skall införa möjligheter för lägre domstol eller skiljenämnd att hänskjuta prejudikatfrågor till högsta domstolen. Ett av syftena med detta förslag är att få till stånd snabbare avgöranden av intressanta prejudikatfrågor. Detta förslag har, såvitt jag förstår, fördelar sett både från de enskilda parternas och från högsta domstolens synpunkt. Den part som är olycklig nog att bli indragen i rättegång där det råkar finnas en prejudikatfråga kan besparas lidandet att tröska målet genom tre instanser. Särskilt påfrestande måste detta vara när det från början står mer eller mindre klart att målet under alla omständigheter kommer att föras till högsta domstolen.

Rättegångsutredningen föreslår också att man på sikt skall införa ett helt nytt institut som kan kallas *rättsförklaring*. Tanken är att det skall vara möjligt, kanske främst för organisationer av olika slag, att vända sig direkt till högsta domstolen och begära besked om hur en viss angiven rättsfråga skall avgöras.

Det bör genast sägas att det inte kan bli fråga om att sätta igång något slags seminarieverksamhet i högsta domstolen. Rättslärda och andra som är intresserade av juridik bör inte kunna låta detta sitt intresse ta sig uttryck i att högsta domstolen tvingas syssla med mer eller mindre teoretiska problemställningar.

Vad saken gäller kan belysas genom att återge en i betänkandet redovisad frågeställning som först väcktes av den svenska bankföreningen år 1973 i en skrivelse till justitiedepartementet. I denna skrivelse presenterade föreningen femton konkreta fall från den allmänna civilrättens område i vilka rättsovissheten angavs vara eller ha varit besvärande utan att prejudikatbehovet kunnat tillgodoses i traditionell väg. Ett exempel var följande.

Vid factoring pantsätter säljare av varor ofta ett hos sin factor befintligt överhypotek i pantsatta kundfordringar hos en annan kreditgivare. Eftersom det var oklart huruvida för en giltig sådan pantsättning fordrades att

köparna av varorna denuntierats om pantsättningen, brukade enligt vad bankföreningen uppgav sådan denuntiation ske för säkerhets skull trots att det var arbetskrävande.

Hade institutet fristående rättsförklaring funnits skulle bankföreningen ha kunnat vända sig till högsta domstolen och begära en förklaring angående rättsläget vid factoring. Självfallet måste frågeställningen i sådant fall ha konkretiserats så att problemet presenterats för högsta domstolen på samma sätt som när det är fråga om verkliga tvister. Som en kuriositet kan nämnas att den nyss angivna frågeställningen löstes av den svenska högsta domstolen först år 1986 (NJA 1986 s. 217).

Enligt min mening finns det mycket som talar för att man bör införa det nya institutet fristående rättsförklaring, givetvis då med krav på prövningstillstånd.

Prejudikatbildning i traditionella former lider av flera nackdelar som inte präglar det nya institutet fristående rättsförklaring. Till dessa nackdelar hör att prejudikatfrågan kan skymmas av olika faktiska omständigheter i målet. Bevisfrågor kan göra att prejudikatfrågan kommer bort. Oskickligt hanterande från endera partens sida kan ge samma resultat. Som det ovan redovisade exemplet anger kan det också ta mycket lång tid innan ett prejudikat kommer till stånd.

Det nya institutet medför att högsta domstolen verkligen kommer att leva upp till sin roll som ansvarig för prejudikatbildningen. Seriösa intressenter — organisationer och liknande — kan få snabba och auktoritativa besked i för dem viktiga rättsfrågor. Den prestigebundenhet som kan uppkomma i mål av vanligt slag behöver inte bli så framträdande.

Ett bekymmer är självfallet att det gäller att hålla rågången mot lagstiftaren. Det är viktigt att hålla fast vid att den högsta instansens uppgift är att inom rättskipningens ram svara för prejudikatbildningen. Ansvar för den övergripande och centrala normbildningen måste ligga hos regering och riksdag.

### **Sammanfattande teser**

1. Den högsta instansens centrala uppgift är att fungera som prejudikatinstans. Ansvar för att målen får en materiellt riktig utgång måste till allra största delen läggas på underinstanserna.
2. Begränsa den högsta instansens prövning så att den sysslar väsentligen med rättsfrågor. Begränsningen kan åstadkommas genom ett system med

partiella dispenser. Visar sig det systemet ineffektivt får man överväga en övergång från systemet med appellationsdomstol till ett system med revisionsdomstol eller möjligen kassationsdomstol.

3. Avlasta den högsta instansen så långt möjligt från arbetet med att välja ut de mål som skall prövas av instansen. Lägg dispensprövningen på något utomstående domstolsliknande organ.

4. I prejudikatbildningen måste den högsta instansen vara noga med att respektera lagstiftarens revir. Ansvar för den centrala normbildningen måste ligga hos regering och riksdag.

5. Ta i den dömande verksamheten stor hänsyn till uttalanden i förarbetena till lagstiftningen. Därmed åstadkommes att lagstiftarens vilja respekteras samtidigt som allmänhetens möjligheter att förutse utgången i tvister förbättras.

6. Specialdomstolarnas situation är, när det gäller prejudikatbildning, oftast densamma som högsta domstolens. Att specialdomstolen måste ha ett ansvar också för den materiella utgången är emellertid tydligt.

7. Satsa på nya former på prejudikatbildning. Av särskilt intresse är därvid den svenska rättegångsutredningens förslag till s.k. fristående rättsförklaringar.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Asbjørn Kjønstad

## Fra svartedauen til AIDS

Referat för sektionsmötet under rubriken  
Farliga epidemier som rättsligt problem

**Innhold**

1. Trekk fra historien .....	312
1.1. Spanskesyken av 1918 .....	312
1.2. Svartedauen .....	312
1.3. Årsakstenking .....	313
1.4. Sykdommene overvinnes .....	314
1.5. Sunnhetsloven av 1860 .....	315
1.6. Interessekonflikter ved lovgivningens tilblivelse .....	316
2. Grunnprinsipper som er nedfelt i gjeldende lovgivning .....	318
2.1. Noen hovedsondringer .....	318
2.2. Den enkeltes plikt til å melde sykdom og oppsøke lege	320
2.3. Plikt til å la seg undersøke og behandle .....	320
2.4. Tvangsinnleggelse i sykehus .....	321
2.5. Isolering/portforbud	321
2.6. Legenes meldeplikter .....	322
2.7. Smitterisiko ved folkesamlinger .....	323
2.8. Rensing av rom og klær .....	323
2.9. Begravelser .....	323
2.10. Generelle regler om smittsomme og epidemiske sykdommer utenfor sunnhetslovgivningen .....	324
2.11. Oppsporing av smitekilder og besmittede personer ....	324
2.12. Yrkesforbud .....	325
2.13. Politiets medvirkning .....	326
2.14. Ekteskapsforbud .....	326
2.15. Økonomiske rettigheter .....	326
2.16. Hvilke sykdommer gjelder sunnhetsloven for? .....	327
2.17. Er gjeldende regler antikverte? .....	329
3. Rettspolitiske synspunkter .....	329
3.1. Innledning .....	329
3.2. Særlig om HIV-smitte og AIDS .....	331
3.3. Tiltak mot HIV-epidemien .....	332
3.4. Samarbeid med frivillige organisasjoner .....	334
3.5. Den enkeltes plikt til å melde sykdom og oppsøke lege	334
3.6. Plikt til å la seg undersøke .....	335
3.7. Tillit og konfidensialitet .....	336
3.8. Opplysningsplikt .....	337
3.9. Utdeling av sprøyter og kanyler .....	338
3.10. Oppsporing av smitekilder og besmittede personer ....	338

3.11. Restriksjoner på seksualitet .....	339
3.12. Yrkesforbud og oppsigelsesvern .....	340
3.13. Tvangsbehandling av HIV-smittede og AIDS-syke ....	340
3.14. Internering/isolering/portforbud .....	341
3.15. Avsluttende bemerkninger .....	343



# Fra svartedauen til AIDS

## Rettslige aspekter ved smittsomme og epidemiske sykdommer

Av professor dr. juris ASBJØRN KJØNSTAD, Norge

### 1. Trekk fra historien

#### 1.1 Spanskesyken av 1918

Ei 10 årig jente og hennes søster ligger alvorlig syke, men må likevel opp til vinduet for å se det som foregår utenfor. Gårdens tre hester er spent foran hver sin vogn med en kiste på. I kistene ligger jentenes mor og to brødre. Spanskesyken i 1918 hadde tatt deres liv.

Den 10 årige jenta ble senere min mor. I min barndom hørte jeg beretningen om spanskesyken så mange ganger at jeg ofte kan se de tre kistene for meg, og har følelsen av at jeg selv var med og opplevde det hele.

Senere har jeg lært at dette ikke er noen enestående hendelse. I Norge døde ca. 12.000 mennesker av spanskesyken, mens tallet for hele verden har blitt anslått til ca. 20 millioner. Det er dobbelt så mange som antallet falne under hele den første verdenskrig.

#### 1.2 Svartedauen

Tidligere har kolera, kopper, pest og andre farsotter herjet, og krevd millioner på millioner av dødsofre. I vårt land har Svartedauen vært den mest ondartede epidemi. Den kom til Norge i 1349 og spredte seg raskt over landet. Det antas at bare en tredjedel eller halvparten av befolkningen overlevde. Svartedauen herjet også i Danmark, Sverige og en rekke andre land, mens den visstnok ikke kom til Island og Finland. Norge var det land i Norden som ble hardest rammet av denne pesten. Redsel, savn, sorg og nød fulgte Svartedauen.

En levende redegjørelse for farsottene er gitt av Reichborn-Kjennerud i *Vår gamle trolldomsmedisin*.<sup>1</sup> Han skriver at Svartedauen for gjennom

<sup>1</sup> I. Reichborn-Kjennerud, *Vår gamle trolldomsmedisin III*, Skrifter utgitt av Det Norske Videnskaps-Akademi, Oslo 1940 s. 76—143.

nesten alle lag av befolkningen, som ild i tørt gress. Folk levde ikke mer enn et par dager før døden inntrådte. På de fleste steder raste epidemien ut i løpet av noen måneder.

En mengde av rikets øverste menn døde, og etter Svartedauen var det nye menn i de fleste høyere embeter. I flere bygder var det bare noen få overlevende; sagnet sier at det var en kvinne i Kvinesdal og en mann i Mandal, og de ble gift. Mange flyktet vettskremt til fjells for å berge seg; på mitt hjemsted er det et fjell som heter Kvinnfjellet, og sagnet sier at der er fordi en kvinne dro dit for å unngå pesten.

Svartedauen virket ødeleggende på det økonomiske liv. Store jordvidder som hadde vært under plogen, ble overgrodd av skog; det ble mange ødegarder. En stor del av husdyrene ble enten revet bort av pesten eller døde av vanrøkt. Kirken fikk ikke sin lovlige tiend, og Oslo-bispen klaget over dette til Kongen. De som førte sitt korn til salgs til byen, lå under større drikk enn noensinne, og glemte dermed den hellige rett og tiendkornet.

I pestens spor fulgte et kulturelt og sedelig forfall og en lovløs tid. Få av kirkens menn var i live etter Svartedauen; antakelig på grunn av det store og oppofrende arbeid de hadde gjort for syke og døende. Etter at folkets lærere var døde, vokste ungdommen opp i forhold som er blitt kalt råskap. Fyll og slagsmål hørte til dagens orden. Folk levde i sus og dus, som om hver dag skulle være den siste. Neveretten overtok for lov og orden, og administrasjonen var helt lamslått.

Ved Svartedauen stanset nesten all skrivingen i landet, så vi kan ikke helt vite hva som skjedde. Det er kanskje heller ikke så viktig om beskrivelsene ovenfor er dekkende. Faghistorikerne framstiller Svartedauen noe mindre dramatisk.<sup>2</sup> I alle fall førte Svartedauen ikke bare til at mange døde, men var også en sterk medvirkende faktor til radikale endringer i livs- og samfunnsforhold i middelalderen.

### 1.3 Årsakstenking

En svensk tuberkuloseforsker har kalt epidemiens historie »Via Dolorosa».<sup>3</sup> Hvorfor har menneskeheten måttet lide under de store landeplagene, som farsotter har brakt?

<sup>2</sup> Se f.eks. Jørn Sandnes, *Mannedauen og de overlevende*, i *Norges historie*, J. W. Cappelens Forlag A/S, bind 4 (Mykland, red.), Oslo 1977.

<sup>3</sup> Britt-Inger Puranen, *Via Dolorosa*, i helse- og sosialmagasinet *Liv*, nr. 1 for 1987 s. 11.

I gammel tid trodde folk at epidemiene var trolldoms verk; de var en følge av at dødningene sloss med de levende og dro dem etter seg til dødens rike. Lysende himmeltegn, kometer, svarte skyer og tett tåke kunne ses like før epidemiene kom, og de varslet om dem. I sagnene viser pesten seg som en menneskelig skapning; en mann med ljå, en kvinne med rive eller soplime, gjerne med en bok hvor navnene til dem som skulle dø var nedskrevet. Det var dengang en fremmed tanke at en sykdom kunne overføres med »smittestoff».<sup>4</sup>

Ofta møter man gudenes vrede som årsak til farsotter — som en straff for menneskenes synder. I Annen Mosebok benytter Herren pesten som en svøpe for å tvinge Farao til å la Moses og Israels barn fare ut av Egypt.

Legevitenskapen konsentrerer seg om bakterier, basiller, virus og andre smittestoffer, som overføres fra individ til individ, direkte eller via dyr, drikkevann og liknende. Legevitenskapen og helsearbeiderne har gjort en betydelig innsats for å bekjempe smittsomme og epidemiske sykdommer. Smittestoffer har blitt oppdaget og vaksiner utviklet. I løpet av det siste halve hundreår har antibiotika revolusjonert behandlingen av infeksjonssykdommer.

#### *1.4 Sykdommene overvinnes*

I Norden dominerte tuberkulose og andre infeksjonssykdommer dødsstatistikker i forrige århundret og en del av vårt eget. Disse sykdommer er nå nesten forsvunnet i den vestlige verden, men er fortsatt et dominerende problem i mange land.

Legevitenskapen og helsearbeiderne pleier som regel å høste hovedæren for at de tradisjonelle »massemorderne» har forsvunnet.

Men det hevdes også at de såkalte framskritt i medisinen ikke har hatt noen betydning for dette. Den meksikanske teolog og helseforsker Ivan Illich uttaler at legene i løpet av de siste hundre år ikke har påvirket epidemien mer enn prestene gjorde før dem. De ritualer som man gjør bruk av i våre medisinske templer, temmer ikke disse sykdommer mer effektivt enn djevelutdrivelse og annen magi. Tuberkulosen var kuliminert før Robert Koch oppdaget tuberkelbasillen; dødeligheten var sunket kraftig da de første tuberkulosesanatoriene ble bygget i vårt århundre; og sykdommen var i stor grad overvunnet da antibiotika kom i bruk etter annen verdenskrig. Kolera, dysenteri og tyfus viste tilsvarende kuliminasjon og nedgang uten å være under

<sup>4</sup> Samme sted som i note 1.

medisinsk kontroll. Illich forklarer dette med at folk har fått bedre boliger og ernæring.<sup>5</sup> Ellers er bedre hygieniske forhold en viktig sosial årsak til at tuberkulose og andre infeksjonssykdommer nå stort sett er overvunnet.

En tredje forklaring på at epidemiene ser ut til å være overvunnet, er at vi har hatt en ambisiøs og effektiv helselovgivning. Jørgen H. Berner la i sin avhandling om smittsomme sykdommer, som fikk Kongens medisinske gullmedalje i 1922, vekt på at myndighetene hadde vært lydøre overfor de sakkyndiges krav om bestemmelser.<sup>6</sup> Det ser ut til at han mener at lovbestemmelsene har hatt stor betydning for bekjempelsen av smittsomme sykdommer.

I Skandinavia har vi i to—tre hundre år hatt karanteneregler, som har representert et viktig forsvar mot farsotter. Skip fra steder hvor det var epidemier, fikk ikke fri adgang til land før det var undersøkt om det var smitteførende personer eller varer ombord, og skipene måtte ofte ligge lenge i karantene.<sup>7</sup>

Også landegrensene ble stengt og kontrollert. I 1710 gikk man så langt at norske bønder og andre på grensen mot Sverige måtte flytte en halv mil fra grensen. Svensker som tross sperringen våget seg over grensen, kunne skytes uten lov og dom; og de skulle gravlegges på stedet uten at noen rørte deres legeme og klær med hendene. Nordmenn som gikk over grensen og vendte tilbake, skulle miste sitt liv; og deres familie og tjenestefolk skulle isoleres under streng bevoktning. Norge slapp den pesten som dengang herjet i Danmark og Sverige, men man vet ikke sikkert om det skyldtes de strenge foranstaltningene.<sup>8</sup>

### 1.5 Sunnhetsloven av 1860

I forrige århundre ble det gitt en rekke bestemmelser for å bekjempe smittsomme og epidemiske sykdommer. Viktigst var sunnhetsloven av 1860, som fortsatt gjelder og som er den sentrale lov på området.

Denne loven tok sikte på å overvinne sykdommer ved forebyggende

<sup>5</sup> Ivan Illich, *Medisinsk nemesis* (oversatt av Truls Hoff), Oslo 1975 s. 13—15.

<sup>6</sup> Jørgen H. Berner, *En historisk fremstilling av lovgivningen mot de smittsomme sykdommer i Norge*, *Tidsskrift for Den Norske Lægeforening*, 1924 s. 388—394, 430—437, 467—484, 518—525, 565—585 og 427—442.

<sup>7</sup> G. E. Bentzen, *Den norske karantænelovgivnings utvikling*, trykt som Bilag 1 til *Udkast til lov og reglement om foranstaltninger mod indførsel af smittsomme sygdomme*, Kristiania 1904.

<sup>8</sup> Samme sted som note 1 s. 89, note 6 s. 574 og note 7 s. 1.

forholdsregler. Sunnhetslovens kapittel 1 er en generell miljølov, som gir grunnlag for radikale tiltak for å hindre sunnhetssskadelig påvirkning fra menneskenes fysiske, kjemiske, biologiske og hygieniske omgivelser. Sunnhetslovens kapittel 2 inneholder særregler om smittsomme og epidemiske sykdommer. Farsotter skulle så vidt mulig holdes borte, slik at individet og slekten kunne bevares.

Det ble opprettet lokale helseråd (sunnhetskommisjoner) med en lege som formann og hele kommunestyret eller deler av det som medlemmer. Møtene ble en skole der legen skulle utbre nyttige kunnskaper til de folkevalgte, som så igjen spredte opplysningene til hver sin krets. De folkevalgte ble et politisk korrektiv til legen. Folk ville lettere etterleve bestemmelser om tvang når de ble truffet av folkets egne valgte representanter.

Stadsfysikus Fredrik Mellbye — som er blant dem i Norge som nå har størst erfaring med epidemiske sykdommer — har understreket at sunnhetsloven legger »betydelig vekt på de menneskelige samkvemsformer og atferdsmønstre som medvirkende årsaksfaktorer til epidemiske og smittsomme sykdommers opptreden og spredning. Forståelsen for slike faktorer var faktisk mer fremtredende enn den synes å være i dag selv innenfor presumtivt mer sakkyndige kretser.»<sup>9</sup> Sunnhetsloven av 1960 var visjonær i sin forståelse av miljøets og atferdens betydning for den alminnelige helse-tilstand. Mellbye har også uttalt at sunnhetslovens forfattere »var i besittelse av de vesentlige egenskaper for å kunne lage en lov på et så dynamisk område som medisinsk administrasjon. De hadde en vid forståelse av landets politiske tradisjoner».<sup>10</sup> Lovkomitéen besto av landets fremste menn innenfor medisin, juss, politikk og samfunnsdebatt. Formann var Ulrik Anton Motzfeldt, som rakk å bli juridisk professor, sorenskriver, høyesterettsdommer, ordfører i Oslo og stortingsmann før han nådde midten av førtiårene.

### *1.6 Interessekonflikter ved lovgivningens tilblivelse*

Norsk lovgivning om smittsomme og epidemiske sykdommer er preget av en rekke restriksjoner som tar sikte på å hindre smittespredning: Plikt for leger og andre til å melde fra om smittsomme og epidemiske sykdommer, plikt for samfunnets borgere til å la seg undersøke og behandle, påbud om vaksinasjon, isolering av farlige smittebærere, yrkesforbud, regler

<sup>9</sup> Fredrik Mellbye, *Praktiseringen av smittelovgivning*, i Kjøenstad og Mellbye, *AIDS og JUSS*, Oslo 1987, s. 38.

<sup>10</sup> Fredrik Mellbye, *Sunnhetsloven av 1860 og de menn som skapte den*, Liv og helse, 1960 s. 104—110.

som tar sikte på oppsporing av smittekilder og besmittede personer, rensing av rom og klær som smittede har brukt.

Disse regler har blitt til etter grundige overveielser og politisk kamp. Hensynet til den enkeltes frihet har stått mot samfunnets interesse i å begrense epidemiene. I det følgende skal jeg nevne tre viktige eksempler på at pasientvern har stått mot samfunnsvern.

Da koleraen herjet i Oslo i 1853, ba sunnhetskommissjonen i Kristiansand Innenriksdepartementet om å stanse eller innskrenke dampskipsforbindelsen mellom de to byene, men dette ble ikke imøtekommet. Innenriksminister dengang var den kjente rettsvitenskapsmann, advokat og politiker Fredrik Stang d.e. De liberalistiske idéer hadde på den tid det store gjennombrudd; Stang var motstander av formynderstaten, herunder innskrenkninger i dampskipsanløpene. I omtaler av Fredrik Stang nevnes ofte hans energiske arbeid for næringsveier og kommunikasjonsvesenets utvikling og de store fortjenester som han derved gjorde for landets økonomiske oppkomst i sin tid som innenriksminister. »Bivirkningene» av hans politikk er blitt understreket i en nylig framlagt medisinsk doktoravhandling om koleraen i Oslo i 1853. Forfatteren — Lizzie Irene Knarberg Hansen — understreker at de økonomiske og næringsmessige interesser gikk hånd i hånd med datidens toneangivende legevitenskapelige syn på koleraen, som en ikke smittsom eller lite smittsom sykdom. Hun framhever videre at akademikerne arbeidet for en alminnelige økonomisk vekst, og at legeautoritetene så det som en samfunnsplikt å motarbeide karantene som forårsaket arbeidsløshet, manglende mattilførsel, dyrtid og sult. Forholdet var det samme i Danmark i 1853. Dampskipene seilte fra København til provinsbyene og nærmest »spydde» kolera utover disse, mens distriktslegene samlet seg til kraftig protest mot myndighetene i hovedstaden.<sup>11</sup>

Spedalskhet var utbredt i forrige århundre, og det var spørsmål om å tvangsinnlegge og forby smittede å gifte seg. Etter den alminnelige oppfatning var lepra ikke smittsom, men forplantet seg til neste generasjon ved »arv». I debatten om lepralovgivningen sto inngrep i den personlige frihet mot ønsket om effektive tiltak mot smittespredning. Den framtreddende juridiske professor og konservative politiker Anton Martin Schweigaard forsvarte giftemålsforbudet som »et moralsk Vækkelsesmiddel for de Spedalske til rigtig at opfatte sin Stilling og sine Pligter overfor det øvrige Samfund». Samfunnets vel var den overordnede politiske norm. Venstres leder

<sup>11</sup> Lizzie Irene Knarberg Hansen, Koleraen i Christiania i 1853, Seksjon for medisinsk historie, Universitetet i Oslo (stensil) 1986, særlig s. 32—53.

Johan Sverdrup angrep forslaget fordi det ville krenke det samfunnet er bestemt til å bevare, nemlig den personlige frihet og alminnelige rettssikkerhet. Forbudet ble vedtatt. I 1873 fant Armauer Hansen leprabasillen, og i 1885 fikk Norge en lepralov som ga helserådet rett til å forordne isolasjon eller innleggelse, om nødvendig med politiets hjelp.<sup>12</sup>

Jeg vil også nevne en debatt fra »vår egen tid», nemlig den som knytter seg til vaksinasjonsloven av 1954. I Stortinget var det enighet om at det skulle kunne gis påbud om vaksinasjon, men det var uenighet om hvor langt det skulle rekke. Flertallet i Stortingets sosialkomité uttalte at forholdene når epidemier opptrer varierer fra gang til gang, og at helsemyndighetene derfor burde ha »relativt vide fullmakter for å kunne stoppe epidemier effektivt». Mindretallet var »av den oppfatning at idéen om legemets ukrenkelighet er et hovedprinsipp innenfor alle rettsstater». Samfunnshensyn burde imidlertid kunne slå igjennom dette prinsippet, men det måtte være »en primær oppgave at lov om vaksinasjon ikke griper inn i den enkeltes rett til å bestemme over sitt legeme i høyere grad enn formålet tilsier». Mindretallet foreslo at en person burde fritas for vaksinasjon »hvis vedkommende godtgjør at han av alvorlig overbevisning ikke ønsker å bli vaksinert og den akutte infeksjonssykdom på grunn av sin utbredelse, art og forholdene forøvrig, ikke antas å representere en fare for folkehelsen». <sup>13</sup> Som i militærnektersaker ble her den enkeltes overbevisning akseptert som vegringsgrunn, men den skulle ikke slå igjennom når det var fare for folkehelsen.

De eksempler som jeg har nevnt, burde være tilstrekkelige til å vise at strid og argumentasjon ved spørsmål om tvangstiltak mot smittsomme og epidemiske sykdommer er gamle foreteelser som bare har dukket opp i en ny variant i tilknytning til vår tids fryktede epidemi — HIV-smitte og AIDS. Men debattene var mer åpne tidligere; moralske og politiske argumenter ble framført utslørt.

## 2. Grunnprinsipper som er nedfelt i gjeldende lovgivning

### 2.1 Noen hovedsondringer

Før jeg går nærmere inn på vår tids epidemi, skal jeg gjøre rede for gjeldende norsk lovgivning. Denne er omfattende, heterogen og spenner over

<sup>12</sup> Se Anne-Lise Seip, *Sosialhjelpstaten blir til*, Oslo 1984 s. 236—237.

<sup>13</sup> Innst. O. XI for 1954 (Innstilling fra Sosialkomitéen om lov om vaksinasjon) s. 3—5.

et tidsrom fra sunnhetsloven av 1860 og fram til i dag. Likevel skal jeg forsøke å dra opp noen hovedlinjer; det blir nødvendig å male med bred pensel.

Det eksisterer ingen norsk rettsvitenskapelig litteratur om smittsomme og epidemiske sykdommer. Såvidt jeg kan se, er stillingen den samme i de andre nordiske land. I dansk og svensk kriminologi er imidlertid AIDS-debatten tatt opp til behandling.<sup>14</sup> I det følgende vil jeg i første omgang (punkt 2) holde meg til gjeldende norsk rett.

Her må det først skilles mellom den ordinære helselovgivning og smitte-lovgivningen. Den sistnevnte lovgivning gjelder for smittsomme og epidemiske sykdommer. I lovgivningen heter det at disse sykdommer er gjenstand for det offentliges særlige forsorg. Dette innebærer at det offentlige har et særlig ansvar for de smittsomme og epidemiske sykdommene.

Den ordinære helselovgivning består i første rekke av sykehusloven, loven om kommunehelsetjensten, folketrygdlovens regler og medisinske stønader, medisinallovgivningen og helseprofesjonslovene. Denne lovgivning regulerer administrative og økonomiske forhold mellom forskjellige offentlige organer og deres forhold til helsearbeiderne. I den ordinære helselovgivning er pasientene lite synlige; de har få og lite presise rettigheter og plikter.

De som får smittsomme og epidemiske sykdommer, har derimot omfattende plikter. De har også hatt viktige økonomiske rettigheter ut over det som har fulgt av den ordinære helse- og trygdlovgivning.

Innenfor smittelovgivning kan det skilles mellom to nivåer. På det første nivå finner vi de regler som gjelder for alle smittsomme og epidemiske sykdommer; det er først og fremst reglene i sunnhetsloven kapittel 2, karantene-loven av 1952 og vaksinasjonsloven av 1954. På neste nivå finner vi en spesiallovgivning for to områder, nemlig for sykdommer av tuberkuløs opprinnelse og for kjønnssykdommer. På disse to områder er den enkeltes plikter og rettigheter mer vidtgående enn ellers i smittelovgivning.

Et hovedprinsipp i norsk helserett er at det er opp til den enkelte om han vil oppsøke helsevesenet, underkaste seg undersøkelse, motta behandling og legge seg inn på sykehus. Som den store hovedregel har samfunnets borgere intet rettskrav på å få behandling.<sup>15</sup> Men den som — tross helsekøer — lykkes i å oppnå pasientstatus, har rett til informasjon om sin helsetilstand

<sup>14</sup> Vagn Greve og Annika Snare, AIDS — Nogle retspolitiske spørgsmål, Kriminalistisk instituts stencilserie nr. 35, København 1986, Vagn Greve og Annika Snare, Rets-systemet v. AIDS, Retfærd 1986 s. 4—18 og Hans Ytterberg og Bo Widgren, Strid om lagstiftningen kring AIDS i Sverige, Retfærd 1986 s. 19—22.

<sup>15</sup> Se nærmere Asbjørn Kjønstad, Helserett, Oslo 1987 s. 45—72.



og behandlingen, rett til innsyn i egen sykejournal, og helsearbeiderne har plikt til å bevare taushet overfor andre om pasientens sykdommer og andre personlige opplysninger.<sup>16</sup> Flere av disse prinsipper fravikes når det dreier seg om smittsomme og epidemiske sykdommer, og det er dette som skal behandles i det følgende.

## 2.2 *Den enkeltes plikt til å melde sykdom og oppsøke lege*

Etter kjønns sykkelovens § 2 har enhver som vet eller har grunn til å tro at han lider av kjønns sykdom, plikt til å søke lege. Er han mindreårig eller av andre grunner ikke i stand til å ivareta sitt tarv når det gjelder sykdommer, plikter den som har omsorgen for ham å sørge for at han får legetilsyn. Tilsvarende bestemmelser er ikke å finne i tuberkuloselovgivningen.

Etter sunnhetslovens § 14 skal husbonden melde fra til helserådets ordfører når noen innen hans krets får en sykdom som utbrer seg til flere og som er av ondartet beskaffenhet. Det kan være noe tvilsomt om den enkelte selv har plikt til å melde fra til helserådet, eventuelt oppsøke lege. Det kan hevdes at husbondregelen er falt bort som foreldet. Men det kan også hevdes at alle nå selv har en meldeplikt da voksne personer i dagens samfunn må ansees å være sine egne husbønder.

Etter dette vil den som får en smittsom og epidemisk sykdom muligens ha plikt til å melde dette til helserådet eller oppsøke lege.

## 2.3 *Plikt til å la seg undersøke og behandle*

I kjønns sykkelovens § 2 uttales det med klare ord at den syke plikter å underkaste seg nødvendig behandling og etterkontroll. Undersøkinger for å kunne stille diagnose må anses som å falle inn under begrepet »behandling».

Etter tuberkuloselovgivningen har enhver plikt til, etter påbud, å framstille seg til tuberkulinprøving og etterfølgende reaksjonskontroll samt røntgenundersøking av lungene ved skjermbildefotografering.<sup>17</sup> Disse plikter påhviler alle i samfunnet, ikke bare de tuberkuløse. Etter tuberkuloseloven av 1900 § 5a annet ledd foreligger det en plikt til å underkaste seg hygienisk tilsyn, men ellers er det tvilsomt hvor langt undersøkings- og behandlingsplikten gjelder for dem som lider av tuberkuløse sykdommer.

<sup>16</sup> Lov om leger av 13. juni 1980 nr. 42 §§ 25, 31—37 og 46.

<sup>17</sup> Lov om røntgenundersøkelse ved skjermbildefotografering av 12. desember 1947 nr. 15 og lov om tuberkulinprøving og vaksinasjon mot tuberkulose av 12. desember 1947 nr. 16.

Sunnhetsloven har heller ikke klare regler om plikt til å undersøking og behandling. Det er mulig at en slik plikt følger av den generelle formuleringen i § 15 om at helserådet kan «anordne og foranstalte hva sykdommes beskaffenhet påkrever», jfr. punkt 2.5. nedenfor.

Etter dette vil den som får en smittsom og epidemisk sykdom, som hovedregel ha plikt til å underkaste seg undersøking og behandling. Selv om det ikke skulle foreligge noen slik rettslig plikt for andre enn kjønnssyke, vil de fleste følge legens forordninger fordi det ellers kan bli spørsmål om tvangsinnlegging i sykehus.

#### 2.4 *Tvangsinnleggelse i sykehus*

Etter sunnhetslovens § 21 kan helserådet gi pålegg om at personer med farlige sykdommer som kan smitte, skal la seg behandle på sykehus, såfremt de ikke uten opphold kan skaffes forsvarlig pleie i heimen eller i en annen bustad. Tilsvarende bestemmelse er inntatt i kjønnssykelovens § 2 tredje punktum.

Også etter kjønnssykelovens § 8 tredje ledd og etter tuberkuloselovens § 6 annet ledd kan helserådet beslutte innlegging i sykehus; her er det imidlertid ikke uttrykkelig sagt at det foreligger behandlingsplikt, men det følger av de øvrige bestemmelser i kjønnssykeloven og tuberkuloseloven.

Etter dette vil den som får en smittsom og epidemisk sykdom kunne pålegges innlegging og behandling i sykehus. For de fleste vil dette representere et meget stort inngrep i friheten.

Undersøking, behandling og sykehusinnlegging kan skje av hensyn til de syke eller av hensyn til at de friske ikke skal bli smittet. Dette framgår av ordlyden i en rekke lovbestemmelser (f.eks. kjønnssykelovens § 8 og tuberkuloselovens § 6) og av lovforarbeidene. Når plikter pålegges en pasient utelukkende for å ivareta andres interesser, kan det oppstå konflikter. Det er derfor behov for rettssikkerhetsgarantier. Vedtak om tvangsinnlegging i sykehus eller annen tvungen isolering kan bringes inn for domstolene etter særlige regler i tvistemålslovens kapittel 33 om overprøving av administrative vedtak om frihetstap og andre tvangsinngrep.

#### 2.5 *Isolering/portforbud*

Når en person kan innlegges i sykehus for å hindre smitte av andre, skulle man tro at han også kan isoleres fra omgivelsene i sitt hjem eller andre steder. Vi har imidlertid ingen klar lovbestemmelse som hjemler dette, men i sunn-

hetslovens § 15 er det en generell bestemmelse om at helserådet skal »anordne og foranstalte hva sykdommenes beskaffenhet påkrever». Bestemmelsen forutsetter at helserådet er aktiv ved farlige smittsomme og epidemiske sykdommers utbrudd eller nærmelse. Spørsmålet er om denne bestemmelsen bare legger plikter på helserådet, eller om den også gir hjemmel til å pålegge borgerne plikter.

Spørsmålet har vært forelagt Høyesteretts kjæremålsutvalg (Rt. 1971 s. 854). Det forelå fare for at en person som arbeidet ved et kurbad, hadde blitt koppersmittet. Helserådet traff beslutning om at funksjonærene ved kurbadet og deres familier skulle isoleres: De kunne bare oppholde seg i sine hjem, på arbeidstedet og ikke benytte offentlig befordringsmidler mellom disse to steder. En fysioterapeut brøt helserådets beslutning ved å kjøre bil til andre steder og ved å besøke et reisebyrå. Hun ble straffet for denne overtredelsen. Kjæremålsutvalget fant at sunnhetslovens § 15 ga nødvendig lovhjemmel til å treffe beslutning om kortvarig isolasjon hvor den enkelte kunne være i sitt hjem.

Et langt større inngrep vil det være hvis noen isoleres i en særskild institusjon i lengre tid. Det er tvilsomt om sunnhetslovens § 15 gir hjemmel til dette. Lovens ordlyd og overnevnte kjennelse fra Høyesterett gir imidlertid ingen antydninger om at det kan settes en grense ved mer vidtgående isolasjoner.

## 2.6 Legenes meldeplikter

Som nevnt har helsearbeiderne taushetsplikt; formålet med denne er å beskytte pasientene. Denne beskyttelsen er mindre enn ellers når det dreier seg om smittsomme og epidemiske sykdommer.

Etter sunnhetslovens § 20 og legelovens § 39 skal legene gi melding til helserådet om smittsomme og epidemiske sykdommer som de har hatt å gjøre med under sin virksomhet. Uten hinder av taushetsplikten kan opplysninger gis videre når dette ansees nødvendig for å hindre utbredelse av sykdom som er gjenstand for det offentliges særlige forsorg.<sup>18</sup>

Også etter tuberkuloselovens § 2 har legene plikt til å gi melding til helserådet. Etter kjønnssykelovens § 6 er meldeplikten mer betinget; det er bare de som ikke følger kjønnssykeloven og forskriftene, som skal meldes med navn til helserådets ordfører.

<sup>18</sup> Se nærmere Forskrifter om melding av infeksjonssykdommer, fastsatt av Sosialdepartementet den 12. desember 1974.

Reglene om legenes meldeplikter viser at hensynet til å bekjempe smittsomme og epidemiske sykdommer har blitt ansett som viktigere enn hensynet til at den syke skal kunne oppsøke lege og ha trygghet for at det som kommer fram under behandlingen, bare skal bli mellom dem.

### 2.7 *Smitterisiko ved folkesamlinger*

Under epidemier kan det være viktig å unngå samlinger av mennesker, hvor smitte kan finne sted. Etter sunnhetslovens § 15 fjerde ledd kan helse- direktøren forby avholdelse av stevner, forestillinger, utstillinger og andre arrangementer som samler et større antall mennesker. Bestemmelsen kan også anvendes for å hindre utbredelse av kjønnsykdommer, da sunnhetsloven også gjelder for kjønnsykdommer. I tuberkuloselovens § 11 har Kongen fått vidtgående kompetanse til å fastsette generelle regler om bruk av lokaler og arbeidsrom hvor flere pleier å oppholde seg. Det kan altså pålegges vesentlige innskrenkninger i mulighetene til å utøve næring, foreningsvirksomhet og forsamlingsfrihet.

### 2.8 *Rensing av rom og klær*

Sunnhetslovens § 24 inneholder en bestemmelse om gjenstander som kan være smittebærere. Helse- rådet kan påby rensing av rom og klær som har vært benyttet av en person med smittsom og epidemisk sykdom. Herunder faller også kjønnsykdommer. Etter tuberkuloselovens §§ 7 og 8 foreligger det plikt til å rense rom og klær som har blitt benyttet av en smittet, og de må ikke overlates til andre før rensing har funnet sted.

### 2.9 *Begravelser*

Etter sunnhetslovens § 25 kan helse- rådet gi nærmere forskrifter om be- gravelser for å hindre sykdommens utbredelse. Sørgestuer og likfølger kan forbys, og det kan påbys at begravelser skal foregå så snart døden har inntrådt. I boka *Pesten* beskriver Nobelprisvinneren Albert Camus be- gravelser som likner på det vi kjenner fra konsentrasjonsleirer.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Albert Camus, *Pesten* (oversatt av Johannes Skancke Martens), Oslo 1965 s. 117—126.

## 2.10 *Generelle regler om smittsomme og epidemiske sykdommer utenfor sunnhetslovgivningen*

I tillegg til sunnhetsloven har vi tre generelle lover av betydning for smittsomme og epidemiske sykdommer, nemlig karantene-loven av 1952, vaksinasjonsloven av 1954 og straffeloven av 1902. Dertil er næringsmiddel-lovgivningen, bygningslovgivningen og arbeidsmiljølovgivningen av stor betydning, men skal ikke behandles her.

Karantene-lovgivningen har endret karakter i løpet av de to-tre hundre år vi har hatt slik lovgivning. Det begynte med forbud mot samkvem med andre land i smittetruende tilfelle, gikk over til karantenerregler og ble deretter erstattet med et inspeksjonssystem. Internasjonale konvensjoner har preget de nasjonale tiltak de siste hundre år. Den norske loven av 1952 gir Kongen vidtgående fullmakter for å verne mot at smittsomme sykdommer bringes til eller fra Norge. Adgangen til å benytte disse fullmakter er innskrenket ved at Norge har tiltrådt det internasjonale karantenereglementet, som er preget av at hensynet til fri ferdsel og handel mellom landene er tillagt stor vekt.

Etter vaksinasjonsloven av 1954 kan det påbys innpoding eller innsprøytning som tar sikte på å immunisere mot kopper og andre farlige akutte infeksjonssykdommer. For kroniske sykdommer har vi ingen generell hjemmel for å påby vaksinasjon. Men det er en særskilt hjemmel til å påby vaksinasjon i tuberkuloselovgivningen.<sup>20</sup>

Vaksinasjonslovgivningen gjelder for alle i samfunnet, og er av særlig betydning for dem som ikke er smittet.

Etter straffelovens §§ 154, 155, 156, 357 og 358 kan det reageres med straff mot dem som forsettlig eller uaktsomt bevirker at en smittsom sykdom finner utbredelse. Ved smitte kan også reglene om legemsfor-nærmelser, beskadigelser og drap i enkelte tilfelle komme til anvendelse.<sup>21</sup>

Etter at jeg nå har gjort rede for de generelle prinsipper som gjelder for de smittsomme og epidemiske sykdommer, skal jeg se på særbestemmelser om kjønns sykdommer og sykdommer av tuberkuløs opprinneise.

## 2.11 *Oppsporing av smittekilder og besmittede personer*

Kjønns sykkeloven legger stor vekt på å oppspore smittekilden og kartlegge

<sup>20</sup> Lov om tuberkulinprøving og vaksinasjon mot tuberkulose av 12. desember 1947 nr. 16.

<sup>21</sup> Brev av 1. oktober 1985 fra Justisdepartementet til Helsedirektoratet om straff-ansvar for personer som overfører AIDS-smitte.

hvem den kjønnsyke kan ha smittet. Legen skal spørre pasienten om hvem smitten er overført fra, og hvem pasienten kan ha overført smitten til. Legen skal enten undersøke disse selv eller sende melding til helserådets ordfører (§ 5). Dersom den kjønnsyke ikke vil oppgi smitekilden eller mulige smittede, kan helserådets ordfører innkalle ham for å få nærmere opplysninger (§ 9), og han skal da bruke sin autoritet for å få fram opplysninger.<sup>22</sup>

Også tuberkuloseloven inneholder en bestemmelse (§ 5a) som tar sikte på å bringe smitekilden på det rene og om det er andre smittede i den sykes eller smittedes omgivelser. Det kan foretas undersøkelser av bolig, personer som bor eller oppholder seg i den, arbeidskamerater og andre som den tuberkuløse stadig er sammen med.<sup>23</sup> Ingen kan motsette seg slike miljøundersøkelser, og det er plikt til å møte der undersøkelsene foretas.

Sunnhetsloven har ikke tilsvarende bestemmelser om oppsporing av smitekilder og mulige smittede, men helserådet har etter § 15 en alminnelig plikt til å «anordne og foranstalte hva sykdommens beskaffenhet påkrever», se punkt 2.5 ovenfor.

## 2.12 Yrkesforbud

Begrepet yrkesforbud — Berufsverbot — forbindes i vår tid med uverdige forhold på arbeidsmarkedet. Men forbud mot deltagelse i arbeidslivet har vært benyttet for å motarbeide smittsomme sykdommer.

For å hindre tuberkulosesmitte kan tuberkuløse forbyes å delta ved tilberedning av næringsmidler, som barnepiker og som lærere. Helserådet kan forby salg av melk når tuberkuløse deltar i stell av kyr eller behandling av melk (tuberkuloselovens § 10).

I kjønnsykelovens § 10 er helserådet gitt en generell kompetanse til å forby en kjønnsyk å delta i arbeid eller virksomhet hvorved smitte kan overføres.

Sunnhetsloven inneholder ikke egen bestemmelse om yrkesforbud, men det er mulig at dens generelle bestemmelse i § 15 kan benyttes som hjemmel til å nekte deltaking i visse deler av arbeidslivet.

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 5 for 1947 om lov om åtgjerder mot kjønnsykdommer s. 7.

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 94 for 1947 (Om lov om endring i lov av 8. mai 1900 angående særegne foranstaltninger mot tuberkuløse sykdommer) og Innst. O. nr. 222 for 1947 (Innstilling fra helsekomitéen om lov om endring av lov av 8. mai 1900 angående særegne foranstaltninger mot tuberkuløse sykdommer).

### 2.13 *Politiets medvirkning*

Kjønns sykkelovens restriktive karakter framtrer blant annet av § 11. Her fastslås det at politiet plikter å yte bistand for å gjennomføre tiltak når det kreves av helsedirektøren, fylkeslegen eller helserådets ordfører. Politiet skal av eget tiltak gi melding til helserådets ordfører om kjønns sykdom som det har fått kjennskap til. Når politiet nærer mistanke om at en som er pågrepet eller fengslet lider av kjønns sykdom, skal vedkommende framstilles til undersøkelse.

Sunnhetslovens § 5 instituerer at helserådet skal ha samarbeid med og bistand fra politiet. Denne bestemmelsen, som står i sunnhetslovens kapittel 1, gjelder også ved tuberkulose.

### 2.14 *Ekteskapsforbud*

Ekteskapsloven av 1918 § 6 forbyr den som lider av venerisk sykdom som ennå frambyr smittefare å inngå ekteskap, medmindre den annen part er gjort kjent med sykdommen og begge parter har fått muntlig veiledning av en lege om farene ved sykdommen.

Bestemmelsen virker gammelmodig i vår tid, hvor føreketenskaplige, utenekteskaplige og ekteskapslignende forhold og samliv er vanlige. Ekteskapslovutvalget har foreslått at ekteskapsforbudet ved kjønns sykdommer oppheves.<sup>24</sup>

### 2.15 *Økonomiske rettigheter*

Det knytter seg visse økonomiske særrettigheter til behandling av tuberkulose og kjønns sykdommer. Disse var særs viktige dengang vi ikke hadde et så vel utbygd trygdesystem og helsevesen som vi har i dag. Men fortsatt er enkelte av de eldre regler av betydning:

Folketrygden dekker vanligvis hovedtyngden av utgiftene til legebehandling og medisiner, men pasientene må betale visse egenandeler selv. Dette slipper de som har tuberkulose og kjønns sykdommer.<sup>25</sup> Dette begrunnes med at de har behandlingsplikt.

Folketrygdlovens kapittel 3 om sykepenger inneholder begunstigende regler for dem som har smittsomme sykdommer. I § 3-2 er det gjort viktige

<sup>24</sup> NOU 1986:2 (Innstilling til ny ekteskapslov, del 1) s. 35.

<sup>25</sup> NOU 1986:11 (Folketrygdens forhold til helsetjenestene og andre ordninger) s. 60 og 70.

unntak fra lovens hovedprinsipp om at retten til sykepenger er betinget av at den trygdede er arbeidsufør: Sykepenger kan tilstås når lege erklærer at behandlingen gjør det nødvendig at trygdede ikke arbeider; dette er aktuelt når en smittet arbeidsfør person innlegges i sykehus for å få behandling. Videre kan sykepenger tilstås når helserådet erklærer at smittefare gjør det nødvendig at den trygdede ikke arbeider, f.eks. hvis han er ansatt i næringsmiddelindustrien. Sykepenger kan også tilstås når nødvendige kontrollundersøkelser medfører at den trygdede ikke kan arbeide, f.eks. hvis det er nødvendig men en lang reise for å foreta skjermbildefotografering.

### 2.16 Hvilke sykdommer gjelder sunnhetsloven for?

Sunnhetslovens kapittel 1 gjelder for alle sykdommer, mens kapittel 2 inneholder «særegne Foranstaltninger imod epidemiske og smittsomme Sygdomme». Dermed blir begrepene «epidemiske», «smittsomme» og «sykdomme» av avgjørende betydning for anvendelsesområdet til dette kapittel, som inneholder lovens tvangsbestemmelser. Skal en tilstand omfattes av disse bestemmelsene må den falle inn under alle disse tre begrepene.

En rekke sykdommer gjør utvilsomt det, f.eks. kolera, kopper og pest. Også kjønns sykdommene er både smittsomme og epidemiske, og sunnhetslovens kapittel 2 ble anvendt på kjønns sykdommene før vi fikk en egen kjønns sykkelov.<sup>26</sup> Fortsatt kan sunnhetslovens kapittel 2 anvendes overfor kjønns sykdommer dersom det er spørsmål om tiltak som ikke er særskilt hjemlet i kjønns sykkeloven, se punktene 2.7, 2.8 og 2.9. Dessuten kan sunnhetslovens kapittel 2 anvendes overfor seksuell overførbare sykdommer som ikke omfattes av kjønns sykkeloven. Denne loven omfatter bare syfilis, gonoré og andre sykdommer som er nevnt i lovens § 1, mens f.eks. nyere sykdommer som herpes 2, HIV-smitte og AIDS faller utenfor.

På siste halvdel av forrige århundre ble det gitt egne lover om spedalskhet. Det skyldes at lepra dengang ble ansett å falle utenfor sunnhetslovens kapittel 2, da den ikke ble regnet som smittsom.<sup>27</sup>

Tuberkulose har også blitt ansett å falle utenfor sunnhetslovens kapittel 2. Det framgår av tuberkuloselovens forarbeider,<sup>28</sup> litteratur<sup>29</sup> og forarbeider

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 5 for 1947 (Om lov om åtgjerder mot kjønns sykdommer) s. 1.

<sup>27</sup> Jørgen H. Berner (se note 6) s. 524.

<sup>28</sup> Ot.prp. nr. 10 for 1898 (Om Udfærdigelse af en Lov angaaende særegne Foranstaltninger mod tuberkulose sygdomme) s. 6.

<sup>29</sup> Jørgen H. Berner (se note 6) s. 565.



til senere lover.<sup>30</sup> Jeg har ikke funnet noen begrunnelse for dette. Men da tuberkulosens smittsomhet var anerkjent omkring århundreskiftet, må det være fordi den ikke ble ansett som å være epidemisk. Begrepet »epidemi» kan defineres som en »opptreden av sykdom hos et større antall individer innenfor et kortere tidsrom».<sup>31</sup> Tuberkulose hadde en konstant og vedvarende utbredelse i hele forrige århundre, og har i dette århundre stadig vært på tilbakegang. Men det er antatt at selv langt inn i vårt århundre har nesten hele befolkningen vært smittet av tuberkulose. Det dreide seg altså ikke om en sykdom som plutselig dukket opp, herjet i noen måneder og så forsvant.

