

Forhandlingerne på

Det 32. nordiske juristmøde

i Reykjavík
den 22.-24. august 1990

Del 1

Udgivet af den islandske styrelse

Prentsmiðjan Oddi hf.

Forord

Dette bind indeholder det arbejdsgrundlag for det 32. nordiske juristmøde der er udarbejdet af referenterne og andre indledere.

Det faglige program består i 2 plenarmøder, 3 gruppediskussioner og 15 sektionsmøder med emner fra forskellige områder.

Den islandske styrelse ønsker de nordiske jurister velkommen til det 32. nordiske juristmøde.

Reykjavík, maj 1990

På den islandske styrelses vegne

Ármann Snævarr.

Indhold

	side
Eva Smith: Menneskerettighedskonventionerne og de nordiske retsplejeordninger	9
Gustav Bygglin: Nordisk selskabsret og europæisk integration	33
Gunnar G. Schram: Forurening af havet som problem i national og international ret	49
Inge Lorange Backer og Ingse Stabel: Retlig regulering og etiske normer inden for bioteknologien	71
Edvard Nilsson: Ideel skade - erstatningsret og erstatningsniveau	105
Lucy Smith: Familieretlige omsorgstvister – aktører og principper	151
Lars Pehrson, Nils Mattson og Anders Victorin: Internationale virksomhedsoverdragelser og etableringer. Konkurrence - arbejds- og skatteret i nordiske og europæiske forhold	173
M. Gregers Larsen og John Peter Andersen: Interessekonflikter for embedsmænd og professionelle rådgivere	231
Torgny Håstad: Reformering af de nordiske aftalelove?	245
Jacob Nørager-Nielsen: Ansvarsspørgsmål ved aftaler om EDB- programmer	285
Leif Sevón: Informationsbehov og informationsmetoder vedrørende lovgivningen	307
Helge Röstad: Rattfylleri (promillekørsel) – reaktionsformer og strafudmåling	325
Ulf Göranson: Værdipapirregler uden værdipapirer – dynamisk udvikling på et klassisk retsområde	343
Erkki-Juhani Taipale: Accept af risiko (risikoovertagelse) og samtykke som civil- og strafferetligt problem	373
Karen Dyekjær-Hansen: Franchising	387
Björn Haug: Civilretlige tvister – effektivere retspleje og alternative behandlingsformer (handlægningsformer)	413
Staffan Westerlund: Strafferetligt ansvar for miljøfarlig virksomhed	427
Paula Kokkonen: Tvang og retssikkerhed inden for handicapforsorgen (mentalvården)	445

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Eva Smith

Menneskerettighedskonventionerne og de nordiske retsplejeordninger

Menneskerettighedskonventionerne og de nordiske retsplejeordninger.

Af lektor, dr. jur. EVA SMITH, Danmark.

Den europæiske Menneskerettighedsdomstol – tandløs eller dynamisk?

1. Domstolens rolle.

Den europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har en enestående rolle indenfor det folkeretlige system, og dommene er i færd med at få afgørende betydning for de nordiske landes straffeprocessuelle systemer.

Ved EMD kan borgerne anlægge sag mod deres eget land for krænkelse af Den europæiske Menneskerettighedskonvention (EMK). Endvidere har staterne stiltiende accepteret, at EMK ikke er statisk, men *dynamisk*. Dvs. domme afsiges ikke i overensstemmelse med den opfattelse af menneskerettighederne, staterne må antages at have haft, da konventionen blev underskrevet, men i overensstemmelse med det indhold menneskerettighederne – efter domstolens opfattelse – har i dag.¹

Det kan måske undre, at det sidste er blevet accepteret af suveræne, demokratiske stater, men det skyldes utvivlsomt, at menneskerettigheder – ligesom kamp mod forurening, kvindesag og tættere internationalt samarbejde – opfattes som absolutte goder. Det er vor tids religion, som det ikke tilkommer nogen at sætte spørgsmålstegn ved.

Også efter min opfattelse er EMK og oprettelsen af domstolen i Strassbourg til sikring af konventionens overholdelse en af de største humanitære landvindinger i internationalt samarbejde. De rettigheder, der opregnes i EMK, er basale og lægger grunden til et værdigt liv – og det er et stort fremskridt, at staterne har forpligtet sig til at respektere disse rettigheder også overfor *egne* borgere. Borgernes ret til et liv i frihed og værdighed uden vilkårlige overgreb er således sat over statens suveræne magt.

Problemerne opstår imidlertid, når det skal vurderes, hvad der konkret ligger i

¹ Jfr. Þór Vilhjálmsson: „Menneskerettighedskonventionernes betydning i lovgivning og praksis“. Forhandlingerne ved det 31 nordiska juristmötet i Helsingfors 1987. Del I s. 256ff. Se også Nina Holst-Christensen, Juristen 1989, s. 51ff.

disse begreber. Beskyttelse mod vilkårlige overgreb. Naturligvis. Men hvornår er et indgreb vilkårligt? Hvilken grad af mistanke skal der til, før statsmagten kan gribe ind?

Det er åbenbart, at der er tale om et skøn, og at dette skøn kan udøves forskelligt til forskellige tider. Et samfund, der er hærget af terrorister, vil næppe stille så store krav til mistanken, som et mere fredeligt samfund – og samfundsudviklingen kan betyde, at grupper, der i ét samfund betragtes som sygelige afvigere, i et andet har status som minoritetsgruppe med rettigheder på linie med andre minoritetsgrupper, f.eks. støtte fra det offentlige. Et eksempel er de homoseksuelles retsstilling.

Hvad der betragtes som basale, menneskelige rettigheder vil uundgåeligt ændre sig, som samfundet udvikler sig. Og derfor kunne man risikere, at EMK hurtigt mistede sin betydning, hvis man lagde den vurdering til grund, som var naturlig, da konventionen blev underskrevet. I stedet overlades vurderingen til EMD. Det vil sige, at 21 højt kvalificerede jurister – ikke demokratisk valgt, men indstillet af de enkelte lande – udstyres med denne næsten guddommelige magt. Ved flertalsafgørelser afgør de rækkevidden af menneskerettighederne – og derved tvinger de suveræne stater (og deres befolkninger) til at følge deres definition af, hvad menneskerettighederne kræver.

Men det kan der vel ikke være noget galt i? Menneskerettighederne er jo pr. definition gode. Selv om EMD skulle være forud for staterne (og befolkningerne), kan det vel kun komme dem til gode? Det er min tese, at dette synspunkt er forkert. I mine øjne er EMD i nogle afgørelser gået for vidt i sin dynamiske fortolkning af EMK.