Et viktig spørsmål er om HIV og AIDS kan aneeses som epidemisk sykdom som faller inn under sunnhetslovens kapittel 2. HIV og AIDS har nok så plutselig dukket opp, og deretter sprer de seg med stor fart. Men det er lite trolig at de forsvinner av seg selv, slik som de gamle og typiske epidemiene gjorde. HIV og AIDS ser derfor ut til å ligne mer på tuberkulose enn typiske epidemier som pest, kopper og kolera.

På den annen side ligner de kanskje mest på kjønnssykdommer, som utvilsomt faller inn under sunnhetslovens kapittel 2. I Stig Frølands bok, som er det mest utførlige medisinske verk om HIV-smitte og AIDS i Norge,<sup>32</sup> og i Helsedirektørens tiltaksplan for bekjempelsen av HIV-infeksjonen<sup>33</sup> uttales det en rekke ganger at disse tilstander representerer en epidemi, og de beskrives først og fremst som kjønnssykdommer. Også i praksis har reglene i sunnhetslovens kapittel 2 blitt benyttet på AIDS, f.eks. som grunnlag for tvangsinnlegging i sykehus. Etter min mening er dette en holdbar tolkning av sunnhetsloven. Dette innebærer at hele det register av tvangstiltak som er hjemlet i sunnhetslovens kapittel 2, i prinsippet kan anvendes ved AIDS.

Men AIDS utvilsomt må betegnes som en sykdom er det mer tvilsomt om man kan si det samme om HIV. Særlig tvil kan det knytte seg til situasjonen så lenge den smittede ikke har noen som helst sykelige symptomer. Derimot må det være klart at loven kan anvendes når komplikasjoner inntreffer (LAS, ARC og beslektede tilstander). Jeg antar imidlertid at sunnhetslovens ka-

---

<sup>30</sup> Ot.prp. nr. 45 for 1947 (Om lov om tuberkulinprøving og vaksinasjon mot tuberkulose) s. 1.

<sup>31</sup> Sigvard Tschudi Madsen, i Aschehougs konversasjonsleksikon, Oslo 1969, Bind 5 s. 731.

<sup>32</sup> Stig Frøland, AIDS — en utfordring til oss alle, Oslo 1986.

<sup>33</sup> Helsedirektørens tiltaksplan for bekjempelse av HIV-infeksjonen, utgitt av Helsedirektoratet, 15. oktober 1986.

pittel 2 også kan benyttes overfor dem som befinner seg i det første immunsviktende stadium.

### *2.17 Er gjeldende regler antikverte?*

En stor del av de epidemiregler som jeg overfor har gjennomgått, har vært lite brukt de senere år. Kan de nå etter hundre års Tornerose-søvn vekkes til live? Eller for å stille spørsmålet juridisk: Er ikke bestemmelsen falt bort som foreldet, antikvert — ved desvetudo?

Nei! Reglene har vært brukt når epidemier har forekommet, f.eks. av Høyesteretts kjæremålsutvalg i 1971. Epidemilovgivningen er en beredskapslovgivning som skal stå parat til bruk når nye epidemier truer eller bryter ut.

Sunnhetsloven av 1860 og tuberkuloseloven av 1900 er gammelmodige og preget av forrige århundres restriktive holdning til helse spørsmål og sosiale problemer. Disse lover er frukter av dette århundres rettsstatstenkning.

I den moderne velferdsstaten er det ikke tvangen, men tilbudene som står i sentrum. I vårt samfunn har det offentlige ved skatter og avgifter skaffet seg herredømme over halvparten av nasjonalproduktet, og borgernes atferd og livssituasjon blir først og fremst søkt påvirket ved tildeling av ressurser — opplysningsvirksomhet, tilbud om helsetjenester og utbetaling av trygdepenger. Et viktig spørsmål er om vi trenger de gamle tvangsregler som supplement til eller i stedet for de moderne tiltak.

## **3. Rettspolitiske synspunkter**

### *3.1 Innledning*

Hvordan bør lovgivningen om smittsomme og epidemiske sykdommer utformes for framtida?

Dette er ikke et rent juridisk spørsmål; ikke engang først og fremst juss. Det er et alminnelig samfunnsspørsmål hvor medisinske, psykologiske, etiske, juridiske, økonomiske og andre synspunkter må tillegges vekt. Hos oss er det først og fremst legene som har deltatt i debatten; de har hatt divergerende oppfatninger om hvilke tiltak som bør benyttes overfor HIV-smittede og AIDS-syke, men de ser ut til å være nokså enige om det medisinske grunnlaget for tiltakene. I det følgende vil jeg særlig legge vekt på de juridiske sider, og i stor grad blir det personlige oppfatninger.

Et synspunkt, som antakelig er nokså ukontroversielt, er at vi i Norge

har behov for ny lovgivning på dette området. Problemene som knytter seg til epidemiene har ikke vært skikkelig gjennomdrøftet siden vi fikk sunnhetsloven av 1860 og tuberkuloseloven av 1900. Det er et helt annet samfunn vi nå lever i, og lovene er gammelmodige og uklare på en rekke punkter. De øvrige nordiske land har nye lover om smittsomme sykdommer, og vi bør gjennomgå disse for å se hva vi kan lære av og hva vi bør gjøre annerledes. Siden epidemiene ikke er nasjonale, men vandrer raskt over landegrensene, er det også viktig å orientere seg mot den øvrige verden.

Et annet hovedsynspunkt er at en ny lovgivning må være preget av tilbud om helsehjelp og satsing på opplysningsvirksomhet. Alle som rammes av epidemiske og smittsomme sykdommer eller som ønsker å få avklart om de er rammet, må få adgang til tilgjengelige diagnostiske undersøkelser, medisinsk behandling der det er mulig, sykepleie og omsorg. Det er også viktig med psykologisk behandling for å kunne møte kriser som knytter seg til alvorlige og livstruende sykdommer.<sup>34</sup> Opplysningsvirksomheten bør dels ta sikte på å gi de smittede informasjon slik at de lettere kan mestre sin sykdom, og dels ta sikte på å hindre videre smittespredning.

Det kontroversielle spørsmålet er om man i tillegg til regler om tilbud og opplysningsvirksomhet, skal ha tvangsregler. Dette skal jeg komme nærmere inn på i det følgende. Her skal jeg bare tone mitt alminnelige syn: Når epidemier bryter ut eller nærmer seg, er det alvorlig fare for folkehelsen og for samfunnet for øvrig. I en slik situasjon er det ikke bare samfunnet som bør ha plikter, men også borgerne. Nesten alle vil føle det riktig at man har plikter overfor sine medmennesker og viser det ansvar situasjonen krever. Men erfaringsmessig er det noen få som ikke gjør det, og det kan ha katastrofale følger for andres liv og helse. Da må samfunnet kunne benytte tvang for å beskytte fundamentale samfunnsinteresser. Men tvangen bør bare benyttes som siste utvei — når mildere tiltak ikke fører fram. Dessuten bør tvangen omgjøres med rettssikkerhetsgarantier slik at vilkårlighet og urett mot den enkelte unngås.

Det er ikke bare i helselovgivningen vi har regler om tvang for å beskytte borgernes helse. I punkt 2.10 er næringsmiddelovgivningen, bygningslovgivningen og arbeidsmiljølovgivningen nevnt. Disse regler retter seg først og fremst mot næringsliv og andre ressurssterke grupper. Som eksempel på anvendelse av arbeidsmiljøloven kan nevnes nedleggningen av Norcems eternittfabrikk på Slemmestad. I løpet av de 40 årene fabrikk var i virksom-

<sup>34</sup> Mona Duckert, Testen din er positiv, — Om krisereaksjoner hos stoffmisbrukere, i bladet stoffmisbruk, nr. 3—4 for 1986 s. 37 flg.

het, var nærmere 1.000 arbeidere ansatt der, og pr. september 1983 hadde 16 dødd og 7 blitt alvorlig skadet på grunn av asbestpåvirkning. Viktigst var kreftsykdommen mesotheliom, som i likhet med AIDS er 100 prosent dødelig.<sup>35</sup> Når man benytter så inngripende tiltak mot helseskader i arbeidslivet som nedlegging av bedrifter, bør man ikke avvise enhver form for tvang ved helseskader som kan tilbakeføres til vårt fritidsliv.

### 3.2 Særlig om HIV-smitte og AIDS

Arbeidet med en ny lov om epidemiske og smittsomme sykdommer vil måtte bli preget av vår tids epidemi — HIV-smitte og AIDS — slik sunnhetsloven av 1860 ble preget av koleraepidemiene i forrige århundre. I det følgende vil jeg stort sett holde meg til HIV-smitte og AIDS.

I Norden er AIDS mest ubredt i Danmark; deretter kommer Island, Sverige, Norge og Finland. Pr. 20. januar 1987 var 36 nordmenn rammet av AIDS, hvorav 23 hadde dødd.<sup>36</sup> Det antas at alle som får diagnosen AIDS kommer til å dø i løpet av noen måneder eller få år. Av dem som pr. 20. januar 1987 var HIV-testet i Norge, ble det funnet 339 smittede; altså det tidobbelte av antallet med AIDS. Men mørketallet er stort; det antas at det er ca. 100 HIV-smittede pr. AIDS-syk. På dette grunnlag antas det at det er mellom 3.000 og 4.000 smittede som ikke har fått fastslått diagnosen. Det antas at 30—40 prosent av HIV-smittede vil utvikle AIDS i løpet av 5—10 år. Antallet AIDS-tilfelle har hittil blitt fordoblet ca. hver åttende måned. Dermed vil det antakelig bli flere tusen AIDS-syke først i nittiårene.

Helsevesenets kostnader til behandling og pleie av hver AIDS-rammet har vært anslått til gjennomsnittlig ca. 1 million kroner. Folketrygdens utgifter til sykepenger, attføringspenger, uførepensjon, etterlattepenjon og andre ytelser kan bli på flere hundre tusen kroner. Dertil kommer de store tap for næringslivet og samfunnet når unge mennesker dør. Enda viktigere er de menneskelige lidelser for de rammede og deres pårørende.

De tall som her er nevnt, kan være diskutabile, men det er av mindre betydning. Det sentrale er å understreke at hvis HIV-smitten får fortsette å bre seg slik den har gjort hos oss og i andre land hvor den startet tidligere — Sentral-Afrika, Haiti og USA — vil den antakelig representere den

<sup>35</sup> Gunnar Mowé, Malignant Mesothelioma in Norway, Epidemiological aetological and medico-legal aspects, Institute of Occupational Health, Oslo 1986.

<sup>36</sup> Statens Institutt for Folkehelse: Meldesystem for infeksjonssykdommer 1987; 15(3).

alvorligste trusel mot folkehelsen, folks livssituasjon og samfunnsøkonomien som vi kjenner til i nyere tid.

De gamle epidemiene var preget av at de plutselig dukket opp og spredte seg raskt og på ukjent måte i hele befolkningen. De tok sine ofre som døde i løpet av et par-tre dager, og lot de andre bli friske, smittefrie og immune. Hele epidemien var som regel avsluttet i løpet av noen måneder.

HIV-viruset er nå funnet. Smittbarheten er liten og stort sett kjent. Blod og sæd er de dominerende smitte-medier, og vanlig sosial omgang er ufarlig. Det tar flere år fra første person i landet blir smittet til store deler av befolkningen blir rammet. Helsemyndighetene har derfor hatt god tid til å vurdere situasjonen og planlegge tiltak for å stanse denne epidemien, sammenlignet med de gamle epidemiene hvor man måtte handle improvisert. På den annen side døde disse epidemiene i stor grad ut av seg selv etter en tids herjing. De som blir HIV-smittet, vil antakelig være smittebærere resten av livet.

### 3.3 Tiltak mot HIV-epidemien

Myndighetene har søkt å begrense epidemiens omfang. Det er senest beskrevet i Helsedirektørens tiltaksplan av 15. oktober 1986 om bekjempelse av HIV-infeksjon. Denne planen er preget av at det satses på frivillighet, tilbud og opplysningsvirksomhet. Det legges stor vekt på å bevare tillitsforholdet mellom pasientene og helsearbeiderne, konfidensialitet, personvern og beskyttelse av de smittede mot stigmatisering. Restriktive tiltak nevnes nesten ikke, og det advares mot tiltak som kan svekke pasientenes tillit til helseetaten.

Forfatterne av tiltaksplanen er ikke besjelet av noen tro på at epidemien kan stanses. Hovedproblemet med planen er etter min mening at den stort sett bare plasserer ansvaret hos velferdsstaten, og at mer bastante plikter ikke legges på samfunnets enkeltindivider. Et tilsvarende hovedsyn har sosialmedisineren Per Sundby og den gruppe som har utarbeidet alternative synspunkter til en AIDS-plan.<sup>37</sup>

Det viktigste er å stoppe spredningen av HIV-smitten. Det kan først og fremst skje ved at de smittede — eventuelt hele befolkningen — radikalt

---

<sup>37</sup> Per Sundby, Bekjempelsen av AIDS-epidemien, foredrag i Det Norske Medisinske Selskap den 21. januar 1987 og brev til Stortingets sosialkomité om Alternative synspunkter på AIDS-bekjempelsen til »Helsedirektørens tiltaksplan for HIV-epidemien av 1. 8. 86».

omlegger sine seksualvaner fra ubredt promiskuitet til sex innen faste parforhold. Ved moderne prevensjonsmetoder og abort har helsevesenet lagt hovedgrunnlaget for vår tids frie seksualitet; nå skal helsevesenet med AIDS-truselen gå i bresjen for en radikal omlegging av seksualvanene. I Det Norske Medicinske Selskap den 21. januar 1987 uttalte Helsedirektørens nærmeste rådgiver i AIDS-spørsmål at helsevesenet nå ville bli arnested for en ny seksualmoral. Men helseetaten bør ikke ha større innflytelse på moralske spørsmål enn andre.

Skal folks atferd endres, er det selvsagt viktig å satse på generell opplysningsvirksomhet og individuell veiledning av HIV-smittede. Men det er også viktig å være klar over disse virkemidlenes begrensninger. Dersom målet skal nås må budskapet være korrekt og lettfattelig, det må vekke mottakerens interesse, han må oppfatte det, forstå det, bli overbevist, handle deretter, og det ikke bare som hovedregel, men som en absolutt norm. Det er mange barrierer fra informasjon avsendes til den etterleves ubetinget, og mottakeligheten for informasjon er ofte minst hos dem som trenger den mest.

De fleste som driver med informasjonsvirksomhet, kan bli noe desillusjonert. Min hovederfaring knytter seg til Statens tobakkskaderåd. Tross 15—20 års iherdig informasjonsvirksomhet er ennå en tredjedel av den voksne norske befolkning nikotinslaver. Nå er HIV-smitte farligere enn tobakk. Men så sent som i 1980 uttalte generaldirektør Mahler i Verdens Helseorganisasjon: »Røyking er trolig den viktigste enkelt-årsak til dårlig helse som kan forebygges».<sup>38</sup>

Informasjonsvirksomhetens begrensninger har ledet mange til å foreslå mer bastante virkemidler. Overleger har foreslått at hele befolkningen skal HIV-testes og at alle HIV-smittede skal interneres på et eget sted. En professor i biologi har til og med foreslått at de skal merkes med et lite blått hjerte på lysken, slik at potensielle samleiepartnere kan vite hva de går til. Slike tiltak vil jeg avvise som grovt krenkende, diskriminerende og uhensiktsmessige.

Derimot bør enkelte mindre restriktive tiltak overveies. Det gjelder meldeplikt, HIV-testing og internering av iherdige smittespredere. På den annen side bør man overveie å lempe på restriksjoner som har blitt til før AIDS-truselen kom. Særlig kan det være aktuelt å gi sprøytenarkomane lettere tilgang på kanyler og sprøyter, se punkt 3.9 nedenfor.

Det er ikke her plass til å gå nærmere inn på alle de tiltak som kan være

---

<sup>38</sup> H. Mahler, *Smoking or health, the choice is yours*, World Health Organization, Geneva 1980.38.35.

aktuelle. I det følgende skal jeg ta for meg HIV-epidemiens tilknytning til hovedprinsipper i gjeldende smitte Lovgivning og spørsmål som har blitt aktualisert gjennom Helsedirektørens tiltaksplan.

### *3.4 Samarbeid med frivillige organisasjoner*

Helsedirektoratet har lagt stor vekt på samarbeid med Helseutvalget for homofile og andre frivillige organisasjoner. Slike organisasjoner har bedre muligheter til å nå fram med informasjon og hjelp til risikogrupperne enn offentlige myndigheter.

En forutsetning for samarbeid mellom myndigheter og frivillige organisasjoner er at myndighetene i stor grad aksepterer det grunnsyn organisasjonene har. Når de er motstandere av tvang, må Helsedirektoratet stort sett avholde seg fra å foreslå tvang dersom samarbeidet ikke skal bryte sammen. Helsedirektoratet må derfor frivillig avholde seg fra å benytte virkemidler som tilligger det i kraft av å være et offentlig organ. Forslag om bruk av tvang har i Norge kommet fra nivået over og nivået under Helsedirektoratet — fra Sosialdepartementet og en rekke enkeltstående leger i massemedia.

Etter min mening er samarbeid med frivillige organisasjoner særdeles viktig, og Helsedirektoratet skal ha ros for sin innsats på dette området. Jeg har her bare villet peke på den implikasjon at samarbeidet også innskrenker handlingsfriheten, og de fordeler som oppnås ved samarbeidet kan bli dyrekjøpt. Det kan imidlertid også være at nettopp slikt samarbeid vil bringe den store gevinsten. Men for at det ikke bare skal bli et sjansespill, burde det vært formulert en klar målsetting om at partene forplikter seg til å gjøre alt som står i deres makt for å stanse HIV-epidemien.

### *3.5 Den enkeltes plikt til å melde sykdom og oppsøke lege*

Sunnhetslovens § 14 pålegger husbonden plikt til å melde fra om sykdom av »ondartet beskaffenhet» som utbrer seg til flere. Etter det jeg har uttalt ovenfor (punkt 2.2.), foreligger det muligens plikt for dem som har mistanke om å være HIV-smittet, til å melde fra til Helsesrådet eller oppsøke lege. Bestemmelsen har imidlertid ikke blitt brukt slik, og det er neppe noen oppfatning i befolkningen om at man har slike plikter.

Etter min mening bør det overveies å innføre en plikt til å melde fra til helesrådet og/eller oppsøke lege ved mistanke om HIV-smitte. De fleste vil

lojalt rette seg etter en lovbestemmelse om dette, og helsemyndighetene vil da få langt større oversikt over HIV-epidemiens mulige omfang enn de har i dag. Dette gjelder selv om endel ikke vil oppfylle meldeplikten, og overtredelser ikke kan kontrolleres og sanksjoneres effektivt.

### 3.6 *Plikt til å la seg undersøke*

HIV-testing foregår nå stort sett frivillig. Som nevnt ovenfor (punkt 3.2), er det antakelig bare ca. en tidel av de HIV-smittede i Norge som er HIV-testet. Dette viser at frivillighet og samarbeid ikke har ført til de store resultater.

Det er et vilkår for å kunne bli blodgiver at man underkaster seg slik test. Ellers er det tvilsomt om HIV-testing kan foretas uten pasientens uttrykkelige samtykke.

Dersom en person henvender seg til lege for å få hjelp mot vanlige plager og symptomer, vil legen foreta undersøkelser og ta prøver for å kunne stille riktig diagnose. Herunder vil det etter min mening være adgang til å teste en blodprøve med henblikk på å fastslå om pasienten er HIV-smittet. Samtykke til undersøkelser i diagnostiske øyemed anses vanligvis å følge av at lege oppsøkes, og det er neppe grunn til å skille mellom HIV-testing og andre undersøkelser.

Et vanskeligere spørsmål er om sykehus og helsesentre kan HIV-teste alle som kommer dit som en rutine. Dette vil jeg besvare benektende. En slik testing vil framstå som en utilbørlig koblingshandel; hvis du vil ligge på sykehus, må du HIV-testes! Derimot bør det være adgang til å HIV-teste pasienter før bestemte behandlingstiltak kan settes igang, hvis det er en ikke ubetydelig fare for å smitte helsepersonell eller andre pasienter. Det kan f.eks. være i forbindelse med operasjoner hvor blod flyter og det er umulig å beskytte seg ved bruk av hansker og andre hjelpemidler. Det kan ikke kreves at helsearbeidere skal behandle alle som om de var HIV-smittede.

I dagspressen har endel leger stått fram og foreslått at hele befolkningen bør HIV-testes. Slike masseundersøkelser kunne føre til at man fikk oversikt over epidemiens omfang og utvikling. Og helsevesenet kunne få tak i mange smittebærere for å kunne gi dem hjelp og veilede dem for å hindre smittens videre utbredelse. Men det er også mye som taler mot slike masseundersøkelser. Mange vil ikke møte opp, mange vil reagere mot tvangstesting, og det kan være en alvorlig psykisk belastning å få rede på at man er HIV-smittet. Testen har ikke 100 prosent positiv og negativ troverdighet. Endel som etter testen ikke ansees å være smittet, vil få falsk trygghetsfølelse og



kan bli effektive smittespredere hvis de fortsetter eller utvider et mangfoldig seksualliv.

Etter gjeldende norsk lovgivning er det ikke adgang til tvangstesting, og generell hjemmel til dette bør i alle fall ikke innføres på det nåværende tidspunkt. Det bør neppe heller innføres tvangstesting av bestemte deler av befolkningen, f.eks. alle gravide, vernepliktige, utlendinger som kommer til landet og/eller nordmenn som har vært i utlandet. Det bør rasjoneres med tvangen, slik at den bare brukes på de mest strategiske områder.

Det er selvsagt viktig for helseplanleggingen og utbyggingen av behandlingstilbudet for potensielle pasienter å få bedre oversikt over epidemiens omfang. Særlig har vi altfor lite kunnskap om den er i ferd med å bre seg fra de såkalte store risikogrupperne — homofile og bifile menn og sprøytenarkomane — til deres seksualpartnere og den øvrige befolkning. Men kunnskaper om dette kan man skaffe seg ved å foreta undersøkelser av representative utvalg av befolkningen. Det kan antakelig utføres som forskningsprosjekt med frivillige deltakere og med blodprøver som man allerede har på lager. Opplysninger om den enkelte trenger da ikke å inngå i helseetatens arkiver.

### *3.7 Tillit og konfidensialitet*

Som nevnt legges det i Helsedirektørens tiltaksplan stor vekt på at HIV-smittede skal ha tillit til helseetaten. Folk skal kunne henvende seg til lege og få tatt blodprøve, uten å risikere at andre får vite resultatet og uten senere å bli møtt med restriktive tiltak. Det ansees altså som viktig at det opprettholdes en absolutt taushetsplikt på dette området.

Dette kan begrunnes med at det her dreier seg om meget ømtålige opplysninger og at mange vil unnlate å oppsøke lege dersom de risikerer at opplysninger siver ut eller fører til at det blir iverksatt restriktive tiltak.

Ellers er det ikke vanlig at helseetaten legger så stor vekt på konfidensialitet og tillit. I norsk lovgivning er det over et halvt hundre viktige og omfattende unntak fra taushetsplikten. Legalt og illegalt er det en meget omfattende utveksling av helseopplysninger i og utenfor helseetaten. Velferdsstatens taushetsplikt er så uthulet at den er mer en ideologi enn en realitet.

Når det legges så stor vekt på konfidensialitet og tillit ved HIV-smitte og AIDS, skyldes det nok ikke bare at opplysningene er svært ømtålige, men også at helseetaten ikke har så mye annet å gi, i og med at det ennå ikke finnes behandlingstiltak som kan helbrede selve grunnlidelsen. Ved

andre sykdommer, hvor helseetaten kan skaffe seg pasienter ved å tilby behandling, trenger man ikke ta taushetsplikten så alvorlig. Skal man få folk til frivillig HIV-testing, må helseetaten i alle fall tilby konfidensialitet. Dette viser at taushetsplikten ikke er en absolutt norm, men først og fremst et byttemiddel som brukes ut fra pragmatiske vurderinger.

Helsearbeiderne opphøyer taushetsplikten til en hellig og ukrenkelig norm når det passer seg. Juridisk er det imidlertid klart at taushetsplikten må vike når sterke hensyn taler for det. Dette er fastslått i legelovens § 31 andre ledd — den såkalte rettsstridsreservasjonen. Hvis en lege vet at en HIV-pasient går rundt og smitter andre kan han gi disse opplysninger om de farer som de utsetter seg for. Hvis det dreier seg om en iherdig smittespreder kan det foreligge plikt til å anmelde forholdet etter straffelovens § 139.

### 3.8 Opplysningsplikt

I de fleste land er det opprettet en rekke helseregistre, blant annet for kreft og for smittsomme og epidemiske sykdommer.<sup>39</sup> Det norske datatilsynet har gitt konsesjon til oppretting av slike register. Uten hensyn til taushetsplikten<sup>40</sup> er leger pålagt plikt til å melde fra til registret om sykdommer som behandles, se punkt 2.6.

Leger er nå pålagt plikt til å melde alle tilfelle av AIDS, mens HIV-smitte bare skal meddeles uten at pasientens navn oppgis. Bakgrunnen for at man ikke har innført nominativ melding for HIV-smitte, er hensynet til konfidensialitet og tillit.

Både legeloven og sunnhetsloven gir hjemmel til å pålegge melding med navn også ved HIV-smitte. Det er mye som taler for at disse hjemler bør benyttes. Det foreligger nominativ meldeplikt, f.eks. for kopper, kolera, poliomyelitt, tuberkulose, lepra, difteri, malaria og andre alvorlige infeksjonssykdommer.<sup>41</sup>

Et mest mulig fullstendig register over HIV-smittede kan gi verdifull innsikt om epidemiens omfang og utvikling, og helsemyndighetene får muligheter til å følge opp de smittede. Det må være minst like viktig å ha et HIV-register som register over andre infeksjonssykdommer og et kreftregister.

<sup>39</sup> Rapport fra arbeidsgruppe nedsatt for å gjennomgå statens epidemiologiske registre, (Oslo) 15. februar 1985.

<sup>40</sup> Asbjørn Kjønstad, Taushetsplikt og bruk av EDB i helsesektoren, Lov og Rett 1985 s. 483—506.

<sup>41</sup> Forskrifter om melding av infeksjonssykdommer, fastsatt av Sosialdepartementet den 12. desember 1974.

De som fører slike helseregister har en streng taushetsplikt, og bare en liten gruppe personer har tilgang på opplysninger i registrene. Arbeidsgivere, forsikringsselskaper, militære og andre utenforstående bør selvsagt ikke ha adgang til et HIV-register.

### *3.9 Utdeling av sprøyter og kanyler*

Ovenfor har jeg antydnet at man bør lette på restriksjonene når det gjelder narkomanes adgang til sprøyter og kanyler. HIV-epidemien er i ferd med å spre seg raskt i narkotikamiljøet fordi mange bruker felles sprøyter. En stor del av de sprøytenarkomane er prostituerte, og dermed kan epidemien bre seg til »horekunder» og deres seksualpartnere. Mye av smitten fra denne gruppen kan hindres, dersom de narkomane får rene sprøyter og politiet ikke beslaglegger sprøytene.

Mot dette innvendes det ofte at det vil være en slags legalisering av narkotikamisbruket, og at man ville frata AIDS-truselen funksjonen som et viktig motiv for å få narkomane til å slutte med sitt misbruk. Men bekjempelsen av HIV-epidemien må være viktigere enn dette. Sprøytenarkomane er vanskelig tilgjengelige for informasjon og veiledning, og stoffavhengigheten dominerer deres handlingsmønster.

I New York har narkotikaselgere begynt å gi sprøyter som tilgift ved narkohandelen. Dermed kan de få kundene til å kjøpe og bruke stoff uten risiko for å bli HIV-smittet, og kundekretsen dør ikke bort. Det er ikke som tobakksindustrien, som tar livet av sine beste kunder.

Reglene om adgangen til sprøyter er forskjellige i de nordiske land og er nærmere drøftet av den danske kriminologen Vagn Greve.<sup>42</sup> Jeg tror det beste vil være om man gir adgang til gratis sprøyter og kanyler ved innlevering av gamle »verktøy». Det siste er nødvendig for å hindre at sprøyter og kanyler skal bli kastet, slik at barn og andre kan bli smittet.

### *3.10 Oppsporing av smittekilder og besmittede personer*

Etter kjønns sykkeloven skal legen spørre pasienten om hvem smitten er overført fra, og hvem pasienten kan ha overført smitten til. Tuberkuloseloven inneholder en liknende bestemmelse, mens sunnhetsloven ikke har noen klar regel om dette, se punkt 2.11 ovenfor.

---

<sup>42</sup> Vagn Greve, Narkomaners ret til dere »verktøy». Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskab, 1986 s. 428—435.

Spørsmålet er om prinsippene fra kjønnssykeloven bør innføres når det gjelder HIV-smittede. For dette taler at man kan få tak i endel smittede og gi dem individuell veiledning for å stanse videre smittespredning. På den annen side innebærer plikten til å oppgi smitekilden og mulige besmittede en plikt til å åpenbare intime forhold og til å være »angiver». Mange vil unnlate å oppsøke lege ved HIV-smitte hvis de pålegges en plikt til å oppgi smitekilde og mulige personer som de kan ha smittet.

Etter min mening bør man være forsiktig med å pålegge denslags plikter.

### *3.11 Restriksjoner på seksualitet*

Både ved spedalskhet og veneriske sykdommer har vi hatt giftemålsforbud. I vår tid kan slike forbud ikke hindre spredningen av sykdommer som overføres ved seksuell kontakt eller fra foreldre til barn. Mye tyder på at den seksuelle aktivitet er like stor utenfor som i ekteskapene. Stig Frøland nevner i sin bok om AIDS at det ikke var uvanlig at de første homo- og biseksuelle pasientene i USA hadde hatt 500—1000 seksualpartnere.<sup>43</sup>

Forbud mot før- og utenomekteskapelig sex, seksuell omgang mellom menn og atypiske seksuelle handlinger som analsex og oralsex er ikke ukjente.<sup>44</sup> Hvis det gamle prinsipp om det livslange monogame ekteskap ble fullstendig gjennomført igjen, ville HIV-smitten kunne stanses.

Men er alle i samfunnet villige til dette? Den friere seksualitet, som særlig har fått stor utbredelse de siste par decenier, anses som en frigjøring og har blitt en del av det selvsagte livsmønster for mange. Det er mulig at redselen for AIDS vil bidra til å stanse promiskuiteten.

En straffesanksjonert lovgivning på dette området vil neppe påvirke folks seksualatferd i nevneverdig grad; og lovbud som ikke kan håndheves, bidrar til å svekke den alminnelig respekt for lovgivningen. Dertil er det betenkelig å lovregulere de mest intime forhold mellom mennesker.

Dersom en av seksualparterne er HIV-smittet eller har skjellig grunn til å tro at han er det, kan det overveies om han skal ha plikt til å bruke kondom, som ansees å gi en god beskyttelse mot HIV-smitte. Når vi har påbud om bruk av bilbelte for å redde liv og lemmer, så bør det også kunne kreves en viss bekledning av smitteførende lemmer.

<sup>43</sup> Stig Frøland, AIDS — en utfordring til oss alle, Oslo 1986 s. 11.

<sup>44</sup> Ola Viken, Via homofile mot abort, Stud.Jur. nr. 6/86 side 30 (om lover mot anal- og oralsex i amerikanske stater).

### 3.12 Yrkesforbud og oppsigelsesvern

Som nevnt i punkt 2.12 er det bestemmelser om yrkesforbud både i tuberkuloseloven og kjønns sykkeloven, men ingen klar slik bestemmelse i sunnhetsloven. HIV-smitte spres ikke ved yrkesutøvelse — bortsett fra prostitusjon. Yrkesforbud på dette området er derfor etter min mening ikke aktuelt.

Derimot kan det være bestemte funksjoner innen visse yrker som HIV-smittede ikke bør utføre. En HIV-smittet lege bør f.eks. ikke opptre som operatør, hvis det er fare for at blod fra ham kommer i kontakt med pasientene. Arbeidsgiverne må fordele arbeidsoppgavene mellom de ansatte slik at HIV-smittede settes til ikke smittefarlig virksomhet.

Dersom dette ikke er mulig oppstår spørsmålet om det er saklig grunn til oppsigelse etter arbeidsmiljølovens § 60. Det må foreligge en ikke ubetydelig smitterisiko før oppsigelse kan finne sted. I Norge har vi hatt flere tilfelle hvor HIV-smittede personer har blitt oppsagt: En pleier på en institusjon for psykisk utviklingshemmede ble oppsagt da pårørende fryktet at han kunne smitte pasienter som slår og biter til blods. En barkeeper ble oppsagt av frykt for at han skulle skjære seg på glass og smitte gjestene, og i alle fall kunne restauranten risikere å miste kunder på grunn av redsel for smittefare. I begge disse tilfelle foreligger det så beskjedne smittefarer at det er tvilsomt om oppsigelsene vil være saklige. Barkeeperen fikk medhold i første instans om at oppsigelsen var usakelig, men fikk ikke rett til å tre inn i stillingen igjen.

### 3.13 Tvangsbehandling av HIV-smittede og AIDS-syke

Etter sunnhetslovens § 21 kan helserådet kreve at personer med farlige sykdommer lar seg behandle på sykehus, se nærmere punkt 2.4 ovenfor.

Det kan være noe tvilsomt om HIV-smitte skal anses som sykdom, men med komplikasjoner (LAS, ARC og beslektede tilstander) og ved AIDS foreligger det klarligvis en sykdom i lovens forstand. Begrepet «behandle» volder større problemer, siden det ikke finnes behandlingstiltak for selve grunnlidelsen. Derimot kan infeksjoner og kreftsykdommer som rammer HIV-smittede, til en viss grad behandles. Det er mulig at dette gir tilstrekkelig grunnlag til å benytte sunnhetslovens § 21.

Men det er mulig at begrepet «behandle» kan forstås videre enn de rene helbredende behandlingstiltak. I § 21 heter det at innlegging i sykehus kan påbys hvis det ikke kan gis «slik pleie i heimen eller annen privat bustad».

Dette indikerer at tvangsinnlegging kan finne sted også når hensynet til pasientens pleiebehov tilsier det.

### 3.14 Internering/isolering/portforbud

Men hva med de tilfeller hvor det er hensynet til at andre ikke skal smittes, som tilsier at HIV-smittede interneres? Etter Høyesteretts kjennelse i fra 1971 kan sunnhetslovens § 15 i alle fall benyttes som hjemmel til en viss isolering av personer som kan være smittefarlige, se punkt 2.5 ovenfor.

Sosialdepartementet har utarbeidet et utkast til en lov om særlige tiltak mot HIV-infeksjonen. Her er det inntatt en bestemmelse hvoretter innleggelse i sykehus kan påbys når en HIV-smittet gjennom sin atferd utsetter andre for vesentlig smittefare. Fylkeslegen skal ha avgjørelsesmyndighet. Det kan ikke vedtas tiltak overfor en person for mer enn 30 dager av gangen, og ikke for mer enn 90 dager pr. år. Bestemmelsen skal kunne anvendes selv om det ikke foreligger behandlingmuligheter for den smittede. Den kan altså benyttes for å hindre smittespredning, f.eks. overfor HIV-smittede som truer med blodfylte sprøyter, prostituerte som fortsetter sin virksomhet, og andre som har et stort antall seksualpartnere uten å informere om smittefaren og uten å ta de nødvendige forholdsregler.

Dr. juris Viggo Hagstrøm har uttalt at en lovbestemmelse om internering på grunnlag av en administrativ beslutning vil være i strid med grunnlovens rettssikkerhetsidealer.<sup>45</sup> Han mener at en slik internering er straff som etter grunnlovens § 96 bare kan ilegges av domstolene.

Det er klart at en slik internering kan føles som en straff. Interneringen vil framtre som en reaksjon mot tidligere handlemåte. Men for at noe skal være straff må det ifølge vår fremste jurist innen kombinasjonen strafferett og statsforfatningsrett — Johs. Andenæs — være et tilsiktet onde. Det er et onde »som staten tilføyer en lovovertreder på grunn av lovovertrædelsen i den hensikt at han skal føle det som et onde».<sup>46</sup> Det er ikke hensikten med interneringen at den smittede skal pines. Det kan være en sidevirkning, men intet formål.

Administrativ frihetsberøvelse har vært benyttet i stor stil i vårt samfunn etter lov om psykisk helsevern, lov om edruskapsvern og lovgivningen om smittsomme og epidemiske sykdommer. Frihetsberøvelser etter denne

<sup>45</sup> Viggo Hagstrøm, AIDS og rettssikkerhet, kronikk i Dagbladet 14. januar 1987.

<sup>46</sup> Johs. Andenæs, Alminnelig strafferett, Oslo 1974 s. 8—15 og Johs. Andenæs, Statsforfatningen i Norge, Oslo 1981 s. 395—401.

lovgivning begrunnes som regel med behandlingshensynet, men lovgivningen gir også hjemmel til internering av hensyn til andre enn dem som interneres, se punkt 2.4 ovenfor. Etter den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 1948 er det adgang til »lawfull detention of persons for the prevention and the spreading of infectious diseases».<sup>47</sup>

Selv om det av hensyn til grunnlovens § 96 ikke er nødvendig med domstolsbehandling for å kunne internere HIV-smittede, er det mye som taler for at slike avgjørelser bør treffes av domstolene. Det dreier seg om spørsmål hvor atferd skal vurderes, og det er domstolene særlig egnet til å gjøre. Videre foreligger det så store interessekonflikter at de rettssikkerhetsprinsipper som domstolen arbeider etter, bør komme til anvendelse.

En annen svakhet ved Sosialdepartementets utkast er at internering skal skje i sykehus. Siden det her dreier seg om gjenstridige personer, kan det bli nødvendig med vakt hold på et nivå som vi kjenner fra fengselsvesenet. Slike problemer er ikke sykehusene egnet til å løse, og de bør neppe heller få preg av fangeinstitusjoner.

Dette gir grunn til å overveie om det bør etableres en egen institusjon til dette formålet. Livet på en slik institusjon må gjøres best mulig for dem som må være der, slik at oppholdet får minst mulig preg av straff. Det må gis opplæring i hvordan smitte kan unngås og sørges for at normene om dette kan internaliseres.

Antallet som interneres, må være så lavt som mulig. Bare de iherdige smittesprederne bør berøves friheten. Og en internering må omgjerdes med rettssikkerhetsgarantier.

En bestemmelse om internering etter disse linjer vil neppe gå lengre enn det som hjemles i gjeldende sunnhetslov. Men siden det er så uklart hvor langt denne loven rekker, er det en fordel med en ny lovbestemmelse som beskriver de tilfelle hvor internering kan finne sted og gir klare rettssikkerhetsgarantier for de HIV-smittede. Dermed vil også HIV-smittede som tar nødvendige forholdsregler mot smittespredning, være garantert sin frihet.

Dersom man ikke oppretter en egen institusjon for iherdige HIV-smittespredere vil straffelovgivningen antakelig bli brukt mot disse. Allerede i dag er en betydelig del av fangebefolkningen HIV-smittet. Fengselsstraff bør ikke benyttes overfor syke og døende mennesker. Etter fengselsmyndighetenes retningslinjer og praksis bør de som er AIDS-syke, benådes.<sup>48</sup>

<sup>47</sup> Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms of 4. 11. 48 Article 5 (1)e.

<sup>48</sup> Fengselsstyrets brev av 12. desember 1986 til Fengselsdirektøren og fengselsinspektøren.

Fengselsvesenet har hatt betydelige problemer med enkelte friske HIV-smittede som truer betjentene med blodfylte sprøyter. Fengselsvesenet er ikke særlig egnet til å lære de smittede opp til ikke-smittespredende atferd.

### *3.15 Avsluttende bemerkninger*

I det foregående har jeg tatt opp de hovedspørsmål som bør reguleres i en ny lov om smittsomme og epidemiske sykdommer. Av hensyn til HIV-smitte og AIDS er det neppe grunn til å innføre regler som svarer til någjeldende forbud mot samling av mennesker, påbud om renselse av klær og rom, samt særregler om begravelser, se punktene 2.7, 2.8 og 2.9 ovenfor.

Den nye epidemien har reist en rekke spørsmål som man ikke har pleid å regulere i helselovgivningen: Tannleger har nektet å behandle HIV-smittede eller personer som de tror er smittet. Frisører har nektet å klippe slike personer. Restauranter har nektet dem adgang. Forsikringsselskaper har nektet HIV-smittede å tegne livsforsikring. Huseiere har nektet å leie ut til slike personer.

Hovedregelen er at utøvere liberale yrker ikke har noen kontraheringsplikt; de kan avvise klienten, kunder, gjester og andre potensielle kontraktpartnere uten å gi noen bestemt begrunnelse. Dette gjelder imidlertid ikke for en restaurant som henvender seg med et åpent tilbud til allmennheten. Når det dreier seg om sykehus og andre offentlige institusjoner er utgangspunktet at de ikke kan skille mellom HIV-smittede og andre.

I vårt privatliv kan vi fritt velge vår omgangskrets. Man kan godt kreve HIV-test av sin kjæreste før man innleder et seksuelt forhold til ham. Det fortelles om amerikansk ungdom som innleder parforhold med å gå hånd i hånd til medisinske laboratorier for å ta HIV-testen.

Dersom myndighetene ikke bestreber seg tilstrekkelig for å få kontroll over epidemien, kan krav om privat testing bli utbredt. Arbeidsgivere, forsikringsselskaper, huseiere, og andre viktige samfunnsinstitusjoner kan innføre krav om HIV-testing av dem som søker jobb, vil tegne forsikring, ønsker hybel osv. En utvikling hvor det kreves HIV-sertifikat for å kunne ferdes i de viktigste samfunnsinstitusjoner, vil etter min mening være langt mer betenkelig enn de begrensede tvangsregler om melding av HIV-smitte og internering av de mest iherdige smittesprederne som er omtalt ovenfor.

Skal HIV-epidemien kunne bekjempes er det nødvendig at ikke bare samfunnet påtar seg plikter, men at både HIV-smittede og vi andre er villige til å innrette oss etter de nye alvorlige farer som har oppstått i vårt samfunn. Historien har vist at det har vært nødvendig å ta i bruk tvang for



å bekjempe de store epidemiene. Velferdsstaten kan i større grad enn de gamle samfunnsdannelser løse problemer med tilbud til befolkningen, men det er viktig å være klar over at også velferdsstaten har sine begrensninger.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Helge J. Thue

Den internasjonale privatretten  
på familierettens område

**Innhold**

Innledning	347
I.    Problemene	347
II.   Avgrensning av temaet og problemstilling	347
Første del: Inngåelse og oppløsning av ekteskap og de personlige rettsvirkningene av ekteskapet	
III.  De gjeldende lovvalgsregler ved inngåelse av ekteskap	348
IV.  Anerkjennelse av ekteskap stiftet i utlandet	350
V.    Oppløsning av »internasjonale» ekteskap	352
VI.  Anerkjennelse av utenlandske ekteskapsoppløsninger	352
VII.  De personlige rettsvirkningene av ekteskapet	353
VIII. Diskusjon: Tese A: Partenes personalstatutt legges til grunn for inngåelse og oppløsning av »internasjonale» ekteskap og for slike ekteskaps personlige rettsvirkninger	354
IX.  Diskusjon: Tese B: Inngrep i personalstatuttets doméne bør skje ved ordre public og ikke ved velvillig hensiktsmessighet, eller egne absolutte ekteskaps hindringer	359
X.   Diskusjon: Tese C: I visse tilfelle er nasjonalitetsprinsippet riktigere for lovvalget i familieretten enn domicilprinsippet	361
Anden del: Formuesordningen mellom ektefeller i »internasjonale» ekteskap	
XI.  Problemene, og de gjeldende løsninger	362
XII.  Diskusjon: Tese D: Ektefellene velger selv det lands rett som skal regulere formuesforholdet mellom dem	363
XIII. Diskusjon: Tese E: Har ektefellene ikke valgt formuestatutt, kommer retten i deres første felles domicilland til anvendelse, og ved statuttveksling, retten i det nye domicilland	365
XIV.  Diskusjon: Tese F: I tiden mellom ekteskapsinngåelsen og til første felles domicil er etablert, eller hvis ektefellene ikke etablerar noe felles domicil, fastsettes formuesordningen etter den av partenes hjemlands lov (personalstatutt) som tillegger ekteskapet de svakeste virkningene	366

# Den internasjonale privatretten på familierettens område

Av førstelektor dr. juris HELGE J. THUE, Norge

## 1. Innledning

### I. *Problemene*

1. Temaet — Den internasjonale privatretten på familierettens område — er meget omfattende. Det dekker alle de lovvalgsproblemer som kan oppstå:

- a. i forbindelse med *inngåelse og oppløsning av ekteskap* hvor den ene eller begge er utlendinger,
- b. ved spørsmål om *anerkjennelse* av utenlandske ekteskapsstiftelser eller -oppløsninger.
- c. i forbindelse med fastsettelse av *rettsvirkningene* av ekteskap mellom personer med hvert sitt hjemland, og når et ektepar flytter og får et nytt hjemland, og
- d. i forholdet mellom *foreldre og barn* hvis de ikke alle har samme hjemland.

### II. *Avgrensning av temaet og problemstilling*

2. Skulle jeg problematisere alt dette, ville det sprengte rammen som er satt for denne rapporten.

Hertil kommer at vi i Norden nå er i ferd med å utforme en ny ekteskapslovgivning. Den vil indirekte få internasjonalprivatrettslig betydning. Det arbeides også med en direkte nyordning av vår internasjonale familierett.<sup>1</sup>

I en slik lovgivningstid har vi muligheten til å stoppe opp, og besinne

---

<sup>1</sup> I Sverige ble det i 1960 årene utarbeidet en innstilling til familierettslige IPR-regler, SOU 1969:60 (Internasjonell äktenskaps- och arvsrätt). Forslaget ble imidlertid ikke fremmet som lovforslag. Familjelagssakkunniga arbeider nå med et nytt forslag. Dette er ikke ferdig ved skrivingen av nærværende rapport, men hovrättsrådet Lars Göran Enström har vært så elskverdig å la meg se visse deler av innstillingen.

Det norske justisdepartement laget i 1981 et utkast til lovvalgsregler for ektefellers formuesforhold. Dets skjebne er uviss.

oss over de grunnleggende spørsmålene i den internasjonale familieretten; gjøre dem til gjenstand for *etter-tanke*.

Disse spørsmålene kan en etter-tenke og kommunisere om over våre nasjonale særegenheter. De gir muligheter til en diskusjon som kan bære frukter for det pågående lovrevisjonsarbeidet.

3. Jeg har forsøkt å utforme min rapport slik at den kan gi grunnlag for å ettertenke grunntrekkene i de etablerte ordninger, og den utviklingsretning vi synes å være inne i. — Da jeg vil søke å unngå at diskusjonen går seg vill i små spørsmål, har jeg latt detaljene få sin fortjente plass, nemlig ingen.<sup>2</sup>

4. Det grunnleggende spørsmål i hele den internasjonale privatrett er om en skal anvende det egne landets rett eller et fremmed lands rett. I en internasjonal familierett er grunnspørsmålet også dette, men her er det eventuelle fremmede landets rett utpekt til hovedsakelig å være de aktuelle parterers hjemlands rett, deres personalstatutt.

I *første del* av denne rapport vil jeg ta partenes personalstatutt som gjennomgangstema, og ettertenke dets betydning ved stiftelse og oppløsning av »internasjonale» ekteskap, og for de personlige rettsvirkningene av ekteskapet.

I *annen del* av rapporten tar jeg opp formuesordningen mellom ektefeller i »internasjonale» ekteskap. Også her står personstatuttet sentralt, men problemene er mer formuerettslige.

5. Som utgangspunkt for min diskusjon gir jeg i hver del en skisse av de någjeldende hovedregler for lovvalget.

## **Første del: Inngåelse og oppløsning av ekteskap og de personlige rettsvirkningene av ekteskapet**

### *III. De gjeldende lovvalgsregler ved inngåelse av ekteskap*

6. Et lands vigselfmyndigheter kan vie enhver, også utlendinger, som ikke rammes av en ekteskapshindring.

Vielsen foregår alltid etter vigselflandets form og ritual.

---

<sup>2</sup> En finner dem i standardverkene: *Allan Philip*: Dansk international privat- og procesrett, 3. utg. København 1976. *Karsten Gaarder*: Innføring i internasjonal privatrett, Oslo 1975, *Michael Bogdan*: Svensk internationell privat- och processrätt, Lund 1980; se også *Lennart Pålsson*: Svensk rättspraxis i internationell familje- och arvsrätt, Stockholm 1986.

På samme måte som overfor brudepar hjemmehørende i vigselslandet, må vigselsmyndighetene også ovenfor utlendinger som ønsker å gifte seg, kontrollere om partene har *rettslig handleevne* og om det foreligger *ekteskapshindringer*.

Den internasjonalt anerkjente lovvalgsregel for rettslig handleevne og om det finnes ekteskapshindringer er at dette skal avgjøres etter hver av brudefolkenes hjemlands lov.

Hvilket fremmed lands rett som er partenes hjemlands rett, avhenger av om vigselslandet bygger på domicilet eller nasjonaliteten som hjemlandsrett; personalstatutt.

I Danmark, Island og Norge er personalstatuttet domicillandets rett, i Finland og Sverige nasjonalitetslandets rett.

7. De nordiske land — unntatt Danmark — følger den alminnelig anerkjente utgangsregel at brudefolkenes rettslige handleevne og spørsmålet om ekteskapshindringer avgjøres etter deres personalstatutt; etter norsk internasjonal privatrett, deres domicillov, etter finsk og svensk deres nasjonalitetslov.<sup>3</sup>

I Danmark er utgangsregelen derimot at ekteskapshindringer skal prøves etter dansk rett.<sup>4</sup>

Også etter den nordiske *familierettskonvensjon* av 6. II. 1931 skal likeledes ekteskapshindringer prøves etter partenes personalstatutt, her nasjonalitetsloven, hvis ingen av partene er bosatt i prøvelseslandet. Er den ene bosatt der skal prøvelseslandets ekteskapshindringer legges til grunn, med mindre vedkommende søker krever statsborgerloven brukt, art. 1.

8. Selv om utgangsregelen for prøving av rettslig handleevne og ekteskapshindringer er partenes personalstatutt — Danmark unntatt —, er *unnatakene* likevel slik at de sikrer myndighetslandets interesser.

I strid med absolutte ekteskapshindringer i vielseslandets egen rett kan

---

<sup>3</sup> For Norge, se *Karsten Gaarder*: Innføring i internasjonal privatrett, Oslo 1975 s. 132 for Finland, Lag ang. vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur 5. 12. 1929/379, § 2, og for Sverige, Lag 1904:26 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (IÄL) § 1:1. I svensk internasjonal privatrett har en ytterligere muligheten til å fravike personalstatuttet ved stiftelse av ekteskap. Svensk borger som har bodd mer enn to år i ett utland, og utlending som har bodd mer enn to år i Sverige, kan med samtykke fra den han/hun vil gifte seg med, få ekteskapshindringer fastlagt etter bopelslandets rett (IÄL § 1:2).

<sup>4</sup> Bekg. nr. 685 av 15. XII. 1982 § 22. Partenes personalstatutt kan imidlertid komme inn som et tilleggskrav. Er ekteskap absolutt forbudt etter den enes eller begges nasjonalitets- eller domicillov, kan det i Danmark ikke gis prøvelsesattest og foretas vielse (§ 22, stk. 3).

vielse ikke foretas; ved bigami og incest. *Incest*-hindringen som finnes i alle lands rett, er hos oss beskåret til et minimum. Det vil derfor sjelden oppstå konflikt for en nordisk vigselfmyndighet i forhold til ikke-nordiske parters personalstatutt. Oppstår det konflikt vil vel det skje oftest for finske myndigheter, siden incestforbudet der omfatter også ekteskap mellom onkel-niese, tante-nevø. For svenske myndigheter vil det vel aldri oppstå, siden halvsøsken der kan gifte seg etter dispensasjon (GB § 2:3, 2 st.).

Tilsvarende vigselfbegrensninger er det åpnet adgang til i den nordiske familierettskonvensjon. I sluttprotokollen, annet ledd nr. 1, fastsettes at en konvensjonsstats myndigheter kan nekte å vie personer som rammes av absolutte ekteskaphindringer i det egne landets rett.

9. Det kan tenkes ekteskapsforbud i den ene eller begge brudefolks personalstatutt, som er av en slik karakter at nordiske myndigheter må se bort fra dem ut fra vår ordre public; ekteskapsforbud mellom personer med forskjellig religion eller av forskjellig etnisk opprinnelse («rase»).

#### *IV. Anerkjennelse av ekteskap stiftet i utlandet*

10. Ekteskap stiftet i utlandet anerkjennes som gyldig, hvis det er gyldig etter stiftelseslandets rett; *lex loci celebrationes*. Dette er regelen i de nordiske land, såvel som den internasjonalt anerkjente alminnelige regel.

I Sverige er dette lovfestet (IÄL 1:7), i de andre nordiske land er det sikker sedvanerett.

Er ekteskapet derimot ugyldig i stiftelseslandet blir det ikke gyldig om ektefellene flytter til et land hvor det ville ha vært gyldig. Svensk rett anerkjenner ekteskap som er gyldig etter partenes personalstatutt på stiftelsestidspunktet, men ugyldig etter vigselflandets rett, (IÄL 1:7, 2 st.).

11. En generell regel om å anerkjenne ekteskap stiftet i utlandet, kan ikke etterleves absolutt. Det egne landets ubetingende ekteskaphindringer kan som uttrykk for vår ordre public være til hinder for å anerkjenne visse typer «fremmede» ekteskap. Incest- og bigamiforbudet har denne ordre public-karakter. Likeså må en vel kreve at ekteskapet er inngått med et visst minimum av frivillighet og medvirkning fra brudefolkenes side. — Når det gjelder anerkjennelse av allerede stiftede ekteskap, må en være åpnere enn ved spørsmålet om vigsel, se punkt 8 foran.

12. Fremmede ekteskap inngått i strid med vårt bigamiforbud blir ikke direkte anerkjent. Indirekte kan imidlertid et slikt ekteskap legges til grunn, ved for eksempel spørsmålet om barns rettsstilling.

Tidligere da vår lovgivning opererte med materielt ugyldige ekteskap møtte en bigamieekteskapene med en ugyldighetsdom. Etter at en opphevet ugyldighetssanksjonen er bigamieekteskap omstøtelige. I Sverige har en nå bare skilsmisse å ty til, også for bigamitilfellene, GB 11:5.<sup>5</sup>

Bigamiforbudet i våre lands ekteskapslover, kan ikke brukes direkte overfor polygame ekteskap stiftet i et land hvor dette er tillatt. Forbudet må brukes i form av ordre public. Derfor er det heller ikke formelt gitt etter loven, når og hvordan en skal reagere mot slike ekteskap.

To norske høyesterettsdommer illustrerer problemet, — eller usikkerheten. I den ene saken, gjengitt i Rt. 1977 s. 715, hadde hustru nr. 2 anlagt omstøtelsessak mot sin mann. Begge ekteskap var inngått i partenes tidligere hjemland Bangladesh. På sakstidspunktet befant begge hustruer seg i Norge. Høyesterett, som tidligere lagmannsretten og herredsretten omstøtte ekteskapet, ut fra ordre public.

Høyesterett berørte spørsmålet om separasjon/skilsmisse, men forkastet disse alternativene:

»Jeg har funnet at en ordre-public-betraktning i alle fall må lede til at omstøtelsesspørsmålet i denne saken løses etter norske rettsregler.

...  
Ekteskapslovens § 47 gir den første ektefellen rett til å få sitt første ekteskap oppløst. Noen tilsvarende mulighet til å få skilsmisse åpner loven ikke for den annen. Jeg finner det således klart at lovens § 48 — utroskapsbestemmelsen — ikke kan anvendes. Separasjonsinstituttet passer overholdet ikke . . . , da en separasjon forutsetter at ektefellene igjen skal kunne gjenoppta samlivet.» (s. 723)

I den andre saken, gjengitt i Rt. 1983 s. 251, var partene opprinnelig fra Pakistan og begge ekteskapene var inngått der. Her var det bare hustru nr. 2 som sammen med mannen hadde flyttet til Norge, og hun hadde anlagt *separasjonssak*. Hun fikk medhold i byretten, dommen ble stadfestet av lagmannsretten og en enstemmig Høyesterett:

»Jeg legger som utgangspunkt til grunn at . . . ekteskapet i denne sak etter norske internasjonalrettslige regler må anses som et så vel formelt som materielt lovlig inngått og gyldig ekteskap. . . . Jeg kan ikke se at det er noen grunn til at ektefellen ikke også skal kunne kreve separasjon etter norsk rett. Jeg nevner i denne forbindelse at et omstøtelig ekteskap etter norsk rett er et gyldig ekteskap inntil det blir omstøtt, og at ektefeller i slike ekteskap har valg mellom å kreve omstøtelse eller separasjon med etterfølgende oppløsning av ekteskapet ved skilsmisse. Det samme valg må ektefeller i et lovlig inngått polygamt ekteskap ha.»

<sup>5</sup> Se *Bogdan*, op.cit. s. 144. Det samme er foreslått i Danmark og Finland. Det norske ekteskapslovutvalg foreslår »oppløsning» av slike ekteskap, som forskjellig fra »skilsmisse», se NOU 1986:2 s. 51.



### V. Oppløsning av »internasjonale» ekteskap

13. I Danmark og Norge er oppløsning av internasjonale ekteskap gjort til et jurisdiksjonsspørsmål. Har domstolene eller de administrative myndigheter kompetanse,<sup>6</sup> anvendes separasjons-, skilsmisse- eller omstøtelsesreglene i lex fori.

Også i Sverige har en klare jurisdiksjonsregler for oppløsning av internasjonale ekteskap. (IÅL § 3:2—3) Likeså brukes svensk rett for å bestemme hvilken form for ekteskapsoppløsning som kan gies; bare skilsmisse, ikke omstøtelse eller ugyldighet.<sup>7</sup> Videre er hovedregelen at skilsmissebetingelsene fastsettes etter svensk rett, lex fori (IÅL § 3:4). Men er begge ektefeller utlendinger og en eller begge ikke-nordisk statsborger, må den aktuelle utenlandske rett tas i betraktning.<sup>8</sup>

I finsk rett har en i store trekk den samme ordning som i Sverige.<sup>9</sup>

Også i den nordiske familierettskonvensjonen er adgangen til oppløsning av ekteskap gjort til et jurisdiksjonsspørsmål, art. 7. Om oppløsningsbetingelsene foreligger avgjøres etter lex fori, art. 8.

### VI. Anerkjennelse av utenlandske ekteskapsoppløsninger

14. Ekteskap stiftet i utlandet anerkjenner vi nærmest uten videre som gyldige, punkt 10 foran. En slik liberal holdning har vi derimot ikke til oppløsning av ekteskap meddelt i utlandet. Her er utgangspunktet det samme som for øvrig ved utenlandske myndighetsavgjørelser, vi anerkjenner dem ikke uten videre. — I prinsippet må en ha avtale med vedkommende stat om anerkjennelse.

15. Innbyrdes mellom de nordiske land har en avtalt slik anerkjennelse i den nordiske familierettskonvensjon av 6. II 1931 art. 7.

De nordiske land er også tilsluttet Haag-konvensjonen av 1. juni 1970 om anerkjennelse av skilsmisser og separasjoner.

På samme måte som oppløsningen av »internasjonale» ekteskap i våre land hovedsakelig er et jurisdiksjonsspørsmål (punkt 13 foran), gjør disse

<sup>6</sup> Etter den danske rettsplejelov § 448, henholdsvis den norske tvistemålslovs § 419 a.

<sup>7</sup> Michael Bogdan, op.cit. s. 143—44.

<sup>8</sup> Se IÅL § 3:4, 2 og 3 st.

<sup>9</sup> Se Lag ang. vissa familjerättsliga förhållanden av internationell natur. 5. 12. 1929/379, 2 kap.

konvensjonene også anerkjennelsen av utenlandske oppløsningsavgjørelser til et jurisdiksjonsspørsmål; hadde paret en tilstrekkelig tilknytning til den stat som oppløste ekteskapet.<sup>10</sup>

I Haag-konvensjonen er det et ordre public-forbehold. En stat kan nekte å anerkjenne en utenlandsk separasjon eller skilsmisse, hvis den er »manifestement incompatible avec son ordre public», art. 10. Den nordiske konvensjonen har ikke en slik reservasjon. Det er det klarligvis heller ikke behov for.

16. Separasjon og skilsmisse gitt i en ikke-konvensjonsstat, kan også anerkjennes. Men det skjer ut fra en mer reell prøving av saken, der anerkjennelsen hovedsakelig vil avhenge av om vi anser at angjeldende stat hadde kompetanse.

### *VII. De personlige rettsvirkningene av ekteskapet*

17. De personlige rettsvirkningene av et ekteskap kan være mange og mangeartede. Alt fra troskap og samlivsplikt via hustruens myndighet, lydighet og rett eller plikt til å bære mannens navn, til underholdsplikten, kvalifiseres i internasjonalprivatrettslig sammenheng som en personlig virkning av ekteskapet. Noen av disse rettsvirkningene kan være klare som for eksempel navnerett og underholdsplikt, andre diffuse, som for eksempel samlivsadferd; hva ekteskapelig samliv innebærer.

De personlige rettsvirkningene varierer fra land til land. Men innen den samme kultur er de nasjonale forskjellene ikke så store. Det kan de derimot være fra en kultur til en annen. — I enhver kultur finnes det en ekteskapskultur.

18. Det er etablert rett — og lære — at ektefellenes til enhver tid felles personalstatutt fastsetter de personlige rettsvirkningene av ekteskapet. I Sverige er dette lovfestet, IÄR § 1.<sup>11</sup>

For Sverige og Finland hvor ektefellenes nasjonalitet er deres personalstatutt, vil en langt lettere komme opp i det problem at partene har hver sitt personalstatutt, enn en gjør i Danmark, Island og Norge hvor en har domicilprinsippet.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Den nordiske konvensjons art. 7 og Haag-konvensjonens art. 2.

<sup>11</sup> Lag 1912:69 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap rättsverkningar. — Om denne lovens rettslige karakter, se *Bogdan* s. 154.

<sup>12</sup> Om dette, og svensk retts stilling, se *Bogdan* s. 155—56.

*VIII. Diskusjon: Tese A: Partenes personalstatutt legges til grunn for inngåelse og oppløsning av »internasjonale» ekteskap og for slike ekteskaps personlige rettsvirkninger*

19. Den internasjonale privatretten — også familieretten — er preget av ordens- og formalbetraktninger. At personalstatuttet anvendes ved inngåelse og oppløsning av »internasjonale» ekteskap tas dels for gitt, eller begrundes med at det skal hindre »haltende ekteskap»; uheldigvis har noen stater domicilprinsippet, mens resten bygger på nasjonaliteten. Det blir således tradisjon eller retts teknisk hensiktsmessighet som opprettholder personalstatuttets betydning i den internasjonale familierett. Særlig tydelig kommer hensiktsmessighetssynspunktene til syne i diskusjonen om nasjonalitet versus domicil.

Domicilprinsippet er langt mer retts teknisk hensiktsmessig enn nasjonaliteten i den forstand at det oftere er sammenfattende med *lex fori*. Et klart uttrykk for hensiktsmessighetstenkingen er det derfor at en nettopp i nasjonalitetsstatene diskuterer muligheten for å skifte personalstatutt, til domicilet.<sup>13</sup> I domicilstater forekommer ikke noen tilsvarende diskusjon, om å skifte til nasjonaliteten som personalstatutt.<sup>14</sup>

20. En gang i blant bør en gå tilbake til grunnlaget for de rettslige ordninger; *ad fontes*. Ikke for å søke etter deres rent historiske begrunnelse, men for å se om den opprinnelige begrunnelse fortsatt har gjennomslagskraft.

Den klassiske konflikt for den internasjonale privatrett er konflikten mellom rettens territorialitet og dens personalitet: Noen rettsregler var knyttet til territoriet og gjaldt for alle som befant seg på det, andre regler var slik knyttet til personen at vedkommende tok dem med seg også inn i fremmede land. Dette siste sett av regler utgjør personalstatuttet.

Forestillingen om rettens personalitet har sine historiske røtter i de arkaiske stammesamfunn.

En vanlig forståelse er at de eldste samfunn var et religiøst fellesskap; de tilhørte samfunnet som dyrket den samme religion. Stammen kan således ses som et fellesskap om og i en idé. I denne idéen inngikk retten som en vesentlig del; en del er stammens kultgrunnlag. Deres rett var en del av det

<sup>13</sup> I Sverige har således dette vært et sentralt tema i den internasjonale familierettsdiskusjon, se bl.a. redegjørelsen i SOU 1969:60 s. 41 flg. Temaet ble også behandlet på det 20. nordiske juristmøtet i Reykjavik i 1960. I den innstilling til revisjon av den internasjonale familierett som nå utarbeides i Sverige, foreslås en overgang til domicilprinsippet; »hemvist».

<sup>14</sup> Nasjonalitet versus domicil tas opp nedenfor, punkt XI.

som bant den sammen og ga den sin egenart, forskjellig fra andre stammesamfunn.

Retten var derfor uløselig knyttet til personene som tilhørte stammen. Men ikke bare det, den var også en viktig del av deres selvforståelse. Den etablerte dem som personer. Retten ga stammens medlemmer en eksklusivitet i forhold til andre. Den vedlikeholdt stammen som en eksklusivitet.

Dette synet hadde »lovvalgskonsekvenser»: Fremmede kunne ikke behandles etter stammens rett, for da ville en ta inn de fremmede i stammen. Stammens samlede idé ville bli uttynnet med de fremmedes idéer, og stammefelleskapet ville gå i oppløsning. De fremmede måtte behandles etter sin egen rett. Dette standpunkt var ikke bare det negative, at en utelukket dem fra den egne stammen. Det var også det positive, at en anerkjente deres egenart; lot dem beholde sin egen rett.

Denne rettens personalitet ble helt avvist under feudaltiden, hvor retten ble sett som territorial. Forestillingen ble imidlertid gjenopp tatt av postglossatorene på 1200-tallet og den franske internasjonaltprivatrettsskole på 1500-tallet. De forsøkte å finne en balanse mellom rettens territorialitet og personalitet; *statuta realia* og *statuta personalia* (og *statuta mixta*).

21. Retten — i hvertfall privatretten — er en dimensjon i enhver kultur. Den inngår i individets selvforståelse og livsanskuelse. Ikke retten som abstrakte eller hypotetiske regler, men retten slik den inngår i den enkeltes eksistensielle situasjon. Stående i situasjonen vil den enkelte ha sin rettsforestilling som en del av grunnlaget for sine valg, og dermed sine forventninger. — Det er ved å ta hensyn til forventninger, og altså herunder rettsforestillingene, at en yter rettferdighet.

Lovvalsreglene må derfor utformes med grunnlag i de forventninger parter antas å ha i bestemte situasjoner, og på bestemte livsområder.

Forvolder en eksempelvis skade i utlandet, forventes en å bli bedømt etter reglene i det land der skaden er forvoldt. Enhver forholder seg nemlig til sine omgivelser. Kjenner en ikke de rettsregler som inngår i disse omgivelser, — hvis en er i utlandet —, vil en likevel forvente å bli tatt etter dem. Forventningene springer ut av situasjonen.

Visse (rettslige) situasjoner er så personlig nærgående at de egentlig gjelder personen eller individet som rettighet. Her vil forventningene være forventninger sprunget ut av retts- og kulturforestillinger av så grunnleggende karakter at de er konstituerende for individets kulturelle identitet. De inngår i min forestilling om meg: Jeg er meg, pluss min omstendighet; »yo soy yo y mi circunstancia», som den spanske tenker Ortega uttrykte det.

På disse rettsområdene står en mer overfor en kulturkonflikt enn en lovkonflikt.

22. Ikke noen rettsregler uttrykker så klart kulturen som familieretten. Men ikke bare det, reglene er også religiøse uttrykk. Også i vår kultur er ekteskapet forbundet med religionen, i hvertfall har det vært det, og er det hvis en ser det fra en annen religiøs kultur.

Familieretten — i allfall store deler av den — inngår derfor i enhver kulturelle identitet. Den er en del av den enkeltes »omstendighet». Den må respekteres hvis en skal respektere personen.

Å ta hensyn til en persons hjemlands rett — personalstatutt —, er derfor ikke et hensiktsmessighetsspørsmål. Det er et spørsmål om å respektere vedkommede egenart som person, ved å respektere vedkommende kultur, — eller religion.

Denne begrunnelsen av personalstatuttet rekker ikke fram til alle familierettslige spørsmål. Men der hvor den rekker fram, det gjør den ved inngåelse og oppløsning av ekteskap og ved ekteskapets personlige rettsvirkninger, bør den respekteres.

23. Min tese (punkt VIII) er i overensstemmelse med det som er utgangsreglen ved *stiftelse av ekteskap* når den ene eller begge er utlendinger: I våre land — unntatt Danmark — bestemmes eventuelle ekteskapshindringer av hver parts hjemlands lov, se foran punkt 7.

Tesen er ikke, i hvertfall ikke i prinsippet, forenlig med *de svenske familjesakkunnigas forslag*. Der foreslåes det som utgangsregel at svensk rett avgjør ekteskapshindringer, (forslaget § 1:1). Men den praktiske konsekvens av regelen er likevel at partenes personalstatutt blir bestemmende. Det foreslåes nemlig et alternativt personalstatutt: Hemvist i Sverige i minst to år eller svenske borgerskap. Svensk retts eksklusiv bestemmelse av ekteskapshindringer er betinget av at minst en av partene oppfyller dette kravet. Har begge parter fremmed personalstatutt, skal riktignok også svensk rett legges til grunn, men det kreves i tillegg at det ikke i noen av partenes hjemlands lov er hindringer mot ekteskapet, (forslaget § 1:2). — Tar en i betraktning svensk retts minimale ekteskapshindringer, vil konsekvensen være at partenes hjemlands lov reelt blir avgjørende, bortsett fra hvor bare den ene er utlending, da skal — slik jeg leser forslaget — svensk rett brukes; den annens svenske personalstatutt. — Da jeg ikke kjenner motivene, har jeg vanskelig for å se hvorfor de familjelagssakkunniga har formulert en regel om myndighetslandets rett, i stedet for personalstatuttet.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Det kan nevnes at i den nye tyske internasjonale familierettslov av 19. 6. 1986,

24. For *anerkjennelsen av ekteskap stiftet i utlandet* spiller ikke personalstatuttet noen direkte avgjørende rolle. Vi anerkjenner slike ekteskap selv om vigselslandet ikke har fulgt personalstatuttet ved kontrollen av ekteskaphindringer; vi godtar danske vigsler. At ekteskapet skal være gyldig i partenes hjemland er heller ikke noe krav. Har partene inngått et ekteskap som ikke godtas i deres hjemland er det deres valg; som bør respekteres. Er derimot ekteskapet ugyldig i vigselslandet, men anerkjennes i partenes hjemland, bør også vi anerkjenne det, slik svensk rett gjør, se foran punkt 10.<sup>16</sup> I hvertfall bør vi gjøre det hvis partene mente å ha stiftet ekteskap. Da å anerkjenne det vil være å ta hensyn til deres hjemlands ekteskapsforestillinger.

25. Også våre regler om *oppløsning av »internasjonale» ekteskap* er hovedsakelig sammenfallende med tesen om personalstatuttets dominans. Her kommer ikke personalstatuttet inn som lovvalg, men som hovedregel i form av jurisdiksjonsbetingelse; adgangen til å få oppløst et »internasjonalt» ekteskap er et jurisdiksjonsspørsmål, se foran punkt 13. Etter den norske tvml. § 419a er betingelsene for norsk domstols (eller administrativ) kompetanse at saksøkte har bopel her eller at saksøkte har eller har hatt bopel eller er norsk statsborger. Det opereres her med et utvidet personalstatutt;<sup>17</sup> bopel eller statsborgerskap. Den som ønsker ekteskapet oppløst, må leve eller ha levd i den norske »ekteskapskultur». — Fremmede får ikke sitt ekteskap oppløst i Norge med mindre saksøkte har bopel her.

Den danske rpl. § 448c setter tilsvarende krav for å oppnå oppløsning av ekteskap i Danmark.

Også svenske myndigheters kompetanse sammenfaller i hovedsak med de norske og danske. Dog slår partenes egentlige personalstatutt — nasjonalitetene — igjennom overfor bopelen («hemvist») i visse situasjoner, slik at betingelsene for oppløsning i partenes personalstatutt må foreligge, se foran note 10.<sup>18</sup>

De finske reglene er i hovedsak stort sett som de svenske.<sup>19</sup>

---

ikrafttreden 1. 9. 1986, har en opprettholdt regelen om personalstatuttet som bestemmende for ekteskaphindringer, EGBGB art. 13.

<sup>16</sup> Dette synet opprettholdes i det svenske forslaget, § 1:7, jfr. 3 st.

<sup>17</sup> Logisk og dogmatisk burde lovvalget ved separasjons- og skilsmissebetingelsene korrespondere med lovvalget for det personlige rettsvirkningene av ekteskapet, se punkt 27, for oppløsningsgrunnene bygger på overtredelse av de plikter en har som gift.

<sup>18</sup> Opprettholdes i det svenske forslaget, § 2:3.

<sup>19</sup> Lag ang. vissa familierättsliga förhållanden av internationell natur 5. 12. 1929/379.

At en i Norge og Danmark som har domicilet som personalstatutt, også gir sine utflyttede borgere adgang til å få sine ekteskap oppløst, illustrerer at en har tatt hensyn til deres »ekteskapskultur»; de har norske henholdsvis danske, forestillinger om når og hvordan en kan få sitt ekteskap oppløst.

26. Når en står overfor spørsmålet om å *anerkjenne* utenlandske ekteskapsoppløsninger, har personalstatuttet, som ved anerkjennelse av utenlandske ekteskapsstiftelser, bare indirekte betydning. Avgjørende er om den utenlandske myndighet har hatt kompetanse. I Haag-konvensjonen er kompetansen som i våre egne rettergangsregler knyttet til et utvidet personalstatutt: »résidence habituelle» eller statsborgerskap, art. 8.

Ekteskapsoppløsninger gitt i land utenfor konvensjonen, bør vi uten videre anerkjenne hvis oppløsningslandet er partenes hjemland. Da finnes det ingen grunn til overprøving, annet enn eventuelt ut fra vår ordre public. Er oppløsningslandet et tredje land, også utenfor konvensjonen, bør vi anerkjenne avgjørelsen hvis den anerkjennes i partenes hjemland. Det bør være hovedkriteriet. Anerkjennes oppløsningen ikke etter parets personalstatutt, bør vi likevel kunne anerkjenne den hvis det er forenlig med våre oppløsningsbetingelser, i hvertfall hvis partene er enige om å oppløse ekteskapet.

27. For de *personlige rettsvirkningene* av »internasjonale» ekteskap, er min tese fullt ut dekkende for gjeldende rett; de personlige rettsvirkningene bestemmes ut fra partenes personalstatutt.

I Danmark, Island og Norge hvor en har domicilet som hjemlands lov, skaper dette i normaltilfellene ikke noen særlige problemer. Ektefellene har vanligvis samme domicilland. Problemene oppstår i de unntakstilfellene hvor de bor i hvert sitt land, har hvert sitt domicil. Problemene kan også oppstå umiddelbart etter vielsen, før de ennå har rukket å etablere felles bopel.

I Finland og Sverige med sitt nasjonalitetsprinsipp, er situasjonen hvor ektefellene har hvert sitt personalstatutt, — hver sin nasjonalitet —, eller en felles fremmed nasjonalitet, langt mer aktuell; og det over lang tid.

Ved de personlige rettsvirkningene av ekteskap har en i motsetning til for spørsmålene om inngåelse og oppløsning av ekteskap, konsekvent hevdet personalstatuttets doméne. Og etter min mening altfor konsekvent. Personalstatuttets begrunnelse, se foran punkt 21 og 22, rekker ikke fram til alle de rettsspørsmål som tradisjonelt henføres til de personlige rettsvirkningene av ekteskap. Den rekker ikke fram til å omfatte *underholdsplikten*.

Rett nok kan vi si at underholdsplikten er et utslag av idéen om felleskap og omsorg ektefeller imellom. Men primært er den begrunnet i at den ene ektefelle ikke skal falle samfunnet til byrde, hvis den andre har midler

til å hindre det. Underholdsplikten bør derfor bestemmes av underholdsmottakerens bopelslands rett. For det er dette landet som eventuelt må gripe støttende til. — Slik ser en det ved underhold av barn, og det er ingen god grunn til å ha en annen regel for ektefeller. I det svenske forslaget har en tatt dette standpunkt; spørsmålet om underhold avgjøres etter retten i den stat der den berettigede har bopel («hemvist»), (Forslaget 13:2).

Når det gjelder spørsmål som for eksempel hustruens *myndighet* og *råderett*, og ektefellenes *samlivsplikt*, vil de være grunnleggende i partenes »ekteskapskultur», og bør derfor *prinsipielt* utledes av deres personalstatutt; hvis de har hver sitt hjemland, av dens lands rett hvor virkningene av ekteskapet er *svakest*.<sup>20</sup>

*IX. Diskusjon: Tese B: Inngrep i personalstatuttets doméne, bør skje ved ordre public og ikke ved velvillig hensiktsmessighet, eller egne absolutte ekteskaphindringer*

28. Våre rettsmyndigheter kan ikke unntaksfritt anvende partenes personalstatutt i alle familiesaker av internasjonal privatrettslig karakter. I noen saker måtte en da for eksempel overse bigamiforbudet.

Jeg vil her reise en kort, men prinsipiell diskusjon om hvordan vi bør forholde oss til slike, for vår, den europeiske kultur, fremmede fenomener.

29. Som utgangspunkt griper jeg til den norske høyesterettsdommen gjengitt i Rt. 1983 s. 251, se foran punkt 12.

I denne saken hvor mannen hadde inngått ekteskap med to kvinner i Pakistan, ble hustru nr. 2 gitt separasjon. Det er neppe tvil om at dette var et velvillighetsstandpunkt. Begrunnelsen var i hvertfall ikke holdbar: Det ble sagt at norske ektefeller i omstøtelige ekteskap har valget mellom omstøtelse og separasjon/skilsmiss. Men da må det i tilfelle i tillegg til omstøtelsesgrunnen foreligge separasjons-/skilsmissgrunner. I et bigami-tilfelle har imidlertid ektefelle nr. 2 ikke noe slikt valg; ekteskapet må omstøtes.

Ved at Høyesterett i denne saken valgte separasjon framfor omstøtelse, valgte retten forutsetningsvis å anerkjenne polygame ekteskap som gyldige etter *norsk* rett. Om denne forutsetning ikke var synbar for retten, burde i hvertfall konsekvensene av dommen ha vært det: En separasjon gir partene også den mulighet til å flytte sammen igjen, og dermed uten videre re-

---

<sup>20</sup> Etter den nye tyske loven kan ektefellene også velge hvilket lands rett som skal bestemme de personlige rettsvirkningene, EGBGB Art. 14.



etablere forholdet som ekteskap. Hvis dette paret hadde gjenopptatt samlivet, måtte vi da anerkjenne at de levde i gyldig ekteskap? Logisk og dogmatisk, utvilsomt. — Hva en dommer ville gjøre er ikke så sikkert.

Som nevnt er ekteskapsinstitusjonen et kulturfenomen. Ens idé om ekteskapet er formet av ens kultur, og idéen er forskjellig i de ulike kulturer.

Vi skal respektere andres kultur, er parolen. Men kan vi gjøre det ved ikke å markere vår egen? Respekterer vi islamsk ekteskapskultur og -syn ved å behandle denne kulturens ekteskap som norsk ekteskap, av velvillighet; det er bare den overlegne som har råd til velvillighet.

30. Jeg har i denne rapporten framholdt at personalstatuttet skal være det dominerende — og konsekvente — lovvalg ved inngåelse og oppløsning, samt for de personlige rettsvirkningene av »internasjonale» ekteskap. Derigjennom respekterer en andres ekteskapsyn og ekteskapskultur.

Ender dette i forhold som er uforenlig med vår egen ekteskapskultur, bør vi avvise resultatet ut fra ordre public. Ved lovvalget anerkjenner vi da den fremmede ekteskapsordning, ved å bruke ordre public anerkjenner vi *samtidig* også vår egen. — Det ligger mer anerkjennelse av de andre i å avvise dem, enn å overse dem. Og det var nettopp å overse islamsk ekteskapskultur/ekteskapsordning den norske Høyesterett gjorde i ovennevnte sak fra 1983. Retten overså at mannen i saken var lovlig og gyldig gift også med en annen kvinne. Den skar bort tilfellets islamske elementer slik at det passet til den norske (europeiske) ekteskapsordning.

En konsekvent anerkjennelse av personalstatuttet, eventuelt møtt med ordre public, vil innebære at for eksempel absolutte ekteskapshindringer i vielseslandets lov ikke kan anvendes direkte, men eventuelt som ordre public. Dette er vel dogmatisk sett også det riktige standpunkt. Ekteskapshindringene i vår interne lovgivning er ikke utformet med tanke på »internasjonale» ekteskap.

Dette standpunktet, å bygge konsekvent på personalstatuttet, begrenset av ordre public, vil ikke bare være en anerkjennelse av fremmede ekteskapsordninger, det vil også ha direkte rettslige konsekvenser: Norsk vigselmyndighet kan i medhold av norsk ekteskapslovs § 7 nekte å vie et svensk halvsøskenpar, som har fått svensk dispensasjon. Tilsvarende kan finsk myndighet i medhold av sin lovs § 10 nekte å vie så nær beslektede som onkel/niese, tante/nevø. Her står en nemlig overfor absolutte ekteskaps-hindringer i de to lands lover.

Holdt en seg her til personalstatuttet, begrenset med ordre public, vil det neppe være grunnlag for å nekte vielse i disse tilfellene. Det vil være

et sterkt standpunkt å hevde at svensk rett strider mot norsk ordre public, og at retten i de øvrige nordiske land strider mot finsk ordre public.

31. Paradoksalt nok tror jeg dette konsekvente standpunkt om å anerkjenne personalstatuttet kombinert med vår egen ordre public, er viktigere i dag hvor vi konfronteres med meget fremmede ekteskapskulturer, enn tidligere da vi sto overfor nasjonale varianter av det europeiske ekteskapet.

*X. Diskusjon: Tese C: I visse tilfelle er nasjonalitetsprinsippet riktigere for lovvalget i familieretten enn domicilprinsippet*

32. I det jeg her har skrevet, har jeg brukt uttrykket personalstatuttet, uten å angi om jeg har ment nasjonaliteten eller domicilet. Jeg utelukker ikke at det har skinnnet igjennom hva jeg foretrekker.

Nasjonalitetsprinsippet versus domicilprinsippet er nærmest permanent på dagsordenen. Det nordiske Juristmøtet drøftet det i 1960 i Reykjavik.

Jeg vil ikke her gi noe begrunnet standpunkt til det ene eller det andre, for problemet ligger i beste fall i utkanten av mitt tema. Men da det ikke er tvil om at utviklingsretningen går mot domicilprinsippet, vil jeg reise det som spørsmål, og antyde mitt svar.

La meg presentere spørsmålet i form av et eksempel:

En pakistaner giftet seg i Pakistan. Etter en tid ble han og hustruen enige om å bryte samlivet, bl.a. fordi kvinnen ikke kunne få barn. Av sosiale grunner — og diskresjonære —, ønsket ingen av dem skilsmisse. Mannen flyttet så til Norge. Etter en tid besøkte han Pakistan, og giftet seg der med en annen pakistansk kvinne.

Etter norsk syn hadde mannen ervervet domicil i Norge da han giftet seg. Norske ekteskaphindringer og bigamistraftebestemmelser kom til anvendelse.

33. Å bygge på domicilet, er en modifisert form for territorialitet; et modifisert *lex fori*-prinsipp. Det er tjenlig for myndighetene i ethvert land. Det er også fordelaktig for fremmede som ønsker å bli raskt integrert i sitt nye land. Men overfor noen og i noen tilfelle kan det være annektering.

Ser en deler av familierettene som kulturuttrykk kan domicilprinsippet innebære at en må skifte kultur over natten. Det er ugjørlig når en kommer fra en annen kultur, særlig når det gjelder så grunnleggende forestillinger i en kultur, som de *personlige* sidene ved ekteskapet. — Ved de økonomiske virkningene er det annerledes.

Slik jeg bedømmer det er nasjonalitetsprinsippet for mange av familie-

rettens problem er et langt mer kosmopolitisk standpunkt enn domicilet. Og kosmopolitisme er den internasjonaltrettslige idé.

### **Annen del: Formuesordningen mellom ektefeller i »internasjonale» ekteskap**

#### *XI. Problemene, og de gjeldende løsninger*

34. I jordbruksamfunnet var det vesentligste av et ektepars aktiva fast eiendom. Ekteparet inngikk også i en storfamilie. Det var naturlig at deres formuesforhold var regulert av retten der eiendommene lå.

Utgangspunktet for et annet syn ble en betenkning skrevet av *Charles Dumoulin*. Av Parlamentet i Paris ble han i 1525 bedt om å begrunne at ekteparet de Ganays («l'affaire de Ganay») eiendommer i Paris og Lyonnais (nå departementene Rhône og Loire) var underlagt coutumen i Paris. Dumoulin hevdet at når ekteparet hadde valgt å bosette seg i Paris hadde de stiltiende godtatt retten i Paris.<sup>21</sup>

Med dette ble personalstatuttet introdusert som grunnlag for formuesordningen mellom ektefeller, — og partsautonomien; det siste har hatt stor betydning i fransk praksis og doktrin.

35. Det er to hovedproblemer en står overfor ved spørsmålet om hvilket lands rett som bestemmer formuesordningen i »internasjonale» ekteskap.

Det ene spørsmålet er hvilket lands rett som *etablerer* formuesordningen når personer med forskjellig personalstatutt inngår ekteskap. Det andre er hvilket lands rett som er bestemmende når et etablert ektepar *skifter* personalstatutt; flytter til et annet land og får nytt domicil eller nasjonalitet.

For begge spørsmåls vedkommende er de gjeldende ordninger i våre nordiske land rimelig oversiktlige, men ikke for alle tilfeller rimelige.

36. Etter *norsk* rett etableres formuesordningen etter retten i partenes første felles domicil etter ekteskapsinngåelsen.<sup>22</sup> I *dansk* rett fastlegges den som hovedregel etter mannens domicillov.<sup>23</sup> Slik også i *finsk* og *svensk* rett, men der mannens nasjonalitetslov.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Se *Henri Batiffol/Paul Lagarde*: Droit international privé, II, 7. utg. Paris 1983 s. 357, utførligere: *Georges Wiederkehr*: Les conflits des lois en matière de régime matrimonial, Paris 1967 s. 37 flg.

<sup>22</sup> Se *Gaarder*, s. 142.

<sup>23</sup> *Philip*, s. 225—26.

<sup>24</sup> Se henholdsvis Lag ang. internasjonell familjerätt § 14, 2 og IÅR § 1.2.

Etter den nordiske *familierettskonvensjon* er partenes første felles bopel etter ekteskapsinngåelsen bestemmende, art. 3.

37. I alle de nordiske land gjelder det såkalte *uforanderlighetsprinsippet*: Skifter paret personalstatutt etter at formuesordningen er etablert, beholder de den opprinnelig engang etablerte ordning.

Er de nordiske borgere og flytter innen Norden, skal imidlertid det nye bopellandets formuesordning anvendes, familierettskonvensjonen, art. 3, 2. punktum.

### *XII. Diskusjon: Tese D: Ektefellene velger selv det lands rett som skal regulere formuesforholdet mellom dem*

38. Det finnes vel knapt noe rettsområde der de nasjonale forskjeller er så mangfoldige som ved formuesordningen for ektefeller, — ikke i hovedtrekkene, men i detaljene. Selv innenfor et så rettsenhetlig område som Norden, er forskjellene påtakelige.<sup>25</sup>

Det er vel heller ikke noe formueretts-område hvor detaljreguleringen er så gjennomført; hvor partene intet behøver å avtale.

Nettopp den gjennomgripende regulering en har funnet grunn til i familieretten, skulle tilsi at også lovvalget burde undergies lovfaste regler. I hvertfall rekker begrunnelsen for reguleringen også fram til lovvalget: Ektefeller avtaler ingenting, derfor bør deres rettigheter og plikter lovfestes.

Problemet er imidlertid at det er vanskelig å formulere faste lovvalgsregler som i alle praktisk viktige tilfeller og konstallasjoner gir tjenlige og rimelige resultater; rimelige ut fra partenes forventninger. — At ektefeller sjelden avtaler noe om sin formuesordning, skyldes ikke at den er dem likegyldig. Det skyldes at de har visse forestillinger om hvordan formueordningen er; de har forventninger om de store trekkene. Og forestillingene og forventningene springer ut av deres hjemlands ordning.

39. De gjeldende regler er problematiske både når det gjelder etableringen av formuesforholdet og når det gjelder statuttveksling; partene flytter og får ny hjemlands lov.

Første felles bopel, som etter norsk rett etablerer formuesforholdet, er vanskelig for partene, og omverdenen, å peke ut; i mange tilfeller må de ha rettskraftig dom. Den danske ordning, at mannens domicil skal være

---

<sup>25</sup> Det er nok å nevne de ulike standpunktene til sameie. — Se min nok Samliv og sameie, Oslo 1983, særlig s. 185 flg.

avgjørende, er en anakronisme. Det samme er det når en i Sverige legger mannens nasjonalitet til grunn.

Ordningen med at formuesforholdet forblir uforandret ved statuttveksling er heller ikke god, den er altfor stivbent, og skaper overraskelser såvel for ektefellene som for dem de kommer i rettsforhold til. Den har videre en begrunnelse som ikke lenger er gangbar i internasjonal privatrett: Vel-ertervede rettigheter (vested rights, droit acquis).

40. Rettsfastlagte lovvalgsregler stemmer overens med vårt dominerende internrettslige syn på formuesforholdet mellom ektefeller. Dette forholdet plasserer vi i familieretten, og ikke i formueretten. Derfor er det gjennomregulert som andre familierettslige spørsmål, med liten plass for individuelle avtalte ordninger.

I lovvalgssammenheng er det imidlertid ingen betenkelighet i å føre formuesordningen mellom ektefeller tilbake til formueretten, og gi ektefellene adgang til å avtale lovvalget. En slik frihet innebærer ikke noe verre enn at de selv bestemmer hvilket av de aktuelle lands interne preseptoriske ektefelleordning som skal gjelde for dem.

Ved slik å la partsautonomien bestemme lovvalget, både ved etableringen av formuesforholdet og ved statuttveksling, vil en få en smidig ordning. Og enda bedre, en ordning som tilfredsstillter partene.

I det svenske forslaget, og også i det norske, har en innsatt som hovedregel at ektefellene selv skal kunne velge hvilket lands rett de vil ha sin formuesordning regulert etter.<sup>26</sup>

41. Ektefellene bør selvsagt ikke kunne velge hvilket som helst lands rett som formuesstatutt. De bør ha en viss tilknytning til det land hvis rett de velger. En av dem bør ha sitt domicil i angjeldende land eller ha statsborgerskap der.<sup>27</sup>

De bør også kunne velge retten i et land de ønsker å flytte til, selv om ingen av dem ved tidspunktet for valget har domicil eller statsborgerskap der. I hvertfall må de kunne velge dette landets rett hvis de flytter dit og får sin første felles bopel der, se nedenfor punkt 43. Men også ved statuttveksling under ekteskapet bør et slikt forhåndsvalg godtas.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Det svenske forslaget § 4:2.

Også i den nye tyske lovgivning kan ektefellene selv foreta lovvalget; enten ved å velge »Ehewirkungsstatut» generelt, EGBGB Art. 14, II og III, eller bare for formuesforholdet, Art. 15, II. — Ektefellenes eget valg er også utgangsregelen i Haag-konvensjonen om lovvalget for ektefellers formuesforhold av 14. mars 1978; ikke ratifisert av de nordiske land.

<sup>27</sup> Slik det svenske forslaget, § 4:2.

<sup>28</sup> Etter den nye tyske lov kan partene også velge retten i det land der en av dem

42. Nær forbundet med spørsmålet om å velge retten i et fremtidig hjemland som formuesstatutt, er spørsmålet om et valg som ikke slik er fremtidsrettet har gyldighet også hvis partene senere flytter til et land de ikke hadde noen tilknytning til da lovvalget ble foretatt; statuttveksling. At avtaler av materiellrettslig art, som særreie og eiendomsoverføringer, står ved lag også etter statuttveksling, er vel ikke mer enn rimelig. Hvorvidt lovvalgsavtaler i en slik situasjon fortsatt bør bli stående er et vanskeligere spørsmål, men det oppstår bare hvis partene ikke inngår ny avtale om lovvalget. Lar en avtalen gjelde, ender en opp med den någjeldende uforanderlighetsordningen, lar en den falle bort kan det bli en overraskelse for partene.

Godtar en mitt syn at partene kan velge retten i et fremtidig hjemland som formuestatutt, vil det være naturlig å la partenes forutsetninger ved den opprinnelige avtalen være utslagsgivende for om den gjelder også etter statuttveksling. Men, en bør vel ha som presumsjon at den faller bort. I det ligger en oppfordring til dem om å revurdere lovvalget.

*XIII. Diskusjon: Tese E: Har ektefellene ikke valgt formuesstatutt, kommer retten i deres første felles domicilland til anvendelse, og ved statuttveksling, retten i det nye domicilland*

43. Også her kan en diskutere om en skal velge nasjonaliteten eller domicilet som personalstatutt. Men ser en formuesordningen mellom ektefeller som hovedsaklig formuerett, slik jeg gjør, faller problemet utenfor personalstatuttets sfære. En kan derfor foreta lovvalget ut fra «nærhetsprinsippet».<sup>29</sup> Og da blir retten i partenes første bopels land mest nærliggende til å etablere formuesforholdet. — Siden dette bare blir aktuelt når ektefellene har unnlatt å avtale noe lovvalg, står innvendingen mot at en ikke tar hensyn til «familiekultur» og nasjonalitet svakt.

44. Har ektefellene heller ikke foretatt noe lovvalg ved *statuttveksling*, er det likeledes naturlig å la den nye domicilloven bestemme formuesordningen.

Her kan det diskuteres om en skal la det gå en viss tid før skiftet av formuestatutt skjer.<sup>30</sup> Men legger en til grunn den dansk-norske domicilforståelsen, skulle dette være unødvendig.

---

har fast eiendom, EGBGB Art. 15 III nr. 3. — En slik adgang er unødig kompliserende.

<sup>29</sup> Uttrykket (Le principe de proximité) brukt av Paul Legarde i IPR-forelesningen sommeren 1986 ved Académie de droit international i Haag. — Angjeldende bind av Recueil des cours foreligger ikke i skrivende stund.

<sup>30</sup> Det svenske forslaget opererer med 10 år, § 4:3, 2 st.

*XIV. Diskusjon: Tese F: I tiden mellom ekteskapsinngåelsen og til første felles domicil er etablert, eller hvis ektefellene ikke etablerer noe felles domicil, fastsettes formuesordningen etter den av partenes hjemlands lov (personalstatutt) som tillegger ekteskapet de svakeste virkningene*

45. Aktualiseres rettsspørsmål med grunnlag i et ektepars formuesordning før de har rukket å etablere et felles domicil, vil en stå overfor et meget kortvarig ekteskap. Det er derfor rimelig å minimalisere virkningene av det; bruke den av partenes hjemlands lov som har de svakeste virkninger.

Det samme vil være en rimelig løsning for de unntakstilfellene der partene bor hver for seg i hvert sitt land; hvor de ikke har felles domicil.

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Bernhard Gomard

**Konkurrenseret**  
Mål, midler, virkninger



**Indhold**

I. Konkurrencerettens grundlag i erhvervs politik i lovgivningen .	370
1. Konkurrencerettens erhvervs politiske mål .....	370
1.1. Fri konkurrence og begrænset konkurrence .....	370
1.2. Konkurrence, initiativ og virkning .....	372
(1) Fri konkurrence og frihed i øvrigt .....	374
(2) Fri konkurrence og dynamik i erhvervslivet .....	375
(3) Andre mål for en konkurrenceret end effektivitet	386
(a) Sidemål .....	386
(aa) Priskontrol .....	388
(bb) Fri og lige adgang til erhverv .....	391
(cc) Små virksomheder .....	391
(dd) Frit forbrugsvalg .....	393
(ee) Information om varer og tjenesteydelser ....	394
(ff) Integration i EF .....	395
(b) Overlapning og kollision mellem hovedmål og sidemål .....	396
(4) Afhængighed mellem samfundets egenart og konkur- rencerettens mål og midler .....	399
2. Konkurrencerettens grundlag i traktater og i nationale love	402
2.1. Fra erhvervs politisk mål til operationelle rets regler ..	402
2.2. National ret og fællesskabsret .....	408
2.2.1. Dualismen i konkurrenceretten .....	408
2.2.2. National ret i kort resumé .....	408
(1) Sverige og Finland .....	409
(2) Danmark .....	410
(3) Norge .....	413
2.2.3. Fællesskabsret .....	414
(a) EF's medlemslande .....	414
(b) Frihandelsaftalelande .....	420
2.3. Den nationale og den fælles konkurrencerets eksistens	423
2.3.1. Nationale opgaver .....	423
2.3.2. Fælles opgaver .....	427
II. Theser til debat .....	432
1. Behovet for debat .....	432
2. Stat ctr. marked .....	433
3. Symbiosen mellem fællesskabsret og national ret .....	433
4. Gennemsigtighed .....	433

Konkurrenceret 369

5. Registrering .....	433
6. Priskontrol .....	434
7. Konkurrenceret og forbrugerbeskyttelse .....	434

# Konkurrenceret

## Mål, midler, virkninger

Af professor, dr. jur. BERNHARD GOMARD, Danmark

### I. Konkurrencerettens grundlag i erhvervs politik og i lovgivningen

#### 1. Konkurrencerettens erhvervs politiske mål

##### 1.1. Fri konkurrence og begrænset konkurrence

Alle vestlige lande har vedtaget regler om retlig regulering af konkurrencebegrænsninger. Det væsentligste erhvervs politiske mål for denne del af konkurrenceretten siges at være fremme af fri konkurrence samt kontrol med og modarbejdelse af skadelige virkninger af konkurrencebegrænsninger. Ved med konkurrenceretten som middel at opretholde og fremme fri konkurrence i erhvervslivet ønskes den økonomiske effektivitet og vækst styrket. Mange ser tillige i en frihed, der også omfatter det økonomiske område, både en værdi af selvstændig betydning og en nødvendig forudsætning for på langt sigt at kunne bevare personlig frihed.

Benævnelsen konkurrenceret omfatter foruden reguleringen af konkurrencebegrænsninger også den retlige regulering af konkurrencens midler. Reglerne om loyal konkurrence er nu sammensmeltet med reglerne om sikring af en markedsføring, som er fair over for forbrugerne (kunderne) i Markedsføringsloven nr. 297 af 14. juni 1974.

De gældende love om modarbejdelse af konkurrencebegrænsning bærer forskellige navne. Den danske lov om emnet, Lov om tilsyn med monopoler og konkurrencebegrænsninger (lovbekendtgørelse nr. 108 af 11. marts 1986) kaldes i daglig tale Monopolloven. Norge har en Lov om kontroll og regulering av priser, utbytte og konkurrenceforhold af 26. juni 1953 nr. 4, der omtales som Prisloven. Den tidligere svenske lov bar titlen Lag om modvirkande i vissa fall av konkurrensbegrænsning inom näringslivet (SFS 1953:603), mens den gældende lov blot hedder Konkurrencelagen (SFS 1982:729). I forbundsrepublikken Tyskland gælder Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung af 27. juli 1957 (GWB). I USA benævnes retsområdet Antitrust.

I denne afhandling er i overensstemmelse med et forslag i Betænkning nr. 1075/1986 fra Monopollov til Konkurrencelov benyttet udtrykkene konkurrenceret, og de nævnte gældende love er i almindelighed omtalt som konkurrencelove, uanset at denne sprogbrug ikke er helt træffende. Hvor nøjagtighed er påkrævet, må der tales enten om konkurrencebegrænsningsret eller om f.eks. konkurrenceloyalitetsret. Den første afdeling af konkurrenceretten tilstræber en fri konkurrence, den anden tilstræber en konkurrence med loyale midler, sml. nedenfor ved note 36.