EMK er det enkelte menneskes værn mod statsmagten. Domstolen betragter konflikten fra den svage parts – det enkelte menneskes – side. Men det må ikke glemmes, at statsmagten repræsenterer alle de andre mennesker – og ofte mennesker, der er langt svagere end det menneske, der påberåber sig menneskerettighederne. Når mennesker skal leve sammen, må der sættes visse grænser for den enkeltes frihed, hvis der også skal være plads til de andre.

I det følgende vil der blive givet 2 eksempler. Begge drejer sig om konventionens §6, bestemmelsen om en „fair domstol“.

Den europæiske Menneskerettighedskonvention, art. 6.

Stk. 1. Enhver skal, når der skal træffes afgørelse enten i en strid om hans borgerlige rettigheder og forpligtelser eller angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse, være berettiget til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en ved lov oprettet uafhængig og upartisk domstol. Dom skal afsiges i offentlig møde, men pressen og offentligheden kan udelukkes helt eller delvis fra retsforhandlingerne af hensyn til sædeligheden, den offentlige orden eller den nationale sikkerhed i et demokratisk samfund, når det

kræves af hensynet til mindreårige eller til beskyttelse af parternes privatliv, eller under særlige omstændigheder i det efter rettens mening strengt nødvendige omfang, når offentlighed ville skade retfærdighedens interesser.

Stk. 2. Enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven.

Stk. 3. Enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse, er i særdeleshed berettiget til:

- a) ufortøvet at modtage udførlig underretning på et sprog, som han forstår, om arten af og årsagen til den anklage, der er rejst mod ham;
- b) at få tilstrækkelig tid og lejlighed til at forberede sit forsvar;
- c) at forsvare sig personligt eller ved bistand af en sagfører, som han selv har valgt, og hvis han ikke har tilstrækkelige midler til at betale sagførerbistand, at modtage den uden betaling, når retfærdighedens interesser kræver det;
- d) at afhøre eller lade afhøre imod ham førte vidner og at få vidner i hans interesse tilsagt og afhørt på samme betingelser, som vidner, der føres imod ham;
- e) at få vederlagsfri bistand af en tolk, hvis han ikke forstår eller taler det sprog, der anvendes i retten.

2. Grundlæggende principper i strafferetsplejen i de europæiske lande.

Da de nordiske lande i sin tid accepterede konventionens §6, var det utvivlsomt med den tanke, at de nordiske retssystemer mere end opfyldte disse enkle basiskrav. Hvem kunne forestille sig, at der med rette kunne rejses tvivl om, hvorvidt en skandinavisk domstol – med alle de retsgarantier, der omgærdede den nordiske strafferetspleje – kunne være en „fair“ domstol? Alligevel blev Danmark den 24. maj 1989 dømt i den såkaldte Hauschildtsag for at have krænket menneskerettighederne med hensyn til §6.

For at forstå baggrunden herfor er det nødvendigt at se på de grundlæggende principper i strafferetsplejen, og den måde man har valgt at udforme reglerne til beskyttelse af disse principper i de enkelte europæiske lande.

Det grundlæggende hensyn i strafferetsplejen i civiliserede lande er hensynet til at undgå justitsmord. Det udtrykkes ofte som et princip om, at man hellere må frikende ti skyldige end dømme én uskyldig. Dette princip fører f.eks. til regler om enstemmighed eller kvalificeret flertal blandt dommerne for skyldigkendelser samt princippet om, at enhver rimelig tvivl skal komme den sigtede til gode.

Imidlertid må hensynet til at undgå, at uskyldige dømmes, afvejes i forhold til hensynet til kriminalitetsbekæmpelsen. Føres princippet om at undgå justitsmord ud i sin yderste konsekvens, ville det betyde, at ingen kunne dømmes mod sin benægtelse. Disse modstridende hensyn anerkendes i alle europæiske lande, men der er opbygget temmelig forskellige regelsæt med henblik på afvejningen af dem.

I den kontinentale del af Europa understreges princippet om den materielle

sandhed. Dvs. at dommeren i straffesager så vidt muligt skal søge at udforske, hvad der virkelig er sket. Dette regnes for den bedste sikkerhed for, at der afsiges retfærdige domme.

Domsafsigtelse forudsætter en undersøgelse af de konkrete forhold. I de nordiske lande² anvendes det akkusatoriske princip (anklageprincippet), der indebærer, at efterforskningen og præsentationen for retten foretages af anklagemyndigheden. Samtidig udpeges en forsvarer, der skal varetage den tiltaltes interesser. Dommerens opgave er at være uvildig opmand og tage stilling til det materiale (processtof), der fremlægges for ham. Han har ikke ansvar for sagens opklaring, der påhviler anklagemyndigheden.

I en række kontinentale europæiske lande har man valgt at klare problemet på en anden måde. Her foregår undersøgelse af forbrydelser under ledelse af en undersøgelsesdommer, mens en anden dommer afgør skyldspørgsmålet. Anklagemyndigheden i de nordiske lande og undersøgelsesdommeren i de lande, der er inspireret af fransk retspleje, arbejder under objektivitetsprincippet. Objektivitetsprincippet betyder, at anklagemyndigheden (undersøgelsesdommerne) har pligt til *også* at tage enhver omstændighed, der tyder på en mistænks uskyld, i betragtning. Objektivitetsprincippet er et fundamentalt princip i disse retsplejeordninger og regnes for en af de vigtigste retssikkerhedsgarantier.

I lande, hvor man lægger vægt på den materielle sandheds princip, bliver formelle regler af mindre betydning. I dansk ret findes således en lovbestemmelse (retsplejelovens §946) om, at tilsidesættelse eller fejlagtig anvendelse af en rettergangsregel ikke bevirker ophævelse af påanket dom, medmindre det findes antageligt, at iagttagelse af den pågældende regel kunne have medført et andet udfald af sagen.

Noget lignende gælder ulovligt tilvejebragte bevismidler. Hvis politiet under en ulovlig ransagning kommer i besiddelse af et fældende bevis, f.eks. et drabsvåben, vil der i nordisk ret være en betydelig tendens til, at man benytter det ulovligt tilvejebragte bevis. Der vil være tale om en konkret afvejning, hvori indgår politiets handlemåde i den konkrete sag, samt naturligvis sagens alvor og bevismidlets betydning. Er sagen tilstrækkelig alvorlig, vil den materielle sandheds princip ofte få fortrinet.

I forbindelse med efterforskningen af straffesager kan der blive tale om at foretage en række indgreb overfor sigtede, der under normale omstændigheder ville være en krænkelse af hans menneskerettigheder. Det kan være nødvendigt at ransage hans person eller bolig, at beslaglægge hans ejendom, at tilbageholde ham og

² For Islands vedkommende forenes dog anklager- og dommerfunktion i visse sager, jfr. Tómasson, Forhandlingerne på det 31. nordiska jurismötet, Del II, s. 440.

endog at spærre ham inde. For at sikre at disse indgreb kun finder sted, når det er absolut nødvendigt af hensyn til efterforskningen, gælder det i de nordiske retsordninger, at de alvorligere indgreb skal bestemmes af en domstol, mens de mindre alvorlige kan iværksættes af politiet og indbringes for en dommer. Den uafhængige domstol er således en retssikkerhedsgaranti for den sigtede *også* i undersøgelsesfasen.

I mange nordiske retskredse er der kun en enkelt dommer, og retsformanden ved domsforhandlingen har derfor ofte inden domsforhandlingen taget stilling til spørgsmål om varetægtsfængsling og andre tvangsindgreb samt stridsspørgsmål mellem forsvarer og anklager. Dette er dommerens naturlige rolle i det nordiske system. Enkelte gange har forsvarere nævnt³, at de tiltalte fandt det mindre betryggende at møde den mand i dommersædet, der tidligere havde fængslet dem, men dette hensyn har ikke været tillagt vægt. Tværtimod har praksis været, at man i retter med adskillige dommere – som f.eks. Københavns byret – tidligere tilstræbte at lade den samme dommer lede sagen under efterforskning og ved endelig domsforhandling. Når det som i tilfældet Hauschildt drejer sig om økonomisk kriminalitet af relativt indviklet beskaffenhed, forekom det praktisk at benytte en dommer, der allerede havde sat sig ind i materialet.

Dette er i øvrigt også i overensstemmelse med princippet om den materielle sandhed. Jo bedre dommeren kender sagen, jo mere sandsynligt er det, at han vil nå et rigtigt resultat. Ikke alene med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt fængsling af den sigtede er nødvendig, men også med hensyn til den endelige dom. Behandling ved den samme dommer blev derfor i princippet betragtet som en retssikkerhedsgaranti for den sigtede. I de lande, hvor efterforskningen ledes af en undersøgelsesdommer, er afgørelsen om sådanne indgreb normalt overladt til ham.

De her nævnte retssikkerhedsgarantier – objektivitetsprincippet og princippet om den materielle sandhed – er ikke selvfølgelige retsgarantier, som man vil finde i ethvert demokratisk samfund. I *angelsaksisk ret* f.eks. er det ikke sædvanligt, at understrege domstolens forpligtelse til at søge at nå frem til den materielle sandhed. Domstolens opgave er efter angelsaksisk opfattelse ikke at afgøre, om en tiltalt er skyldig eller ej, men blot om der er tilstrækkeligt *bevis* til at dømme ham. Dette betyder, at formelle regler er overordentlig vigtige. Hvis en formel regel er overtrådt, f.eks. vedrørende bevismidlers fremskaffelse, kan beviserne ikke fremlægges i retten.

I angelsaksisk ret afgøres skyldspørgsmålet i alle straffesager af et nævningeting (jury).

³ Forsvarerudvalgets Beretning, Advokatbladet 1968, s. 120. Se også Jon Palle Buhl „Af-høring af børn“. Forhandlingerne ved det 23. nordiske juristmøde 1963, p. 140-41.

og der er strenge regler for, hvilke oplysninger juryen må få. Således må nævningerne ikke få kendskab til, om en person er tidligere straffet, idet man ikke stoler på, at nævningerne er i stand til at se bort fra irrelevant materiale. Endvidere har politiet ikke en lovfæstet pligt til at følge objektivitetsprincippet.

De principper, der her er gjort rede for, er så basale og selvfølgelige for den enkelte nationale dommer, at det kan være svært for ham at forstå, at et system kan yde retfærdighed i en straffesag, hvis disse principper ikke overholdes. Dommen over Danmark i Hauschildtsagen skal formentlig ses i lyset af denne indstilling hos domstolens medlemmer.

3. Hauschildtsagen.⁴

3.1. De danske bestemmelser om varetægt (fængsling før dom).

De danske varetægtsbestemmelser kom til at spille en afgørende rolle i Hauschildtsagen, og der skal derfor kort redegøres for dem:

Varetægtsfængsling kan i Danmark kun finde sted efter beslutning af en dommer. Enhver anholdt skal indenfor 24 timer stilles for en domstol. Varetægtsfængsling efter hovedbestemmelsen (§ 762, stk. 1) kan besluttes, såfremt dommeren finder, at der er begrundet mistanke om, at den sigtede på fri fod, vil modvirke efterforskning og domfældelse ved 1) flugt, 2) nye forbrydelser, 3) kollision (bevisødelæggelse).

Oprindeligt indeholdt den danske retsplejelov kun disse tre varetægtsgrunde, men i 1935 fandt en meget grov voldtægt sted i en lille by⁵. Fire unge mænd tilstod forbrydelsen, og da ingen af de i §762, stk. 1 nævnte grunde fandtes at foreligge, blev de løsladt efter grundlovsforhøret. Løsladelsen vakte ophidselse og harme i befolkningen, og på denne baggrund⁶ indsatte man en ny fængslingsbestemmelse, §762, stk. 2, den såkaldte „retshåndhævelsesarrest“. Efter denne bestemmelse er det ved meget alvorlige forbrydelser muligt at fængsle, uanset at ingen af de almindelige varetægtsgrunde er opfyldt. Fængslingen er således ikke nødvendig for at sikre efterforskningens gennemførelse eller forbryderens person, og der er derfor tale om en slags anticiperet straf. For så vidt muligt at sikre, at der kun fængsles, når personen virkelig er skyldig, skal mistanken mod den pågældende ikke alene være begrundet: den skal være „særligt bestyrket“.

Reglen er indsat på grund af befolkningens retsfølelse. Næppe noget samfund ville kunne tolerere, at mennesker, der har begået de mest alvorlige forbrydelser, som f.eks. drab, sættes på fri fod indtil retssagen. I *Norge* har man en lignende regel, når der er 10 års fængsel i strafferammen. I *Sverige* vender man ved alvorlige forbrydelser bevisbyrden om, således at det er tiltalte, der skal bevise, at det ikke er nødvendigt at fængsle ham. Der findes lande f.eks. *Vesttyskland*, der ikke har en sådan speciel regel. I følge vesttyske jurister anvender man ved meget alvorlige forbrydelser de almindelige fængslingsbestemmelser, navnlig flugt-

⁴ Menneskerettighedsdomstolens dom (11/1987/134/188).

⁵ Fannerupsagen. U1935.531.

⁶ Rigsdagstidende 1934-35B, sp. 2159ff.

bestemmelsen, idet det antages, at den høje strafferamme i sig selv indebærer en flugtrisiko. Synspunktet er ikke ukendt for danske jurister. I forbindelse med indførelsen af §762, stk. 2, blev det nævnt, at bestemmelsen var overflødig, idet samme resultat kunne opnås ved en „smidig“ anvendelse af bestemmelserne i §762, stk. 1.