Der er i lovgivningen fastsat nogle retlige rammer for økonomisk aktivitet, som har betydning både for de enkelte virksomheders retlige adgang til markeder og for deres faktiske mulighed for at gøre sig gældende i konkurrencen, idet f.eks.

- Det offentlige har en fortrinsstilling eller et monopol på udførelsen af nogle basale funktioner (post, jernbaner, hospitaler etc.),
- Erhvervslivet skal opfylde en række krav om beskyttelse af miljø samt fremme af sundhed og sikkerhed.
- Erhvervsvirksomheder skal udvise loyalitet over for konkurrenter og kunder.

Målet at fremme fri konkurrence består kun i, at der inden for disse rammer så vidt muligt bør bestå fri konkurrence imellem de erhvervsdrivende virksomheder. En ren naturtilstand, hvor den økonomiske virksomhed alene styres af markeds kræfter, er ikke målet. De fleste kendte offentlige foranstaltninger ændrer de priser og ressourceallokeringer, som ville herske i natvægterstaten. Eksempler på indgreb, som har en særlig kraftig virkning, er opkrævningen af (høje) skatter og afgifter, opretholdelse af kunstigt lave priser på kollektiv transport og på ydelser i sundheds-, kultur og uddannelses-sektorerne, subsidiering af nogle former for byggeri, boligsikring og huslejeregulering etc. Der hersker en udbredt — men måske overdreven — tro på, at alle disse indgreb er gavnlige.

Konkurrencerettens grundtanke er, at virksomhederne ikke i almindelighed bør træffe foranstaltninger til begrænsning af konkurrencen eller organisere sig således, at konkurrencen begrænses. De rammer og betingelser for den erhvervsmæssige virksomhed, som lovgivningsmagten selv har fastlagt, er derimod ikke genstand for konkurrencerettens censur af de skadevirkninger, som måtte følge af indgreb i den fri konkurrence. Der er dog med tilslutningen til EF sket en konkurrencebestemt regulering af en del af den offentlige virksomhed: Medlemsstaterne har i Rom-traktatens art. 90 forpligtet sig til at tilpasse »de statslige handelsmonopoler, således at enhver forskelsbehandling af medlemsstaternes statsborgere med hensyn til forsynings- og afsætningsvilkår er udelukket, jfr. art. 37», og til, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som medlemsstaterne indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder »ikke at indføre eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne Traktats bestemmelser, navnlig de i art. 7 og 85—94 nævnte«. Disse bestemmelser er også gældende i EFTA-landene, idet både indholdet af bestemmelsen i § 90 og af art. 85 og 86 er indarbejdet i frihandelsaftalernes art. 23.

En fri konkurrence i ideel forstand, forstået som en tilstand hvor der — på nogle eiler på ethvert økonomisk område — hersker en helt fri konkurrence, er uopnåelig, også selv om der bortses fra de konkurrencefordrivninger, som er en tilsigtet virkning eller en utilsigtet følge af lovbestemte rammer og offentlige indgreb.<sup>1</sup> Konkurrenceretten fjerner ikke monopoler eller konkurrencebegrænsninger, som er begrundet i lovgivning, men heller ikke konkurrencebegrænsninger i kraft af kollektive aftaler om arbejdsforhold eller i naturforhold, såsom råstofforekomster og beliggenhed. Hertil kommer, at væsentlige forudsætninger for fri konkurrence langtfra altid er til stede. Der er ikke og kan ikke på alle markeder uden legale eller naturlige monopoler på ethvert tidspunkt være talrige, aktive udbydere og efter-spørgere, som alle optræder uafhængigt af hinanden og kun dirigeres af økonomiske rationelle motiver, således at konkurrenceparametre som pris og kvalitet til fulde får den betydning, som de efter økonomisk teori bør have under en fri ideel konkurrence.<sup>2</sup>

### 1.2. *Konkurrence, initiativ og virkelyst*

Der vil altid findes begrænsninger af konkurrencen, som skyldes virksomhedernes tilrettelæggelse af deres indkøb, produktion, markedsføring og organisation m.m. Adskillige ordninger af produktion og afsætning, der

<sup>1</sup> Af omtaler af fri konkurrence i juridisk litteratur kan nævnes *Fejø: Monopolret og marked*, 1985, s. 89 ff og *Bernitz: Svensk marknadsrätt*, 2. uppl. 1986 s. 46 ff. Af den omfattende litteratur uden for Norden kan nævnes indledningskapitlerne i *Sullivan: Antitrust*, 1977, *Bork: The Antitrust paradox*, 1978, og flerbindsværket *Areeda & Turner: Antitrust Law*, 1977 et seq. samt *W. Möschel: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1983 s. 42 ff (Rd.nr. 62 ff) og *Merkin & Williams* kapitel 1.

<sup>2</sup> Af den økonomiske litteraturs beskrivelser af fuldkommen konkurrence kan nævnes *Bartling: Leitbilder der Wettbewerbspolitik*, 1980, der s. 13 opregner som Modellprämissen »vollkommenen Wettbewerbs«

- 1) Viele Arbeiter und viele Nachfrager mit jeweils kleinen Marktanteil
- 2) Homogenität  
(sachlich, persönlich, räumlich, zeitlich)
- 3) Markttransparenz  
(vollständige Übersicht und Voraussicht)
- 4) Unbegrenzte Mobilität und Teilbarkeit von Produktionsfaktoren und Gütern
- 5) Unendliche Reaktionsgeschwindigkeit aller Anpassungsprozesse
- 6) Keine Schranken für Marktzutritt (und Marktaustritt)
- 7) Implizit unterstellt:
  - Rationalverhalten der Wirtschaftseinheiten
  - Keine dirigistischen Markteingriffe des Staates
  - Vollständiges Wissen.

som en uundgåelig bivirkning indskrænker konkurrencen i nogle henseender, har imidlertid tillige en væsentlig positiv betydning for vækst og velfærd. Adgang til at indrette erhvervsvirksomhed på en måde, der kan begrænse konkurrencen, kan være befordrende for initiativ og virkelyst. Målet for en rationel konkurrenceret må derfor være sammensat og nuanceret:

- at sikre fri konkurrence for så vidt dette er muligt og hensigtsmæssigt,
- at imødegå — fjerne eller begrænse — virkninger af konkurrencebegrænsninger, der bedømmes som skadelige, fordi de forringer de økonomiske betingelser.

Indgrebet kan bestå i såvidt muligt at genskabe de vilkår som ville have bestået, såfremt konkurrencen havde været fuldkommen eller i at lempe konkurrencebegrænsningen, således at dens positive virkninger får større vægt end de negative.

Både i lovgivning og i juridisk litteratur tales der undertiden om de priser og vilkår, som ville bestå under — en ikke eksisterende tilstand af — fri konkurrence, som om dette var en størrelse der er bekendt eller dog let kan konstateres. Det siges således i § 16, stk. 1, i det danske lovudkast, som er udarbejdet på grundlag af Betænkning nr. 1075/1986, at Monopoltilsynet fastsætter priser, avancer eller kalkulationsregler, såfremt en pris eller avance på grund af konkurrencebegrænsning »overstiger hvad der såvel med hensyn til størrelse som varighed ville kunne opnås på et marked med virksom konkurrence, og denne følge ikke bringes til ophør på anden måde«. Samtidig foreskrives i § 16, stk. 2, at priser skal bedømmes ud fra en cost plus kalkulation i effektive virksomheder. Lovudkastet synes at ville sætte lighedstegn mellem disse to priser. Efter den økonomiske teori skulle disse priser da også falde sammen — men kun som gennemsnit og i det lange — måske meget lange — løb, sml. herved bl.a. *Mestmäcker*: Der verwaltete Wettbewerb, 1984, s. 214 ff om kostengerechte Preise.

Den tyske GWB hjemler i § 22(4) nr. 2 indgreb over for marktbeherrschende Unternehmen, som kræver »Entgelte oder sonstige Geschäftsbedingungen . . . , die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würden; hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamen Wettbewerb zu berücksichtigen«. Det er vanskeligt at skelne mellem en afvigelse fra en »hypothetischer Preis, der sich bei wirksamen Wettbewerb auf dem beherrschten Markt ergibt« (als ob Preis) og en pris, der er urimelig, bedømt ud fra sælgernes omkostninger (the cost plus approach), sml. *Möschel*: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen Rd.nr. 562—574 og om Europadomstolens praksis efter art. 86 navnlig sagen om United Brands (Saml. 1978. 207 om prisen på bananer i Danmark og Benelux) *Valentine Korah*: EEC Competition Law and Practice, 3rd ed 1986 s. 135 (12.2.2.) og *Merkin & Williams* s. 144 ff.

Valget af økonomisk vækst som et — eventuelt et af flere — erhvervspolitiske mål og valget af praktikabel og hensigtsmæssig (workable) konkurrence i et dynamisk erhvervsliv som et vigtigt — det bedst egnede og uundværlige — middel til realisering af dette mål er det fundamentale udgangs-

punkt i de kendte konkurrenceretlige systemers program. Disse valg afgiver imidlertid ikke i sig selv et program som er tilstrækkelig indholdsrigt og bestemt for opbygningen af en konkurrenceret bestående af funktionsdygtige retsregler. Hertil kræves yderligere en principiel stillingtagen især til fire spørgsmål. Disse fire spørgsmål er (1) Fri konkurrence og frihed i øvrigt (2) Fri konkurrence og dynamik i erhvervslivet (3) Andre mål for en konkurrenceret end effektivitet, og (4) Afhængighed mellem samfundets egenart og konkurrenceretens mål og midler.

(1) *Fri konkurrence og frihed i øvrigt*. Fri konkurrence forudsætter, at leverandører og kunder, virksomheder og forbrugere har handlefrihed og kontraktsfrihed. Frihed er værdifuld. Markedsdeltagerne på begge sider véd selv bedst, hvordan de kan fremme deres velfærd og virksomhed. Den fri konkurrence forudsætter, at de handler efter denne indsigt.

Det kan ud fra en formel eller principfast betragtning synes indiskutabelt, at realisering af konkurrenceretens formål kræver indgreb mod aftaler, der har begrænsning af konkurrencen som formål eller som en uundgåelig bivirkning. Friheden må ikke ophæve sig selv. Spørgsmålet om, i hvilket omfang der bør træffes foranstaltninger i retning af begrænsning af kontraktsfriheden for at undgå at begrænse den frie konkurrence — tvang til sikring af frihed —, fortjener imidlertid at blive debatteret.<sup>3</sup>

Mange vil måske skyde en principiel drøftelse af, om og i hvilket omfang det er acceptabelt at gribe ind i en frihed for at sikre en anden frihed, til side som værende uden betydning i vore samfund, som er præget af pragmatisk tænkning og af tilvænning til et væsentligt mål af offentlig regulering. Selv om en modsat mening har haft trange kår, behøver den hverken være urigtig eller betydningsløs. I hvert fald viser erfaringen, at reguleringer, som er opbygget på teorier om als ob-Preise, cost plus priser eller den ideale konkurrences krav, støt og stadigt at føre os ind i et net af bestemmelser, hvor afstanden mellem de oprindelige velmente intentioner og det praktiske slutresultat i administrativ og juridisk praksis gradvis og for en tid måske

<sup>3</sup> Sml. Sächsischer Holzstoff-sagen (RGZ 38.155) og omtalen af denne i *Möschel* Rd nr. 19—21 og *Bernitz*: Marknadsrätt, 1969, s. 320 f og 332 f. — I Tyskland blev der i de første efterkrigsår udarbejdet et lovudkast, som gik så langt, som det er muligt i retning af at sikre helt fri konkurrence, idet der i udkastet var foreslået et undtagelsesfrit forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler og ubetinget opløsning af virksomheder med en markedsdominerende stilling i mindre enheder, jfr. *Eberhard Günther* i *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm*, 1975, s. 182 ff om det ordo-liberale (neoliberale) såkaldte Josten-Entwurf. Ordoliberalismen (Freiburgskolen) er omtalt i *Bernitz* s. 331 ff.

umærkeligt har vokset sig stor. Givet er imidlertid, at nogle konkurrence-retlige skranker er uundværlige. Spørgsmålet er hvilke. Værdifuld er i hvert fald sikring af fri adgang til markedet ved fjernelse af andre skranker for etableringsfrihed end de nødvendige faglige kvalifikationer.

(2) *Fri konkurrence og dynamik i erhvervslivet.* Initiativ og dynamik udfolder sig ikke altid frodigst under en fri og uantastelig konkurrence. Sikring af fri konkurrence ved begrænsning af handlefriheden kan skade dynamikken i erhvervslivet. Hovedmålet for konkurrenceretten — kampen for en praktikabel fri konkurrence — omtales og opfattes ofte som identisk med opnåelse af den størst mulige effektivitet i produktion og omsætning af varer og tjenesteydelser og dermed maksimering af almindeligt velfærd eller forbrugervelfærd. Disse lighedstegn har imidlertid ikke en universel gyldighed. Det er omtalt under (3), at konkurrenceretens hovedmål må suppleres og modificeres af andre erhvervspolitiske mål, som ikke kan lades upåagtede. Her under (2) skal drøftes, om aftaler m.m., der fører til begrænsninger af konkurrencen, kan være gavnlige for den økonomisk vækst — på kort eller på længere sigt —, idet de f.eks.

- fremmer forskning og udvikling,
- forøger produktiviteten i mindre virksomheder,
- muliggør dannelsen af storvirksomheder, der kan gøre sig gældende i internationale markeder, eller
- fremmer initiativ og virkelyst ved at sikre et rimeligt afkast som en rimelig belønning af en særlig og anerkendelsesværdig indsats.

Bestemmelsen i Rom-traktatens art. 85(3), der undtager visse konkurrencebegrænsende aftaler fra forbudet mod sådanne aftaler i art. 85(1), er udsprunget af erkendelsen af, at bl.a. samarbejdsaftaler og distributions-systemer, der som en uundgåelig sidevirkning begrænser konkurrencen, kan være gavnlige. Undtagelse fra forbudet forudsætter, at fordelene i effektivitet findes at have en væsentlig overvægt i forhold til ulemperne ved begrænsning af konkurrencen. Et eksempel på godkendelse af en individuel samarbejdsaftale er Kommissionens beslutning vedrørende the »Lager Agreement« mellem Carlsberg og Grand Metropolitan PLC (EFT 1984 L 207/24 af 2. 8. 84).<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Art. 85(3) omfatter aftaler »som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelingen herved, og uden at der: a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål;



Belønning af særlige indsatser sker ved anerkendelse af ophavsrettigheder og — efter dansk ret — tillige ved beskyttelse af know-how og særpræg efter grundsætningen i Markedsføringslovens § 1 bl.a. om loyal konkurrence.<sup>5</sup> Som andre former for belønning kan peges på, at aftaler f.eks. om selektiv distribution efter omstændighederne burde kunne accepteres, og at pris-kontrol med en dominerende virksomhed efter omstændighederne tager hensyn til udgifter, der ikke ville indgå i en enkeltvarekalkulation, og således anerkender en »overpris» på visse produkter, navnlig inden for særlig forskningsintensive områder såsom medicinske specialiteter.<sup>6</sup>

Erkendelsen af, at tiltag i næringslivet kan have gavnlige virkninger, som har klar overvægt over mulige ugunstige bivirkninger i form af konkurrencebegrænsninger, har i de nationale nordiske retssystemer fundet udtryk i selve den grundlæggende regelstruktur, idet de nordiske love kun hjemler indgreb over for — aktuelle og efter omstændighederne også potentielle — skadevirkninger af konkurrencebegrænsninger,<sup>7</sup> og ikke blot

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer».

Beslutningstager i relation til art. 85(3), er Kommissionen, ikke de nationale konkurrencemyndigheder. Kommissionens beslutninger kan prøves af Domstolen, jfr. Rfo nr. 17/62 art. 9(1).

En kort og overskuelig fremstilling af praksis under art. 85(3) findes i Fællesmarkedets Konkurrenceregler — principper og praksis, udgivet af det danske Monopoltilsyn, København 1984, s. 58—91 og i *Valentine Korah: An introductory guide to EEC Competition Law and Practice*, 3rd ed 1986.

<sup>5</sup> Aferledes for svensk ret *Bernitz* i Festskrift til Hellner s. 141.

<sup>6</sup> Jfr. herved Monopollovens § 12, stk. 5, hvorefter Monopoltilsynet kan fravige enkeltvarekalkulationsprincipper, hvor tungtvejende hensyn, herunder til forsknings- og udviklingsintensive produktionsområder, taler derfor, en bestemmelse der synes inspireret af MA's kendelse om priserne på beroligende midler (MTM 1977.37), jfr. *Sølvkjær* s. 253—256. Norsk og svensk praksis er omtalt i MTM 1983.354 f. I en sag om prisen på beroligende midler har den tyske BGH udtalt, at overskridelse af den wettbewerbs-analoge pris ikke er misbrug af dominerende markedsstilling, såfremt den højere pris har en wirtschaftliche Rechtfertigung, en afgørelse der i realiteten ligger MTM 1977.37 nær, sml. *Möschel* Rd nr. 563.

<sup>7</sup> Fastsættelse af bindende mindstepriser i senere omsætningsled (bruttoprisforbud, Resale Price Maintenance) er dog ubetinget forbudt både i den danske Monopollovs § 10, og i den svenske Konkurrencelov 13 §. Det samme gælder aftaler om licitationstilbud (anbudskarteller), jfr. Licitationslovens § 4 og KL 14 §. Den norske Prislov indeholder i § 21 et forbud mod »mellomhandel som er unødvendig og prisfordyrende» og i § 22 et forbud mod uden samtykke fra Prisdirektoratet at kræve vederlag for overdragelse — isoleret eller sammen med en bedrift — af »lisenser eller andre godkjenninger».

Enkelte varegrupper bl.a. bøger har dog i Danmark og i de fleste andre lande, men ikke Sverige — opnået dispensation, jfr. herom *Krustrup*: Bogen i medie billedet, 1987,

som fællesskabsretten åbner mulighed for at gøre undtagelse fra en hovedregel om forbud mod konkurrencebegrænsende aftaler (Rom-traktatens art. 85(1)). Den fælles opgave og det fælles mål for de konkurrenceretlige systemer betyder dog, at de to positive og de to negative betingelser i undtagelsesbestemmelsen art. 85(3) uanset den forskellige struktur af bestemmelserne i national ret og i fællesskabsret også har væsentlig betydning for bedømmelsen efter national ret af, om den samlede virkning af en aftale må anses for skadelig. En koordination af fællesskabsret (som også er frihandelsaftaleret) og national ret, således at undtagelser fra art. 85(1), bevilget af Kommissionen efter art. 85(3), ikke anses som skadelige og derfor heller ikke forfølges efter national ret, frembyder derfor ikke vanskeligheder af principiel karakter.

Den teoretiske ideelle konkurrences krav må bøje sig ikke kun for de offentlige, men også for de private initiativer, som skønnes at være gavnlige for den erhvervsmæssige udvikling. I alle lande yder det offentlige støtte både i form af generelle ordninger og af direkte hjælp til enkelte virksomheder, til forskning og udvikling, til fremme af eksport, til egnsudvikling og til specialundervisning med direkte erhvervsmæssigt sigte. Denne form for støtte ændrer (forvrider) vilkårene for konkurrencen, men er uanset denne konkurrencepåvirkning — med visse begrænsninger — internationalt anerkendt både af GATT, OECD og, som det fremgår af Romtraktatens art. 92—94, af Det europæiske Fællesskab.<sup>8</sup> Statsintervention og især ar-

s. 123 ff. Bøger har på andre områder opnået godkendelse af en særstilling, jfr. UfR 1985.933 H om konsignation. — Bl.a. *Bork* argumenterer i *The Antitrust Paradox* s. 280 ff navnlig s. 289 mod per se-forbudet mod RPM, mens der på den anden side at *Merkin & Williams* s. 234 f sættes spørgsmålstegn ved skellet mellem bindende og anbefalede priser under henvisning bl.a. til *Camera Care v. Hasselblad* (EFT 1982 L 161/18). Se også *Bernitz*: Bruttoprisforbudet, 1962.

Betænkning nr. 1075/1986 s. 275—278 foreslår, at forbudet i § 10 opretholdes, og at forbudet yderligere — som i Sverige — sanktioneres med straf. Den nuværende retstilstand — ugyldighed men ikke straf — anses for er en anomali; men bør det virkelig ubetinget være strafbart at indgå en aftale, som er ugyldig på grund af sit indhold? Strafbestemmelsen i Monopollovens § 22, der bl.a. hjemler straf af bøde for undladelse af at anmelde aftaler efter § 6, stk. 1, er vistnok aldrig anvendt. De af *Sølvkjær* s. 122 f og s. 318 f citerede sager angår undladelse af at foretage ændringsanmeldelse efter §§ 6, stk. 2, og 7, stk. 2. Efter den tyske GWB er skriftlig form en gyldighedsbetingelse for (lovlige) kartelaftaler (§ 34), men der er ikke foreskrevet straf for overtrædelse af bestemmelsen. Det ville være ønskeligt i det hele taget at få luget ud i bødebestemmelser, som ikke er ganske nødvendige.

<sup>8</sup> Redegørelsen i NU 1985:8 for Industristøtte m.m. i Norden indeholder i pkt. 5 (s. 57—65) en udmærket oversigt over »det nordiska industristödets handelssnedvridande

bejdet med at sætte en grænse mellem tilladelig gavnlige støtte og skadelig subventionering spiller — med god grund — en betydelig rolle i Kommissionens arbejde, således som det bl.a. fremgår af de årlige beretninger om konkurrencepolitikken.

Begrænsningen af gyldigheden af det lighedstegn, som nogle vil sætte mellem ideel konkurrence og maksimal effektivitet, består ikke kun i, at samarbejder mellem virksomheder, f.eks. om forskning, produktudvikling og distribution kan være gavnlige.<sup>9</sup> Det forekommer også, at systemer, som udelukker visse former for konkurrence, dog ikke svækker men måske endda forøger den faktiske (effektive) konkurrence. Eksempler herpå er samarbejde om forskning og udvikling samt visse selektive distributionssystemer. Udgifterne til R & D kan blive for store for de enkelte virksomheder. Den indbyrdes konkurrence mellem prestigebetonede mærkevarer med ensartede anvendelsesmuligheder (interbrand competition) bliver efter omstændighederne mere effektiv, hvis der gives fabrikanterne frie hænder til at indrette deres distributionssystemer, som de ønsker. »Eneforhandlingsaftaler fremmer varens afsætning og fører til en intensiv bearbejdning af markedet . . .», hedder det i den 6. betragtning i præambelen til Kfo 1983/83 om gruppefritagelse af eneforhandlingsaftaler. En sådan aftale kan være den eneste eller dog den bedste mulighed for at trænge ind i et nyt marked, jfr. *Merkin & Williams* s. 181 f. Kommissionen anser dog ikke enhver udelukkelse af konkurrencen i sådanne aftaler for gavnlige. Forordningen tillader hverken fastsættelse af bindende udsalgspriser eller en fuldstændig, absolut områdebeskyttelse.<sup>10</sup>

En fri ideel (teoretisk) konkurrence forudsætter, at alle deltagere i markedet, være sig udbydere og efterspørgere, har adgang til al information, som har betydning for valg af og forhandling om samhandelspartner, produkter, pris og andre kontraktvilkår, — og at deltagerne skaffer sig og benytter sig af denne viden. Konkurrencen befordres yderligere, dersom produkter, priser og leveringsbetingelser er let sammenlignelige. Det er denne

effekter». Ordene »handelssnedvridande» og »konkurrenceforvridning» er formentlig at opfatte som synonyme.

<sup>9</sup> Samarbejde i brancheforeninger om repræsentation over for offentlige myndigheder, uddannelse, støtte til ankenævn, strejkehjælp og andre fælles opgaver begrænser ikke konkurrencen. Monopolloven angår kun vedtægtsbestemmelser og aftaler om begrænsning af adgangen til at udøve erhverv og af konkurrencen, sml. *Sølvkjær* s. 166 ff.

<sup>10</sup> Sml. om EF's stilling til eneforhandling *Fejø: Monopolret og Marked* s. 312 ff og *Valentine Korah: EEC Competition Law and Practice* s. 72 ff samt om hensigtsmæssigheden af restriktioner som dem, Kommissionen vil bevare, den kritiske fremstilling i *Bork: The Antitrust Paradox* s. 280—298.

betingelse for fri konkurrence, som Betænkning nr. 1075/1986 s. 175 og s. 185 ff sigter til med ordet »gennemsigtighed».<sup>11</sup> Betænkningen lader det henstå som et åbent spørgsmål, om der til gennemsigtighed også burde høre registrering og eventuelt standardisering af produkter for yderligere at lette opdagelsen og sammenligningen af udbudte produkter (s. 176). Konflikten mellem den ideelle konkurrences mulige krav og ønsket om initiativ og dynamik i produktudviklingen er her manifest, — men uomtalt i Betænkningen.

I Tyskland er »Konditionenkartelle» undtaget fra forbudet mod konkurrencebe-grænsende undtagelser (§§ 1 og 2 smh.m. §§ 38(2)(3) og 102 GWB). Herved muliggøres og fremmes vedtagelse f.eks. af normalpolicer, lejekontrakter og entreprisebetingelser, jfr. således også *Martenius*: Konkurrentslagstiftningen s. 155. Vilkårsharmonisering be-dømmes negativt i tysk litteratur, både som middel til større konkurrence i kraft af øget Markttransparenz og som middel til koncentration af konkurrencen om pris og kvalitet fremfor om bydelser, jfr. således *Immenga & Mestmäcker*: GWB Kommentar zum Kartellgesetz, 1981, § 2 Rd nr. 6 og *Möschel* Rd nr. 262. Konkurrence på bydelser kan være nyttig ved at sikre kunderne en god og værdifuld service, men kan også være unyttig eller endog skadelig (overdreven avertering og produktdifferentiering).

I Danmark kendes legal standardisering af forretningsbetingelser for så vidt angår lejekontrakter, bygningsbrandforsikring og livsforsikring, jfr. nærmere Lejelovens § 5 og Forsikringstilsynslovens §§ 10, 30 og 33, stk. 5.

Kravet om gennemsigtighed har værdi på nogle, men ikke på alle om-råder. Opslag om priser på visse ydelser, f.eks. lån og transport, oplysning om kreditvilkår i almindelige forretningsbetingelser og mærkning af varer, der udbydes i detailhandelen, med pris og oplysninger om indhold og kvali-tet, hjælper kunderne til at træffe rationelle valg.<sup>12</sup> I markeder, hvor om-sætningsmekanismen som på en børs, licitation (anbudskonkurrens), auk-tion eller lign. er centraliseret og forenklet, er et krav om transparens på sin plads. Transparens beforder imidlertid ikke altid konkurrencens effektivitet.

Den økonomiske teori anser ikke konkurrencen i et oligopolitisk marked

<sup>11</sup> Gennemsigtighed — transparence — er også nævnt i den franske ordonnance no. 86—1243 du 1er decembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, men med sigte især på detailhandelen. — Den afsætningsøkonomiske litteratur om emnet er stor, se f.eks. *Blume m.fl.*: Werbung für Markenartikel, 1976, s. 273 ff, der skelner mellem Konsumtransparenz og Markttransparenz.

<sup>12</sup> Sml. Kreditkøbsloven § 8 og Ejerlejlighedsloven § 9. — Vejledningen om kvalitet (Markedsføringsloven § 3) sker i vidt omfang ved »varefakta» efter retningslinier ud-arbejdet af Dansk Varefakta Nævn (DVN).

I Norge er der ved kgl. resolution af 15. oktober 1982 givet nogle — næppe let administrerbare — regler om »åbne salgsvilkår i dagligvarehandelen» (Pristidende 1982.622 ff (nr. 16)).

som ideel. Ikke desto mindre er den faktiske konkurrence i virkelighedens verden mellem få store virksomheder ofte mere effektiv end konkurrencen mellem mange små virksomheder. Den økonomiske teori, som vel er rigtig ud fra sine forudsætninger, kommer til kort, fordi virkeligheden er mere kompliceret end teoriens modeller. Udviklingen i erhvervslivet er i de senere år på vore breddegrader *både* gået i retning af stigende koncentration og skærpet konkurrence. Erfaringen har vist, at konkurrencen i markeder, der bliver oligopolitiske, ikke altid neutraliseres, men tværtimod ofte i høj grad skærpes.<sup>13</sup> Hvad der er årsager og hvad der er virkninger i de konstaterbare handlingsforløb er svært at fastslå, men tilbage står at oligopoli, uanset uforeneligheden med nogle teorier om ideel konkurrence, ikke i almindelighed er uforenelig med, men ofte endda fremmer en effektiv og virksom (workable) competition. Konkurrencen i et oligopolitisk marked kan imidlertid ikke altid opretholdes, såfremt der udveksles eller offentliggøres listepreiser, rabatter og leveringsbetingelser, være sig i kraft af aftaler herom mellem virksomhederne eller af et eventuelt kommende lovmæssigt krav om »gennemsigtighed». Den amerikanske Højesteret udtalte i *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 456—57 (1978): »Price concessions by oligopolists generally yield competitive advantages only if secrecy can be maintained; when the terms of the concession are made publicly known, other competitors are likely to follow and any advantage to the initiator is lost. . . . Regardless of its putative purpose, the most likely consequence of any such agreement to exchange price information would be the stabilization of industry prices.»<sup>14</sup>

Grænsen mellem en rationelt gennemført fuld »gennemsigtighed» og en »samordnet praksis» vil efter omstændighederne fortone sig. Overgangene mellem offentliggørelse af (ufravigelige?) prislistes, gensidige prisunderretninger og en forståelse om fælles prispolitik er umærkelige. »It is contrary to the provisions of art. 85(1) . . . for a producer to communicate to his competitors the essential elements of his price policy, such as price lists, the discounts and terms of trade he applies; the rates and dates of change to them and the special exceptions he grants to specific customers», udtalte Kommissionen i *IFTRA Rules on Glass Containers* (EFT 1974 L 160.1.).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Sml. herved bl.a. *Bartling*: Leitbilder der Wettbewerbspolitik, 1980, navnlig s. 14 f.

<sup>14</sup> Sml. i samme retning omtalen i MTB 1972.56 og i *Sølvkjær* s. 29 f af oliemarkedet i Danmark.

<sup>15</sup> Sml. om information agreements *Valentine Korah*: EEC Law and Practice s. 63 (6.2.2.) og *Immenga & Mestmäcker* GWB § 1 Rd nr. 270 ff.

Prislister er uanvendelige for produkter, der fremstilles efter bestilling. Prislister er ofte en praktisk nødvendighed for standardprodukter og lagervarer, men virksomhederne bør kunne fravige listepriiser, hvor dette er nødvendigt eller ønskeligt for at fremme afsætningen. Fastholdelse af listepriiser og de rabatter, disse måtte indeholde, bremser konkurrencen i produktions- og en gros-led, sml. TK 3 s. 82 f. Betænkning nr. 1075/1986 s. 282—285 smh. m. s. 223 er enig med MT (sml. *Sølvkjær* s. 189 ff) i, at rabatter uden klar omkostningsmæssig begrundelse er en urimelig prisdiskrimination, men understreger at en øget gennemsigtighed (offentliggørelse) vil mindske behovet for indgreb.

I Betænkning nr. 1075/1986 kap. 6 om gennemsigtighed stilles forslag om offentlighed i form af registeroffentlighed eller aktindsigt for så vidt angår anmeldte aftaler og lign. og andre af konkurrencemyndigheden indhentede oplysninger om gennemførelse og offentliggørelse og endelig — naturligvis — som hidtil om offentliggørelse af årsberetninger og af trufne afgørelser (Betænkningen s. 226 og Monopollovens § 19, stk. 2). Betænkningen mener med sit forslag om offentliggørelse af undersøgelser, at konkurrencemyndigheden bør indsamle og videregive oplysninger om konkurrenceforholdene i visse brancher eller markeder til offentligheden i bearbejdet form som en for læseren gratis markedsundersøgelse til brug for deltagerne i markedet (Betænkningen s. 222 og Monopollovens § 19, stk. 2). Efterforskning i form af undersøgelser med henblik på konstatering af eventuel markedsdominans og misbrug af denne position er nødvendige for at kunne håndhæve konkurrenceloven og har et ganske andet sigte og indhold end denne almindelige markedsundersøgelsesvirksomhed. Efterforskningen af mulige lovovertrædelser er da også behandlet andetsteds i Betænkningen (s. 286 f). Konkurrencemyndighedens undersøgelsesvirksomhed begrænser sig i flere andre lande til efterforskning af mulige overtrædelser af loven. Monopoltilsynet har under den gældende Monopollov gennemført og offentliggjort en række brancheundersøgelser.<sup>16</sup> Det er et spørgsmål, som ikke er ganske afklaret, hvilken værdi disse undersøgelser har for kunder, for aktuelle eller potentielle konkurrerende virksomheder i Danmark eller for virksomheder i udlandet, der måtte være interesseret i eksport til eller etablering i Danmark. Til en rimelig konkurrence hører også lige chancer, som det også er fremhævet i Betænkningen (s. 236). En undersøgelse, der

<sup>16</sup> Se således de offentliggjorte Redegørelser fra Monopoltilsynet om Korn- og Foderstofbranchen, 1982, Engroshandelen med Dagligvarer, 1982, Basisplast, 1983, Discountbutikker i Dagligvarehandelen, 1983, Rugbrødsbranchen, 1985, og Konserverdåseindustrien, 1986.

f.eks. alene omfatter det danske marked, og som er uden sidestykke i andre lande, virker som en markedsundersøgelse, som gratis står til rådighed for dem, der måtte være interesseret i eksport til Danmark. Gennemsigtighed i denne forstand er ikke almindelig. Ordet forekommer i fremmed litteratur, men benyttes ofte i en mere restriktiv betydning. *Fritz Rittner* har f.eks. i sin *Wirtschaftsrecht*, 1979, s. 74 fremhævet betydningen for virksomhederne af die Transparenz ökonomischer Daten og tænker dermed på de almindelige økonomisk-statistiske oplysninger, som navnlig indsamles af (myndigheder der svarer til) Danmarks Statistik og Nationalbanken.

Ordet gennemsigtighed anvendes ofte i debatten om markedsforhold. I eksportfremmearbejde tales f.eks. undertiden om, at de markeder, vore eksportører møder navnlig i store lande er langt mindre gennemsigtige end det lille velkendte hjemmemarked. I forbindelse med børsreformen er det blevet nævnt, at det store antal fondskoder (over 1000) forringer obligationsmarkedets gennemsigtighed. En gennemsigtighed forstået som et krav om, at alle virksomheder skal bekendtgøre prislister og ikke må afvige fra de bekendtgjorte priser og eventuelle mængde- og kontantrabatter, virker snarere hæmmende end fremmende på konkurrencen. Tilskyndelsen til at reducere sine priser er ikke stor, såfremt reduktionen skal bekendtgøres og næsten sikkert vil udløse samme prisreduktion hos konkurrenterne.

Direktoratet for Statens Indkøb fremhæver i sine brochurer, at alle oplysninger fra tilbudsgivere behandles fortroligt. Forsmåede tilbudsgivere får ikke oplysning om vilkårene for det accepterede tilbud. Hemmeligholdelse af priser og rabatter er kanoniseret af Finansministeriet i en cirkulæreskrivelse af 25. marts 1974 og i en bekendtgørelse nr. 159 af 25. marts 1974 begge optrykt i årsberetningerne fra Statens Indkøb og omtalt i Betænkning nr. 857/1978 s. 98.<sup>17</sup> Kun de rabatsystemer, der er indrettet således, at de binder kunden til leverandøren, kan have en uheldig konkurrencebegrænsende effekt. Dette gælder f.eks. præmiering af undladelse af at handle med andre (loyalty rebates) og bonus på det samlede køb af forskelligartede varer i en bestemt længere periode, jfr. nærmere *Merkin & Williams* s. 166 ff.

Statens teori som konkurrencemyndighed og deus praxis som indkøber

---

<sup>17</sup> Ved licitation (tilbudskonkurrence) efter reglerne i Licitationsloven nr. 216 af 8. juni 1966 er »de bydende berettiget til at være til stede ved åbningen af buddene og til at blive bekendt med budsummerne og eventuelle forbehold», jfr. § 3. Forholdene i Norge synes uafklarede, jfr. *Frihagen*: Anbudskonkurrans og dokumentinnsyn, 1984.

EF's og GATT's regler om større offentlige indkøb (aftrykt som bilag til cirkulære nr. 219 af 18. december 1980) vil sikre fri og lige adgang til at afgive tilbud på leverancer til offentlige myndigheder, men kræver ikke offentliggørelse af vilkårene i indgåede aftaler.

er på kollisionskurs. Gennemsigtighed i betydningen fastsættelse og fastholdelse af priser hører kun hjemme i et miljø, hvor der ikke tinges om prisen, d.v.s. i detailhandelen og ved visse særlige kontraheringsformer. I detailhandelen er mærkning af de udbudte varer med pris inklusive moms og andre afgifter en forudsætning for selvbetjening og andre moderne salgsformer og en behagelighed for kunderne. Prismærkning er også konkurrencefremmende, jfr. herved Betænkning nr. 1075/1986 s. 238—240 og MTMK 1986.93 (Metro).<sup>18</sup> En ensartet mærkning (f.eks. incl. moms, jfr. den nysnævnte MTMK 1986.93) er af betydning for at skabe en rimelig Chancengleichheit for de handlende. Konkurrencerettens to afdelinger virker her sammen.

Oplysninger om kreditvilkår, brugsanvisninger og varedeklarationer kan have samme virkning som oplysning om pris. Dette er fremhævet i bemærkningerne til forslaget til Prismærkningsloven, Lov om mærkning og skiltning med pris m.v. nr. 252 af 8. juni 1977, der reelt har afløst de ældre bestemmelser i Monopollovens §§ 12, stk. 2, og 13.<sup>19</sup>

Bemærkningerne til forslaget til Prismærkningsloven i FT 1976/77 (2. samling), tillæg A, sp. 605 indeholder bl.a. denne programudtalelse: »Pris- og monopollovgivningen bygger på den forudsætning, at den indbyrdes frie konkurrence mellem de erhvervsdrivende under en fri markedsøkonomi tjener til at sikre, at der udbydes de varer m.v., som forbrugerne ønsker, og at dette sker til de lavest mulige omkostninger. En lovgivning om prismærkning og -skiltning m.v. har til formål at sikre, at dette realiseres i praksis derved, at forbrugeren sættes i stand til at vælge fornuftigt, d.v.s. ud fra egne behov og foreliggende tilbud er i stand til at vurdere og afveje, hvor det mest fordelagtige indkøb kan finde sted.»

<sup>18</sup> Jfr. om tysk ret *Rittner: Wirtschaftsrecht* 1979 s. 229 f om Preisangaben og s. 245 navnlig s. 250 ff om Rabatte. Den tyske Rabattgesetz omfatter kun levering af varer og tjenesteydelser »des täglichen Bedarfs . . . an den letzten Verbraucher« (*Rittner* s. 250 f med note 176 og 177).

Prismærkning er ikke hensigtsmæssig hvor prisen ikke er uden for forhandling, sml. undtagelsesbestemmelsen i Prismærkningslovens § 3 om salg af antikviteter og kunst samt auktionssalg. Hverken prismærkning eller prislister afskærer virksomheden fra at træffe aftale om salg til en lavere pris. I praksis fraviges listepriser i et omfang, som er væsentligt og formentlig i høj grad konjunkturfølsomt. Spørgsmålet, om virksomheden er pligtig til at sælge til en offentliggjort pris, blev forelagt Højesteret i UfR 1985.877 H (kommenteret i UfR 1986B.43), sml. om markedsføring som tilbud *André: Marknadsføringsansvar*, 1984, s. 189 ff.

<sup>19</sup> Foranstaltninger som prismærkning — og bruttoprisforbud — kan have betydning i detailhandelen, også hvor konkurrencen ikke er begrænset, og det er blevet gjort gældende, at anvendelsesområdet for §§ 13 og 10 ikke er begrænset til området uden effektiv konkurrence som nævnt i § 2. Prismærkningsloven gælder for al detailhandel.



Den nye franske konkurrencelov, Ordonnance no 86—1243 du ler decembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence indeholder bestemmelser om »transparence». Forbrugere har krav på oplysning om pris m.m. (art. 28 og 29). Melleghandlere (revendeurs) kan fra fabrikanter, grossister og importører forlange prislister og almindelige forretningsbetjtelser (art. 33).

Åbenhed om virksomheder kan skade dem i konkurrencen med andre virksomheder. Dette er en nødvendig følge af fri konkurrence. En konkurrence på lige fod (Chancengleichheit) forudsætter, at der stilles samme krav om åbenhed til alle de — danske eller udenlandske — virksomheder, som har adgang til markedet. De nationale grænser er ikke mere grænser for varer, tjenesteydelser og kapital.

En åbenhed, der umuliggør hemmeligholdelse, kan gøre skade ved at hæmme initiativ og virkelyst. Det kan være urimeligt at betage virksomheder en belønning for en særlig indsats, også i tilfælde hvor ingen eneret er hjemlet i ophavsretslovgivningen. Gennemsigtighed i betydningen fri adgang til oplysninger er et element i den frie konkurrences begreb, men det er ikke enhver prislignelse af oplysninger, som fremmer den økonomiske aktivitet. Den ideelle konkurrences krav og behovet for beskyttelse af den værdi, kendskab til og adgang til udnyttelse af en særlig viden kan have, er på kollisionskurs. Retlig beskyttelse af adgangen til at udnytte en tilgængelig viden, som har betydning for produktion og omsætning og af en adgang til at hemmeligholde sådan viden, er et væsentligt og værdifuldt incitament for forskning og produktionsudvikling i bred forstand. Behovet for beskyttelse har fundet udtryk og anerkendelse i adskillige bestemmelser uden for konkurrencelovgivningen, således i immaterialretten, i reglerne om beskyttelse mod illoyal konkurrence (i Danmark Markedsføringslovens §§ 1 og 9), i lovgivningen om offentlighed (i Danmark Offentlighedslovens § 12 og Betænkning nr. 857/1978 s. 281 f) og i Regnskabslovens regler om adgang til i årsregnskabet at undlade visse oplysninger, som kan skade virksomheden i konkurrence med andre virksomheder.<sup>20</sup> Spørgsmålet om hemmeligholdelse

<sup>20</sup> Emnet Företagshemmeligheter er indgående behandlet i Sverige i betænkningen SOU 1983:52. En bred undersøgelse, der også omfatter Danmark, er *Rudolf Lukes m.fl. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen in ausgewählten EG-Staaten*, 1986.

I Danmark antages generalklausulen i Markedsføringslovens § 1 at yde beskyttelse mod nærgående efterligninger og lign., jfr. UfR 1983.105 H med note 1 og Kommentaren UfR 1985B.253 (255) til UfR 1985.389. Svensk ret bygger derimod på et princip om, at de immaterialretlige eneretslove er udtømmende, jfr. *Bernitz* i *Festskrift til Hellner* s. 141 med note 34.

i relation til registrering i Monopoltilsynet og til offentliggørelse af brancheundersøgelser beror på en selvstændig vurdering ud fra Monopollovens regler (§§ 9, stk. 2 og 19, stk. 2) og afgøres således uafhængigt af bestemmelserne i anden lovgivning om hemmeligholdelse af tekniske og forretningsmæssige, herunder finansielle og regnskabsmæssige forhold. Det er dog ikke i almindelighed hensigtsmæssigt at tilsidesætte en hemmeligholdelse, som er foreskrevet i anden lovgivning, og ofte som f.eks. i Regnskabsloven netop er begrundet i et ønske om at beskytte mod konkurrence.<sup>21</sup> Oplysninger om forretningsmæssige forhold kan og bør i almindelighed gives i generel eller dog i anonymiseret form. En Konkurrencelov kan ikke begrunde offentliggørelse af oplysning om tekniske hemmeligheder.<sup>22</sup> Ordet gennemsigtighed har alle et fleksibelt modeords rige anvendelsesmuligheder, og disse muligheder er blevet udnyttet!

Det enkle og klare standpunkt, at enhver begrænsning af den frie konkurrence er skadelig, aktuelt eller potentielt, og derfor bør bekæmpes af en offentlig administrativ, juridisk eller politisk konkurrencemyndighed kan ikke opretholdes. Fri konkurrence er værdifuld, men fri konkurrence er ikke den eneste frihed, som er af værdi også i økonomisk henseende. Handlefrihed åbner for initiativ og indsats af ressourcer. Indgreb med forbud og reguleringer er kun på sin plads, hvor der efter praktisk erfaring er grund til at tro, at en myndighedsafgørelse er bedre egnet som prøvesten for værdien af økonomiske aktiviteter i henseende til fremme af effektivitet og levestandard også på længere sigt end the survival of the fittest i et frit marked.

---

<sup>21</sup> Jfr. MTMK 1987.000 (optikbranchen). — Efter Regnskabslovens § 49 kan store selskaber undlade at specificere deres omsætning på markeder og produkter, og efter § 43 kan et moderselskab udelade oplysninger om sine datterselskaber, hvis dette kan volde dem betydelig skade. Mindre selskaber kan »når særlige konkurrencemæssige hensyn tilsiger det«, i resultatopgørelsen tage udgangspunkt i bruttofortjenesten, jfr. §§ 25 og 60. Efter Regnskabsloven er bestyrelsens skøn afgørende. Det ville være ejendommeligt, om konkurrencemyndigheden skulle kunne tilsidesætte også et velbegrundet ønske om hemmeligholdelse, der har hjemmel både i Regnskabslovens bogstav og ånd, f.eks. ved offentliggørelse i en kendelse eller undersøgelse. Tilsidesættelse af bestyrelsens skøn er kun på sin plads, hvis de udeladte oplysninger i virkeligheden er uden væsentlig konkurrencemæssig betydning.

<sup>22</sup> Tekniske hemmeligheder bør i det hele taget beskyttes og bliver da også beskyttet bl.a. af Offentlighedsloven. Et illustrerende eksempel fra FOB 1983.175: Aktindsigt vedrørende en tilladelse til spildevandsudledning nægtet for så vidt angår oplysning om art og mængde af stoffer i spildevandet, da der herved ville blive givet kendskab til en fabrikationsmetode, som var ny og værdifuld, men ikke patenteret.

(3) *Andre mål for en konkurrenceret end effektivitet.*

(a) »Sidemål«. Fri konkurrence fremmer optimal allokering af ressourcer og dermed effektiviteten i produktion og omsætning af varer og tjenesteydelser. Den danske Betænkning Fra Monopollov til Konkurrencelov nr. 1075/1986 anser effektivitet som en konkurrencelovgivnings væsentligste mål, og virksom konkurrence som det overordnede (det vigtigste?) middel til opnåelse af den størst mulige effektivitet.<sup>23</sup>

Der er i debatten om konkurrencelovgivningen både i og uden for Danmark peget på, at også andre mål end effektivitet gennem fri konkurrence bør søges fremmet af konkurrenceretlige regler, og at fremme af disse andre mål bør sætte deres præg på indholdet af disse regler. Andre mål end effektivitet er blevet tillagt vekslende betydning, alt efter de herskende økonomiske konjunkturer, politiske holdninger og strømninger. Der består et vist fjernere eller nærmere indbyrdes slægtskab mellem nogle af disse mål og effektivitet mellem disse mål indbyrdes. Berettigelsen af at opstille andre mål for konkurrenceretten end økonomisk effektivitet er navnlig blevet livligt debatteret i USA. Der tales her undertiden om en modsætning mellem efficiency og populisme.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Dette var også opfattelsen i den Betænkning vedrørende en lov om konkurrencebegrænsning og monopol, 1953, s. 28, som lå til grund for den gældende danske Monopollov af 1955.

Betænkningen af 1986 er formentlig ikke upåvirket af den amerikanske Chicago School, selv om denne retning ikke er omtalt i Betænkningen og dens hovedværker (såsom *Posner: Antitrust Law. An Economic Perspective*, 1976, og *Bork: The Antitrust Paradox*, 1978) ikke er optaget i dens litteraturliste. The Chicago School er kort omtalt i *Fejøl: Monopolret og marked* s. 163—171 og i alle nyere udenlandske værker om konkurrenceret. En kort og klar oversigt over hovedpunkterne i the Chicago School og Harvard Schools er givet af *Schmidt og Rittaler* i *WiSt* 1986.283 ff. Se også note 51.

<sup>24</sup> Illustrerende er bl.a. en anmeldelse af *Schwartz* i 128 *U.Pa.L.Rev.* (1979) 244—268 af kendte værker om the law of antitrust af *Sullivan* og af *Areeda & Turner*.

I den engelske Fair Trading Act af 1973 er der i sec. 84 givet en definition af »public interest:

»(a) maintaining and promoting effective competition between persons supplying goods and services in the United Kingdom;

(b) promotion the interests of consumers, purchasers and other users of goods and services in the United Kingdom in respect of the prices charged for them and in respect of their quality and the variety of goods and services supplied;

(c) promoting, through competition, the reduction of costs and the development and use of new techniques and new products, and of facilitating the entry of new competitors into existing markets;

(d) maintaining and promoting the balanced distributions of industry and employment in the United Kingdom; and

Betænkning nr. 1075/1986 holder sig uden for debatten, om konkurrenceretten har andre mål end økonomisk vækst ved hjælp af en juridisk konstruktion: andre mål for retlig regulering end efficiency er meget muligt acceptable, men Betænkningen vil ikke og behøver ikke at tage stilling dertil, fordi retsregler om bestræbelser for at realisere disse mål ikke har deres systematiske plads i konkurrenceretten. Det har måske været en praktisk nødvendighed for udvalget at begrænse sin opgave, men taget som et retsvidenskabeligt udsagn er løsningen for let: Det er ikke altid muligt i de konkurrenceretlige regler og slet ikke i den konkurrenceretlige praksis at opretholde en kinesisk mur mellem efficiency og f.eks. hensynet til mindre virksomheder eller til forbrugere.

Der består i praksis et samarbejde mellem Monopoltilsynet og Forbrugerombudsmanden, sml. herved f.eks. UfR 1985.652 H, der dog angår forbindelsen mellem Prismærkningsloven, som administreres af Monopoltilsynet, og Markedsføringslovens § 1, som det påhviler Forbrugerombudsmanden at håndhæve.