3.2. Hauschildtsagens baggrund.

Mogens Hauschildt var tiltalt for bedrageri og var varetægtsfængslet i 4 år, inden sagen blev endeligt afgjort, og i dette tidsrum blev hans varetægtsfængsling 39 gange forlænget af den samme dommer. Denne var senere retsformand ved den endelige behandling af hans sag, hvor han ved en domsmandsret blev idømt 7 års fængsel. Hauschildt appellerede sagen og blev ved Østre Landsret idømt 5 års fængsel, der blev anset for udstået med varetægtsarresten.

Hauschildts klage til EMD støttedes på artikel 6's krav om, at enhver „skal være berettiget til en retfærdig. . . rettergang. . .for en ved lov oprettet uafhængig og upartisk domstol“. Hauschildt mente ikke, at retsformanden opfyldte dette krav. En lignende klage blev rejst mod landsrettens dommere, idet to af disse på tidligere tidspunkter havde stadfæstet fængslingskendelserne fra byretten.

Hauschildts engelske advokat lagde under sin procedure megen vægt på, at Hauschildt var fængslet ikke alene i medfør af §762, stk. 1, nr. 1 (flugtfare) og nr. 3 (kollisionsrisiko), men også efter bestemmelsen om retshåndhævelsesarrest, hvilket indebar, at dommeren havde skønnet, at der i Hauschildts sag var „særligt bestyrket mistanke“. Dermed havde dommeren – efter den engelske advokats opfattelse – i realiteten foregrebet skyldspørgsmålet og burde derfor ikke have været dommer ved den endelige sag mod Hauschildt.

Advokaten for den danske stat søgte at forklare det danske system for domstolens medlemmer. Han henviste til, at dommerens rolle før tiltalerejsning er en ganske anden end under sagen. Under efterforskningen skal han kontrollere, at anklagemyndighedens efterforskningsskridt er i overensstemmelse med loven – i forbindelse med varetægtsfængsling således om anklagemyndigheden kan begrunde sit ønske på fornuftig måde. Først efter domsforhandlingen skal dommeren tage stilling til skyldspørgsmålet, og det er en ganske anden overvejelse.

Endvidere blev fremhævet, at med den danske regel om fremstilling indenfor 24 timer, er det meget begrænset, hvad politiet kan nå af undersøgelser, og sagen vil derfor ofte se meget anderledes ud, når den fremlægges ved domsforhandlingen. Dertil kommer, at indtil domsforhandlingen er procesmaterialet indsamlet på politiets initiativ. Først ved domsforhandlingen har forsvareren et klart overblik over anklagemyndighedens sag, og først på dette tidspunkt fremføres vidneforklaringer og andre beviser direkte for den dømmende ret.

Repræsentanten for Danmark forsøgte endvidere at forklare begrebet „særligt

bestyrket mistanke“. Der blev henvist til den danske justitsministers svar⁷ i forbindelse med en udvidelse af anvendelsesområdet for §762, stk. 2. Justitsministeren skrev om den særligt bestyrkede mistanke:

„Der skal altså være en meget høj grad af klarhed vedrørende skyldspørgsmålet, før bestemmelsen kan anvendes, og herved sikres netop, at uskyldige ikke fængsles“.

3.3. *Dommen*

EMD indleder med at understrege, at der er tale om en konkret afgørelse. Sagen drejer sig ikke om lovbestemmelsens overensstemmelse med EMK, men om den måde loven er praktiseret på i forhold til Hauschildt. Spørgsmålet er, om der i sagen er omstændigheder, der kan vække berettiget tvivl om dommerens fuldstændige upartiskhed. Ved denne vurdering er den tiltaltes synspunkt af betydning, men ikke afgørende. Det er således forståeligt, hvis den omstændighed, at en dommer på et tidligere tidspunkt har givet tilladelse til visse tvangsindgreb i forhold til den tiltale, kan vække bekymring hos den tiltalte. Den bekymring behøver imidlertid ikke nødvendigvis at være objektivt velfunderet. Om den er det, beror på sagens nærmere omstændigheder.

I det konkrete tilfælde lagde EMD vægt på justitsministerens udtalelse, hvorefter dommeren skal mene, at der er en meget høj grad af klarhed med hensyn til skyldspørgsmålet. Domstolen finder herefter, at forskellen mellem det, der skal afgøres ved fængslingskendelsen og den senere dom, er „tenious“ (spinkel). Følgelig er den tiltaltes bekymring objektivt velfunderet, og konventionens §6 blevet krænket.

For så vidt angår Hauschildts krav på erstatning, udtalte EMD, at den omstændighed, at der kunne være tvivl om den danske domstols fuldstændige upartiskhed, ikke nødvendigvis indebar, at dens afgørelse var forkert. I den forbindelse noterer EMD, at Hauschildt ikke har forsøgt at argumentere for, at resultatet var blevet mere favorabelt for ham med en anden dommer, og da dertil kommer, at der ikke er nogen personlig forudindtagethed hos dommeren, foreligger der intet for domstolen, der kan begrunde en sådan antagelse. Følgelig er der ingen kausalitet mellem den fundne krænkelse og den skete skade: domfældelsen og straffen. Derfor afvistes Hauschildts erstatningskrav.

Afgørelsen var en flertalsafgørelse: 12 dommere mente, at §6 i EMK var krænket. I dommer gav udtryk for, at enhver varetægtsfængsling – hvadenten den var foretaget på særligt bestyrket eller blot begrundet mistanke – måtte gøre dom-

⁷ Dagbladet Politiken, d. 30.12.1986.

merer inhabil ved den endelige domsforhandling. 5 dommere mente ikke, at en krænkelse havde fundet sted.

3.4. Reaktionen i Danmark på Hauschildtdommen.

Hvis man foretager det tankeeksperiment, at EMD var et rent nordisk foretagende, er der næppe tvivl om, at Danmark var blevet frikendt. Den praksis, Danmark blev dømt for, har ingen i Norden for alvor stillet spørgsmålstegn ved. Den er ved enkelte lejligheder blevet kritiseret⁸, men selv den mest rabiate kritiker af den nordiske strafferetspleje ville næppe have vurderet, at der ligefrem skulle være tale om en krænkelse af tiltaltes menneskerettigheder.

Dertil kommer, at det virker forvirrende, at Hauschildt får formelt medhold, men ingen erstatning. Med EMD's egne ord er der intet, der tyder på, at den danske domfældelse af Hauschildt var forkert. Alligevel burde der have været en anden dommer, fordi Hauschildt med rette kunne frygte, at dommeren ikke var helt upartisk. Logikken i en sådan dom kan være svær at forstå for skandinaviske jurister, der traditionelt lægger vægt på *reelt* korrekte domme og er mindre interesserede i det formelle.