Det er naturligt at se konkurrencepolitikken som et led i den almindelige erhvervs politik. Det ikke er hensigtsmæssigt at forfølge denne almindelige, mere omfattende politiks mangesidede mål ved hjælp af strengt selektive midler, således at hver type af indgreb alene administreres (benyttes) med ét enkelt mål for øje. En overføring af et forvaltningsretligt specialitetsprincip til den legislative fastlæggelse af de erhvervspolitiske mål for konkurrenceretten og andre erhvervsretlige systemer ville være forfejlet. Forfølgning af en delpolitik ved lovgivning og administrative indgreb bør ikke modvirke realisering af en anden delpolitik, hvis mål det også anses som ønskværdigt at realisere. Det er ikke udelukket at opnå en synergieffekt ved koordination af bestræbelserne for at realisere flere mål. Stimulering af start af ny virksomheder og støtte til mindre virksomheder, f.eks. ved skattebegunstigelser (etableringskonti) eller lettelser af økonomisk eller administrativ art (virksomheder uden personale), vil på langt sigt fremme konkurrencen. Den gældende konkurrenceret overlapper og samvirker med andre retsområder, navnlig reglerne i kontraktsret om ugyldige kontrakter, i markedsføringsret om urimelig markedsføring og illoyal konkurrence og i foreningsret om restriktive optagelsesbetingelser i brancheforeninger og lign. Konkurrenceretten og den retlige forbrugerbeskyttelse har maksimering af forbrugervelfærden (en pareto-optimal tilstand) som fælles slutmål.<sup>25</sup> Spørgsmålet, om erhvervs politik har flere særskilte eller et fælles mål, er vel til en vis grad

---

(e) maintaining and promoting competitive activity in markets outside the United Kingdom on the part of producers of goods, and of suppliers of goods and services in the United Kingdom.»

<sup>25</sup> Et pareto-optimum er karakteristisk ved, at det ikke er muligt at øge velfærden for et eller flere af samfundets medlemmer uden samtidig at forringe velfærden for en eller flere andre, sml. herved bl.a. *Barling* s. 16 f.

et spørgsmål om niveau og formulering, men en kinesisk mur som dem Betænkningen forestiller sig, kan ikke opføres på virkelighedens grund.

De ønskemål, som jurister og økonomer i tidens løb har opstillet som ligeværdige med effektivitet, er stort set de samme. Det er dog som oftest personer med et køligt eller dog et nuanceret syn på det private erhvervslivs regnebræt, som har understreget den væsentlige betydning af andre mål.

I debatten om konkurrencelovgivning er der som attråværdige »sidemål» især blevet nævnt:

(aa) *Priskontrol*. Det er ønskeligt, at forbrugerne kan skaffe sig varer og tjenesteydelser til lave (rimelige) priser, at undgå store (urimelige) gevinster hos leverandører og i almindelighed at dæmpe prisudviklingen. En priskontrol kan sikre mod, at nogen virksomhed eller nogen dominerende virksomhed sætter sine priser højere end rimeligt eller højere end det ville være muligt i et marked med fri konkurrence. Særlige regler herom er nødvendige, thi moderne kontraktsret går ikke så langt. Tidligere tiders regler om *justum pretium*, *laesio enormis* eller lign. er faldet bort, og Aftalelovens ugyldighedsregler angår kun tilfælde af klar urimelighed mellem parterne.

En konkurrenceretlig (monopolretlig) priskontrol, der forbyder priser, som overstiger *cost plus*, fjerner en umiddelbar skadevirkning af begrænset konkurrence, men den fjerner også incitamentet for nye deltagere til at gå ind i markedet og sætter dermed markedets selvjusterende funktion ud af kraft. Priskontrol er kun på sin plads, hvor denne selvjustering ikke kan forventes at ville fungere, fordi der findes effektive barriers to entry. Priskontrol griber ind i virksomhedernes beslutningsgrundlag på en måde, som kan være uheldig, idet den f.eks. fører til reduktion af investering og kvalitet, jfr. f.eks. *Rowley: Antitrust and Economic Efficiency*, 1973, s. 319 (kort referat i *Merkin & Williams* s. 158) og *Winding Pedersen: Prisregulering*, 1985, s. 11 f et passim. Det er i øvrigt vanskeligt at fastlægge niveauet for passende maksimalpriser. Høj indtjening i et erhvervsliv, der, som det er almindeligt i danske selskaber, fører en sparsommelig udbyttepolitik, kan give en gavnlig forstærkning af et ofte beskedent kapitalgrundlag.<sup>26</sup> En god soliditetsgrad giver større kreditværdighed, bedre mulighed for at tage nye opgaver op og styrke over for modgang. Den gennemsnitlige rentabilitet i branchen er ikke til stor nytte, hvis gennemsnittet åbenbart er for lavt eller

<sup>26</sup> Aktieudbytte er ikke fradragsberettiget i selskabet og er — med en beskeden lettelse — indkomstskattepligtigt hos aktionæren. — Resultatet af en sammenligning af afkastet af investering i obligationer og i et gennemsnit af børsnoterede aktier afhænger naturligvis af valget af periode. Målt over lang tid er forskellen ikke stor og i øvrigt næppe i væsentlig grad til aktiernes fordel.

for højt! Den forøgelse af opsparingen i den private sektor, der efterlyses fra politisk side, kan kun opnås, hvis virksomhederne har mulighed for at yde et væsentligt bidrag. Heroverfor står den opfattelse, at en høj indtjening i den betydelige del af erhvervslivet, som er omfattet af Monopolloven, er urimelige gevinster. Ved udøvelse af priskontrol kan der opnås lavere priser, retfærdigere indkomstfordeling samt øget produktion og forbrug, og i øvrigt giver store gevinster i sig selv anledning til ubehag. Fordelene ved frihed og ved kontrol søges undertiden forenet ved i kontrollen at indbygge præmiering af omkostningsbesparelser, jfr. *Winding Pedersen: Prisregulering*, 1985, s. 198 ff.

Monopolankenævnet fastslog ved en kendelse af 29. maj 1985, at Monopoltilsynets påbud til De danske Spritfabrikker om at nedsætte prisen i Danmark på en bitter (Gammel Dansk) havde hjemmel i Monopollovens §§ 2, 11 og 12, uanset at prisen for Gammel Dansk var lavere end prisen på importerede mærker, og uanset at Gammel Dansk med betydelig succes konkurrerede med disse mærker både i Danmark og i udlandet, jfr. MTMK 1985.66. Også prisen på cigaretter er holdt nede, jfr. MTMK 1987.000. Sådanne indgreb og afgørelser er ret sjældne. Det er vanskeligt at lodde såvel deres virkning for den berørte virksomhed som deres præventive virkning. Det er dog svært at se, at det skulle være til gavn for vort samfund at gennemtvinge en særlig lav pris på den del af produktionen af Gammel Dansk eller Prince, som sælges i Danmark, en prislettelse der i øvrigt i det væsentlige overdøves af afgiften på spiritus og tobak, sml. herved Betænkning nr. 1075/1986 s. 295—305, som stiller forslag om en nedprioritering af brugen af priskontrol som indgreb mod misbrug af monopolstilling.<sup>27</sup> En fremtidig begrænset priskontrol bør — foruden til en svigtende markedsmæssig regulering — tage hensyn til betydningen af produktet og dets pris for andre erhvervsdrivende og for forbrugerne. Ud fra dette synspunkt var valget af Gammel Dansk ikke heldigt.

Monopollovens ordning indebærer formentlig, at Monopoltilsynet kan undlade at rejse en sag, men at Monopolankenævnet ikke kan afvise en sag, selv om det måtte mene, at sagen ikke burde have været rejst.

Priskontrol kan have det indkomstpolitiske sigte at hindre visse erhverv i at løbe foran den almindelige eller ønskelige indkomstudvikling, jfr. således Pris- og avancelovens § 7, stk. 2. Konkurrencemyndighederne (Monopoltilsynet) beskæftiger sig ikke med indkomst i form af løn (dansk Monopollovs § 2, stk. 2 og Pris- og avancelovens § 1, svensk KL 41 § og be-

<sup>27</sup> Den svenske betænkning Soliditet och skälighet i försäkringsverksamheten SOU 1986:6 indeholder s. 206 ff en redegørelse for og forslag om en almindelig pris- og vilkårskontrol i forsikringsbranchen. Konkurrencen anses ikke at frembyde det fornødne kaudel (s. 209). Kontrollen skal ikke omfatte svenske selskabers virksomhed uden for Sverige og ej heller sø- og transportforsikring eller genforsikring i udlandet på grund af disse forsikrings internationale karakter (s. 218 f). Udlandske selskabers virksomhed i Sverige er omtalt s. 252—255.

mærkningerne dertil i *Martenius: Konkurrencslagstiftningen* s. 392 ff), men indkomst i form af selvstændigt erhvervsdrivendes honorarer og takster er både undergivet Monopolloven og Pris- og avanceloven. Som eksempler på en priskontrol, der både har konkurrencemæssigt og indkomstpolitisk sigte, kan nævnes godkendelse af takster for advokater og ejendomsmæglere.

I gældende ret kendes der kontrol af priser og avancer med henblik på at dæmpe priserne på varer og tjenesteydelser og bekæmpe inflation både i form af et generelt forbud mod urimelige priser og forretningsvilkår (således den norske Prisløvs § 18) og i form af indskriden efter undersøgelse og beslutning i enkelte tilfælde enten over for en branche som helhed ved fastsættelse af maksima for priser, takster, honorarer eller avancer (således §§ 6—9 i den danske Pris- og avancelov, lovbekendtgørelse nr. 109 af 11. marts 1986) eller over for en enkelt eller enkelte markedsdominerende virksomheder, hvis priser og forretningsbetingelser findes at være urimelige (således §§ 11 og 12 i den danske Monopollov og § 3 i den svenske KL).<sup>28</sup>

En priskontrol, der går længere i retning af prisreduktion end til en maksimering af priserne til det niveau, priserne ville have under fri konkurrence, har ikke hjemmel i en lov, der som Monopolloven alene er rettet mod skadevirkninger af begrænset konkurrence. Pris- og avanceloven hjemler normalt kun indgreb mod priser, der overskrider en rimelig cost plus kalkulation. I midlertidige love er der derimod i adskillige tilfælde blevet foreskrevet en videregående generel pris- og avanceregulering for en bestemt begrænset periode. Grunden til, at priserne ved en midlertidig lov for en tid er søgt bragt længere ned, end fri konkurrence eller normale priskalkulationer ville kunne betinge, har som oftest været, at det har lettet en løsning af lønspørgsmål, at prisudviklingen søgtes bremsset. Både økonomiske teoretikere og andre betragtere af den faktiske udvikling har givet udtryk for skepsis over for nytten af kortvarige lovbestemte pris- og avancementstop. En maksimalpris bliver let også den faktiske pris, også hvor denne pris ellers ville have ligget lavere, og nødvendigheden af at udnytte »frie perioder» mellem stoplovene kan fremskynde prisforhøjelser. Den umiddelbare virkning af stop, at eksisterende lagre sælges til »gammel pris», og at forhøjelser af avancen på nye varer udsættes, til stoppet udløber, risikerer let at blive udlignet, i hvert fald når stopperioden udløber. Der opnås i bedste fald kun en beskedent forsinkelse af en uundgåelig almindelig prisstigning.<sup>29</sup> Denne

<sup>28</sup> Pris- og avanceloven hjemler i § 6 også prisindgreb over for en enkelt eller enkelte ikke dominerende virksomheder. Sådanne indgreb er — så vidt vides — ikke forekommet.

<sup>29</sup> Jfr. *Winding Pedersen: Prisregulering*, 1985, s. 183 ff. Monopoltilsynets er-

udtalte skepsis over for midlertidige pris- eller avancestoploves værdi har ikke hidtil kunnet afholde lovgivningsmagten fra at vedtage sådanne love. En stoplov menes vel undertiden i en vanskelig situation at kunne lette almindelig accept af en i øvrigt hensigtsmæssig løsning. Det er ikke troligt, at en — ønskelig — nedtrapning af priskontrollen efter Monopolloven skulle kunne begrunde en øget brug af midlertidige stoplove.

(bb) *Fri og lige adgang til erhverv.* Åbning og sikring af fri og lige adgang til erhverv for alle ved indskriden over for (urimelige) betingelser for etablering og markedsføring i et område, som f.eks. restriktive betingelser for medlemskab i faglige organisationer, er et væsentligt mål for retlig regulering. En sådan indskriden er påkaldet, selv om en forøgelse af antallet af markedsdeltagere ikke er *nødvendig* for at skabe en effektiv konkurrence, dersom det dog findes *rimeligt* at sikre personer eller virksomheder adgang til frit at arbejde i et erhverv efter eget valg. Der gør sig et væsentligt hensyn til beskyttelse af den enkelte og til ligelig behandling gældende også over for de barriers to entry, som ikke kan antages i nævneværdig grad at svække hverken konkurrence eller effektivitet. Grænsen mellem indgreb, der er begrundet i effektivitet og indgreb, der er begrundet i rimelighed, kan være flydende. Dette gælder både sikringen af selve adgangen til markedet og beskyttelsen af små virksomheder.

(cc) *Små virksomheder.* Sikring af entry to the market er vigtig, fordi rimelige priser og forretningsbetingelser først og fremmest bør søges opnået ved en naturlig tilgang til erhverv med god indtjening, jfr. således også Betænkning nr. 1075/1986 s. 177.<sup>30</sup> Heller ikke på disse områder kan der

faringer med stoplove er omtalt i Monopoler og Priser s. 683 ff. — Se om Pris- og avanceloven Betænkning nr. 1075/1986 s. 79 f og en ankenævnskendelse i MTM 1982.39, der fastholdt, at MT uanset sin mistanke om »prishamstring» naturligvis måtte overholde de i loven foreskrevne betingelser for at gribe ind med et prisstop.

<sup>30</sup> Monopolloven omfatter ikke løn- og arbejdsforhold, jfr. dennes § 2, stk. 2, men antages at afgive hjemmel for indgreb over for optagelsesbetingelserne i faglige foreninger, der som medlemmer alene eller tillige har selvstændige næringsdrivende. De afgørelser, som Monopolankenævnet har truffet om optagelsesbetingelser f.eks. i foreninger for dyrlæger eller tandlæger, har formentlig kun virkning for selvstændige, men ikke for ansatte dyrlæger eller tandlæger. De ansatte kan imidlertid utvivlsomt opnå en mindst lige så gunstig stilling ved de almindelige domstole på grundlag af foreningsrettens regler, jfr. note 39 nedenfor.

Monopoltilsynet har i enkelte tilfælde bevæget sig ret langt væk fra konkurrence-lovgivningens kerneområde. Det er således i et par afgørelser, (refereret af *Sølvkjær* s. 187) antaget, at advarsel fra en leverandørorganisation til sine medlemmer om dårlige betalere blandt detailhandlere var en urimelig indskrænkning i disses adgang til erhverv. Sager af denne art ville vel nu blive overladt til Registertilsynet efter Registerloven, lov



sættes et skarpt skel i henseende til lovgrundlag og myndigheder mellem indgreb, som er nødvendige til sikring af fri konkurrence, og indgreb som skal sikre fri og lige adgang til erhverv for alle. Monopolloven indeholder i §§ 11 og 12 hjemmel også til indgreb over for enkeltstående begrænsninger af den almindelige frie og lige adgang til erhverv, der er en følge af en konkurrencebegrænsning. Konkurrenceretten giver ikke grundlag for indgreb mod barriers to entry af driftsøkonomisk karakter, såsom stordriftsfordele, højt teknologisk niveau og kapitalbehov. Den vender sig kun mod barriers af kunstig karakter, skabt for at vanskeliggøre adgangen til markedet, såsom aftaler om restriktive betingelser for opnåelse af forhandlerstatus m.m.

Et af midlerne til sikring både af retlig adgang for nye virksomheder til etablering og af en reel adgang for små virksomheder til at udøve deres erhverv, kan være indskriden over for en udtrykning af markedet ved, at storforetagender en tid lang sælger til underpris, d.v.s. en pris der ikke giver sælgeren fuld dækning af stykomkostninger eller dog ikke noget dækningsbidrag (predatory pricing). De nordiske konkurrencemyndigheder har dog ikke og har næppe heller haft grund til at foretage en energisk indsats mod predatory pricing (gezielte Kampfpreisunterbietung), f.eks. over for olieselskabernes priskrig.<sup>31</sup> Et generelt forbud mod salg under stykomkostninger ville være uhensigtsmæssigt. Tabgivende salg kan være — og er formentlig som oftest — led i en afvikling af overkapacitet. Indgreb mod undersalg forudsætter bevis for predation (hensigt til udtrykning af markedet), sml. AKZO-sagen (EFT 1985 L 374/22 omtalt af *Korah* s. 131 f (nr. 12.2.1 d) samt i Kommissionens 13. Beretning s. 93 f og i 15. Beretning (1985) s. 81 f).

---

nr. 293 af 8. juni 1986. Black-listing kan imidlertid være et middel til gennemførelse af en boykot, som er i strid med Konkurrenceloven, jfr. *Martenius* s. 190 f og s. 234.

<sup>31</sup> Sml. *Sølvkjær* s. 141 f, *Martenius* s. 181 f og *Möschel* Rd nr. 552. Det danske Monopolankenævn har nægtet at meddele De forenede Bryggerier (Carlsberg og Tuborg), der nægtede at sælge øl til lavprisvarehuse, som videresolgte øl under indkøbspris, leveringspålæg (lokkevaresynspunktet, sml. *Sølvkjær* s. 137 (Nescafé) og 216 f samt *Martenius* s. 184 f). Kendelserne er afsagt den 15. juli 1986 og trykt i MTMK 1986.165 ff. — Én restriktion trækker flere med sig. Salg af flere varer med ringe avance kan vel ikke anses for lovligt, dersom salg af en enkelt vare til eller under indkøbspris er ulovligt? Sml. herved Betænkning nr. 1075/1986 s. 315 f og *Möschel* Rd nr. 675 ff, navnlig nr. 680.

Den tyske GWB indeholder i § 37 a(3) en udtrykkelig regel om beskyttelse af små virksomheder: »Die Kartellbehörde kann auch einem Unternehmen, das auf Grund seiner gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegenen Marktmacht in der Lage ist, die Marktverhältnisse wesentlich zu beeinflussen, ein Verhalten untersagen, der diese Wettbewerber unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert und geeignet ist, den Wettbewerb nachhaltig zu beeinträchtigen«. Ord som rimelig, billig og lign. må lægge ryg til meget i lovgivning og retspraksis!

Derimod udøves der som en fællesskabsforanstaltning beskyttelse mod dumping og subventionering ved indførsel fra tredieland, jfr. Rom-traktatens art. 113(1) og Rfo 2176/84.<sup>32</sup>

Der findes legale begrænsninger af etableringsfriheden, i form af behovsprøvelse og autorisation. Ændring af lovbestemmelser, som måtte findes urimelige, ligger uden for den nationale konkurrencerets muligheder,<sup>33</sup> men lovbestemmelser, som strider mod Romtraktatens regler, må ændres.

(dd) *Frit forbrugsvalg*. Lovgivningen sikrer alle, både private kunder og erhvervs-kunder, et frit forbrugsvalg uden (urimelige) bindinger. Midlerne til opnåelse af dette mål er bl.a. forbud mod brug af eller ugyldighed af aftaler og deklarationer på fast ejendom om pligt til at aftage olie, forsikring, fjernvarme etc. fra samme leverandør i en længere årrække. Der består ikke nogen fast tidsgrænse eller grænse i øvrigt mellem bindinger, som ikke kan opretholdes, fordi de strider mod god forretningsskik, fordi de er ugyldige som stridende mod Aftaleloven navnlig dennes §§ 33 og 36, fordi de kan bringes til ophør ved indgreb efter Monopolloven eller fordi deres rækkevidde begrænses ved restriktiv fortolkning. Muligheden af at opnå, at Monopoltilsynet griber ind over for modparten, kan efter omstændighederne fremstå for en part som et gratis og hurtigt alternativ til en kostbar proces.

Aftaler om eneret for et olieselskab i lang tid (3—15 år) til levering af olie til opvarmning som vederlag for et fordelagtigt lån eller for kaution for lån til anskaffelse af oliefyr og lign. er anset for efter omstændighederne at stride mod Monopolloven. Dette gælder, uanset om eneretten er sikret ved tinglysning af en servitut på de berørte ejendomme, jfr. MTM 1973.227 og 1974.425 samt MA's kendelse i MTM 1979.316.

Assurandør-Societetet henstillede i sin årsberetning for 1975/76 s. 11°—12° til sine medlemmer ikke at tegne private forsikringer med en længere bindingsperiode for kunden end 1 år, jfr. herved UfR 1982.176 H. Henstillingen er blevet fulgt.

En servitut på en række ejendomme om eneret for en bestemt ejendomsmægler til formidling af ethvert salg eller lejemål indtil år 2000 fandtes stridende mod god forretningsskik og blev tilsidesat i medfør af Aftalelovens § 36, jfr. UfR 1986.602 Ø.

En tinglyst servitut (deklaration), hvorefter ejerne af en gruppe villaer var forpligtet til at aftage deres forbrug af varme og varmt vand fra et fælles varmeanlæg, udelukkede

<sup>32</sup> Forordning 2176/84 tager udgangspunkt i varens eller lignende varers værdi eller markedspris og oprindelseslandet.

<sup>33</sup> Den danske Monopollov undtager endda fra sit område »prisforhold og erhvervsudøvelse, der i henhold til særlig hjemmel bestemmes eller godkendes af det offentlige», jfr. Monopollovens § 2, stk. 2, og dertil *Sølvkjær*: Monopolloven s. 35 ff. Anvendelsesområdet for den svenske KL synes at være noget videre, jfr. *Martenius*: Konkurrencslagstiftningen s. 83.

Bernhard Gomard

fastslog Højesteret i UfR 1985.199 H, benyttelsen af supplerende varmekilder såsom el-ovne, pejse eller mindre brændeovne. Hverken parterne eller dommerne synes at have været opmærksomme på eller at have interesseret sig for bestemmelserne i Varmeforsyningsloven, der formentlig var anvendelige i sagen, og faktisk er blevet anvendt i flere lignende sager, jfr. bl.a. MTMK 1983.119.

En bestemmelse i et varmeværks vedtægter om aftagepligt i 20 år for andelshaverne fandtes af Østre Landsret — imod den påklagede afgørelse og tidligere afgørelser fra MA, sml. bl.a. MTMK 1983.3 og 1985.37 — at være gyldig, jfr. MTMK 1985.216 (anket til og nu ændret af Højesteret).

Det bør understreges, at alle de nævnte afgørelser angår salg til forbruger. Salget til sidste led i omsætningskæden har ikke tiltrukket sig opmærksomhed i EF's (eller i de store landes) konkurrenceret. Gruppefritagelsen af eksklusive købsaftaler i Kfo 1984/83, d.v.s. aftaler om forpligtelse til ikke at købe de af aftalen omfattede varer af andre leverandører, omfatter kun aftaler mellem to virksomheder, der indgås med henblik på videresalg af varer. Forpligtelsen kan højst aftales til 5 år, og der må ikke aftales automatisk forlængelse, såfremt der ikke siges op. Der gælder særlige regler om levering af øl og om tankstationer, jfr. nedenfor i note 71.<sup>34</sup>

(ee) *Information om varer og tjenesteydelser.* Konkurrence forudsætter adgang til viden om, hvilke varer og tjenesteydelser der udbydes på markedet. Ønsket om at fremme afsætningen og det civilretlige ansvar for kontraktsbrud (mangler) er i kommercielle forhold i almindelighed et tilstrækkeligt incitament til, at udbyderne giver korrekte og tilstrækkelige oplysninger om deres varer og tjenesteydelser, men over for private forbrugere kan der være behov for en lovbestemt oplysningspligt. En sådan forbrugerbeskyttelse er etableret ved Prismærkningsloven (Lov om mærkning og skiltning med pris m.v. nr. 252 af 8. juni 1977), der pålægger erhvervsdrivende pligt til at oplyse en bestemt pris for de varer, der udbydes i detailhandelen, og ved Markedsføringsloven (lov om markedsføring nr. 297 af 14. juni 1974), der forbyder urimelig markedsføring, bl.a. brug af vildledende reklamer, og påbyder vejledning, jfr. §§ 2 og 3. Regler, der skaber den gennemsigtighed, der er ønskelig i detailhandelen, har både be-

---

<sup>34</sup> Aftaler, der i urimelig høj grad binder den økonomiske handlefrihed (Knebelungsverträge), er ugyldige også efter tysk ret, jfr. BGB § 138(1) og kommentarerne hertil i *Coing-Staudinger* note 18 ff. Ugyldigheden rammer bl.a. efter omstændighederne eksklusivklausuler i Bierlieferungsverträge og i Tankstellenverträge. Sådanne klausuler kan også ophæves af kartelmyndigheden efter § 18 GWB om *Aufhebung von Ausschliesslichkeitsbindungen*, jfr. *Möschel* Rd nr. 414 og 430 (hvor også en sag om mærkebinding ved autoreserverede er omtalt). Engelsk ret om øl og benzin er omtalt i *Merkin & Williams* s. 199 ff.

Hverken GWB eller den svenske KL indeholder en bestemmelse svarende til Monopollovens § 2.

tydning ved at hjælpe forbrugeren til rette, ved at modvirke brug af illoyale midler i konkurrencen og ved at fremme en effektiv konkurrence.

Der kan ikke sættes et skarpt systematisk skel mellem konkurrencebegrænsningsret, konkurrenceloyalitet og forbrugerbeskyttelsesret, som bygger på et forskelligt mål for forskellige regelsæt. Ofte forfølges samtidigt flere mål af samme regler.

Konkurrenceretens to afdelinger — regler vendt mod konkurrencebegrænsninger og regler mod illoyal konkurrence — har en nær indbyrdes forbindelse. I vurderingen af, om en konkurrencehandling er loyal og lovlig efter Markedsføringslovens § 1, må der også tages hensyn til, om handlingen er egnet til at fremme den ønskelige effektive konkurrence.<sup>35</sup> Dette taler for en (yderligere) neddæmpning af reklameforbudene i de liberale erhverv, og denne erkendelse bør også præge vurderingen af sammenlignende reklamer. Det internationale Handelskammers Kodex for reklamepraksis art. 5 og Reklamerådets supplerende retningslinier af april 1982 er måske for fintfølede. Ønsket om en effektiv konkurrence må også præge synet på reklamer om lavpris, jfr. herved

*UFR 1986.548 SHD*: En annonce om »minus 30 % rabat på vejledende pris» på fotoarbejde var ikke i strid med Markedsføringsloven, da annoncørens priser var 30 % lavere end de priser, der var aftalt mellem Fotohandlerforeningen og fotolaboratorierne, og som var »godkendt af Monopoltilsynet». En begæring om forbud mod sådan annoncering fra Landsudvalget for Loyal Handel kunne derfor ikke imødekommes. Annonceringen ville næppe heller nu om dage kunne begrunde leveringsnægtelse, anderledes *Fr. Jensen m.fl.*: Monopolloven 1968 s. 206. En annoncer om x % under konkurrenternes laveste pris, under ethvert dokumenteret tilbud fra andre i branchen, under laveste pris nævnt i MT's seneste brancheundersøgelse eller lign., ville næppe heller kunne forbydes.

Også sammenkobling af salg af flere ydelser og krav om modkøb kan rejse spørgsmål om indskriden efter begge konkurrenceretens afdelinger.<sup>36</sup> Det danske Industriministerium har i en skrivelse af 10. oktober 1986 udtalt, at en sparekasses udførelse af »edb-mæssig bogføring» og »boligadministration» for sine kunder ikke var i strid med det i Bank- og Sparekasselovens § 1, stk. 3 knæsatte specialitetsprincip, men at »sammenknytning af lån og regnskabssystemer ... vil blive anset som værende i strid med konkurrenceretlige regler». Hermed er velsagtens både tænkt på Monopolloven og — bl.a. af hensyn til mindre pengeinstitutter — også på Markedsføringsloven.

(ff) *Integration i EF*. Det er et overordnet mål (d.v.s. et mål med høj prioritet) i Det europæiske Fællesskab at fremme integration mellem med-

<sup>35</sup> Sml. oversigten over praksis om »vildledende prisangivelser» i Karnov 2. bind s. 2780 f note 16, A. *Bernitz* kalder i Festskrift til Jan Hellner 1984 s. 115 ff illoyal konkurrence for det glemte retsområde. — Den nuværende udformning og placering af lovreglerne om dette retsområde er uhensigtsmæssig og kun forståelig set i sin historiske sammenhæng, men glemt — af hvem?

<sup>36</sup> Tying arrangements og reciprocal dealing i »big business» er omtalt i *Bork*: The Antitrust Paradox s. 365—381 og indskriden mod tying efter Traktatens art. 86 af *Valentine Korah* s. 133 f (no. 12.2.1 e).

lemslandene. Det er også et mål at samarbejde med andre lande og bl.a. med dem, der har indgået aftaler med Fællesskabet om gensidig fri handel. Det er et naturligt middel både til fremme af integration og af samarbejde at forbyde markedsopdelinger efter landegrænser i distributionssystemer, også selv om opdelingen bedømt alene ud fra art. 85(1) måtte forekomme mindre betænkelig eller dog at kunne undtages efter art. 85(3), og selv om tradition, sprog og administrativ praktikabilitet i øvrigt kunne tale for at bevare de nationale grænser på nogle vareområder. Ønsket om gennemførelsen af strukturændringen fra flere isolerede nationale markeder til et fælles indre marked sætter sit præg også på konkurrenceretten.<sup>37</sup>

(b) *Overlapping og kollision mellem hovedmål og sidemål.* Ved forfølgningen af hovedmålet — at fremme fri konkurrence og at imødegå skadevirkninger af begrænset konkurrence — kan der melde sig et valg mellem forskellige løsninger, være sig i form af en forhandlingsløsning eller af pålæg med forskelligartet indhold. Der er ikke et skarpt skel mellem midler til fremme af fri konkurrence og midler til imødegåelse af skadevirkninger af begrænset konkurrence, som f.eks. påbud om fjernelse af en klausul om eksklusiv gensidig forretningsforbindelse mellem en producent og en installatørorganisation, jfr. MTM 1958.30 og 1966.187.<sup>38</sup> Foranstaltninger til forøgelsen af gennemsigtigheden i et marked (markedstransparens), en faktor som i Betænkning nr. 1075/1986 er tillagt en (overdreven) stor betydning (s. 175 f og s. 185 ff), kan have virkning i begge retninger.

Etableringsfrihed øger konkurrencens frihed, men ikke nødvendigvis også dens effektivitet. Foranstaltninger, der forbedrer levemuligheden for små virksomheder, kan øge konkurrencen, fordi antallet af deltagere i markederne herved forøges. Frit forbrugsvalg og information om udbudte varer og tjenesteydelser, f.eks. ved mærkning af varer med eller opslag om pris og kvalitetsdeklaration, øger den sikkerhed og hurtighed, hvormed kunderne som rational economic men kan finde frem til de leverandører, som giver de bedste tilbud i henseende til pris og kvalitet. Det bør i øvrigt ikke glemmes, at også andre konkurrenceparametre end pris kan have en væsentlig økonomisk betydning for kunder, f.eks. pålidelig og punktlig levering, god service med vedligeholdelse og reparation, god restværdi på gammelt udstyr ved køb af nyt, trofasthed over for gamle kunder i vanskeligheder, kulance i forhandlingssituationer, hensynsfuld incasso af forfaldne tilgodehavender etc. Ingen af disse faktorer fremgår af prislister eller opslag.

<sup>37</sup> Sml. afgørelsen i sagen Grundig-Consten (Sammlung 1966.322) og omtalen heraf i *Fejlo*: Monopolret og Marked s. 282 ff.

<sup>38</sup> Afgørelserne er refereret af *Sølvkjær* s. 171 og 215 f.

Det indbyrdes forhold mellem hovedmål og sidemål er ikke lutter harmoni. Overlapning behøver dog ikke at indebære en kollision, men kan betyde jævnsides eksistens af regler i det system, der håndhæves af Monopoltilsynet, med regler som håndhæves af andre administrative myndigheder eller domstolen. Der er såvel i den erhvervspolitiske debat som i lovgivning og retsanvendelse blevet tillagt flere af de under (aa) til (ff) omtalte sidemål — med en amerikansk sprogbrug »populistiske mål» — en selvstændig betydning, som både kan række ud over konkurrencerettens kærneområde og kan begrænse dens hovedmål. Etableringsfrihed, sikring af leverancer til mindre virksomheder, frit forbrugsvalg og kundeinformation er mål, der nyder lovgivningens bevågenhed og søges realiseret i retsanvendelsen, også i tilfælde hvor konkurrencen ikke er stækket eller svækket, hverken af konkurrencebegrænsende aftaler, af udbydernes fåtallighed, af en dominerende virksomheds prispørelser eller af en høj grad af virksomhedskoncentration. Monopolloven (Konkurrenceloven) anvendes både i Danmark (og vistnok også nogle andre lande) i et vist omfang til at beskytte den enkeltes interesse i frit forbrugsvalg og fri erhvervsudøvelse også i konkurrenceprægede markeder. Reglerne om pligt til prismærkning i Lov om mærkning og skiltning med pris m.v. (lov nr. 252 af 8. juni 1977, omtalt i MTM 1983.169) gælder for alle varer og alle virksomheder. Der gælder regler om pligt til ikke at vanskeliggøre enkelte medlemmers optagelse i en faglig organisation og til ikke at hindre enkelte næringsdrivende i at annoncere i en relevant avis eller fagblad, uanset om der i den konkrete situation eller i vedkommende branche generelt råder en mere eller mindre effektiv konkurrence. Monopolmyndigheden synes at gå ind i sådanne sager, også hvor konkurrencen ikke kan betegnes som neutraliseret.<sup>39</sup> En nøjagtig fordeling af

<sup>39</sup> Monopolankenævnet synes bl.a. i sine kendelser om handlendes og udøvere af liberale erhvervs adgang til annoncering i lokale blade og faglige tidsskrifter (MTM 1975.231 og 1979.606) og om pligt for faglige organisationer til ikke at vanskeliggøre opnåelsen af medlemskab (MTMK 1986.155 Tandlægeforeningen) i nogen grad at have sat sig ud over, at de skadevirkninger »urimelig indskrænkning i den frie erhvervsudøvelse» og »urimelig ulighed i vilkårene for erhvervsudøvelsen», som er nævnt i Monopollovens § 11, kun kan imødegås efter Monopolloven i et konkurrencebegrænset marked, jfr. lovens § 2. En generel regel om fri adgang til udøvelse af erhverv er imidlertid hensigtsmæssig, og monopolmyndigheden har mulighed for at stille en hurtig og — for den interesserede part — billig retshjælp til rådighed. Det bør dog påses, at den konkurrenceretlige praksis ikke fjerner sig fra domstolens afgørelser i de sager af tilsvarende karakter, som de får forelagt til afgørelse efter foreningsrettens regler, jfr. bl.a. UfR 1982.249 og 1986.737. Sml. om tysk ret § 27 GWB og om engelsk ret *Merkin & Williams* s. 205 (specielt om leveringspligt).

sagerne i to grupper: beskyttelse af erhvervsfrihed efter foreningsretlige og andre almindelige retsgrundsætninger, som alene hører under de almindelige domstole, og konkurrencesager om beskyttelse af samme interesser med lignende retsmidler efter Monopollovgivningen, der hører under konkurrencemyndighederne som administrativ forinstans, lader sig ikke konsekvent gennemføre. Der kan ikke altid klart skelnes mellem indgreb, som er nødvendige til imødegåelse af skadevirkninger som følge af begrænset konkurrence og andre skadevirkninger. Hertil kommer, at en praksis under en konkurrencelov ikke helt kan undgå i et vist omfang at stifne i »selvskabte underregler», f.eks. regler om at visse bindinger til bestemte leverandører eller visse restriktive betingelser i branchevedtagelser for erhvervsudøvelse skal fjernes, uanset om disse bindinger eller betingelser i det enkelte tilfælde kan antages at være af væsentlig betydning for effektivitet og fri konkurrence.<sup>40</sup> Der sker næppe nogen skade herved, forudsat at sådanne selvskabte regler er i harmoni med den øvrige retsorden, og der er adgang til judiciel efterprøvelse af konkurrencemyndighedernes afgørelser ved en judiciel eller quasi-judiciel instans og ved de almindelige domstole.

Den svenske Marknadsdomstol er en domstol. Dens afgørelser er endelige, jfr. MDL (SFS 1970:417) 1 og 2 § samt *Martenius*: Konkurrencslagstiftningen s. 410 f.

Det danske Monopolankenævn er et administrativt klagenævn, men arbejder i henseende til sagsbehandling og uafhængighed som en domstol. »Ånden» i nævnet er judiciel. Adgangen til appel til landsret og Højesteret står åben, og MA er derfor her betegnet som quasi-judicielt.

Skønt Monopolankenævnets afgørelser frit kan indbringes for domstolene, jfr. Monopollovens § 18, stk. 9, sker dette kun sjældent, og ingen afgørelse truffet på grundlag af Monopolloven er endnu blevet ændret. Synet på den ideelle retstilstand på konkurrenceområdet kan imidlertid være forskelligt. Det er af væsentlig betydning, at en utilfredshed med praksis fornuftigvis kun kan have lovgivningsmagten som adressat.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Den amerikanske diskussion om per se-regler og rule of reason er udførligt omtalt i *Fejø*: Monopolret og marked navnlig s. 132 ff. Brug af den amerikanske terminologi bør hverken skjule, at der på konkurrencerettens område som på andre retsområder er en jævn overgang mellem regler med et præcist angivet indhold og ganske luftige standarder eller, at selve valget af kontrol fremfor forbud og henlæggelse af kontrollen til særlige sagkyndige myndigheder rummer en optering til fordel for rule of reason.

<sup>41</sup> Sml. herved jubilæumsskriftet *Monopoler og Priser* s. 672 ff. — MT kan ikke afgøre konkurrenceretlige spørgsmål ved et administrativt skøn, der ikke kan efterprøves. Den i dansk forvaltning i øvrigt normale rekursadgang til vedkommende minister (industriministeren) er kun i meget begrænset omfang mulig. Monopolloven har kun bevaret den normale rekurs for så vidt angår pengeinstitutter af hensyn til den ønskelige koordination med den almindelige pengepolitik, jfr. Monopollovens § 3, stk. 3—5 og *Sølvkjær* s. 96 f. Ved en ændringslov nr. 617 af 19. december 1984 blev kompetencen

(4) *Afhængighed mellem samfundets egenart og konkurrencerettens mål og midler.* Den økonomiske virksomhed, som er genstanden for konkurrencerettens regler, udspiller sig ikke i det land Utopia, men i nationalstater og i EF. Et program for konkurrenceretten bør ikke fastsættes alene på grundlag af analyser af generelle økonomiske modeller, uanset om disse opstilles ud fra fornuftige forudsætninger, og uanset den lettelse af arbejdet, der måske herved kunne opnås bl.a. for de økonomer og jurister, som skal tage stilling til konkrete konkurrenceretlige sager. Den rene økonomiske teori er universel, men en konkurrencerets lovregler og retsanvendelse må tage hensyn til forholdene i virkelighedens verden i det marked, det land eller det fællesskab, for hvilket det konkurrenceretlige system er gældende. Synet på opgaverne for konkurrenceretten kan ikke være uafhængigt af tid og sted.

Erindringen om vareknaphed, rationering og maksimalpriser var levende i efterkrigstiden og gav priskontrol en fremskudt placering både i den norske Prislov af 1953 og — omend i mindre grad — i den danske Monopollov af 1955.<sup>42</sup> Den nylig afgivne danske Betænkning nr. 1075/1986 foreslår, bl.a. under indtryk af den skete liberalisering og internationalisering af næringslivet, den ændring, at fremme af konkurrencen fremhæves som lovgivningens hovedopgave, men priskontrol reduceres til at være et blandt flere midler til imødegåelsen af skadevirkninger af konkurrencebegrænsninger.<sup>43</sup>

Fri konkurrence kan fremmes ved andre tiltag end indgreb mod aftaler og ordninger. Den udvidelse af markederne, der er sket i EF og GATT har betydet langt mere for fremme af fri konkurrence end konkurrenceretlige indgreb mod virksomhederne i tidligere tiders lukkede markeder.

til at behandle klager over indholdet af undersøgelser, der agtes offentliggjort, flyttet fra industriministeren til Monopolankenævnet.

I Sverige er den endelig afgørelse om nægtelse af fusion og lign. forbeholdt regeringen, jfr. 7 § KL.

<sup>42</sup> Ved bedømmelsen af retstilstanden i Danmark må imidlertid erindres, at der ved siden af Monopolloven har været og nu for tiden er gældende både en permanent og en midlertidig prislov. En oversigt om denne lovgivning findes i Betænkning nr. 1075/1986 s. 71 ff.

<sup>43</sup> Dansk ret vil, hvis dette forslag gennemføres, nærme sig retstilstanden i Sverige, hvor indgreb over for høje priser i et marked uden effektiv konkurrence kendes, men priskontrol har en mindre fremtrædende placering i den svenske Konkurrencslag end i Monopolloven, jfr. 3 § KL og *Martenius'* Kommentar, 1985, s. 277 ff om prisålggande. KL er fra 1982 og således væsentlig nyere end Monopolloven af 1955.

Den nye franske konkurrencelov (ordonnance no. 86—1243) af 1. december 1986 har erstattet den hidtidige priskontrol af en beføjelse til indgreb på områder med monopoler og varemangel (art. 1).



Åbningen af landegrænserne i Europa for arbejdskraft, varer, tjenesteydelser og kapital, som er aftalt i Rom-traktaten, og den fri varehandel mellem Fællesskabet og tredielande, som er knæsat i frihandelsaftalerne, har radikalt ændret det marked, der er relevant for studier af konkurrencesituationer. Som realiseringen af det indre marked og den faktiske integration skrider frem, mindskes betydningen af naturlige og legale barrierer som geografisk afstand, sprog, nationale grænser og forskelle i nationale tekniske specifikationer m.m., og antallet både af effektive — aktuelle eller potentielle — udbydere og efterspørgere i de relevante markeder øges.<sup>44</sup> Målet: en effektiv konkurrence på alle områder, er med denne udvikling rykket langt nærmere end nogen national konkurrencelov havde kunnet afstedkomme. Kan denne udvikling fastholdes og fortsættes, vil der kun stå opgaver af lokal karakter tilbage for den nationale lovgivning, såsom kontrol med at takster for særlige nationale lukkede erhverv (advokater, ejendomsmæglere m.m.) respekterer rimelighedens grænser. Det vil måske vise sig, at nogle opgaver af denne art mere hensigtsmæssigt kan løses i andre regie end konkurrencerettens sammen med andre foranstaltninger til erhvervsregulering, såsom klage- eller disciplinærnævn, retlig beskyttelse af den private forbruger på grundlag af Markedsføringsloven, regler om forbruger køb, general-klausulen i Aftalelovens § 36 m.v.

<sup>44</sup> I Hvidbog fra Kommissionen til Det europæiske Råd (KOM(85)319) om det indre marked står der bl.a.:

»En fast konkurrencepolitik vil spille en grundlæggende rolle ved bevarelsen og styrkelsen af det interne marked. Den vil bidrage til en bedre ressourcefordeling og til, at europæiske selskaber opnår fornyet effektivitet og konkurrencedygtighed. I en tid hvor fællesskabet søger at konsolidere det interne marked, må det sikres, at illoyal konkurrence ikke fører til nye former for lokal protektionisme, som kun kan få en fornyet opdeling af markedet til følge.

I denne sammenhæng er det særlig vigtigt, at fællesskabsdisciplinen med hensyn til statsstøtte håndhæves strengt. Der er tendens til at anvende betydelige offentlige midler til statsstøtte til industrier og virksomheder, der ikke er konkurrencedygtige. Ofte nøjes denne statsstøtte ikke med at fordreje konkurrencen, men på længere sigt underminerer den bestræbelserne på at øge den europæiske konkurrencedygtighed. Den dræner det offentliges kasser for knappe midler og den er en risiko for bestræbelserne på at udbygge det interne marked. Samtidig med at de fysiske og tekniske hindringer inden for Fællesskabet fjernes, vil Kommissionen sørge for, at der føres en skærpet politik i relation til statsstøtte, således at offentlige midler ikke anvendes til at give nogle firmaer kunstige fordele frem for andre. En effektiv fællesskabsdisciplin vil muliggøre, at forhåndenværende ressourcer dirigeres bort fra aktiviteter, der ikke er levedygtige og til konkurrencedygtige og jobskabende industrier med fremtid.

Kommissionen udarbejder en liste over statsstøtter og vil inden 1986 offentliggøre en rapport med en redegørelse for virkningerne af den fremtidige statsstøttepolitik.»

Udvidelsen af det relevante marked har formentlig i Danmark overflødiggjort foranstaltninger mod koncentration i erhvervslivet, såsom kontrol med fusioner, virksomhedskøb og lign. og påbud om opdeling af virksomheder, der ved egen vækst er blevet (for) store. Regulering på nationalt plan af koncentration i erhvervslivet har næppe nogen fremtid for sig i EF's små medlemslande. Der er en væsentlig forskel på behovet for en kontrol med og indgreb mod koncentration i Fællesskabet eller i store lande som Tyskland eller USA og i et lille land som Danmark.<sup>45</sup> Ingen dansk virksomhed har mulighed for at erhverve sig en magt, der kan rokke ved den grundlovmæssige, demokratiske styreform. Få, om overhovedet nogen, virksomhed i Danmark har mulighed for at holde konkurrencen over de — i økonomisk henseende — åbne nationale landegrænser borte, medmindre en offentlig »foranstaltning med tilsvarende virkning» som kvantitative restriktioner griber ind. Kun få virksomheder har opnået en størrelse, hvor economies of scale er fuldt ud realiseret. Der er tværtimod behov for, at vore virksomheder vokser sig større og stærkere, således at de bedre kan konkurrere med udlandets ofte langt større virksomheder. Hverken forbud mod fusion af ligeartede virksomheder, såsom butikskæder eller fabrikantefusioner af ens eller beslægtede produkter, eller forbud mod diversifikation ved dannelse af conglomerates ville kunne administreres på en fornuftig måde. Hvilken myndighed skulle kunne skønne over, hvordan f.eks. en kapitalstærk virksomhed i en stagnerende branche bør investere sine penge?

Den tyske Monopolkommission skal følge den jeweilige Stand der Unternehmenskonzentration, jfr. § 24 b(3) GWB og senest Kommissionens 6. Hauptgutachten (Drucksache 10/5860). — Den svenske betænkning Ny konkurrensbegrænsningslag SOU 1978:9 vier under indtryk af fusionsbølgen i svensk erhvervsliv forholdet mellem konkurrence og koncentration stor opmærksomhed (se bl.a. s. 77 ff), og der blev i KL optaget regler om kontrol med »företagsförvärv» (5—9 §), sml. *Martenius* s. 295 ff. Reglerne, som kræver regeringsgodkendelse af indgreb (7 §), har så vidt ses, ikke fundet nogen udstrakt anvendelse i praksis.

I Norge er der i 1985 udarbejdet et udkast til fusionskontrol, som meget ligner de svenske regler, jfr. *Pristidende* 1985.74. Udkastet er ikke gennemført. Der er endvidere i en betænkning om Konkurransen på finansmarkedet NOU 1986:5 stillet forslag om på dette område at kræve godkendelse af fusioner og af samarbejdsaftaler samt at

<sup>45</sup> Kommissionens seneste — ikke vedtagne — forslag til en forordning om fusionskontrol er trykt i EFT C 51, 23. 2. 1984 og er bl.a. omtalt i 15. Beretning om Konkurrencepolitikken (1985) s. 47. — Selv i USA møder fusionskontrollen kritik, bl.a. af *Bork* i *The Antitrust Paradox* s. 165 ff. — I England synes udbyttet af merger control i det væsentlige at bestå i opretholdelse (eller forlængelse af livet for) lokale aviser, sml. *Merkin & Williams* s. 238 f, navnlig s. 273. EF-debatten om fusionskontrol er omtalt s. 280—293.

begrænse adgangen til at indvælge samme personer som bestyrelsesmedlemmer i flere finansielle virksomheder, jfr. nærmere oversigten over udvalgets konklusioner s. 190 ff. Den frygt for, at de eksisterende virksomheder skal vokse sig større, som kommer til udtryk flere steder i betænkningen, har næppe samme vægt i Danmark. Det danske marked står åbent for udenlandske banker, forsikringsselskaber og (fra 1989) realkreditinstitutter. Vi må afgive noget hjemmemarked og søge at finde kompensation i nye markeder ved en international arbejdsdeling. Udlandsvirksomhed kræver finansiell styrke. At stække de finansielle virksomheders vækstmuligheder kan få en betydelig negativ effekt.<sup>46</sup>

Det er et nyt, men ikke et uvæsentligt problem, at der kan være behov for at holde øje med og sikre sig, at praktiseringen af de frie og lige vilkår for alle uden diskrimination efter nationalitet og hjemsted i hele det store indre marked holder trit med forskrifter og intentioner. Hvis ikke alle lande er lige lovlydige, lider de flinkeste skade, mens de mindre flinke får fordele. Problemet med at finde en passende placering på denne skala er ikke mindst i et lille land, hvor både administration og domstole er let tilgængelige (åbne og effektive) og har en lang — og god — tradition for med nidkærhed at håndhæve enhver retsforordning uden at kende til uvedkommende hensyn. At fru Justitia bærer bind for øjnene er godt, men også en vis harmonisering af nidkærheden i retshåndhævelsen kan måske være på sin plads, f.eks. på følsomme områder som leverancer til det offentlige og til opgaver af national karakter og størrelsesorden.

## 2. *Konkurrenceretens grundlag i traktater og i nationale love*

### 2.1. *Fra erhvervspolitisk mål til operationelle retsregler*

Det er en legislativ opgave både at vælge de erhvervspolitiske mål, som konkurrenceretten skal søge virkeliggjort, og at udarbejde retsreglerne om brug af egnede midler hertil, f.eks. krav om registrering af konkurrencebegrænsende aftaler, forbud f.eks. mod faste videresalgspriser og indgreb over for skadelige konkurrencebegrænsninger. Løsning af disse opgaver er kun mulig i en politisk beslutningsproces. Det er imidlertid både på dette og på andre lovgivningsområder en vigtig opgave for retsvidenskaben at yde bidrag til det beslutningsgrundlag, som står til rådighed for de politiske myndigheder, regering og Folketing.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Fusioner mellem pengeinstitutter kræver godkendelse af industriministeren, jfr. den danske Bank- og Sparekasselovs § 48. Godkendelse er, så vidt vides, endnu ikke nægтет i noget tilfælde. Praktiseret på denne måde har reglen karakter af et krav om oplysning.