Den danske justitsminister har nu stillet forslag⁹ om, at enhver dommer, der har fængslet efter §762, stk. 2, er inhabil ved den endelige domsafsigelse, medmindre der er tale om en tilståelsessag. Samme regel er foreslået med hensyn til dommere, der har truffet beslutning om foranstaltninger efter rpl. §754a (anvendelse af polititjenestemænd som agent provokateur) eller om brevåbning og brevstandsning i medfør af rpl. §781, stk. 3. Dette skyldes, at der ved anvendelse af disse tvangsindgreb kræves „særligt bestyrket“ mistanke. Forslaget ventes vedtaget, og Danmark har dermed bøjet sig for EMD's opfattelse og fulgt det rent formelle kriterium „særligt bestyrket“ mistanke.

Det har endvidere været drøftet, hvorledes man skulle forholde sig ved sagskomplekser omfattende flere tiltalte, som ikke retsforfølges samtidig. Dette kan f.eks. forekomme, hvor en dommer først har afgjort en sag mod én af de tiltalte og efterfølgende deltager i en sag mod en af de andre. Da det i høj grad vil afhænge af de konkrete forhold i den enkelte sag, om dommeren ved sin tidligere berøring med sagen har taget stilling til den tiltaltes skyld, er der ikke foreslået håndfaste regler omhandlende denne situation. I stedet peger man på en almindelig bestemmelse om, at en dommer skal vige sit sæde, hvis „der i øvrigt foreligger omstændigheder, der er egnede til at vække tvivl om hans fuldstændige upartiskhed“.

⁸ Jfr. note 3.

⁹ Forslag fremsat den 17.01.1990.

3.5. Burde Danmark have været dømt i Hauschildtsagen?

Danmark kunne have undladt at indføje §762, stk. 2 i retsplejeloven. Man kunne – ligesom f.eks. Vesttyskland – havde anvendt §762, stk. 1 „smidigt“ og have henvist til flugtfaren i de tilfælde, hvor dommeren fandt, at forbrydelsen var så alvorlig, at den mistænkte ikke kunne sættes på fri fod.

I stedet for at fængsle på flugtrisiko, hvor man ikke reelt mener, at en sådan er til stede, indførte man §762, stk. 2. Også dette ville imidlertid have været i overensstemmelse med menneskerettighederne, hvis blot man ikke havde indført reglen om særligt bestyrket mistanke. Hvis Danmark ikke havde indført denne regel – som udelukkende skal varetage sigtedes interesser og sikre ham mod unødige fængsling – så var Danmark ikke blevet dømt ved EMD.

Udover det ironiske i, at et forsøg på at hindre unødige fængslinger – og dermed sikre tiltaltes rettigheder udover hvad EMK kræver – skal føre til en domfældelse, viser eksemplet, at EMD's krav er af rent formel karakter: Naturligvis vil mistanken ved grundlovsforhøret ofte være særligt bestyrket – der kan f.eks. foreligge tilståelse – men hvis loven kun stiller krav om begrundet mistanke, har dommeren ingen anledning til at give udtryk for, at mistanken er særligt bestyrket, og dermed bliver dommeren ikke inhabil. Det er med andre ord det formelle (lovens ordlyd) snarere end det reelle (dommerens konkrete mistanke), der er afgørende for, om EMK er krænket.

Dette sættes i relief af, at de fængslingskendelser efter §762, stk. 2, der afsiges *under selve domsforhandlingen*, fortsat vil blive afsagt af de dommere (herunder lægdommere), der senere skal afgøre skyldspørgsmålet. Den dømmende ret kan blive nødt til at tage stilling til den særligt bestyrkede mistanke på ethvert tidspunkt under domsforhandlingen, herunder på et tidspunkt, hvor hele bevismaterialet er lagt frem – nemlig når bevisførelsen er afsluttet, men før proceduren. Dette tillades imidlertid – mens den dommer, der måneder (måske år) tidligere har afsagt fængslingskendelse efter et grundlovsforhør er inhabil.

Det er ulogisk, men kan næppe gøres anderledes i vort system. Alternativet ville være at have en ekstra dommer siddende under hele domsforhandlingen for det tilfælde, at en fængslingskendelse skulle blive aktuel.

Eksemplet viser, at regler, der kan fungere udmærket og virke helt selvfølgelige i et land, hvor skyldspørgsmålet altid afgøres af en jury, har meget svært ved at indpasses i vort system, hvor juridiske dommere tager del i vurderingen af skyldspørgsmålet.

I mine øjne er Hauschildtdommen en forkert dom, som skyldes, at EMD's dommere ikke har tilstrækkelig forståelse for de principper, de forskellige landes retsordninger bygger på. Der er alvorlig risiko for, at resultatet i Danmark – sna-

rere end en reel styrkelse af tiltaltes retssikkerhed ved *domsforhandlingen* - vil betyde en *svækkelse* af sigtedes retssikkerhed ved *fængslingen*.

§762, stk. 2 benyttes allerede mindre ved danske domstole: Man fængsler ikke længere både efter §762, stk. 1 og stk. 2 i den enkelte sag, men anvender alene stk. 1 – en udvikling, der efter al sandsynlighed vil føre til, at flere tilfælde skubbes ind under de „almindelige“ varetægtsbetingelser i §762, stk. 1, og dermed til den „smidige“ anvendelse af disse bestemmelser, som domstolene anvendte før §762, stk. 2 blev indført. Dette er efter min opfattelse et tilbageskridt: Varetægtsfængsling er et så alvorligt indgreb, at fængslingsbestemmelser ikke bør strækkes ud over deres formelle anvendelsesområde. Hvortil kommer, at det efter §762, stk. 1 ikke er nødvendigt at vurdere, om mistanken er særligt bestyrket.

En anden alvorlig ulempe vedrører kravene til andre straffeprocessuelle tvangsindgreb. I de senere år har man i Danmark i loven stillet krav om, at der skulle være „særligt bestyrket“ mistanke, for at de alvorligste indgreb kunne benyttes. Det er overvejende sansynligt, at man i fremtiden vil være mere tilbageholdende med at stille dette krav, fordi det vil udløse inhabilitet. Og uanset at det kan være svært for domstolen at skelne mellem begrundet og særligt bestyrket mistanke, så er det skærpede mistankekrav dog et signal til dommeren om at udvise særlig forsigtighed.

3.6. Kunne Danmark have løst konflikten mellem dansk ret og EMK på en mere hensigtsmæssig måde?

Danmark ændrer næppe sin lovgivning på dette område, fordi man finder EMD's afgørelse rigtig. Man ændrer den, fordi man er blevet påtvunget en ændring. Men man kan ikke bryde ind i et system, der hviler på bestemte opfattelser, og ændre en enkelt detalje, uden at systemet derved kommer til at virke ulogisk og inkonsekvent. Måske ville resultatet blive bedre, hvis man prøvede at acceptere den retsopfattelse, EMD bygger på, og søgte at indarbejde *retsopfattelsen* og ikke det formelle krav i vort system.

Som allerede nævnt er dommerens rolle i den nordiske retspleje en anden ved spørgsmålet om varetægtsfængsling end ved den endelige domsforhandling. Dels vil efterforskningen normalt ikke være afsluttet ved varetægtsfængslingen, dels skal det ikke vurderes, hvorvidt sigtede er skyldig, men kun om politiets materiale opfylder kravene til en varetægtsfængsling. Men uanset denne forskel, siger det sig selv, at en dommer – og i særdeleshed en dommer, der har foretaget mange varetægtsfængslinger i en sag – har dannet sig et indtryk både af sagen og dens hovedperson. Og hvis dommeren gang på gang har truffet den beslutning, at sigtede trods sin benægtelse skal fængsles – så kan dette indtryk næppe være entydigt positivt.

Man kan mene, at en professionel dommer vil være i stand til at frigøre sig fra et sådant forhåndsindtryk. Al erfaring¹⁰ viser imidlertid, at mennesker ikke kan frigøre sig fra opnået viden – og indtil andet er bevist, vil jeg forudsætte, at dommere reagerer som andre mennesker. I visse tilfælde vil en sådan forhåndsindstilling opvejes af det bedre kendskab til sagen – men inhabilitetsregler hviler som nævnt også på tillidssynspunkter. Det er udtrykt meget smukt i engelsk ret: *Not only must justice be done, it must also be seen to be done*. Befolkningens tillid til domstolene er vigtig i et retssamfund, og mon ikke mange i Norden vil mene, at hvis en dommer 39 gange har afvist en sigtets forklaring og fulgt politiets ønske om en fortsat fængsling, er det ikke helt urimeligt, hvis tiltalte ønsker en anden dommer ved sagens endelige afgørelse?

Lad mig give et eksempel på, hvad den nye regel vil betyde i praksis:

A er fængslet efter §762, stk. 2, på grund af særligt bestyrket mistanke om alvorlig vold. Sagen skal pådømmes, efter at der to gange er afsagt fængslingskendelse. A har herefter krav på en ny dommer ved den egentlige retssag.

B er sigtet for bedrageri og fængslet efter §762, stk. 1, nr. 2, risiko for nye forbrydelser. Sagen kommer for, efter at der tredive gange er afsagt fængslingskendelse af den samme dommer. B spørger, om han ikke kan få en ny dommer, ligesom A har fået.

„Nej.“ lyder svaret. „for i A’s tilfælde har dommeren haft særlig meget mistanke, derfor er det rimeligt med en ny dommer. I dit tilfælde har dommeren haft tilstrækkeligt med mistanke til ikke alene at tro, at du kan være skyldig, men også til at mene, at du nok vil fortsætte med forbrydelserne. Men dommeren har ikke givet udtryk for, at hans mistanke var ganske særlig stærk, og derfor kan du ikke få en ny dommer“.

Jeg er bange for, at ethvert fornuftigt menneske vil tage sig til hovedet – og dertil kommer i øvrigt, at forskellen mellem den „særligt bestyrkede“ og den blot „begrundede“ mistanke heller ikke for en jurist er særlig klar. I praksis bliver der tale om en vurdering i den enkelte sag, og det siger sig selv, at der ikke er nogen hårfin grænse. Nogle dommere har udtrykt det på den måde, at ved den særligt bestyrkede mistanke, bør beviserne være så stærke, at „den sigtede efter al sandsynlighed bliver dømt“. Andre dommere fremhæver, at en sådan vurdering ikke er mulig på grund af de mange løse ender ved et grundlovsforhør, og at kravet derfor må være, at politiet har „en meget solidt underbygget sigtelse“. Undersøgelser har vist, at dommere af og til har taget fejl i deres vurdering ved grundlovsforhøret. Frifindelser af varetægtsfængslede forekommer – også når de er fængslet på den særligt bestyrkede mistanke.

Som straffeprocessen er opbygget i de nordiske lande, er det dommerens opgave at være den uvildige opmand. Han bør i princippet ikke have beskæftiget sig med sagen, før den fremlægges i retten. Hverken ved tidligere varetægtsfængs-

¹⁰ Se herom Eva Smith, Vidnebeviset, s. 347ff, med en række eksempler.

linger, ved læsning af politirapporter eller på anden måde. Det forekommer mig derfor at være i smuk overensstemmelse med dette princip med en regel om, at en dommer, der har varetægtsfængslet, *aldrig* er i dommerpanelet ved domsforhandlingen.

En sådan ordning vil give praktiske og økonomiske problemer, fordi der ved en række dommerembeder, kun er den samme dommer. Men i et retssamfund er dommeren tiltaltes garanti for en fair behandling, og det er af afgørende betydning, at tiltalte kan have fuld tillid til ham. Tiltalte bør derfor ikke stilles over for en dommer, der på forhånd har tilkendegivet, at han ikke tror på tiltaltes forklaring.

Dertil kommer, at man med en sådan ordning ville undgå de ovenfor nævnte uheldige følger-virkninger, som netop hænger sammen med, at inhabilitet *kun* indtræder, når dommeren har givet udtryk for „særligt bestyrket mistanke“.

Der vil således være mange fordele ved en sådan ændring, men da der vil være tale om et brud på det hidtidige system, må det nøje overvejes, hvilken betydning ændringen vil få for systemet som helhed. En umiddelbar konsekvens synes at være, at reglen må gælde for alle tvangsindgreb – og dermed lægges der så mange hindringer i vejen for vort hidtidige system, at det vil være naturligt at overveje, om man bør indføre undersøgelsesdommere, som man kender det fra andre europæiske lande.

Når man tænker på, hvor lidt kritik, der har været af den hidtidige ordning, forekommer grundlaget temmelig spinkelt for så gennemgribende ændringer. En nærliggende løsning ville være, at man forlod alle spekulationer om, hvad tiltalte må antages at *føle* og overlod det til tiltalte selv at fremsætte en begæring om et dommerskift. En sådan begæring skulle følges, hvis dommeren tidligere havde afsagt kendelse om tvangsindgreb, hvorved han havde taget stilling til mistanken mod tiltalte. Hvis det i praksis viser sig, at sådanne begæringer fremsættes på stribe, således at det bliver vanskeligt at finde habile dommere, kan det blive nødvendigt at ændre systemet – men en sådan ændring ville hvile på et *reelt* hensyn, nemlig tiltaltes tillid til dommeren. Dermed ville ændringen være i god overensstemmelse med de regler og principper, vi i øvrigt bekender os til i de nordiske lande.