<sup>47</sup> Der har (vistnok) medvirket jurister ved udarbejdelse af alle foreliggende betænkninger om konkurrenceret, bl.a. ved de danske betænkninger vedrørende en lov om

Omsætningen af de generelle økonomiske og sociale mål til konkurrenceretlige retningslinier og regler, som kan danne basis for en administrativ praksis eller en retsanvendelse, er vanskelig.

Opgaven er *for det første* vanskelig, fordi der sjældent eller aldrig er bred og fuldstændig enighed om det nøjagtige sigte for konkurrenceretten, uanset at valget af velfærdsmaksimering som overordnet mål samler bred tilslutning. Flertalsafgørelser i lovgivning overvinder erfaringsmæssigt ofte kun en del af de vanskeligheder, som er en følge heraf, fordi lovgiverne med åbne øjne som et kompromis eller som udtryk for, at også flertallet nærer en vis tvivl, vælger at videregive deres uenighed og tvivl om, hvad der inden for en vis ramme er den rette løsning, til de administrerende eller retsanvendende myndigheder. Midlet hertil er i lov eller traktat at indsætte fleksible regler, grundsætninger eller standarder. Alle kendte konkurrenceretssystemer består for en væsentlig del af regler med et fleksibelt indhold og standarder. Disse bestemmelser lægger vægten på de økonomiske virkninger af dispositioner og fremgangsmåder, frem for på de retlige kategorier hvori virksomhederne har udformet deres dispositioner eller fremgangsmåder. Den konkurrencepolitiske debats vage og rummelige nøglebegreber er lovfæstet og uden nogen væsentlig bearbejdning overgivet til konkurrenceretten. Hvad er i konkurrenceretlig forstand fri konkurrence, markedsdominans, skadelig virkning, relevant marked og substitution? Det ville imidlertid være halsløs gerning at lovfæste præcise konkurrenceretlige guidelines. I hvert fald på videnskabens nuværende stadi er det, alle vanskeligheder og betænkeligheder tiltrods, tilrådeligst at lade sig nøje med retsregler, som består af standarder dannet over de økonomiske begreber og at acceptere en retsanvendelse, der bygger på økonomisk analyse og vurdering, så langt det rækker og i øvrigt på skøn ud fra common sense, praktisk erfaring og kendte undersøgelser. Regler med et præcist indhold risikerer let at gøre betydelig skade. Det er f.eks. næppe hensigtsmæssigt i lovgivningen og heller ikke fuldt ud i retsanvendelsen at knæsatte helt faste regler om, at alle producenter af bøger, prestigebetonede mærkevarer af høj kvalitet o.s.v. skal være afskåret fra at forbeholde distributionen af deres varer for et begrænset antal forhandlere gennem eksklusive butikker med et højt pris- og serviceniveau, at fastsætte bindende videresalgspriser (brutto-

---

konkurrencebegrænsning og monopol, København 1953 og Betænkning nr. 1075/1986, samt ved den svenske Betænkning Ny konkurrensbegrænsningslag SOU 1978:9. Litteraturen med juridisk præg om konkurrenceretten de lege lata og de lege ferenda i de store lande er overmåde omfangsrig, og denne litteratur har direkte og gennem mellemlid øvet betydelig indflydelse på lovgivning og retsudviklingen på grundlag af lovgivning.

priser)<sup>48</sup> eller at benytte tie-in sales.<sup>49</sup> En lovgivning, der er udformet på denne måde, overlader i betydeligt omfang den nødvendige præcisering af delmål og valg af midler til retsanvendelsen. Der skal i administrativ og juridisk praksis tages stilling til, hvad der bør anses som skadeligt og til, hvilke indgreb der bør anses som tjenlige i forskellige situationer. Praksis arbejder på konkurrencerettens område inden for store spillerum i retsgrundlaget. Kun enkelte spørgsmål er klart og endeligt afgjort af lovgivningsmagten, såsom forbudene mod fastsættelse af bindende videresalgspriser (Monopollovens § 10) og mod forhåndsregulering af licitationsbud (Licitationslovens § 4).

En konkurrenceretlig praksis bør stræbe efter at realisere de mål, som er opstillet i lovgivningen (effektivitet, fri konkurrence), men det er *for det andet* forbundet med betydelig vanskelighed at løse denne opgave på en måde, som opfylder retsstatens krav til processen. Allerede tilvejebringelsen af alle de oplysninger og hele den almindelige viden, som er nødvendig for, at der inden for den enkelte sags rammer kan træffes meningsfulde afgørelser ud fra de materielle konkurrenceregler, er ofte vanskelig. En god afgørelse bør både finde en tilfredsstillende løsning på den enkelte sag og også sammen med afgørelser af andre enkeltstager kunne føre til dannelse af mere præcise generelle underregler, som stemmer overens med det almindelige mål og som kan styrke retssikkerheden ved at skabe forudseelighed og muliggøre planlægning. Også denne del af opgaven for retsanvendelsen er svær at løse. Konkurrencerettens særegne opgave bevirker, at dens regler må lade udfaldet af de afgørelser, som skal træffes, være afhængigt af formodninger og vurderinger af væsentlige virkninger af økonomisk og erhvervsmæssig art. Dette særpræg kan ikke fuldt ud forenes med retsideologiens almindelige krav om, at lovreglers indhold bør præciseres gennem præjudikater i egnede sager, at der med tiden af retspraksis bør fremstå et regelværk, og at begrundelserne i afgørelserne bør indeholde retningslinier for den administrative myndighed og for erhvervslivet, som er så præcise i indhold og generelle i række-

<sup>48</sup> Efter den gældende regel i Monopollovens § 10 kan Monopoltilsynet dispensere fra forbudet mod håndhævelse af bindende videresalgspriser, jfr. om praksis *Sølvkjær* s. 135 ff og *Krustrup*: Bogen i mediebildet, 1987. — Der kan rekreres til Monopolankenævnet, mens juridisk efterprøvelse måske er udelukket, fordi beføjelsen efter reglen — uagtet ikke væsentlig mere rummelig end lovens andre regler — fremtræder som hvilende på et administrativt skøn.

<sup>49</sup> *Sullivan*: Antitrust s. 431 beskriver (definerer) tying arrangements således: »A tie exists when a seller, having a product which buyers want (the »tying product«), refuses to sell it alone and insists that any buyer who wants it must also purchase another product (the »tied product«).

vidde, at tvivl og uvished bortvejres. Karakteren af de konkurrenceretlige forskrifter gør det ikke muligt at sikre en forsvarlig sagsbehandling (a due process of law) på anden måde end ved at undlade indgreb, der ikke er klart og overbevisende indiceret. Indskriden bør være afhængig af konstaterede skadevirkninger, og indgreb bør i almindelighed forbeholdes tilfælde, hvor væsentlige skadevirkninger virkelig kan konstateres eller med sikkerhed forventes. Ubestemtheden i regelgrundlaget bør have som konsekvens, at indgreb, hvis nytte er tvivlsom, undlades. Målet er en fri, ikke en administreret konkurrence.

En linie, der én gang er lagt i trufne afgørelser, bør ikke fraviges uden en vægtig grund. Der er imidlertid et større behov for lydhørhed over for betydningen af ændrede forhold i konkurrencesager end i retspraksis på de fleste andre områder. Den retlige regulering af konkurrencen bør tage hensyn til, at elementerne i konkurrencelovens filosofi og generalklausuler er variable i mange retninger: brancherne er forskellige, markedssituationen og det økonomiske klima er i bestandig — undertiden hastig — bevægelse; også indsigten i økonomiske og erhvervsmæssige forhold og den del af denne indsigt, som monopolmyndigheder og domstole mener at kunne udnytte i deres virksomhed, er i stadig udvikling. Doktrinen om stare decisis er uanvendelig på konkurrencerettens gebet.

Det ligger efter den retlige tradition i Danmark uden for en judiciel myndigheds naturlige opgave at formulere generelle regler, som ville indebære en væsentlig retsteknisk tilskæring af den tanke, som har fundet udtryk i en almen lovfæstet grundsætning, og f.eks. foreskrive

- som sec 6 og 7 i den engelske Fair Trading Act af 1973 kun at åbne adgang til at rejse sag mod en virksomhed, der har 25 % af markedet, jfr. *Merkin & Williams* s. 121, eller
- som § 34 i den norske Prislov af 26. juni 1953, at virksomheder med en markedsandel på 25 % eller mere er pligtige til at anmelde sig til et register, der føres af Prisdirektoratet, jfr. Prislovens § 35, eller
- som i den tyske § 22(3) GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung af 27. juli 1975) en (uafbeviselig?) formodning for, at en virksomhed er »marktbeherrschend» »wenn es für eine bestimmte Art von Waren oder gewerblichen Leistungen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel; die Vermutung gilt nicht, wenn das Unternehmen im letzten abgeschlossenen Geschäftsjahr Umsatzerlöse von weniger als 250 Millionen Deutscher Mark halte».

Betænkning nr. 1075/1986 s. 265—267 foreslår, at en virksomhed med en markedsandel på under 15 % (af forbruget i det danske hjemmemarked?) ikke i almindelighed anses som dominerende og omfattet af Monopolloven, mens virksomheder med markedsandele under 40—45 % ikke alene i kraft af markedsandelens størrelse anses som omfattet af loven. Tallet 40—45 % er også lagt til grund i praksis om Traktatens art. 86, jfr. *United Brands v. Kommissionen* (sag nr. 27/76, Saml. 1978.207), men tal for det fælles marked

og for Danmark er ikke komparable for varer, der frit uden tekniske eller retlige hindringer med beskedne ekstra omkostninger kan leveres af et betydeligt antal producenter i andre fællesskabslande, sml. MTMK 1984.108 (Danpo). Betænkningens 15 %-sats er for lav. Tærskelen bør i et lille land snarere sættes højere end lavere end i store lande som UK og BRD. Kommissionen har i sin Bagatelmeddelelse af 1986 (EFT 1986 C 231/2 af 12. 9. 86) fastsat en grænse på 5 % og en samlet omsætning for de deltagende virksomheder på 200 mio ECU.

Det danske Monopolankenævn har aldrig i sine kendelser sat bestemte laveste eller højeste tal på markedsandel, forrentningsprocent eller andre af de kvantitativt målelige faktorer, som indgår i Monopollovens standarder.

Det ville være u hensigtsmæssigt og ugørligt at opgive common sense og erfaring som den væsentligste rettesnor i den konkurrenceretlige praksis,<sup>50</sup> men det ville være ønskeligt, om der med udgangspunkt i den økonomisk-juridiske litteratur kunne opnås en større uddybning og præcisering af, hvori de ønskelige reale mål for en konkurrenceret består, end hidtil sket på dansk grund. Megen værdifuld viden, som kan nyttiggøres til afklaring bl.a. af betydningen af gennemsigtighed, af markedsandel i en del af et større marked, af effektivitet og af konkurrence i et oligopolitisk marked, er tilgængelig i den eksisterende litteratur om driftsøkonomi og industrial organization. En almindelig trend og consensus i økonomisk forskning bør ikke uden vægtige grunde siddes overhørig. En frugtbar symbiose mellem law and economics hører imidlertid hos os fremtiden til. Økonomerne i det udvalg, som skrev Betænkning nr. 1075/1986, har ikke indviet læserne i, hvilke muligheder deres videnskab måtte rumme for praktisk anvendelse i konkurrenceretten.<sup>51</sup> Betænkningen har ikke opfyldt behovet for import og tilpasning af udlandets viden. Dette behov lader sig kun vanskeligt opfylde uden bistand udefra i den praktiske retsanvendelse. Der er bl.a. den forskel på teori og praksis, at en teoretiker kan anvende sit fulde professionelle liv på at skabe værker om økonomiske problemer, mens medlemmerne af instanser som MA, MD, Priseråd og Konkurrencerådet skal præstere afgørelser, også i principielle sager, i løbet af få dage eller uger.

<sup>50</sup> Sml. herved *Fejò*: Monopolret og marked, 1985, s. 86—89, *Sullivan*: Antitrust s. 7 ff og Betænkning nr. 1075/1986 s. 170 f.

<sup>51</sup> Se note 23 ovenfor. En righoldig amerikansk litteratur beretter om tendensen i USA i 1970'erne og 80'erne til under indflydelse bl.a. af ny økonomisk forskning at tillægge en dynamisk udvikling i erhvervslivet og økonomisk effektivitet større betydning, at tillægge bevaringen af the small businesses mindre betydning og som følge heraf, at nedtrappe bl.a. indgreb over for selektive distributionssystemer, predatory pricing og planlagte fusioner, jfr. bl.a. en litteraturoversigt i *Dennis C. Mueller*: Das Antitrustrecht der Vereinigten Staaten am Scheidewege i *Wirtschaft und Wettbewerb* 1986.533—555.

Da det næppe hverken er muligt eller ønskeligt at give præcise regler i en konkurrencelovs tekst, må retssikkerheden søges fremmet ved adgang til rekurs til en judiciel eller — som i Danmark — quasi-judiciel instans.<sup>52</sup>

Det er vigtige spørgsmål, om *alle* beslutninger om indgreb efter Konkurrenceloven bør træffes (og om de efter de gældende love faktisk træffes) som judicielle afgørelser. I systemer, der — som de nordiske landes — bygger på kontrol med konkurrencebegrænsninger, må *initiativet* til indgreb for en væsentlig del ligge hos det offentlige, og initiativet kan formentlig kun henlægges til en administrativ instans. Dette er da også tilfældet i alle landene, i Norge Prisdirektoratet, i Sverig Näringsfrihetsombudsmannen (NO) og SPK samt i Danmark Monopoltilsynet, bestående af et direktorat og et monopolråd (Monopollovens § 3). Det er langt fra alle »sager«, som i og for sig ud fra lovenes bestemmelser ville kunne gennemføres, der faktisk bliver rejst. Indgreb forudsætter, at sag rejses. Klager til Monopolankenævnet over, at Monopoltilsynet ikke griber ind, f.eks. med leveringspålæg, forekommer og realitetsbehandles. En beslutning om indgreb kan mildnes ved en frivillig eller aftalt ordning, hvis indhold afviger fra de i loven hjemlede indgreb, jfr. om »forhandling» dansk Monopollovs § 12 og svensk Konkurrencelov 4 §.

Nogle praktikere vil formentlig mene, at en »truet virksomhed» er bedst tjent med at søge at tale Monopoltilsynet fra at rejse sag, at den næstbedste løsning som oftest er at rette netop så meget i aftaler, vilkår eller priser, at sagen sluttes, mens kamp — en afgørelse fra Monopoltilsynet og forelæggelse for Monopolankenævnet — fremstår som en sidste udvej.

Monopoltilsynet er næppe forpligtet til at rejse enhver sag, som det har ressourcer til at bearbejde.<sup>53</sup> Den administrative instans, som har den initiativtagende, aktive rolle, er undergivet princippet om lovmæssig forvaltning, men spørgsmålet, om MT — konkurrencerettens »anklagemyndighed» — bør arbejde efter et opportunitetsprincip eller et legalitetsprincip, har ikke været genstand for principiel debat i Danmark. Den efterprøvede judicielle (i Danmark quasi-judicielle) instans skal (ønsker at) leve op til Grundlovens bud til alle dommere i riget: i deres kald alene at rette sig efter loven (dansk Grundlov § 64).<sup>54</sup>

<sup>52</sup> I Norge er *prisdirektoratet* på flere af sine sagområder underlagt Forbruger- og Administrationsdepartementet. I de i Prislovens § 4, stk. 4, nævnte sager (leveringsnægtelse, skadevirkninger af konkurrencebegrænsninger m.m.) forelægges sagerne Priserådet, som har en vis domstolslignende karakter (Prislovens § 4, stk. 1—3). Mens Priserådets afgørelser i almindelighed ikke kan påklages til højere myndighed, er Prisdirektoratets afgørelser genstand for administrativ rekurs til departementet, men ikke for en tilbunds-gående judiciel prøvelse, jfr. Prislovens §§ 49 og 50 samt *Knut Blom*: Prisloven 1954 s. 9 ff, *Gundersen*: Kontrollen med karteller og storbedrifter, 1972, s. 99 ff og Betænkning nr. 1075/1986 s. 89.

<sup>53</sup> Sml. herved MT's udtalelse i MTB 1960.23 om, at det hidtil har fremsat krav om anmeldelse efter § 6, stk. 2 af dominerende enkeltvirksomheder, hvor betingelserne herfor er opfyldt, men at der efter MA's kendelse i MTM 1960.208 må herske tvivl om, hvorvidt MT er forpligtet hertil. — Kendelsen har næppe taget stilling til dette spørgsmål. Der er i øvrigt et større behov for »opportunitet» ved indgreb efter §§ 11 og 12 end ved krav om registrering.

<sup>54</sup> Det antages i Danmark, at MA kan efterprøve både de af MT's afgørelser, som



Den administrative myndighed er i Danmark, Finland og Norge i alle eller nogle sager et kollektivt organ (Monopolråd, Priseråd, Konkurrenceråd) bestående af et større antal personer repræsenterende et bredt felt af sagkundskab og interesser. Det er ikke ganske afklaret, om det har været lovgivernes tanke, at disse råd alene skal afgøre, om de indstillinger, der forelægges dem, har fornøden hjemmel i konkurrencelovgivningen, eller om den brede medlemskreds er udtryk for, at rådet også er beføjet og måske endda forpligtet til — inden for lovens rammer — at foretage en bredere erhvervspolitisk vurdering, f.eks. om der bør tages hensyn til opretholdelsen af små butikker, til at en væsentligt forøget opsparing i den private sektor forudsætter forøgelse af egenkapitalen i virksomhederne etc.<sup>55</sup>

I nationale regler om fusionskontrol er den endelige afgørelse i almindelighed henlagt til en politisk instans, jfr. således 7 § KL om regeringens faststællelse af MD's beslut, mens i øvrigt administration af konkurrenceloven — bortset fra Norge — er lagt uden for det almindelige administrative hierarki. Betydningen af politiske skift i Folketing og regering er herved elimineret eller dog dæmpet.

Det er kun regeringen som efter indstilling fra NO kan »besluta att prövning av fråga om åtgärd enligt 3 § i visst fall får ske beträffande en konkurrensbegränsning med verkan utom landet. En sådan konkurrensbegränsning skall anses ha skadlig verkan, om den strider mot» en international overenskomst (KL § 12), f.eks. frihandelsaftalen med EF (?) Regeringen kan ligeledes efter indstilling fra NO kræve oplysninger af de erhvervsdrivende om forhold uden for Sverige, jfr. UL 12 § UL (UL = Lagen om uppgiftsskyldighet rörande pris- och konkurrensförhållanden (SFS 1956:245 og 1982:732)).

## 2.2. *National ret og fællesskabsret*

2.2.1. *Dualismen i konkurrenceretten.* Konkurrenceretten er et dualistisk system. I EF's medlemslande gælder både den nationale rets og i kraft af Rom-traktaten fællesskabsrettens konkurrenceregler. Aftalerne mellem EF og en række lande, herunder de nordiske, om frihandel har optaget EF's konkurrenceretlige system i sig, jfr. aftalernes art. 23. Et væsentligt spørgsmål, der ikke kan siges at have fundet sin endelige løsning, er, hvordan mål og midler i de nationalretlige systemer allerede er påvirket og fremtidig bør indrettes, efter at der er etableret et fælles marked, som er stort, frit og undergivet en særlig fælles konkurrenceret.

2.2.2. *National ret i kort resumé.* Ingen national konkurrencelov er udarbejdet i internationalt samarbejde, men der er gået væsentlige påvirkninger over landegrænserne, fra den første Antikartellov blev vedtaget i USA

---

har karakter af fortolkning af retsregler og afgørelser af ren skønsmæssig karakter som f.eks. spørgsmålet om meddelelse af dispensation af et »stop» i midlertidige love om pris- eller avancestop, jfr. senest MTMK 1987.00 om Avancestoploven nr. 127 af 31. marts 1985 § 9.

<sup>55</sup> Spørgsmålet er uomtalt i skildringen af Monopolrådet i jubilæumsbogen *Monopoler og Priser* s. 628 ff.

i 1890 — The Sherman Antitrust Act, 26 Stat 209 (1890), 15 U.S.C.A. §§ 1—7 —, til den norske Trustlov (lov om kontroll med konkurrenceinnskrenkninger og om prismisbrug af 26. marts 1926) blev vedtaget som den første lov om emnet i Norden<sup>56</sup> og senest til et dansk udkast til en ny konkurrencelov udarbejdet på grundlag af Betænkning nr. 1075/1986. Bestemmelserne om konkurrenceretten både i de nordiske nationale love og i traktaterne består i hovedsagen af lidet bearbejdede gentagelser i lovsform af beskrivelserne af de erhvervspolitiske mål, som lovgiverne har tilsluttet sig. Rom-traktaten forbyder generelt konkurrencebegrænsende aftaler, men undtagelserne er brede og talrige. De nationale love indeholder kun få forbud mod bestemte typer af konkurrencebegrænsning, men opstiller som mål at konkurrencebegrænsninger så vidt muligt bør fjernes, og skadelige virkninger af de konkurrencebegrænsninger, som ikke kan fjernes, så vidt muligt afbødes.

(1) *Sverige og Finland.* Den svenske Konkurrencelag (SFS 1982:279) indeholder i 1 § denne målsætning: »Denna lag har till ändamål att främja en från allmän synpunkt önskvärd konkurrens inom näringslivet genom åtgärder mot skadliga konkurrensbegränsningar». I den følgende 2 §, stk. 2, præciseres, at »skadlig verkan» er: »att konkurrensbegränsningen på ett sätt som är otillbörligt från allmän synpunkt

1. påverkar prisbildningen,
2. hämmar effektiviteten inom näringslivet eller —
3. försvarar eller hindrar annans näringsutövning.»

KL giver med den vejledning, som er indeholdt i disse lapidariske sætninger, en specialdomstol kaldet Marknadsdomstolen (MD) til opgave i de sager, MD får forelagt enten af næringsfrihedsombudsmanden (NO) eller af en klageberettiget part, jfr. nærmere 17 § KL, »at forhindre sådan verkan» (d.v.s.: de nævnte skadevirkninger), og som middel til løsning af denne opgave bemyndiges MD til at »besluta om åtgärder enligt denna lag», jfr. 2 §, stk. 1, KL.<sup>57</sup> De foranstaltninger, som MD kan bringe i anvendelse er opregnet i 3 §, der lyder:

<sup>56</sup> Forhistorien er omtalt af *Knoph*: Trustloven af 1926 og af *Fr. Vinding Kruse* i Trustkommissionens Betænkning, 1954, s. 51 ff.

<sup>57</sup> MD behandler ifølge 1 § i lagen (SFS 1970:417 og 1984:294) om marknadsdomstol m.m. ikke kun sager efter KL, men også sager efter følgende love om beslægtede emner: marknadsföringslagen (SFS 1975:1418) og lagen (SFS 1971:112) om avtalsvillkor mellan näringsidkare. — En oversigt over de svenske myndigheder og deres opgaver findes i *Bernitz*: Svensk marknadsrätt 2. upplagan, 1986 navnlig s. 20—23. NO's virksomhed er omtalt i *Stina Holmberg*: Mot monopolisering? 1981.

»Marknadsdomstolen kan meddela näringsidkaren

1. förbud att tillämpa ett visst avtal, avtalsvillkor eller annat konkurrensbegränsande förfarande eller att tillämpa väsentligen samma förfarande som det sålunda förbjudna,

2. åläggande att tillhandahålla en annan näringsidkare en viss vara, tjänst eller annan nytthet på villkor som motsvarar vad han erbjuder andra näringsidkare (säljåläggande) eller

3. åläggande att eljest ändra ett av honom tillämpat konkurrensbegränsande förfarande, att i samband med ett sådant förfarande uppfylla ett visst villkor eller att lämna viss information eller vidta annan åtgärd som motverkar förfarandet (rättelseåläggande).

Om den skadliga verkan innebär att ett pris med hänsyn till kostnaderna och övriga omständigheter är uppenbart för högt och saken är av större vikt, kan marknadsdomstolen ålägga näringsidkaren att under en viss tid, högst ett år, inte överskrida ett visst högsta pris (prisåläggande).»

Den finske Lag om främjande av ekonomisk konkurrens 25. 5. 1973/423 stemmer i nogen grad överens med det svenske system. Sagerne udredes af næringsstyrelsen og forelægges af konkurrensombudsmannen for konkurrensrådet. Fuldbgyrdelse af dettes afgørelser beror dog på beslutning af statsrådet (21 og 22 §).<sup>58</sup>

(2) *Danmark*. I den danske Konkurrencelov, Lov om tilsyn med monopoler og konkurrencebegrænsninger af 1955 (nu lovbekendtgørelse nr. 108 af 11. marts 1986), i daglig tale Monopolloven kaldet, er priskontrol noget stærkere fremhævet end i KL, men i realiteten er Monopolloven ikke meget forskellig fra KL.

Monopolloven siger i sin § 1, at loven »har til formål gennem offentlig tilsyn med monopoler og konkurrencebegrænsninger at forhindre urimelige priser og forretningsbetingelser samt at sikre de bedst mulige vilkår for den frie erhvervsudøvelse». <sup>59</sup> Denne toleddede formålsbestemmelse lader ane en nuance i syn og holdning i forskellige kredse til konkurrencelovgivning, en nuance som lovtæksten ikke har villet eller kunnet forlige, men valgt at lægge frem i en sideordnet præsentation.

Midlerne til at realisere lovens formål og betydningen af udtrykkene »urimelige priser» og »de bedst mulige vilkår for den frie erhvervsudøvelse» er nærmere angivet i § 11. De mulige skadevirkninger af monopoler og konkurrencebegrænsninger, som loven vil modvirke, er urimelig priser og forretningsbetingelser. Bedømmelsen af, om en pris er urimelig, skal efter §§ 11, stk. 2, og 12, stk. 4, ske efter en cost plus-kalkule ud fra forholdene

<sup>58</sup> Den finske ordning er kort omtalt i Betænkning nr. 1075/1986 s. 94 f.

<sup>59</sup> Monopoltilsynet henviser bl.a. i MT 1986.427 som hjemmel for gennemførelsen af brancheundersøgelser til bestemmelsen i § 1, sml. hertil tvivlende *Sølvkjer* s. 32. At hjemmel findes, fremgår imidlertid i hvert fald forudsætningsvis af § 19.

i en virksomhed, der drives på en teknisk og kommercielt hensigtsmæssig måde.<sup>60</sup> Som en forklaring af udtrykket i § 1 »de bedst mulige vilkår» benyttes i § 11 en spejlvending, en »urimelig indskrænkning i den frie erhvervsudøvelse eller urimelig ulighed i vilkårene for erhvervsudøvelsen».<sup>61</sup> Kun indgreb over for væsentlige påvirkninger har hjemmel i loven, jfr. dennes § 2 (»en væsentlig indflydelse»), men både mulighed for fremtidige skadevirkninger og for fremtidig konkurrence (potentiel konkurrence) skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om indgreb efter loven er påkaldet.<sup>62</sup>

Det er ofte vanskeligt at komme til klarhed over, om en virksomhed har en dominerende indflydelse i et marked, om en konkurrencebegrænsning vil kunne få væsentlige virkninger eller endelig, om disse virkninger må betegnes som skadelige, harmløse eller gavnlige. Bevisproblemerne i konkurrenceretten er særegne og vanskelige. Loven giver ingen anvisning på deres løsning, men — in dubio pro mercatore.

Den nyligt afgivne Betænkning nr. 1075/1986 foreslår at give Konkurrencelovens formålsbestemmelsen et positivt indhold: »Loven har til formål at fremme effektiviteten i produktion og omsætning af varer og tjenesteydelser gennem størst mulig gennemsigtighed vedrørende konkurrenceforhold og ved foranstaltninger imod skadelige konkurrencebegrænsninger» (s. 184). Tre forskelle mellem den gældende lov og dette forslag er åbenbare:

<sup>60</sup> Lovudkastet udarbejdet på grundlag af Betænkningen af 1986 taler i § 16, stk. 1 om »als ob Preise», d.v.s. en pris eller avance der på grund af konkurrencebegrænsning »overstiger, hvad der såvel med hensyn til størrelse som varighed ville kunne opnås på et marked med virksom konkurrence», men prisen skal stadig bedømmes ud fra en cost plus-kalkule (§ 16, stk. 2). Denne kalkule formodes at ville svare til prisen under fri konkurrence. Dette er dog i bedste fald rigtigt for så vidt angår et gennemsnit over lang tid.

<sup>61</sup> Den danske Monopollov er opbygget således, at begrebet markedsdominans — eller væsentlig påvirkning af betydningsfulde økonomiske faktorer i markedet — er en fælles grundbetingelse for alle indgreb efter loven, jfr. dennes § 2. Hverken den tyske GWB eller den svenske KL indeholder en tilsvarende generel grundbetingelse, og behovet for en sådan bestemmelse er da også kun ringe, da de operative bestemmelser om registreringspligt og indgreb indeholder selvstændige krav om begrænset konkurrence. Såfremt lovens målsætning antages at gå ud over sikring af effektivitet gennem workable competition, kan en fælles grundbetingelse ikke fuldt ud opretholdes. Spørgsmålet har ikke været klart stillet, og er derfor heller ikke besvaret i dansk praksis. — Det antages af Monopoltilsynet, at forbudet mod bindende bruttopriser i Monopollovens § 10 og måske også reglen om mærkning og skiltning med pris i § 13 har generel rækkevidde. Spørgsmålet har ikke været forelagt for Monopolankenævnet eller for domstolene.

<sup>62</sup> Væsentlighedskriteriet er omtalt af *Sølvkjær*: Monopolloven s. 70 ff og i Betænkning nr. 1075/1986 s. 257 ff. Bestemmelsen i § 2 omfatter også muligheden af at påvirke et marked (»vil kunne udøve»), jfr. *Sølvkjær* s. 77—81.

(a) Effektivitet er sat som mål. (b) Der er anvist to sideordnede midler til at opnå effektivitet. »Foranstaltninger imod skadelige konkurrencebegrænsninger» er også kendt i den gældende lov, men gennemsigthed vedrørende konkurrenceforhold som det vigtigste middel til imødegåelse af begrænset konkurrence er noget nyt. (c) Urimelige priser og forretningsbetingelser er ikke længere fremhævet som de skadevirkninger, det i særlig grad påhviler Monopoltilsynet at søge bragt til ophør.

De foranstaltninger eller midler, som Monopoltilsynet kan og skal anvende, er i første omgang (1) forhandling med de berørte virksomheder om afhjælpning af de skadelige virkninger af konkurrencebegrænsning og, såfremt der ikke ved forhandlingen nås et resultat, som ud fra lovens mål er tilfredsstillende, (2) pålæg om hel eller delvis ophævelse af konkurrencebegrænsende aftaler, vedtagelser og bestemmelser, om ændringer i priser, avancer og forretningsbetingelser, herunder fastsættelse af maksima for priser eller avancer, eller om leveringspligt, jfr. § 12 i den gældende Monopollov og § b i forslaget i Betænkning nr. 1075/1986 (s. 307).

Adgangen til at anvende Monopollovens regler i en civil sag er beskeden, da de væsentligste bestemmelser (§§ 11 og 12) kun aktualiseres efter en konkret beslutning.<sup>63</sup> Undtagelser herfra er »per se-reglerne» i Monopollovens § 8 om ugyldighed af uanmeldte aftaler (UfR 1959.939 Ø), i samme lovs § 12 om ugyldighed (forbud mod håndhævelse af) bindende videresalgspriser, jfr. *Sølvkjær* s. 134 f og i Licitationslovens § 4 om forbud mod aftaler om regulering af tilbud ved licitation (tilbudskonkurrence) inden for bygge- og anlægsvirksomhed, jfr. *Hørlyck*: Entreprise- og licitationsbetingelser, 3. udg. s. 408 ff. »Anbudskarteller» er også forbudt i Sverige, jfr. 14 § KL og *Bernitz*: Förbudet mod anbudskarteller, 1985. Aftaler, der strider mod Rom-traktatens art. 85(1), er ugyldige, også efter national ret.

Monopoltilsynets budget for 1987 er 211 årsværk (fuldtidsbeskæftigede i 1 år) og 48,7 mio DKK i driftsudgifter.

<sup>63</sup> Der gjaldt dog før Monopolloven nogle almindelige retsgrundsætninger om ugyldighed af aftaler med eksklusiv effekt og om boykot, og disse grundsætninger gælder stadig ved siden af Monopolloven. Retssager om emner inden for Monopollovens kerneområde er imidlertid nu sjældne, jfr. herved UfR 1950.60 H, 1958.315 H og 1986.602 Ø navnlig s. 603 samt *Monopoler og Priser* s. 678. *Fr. Vinding Kruse* tog i Trustkommissionens Betænkning, 1954, s. 61 ff til orde for, at den hidtidige dommerskabte retstilstand på konkurrencerettens område burde respekteres, bl.a. med den følge, at adgangen til at fastsætte bindende videresalgspriser blev bevaret (s. 67—69). Tiden er definitivt løbet fra denne opfattelse, men de almindelige retsgrundsætninger er forblevet bestående ved siden af Monopolloven, men kun for så vidt de ikke er ændret ved denne lov, som f.eks. ved forbudet mod faste videresalgspriser.

Der er på grundlag af den nye Betænkning og høring over Betænkningen udarbejdet et udkast til lovforslag, der imidlertid (endnu) ikke er fremsat i Folketinget.

(3) *Norge*. Den norske Lov om kontrol og regulering av priser, udbytte og konkurrenseforhold af 26. juni 1953 nr. 4, i almindelighed kaldet Prisloven, beskriver i § 1 sit formål som

»å tjene som et ledd i arbeidet for å fremme full sysselsetting, nytte produksjonsmulighetene effektivt, motvirke avsetningskriser og fremme en rimelig fordeling av nasjonalinntekten ved:

- a) å fremme en samfunnsmessig forsvarlig prisutvikling og motvirke priser, fortjenester og forretningsvilkår som virker urimelig,
- b) å hindre utdeling av høyere utbytte enn forsvarlig,
- c) å trygge mot mislige omsetnings- eller konkurrenseforhold og mot konkurrenseregulerende tiltak som er urimelige eller til skade for almene interesser».

Prisloven fra 1953 indeholder både bestemmelser om priskontrol og om konkurrencebegrænsning.<sup>64</sup> Storbedrifter og aftaler, der regulerer konkurrencen i næringslivet, skal anmeldes til et kartelregister, og prisdirektoratet kan gribe ind over for sådanne aftaler, dersom de må anses for urimelige eller til skade for almene interesser, jfr. § 42. Myndighederne kan også opløse konkurrenceregulerende sammenslutninger. Ved kgl. resolution er der i 1957 og 1960 med hjemmel i Prisloven udstedt forbud for leverandører mod at binde eller generelt at påvirke videreforsandleres priser. Individuel vejledning er derimod tilladt. Horisontalt prissamarbejde og konkurrenceregulering for tilbud (anbud) er forbudt. I de senere år har myndighedernes politik, selv om lovbestemmelser og de vigtigste kgl. resolutioner stort set har været uændret i mange år, i væsentlig grad ændret karakter. Hovedopgaven består nu i at fremme konkurrencen og modvirke konkurrenceregulerende samarbejde, mens priskontrol er kommet til at spille en mindre rolle. Stortinget fastlægger hvert år »retningslinjer for prismyndighetenes virksomhed», jfr. for 1985 Årsrapport fra Prisdirektoratet i Pristidende nr. 3—86 s. 75 og for 1986 St.meld. nr. 57.

Udviklingen i Norge synes, ligesom udviklingen i andre lande, at være præget af de senere års økonomiske og konkurrencepolitiske analyse og debat navnlig i USA. Omlægningen af politikken fra en reguleringspolitik til en konkurrencepolitik har gjort spørgsmålet om en modernisering af Prisloven aktuelt, men der er dog endnu ikke nedsat et lovudvalg.

<sup>64</sup> Prisloven blev kort efter sin tilblivelse kommenteret af *Knut Blom* (1954) samt af *Eckhoff og Gjelsvik* (1955). Loven er omtalt i kapitel 6 i *Gundersen og Bernitz: Norsk og internasjonal markedsrett*, 1977.

### 2.2.3. Fællesskabsret.

(a) *EF's medlemslande*. I Danmark og i EF's andre medlemslande er både den nationale konkurrenceret og fællesskabets regler om konkurrenceret gældende ret. De fællesskabsretlige regler udgøres af bestemmelserne i Rom-traktatens art. 85—90 samt af de i medfør af Traktatens art. 85(3) og 87 udstedte forordninger. Disse regler danner grundlag for afgørelser af Kommissionen (art. 89) og af Domstolen.<sup>65</sup> Af Kommissionens afgørelser til og med 1986 angår 24 og af Domstolens domme 3 virksomheder med hjemsted i et nordisk land.

I tilfælde af konflikt mellem indholdet af regler i de to retssystemer går fællesskabsret forud for national ret. Dette antages i almindelighed for så vidt angår konkurrenceretten at være fastslået af Domstolen i *Walt Wilhelm-sagen* (nr. 14/68, Saml. 1969. 1 omtalt bl.a. af *Stenberg*: Studier i EG-rätt 1974 s. 183 f og 272 ff), men afgørelsen lader adskillige spørgsmål åbne, jfr. nedenfor ved note 71.

Bestemmelserne i art. 85—90 er umiddelbart anvendelige i medlemslandene. En aftale, som er ugyldig efter art. 85 kan derfor ikke håndhæves

---

<sup>65</sup> Kommissionen samarbejder med de nationale konkurrencemyndigheder. Anmeldelser af aftaler til Kommissionen fremsendes til det eller de berørte medlemslandes myndigheder, sml. *Valentine Korah* s. 55—57. Monotilsynet yder Kommissionen bistand, jfr. lov nr. 505 af 29. november 1972. Kommissionen skal inden den træffer afgørelser om overtrædelser af art. 85 eller 86, om udstedelse af negativattest eller om beslutning i henhold til art. 85(3) høre det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål, bestående af én embedsmand fra hvert medlemsland (fra Danmark direktøren for Monopoltilsynet), jfr. Rfo nr. 17/62 art. 10. Udvalgets udtalelse om enkeltsager meddeles ikke den berørte virksomhed. Dette er blevet kritiseret, og kritikken vil måske i en egnet sag kunne vinde gehør i domstolen, som lægger vægt på at sikre virksomhedernes adgang til at kommentere alt relevant materiale, jfr. nærmere *Kerse*: EEC Antitrust Procedure, London 1981 s. 121—124. Kritikken er imidlertid nu søgt inødekkommet ved oprettelsen af en stilling som Høringskonsulent, jfr. herom Kommissionens 13. Beretning om konkurrencepolitikken 1983 s. 66 f og s. 276 f. De processuelle regler navnlig, Rfo nr. 17/62 er foruden af *Kerse* og *Valentine Korah* omtalt af *Erik Nerep* i Festskrift til Bernitz s. 61 ff.

I klagesager for det danske MA »skal der gives klagerne adgang til at gøre sig bekendt med det for nævnet foreliggende materiale, for så vidt dette ikke indeholder fortrolige oplysninger . . .», jfr. Monopollovens § 18, stk. 3. Det er praksis at udlevere direktoratets sagsfremstilling og et referat af Monopolrådets forhandling om sagen både til klager og til interesserede (Monopollovens § 17, stk. 2), mens direktoratets vurdering og indstilling til rådet hemmeligholdes både for klager og for MA. Denne praksis er kritiseret af en advokat (*Mohr-Mersing* i UfR 1984B.7 ff) og er forsvaret af en embedsmand i MT (*Mahon Hansen* i UfR 1984B.203). Betænkning nr. 1075/1986 tilslutter sig MT's opfattelse, jfr. s. 202, 227 og 346.

ved national ret.<sup>66</sup> Dette gælder, selv om hverken Kommissionen eller Monopoltilsynet har grebet ind over for aftalen. En virksomhed, der måtte have lidt skade på grund af en dominerende virksomheds misbrug af sin stilling, kan formentlig med hjemmel i art. 86 kræve skaden erstattet ved dansk domstol. En aftale, praksis eller anden adfærd, som er i strid med art. 85(1) eller 86, kan ikke gøres lovlig og fritages for forfølgning efter art. 89 i kraft af nogen generel regel i eller af nogen konkret beslutning truffet i medfør af national ret, jfr. *Simmenthal-sagen* (sag nr. 106/77. Saml. 1978.629).

Monopoltilsynet kan gribe ind mod aftaler etc., som både er i strid med fællesskabsretten og med dansk ret, ved forhandling og eventuelt med pålæg til parterne om hel eller delvis ophævelse af aftalen eller ændring af deres praksis, såfremt meddelelse af et sådant pålæg har hjemmel i Monopollovens §§ 2, 11 og 12. Overlapning af sanktionsmyndighed er ikke en konflikt mellem retssystemer.

En medlemsstat kan også håndhæve Traktatens konkurrenceregler. Så længe Kommissionen ikke har grebet ind, har medlemsstaterne kompetence til at afgøre, om en aftale rammes af forbudet i art. 85(1), og om en virksomhed har misbrugt en dominerende stilling i det fælles marked, som nævnt i art. 86, jfr. forordningens art. 9(3). De nationale myndigheders kompetence ophører, dersom Kommissionen indleder procedure i medfør af Rfo nr. 17/62 art. 2 om meddelelse af negativattest, art. 3 om standsning af overtrædelser, art. 6 om beslutning efter Traktatens art. 85(3) eller om overtrædelse af Traktatens konkurrenceregler mod den eller de berørte virksomheder.<sup>67</sup> Kun Kommissionen har beføjelse til at give en — individuel eller generel — dispensation efter art. 85(3), jfr. Rfo nr. 17/62 art. 9(1). Dette kan skabe en vanskelig situation på områder, som Kommissionen endnu ikke har beskæftiget sig med, jfr. således om franchising *Ida Langermann* i UfR 1986B.161 ff.

De danske monopolmyndigheder har (endnu) ikke aktivt søgt at håndhæve fællesskabets regler, og behovet herfor er da også beskedent, da Monopolloven indeholder hjemmel til indgreb i mindst samme omfang som fællesskabsretten, såfremt forholdet udspiller sig i Danmark. Monopolloven er så fleksibel, at spørgsmålet om, hvorvidt en særlig national hjemmel til aktivt at håndhæve reglerne er nødvendig, ikke nødvendigvis kræver et svar.

<sup>66</sup> Jfr. nærmere om nationale myndigheders anvendelse af den fællesskabsretlige konkurrenceret 13. Beretning om konkurrencepolitikken 1983 s. 134—136 og om samspillet mellem national og fælles ret med særlig henblik på UK *Merkin og Williams* s. 414 f.

<sup>67</sup> Sml. *Kerse* s. 262 (10.09).



Fællesskabsretten angår efter sit formål, og som det udtrykkeligt er sagt i både art. 85 og 86, kun aftaler etc., som kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater. Bestemmelsen herom forstås således, at både direkte og indirekte, aktuelle og potentielle påvirkninger tages i betragtning, og at fællesskabsretten derfor f.eks. omfatter aftaler mellem virksomheder i samme land, såfremt samhandlen mellem dette land og andre medlemsstater påvirkes af disse aftaler etc.<sup>68</sup> Denne EF's »interstate commerce clause« omfatter de fleste konkurrencebegrænsende aftaler etc., der har betydning for et helt land eller væsentlige dele af et land og andre aftaler af en lignende betydelig rækkevidde.<sup>69</sup>

Konkurrencebegrænsende aftaler m.m. af beskeden betydning eller af lokal karakter, f.eks. i brancher hvor konkurrence over landegrænser kun har ringe betydning (såsom aftaler om advokathonorarer) eller angående detailhandelen, er alene undergivet national ret. Aftalerne er derfor ikke ugyldige efter art. 85, men er anmeldelsespligtige efter national ret (dansk Monopollovs § 6, stk. 1), ligesom eventuelle skadevirkninger kan imødegås efter den nationale konkurrenceret (samme lovs §§ 11 og 12), såfremt aftalerne begrænser konkurrencen i det nationale marked («i hele landet eller inden for lokale markedsområder», jfr. Monopollovens § 2). Kompetencen efter den nationale materielle ret (Monopolloven) ligger alene hos de nationale myn-

<sup>68</sup> Der kan ikke sættes gærder om mindre dele af det fælles marked og slet ikke om et helt land, jfr. f.eks. Kommissionens afgørelse i EFT nr. L 286/32 af 14. 11. 1979 om salg af syntetisk ethanol i Danmark, hvorefter en (senere bortfaldet) aftale mellem et dansk datterselskab af BP og De danske Spritfabrikker fandtes at påvirke handelen mellem medlemsstater, fordi DDSF's forpligtelse til at købe hos BP gjorde det vanskeligere at importere ethanol fra andre medlemslande end UK, jfr. navnlig præmis nr. 83—88. En aftale mellem hovedparten af Hollands cementhandlere om anbefalede priser for cement til salg i Holland fandtes at kunne påvirke samhandelen, jfr. Vereeniging van Cementhandelaren v. Kommissionen (sag nr. 8/72, Saml. 1972.977). Se om den grundlæggende Grundig-sag og om nyere afgørelser *Korah*: EEC Competition Law and Practice s. 22—26.

Al handel, der har et væsentligt omfang, kan siges at påvirke handlen mellem medlemslandene, også eksport til og import fra tredielande. Effektdoktrinen udvider fællesskabsretten til også at berøre tredielande, der har forbindelse med EF. Det er svært at sige, hvor langt fællesskabsretten vil blive udstrakt. Kan f.eks. en klausul i en aftale, der forbyder en køber eller licenstagere i et østland at eksportere til EF, være omfattet af art. 85? Sml. herved *Korah* s. 73 (7.2.), der ikke synes at have et »privat dumping-værn« for øje.

<sup>69</sup> *Merkin & Williams*: Competition Law 1984, s. 58 f og s. 411 antager med støtte i *Salonia v. Poidomani* (sag nr. 126/80, Saml. 1981.1563) om et selektivt distributions-system af aviser og tidsskrifter alene i Italien, at the interstate trade requirement kun har ringe betydning.

digheder (MT). En erklæring fra Kommissionen om en anmeldt aftale i form af en negativattest eller et comfort letter, hvorefter Kommissionen ikke finder anledning til at skride ind i medfør af art. 85(1) eller 86 (Rfo nr. 17/62 art. 2) angår kun fællesskabsret. Sådanne erklæringer »freder« ikke aftalen i forhold til national ret — Monopolloven og MT.<sup>70</sup>

Kommissionen, der er den eneste myndighed, som har kompetence til at gøre undtagelse fra forbudet i art. 85(1) efter reglen i art. 85(3), jfr. Rfo nr. 17/62 art. 9(1), har dels givet — et beskedent antal — individuelle dispensationer, dels udstedt en række generelle forordninger og meddelelser, som erklærer art. 85(3) for anvendelig på væsentlige typer af aftaler. Disse gruppefritagelser er i almindelighed betinget af, at visse størrelseskriterier navnlig vedrørende parternes årsomsætning og markedsandel ikke er overskredet. Mange danske virksomheder opfylder disse kriterier og er dermed, for så vidt angår de aftaletyper der omfattes af gruppefritagelsen, undtaget fra forbudet i art. 85(1). Det er derfor et vigtigt spørgsmål, om en fritagelse efter art. 85(3) eo ipso eller dog i almindelighed også freder aftalerne mod indgreb fra nationale myndigheder efter national ret. Spørgsmålet vil blive endnu mere betydningsfuldt, såfremt der meddeles stadigt flere gruppefritagelser.

Rom-traktaten giver i art. 87(2) (e) Rådet mulighed for at løse spørgsmålet om forholdet mellem de nationale og det fælles konkurrencesystemer ved en forordning. Rådet har imidlertid ikke udstedt en sådan forordning, formentlig fordi spørgsmålet om, hvilken løsning der er at foretrække, er vanskelig og uoverskueligt. Spørgsmålet må derfor besvares alene på grundlag af Traktaten, men domstolen har endnu ikke truffet klare afgørelser herom, bortset fra afgørelsen om fællesskabsrettens primat. Kommissionen hælder vistnok til den opfattelse, at indgreb efter national konkurrenceret mod en aftale, der er omfattet af en fritagelse efter art. 85(3), er udelukket.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Spørgsmålet, om en aftale bør anmeldes til Kommissionen (DG IV) kan være vanskeligt, jfr. herved *Korah*: EEC Competition Law and Practice s. 37 f og 53 f, der bl.a. påpeger, at et svar, der kun siger, at en agreement merits exemption kan være til skade for virksomheden, da nationale myndigheder ikke selv kan give den formelle undtagelse efter art. 85(3). — Betydningen af dette spørgsmål mindskes, når en effektiv gensidig udveksling af anmeldelser mellem kommissionen og de nationale myndigheder er kommet i stand.

<sup>71</sup> Kommissionen synes at have tilkendegivet en forudsætning i denne retning i Kfo nr. 1984/83 om eksklusive købeauftaler. Det 19. afsnit i præambelen til denne forordning lyder således: »det strider ikke mod denne forordnings målsætning, dersom medlemsstaterne ved retsfor skrifter eller ved andre foranstaltninger fastsætter den samme øvre tidsmæssige grænse for videreforhandlerens eksklusive købspligt i aftaler vedrørende tank-

Indgreb efter andre nationale regler end konkurrencerettens, f.eks. de almindelige aftaleretlige regler om kontraktens ugyldighed eller uvirksomhed er givetvis ikke i strid med art. 85. Et krav alene om registrering, som foreskrevet i Monopollovens § 6, stk. 1, og dermed om offentliggørelse af undtagne aftaler er næppe et indgreb, der strider mod fællesskabsretten. Det henstår som uvist, om der består et spillerum for egentlige indgreb, som vel er begrundet i konkurrenceretlige hensyn, men som ikke kolliderer med fællesskabsrettens intentioner, fordi indgrebet er begrundet i særegne lokale forhold, som Kommissionen ikke har taget i betragtning, og som hverken ændrer den vurdering, der ligger til grund for Kommissionens fritagelse, eller betager denne fritagelse dens tilsigtede virkninger.<sup>72</sup> Disse betingelser kan næppe tænkes opfyldt for aftaler, der er omfattet af en gruppefritagelse. En tilsidesættelse af eneforhandlingsrettigheder i aftaler, der er omfattet af Kfo nr. 1983/83, således som Betænkning nr. 1075/1986 synes at ville åbne adgang til (s. 282 og s. 293), ville være i strid med fællesskabsretten. Den nuværende praksis i Danmark og i EF bygger på samme grundprincip. Udvælgelsen af forhandlerne i et selektivt salgssystem skal ske efter objektive og kvalitative kriterier, som bygger på videreforskerens og hans personales faglige dygtighed og hans salgsløkalers beskaffenhed (sml. UfR 1978.361 H), og disse betingelser skal anvendes generelt og uden diskriminering, jfr. Metro-sagen (Saml. 1977.1875) og Kommissionens udtalelse i EFT 1982 L 161/29 af 12.6.82 (Hasselblad). Dansk praksis er dog nu og

---

stationer, men samtidig foreskriver en kortere tilladt aftaleperiode enten i almindelighed eller afpasset efter omfanget af leverandørens ydelser; denne forordning fastlægger blot de yderste tidsmæssige grænser for indgåelse af aftaler om tankstationer, anvendelsen og gennemførelsen af sådanne retsforskrifter og foranstaltninger må derfor anses for at være i overensstemmelse med denne forordning». Ingen anden forordning indeholder en sådan bemyndigelse til de nationale myndigheder til at fravige bestemmelser i forordningen. Bestemmelsen er omtalt i Monopoltilsynets Fællesmarkedets konkurrenceregler s. 73, 75 og s. 152 og ovenfor i note 34.

Danmark har efter vedtagelsen af forordningen benyttet sig af bemyndigelsen og gennemført en Lov om benzinforhandlerkontrakter nr. 234 af 6. juni 1985. Heri er opsigelsesvarslet for benzinleveringsaftaler maksimeret til 1 år. — For restaurationsbranchen gælder der et forbud mod, at virksomheder, der fremstiller eller forhandler drikkevarer, driver eller giver lån til restauration med alkoholbevilling, jfr. nærmere Restaurantloven (lovbebg. nr. 141 af 30. marts 1978 § 14) og om baggrunden for modstanden mod sådan vertikal integration Betænkning nr. 539/1969 s. 18 ff og *Bent Nielsen*. Restaurantloven, 1979, s. 18 f og s. 120—123.

<sup>72</sup> Spørgsmålet er omtalt af *Sølvkjær* s. 353 f, Fællesmarkedets konkurrenceregler s. 150—153, *Kerse* s. 280 f (10.29), *Valentine Korah*: EEC Competition Law and Practice s. 2 f og s. 23—26 og *Merkin & Williams* s. 411 ff.

da gået for langt i retning af pålæg af leveringspligt, sml. Betænkning nr. 1075/1986 s. 279 ff. Også Betænkningens gennemsigtighed risikerer at komme på kollisionskurs med EF, sml. ovenfor ved note 15.

I sagen Hugin Kassaregister AB v. Kommissionen (sag nr. 22/78, Saml. 1979.1869, udførligt refereret i *Fejøl*: Konkurrenceret og EF s. 367 ff) antog domstolen, at nægtelse af levering af reservedele til en engelsk forhandler ikke kunne antages at påvirke samhandlen mellem medlemsstater og derfor ikke var en krænkelse af art. 86.<sup>73</sup> Det ville måske kunne være et praktisk kriterium, om Kommissionen — som i Hugin — undlod at beskæftige sig med sager om aftaler og fremgangsmåder, der i hvert fald ikke i væsentlig grad påvirker mellemstatlig handel, f.eks. således at der fastsættes størrelseskriterier for, hvad der er reguleret af fællesskabsret, og hvad der er overladt til national ret. Bagatelmeddelelsen af 1986, der ikke er en bindende gruppedispensation, løser ikke dette problem. En anden løsning, som også både ville kræve en EF-forordning og nationale lovændringer, kunne bestå i, at national ret tog sig af detailhandel og forbrugersalg, mens relationer mellem erhvervsdrivende bedømmes efter fællesskabsretten.

I Danmark har MT — uden at tage stilling til principielle spørgsmål om forholdet mellem national og fælles konkurrenceret — søgt at undgå konflikter, der ville kunne føre til en afgørelse i MR, klage til MA og danske domstole og eventuel forelæggelse for EF-Domstolen efter Traktatens art. 177.

Registrering af aftaler i medfør af Monopollovens § 6, stk. 1, indebærer ikke en prøvelse af aftalen og er ikke udtryk for, at MT for sit vedkommende har taget stilling til, om aftalen er omfattet af art. 85(1).<sup>74</sup>

Aftaler mellem automobilfabrikker og deres danske importører (og eneforhandlere) og disses underforhandlere indeholder bestemmelser om »mærkebinding», d.v.s. om at forhandler og underforhandlere kun må føre det eller de mærker, som er omfattet af importkontrakten. I 1981 gav MT importørerne pålæg om at ophæve mærkebindingen. Importørerne klagede til MA, men før sagen kom til hovedforhandling, blev det oplyst, at Kommissionen var ved at forberede en gruppefritagelse, som formentlig ville omfatte disse aftaler. Sagen blev stillet i bero, og da Kommissionens forordning om anvendelse af art. 85(3) på kategorier af salgs- og serviceaftaler

<sup>73</sup> Leveringspligt til fremmede værksteder kan vistnok pålægges en dominerende fabrikant efter tysk ret, jfr. *Registrierkassen-dommen* i WuWE BGH 1435 og *Möschel* Rd nr. 645, men ikke efter engelsk ret, jfr. *Valentine Korah* nr. 12.1.1a.

<sup>74</sup> Sml. om UK *Merkin & Williams* s. 413.

vedrørende motorkøretøjer forelå (Kfo nr. 123/1985), ophævede MT pålægget, og klagesagen faldt dermed bort.<sup>75</sup>

En konflikt mellem forbudet mod faste videresalgspriser i Monopollovens § 10 og prisbestemmelserne i EKSF-traktatens art. 63 er afværget ved en dispensation til Det danske Stålvalseværk, jfr. MTB 1972.27.<sup>76</sup> Priskontrol er ikke i strid med Traktaten, medmindre kontrollen er diskriminerende. Kun i så fald er priskontrol en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, jfr. art. 30.<sup>77</sup>

Det påhviler både MA og domstolene — ex officio — i de sager, de får forelagt, at påse, at MT ikke har handlet i strid med fællesskabsretten, sml. herved 13. Beretning om Konkurrencepolitikken 1983 s. 135.<sup>78</sup>

(b) *Frihandelsaftalelande*. EFTA-landene, og deriblandt de nordiske lande som ikke har ønsket medlemskab i EF, har indgået aftaler om fri handel med varer (bortset fra landbrugsprodukter) med Fællesskabet. I det indbyrdes forhold mellem disse lande gælder stadig EFTA-Konventionen. Frihandelsaftalerne indeholder bestemmelser, bl.a. om statsstøtte, forbud mod handelshindringer og konkurrencebegrænsninger, som svarer til bestemmelserne i Rom-traktaten, men har ikke optaget dennes bestemmelser om etableringsfrihed, tjenesteydelser og kapitalbevægelser. Anvendelsesområdet for konkurrencebestemmelserne, men ikke for Traktaten i øvrigt, er således for så vidt angår varehandel udvidet til også at omfatte frihandelslandene.

Frihandelsaftalerne er stort set enslydende. De indeholder bl.a. en bestemmelse, som sammenfatter indholdet af Traktatens art. 85, 86 og 90. I aftalen med Sverige (SFS 1972:698 art. 23) har bestemmelsen denne ordlyd:

<sup>75</sup> MTMK 1981/604, 1983.396 og 1986.231 (Toyota). Sagen om mærkebinding er omtalt af *Sølvkjær* s. 29, s. 176 med note 1 og s. 354 f. I MTMK 1986.231 var mærkebindingen en af MT's begrundelser for at kræve bilimportører med en væsentlig markedsandel registreret efter Monopollovens § 6, stk. 2. Et registreringskrav af denne art, der muliggør løbende overvågning, jfr. § 7, stk. 2, er næppe i strid med forordningen, og spørgsmål herom blev da heller ikke rejst under sagen.

<sup>76</sup> Både EKSF og Euratom-traktaten indeholder særlige konkurrenceregler, der afviger fra Rom-traktatens, jfr. herved dennes art. 232. — I Sverige er den nødvendige harmonisering sket ved en særlig lov, CECA-lagen (SFS 1972:762), jfr. *Martenius* s. 352 f.

<sup>77</sup> Se nærmere EF-Karnov s. 133 og Supplement hertil (1978—84) s. 1152 samt *Monopoler og Priser* s. 42 ff.

<sup>78</sup> Af *Torben Jensens* kommentar i UfR 1983B.270 til UfR 1983.379 fremgår, at Højesteret har antaget, at spørgsmålet om *forelæggelse* efter art. 177 afgøres ex officio. Det må formentlig antages, at også spørgsmålet om *anvendelse* af EF-ret, f.eks. ugyldighedsreglen i art. 85(2), er undergivet et officialprincip, jfr. herved den diskussion Torben Jensen henviser til s. 270 note 11. Sml. om anvendelsen af fremmed ret *Gomard: Civilproces*, 2. udg. s. 299 ff.

1. Följande förfaranden är oförenliga med detta avtals störningsfria tillämpning i den mån de är ägnade att påverka handeln mellan Sverige och gemenskapen

- i. överensstämmelser mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden mellan företag, vilka har till syfte eller följd att konkurrensen i fråga om produktion av och handel med varor hindras, inskränkes eller förvanskas;
- ii. missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning inom de avtalslutande parternas hela område eller en väsentlig del därav;
- iii. offentliga stödåtgärder som förvanskar eller hotar att förvanska konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion.

2. Om en avtalslutande part anser att ett visst förfarande är oförenligt med denna artikel, kan parten vidtaga lämpliga åtgärder på de villkor och enligt det förfarande som anges i art. 27 (om den blandede Komité).<sup>79</sup>

Fortolkningen af denne bestemmelse i frihandelsaftalerne er af væsentlig betydning. Fællesskabet har i en erklæring, der er føjet til aftalen, udtalt, at det vil fortolke art. 23 på grundlag af Rom-traktatens art. 85, 86 og 90 og af den praksis, som har udviklet sig i Fællesskabet. I Kupferberg-sagen (sag nr. 104/81, Saml. 1983.3641) antog Domstolen, at den til Traktatens art. 95 om forbud mod diskriminerende afgifter svarende bestemmelse i frihandelsaftalen med Portugal er direkte anvendelig i Fællesskabet. Det ligger herefter nær at antage, at også de andre bestemmelser i frihandelsaftalerne, der svarer til direkte anvendelige bestemmelser i Rom-traktaten, ligeledes er direkte anvendelige i Fællesskabet.<sup>80</sup> Bestemmelser som art. 23 vil således være at lægge til grund både i konkurrencesager, der behandles af fællesskabets og af medlemslandenes myndigheder. Fortolkningstvivl i sådanne sager for nationale myndigheder kan eller skal formentlig forelægges for Domstolen efter art. 177 eller dennes analogi.

Retsstillingen både med hensyn til fortolkning og håndhævelse af handelsaftalerne i de lande, som har indgået aftale med Fællesskabet om frihandel, afhænger i første række af det pågældende lands ret. I Sverige udtalte departementchefen i propositionen om ratifikation af frihandelsaftalen som sin opfattelse, at Sverige vel ikke er bundet af den tolkning som Fællesskabet kommer frem til, men at Traktatens regler om konkurrencebegrænsning er i god overensstemmelse med svensk lovgivning og praksis på dette område (prop. 1972:135 s. 50).<sup>81</sup> Det samme er formentlig tilfældet

<sup>79</sup> Sveriges-aftalen er aftrykt i EF Karnov, 2. udgave 1978.716—718.

<sup>80</sup> Sml. herved *Claus Gulmann*: Handelshindringer i EF-retten s. 488 ff, EF-Karnov, Supplement 1978—84 s. 1379 f, *Göran Lysén* i SvJT 1986.500 f og *Groeben m.fl.*: Kommentar zum EWG-Vertrag art. 113 Anm. 47 a—c.

<sup>81</sup> Jfr. *Dahlström och Söderbäck*: Sveriges avtal med EEC, 1972, SOU 1978:9 s. 174 f, *Stenberg*: Studier i EG-rätt, 1974, s. 224 og *Bernitz*: Internationell marknads-

i Finland og Norge.<sup>82</sup> Det må antages, at EFTA-landenes myndigheder vil administrere deres nationale konkurrenceregler således, at de forpligtelser, som landene har påtaget sig ved frihandelsaftalerne, bl.a. art. 23, vil blive opfyldt og bl.a. efterleve bestemmelser svarende til Traktatens art. 85—90. Disse bestemmelser, således som de er fortolket og suppleret i Fællesskabet, er vistnok ikke fraveget i EFTA-landene, selv om bestemmelserne dér er indpasset i en anden mere begrænset sammenhæng, sml. herved *Polydor v. Harlequin Records* (Saml. 1982.329, omtalt af *Korah* s. 29 f (nr. 2.4.))

Frihandelsaftalernes bestemmelser er næppe umiddelbart anvendelige i EFTA-landene.<sup>83</sup> *Ulf Bernitz* har betegnet den umiddelbare anvendelighed af art. 23 i Fællesskabet som en julegave til svensk næringsliv!<sup>84</sup>

EFTA-landene har alle en betydelig samhandel med Fællesskabets medlemslande. Fællesskabsretten har derfor væsentlig betydning for EFTA-landene. Den muligvis endnu manglende umiddelbart bindende virkning i EFTA-landene er uden større betydning for disse landes eksportvirksomheder, fordi Fællesskabet gør en udstrakt anvendelse af effektdoktrinen. Enhver konkurrencebegrænsning, som påvirker samhandelen med et eller flere medlemslande og som strider mod fællesskabsretten, kan føre til ikendelse af bøder af Kommissionen og Domstolen. Som et eksempel på indskriden over for aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder, der alle er hjemmehørende uden for EF, kan sagen om Cellulose nævnes. Alle de 43 producenter, som blev ikendt bøder af Kommissionen, havde hjemsted uden for fællesskabet, bl.a. 12 i Finland, 11 i Sverige og 1 i Norge. I afgørelsens præmis nr. 80 er fremhævet, at frihandelsaftalerne ikke udelukker denne vidtrækkende anvendelse af effekt-doktrinen, jfr. EFT 1985 L 85/1 af 26. 3. 85. Kommissionens afgørelse er imidlertid af de finske virk-

---

rätt, 1980, s. 67 ff, om muligheden af at håndhæve internationale overenskomster, herunder frihandelsaftalen med Fællesskabet.

Regeringen har hjemmel til at gribe ind over for konkurrencebegrænsninger, der har virkning uden for Sverige, jfr. bestemmelserne i 12 § KL og 12 § UL samt dertil *Martinius* s. 324 f og s. 440 f.

<sup>82</sup> Jfr. herved *Gundersen og Bernitz*: Norsk og internasjonal markedsrett, 1977, s. 77 ff og s. 254 ff.

<sup>83</sup> Jfr. således for så vidt angår Schweiz og Østrig *Peter Blok* i TfR 1981.154. Anderledes — men næppe rigtigt — for så vidt angår Sverige *Lidgaard*: Sverige — EEC och Konkurrenzen, Lund 1977.

<sup>84</sup> *Bernitz* i Affärsrätt 1985:9 s. 5. I en rapport til et seminar i Helsingfors i 1984 betitlet »EEC law and nordic commercial relations with the communities» udtaler *Bernitz* håb om, at afgørelsen i *Kupferberg* må blive efterfulgt af en tilsvarende udvikling både i Sverige og i andre EFTA-lande.

somheder indbragt for domstolen, idet det bl.a. gøres gældende, at effekt-doktrinen (eller territorialprincippet med konstruktiv nærværelse ikke er en bestanddel af fællesskabsretten (EFT 1985 C 127/6 af 24. 5. 85). Domstolens afgørelse foreligger endnu ikke, sml. nedenfor ved note 104. Se også *Gustafsson og Coyet: EG's konkurrensrätt, 1986, s. 161ff.*

Kommissionen kan afkræve virksomheder oplysninger og kan med bistand af de nationale myndigheder i medlemslandene, jfr. for Danmarks vedkommende lov nr. 505 af 25. november 1972, foretage undersøgelser i virksomheder, jfr. nærmere Rfo nr. 17/62 art. 11—14. Det er ikke endeligt afklaret, hvordan Kommissionen kan skaffe sig fornødne oplysninger fra virksomheder med sæde i frihandelsaftalelande, jfr. *Kerse* no. 3.12, 4.05 og 8.08.<sup>85</sup>

De lande, som er medlemmer af EF og de lande, der alene har indgået en frihandelsaftale med EF, har en forskellig retlig stilling, men der er dog med de forskelle i henseende til myndighedskompetencer og medvirken i Fællesskabets myndigheder, som følger af stillingen som medlemsland i EF eller som partner i en frihandelsaftale med EF, en betydelig lighed for så vidt angår retstilstanden på konkurrenceretens område: der gælder ved siden af hinanden to retssystemer, det nationale system og Fællesskabets regler, for så vidt angår handel der påvirker forholdet til andre europæiske lande.

### 2.3. Den nationale og den fælles konkurrencerets sameksistens

2.3.1. *Nationale opgaver.* Ønskemålet for ordningen af forholdet mellem det fælles og de nationale konkurrenceretssystemer er en hensigtsmæssig koordination af de materielle regler og en praktisk arbejdsdeling mellem myndighederne i Fællesskabet og i de berørte lande, være sig medlemmer eller aftalepartnere. Fællesskabets og medlemslandenes ret har samme mål: effektivitet og velfærd så vidt muligt gennem fri konkurrence og i øvrigt ved fjernelse af skadelige konkurrencebegrænsninger. Kommissionen har udtalt ønske om, at de nationale myndigheder i fremtiden i et betydeligt omfang vil medvirke ved håndhævelsen af Fællesskabets konkurrenceret. Så vidt vides har (endnu) ingen lande overvejet at udforme deres konkur-

<sup>85</sup> Sml. *Erik Nerep: Festskrift til Bernitz 1986 s. 69 og 75.* — Kommissionen kan formentlig kræve sig de fornødne oplysninger meddelt via den blandede komité, jfr. Sveriges aftale art. 27(3)(a). — Et frihandelslands udstedelse af forbud efter en lovgivning svarende til den danske Lov om begrænsning af danske rederes adgang til at afgive oplysninger til udenlandske myndigheder nr. 254 af 8. juni 1967 ville formentlig være uforeneligt med frihandelsaftalen.



rencelov som en lov, der alene angår forhold uden (væsentlig) betydning for samhandelen med andre medlemslande og med frihandelsaftalelande.

Den beskrivende del i Betænkning nr. 1075/1986 (kap. 1—4) omtaler de konkurrenceretlige EF-regler (s. 104—110) og den faktisk skete internationalisering af erhvervslivet (s. 143—152), men argumentationen i den retspolitiske del (kap. 5—9) er næsten helt uberørt af de ændringer, der er sket som følge af Danmarks medlemskab fra 1. januar 1973 af EF, den gennemførte vidtgående frigørelse af kapitalbevægelser til og fra Danmark og planen om endelig virkeliggørelse af et indre marked inden 1992. Det udtales dog s. 268 i tilslutning til præmisserne i MA's kendelse i MTMK 1984.238 om Raackmans fabrikker (også omtalt s. 252 f), at danske virksomheder gradvis er blevet stillet i en anden konkurrencesituation, end da Monopolloven blev vedtaget.

Konkurrencemyndighederne både i Danmark og vistnok også i andre medlemslande har hidtil begrænset sig til at undgå konflikter mellem fælles og national konkurrenceret og har i øvrigt opretholdt den hidtidige retstilstand både regler og praksis. MA har dog i en enkelt afgørelse ved afgrænsningen af det relevante marked lagt vægt på, at Danmark er deltager i EF, og at det fælles marked er i stadig udvikling mod et helt frit indre marked, jfr. MTMK 1984.238 (Raackmanns fabrikker). Denne afgørelse bør være retningsgivende for vurderingen af det relevante marked i fremtiden, jfr. således også Betænkning nr. 1075/1986 s. 268. I en næsten samtidig kendelse i MTMK 1984. 108 (Danpo) fandt MA dog at burde bortse fra potentiel konkurrence og alene at lægge vægt på den aktuelle markedsandel. Denne sidste afgørelse er imidlertid — som adskillige andre — præget af den kunstige bedømmelse, der, som praksis har udviklet sig, skal foretages i sager om anmeldelsespligt af enkelte virksomheder. Efter Monopollovens § 6, stk. 2, skal »enkeltvirksomheder og sammenslutninger, som udøver eller vil kunne udøve en væsentlig indflydelse på pris-, produktions-, omsætnings- eller transportforhold i hele landet eller inden for lokale markedsområder, anmeldes, når tilsynet fremsætter krav derom». Bestemmelsen, der forårsager megen unyttig besvær, foreslås i Betænkning 1075/1986 afløst af en adgang for MT til at pålægge virksomheder — være sig markedsdominerende eller ikke — pligt til løbende at indsende oplysninger om konkurrenceforholdene til tilsynet (Betænkningen s. 212—214 og s. 278 f).

Grundtrækkene i EF's myndighedsstruktur og materielle konkurrenceret er lagt fast i Traktaten. Reglerne i Traktaten må i hvert fald på kortere sigt betragtes som en given størrelse. Dette er en følge af Fællesskabets størrelse, dets politiske og økonomiske betydning og beslutningsprocessernes karakter. Samordningen af den nationale og den fælles ret må på EF's side ske ved råds- og kommissionsforordninger, og i medlems- og frihandelslande

ved ændringer af de nationale retsordninger.<sup>86</sup> Konkurrencebegrænsninger, som har en vidtrækkende betydning for det danske samfund, vil som oftest, hvadenten begrænsningen skyldes aftale eller en enkeltvirksomheds dominans, være af betydning for handlen mellem medlemslandene, således som dette kriterium forstås i fællesskabsretten, og dermed være undergivet den fælles ret. I hvert fald i et mindre land som Danmark kan væsentlige dele af et marked sjældent være upåvirket af forholdet til omverdenen. Det ville være naturligt, om indgreb mod konkurrencebegrænsninger, der ikke alene har virkning lokalt, gennemføres på grundlag af de materielle fælles regler, også når de kan foretages og faktisk foretages af nationale myndigheder.

En rationel national konkurrenceret, der skal respektere de retlige grænser, som består i kraft af EF-retten og dens forrang, må stille sig det spørgsmål, hvilke opgaver der i fremtiden vil være behov for at søge løst i nationalt regie, d.v.s. af nationale myndigheder efter materielle nationale regler. Fællesskabet begrænser opgaverne for en national konkurrenceret. Enkelte professioner er ikke i væsentlig grad udsat for udenlandsk konkurrence på grund af deres særegne nationale karakter. Aftaler i sådanne professioner er enten forbudt efter art. 85 eller bør kontrolleres efter Monopolloven. I det europæiske marked har næppe nogen dansk virksomhed en dominerende stilling, og Danmark er ikke en sådan afgrænset del af markedet, at høj andel af det danske marked i sig selv er udtryk for dominans. Sættes prisen op, rykker konkurrenterne ind. Også potentiel konkurrence kan være effektiv, sml. herved bl.a. 13. Beretning (1983) no. 55. De nationale grænser har stadig politisk, administrativ og kulturel betydning, men deres økonomiske betydning svinder nu — bortset fra de besværligheder der følger af forskelle i afgiftsniveau — hastigt bort.

De arbejdsopgaver, der falder bort, bør ikke erstattes af en forstærket indsats i sager af mindre betydning eller af lokal karakter. En sådan nidkærlighed ville gøre mere skade end gavn.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> Væsentligt nye generelle retningslinier kræver vedtagelse i Rådet med kvalificeret flertal (art. 87). Kommissionen modtager råd og støtte fra medlemslandenes konkurrencemyndigheder, som beskrevet bl.a. i kapitlet »Involvement of national authorities» i *Kerse: EEC Antitrust Procedure*. Det rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål er omtalt i Kommissionens årlige beretninger om Konkurrencepolitikken (i 15. Beretning for 1985 nr. 5 og 6).

<sup>87</sup> Monopolloven åbner i princippet adgang til at skride ind over for enhver pris og ethvert kontraktvilkår, der findes at kunne betegnes som urimeligt. Der er imidlertid næppe behov for myndighedsindskruden over for priser på produkter, der er uden betydning for prisniveauet eller over for kontraktvilkår for levering af sådanne ydelser. En sådan »undergrænse» for indgreb er ikke altid blevet respekteret. I MTMK 1986.129 var

- Tilbage som naturlige opgaver for den nationale ret og myndighed står
- aktiv og konstruktiv deltagelse i udviklingen af den materielle fælles konkurrenceret og i håndhævelse af denne ret,
- opretholdelse af et beredskab over for skadevirkninger for nationale virksomheder som følge af imperfekt funktion af konkurrenceretten i EF eller i andre lande,
- konkurrenceovervågning af detailhandel og håndværk både som købere og som sælgere, og
- konkurrenceovervågning af brancher, markeder eller virksomheder der på grund af deres begrænsede økonomiske betydning eller lokale karakter ikke er udsat for væsentlig konkurrence.<sup>88</sup>

Antallet af »lukkede» brancher og markeder er ikke stort. Både aktuel og potentiel konkurrence må tages i betragtning i markedsanalyser. Den potentielle konkurrence bliver virksom, hvis prisen er attraktiv. En »overpris» svarende til normale transportomkostninger kan ikke begrunde indgreb, sml. Danpo-sagen MTMK 1984.108 og afgørelserne om cement refereret i Kommentarerne til Monopolloven af *Fr. Jensen m.fl.* s. 244 og af *Sølvkjær* s. 252 f. Tilbage står navnlig brancher, der som f.eks. nogle liberale erhverv — i regle eller i praksis — stiller krav om sprogkundskab, national uddannelse og dyb fortrolighed med det lokale eller nationale marked, og

således rimeligheden af, at et vagtselskab forbeholdt sig ejendomsretten til sine alarmanlæg, jfr. herved UfR 1985.589 H, optaget til en indgående prøvelse. MA ophævede pålæg om forhandling, da vilkåret ikke fandtes urimeligt — og undgik således at skulle udtale sig om en eventuel undergrænse. Kommissionens »Bagatelmeddelelse», senest af 3. september 1986 (EFT 1986 C 231/2 af 12. 9. 86), omfatter kun »aftaler af ringe betydning» (minor agreements) og kriteriet efter meddelelsen — samlet markedsandel højst 5 % og samlet omsætning højst 200 mio ECU — er uanvendeligt for så vidt angår almindelige kontraktvilkår. Tanken de minimis non curat lex har imidlertid værdi på hele konkurrencerettens område. Monopolloven bør ikke udvikle sig til en »Avtalsvillkorslag», (sml. om denne lov *Bernitz: Standardavtalsrätt*, 3. uppl. s. 64—80).

<sup>88</sup> Kommissionens Bagatelmeddelelse af 1986 pkt. 14 lyder således:

- »Det relevante geografiske marked vil være mindre end hele fællesmarkedet, især når
- kontraktproduktets art og karakteristika, f.eks. store transportomkostninger i forhold til produktets værdi, begrænser varens bevægelighed, eller
  - kontraktproduktets frie bevægelighed hæmmes på grund af statslige indgreb, der begrænser adgangen til nationale markeder, såsom kvantitative restriktioner, væsentlige forskelle i beskatning eller ikke-toldmæssige handelshindringer, f.eks. typegodkendelser eller sikkerhedskrav. I så fald kan en medlemsstats område betragtes som det relevante geografiske marked. Dette vil dog kun være berettiget i de tilfælde, hvor sådanne hindringer ikke kan overvindes med en rimelig indsats og acceptable omkostninger.»

som derfor ikke er og næppe heller vil blive udsat for en alvorlig international konkurrence. Det er et hensigtsmæssighedsspørgsmål, i hvilket omfang sådanne branchers aftaler om pris, annoncering m.m. bør undergives konkurrenceretten eller bør kontrolleres i forbindelse med andet offentligt tilsyn med branchen. Eksempler på sådanne erhverv er advokater og ejendomsmæglere.

2.3.2. *Fælles opgaver.* I et internationalt erhvervsliv er også konkurrencebegrænsninger af international karakter. En bekæmpelse af skadelige konkurrencebegrænsninger på en hensigtsmæssig måde er derfor ofte kun mulig i et samvirke som i EF mellem et større antal lande.

En fri eller friere konkurrence i sø- og luftfart kan f.eks. kun etableres i internationalt samarbejde. Transportsektoren er særlig omtalt i Romtraktatens art. 3, litra e og i 74—84, og er i øvrigt undergivet Traktatens almindelige bestemmelser, herunder art. 85, 86 og 90, hvor disse ikke, som i art. 61(1) om tjenesteydelser, er fraveget. I Rfo nr. 1017/68 er der givet bestemmelser om transport med jernbane, ad landeveje og indre vandveje.<sup>89</sup> Sø- og lufttransportens forhold er under overvejelse i EF, som det bl.a. fremgår af dagspressen og af Kommissionens årlige beretninger om konkurrencepolitikken.<sup>90</sup> De mindre landes interesser er af en sammensat karakter. Stærkere konkurrence fører til billigere priser på person- og godstransport. Fri konkurrence, social Darwinisme om man vil, kan føre til de stærkes sejr over de svage. En del danske hjemmemarkedsindustrier har måttet give op, efter at grænserne er blevet åbnet, men et sådant resultat er næppe acceptabelt for erhverv, der har karakter af public utilities og udgør vitale led i landets økonomiske fundament. Afviklingen af konkurrencebegrænsninger bør f.eks. ikke ske på en sådan måde, at deres nationale luftfartsselskaber trænges ud af markedet. En tilfredsstillende løsning kan kun findes i inter- og supranationalt regie.<sup>91</sup>

Rom-traktatens og Frihandelsaftalernes konkurrenceregler omfatter også offentlige og koncessionerede virksomheder, jfr. nærmere Traktatens art. 37 og 90 og frihandelsaftalernes art. 23. Den danske Monopollov gælder derimod — modsat den svenske KL — kun for private erhvervsvirksomheder, for hvilke prisforhold og erhvervsudøvelse ikke i henhold til særlig hjem-

<sup>89</sup> En kort oversigt over indholdet af disse regler findes i Fællesmarkedets konkurrenceregler s. 136—142.

<sup>90</sup> Senest 15. Beretning for 1985 s. 43 ff og s. 73 ff.

<sup>91</sup> Sml. herved *Egil Bakke's* foredrag om Samferdselspolitikken, trykt i 1986 som nr. 4 i serien Marked og konkurrence, udgivet af Prisdirektoratet.

mel bestemmes eller godkendes af det offentlige, jfr. Monopollovens § 2.<sup>92</sup> I Betænkning nr. 1075/1986 foreslås en forsigtig åbning af mulighed for at anvende Konkurrenceloven på visse koncessionerede virksomheder, jfr. nærmere s. 328—341. Betingelsen i Traktatens art. 90(2) om påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne er for så vidt angår disse virksomheder formuleret således: »udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse».<sup>93</sup>

Etableringsfrihed, adgang til at drive virksomhed på lige vilkår og frie kapitalbevægelser er nu for en væsentlig del gennemført i EF. I løbet af nogle år vil harmoniseringen og fri markedsadgang formentlig blive yderligere udbygget i den finansielle sektor — banker, sparekasser, forsikringselskaber og realkreditinstitutioner. Konkurrencereglerne i art. 85—90 omfatter også dette område.<sup>94</sup> Frihandelsaftalerne omfatter ikke den finansielle sektor, men lande, der ikke er medlemmer af EF, men har samkvem med Fællesskabet, berøres også dette område af Fællesskabets regler i kraft af effektdoktrinen. Skibene i en P & I Club (Protection and Indemnity) arbejder world wide, og en afgørelse som Kommissionens fritagelse — efter at visse ændringer var gennemført — efter art. 85(3) af en International Group Agreement (IGA) mellem 17 P & I Clubs har således betydning både i og uden for EF.<sup>95</sup>

Aftaler om renter og om forsikringspræmier er i strid med art. 85(1). I en lidt tidligere afgørelse også fra 1985 — den første, hvor art. 85 blev bragt i anvendelse på forsikring — havde Kommissionen fundet, at en anbefaling fra det tyske Verband der Sachversicherer til sine (tyske) medlemmer af præmieforhøjelser på 10—30 % var en overtrædelse af art. 85(1), og at fritagelse efter art. 85(3) var udelukket, fordi anbefalingen fandtes

<sup>92</sup> Se om Monopolloven *Sølvkjær* s. 87 ff og om KL *Martenius* s. 82 f — IATA's tariffer er anmeldt til MT's register i medfør af Monopollovens § 6, jfr. MA's kendelse i MTM 1961.193. Kendelsen, der er kort omtalt i *Sølvkjær* s. 58, tager formentlig kun stilling til effektdoktrinen (ikke til § 2, stk. 2). Kendelsen tager — af gode grunde — ikke stilling til, om en parallel registrering efter Monopollovens §§ 6 og 7, stk. 2, er forenelig med fællesskabsretten, f.eks. med en fritagelse efter art. 85(3).

<sup>93</sup> Se herved *Groeben m.fl.*: Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. art. 90 Rd nr. 42—46.

<sup>94</sup> Således udtrykkeligt Kommissionen i 14. Beretning nr. 74 om bankers virksomhed og forsikring. — Domstolen har i domme af 4. december 1986 bl.a. fastslået, at Traktatens art. 59 og 60 om tjenesteydelser også gælder om forsikring.

<sup>95</sup> EFT L 276 af 31. 12. 1985. Kort referat i 15. Beretning nr. 69. — Et indgreb i IGA på grundlag af national ret ville formentlig — på grund af fællesskabsrettens forrang — savne hjemmel.

at gå langt ud over de naturlige rammer for et teknisk samarbejde om skadestatistik og lign.<sup>96</sup> Selskaberne bør fastsætte deres præmier hver for sig. Dette forstærker konkurrencen. Der lader sig næppe finde et naturligt, selvstændigt arbejdsfelt for nationale konkurrencemyndigheder på disse områder.<sup>97</sup>

Aftaler og systemer, der bygger på en markedsopdeling, markedsdiferentiering eller -diskriminering, som følger de nationale grænser i EF's område, er genstand for Kommissionens vågne og kritiske opmærksomhed og modarbejdes formentlig efter omstændighederne også stærkere, end ønsket om at fremme konkurrencen kan bære, fordi forskelsbehandling efter nationalitet hæmmer den økonomiske integration, som er et overordnet mål for EF.<sup>98</sup> Allerede i Grundig-Consten-sagen (Samml. 1966.322, 389) udtalte Domstolen, at aftaler, der »umiddelbart eller middelbart, faktisk eller potentielt er egnet til at sætte handelens frihed mellem medlemsstater i fare på en sådan måde, at virkeliggørelsen af målet om et fælles mellemstatsligt marked kan blive skadet», er uacceptable.<sup>99</sup> Kampen mod opdelinger af det fælles marked er siden fulgt op på mange områder. Kommissionen har således forbudt fabrikanten af landbrugsmaskiner, Deere and Company i 1984 og Sperry New Holland i 1985 at opdele markedet ved hjælp af klausuler om eksportforbud.<sup>100</sup> Et andet eksempel er en aftale om markedsdeling

<sup>96</sup> EFT L nr. 35 af 7. 2. 1985.

<sup>97</sup> Banker, sparekasser og forsikringsselskaber er undergivet Monopolloven. Tilsynet udøves imidlertid ikke af MT, men af de særlige Bank- og sparekassetilsyn og Forsikringstilsyn, jfr. Monopollovens § 3 og *Sølvkjær* s. 95—97. Realkreditinstitutioner er næppe undergivet Monopolloven, jfr. dennes § 2, stk. 2 in fine.

<sup>98</sup> Der består stadig betydelige prisforskelle på adskillige områder mellem medlemslandene. Internationale prissammenligninger er imidlertid vanskelige at gennemføre. Spørgsmålet, om og i hvilket omfang forskelle i priser og salgsvilkår i forskellige lande er begrundet i forskelle i løn, energipriser eller andre omkostninger, i afgiftsforskelle eller har en anden rimelig grund, kan i hvert fald kun besvares på grundlag af indgående undersøgelser. Som harmoniseringen i EF skrider frem, og som alle skranker for parallelimport fjernes, vil prissammenligninger formentlig få stigende betydning som indikator for uacceptable overpriser.

<sup>99</sup> Sagen er omtalt i alle fremstillinger af EF-ret, bl.a. i *Fællesmarkedets konkurrenceregler* s. 7 f og *Fejø: Monopolret og marked* s. 283 ff.

<sup>100</sup> EFT L 35 af 7. 2. 1985 (14. Beretning no. 67), EFT L 376 af 31. 12. 1985 (15. Beretning no. 56) og andre afgørelser omtalt i *Fejø: Monopolret og Marked* s. 290—296. Forhandlerne af landbrugsmaskinerne, deriblandt DOMI i Danmark, var i princippet strafskyldige til bøde efter Rfo nr. 17/62 art. 15(2), ligesom producenterne, men slap i modsætning til producenterne fri, fordi Kommissionen fandt, at deres medvirken var af en uselvstændig og underordnet karakter, sml. *Kerse: EEC Antitrust Procedure* s. 171 ff især s. 175 med note 106.

mellem producenter af brintoverilte, jfr. EFT L 35 af 7. 2. 1985. Bestemmelser i forhandlerkontrakter og lign. om forbud mod parallelimport er i strid med art. 85(1), jfr. Kommissionens afgørelse i EFT 1982 L 161/18 af 12. 6. 82 (Hasselblad).

Konsekvenserne af ophævelsen af geografiske grænser rækker vidt. Det er f.eks. »Kommissionens politik, at garantiordninger ikke må anvendes til at overtale forbrugerne til ikke at købe uden for det land, hvor de har bopæl, eller til ikke at købe af virksomheder, der foretager parallelimport», 13. Beretning om Konkurrencepolitikken no. 104—106. En fabrikant- eller forhandlergaranti bør derfor være gældende overalt i Fællesskabet. Fords tyske forhandlere og autoriserede værksteder var derfor ikke berettiget til at nægte at udføre garantiarbejder på genimporterede tyske fordvogne eller til at opnå samme resultat ved at begrænse garantien til kun at gælde for arbejde udført på den sælgende forhandlers værksted, jfr. også 12. Beretning 1982 no. 77.

Effektdoktrinen, der går ud på, at fællesskabsrettens materielle konkurrenceregler i princippet er gældende for konkurrencebegrænsende adfærd, som har eller kan få virkninger inden for fællesskabets område, giver i realiteten på grund af Fællesskabets størrelse konkurrencereglerne betydning world wide. En aftale mellem sammenslutninger af japanske og franske kuglelejefabrikanter om forhøjelse af priserne på japanske kuglelejer ikke alene i Frankrig, men også i det øvrige Europa, fordi franskmændene følte sig generet af reeksport bl.a. via Tyskland, var ugyldig, jfr. art. 85.<sup>101</sup> Et andet eksempel er Kommissionens forbud mod en aftale mellem Siemens og Fanuc (Japan) om salget af de af parterne producerede numerisk styrede maskiner. Aftalen gik ud på, at Siemens skulle have eneforhandlingsret i Europa og Fanuc i Asien. Priserne i Europa var 1/3 højere end priserne i Japan.<sup>102</sup> I en sag om en verdensomspændende markedsordning, som var vedtaget i the Zinc Producer Group omfattende bl.a. produktionskontrol,

---

Parallelimport hindres ikke af varemærker eller patenter, jfr. nærmere *Blok: Patentrettens konsumtionsprincip* navnlig s. 171 ff og s. 186 ff og udvikling i EF's praksis *Korah* s. 83 ff.

<sup>101</sup> Jfr. EFT 1974 L 343/19, hvor det bl.a. siges, at enhver begrænsning i import fra Japan i givet fald må ske ved et offentligretligt dekret. Sagen er omtalt i *Korah* s. 29 (nr. 2.4.), *Kerse* 8.03 og *Fejø: Konkurrenceret og EF* s. 97.

<sup>102</sup> EFT L 376 af 31. 12. 1985 (kort referat i 15. Beretning 1985 nr. 54). Betingelserne for gruppefritagelse af eneforhandlingsaftaler var ikke opfyldt. Denne fritagelse er ikke anvendelig, hvor »producenter af indbyrdes konkurrerende varer overdrager eneforhandlingen af disse varer til hinanden» (Kfo nr. 67/67 art. 3(1)(a)). Bestemmelsen er lidt ændret i efterfølgeren Kfo nr. 1983/83 art. (3)(1)(a) omtalt i Fællesmarkedets Konkurrenceregler s. 67).

prisfastsættelse og støtte af prisen på zink på London Metal Exchange (en verdensbørs for andre metaller end jern), pålagde Kommissionen gruppens europæiske firmaer bøder. De oversøiske firmaer gik fri, da deres deltagelse i ordningen ikke fandtes at have haft direkte og væsentlige virkninger inden for Fællesskabet.<sup>103</sup> Som et eksempel på indskriden over for aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder, der alle er hjemmehørende uden for EF, kan sagen om cellulose nævnes.<sup>104</sup> Kommissionen fandt, at der mellem fyrretyve producenter af cellulose bestod en indbyrdes forståelse om en prispolitik, som stred imod art. 85. Alle virksomhederne havde hjemsted uden for Fællesskabet bl.a. i Finland, Norge og Sverige. Kommissionen anså sig beføjet til at pålægge deltagerne i aftalen bøder efter reglerne i Rfo 17/62. Kommissionen understregede (i præmis no. 80), at frihandelsaftalernes art. 23 ikke udelukker eller begrænser anvendelsen af effektdoktrinen. I den 14. Beretning om Konkurrencepolitikken (1984) no. 60 udtalte Kommissionen med henvisning bl.a. til cellulosesagen, at den vil hævde sin jurisdiktion over non-EF virksomheder, når disse virksomheders aktiviteter har en direkte og væsentlig virkning på konkurrence og handel inden for EF. Dette er udtryk for den politik, som er betydningsfuld, således som verdenshandelen foregår nu om dage, at alle virksomheder, som vil gøre forretning uden for EF, må respektere Fællesskabets konkurrenceregler på lige vilkår, uanset hvor de har deres hjemsted, sml. ovenfor efter note 84.

Fra området for praksis under art. 86 kan som illustrerende eksempler nævnes den allerede ovenfor ved note 30 nævnte Akzo-sag om indgreb mod predatory pricing (EFT 1985 L 374, 31. 12. 85 — sagen er indbragt for domstolen) og en sag mod IBM, der blev afsluttet ved, at IBM afgav en forpligtelseserklæring (trykt i Bulletin Kommissionen 1984 (no. 10) s. 93 ff), hvorefter IBM vil offentliggøre oplysninger, som gør det lettere for andre producenter at levere kompatibelt udstyr, jfr. 14. Beretning (1984) nr. 94 og 95. I en sag mod United Brands Company fandt Kommissionen, at priserne på Chiquita bananer i Danmark og i Benelux var urimeligt høje (excessive) ud fra sammenligninger med priserne i Irland, priserne på andre mærker og priserne på bananer uden mærke. Afgørelsen blev ophævet af

<sup>103</sup> EFT L 220 af 17. 8. 1984 (kort referat i 14. Beretning 1984 nr. 55). Kommissionen har — måske påvirket af § 4 GWB om Strukturkrisenkartelle — erklæret sig åben over for arrangementer til eliminering af overkapacitet, såfremt der ikke anvendes uacceptable midler, såsom fastsættelse af priser, kvoter eller markedsopdeling, jfr. 13. Beretning om konkurrencepolitikken 1983 no. 56—61 om forholdene på markederne for zink, syntetiske fibre og nogle petrokemiske produkter.

<sup>104</sup> EFT 1985 L 85/1 (kort referat i 14. Beretning nr. 56).



Domstolen, da Kommissionen ikke havde analyseret United Brands omkostningsstruktur.<sup>105</sup> I 1980 blev en klage fra Sterling Airways over SAS' billetpris på ruten København—London afvist af Kommissionen, da prisen ikke fandtes at være urimelig høj, jfr. 10. Beretning nr. 136—138.

## II. Theser til debat

### 1. *Behov for debat*

Hensigten med omtalen i afsnit I af nogle af konkurrencerettens grundspørgsmål har ikke været at producere et forstudie til dele af en afbalanceret, neutral lærebog, men at lægge op til debat om, hvorvidt konkurrencen bør være en af en offentlig myndighed reguleret proces, eller om indskriden bør begrænses til fjernelse af åbenbare vildskud, og om fællesmarkedsrettens betydning for den fremtidige udvikling i medlemslandet Danmark og i de øvrige nordiske lande. Det er af væsentlig betydning for konkurrencerettens fremtid, hvilke grundsynspunkter der accepteres, og hvilke der forkastes. Kun få synspunkter på konkurrenceretlige spørgsmål har karakter af selvindlysende sandheder.

Konkurrenceretten bygger på vurderinger og antagelser om vilkårene for erhvervslivet. Virkninger af aftaler og fremgangsmåder af forskellig art er sjældent fuld ud bevist eller helt overbevisende sandsynliggjort gennem verbal argumentation, empiriske studier eller på anden måde. Helt sikkert er kun, at teoriens forudsætning om *ceteris paribus* aldrig er opfyldt. Der er behov for at formulere synspunkter og prøve dem ved argumentation og debat.

<sup>105</sup> Saml. 1978.207. Sagen er omtalt af *Fejø: Konkurrenceret og EF*, 1980, s. 355—362 og af *Korah* s. 135 f. Sidstnævnte forfatter føjer til referatet af sagen bl.a. følgende kommentar: »Who, other than the market, is to determine the economic value of a product? The Court is implying that a firm may be condemned and fined for having charged a price which the Commission later decides exceeds the economic value of the product. This is a far cry from the liberal inspiration of the Treaty, and made more serious since, in *United Brands*, the Court has treated as dominant a firm subject to substantial competition and with no power over prices. The cost plus approach ignores the function of pricing as a signal encouraging new entrants. If prices and profits are high, new firms may be attracted into the market. Many people think that only if natural barriers to entry are very high, should this »invisible hand« of competition be sacrificed to price regulation. Because of the uncertainty, price regulation *ex post facto* — the condemnation of pricing in the past — is even more worrying than regulation for the future.»

Excessive pricing i UK og i EF er omtalt af *Merkin & Williams* s. 152 ff.

## 2. *Stat ctr. marked*

Afgrænsningen af det relevante marked er af afgørende betydning for vurderingen af konkurrencesituationen, af markedsandel, antallet af aktuelle og potentielle konkurrenter og prisfastsættelse. Hvis landegrænsenes betydning som barriers to entry er ved at svinde bort, er den hidtil selvfølgelige opfattelse af vort land som et marked kun relevant i særlige tilfælde som dem, der er nævnt i Bagatelmeddelelsen af 1986 pkt. 14 (citeret ovenfor i note 88). En ændret opfattelse vil få som konsekvens, at et betydeligt antal virksomheder ikke længere antages at være beskyttet mod konkurrence, at have en dominant position eller at være marktbeherskend.

## 3. *Symbiosen mellem fællesskabsret og national ret*

Disciplinen konkurrenceret er naturligt nok blevet mere intenst bearbejdet i Fællesskabet og i store lande end i Danmark, der dels er et lille land, dels kun er hjemsted for få store virksomheder. Det er en nærliggende og tilløkkende løsning at overlade de store opgaver til fællesskabsretten. Myndighedssamarbejdet har endnu ikke fundet sin løsning.

## 4. *Gennemsigtighed*

Teorier om konkurrencens sande natur er universelle, men konkurrencens vilkår er forskelligartede og afhængige af mange faktorer. Gennemsigtighed er af betydning i detailhandelen og er afgørende, hvor handel ønskes afviklet på grundlag af en prisnotering som på en børs eller på grundlag af tilbuds-konkurrence som ved auktion og licitation, sml. ovenfor ved note 11. Gennemsigtighed virker derimod ofte konkurrencedæmpende og kan tendere mod samordnet praksis (concerted practice), hvor et mindre antal store virksomheder har en betydelig andel af markedet (oligopoli). Overladt til sig selv er konkurrencen i sådanne markeder ofte meget hård og effektiv. Indgreb med pålæg bør kun ske, hvor der åbenbart er et væsentligt behov herfor. Kortvarige fænomener kan ikke begrunde indgreb. Man må affinde sig med, at der, som *Möschel* siger, kan opstå »ein Zielkonflikt zwischen kursfristigen Verbraucherschutzvorteilen und mittel- oder langfristigen Wettbewerbsstrukturellen Nachteilen«, (Rd nr. 559).

## 5. *Registrering*

En registrering af aftaler, som efter Monopollovens § 6, stk. 1, bør

opretholdes, eventuelt i en moderniseret form (Betænkning nr. 1075/1986 s. 215 ff). En registrering af større virksomheder, som efter Monopollovens § 6, stk. 2, har derimod vist sig at føre til futile stridigheder og spild af ressourcer. Betænkning nr. 1075/1986 foreslår bestemmelsen ophævet og henviser MT til at bede om de oplysninger, det mener at have brug for (s. 212 ff).

### 6. *Priskontrol*

I særlige tilfælde, navnlig over for lukkede brancher og på områder, hvor Danmark — formentlig på grund af ineffektiv konkurrence — er et højprisområde i EF, er priskontrol på sin plads. Priskontrol bør derimod ikke udnyttes til en finregulering af priserne i velfungerende virksomheder. Eksempler på uhensigtsmæssige indgreb kan findes i MTMK 1985.66 (Gamme Dansk) og 1987.000 (cigaretter). Betænkning nr. 1075/1986 s. 295—303 går ind for en nedprioritering af Priskontrol.

### 7. *Konkurrenceret og forbrugerbeskyttelse*

Konkurrencelovens generelle og fleksible bestemmelser bør ikke udnyttes som grundlag for en almindelig censur af kontraktvilkår. Möschels Zielkonflikt bør afgøres til fordel for konkurrencen.