3.7. *Beslægtede problemer.*

Hauschildtsagen repræsenterer næppe det sidste angreb på nordiske, straffe-processuelle principper. I betragtning af hvilken betydning det tillægges i angelsaksisk ret, at den dømmende myndighed er uden kendskab til tiltaltes fortid, forekommer det nærliggende, at også det spørgsmål vil blive rejst på et tidspunkt.

Synspunktet i engelsk ret er, at „the most difficult thing that any jury can be asked to do is to forget their belief, that bad men are more likely to do bad things than good men“¹¹. I engelsk ret findes eksempler¹² på, at fældende domme er blevet omstødt, fordi det i forbindelse med domsforhandlingen er blevet oplyst, at et vidne havde genkendt tiltalte på et billede, som blev fremvist af politiet. Filosofien er, at dermed har juryen fået oplyst, at tiltalte tidligere har været i kontakt med politiet, og alene den omstændighed er tilstrækkelig til, at der ikke er tale om en „fair trial“.

Dette står i modsætning til den måde, hvorpå vi her i landet endevender tiltaltes tidligere liv, ikke alene før valget af sanktion, men normalt også før skyldsspørgsmålet afgøres. Hvis vi ikke skal blive taget ligeså uforberedte, som Danmark gjorde med Hauschildtsagen, bør vi allerede nu begynde at diskutere disse spørgsmål.

I de nordiske systemer, hvor man ikke alene lægger vægt på at få frikendt uskyldige, men også på at få dømt skyldige, forekommer det utænkeligt, at retten ikke skulle kende en mands fortid, når den kan antages at være relevant for vurderingen af, hvorvidt han igen har gjort sig skyldig i en forbrydelse, men det må vel erkendes, at det er forholdsvis få sager, hvor dette er tilfældet. Det vil navnlig dreje sig om sager, hvor en speciel fremgangsmåde benyttes, eller hvor tiltalte tidligere har påberåbt sig lignende mærkværdige sammentræf.¹³

Retten er imidlertid normalt orienteret om tidligere straffedomme uanset deres relevans for den foreliggende sag – og nægtes kan det vel ikke, at det kan være vanskeligt at behandle f.eks. en tidligere dom for blufærdighedskrænkelser overfor børn, udelukkende som en oplysning om, at den tiltalte har den slags interesser. Mange (vel navnlig lægdommere) vil intuitivt se oplysningen som et indicium også i den foreliggende sag.

I mine øjne er der ingen tvivl om, at den angelsaksiske holdning er udtryk for reelle hensyn, som også gør sig gældende i de nordiske lande. Det afspejler sig bl.a. i den vægt, man her i Norden både fra forsvarers og fra domstolens¹⁴ side lægger på den omstændighed, at en tiltalt er hidtil ustraffet. Alle synes at mene, at dette maner til særlig omhu og forsigtighed. Spørgsmålet er imidlertid, hvilken virkning det ville have, såfremt denne omstændighed ikke længere var kendt. Vil-

¹¹ Abrahams S.: „According to the Evidence“. England 1958, p. 151.

¹² Libling: Criminal Law Review, 1978, p. 346.

¹³ Se herom Smith, Eva: Vidnebeviset. Gads Forlag, København, 1986, s. 364ff m. referencer.

¹⁴ Se f.eks. diskussionsindlæggene på Dansk Kriminalforenings Årsmøde i København d. 4.12.1953. Nordisk Kriminalistisk Årsbok 1952-53, s. 244 (Lucas), s. 256 (Gundersen), s. 257 (Harbou). Se endvidere Eva Smith, Vidnebeviset, Gads Forlag, København 1986, s. 371ff med adskillige eksempler.

le det betyde, at den særlige forsigtighed blev udstrakt til alle tiltalte – eller ville det betyde, at alle nu ville blive behandlet som tidligere straffede?

Et andet spørgsmål er, om det er muligt at holde tiltaltes forstraffe skjult i et system som vort. I England afgøres skyldspørgsmålet alene af juryen, men hvorledes holder man tiltaltes forstraffe skjult for retten, når der også er juridiske dommere? I mindre retskredse genkender dommeren vel af og til tiltalte fra sidste sag, og tilkalder man i sådanne tilfælde en sættdommer, er det vel temmelig oplagt hvorfor -desuden kan han såmænd også snart blive inhabil.

Tilbage bliver den mulighed, at man kunne holde lægdommerne i uvidenhed, til skyldspørgsmålet var afgjort. Men dette vil bevirke en (yderligere) forskel mellem juridiske og læge dommers forudsætninger og yderligere styrke de juridiske dommers position.

Efter min mening var det værd at overveje, om reglerne er tilfredsstillende, som de er. Holder vi fast ved det nuværende system, vil vi i hvert fald have opnået at have gjort vor stilling klar, så vi kan argumentere mere overbevisende for systemet end det lykkedes Danmark i Hauschildtsagen.

4. Unterpertingersagen. (Dokumentation af politirapporter).

Også på et andet område har domstolen brudt med en i Danmark – og vist også i de øvrige nordiske lande – fast indarbejdet praksis vedrørende brugen af politirapporter.

Ifølge den danske retsplejelovs §877. stk. 3 kan politirapporter undtagelsesvis bruges som bevismidler. En typisk undtagelsessituation opstår i sager vedrørende alvorlig vold i hjemmet (normalt mandens vold overfor hustru og/eller børn).

I disse sager har hustruen ofte forklaret detaljeret til politiet umiddelbart efter hændelsen, men når sagen kommer for retten, er ægtefællerne forligt, og hustruen ønsker herefter ikke længere at vidne mod manden. Hermed skabes en vanskelig situation, fordi der i forbindelse med voldssager (og ikke mindst vold i hjemmet) sjældent er andre beviser end den forurettedes forklaring. Har volden været alvorlig, foreligger naturligvis også lægeerklæringer, men de viser jo ikke, hvem der har udøvet volden. At anvende lovens tvangsmidler overfor modvillige vidner er uden mening i denne situation, og derfor har man – hvor volden var alvorlig – tilladt anklagemyndigheden at dokumentere politirapporten eller føre den rapporttagende polititjenestemand som vidne.

Selvom der ofte advares mod at anvende politirapporter som bevis, fordi de nærmere omstændigheder vedrørende deres tilblivelse unddrager sig rettens vidnen, har man ment, at betænkelighederne er mindre i disse tilfælde end i tilfælde, hvor vidnet f.eks. befinder sig i udlandet eller er afgået ved døden. I familievoldstilfældene er vidnet trods alt ved hånden. Finder vidnet, at der er tale om

overdrivelse eller misforståelser i politirapporten, kan vidnet tilbyde at forklare sig. I sådanne situationer vil der ofte være god kontakt til forsvareren, og man kan i fællesskab overveje, hvorledes man skal afbøde de værste virkninger af politirapportforklaringen. Dette er en helt anden situation, end når det drejer sig om et fjendtligt vidne, der ikke længere kan skaffes til veje. Det er vel derfor – og fordi det anses for et væsentligt samfundshensyn at komme volden i hjemmene til livs – at domstolene i alvorligere tilfælde har tilladt rapporter dokumenteret.