Opgaverne for den nationale konkurrencemyndighed vil formentlig gradvis skrumpes ind. Måske ville der både kunne opnås besparelser og vinde et klarere overblik over en større del af den samlede erhvervspolitik mål, midler og resultater ved en sammenlægning af konkurrence- og forbrugermyndigheder. I Sverige er der sket en vis samling på judicielt niveau ved afstikningen af kompetenceområdet for MD. I Danmark har Forbrugerombudsmanden på nogle områder stækket fortagsamhed og konkurrence på en måde, som hverken er gavnlige eller forudset i Markedsføringsloven.

---

PS. Forfatteren er foruden at være professor ved Københavns Universitet også medlem af MA. I dette oplæg har professoren haft ordet.

BG

Det 31 nordiska juristmötet  
Helsingfors 19—21. 8. 1987

Klaus Helminen

Offentliga tjänstemäns straffansvar

## **Innehåll**

I.	Inledning: om tjänsteförhållandet .....	437
II.	Tjänsteansvaret .....	439
III.	Behovet av särskilda tjänstebrottsstadganden .....	445
IV.	Begreppet tjänsteman .....	446
V.	Tjänstebrottskriminaliseringarna .....	450
VI.	Disciplinansvaret .....	452
VII.	Påföljdssystemet .....	453

# Offentliga tjänstemäns straffansvar

Av lagstiftningsdirektören KLAUS HELMINEN, Finland

## I. Inledning: om tjänsteförhållandet

1. Tjänstemännen (ämbetsmännen) bildar en särskild kategori av personer i statens, en kommuns eller något annat offentligt samfunds tjänst. Förhållandet mellan uppdragsgivaren, alltså det offentliga rättssubjektet, och tjänstemannen kallas »tjänsteförhållande». Det är till sin natur ett offentlighetsrättsligt anställningsförhållande. Med »tjänster» avses olika kategorier av sådana offentliga anställningsförhållanden. Den som innehar en tjänst har både vissa allmänna och just till den tjänsten anknutna speciella plikter och en för respektive tjänstetyp karakteristisk rättsställning. Med en tjänst (ett ämbete) menar man ofta någon konkret anställning som då innehas av en viss fysisk person.

På sätt och vis utgör arbetsavtalsförhållandet en motsats till tjänsteförhållandet. Arbetsavtalsförhållandet grundar sig på ett privaträttsligt, om ock av statsmakten utförligt reglerat och kontrollerat avtalsförhållande mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Arbetsgivaren kan vara en privatperson eller ett bolag eller något annat privaträttsligt samfund, men även ett offentlighetsrättsligt rättssubjekt. T.ex. staten är en viktig arbetsgivare med tiotusentals arbetstagare. Tjänsteförhållandet kännetecknas av att en tjänst inrättas och besätts genom ett särskilt offentligt förfarande och att tjänstemannen har vissa särskilda skyldigheter men även vissa speciella förmåner jämfört med dem som anställts genom arbetsavtal. De olika arterna av anställningsförhållanden regleras i skilda lagar.

Nuförtiden är det inte ovanligt att alldeles identiska uppgifter i det allmännas tjänst sköts både av tjänstemän och av arbetstagare i arbetsavtalsförhållande. Därför är det naturligt att tjänstemännens och arbetstagarnas rättsställning och likaledes faktiska ställning har närmat sig varandra. Det är vanligt att alla slags anställda hör till intresseorganisationer som effektivt för de anställdas talan. Kollektivavtalssystemet gäller nu både arbetsavtals- och tjänsteförhållanden. I tjänsteförhållanden finns det dock flera sådana frågor som är lagreglerade och om vilka således avtalsparterna inte kan fritt överenskomma.

En viss gradskillnad kan dock skönjas. En del av tjänstemännen har i förhållande till allmänheten sådana uppgifter som inte — åtminstone i princip — andra arbetstagare har. Jag åsyftar de uppgifter som en tjänsteman utför i egenskap av representant för staten, kommunen eller ett annat offentligt samfund och som innebär att tjänstemannen företräder den offentliga makten i förhållande till allmänheten och genomför offentliga uppdrag. Det kan vara fråga om t.ex. att utöva dömande eller exekutiv makt, att pålägga någon en skatt eller avgift eller att använda polisiära maktbefogenheter.

I sådana fall brukar man använda det uttrycket att tjänstemannen handhar offentlig makt. Trots att begreppet har vaga konturer, är det enligt min mening en ganska lyckad och lättförståelig term. En viktig offentlig uppgift är även att bereda och fatta myndighetsbeslut av offentligrättslig karaktär. Sådana beslut kan förplikta enskilda personer till något, men det kan lika väl vara fråga om att någon beviljas en förmån, t.ex. ett penningbidrag eller ett tillstånd. Då en tjänsteman använder offentlig makt, ställs även höga krav på att tjänstemannen handlar opartiskt och följer lagar och föreskrifter samt iakttar vissa rättsliga principer. Detta förutsätter å andra sidan ett strängare juridiskt ansvar än vad som gäller privatpersoners handlande. Man talar om ett speciellt tjänsteansvar.

## 2. Tjänsteförhållandets viktigaste kännetecken är:

- De olika slags tjänsterna och de viktigaste uppgifter som hör till respektive tjänst är reglerade i författning.
- Tjänsterna inrättas och indras genom ett särskilt lagreglerat förfarande.
- Tjänsterna besätts likaledes genom ett särskilt, i vissa avseenden offentligt förfarande.
- Tjänstemännens anställningsvillkor skiljer sig i vissa avseenden från övriga anställda.
- Tjänsteförhållandena har en större stabilitet än andra anställningsförhållanden.
- Tjänstemännen har vissa till tjänsten anknutna tjänsteplikter.
- Tjänstemännen har ett skärpt juridiskt tjänsteansvar.

Denna katalog ger endast en schematisk bild av tjänsteförhållandets juridiska särdrag. Detaljerna framgår av den tjänstemannarättsliga lagstiftningen. Det är skäl att konstatera, att författningarna om tjänstemännens rättsställning i de olika nordiska länderna ger en mer enhetlig bild än det straffrättsliga ansvarssystem som gäller tjänstemän.

*Tjänsteförhållandet skiljer sig således i flera avseenden från andra anställningsförhållanden, trots att skillnaderna har minskat. Olikheterna är en följd av att tjänstemännen har till uppgift att sköta statens, kommunens*

*eller annat sådant samfunds offentliga uppgifter eller stödfunktioner i anslutning till dem.*

## II. Tjänsteansvaret

1. Det för tjänstemännens juridiska ställning typiska tjänsteansvaret har tre dimensioner:

1. Det straffrättsliga ansvaret.
2. Det förvaltningsrättsliga disciplinära ansvaret.
3. Det privaträttsliga skadeståndsansvaret.

Det straffrättsliga tjänsteansvaret innebär att det i lagstiftningen finns särskilda straffstadganden som antingen gäller enbart tjänstemän eller innehåller strängare straffhot för tjänstemän än för andra personer. Grunden för sådan ansvarighet är alltid att tjänstemannen på ett klandervärt sätt har åsidosatt sin tjänsteplikt. Tjänstemännen kan dessutom ådömas sådana särskilda påföljder som inte gäller andra, t.ex. avsättning. De viktigaste stadgandena om tjänstebrott har i samtliga nordiska länders strafflagar samlats i ett och samma kapitel.

Vissa persongrupper som har en skärpt lydnadsplikt är också underkastade ett särskilt disciplinärt ansvar. Detta gäller speciellt tjänstemän och militärpersoner (krigsmän). Det disciplinära ansvaret konkurrerar delvis med det straffrättsliga ansvaret. Därför borde förhållandet mellan det straffrättsliga och det disciplinära ansvarssystemet utformas så, att dubbla påföljder för samma tjänstefel kunde undvikas. Jag återkommer till denna fråga senare i VI avdelningen.

Tjänstemannen är dessutom, åtminstone i vissa grövre fall, skyldig att betala skadestånd, om han har förorsakat skada genom att åsidosätta sina tjänsteplikter. Utvecklingen har gått i sådan riktning, att tjänstemannens uppdragsgivare, alltså staten, kommunen eller ett annat offentligt samfund, primärt ansvarar för betalningen av skadeståndet, medan tjänstemannens skadeståndsskyldighet är endast subsidiär. Ofta är tjänstemannen dessutom antingen skyldig att själv betala endast ett partiellt skadestånd eller t.o.m. helt befriad från personlig ersättningskyldighet. Här tillämpas nu således likadana regler om s.k. principalansvar som i privaträttsliga anställningsförhållanden. Jag går inte in på detaljer.

Dessutom gäller som en allmän princip att en tjänsteman såvitt möjligt bör korrigera den felaktiga tjänsteåtgärden. Detta kan ske t.ex. genom att tjänstemannen vidtar en tjänsteåtgärd som han försummat eller rättar till



en felaktig tjänsteåtgärd, om det ännu är möjligt. Enligt nu gällande förvaltningsrättsliga regler kan t.ex. ett felaktigt förvaltningsbeslut ofta ändras genom självrättelse. En dylik reparativ åtgärd kan och bör även beaktas, då det dryftas om åtal skall väckas eller ett disciplinförfarande anhängiggöras mot en tjänsteman. Om tjänstemannen påförs en straff- eller disciplinpåföljd, bör en av honom vidtagen reparativ åtgärd beaktas åtminstone som en mildrande omständighet.

Men anledning av tjänstemännens befogenheter i förhållande till medborgarna och för att tjänstemännen inte skall brista i fullgörandet av sina tjänsteplikter står tjänstemännen under särskild tillsyn. I första hand kontrolleras underordnade av sina förmän och överordnade myndigheter i förvaltningshierarkin. Dessutom handhas tillsynen i de nordiska länderna av de parlamentariska justitieombudsmännen, i Sverige och Finland dessutom också av justiekanslern. Ett viktigt instrument i tillsynen är den s.k. förvaltningsklagan. Det är ett medel för den allmänna medborgarkontrollen. Förvaltningsklagan kan i vissa fall leda till att åtal för tjänstebrott väcks mot någon tjänsteman.

Tjänstemännen i tjänsteutövning har alltså ett strängare straffrättsligt ansvar än andra personer i sitt arbete. Som motvikt åtnjuter tjänstemännen i utövning av tjänsten också ett särskilt straffrättsligt skydd. Våldsamt motstånd mot tjänsteman, vissa slag av hindrande av tjänsteutövningen samt ofredande och ärekränkning som riktas mot en tjänsteman har kriminaliserats genom särskilda straffbud i de nordiska strafflagarna. Lagstiftaren har i sådana fall inte haft i tankarna tjänstemannen såsom individ utan i egenskap av representant för den offentliga makten. Det är alltså fråga om att skydda staten, kommunen och andra offentliga funktioner för ingrepp och störningar.

2. Jag granskar i detta avsnitt stadgandena om tjänstebrott i de olika nordiska länderna. Ett gemensamt kännetecken är att största delen av sådana straffstadganden har samlats i ett eget kapitel i strafflagen. Tjänstebrottskapiteln behandlas i tidsordning med början från de äldsta stadgandena.

*Finland.* Stadgandena om tjänstebrott är samlade i 40 kap. strafflagen, som har givits redan år 1889. Till kapitlet har senare fogats några nya straffstadganden, bl.a. ett allmänt stadgande om yppande av tjänstehemlighet (19 a §) samt om berusning i tjänsteutövning (19 b §). År 1984 ändrades stadgandet i kapitlets 1 § som gäller tagande av muta. Kapitlet innehåller sammanlagt 23 straffparagrafer, de flesta med ursprungligt innehåll.

Typiskt för det gammalmodiga kapitlet är, att det innehåller flera straffstadganden som endast gäller vissa snäva tjänstemannakategorier. Särskilda kriminaliseringar finns t.ex. om sådana fall, att en domare gör orätt i dom, en åklagare ställer en oskyldig under åtal, en fångvaktare låter en fånge rymma eller en posttjänsteman olovligen öppnar eller förstör brev. I kapitlet finns också stadganden om vissa s.k. oegentliga tjänstebrott, så som förfalskning och förskingring i tjänsten. I slutet av kapitlet finns två blankostraffbud, det ena om uppsåtligt tjänstebrott och det andra om oaktsamt tjänstefel (20—21 §§). Dessutom stadgas i en särskild paragraf (22 §), att som försvärande omständighet skall gälla den omständigheten att en tjänsteman under utövning av tjänsten begår ett sådant brott som inte innefattar tjänstefel.

Avsättning eller skiljande från tjänstens utövning (suspension) för högst två år ingår i straffskalorna för flera tjänstebrott, antingen vid sidan av allmän straffart eller såsom uteslutande straffarter. För oaktsamt tjänstefel kan tjänstemannen ådömas varning, vilken också i praktiken ofta förekommer som påföljd för lindrigare tjänsteförseelser. En tjänsteman som har gjort sig skyldig till ett sådant allvarigare brott som inte är tjänstebrott, kan under vissa förutsättningar av domstolen dömas även till avsättning vid sidan av allmänt straff.

*Norge.* Den norska strafflagen från år 1902 har två kapitel med tjänstebrottskriminaliseringar, 11 och 33 kap. Detta beror på den norska systematiseringen, enligt vilken å ena sidan förbrytelserna och å andra sidan de lindrigare förseelserna finns i olika delar av strafflagen. Sammanlagt finns det 18 straffparagrafer om tjänstebrott, de flesta av ursprunglig innebörd.

Tjänstebrottskriminaliseringarna är alltså från ungefär samma tid som den finska strafflagens. Det är således inte underligt att de har stora likheter: även den norska lagen innehåller flera straffbud som gäller vissa snäva tjänstemannagrupper samt några oegentliga tjänstebrott. I 11 kap. finns ett allmänt straffstadgande (123 §) om sådant missbruk av tjänsteställning som kränker någons rätt; brottet är kvalificerat, om det begåtts i vinningsyfte eller om betydlig skada eller rättskränkning uppsåtligen förorsakats. Stadgandena i 33 kap. är ganska öppna straffbud, i vilka straffbelagts (324—325 §§) uppsåtligt och av grov oaktsamhet begåna tjänstefel samt tillika att en tjänsteman i utövning av tjänsten gör sig skyldig till otillbörligt uppträdande mot någon eller uppför sig på ett sätt som minskar den tillit och aktning som tjänsteställningen förutsätter.

Enligt norsk rätt kan avsättning ådömas antingen som omedelbar påföljd för tjänstebrott eller som tilläggsåtgärd för brott, då allmänt intresse

kräver det. Domstolen kan också förordna att gärningsmannen på högst fem år förlorar rätten att inneha offentlig befattning (29 §).

*Danmark.* I den danska strafflagen från år 1930 finns tjänstebrottskriminaliseringarna i 16 kapitlet. Kapitlet innehåller 14 straffparagrafer. Även den danska strafflagen innehåller specialkriminaliseringar som gäller bl.a. domare, brottsutredande eller straffverkställande tjänstemän samt posttjänstemän. Däremot finns inga rena oegentliga tjänstebrottskriminaliseringar. I en särskild paragraf (154 §) stadgas dock, att straffet kan höjas med hälften om en tjänsteman gjort sig skyldig till vissa i stadgandet uppräknade allmänna brott, nämligen bevismedelsförbrytelse, brott mot kroppslig integritet eller frihet, förskingring eller trolöshet mot huvudman.

Kapitlet innehåller tre öppna straffbud (155—157 §§). Det första gäller tjänsteman som missbrukar sin ställning genom att kränka privat eller offentligt intresse. Enligt det andra straffas vägran eller underlåtelse att uppfylla en tjänsteplikt. Den tredje handlar om grovt eller upprepat oaktsamt åsidosättande av tjänsteplikt.

Enligt dansk rätt kan i straffprocess inte dömas till avsättning. Om en tjänsteman dömts för brott, kan han under vissa förutsättningar avskedas i administrativ ordning. Den danska strafflagen innehåller inte heller andra speciella straff eller påföljder avsedda för tjänstemän.

*Island.* I den isländska strafflagen från år 1940 är stadgandena om tjänstebrott samlade i 14 kapitlet »Brott i offentlig tjänst». Kapitlet innehåller 14 straffparagrafer, vilka i stort överensstämmer med den danska strafflagens stadganden. Även i den isländska strafflagen finns det således tre blankostraffbud (139—141 §§), som gäller missbruk av tjänsteställning samt uppsåtligt och grovt eller upprepat försummande av tjänsteplikt. Enligt ett allmänt stadgande i 138 § skall straffet höjas, om en tjänsteman i utövning av tjänsten gör sig skyldig till sådant brott som inte är tjänstebrott. I likhet med den danska lagen förekommer avsättning inte som straffrättslig påföljd.

*Sverige.* Tjänstebrottsbestämmelserna i den svenska brottsbalken av år 1962 skiljer sig väsentligt från de övriga nordiska ländernas. Detta beror på att de svenska bestämmelserna har genomgått två totalreformer medan tjänstebrottskapiteln i de andra nordiska ländernas strafflagar förblivit nästan oändrade. Redan år 1948 reformerades den tidigare strafflagens stadganden om tjänstebrott, vilka sedan i samband med stiftandet av brottsbalken med smärre ändringar ingick i 20 kap. »Om ämbetsbrott». Men år 1975 genomfördes på området en ny reform som resulterade i att hela 20 kap. ändrades. Ändringen framgår redan av den nya kapitelrubriken »Om myn-

dighetsmissbruk m.m.». Ändringen innebar en omfattande avkriminalisering av tjänstefel.

De svenska tjänstebrottskriminaliseringarna bygger inte längre på begreppet »tjänsteman» utan brottsbeskrivningarna har anknutits till sådan verksamhet som betecknas som »myndighetsutövning». I 20 kap. finns nu endast tre straffparagrafer, och de behandlar myndighetsmissbruk, mutbrott samt brott mot tystnadsplikt. För myndighetsmissbruk (1 §) döms den som i myndighetsutövning åsidosätter vad som till följd av lag eller annan författning gäller för myndighetsutövning, om gärningen för det allmänna eller någon enskild medför förfång eller otillbörlig förmån som ej är ringa. En lindrigare straffskala gäller för motsvarande gärning som begåtts av grov oaktsamhet. Dessa stadganden skall inte tillämpas i sådant fall att gärningen eljest är särskilt belagd med straff.

I den svenska brottsbalken har för tjänstebrotten stipulerats endast straff i allmänna straffarter, böter eller fängelse. En tjänsteman som gjort sig skyldig till brott kan i administrativ ordning avskedas eller uppsägas med stöd av stadgandena i lagen om offentlig anställning (1978:600). Den sistnämnda lagen gäller inte förtroendevalda i statliga eller kommunala beslutande organ och nämnder. För den skull stadgas i brottsbalken (20 kap. 4 §), att en förtroendemans som valts till ett sådant uppdrag kan av domstol skiljas från sitt uppdrag, om han blir dömd för ett allvarligt brott och han genom brottet har visat sig olämplig att inneha det offentliga uppdraget.

3. Jämför man i tidsordning med varandra de olika nordiska ländernas stadganden om tjänstebrott, kan man lätt skönja vissa utvecklingslinjer. Iögonenfallande är, hur antalet tjänstebrottskriminaliseringar har gått ned: medan den snart etthundra år gamla finska strafflagen innehåller hela 23 sådana straffparagrafer, finns det i det motsvarande, drygt tio år gamla kapitlet i den svenska brottsbalken endast tre straffparagrafer; den norska, danska och isländska strafflagen ligger mellan dessa två ytterligheter. Denna utveckling beror dels på att de oegentliga tjänstebrotten småningom försvunnit ur strafflagarna, dels på en nedgång av antalet sådana speciella tjänstebrottskriminaliseringar som endast gäller vissa tjänstemannagrupper, t.ex. domare, åklagare eller post- och teletjänstemän.

En annan skillnad gäller straffarterna. Enligt finsk och norsk rätt förekommer avsättning såsom särskilt huvudstraff för vissa tjänstebrott. Enligt dessa länders strafflag kan domstolen döma en tjänsteman till avsättning såsom tilläggsstraff även för andra allvarligare brott. Enligt den danska och isländska samt svenska lagstiftningen är avskedande däremot möjligt endast i administrativ ordning med stöd av tjänstemannarättsliga bestämm-

meler, för den svenska rättens del dock med det ovan nämnda undantaget som gäller förtroendevalda.

Den svenska tjänstebrottslagstiftningen har, så som ovan anfördes, reformerats på 1970-talet. Reformen har i Sverige väckt viss kritik; kritiker-na har hävdad att reformen gått för lång. Den danska strafflagens stadganden om brott mot tystnadsplikt ändrades år 1985. Eljest pågår för närvarande större reformarbete på detta rättsområde endast i Finland, vars stadganden till en stor del ju är antikverade.

Den finska reformen av tjänstebrottskapitlet har två orsaker. För det första pågår i vårt land ett beredningsarbete som går ut på att genom omfattande delreformer förnya hela den snart etthundraåriga strafflagen. För det andra har den finska tjänstemannalagstiftningen nyligen genomgått en totalreform: en ny statstjänstemannalag gavs den 24 okt. 1986 (755/86) och träder i kraft i början av år 1988. Med anledning av den sistnämnda reformen har en av justitieministeriet tillsatt arbetsgrupp (ordförande lagstiftningsrådet Timo Mäkinen) vid sidan av, men i samråd med strafflagsprojektorganisationen utarbetat ett förslag till ändring av 40 kap. strafflagen »Om tjänstebrotten» samt av vissa andra stadganden i strafflagen i anslutning till detta. Med anledning av reformarbetet är frågorna om tjänstemännens straffrättsliga ansvar just nu mycket aktuella i Finland.

I den följande framställningen tar jag upp några centrala frågor som gäller den kommande utvecklingen av tjänstemännens straffrättsliga ansvar. Sådana spörsmål är framför allt den personella och materiella omfattningen av det straffrättsliga tjänsteansvaret samt frågan om påföljderna för tjänstebrott. För att få en helhetssyn på ämnet är det nödvändigt att i korthet behandla även det disciplinära ansvaret. Däremot förbigår jag vissa i och för sig intressanta specialproblem, t.ex. väckande av åtal, preskription och delaktighet i fråga om tjänstebrott.

Jag stöder mig i första hand på det färskta finska reformförslaget och på utvecklingen i Sverige under de senaste decennierna, men beaktar även de övriga nordiska ländernas lagstiftning. Som det framgår av den rättsjämförande framställningen, kan man på detta rättsområde knappast tala om någon likformighet mellan de olika nordiska ländernas lagstiftning. Utvecklingen kommer kanske att föra oss närmare varandra. En total konformitet torde inte vara möjlig och är kanske inte heller så eftersträvänsvärd som på vissa andra straffrättsliga områden, eftersom frågor som gäller tjänstemännens ställning och ansvar ändå har starka nationella drag.

### III. Behovet av särskilda tjänstebrottsstadganden

1. Tjänstemännens ställning har grundligt ändrats under de senaste hundra åren. På 1800-talet var antalet tjänstemän litet. Tjänstemännen hade hög status, god lön och stark maktposition. Makten återspeglade den ställning härskaren, konungen eller kejsaren och storfursten, hade ännu på 1800-talet. Vanligt folk underkastade sig fogligt makthavarna och frågade sällan efter sina rättigheter. Sådant kunde leda till övergrepp och olagligheter.

Tjänstemannaidealet var nog redan då en omdömesgill person med hög moral, som osjälviskt tjänade kronan och sökte det allmänna bästa. Sedan gammalt hade statsöverhuvudet stått som garant för tjänstemännens duglighet och således straffat och vid behov avsatt sådana tjänstemän som inte fyllde sina plikter eller som kränkte undersåtarnas rättigheter. Det straffrättsliga systemet var ett viktigt kontrollmedel och straffen för grövre ämbetsbrott stränga. Avsättning var då kanske ett ännu strängare straff än nu förtiden.

I dag är bilden emellertid en helt annan. Antalet statstjänstemän i de nordiska länderna torde närma sig en miljon. Få tjänstemän har hög status och hög lön. Indelningen i sådana anställda som är tjänstemän och sådana som är arbetstagare i ett offentligt samfunds tjänst följer inte mera skarpa och klara kriterier. Det är inte ovanligt att tjänstemän och personer som anställts genom arbetsavtal har exakt likadana uppgifter. Även tjänstemännens anställningsvillkor fastslås till en stor del genom kollektivavtal mellan det offentliga samfundet såsom arbetsgivare och tjänstemannen såsom arbetstagare. Allt detta har förstås grundligt ändrat tjänstemännens både juridiska och faktiska ställning. Den har allt mer närmat sig en vanlig arbetstagares.

En konsekvens av detta skulle vara, att tjänstemännen i fråga om det straffrättsliga ansvaret borde likställas med andra arbetstagare i statens, en kommuns eller ett annat offentligt samfunds tjänst. Den svenska lagstiftningen från år 1975 bygger på denna tanke. Det framgår bl.a. av stadgandet om mutbrott, där brottssubjektet betecknas med ordet »arbetstagare». Det enda egentliga tjänstebrottet »myndighetsmissbruk» i svenska brottsbalken har anknutits till begreppet »myndighetsutövning», inte till tjänstemannaegenskapen, såsom ovan anfördes. Brytande av tjänsteplikterna betraktas i första hand som ett avtalsbrott från tjänstemannens sida gentemot arbetsgivaren, alltså det offentliga samfundet. Denna linje leder således till att tjänstebrottskategorin nästan helt försvinner. Till en stor del ersätts tjänstemännens straffrättsliga ansvar med förvaltningsrättsligt disciplinansvar.

2. Enligt min mening kan man dock ifrågasätta riktigheten i att nästan undantagslöst likställa tjänsteförhållandet med arbetsavtalsförhållandet. Mitt ställningstagande motiverar jag med följande synpunkter. Tjänsteförhållandet har i samtliga nordiska länder reglerats genom särskild lagstiftning, som till sin innebörd på flera punkter skiljer sig från bestämmelserna om arbetsavtalsförhållandet. Den tyngst vägande synpunkten enligt min mening är dock den, att en väsentlig del av tjänstemännen handhar sådana uppgifter gentemot allmänheten som andra offentligt anställda inte har. Den stora allmänhetens tillit till tjänstemännens oförvitlighet är en central faktor som garanterar den offentliga maktens legitimitet. Förtroendet upprätthålls bl.a. genom ett sakligt dimensionerat sanktionssystem. Det straffrättsliga reaktionssystemet har säkert också viss preventiv effekt då det gäller att avhålla tjänstemän från allvarigare former av maktmissbruk eller försummelse av tjänsteplikterna. Jag menar att disciplinansvaret inte har motsvarande verkan.

Det kan närmast betecknas som en betänklig snedvridning i den offentliga förvaltningen att i många fall även andra anställda än tjänstemän sköter sådana uppgifter som innefattar utövning av offentlig makt. På sistone har man i de nordiska länderna strävat efter att överflytta sådana personer från arbetsavtalsförhållande till tjänsteförhållande.

För att skydda allmänheten och för att upprätthålla dess förtroende för statliga och kommunala organ är det alltså nödvändigt att tjänstemännen även framdeles har ett särskilt straffrättsligt ansvar som sträcker sig längre än andra anställdas. Åtminstone i Finland är det kriminalpolitiska klimatet sådant, att det troligen inte skulle vara möjligt att betydligt inskränka tjänstemännens straffrättsliga ansvar. Av samma orsak torde det inte heller komma i fråga att i stor utsträckning ersätta straffansvaret med disciplinärt ansvar. Till den frågan återkommer jag i avdelning VI. En annan sak är, att obetydliga tjänstefel inte borde beivras i straffprocessuellt förfarande.

*Enligt min mening bör tjänstemännen alltså även framdeles ha ett särskilt straffrättsligt ansvar. I fråga om ansvaret gentemot utomstående kan tjänstemännen inte jämföras med arbetstagare.*

#### **IV. Begreppet tjänsteman**

1. Vilka betraktas som tjänstemän i straffrättsligt hänseende? Denna fråga har lösts i de nordiska strafflagarna på två olika sätt. I den finska och norska strafflagen opererar man med termen »tjänsteman», varemot

den danska, isländska och svenska lagen anknyter straffansvaret till begreppet »utövning av tjänst» respektive »myndighetsutövning». Alla dessa begrepp lämnar rum för tolkning. Den finska strafflagen innehåller visserligen en legaldefinition av tjänsteman (2 kap. 12 §), men definitionen täcker ingalunda alla i praktiken förekommande situationer. Före 1975 års reform innehöll även den svenska brottsbalken en paragraf där begreppet tjänsteman definierades.

Som utgångspunkt torde man kunna ta den personkrets som tjänstemannarättsligt har tjänstemannaställning. Men den måste kompletteras genom att uppmärksamhet även fästs vid den funktion i samband med vilken brottet begåtts. Allt vad en tjänsteman uträttar under sin tjänstetid kan inte betraktas såsom tjänsteutövning. Fastän av vissa tjänstemän, t.ex. polismän, fordras sakligt uppförande även utom tjänsteutövningen, torde det inte vara befogat att såsom tjänstebrott bestraffa osakligt beteende som sker utanför tjänsten. — Enligt den norska strafflagen (325 §) har straffansvaret visserligen utsträcks även till sådant beteende. I dylika fall torde dock disciplinärt ansvar vara att föredra.

I praktiken kan också andra än egentliga tjänstemän handha offentlig-rättsliga uppgifter. Detta gäller för det första privatpersoner som anförtratts vissa offentliga uppdrag, t.ex. såsom medlem i en nämnd eller kommission. För det andra har i de nordiska länderna vissa offentlig-rättsliga funktioner, t.ex. kontrolluppdrag, anförtratts samfund som till sin juridiska natur är privaträttsliga. I dessa fall gäller straffrättsligt tjänstemannaansvar åtminstone i fråga om de personer som är i ledande eller beslutsfattande ställning.

2. Jag granskar i det följande vissa tjänstemannakategorier som i fråga om tjänsteansvaret står i särställning:

*Domare.* Den dömande makten är enligt den klassiska maktodelningsläran en av de tre statsmakterna. Domarna har enligt grundlagarna en särställning, varigenom deras oavhängighet garanteras. Domarna har starkare skydd mot avsättning än andra tjänstemän, så att de kan avsättas endast med anledning av brott eller därmed jämförbara särskilda skäl. I de flesta nordiska länderna kan disciplinärt förfarande inte användas gentemot domare.

Om domarna inte kan avsättas i förvaltningsrättsligt förfarande, bör åtminstone grova fel kunna beivras i straffprocessuell ordning. I de nordiska länderna har domarna lika omfattande straffrättsligt ansvar som andra tjänstemän. Ett särdrag är, att i Finland och Sverige utövar justitieombudsmannen och justitiekanslern tillsyn även över domarnas verksamhet.



*Militärpersoner.* Den militära stampersonalen har tjänstemannaställning. Inom den militära hierarkin råder en särskild lydnaplikt. Militärpersoner är därför underkastade speciella militärstraffstadganden och ett militärt disciplinärsystem. Stadgandena om militärbrott finns i den danska och norska lagen i en särskild militär strafflag, medan motsvarande stadganden införlivats som särskilda kapitel i den finska strafflagen (45 kap. 321/83) och i den svenska brottsbalken (21—22 kap.).

Om en militärperson i tjänstemannaställning åsidosätter sina tjänsteplikt, tillämpas visserligen dessa specialstadganden, men gärningen betraktas som ett tjänstebrott eller jämföres med ett sådant. Det straffrättsliga ansvaret skiljer sig således inte nämnvärt från övriga tjänstemäns i annat hänseende än att området för de straffbara handlingarna i princip är något vidsträcktare. Av lydnaplikten följer att olydnad behandlas strängare än inom den civila tjänstehierarkin. Såsom ordningsförseelse bestraffas även fylleri och motsvarande olämpligt uppträdande både i och utanför tjänsten.

*Förtroendemän.* De privatpersoner som blivit valda till förtroendemän i kommunala nämnder och i andra motsvarande kollegiala organ har otvivelaktigt ett offentligt uppdrag. Eftersom sådana förtroendevalda oftast inte har någon specialutbildning för uppdraget utan närmast är ett slags representanter för allmänheten, skulle det vara oskäligt att underkasta dem ett lika strängt straffrättsligt ansvar som egentliga tjänstemän. Men å andra sidan är det klart, att de bör kunna ställas till svars t.ex. om de tar emot mutor eller medvetet handlar olagligt.

För den skull har förtroendemännens ansvar antingen uttryckligen i lag eller i rättspraxis begränsats så att de bestraffas endast då de grovt åsidosätter sina skyldigheter. Således gäller blankostraffbuden i den danska strafflagen (156—157 §§) inte sådana uppdrag till vilka någon blivit vald som förtroendeman. Motsvarande inskränkning framgår av tjänsteförseelsestadgandet i 325 § i den norska strafflagen: stadgandet gäller inte förtroendevalda («ombudsmenn»). I den svenska brottsbalkens stadgande om myndighetsmissbruk och vårdslös myndighetsutövning stadgas uttryckligen, att straffhotet inte gäller »den som är ledamot av beslutande statlig eller kommunal församling».

*Riksdagsledamöter, ministrar mm.* Riksdagsledamöterna är förtroendemän som handhar en viktig statsfunktion, den lagstiftande makten. Parlamentarikerna har en i grundlag stadgad särställning. I de nordiska ländernas lagstiftning är riksdagsledamöternas straffrättsliga ställning reglerad på olika sätt. Enligt dansk, norsk och svensk rätt jämföres de med andra valda

förtroendemän, och de har alltså straffrättsligt tjänstemannaansvar med ovan beskrivna inskränkningar. I Finland har frågan varit oklar, men vår riksdag fattade för ett par år sedan ett intressant beslut, enligt vilket en riksdagsman inte kan betecknas såsom tjänsteman ens enligt det vidsträckta tjänstemannabegreppet i vår strafflag. Det färskas finska betänkandet om tjänstemannabrotten är inne på samma linje. En riksdagsledamot skulle dock kunna straffas för mutbrott som hänför sig till hans verksamhet som folkrepresentant. Den s.k. parlamentariska immuniteten innebär, att en riksdagsledamot inte kan ställas till svars för sina uttalanden eller annat handlande i riksdagen förutom i vissa undantagsfall. Immuniteten gäller förstas inte handlande utanför riksdagsarbetet.

Ledamöterna i statsrådet, ministrarna, kan visserligen betecknas såsom tjänstemän i straffrättsligt hänseende, men deras straffansvar i ministeruppdraget är dock begränsat. Orsaken till begränsningen är strävan att skydda ministrarna för otillbörliga trakasserier. Ministrarnas särställning återspeglas även i de stadganden enligt vilka forum för tjänsteåtal mot dem är riksrätt resp. i Sverige högsta domstolen. Det finns speciella regler även om väckande av sådant åtal. T.ex. enligt finsk lag förutsätts att beslut om åtal fattas av riksdagen eller av republikens president.

3. I ett renodlat idealsystem skulle endast anställda i tjänsteförhållande handha uppgifter som innebär användande av offentlig makt. Så är det emellertid inte i praktiken i nuvarande komplicerade samhällen, utan dylika uppgifter har anförtratts även sådana personer som står i arbetsavtalsförhållande till ett offentligt samfund. Detta faktum måste förstas beaktas även i lagstiftningen. En arbetstagare i arbetsavtalsförhållande till ett offentligt samfund har således jämställts med tjänsteman i den finska strafflagens (40 kap. 1 §) och svenska brottsbalkens (20 kap. 2 §) stadganden om mutbrott samt i den danska strafflagens nya stadgande (152 a §) och svenska brottsbalkens (20 kap. 3 §) stadgande om brott mot tystnadsplikt. Enligt min mening är den rätta metoden just den, att ett dylikt utvidgat tjänstebrottsansvar bör gälla endast vissa brottstyper där detta anses vara absolut nödvändigt. Detta måste nog ändå betecknas som en nödlösning.

*Det straffrättsliga tjänstemannabegreppet är och torde även framdeles vara vidsträckt. Uppmärksamhet måste fästas inte bara vid det formella tjänstemannaförhållandet utan även vid uppdragets karaktär. Valda förtroendemän bör vara underkastade ett snävare tjänstebrottsansvar än utnämnda tjänstemän. I vissa brottsbeskrivningar har det visat sig nödvändigt att med tjänstemän jämställa andra offentligt anställda.*

## V. Tjänstebrottskriminaliseringarna

1. Massmedierna och den stora allmänheten har en något förvrängd bild av tjänstebrotten. Allmänheten fäster uppmärksamhet vid vissa grövre brott i tjänsten, t.ex. mutbrott, förskingring av anförtrodda medel och grova fall av maktmissbruk. Den numerära brottsstatistiken toppas dock av tämligen lindriga blankostraffbud om tjänstefel. Brottsstatistiken visar också, att särskilt i de äldre nordiska tjänstebrottskatalogerna finns det flera straffstadganden som tillämpas ytterst sällan. I denna avdelning betraktas vissa typer av tjänstebrottsbeskrivningar.

2. De flesta nordiska tjänstebrottskatalogerna innehåller sådana slags brott som kan begås endast av tjänstemän i viss ställning. Det finns straffparagrafer som endast gäller domare, åklagare, brottsutredare, fångvaktare samt post- och teletjänstemän. Sådana snäva straffstadganden har förstärkt viss pedagogisk betydelse. Genom dem kan lagstiftaren också differentiera straffskalorna på önskvärt sätt.

Den nyare strafflagstiftningen opererar med abstraktare avfattade brottsbeskrivningar. Tidigare kasuistiska straffstadganden har syntetiserats. Som exempel kan nämnas den svenska brottsbalken, som inte längre innehåller dylika speciella tjänstebrott. Syntetiseringen bör dock inte vara något självändamål. Om den förs till ytterlighet, kan brottsbeskrivningarna bli svår-förstådda även för jurister och ännu mer för personer utan juridisk utbildning. Det gäller alltså att finna en gyllene medelväg.

3. De äldre strafflagarna, av de nordiska ländernas särskilt Finlands och Norges, innehåller vissa s.k. oegentliga tjänstebrott. Med dem avses sådana gärningar som är straffbara även då gärningsmannen inte har tjänstemannaställning, men som straffbelagts i ett särskilt strängare stadgande om gärningsmannen är en tjänsteman. Sådana straffbud kan gälla t.ex. förskingring, förfalskning, trolöshet mot huvudman eller av tjänsteman begånget nödgande.

Denna lagstiftningsteknik kan anses vara föråldrad. Speciella stadganden om oegentliga tjänstebrott behövs inte, utan gärningsmannens tjänstemannaställning kan beaktas antingen såsom en straffskärpande straffmättningsgrund eller på det viset att en tjänsteman i sådant fall döms både för det allmänna brottet och för tjänstefel enligt ett blankostraffbud (s.k. ideell brottskonkurrens). I vartdera fallet framgår det alltså av domen, att viss straffskärpning skett på grund av gärningsmannens tjänstemannaegenskap. Det senare alternativet, där alltså gärningsmannen anses ha begått också ett tjänstefel,

kan skilja sig från det förra bl.a. i fråga om påföljdsvalet, reglering av åtalsrätten, preskriptionsfrågor och kanske även beträffande den offentliga uppdragsgivarens skadeståndsansvar. För den skull menar jag, att den senare konstruktionen är att föredra. Den markerar även tydligare, att tjänstemannen också har handlat i strid mot sina tjänsteplikter. I ett system med särskilda straffarter för tjänstemän, såsom i det finska och norska systemet, är denna konstruktion nästan ofrånkomlig.

4. Den kanske svåraste principiella och lagstiftningstekniska frågan gäller användandet av s.k. blankostraffbud. De är ju betänkliga ur den straffrättsliga legalitetsprincipens synpunkt. Å andra sidan har det visat sig i praktiken ytterst svårt att helt undvika i vissa avseenden öppna tjänstebrottsbeskrivningar. Detta beror närmast på att olika tjänstemäns ställning och uppgifter varierar stort. Även de nyaste tjänstebrottsstadgandena, nämligen de svenska, innehåller drag av blankokriminaliseringar. I det färskta finska lagutkastet har likaledes konstaterats, att det inte i praktiken är möjligt att helt undvara sådana öppna tjänstebrottsbeskrivningar, trots deras principiella betänklighet. Särskilt tydligt framgår detta faktum då man granskar militärstraffstadgandena. I alla nordiska militärbrottskataloger har man varit tvungen att använda öppna straffstadganden (55 § i den danska militärstrafflagen, 45 kap. 15 § i den finska strafflagen, 77 § i den norska militärstrafflagen och 21 kap. 18 § i den svenska brottsbalken).

Blankostraffteknikens svagheter kan i någon mån minskas genom att tjänstemännens allmänna tjänsteplikter definieras i tjänstemannalagstiftningen samt genom att olika tjänstemäns uppgifter och skyldigheter närmare preciseras i författningar och administrativa föreskrifter för respektive förvaltningsområde. T.ex. den nya finska statstjänstemannalagen innehåller ett helt kapitel om tjänstemännens allmänna skyldigheter. De för en viss tjänst specifika tjänsteplikterna måste däremot regleras i författningar och föreskrifter som gäller just ifrågavarande förvaltningsområde och tjänstetyp. Vaga formuleringar i stil med »vad som annars kan anses höra till tjänstemannens uppgifter» eller »vad som enligt sakens natur bör iakttagas» borde i varje fall undvikas.

*Utvecklingen har gått mot mer allmänt avfattade, abstraktare och längre syntetiserade tjänstebrottsbeskrivningar. Om detta överdrivs, leder det dock till svårtolkade och pedagogiskt otillfredsställande formuleringar. Öppna straffbud kan i praktiken inte helt undvikas. Deras innehåll bör preciseras genom uttryckliga förvaltningsrättsliga bestämmelser om tjänsteplikterna.*

## VI. Disciplinansvaret

1. Vid sidan av det straffrättsliga ansvaret står tjänstemännen också under ett disciplinärt ansvar. Det disciplinära förfarandet är en förvaltningsrättslig process. Disciplinära påföljder påförs av det ämbetsverk där tjänstemannen tjänstgör eller av ett särskilt disciplinärt organ inom förvaltningsorganisationen. Ändring söks genom förvaltningsbesvär. I Island torde inte förekomma egentligt disciplinärt förfarande, men en tjänsteman kan under vissa förutsättningar avskedas.

Stadgandena om det disciplinära förfarandet och de disciplinära påföljderna varierar i de olika nordiska länderna. Det disciplinära förfarandet används framför allt i sådana fall, då det är fråga om smärre tjänsteförseelser. Gemensamt för den danska, finska, norska och svenska tjänstemannalagstiftningen är nämligen, att varning kan påföras såsom disciplinär påföljd. Men enligt dansk och finsk tjänstemannalagstiftning kan i disciplinär ordning avsättas en tjänsteman som visat sig olämplig som tjänsteman. I de övriga nordiska länderna kan en tjänsteman i motsvarande fall avskedas, men detta betecknas inte såsom ett disciplinstraff. Såsom disciplinstraff förekommer dessutom enligt dansk rätt böter eller överförande till annan tjänst eller ställning, enligt finsk rätt skiljande från tjänsteutövning (suspension), enligt norsk rätt förlust av anciennitet på viss tid samt enligt svensk rätt löneavdrag för högst trettio dagar. Jag förbigår i denna framställning det speciella militära disciplinförfarandet.

Alldeles obetydliga tjänsteförseelser föranleder i praxis inte något disciplinstraff. En förman eller annan tillsynsmyndighet kan i sådana fall ge tjänstemannen en anmärkning. En sådan tillrättavisning är ingen disciplinär påföljd och den antecknas alltså inte i tjänstematrikeln.

2. En central förutsättning för disciplinansvar är, att tjänstemannen i förhållande till det offentliga samfundet i dess egenskap av arbetsgivare har handlat mot sin tjänsteplikt eller försummat sina uppgifter eller uppträtt på ett sätt som står i strid med tjänstemannens ställning. Förutsättningarna beskrivs i lagstiftningen med mer allmänt hållna uttryck än de detaljerat preciserade brottsbeskrivningarna. I ett disciplinärt förfarande är det alltså fråga om tjänstemannens förhållande till uppdragsgivaren. De i praktiken vanligaste fallen i de nordiska länderna har samband med missbruk av alkohol. Om en tjänsteman i utövning av tjänsten förfar så, att någon utomstående person vållas skada eller olägenhet, anlitas däremot det straffrättsliga ansvarssystemet. I disciplinär väg kan nämligen inte behandlas skadeståndsanspråk.

Den tjänstemannakrets som kan påföras disciplinära påföljder är snävare än den som har straffrättsligt tjänstemannaansvar. Domarna och vissa ledande tjänstemän står i de flesta nordiska länderna utanför det disciplinära ansvaret. Detsamma gäller förtroendevalda samt sådana anställda som inte är egentliga tjänstemän men handhar offentliga uppdrag.

Det straffrättsliga och det disciplinära ansvarssystemet konkurrerar på ett brett område. Ju snävare det straffrättsliga ansvarsområdet är desto större betydelse får disciplinansvaret. Ansvarsformernas inbördes förhållande är sådant, att då åtal väckts kan disciplinärt förfarande för samma gärning inte göras anhängigt och, om sådant redan är anhängigt, avbryts det. Enligt dansk rätt är dessa förfaranden dock helt oberoende av varandra. Om domstolen förkastar åtalet, kan disciplinär påföljd inte mera påföras för det påstådda tjänstefel som domstolens dom gäller. Å andra sidan utgör inte det disciplinära förfarandet eller ens en redan påförd disciplinär påföljd något hinder för en brottmålsrättegång på grund av samma förfarande. En redan påförd disciplinär påföljd bör då tas i betraktande såsom ett skäligt avdrag från de straffrättsliga påföljderna.

3. Det disciplinära förfarandet har vissa svagheter jämfört med straffprocess inför domstol. Jag har redan nämnt, att förutsättningarna för disciplinprocess beskrivits mindre exakt än strafflagens brottsbeskrivningar. Det disciplinära förfarandet gäller en snävare personkrets än det straffrättsliga ansvarssystemet. Allmänhetens tillit till ett disciplinorgan inom den administrativa hierarkin torde vara mindre än förtroendet för domstolarna. Garantierna för rättssäkerheten är kanske inte lika starka som i domstolsprocess. Allmänheten kan inte föra talan och inte få inblick i en disciplinär process. Av dessa orsaker är det skäl att noga överväga gränsen mellan straffprocess och disciplinärt förfarande.

*Det disciplinära ansvaret är ett viktigt komplement till tjänstemännens straffansvar. Det disciplinära förfarandet kan inte till följd av dess begränsningar och svagheter ersätta det centrala området för straffansvar. Rättsskyddsgarantierna vid disciplinprocesserna bör förstärkas.*

## VII. Påföljdssystemet

1. Enligt alla nordiska länders strafflagar kan för tjänstebrott ådömas allmän straffart, böter eller frihetsstraff. Däremot skiljer sig påföljdssystemen i fråga om de särskilda straffarter som gäller endast tjänstemän. Sådant straff är framför allt avsättning, enligt den finska strafflagen också

skiljande från utövning av tjänsten samt varning. I den finska och norska strafflagen förekommer avsättning som straffalternativ i straffskalorna för vissa tjänstebrott. Den föråldrade finska strafflagen innehåller några tjänstebrott för vilka stadgats avsättning såsom det enda straffet — något som vållat svårigheter då en utomstående (extraneus) deltagit i gärningen.

Jämlikt finsk och norsk lag kan till avsättning dömas också såsom bistraff, om en tjänsteman gjort sig skyldig till allvarigare brott, vilket också kan vara annat än tjänstebrott. I den norska strafflagen stadgas (29 §) dessutom, att gärningsmannen i vissa fall kan fräntas rätten att inom en tid på högst fem år inneha viss offentlig ställning. Enligt den svenska brottsbalken (20 kap. 4 §) kan vissa förtroendevalda av domstolen skiljas från uppdraget, om de begått allvarigare brott.

Den danska och isländska strafflagstiftningen har intagit en annan ståndpunkt: Domstolen kan inte döma en tjänsteman till avsättning, utan avskedandet är alltid en tjänstemannarättslig fråga.

I det nya finska betänkandet föreslås inga radikala ändringar i vårt påföljdssystem för tjänstebrott: Avsättning skall enligt förslaget fortsättningsvis användas dels såsom bistraff för vissa grövre tjänstebrott, dels såsom tilläggstraff för sådan tjänsteman som blir dömd för medelgrovt eller grövre brott. Varning skall också alltjämt förekomma såsom särskilt huvudstraff för lindriga tjänsteförseelser. Från strafflagen skall däremot utgå påföljden skiljande från utövning av tjänsten (suspension).

2. Det centrala spørsmålet gäller avsättning. Borde avsättning förekomma såsom straffrättslig påföljd eller inte? Ett nekande svar kan motiveras framför allt med den principen att tjänsteförhållandet borde likställas med arbetsavtalsförhållande. Detta innebär att en arbetstagare som gjort sig skyldig till allvarigare brott kan antingen avskedas eller uppsägas med omedelbar verkan på grund av detta avtalsbrott. I gränsfall kan man även peka på den omständigheten att domstolen i sin straffdom fäster uppmärksamhet endast vid den enstaka gärningen, varemot förvaltningsmyndigheten kan beakta tjänstemannens hela tjänsteutövning i längre tidsperspektiv. Ur tjänstemännens synpunkt torde det dessutom vara så, att ett förvaltningsrättsligt avskedande är mindre stämplande än en avsättning genom brottmålsdom.

Å andra sidan synes allmänpreventiva synpunkter kräva, att domstolen i brottmålsprocess kan döma till avsättning när en tjänsteman genom allvarligt brott har visat sig ovärdig att inneha ett offentligt värv. Då kan sammanhanget mellan brottet och avsättandet tydligt markeras. Ifall avskedandet tas till övervägande först senare i ett förvaltningsförfarande, borde dom-

stolen då den utmäter straffet redan kunna förutse om det senare förvaltningsförfarandet kommer att resultera i avskedande. En brottmålsrättegång torde ge bättre rättssäkerhetsgarantier än ett administrativt förfarande. Klart är att domstolen först efter grundligt övervägande dömer den åtalade tjänstemannen till ett så strängt straff som avsättning. Om domstolen däremot inte anser att avsättning skall ådömas, torde detta beslut vara ett tämligen vägande argument då förvaltningsmyndigheten för sin del kanske ännu tar ställning till tjänstemannens eventuella avskedande.

*Enligt min mening borde avsättning även framdeles vara möjlig såsom straffrättslig påföljd för allvarligt brott. Varning har i Finland visat sig vara ett lämpligt straff för oaktsamma och andra lindriga tjänsteförseelser.*