Faktisk har diskussionen i Danmark ikke så meget koncentreret sig om hensynet til tiltalte, men snarere om hensynet til vidnet selv, idet der i en vis forstand er tale om en omgåelse af vidnefritagelsesreglerne. I retspraksis er problemet løst på den måde, at hvis vidnet selv er anmelder eller inden rapportforklaringen udtrykkeligt er gjort opmærksom på vidnefritagelsesreglerne, men alligevel har ønsket at afgive forklaring, så kan rapporten – hvis sagens alvor tilsiger det – fremlægges i retten.

Den 24. november 1986 afsagde EMD imidlertid dom i sagen „Unterpertinger“ (1/1985/87/134), der drejede sig om en østrigsk statsborger, der var tiltalt for vold mod sin hustru og steddatter. De forurettede nægtede at afgive forklaring ved sagens behandling i retten under hensyn til vidnefritagelsesreglerne, og forklaringerne til politirapporten blev derfor i stedet læst op. Der var ikke andre beviser af betydning, og på dette grundlag blev Unterpertinger dømt.

EMD fandt, at oplæsning af politirapportforklaringer i retten ikke i sig selv er en krænkelse af EMK's artikel 6. Imidlertid fastslår domstolen, at anvendelse af sådanne forklaringer som et egentligt bevismiddel skal være i overensstemmelse med reglerne om tiltaltes ret til et forsvar, jfr. art. 6, stk. 3 (d) „at afhøre eller lade afhøre imod ham førte vidner“. Men Unterpertinger havde ikke i retten eller ved de tidligere afhøringer haft mulighed for at stille spørgsmål til de personer, hvis forklaringer blev lagt frem i retten. Hermed forelå en krænkelse af EMK, og Unterpertinger fik tilkendt erstatning.

Det er ikke ganske klart, hvilken betydning denne afgørelse har haft i dansk retspraksis. Justitsministeriet sendte i marts 1987 et referat af Unterpertingerdommen til Højesteret, landsretterne og præsidenten for Københavns byret, men overlod det til retterne selv at drage de nødvendige konklusioner med hensyn til danske forhold. I referatet havde den afgørende passus fået denne formulering: „uden at tiltalte i nogen af retsinstanserne fik mulighed for at afhøre dem om *deres forklaringer til politiet*“. (min udhævning).

Samme efterår behandlede Ålborg Byret en sag¹⁵ om gentagen og meget grov vold mod

¹⁵ Refereret i Landsforeningen af beskikkede advokaters blad Meddelelser, nr. 1 januar 1988.

hustruen (bl.a. stramning af et viskestykke om halsen samt kvælertag, der efterlod blod- underløbne mærker). Ægtefællerne var siden flyttet sammen igen, og hustruen ønskede ikke at vidne mod manden. Byretten besluttede, at den rapporttagende kriminalassistent kunne afhøres som vidne, og dette blev stadfæstet af Vestre Landsret d. 16/9 1987. Unterpertingersagen eller EMK, blev tilsyneladende ikke drøftet.

På den anden side fortolker Nina Holst-Christensen¹⁶ Unterpertingerdommen således, at „domstolene ikke vil kunne tillade dokumentation af politirapporter i tilfælde, hvor disse benyttes som hovedbevis i sagen, og hvor tiltalte eller dennes forsvarer ikke har været til stede under afhøringen, og derfor ikke har haft lejlighed til at stille spørgsmål til det pågældende vidne“. Lignende synspunkter fremlægges i en Vestre Landsrets kendelse af 19. september 1988.¹⁷

Denne sag drejede sig imidlertid ikke om hustruvold men om en narkosag, og vidnerne var selv sigtet for hashhandel. De befandt sig i Belgien og ønskede ikke at give møde. Retten afviste dokumentation af politirapporten og henviste i den forbindelse til Unterpertingersagen.

Trods Holst-Christensens og VL's klare formuleringer, er det mit indtryk, at – i hvert fald byretterne – fortsat anvender politirapporter i sager om vold i hjemmet stort set efter de retningslinier, der var gældende i Danmark før Unterpertingerdommen.

Man synes at anlægge det synspunkt – som måske kan forenes med justitsministeriets ovennævnte referat af sagen – at det blot skal være muligt at afhøre vidnet om de tidligere forklaringer. Hvis et vidne nægter at afgive forklaring, giver dommeren hende pålæg – ikke om at afgive forklaring – men om at være til stede, mens den tidligere forklaring læses op, således at hun har mulighed for at kommentere den, hvis hun ønsker det.

Unterpertingersagen synes således at kunne fortolkes på (mindst) 3 måder:

- 1) Den af Holst-Christensen og VL d. 19. september 1988 anlagte fortolkning, der lægger vægt på, at tiltalte skal have haft lejlighed til at lade *vidnet* afhøre. Dette er i mine øjne den mest nærliggende fortolkning.
- 2) Den af justitsministeriet anlagte fortolkning, hvorefter der blot skal være mulighed for *afhøring vedrørende den tidligere forklaring*.
- 3) Samt endelig at søge at fortolke dommen i overensstemmelse med den praksis, der hidtil har været gældende her i landet. Denne fortolkning betyder, at der lægges vægt på ordet „mulighed“ – og at mulighed forstås som „formel mulighed“, hvilket er opfyldt, hvis vidnet er til stede i retssalen.

Tankegangen bag den noget anstrengte fortolkning 3) er formentlig, at hen-

¹⁶ Juristen, februar 1989, s. 48-57 (56).

¹⁷ Utrykt. Omtales af Holst-Christensen, jfr. note, s. 55.

synet til tiltalte er tilstrækkeligt betrygget, og at en afskæring af politirapporterne utvivlsomt ville betyde, at skyldige ville gå fri, og volden ville fortsætte.

I sådanne sager har mindreårige ikke sjældent været udsat for vold eller har været vidne til vold mod moderen. EMK's §5 foreskriver, at enhver har ret til frihed og personlig sikkerhed. I det enkelte tilfælde kan det forekomme stødende, at denne bestemmelse kan anvendes af voldsmanden, men ikke af hans børn. At EMK hindrer samfundet i en effektiv beskyttelse af de svageste af samfundets medlemmer. Jeg tror, at befolkningerne i de nordiske lande – også langt ind i forsvarenes rækker – finder det krænkende for deres retsbevidsthed, hvis politirapporter ikke kan anvendes som egentligt bevis i sådanne sager. Men det er nok yderst tvivlsomt, om fortolkning 3) vil blive accepteret af EMD.

Men hvad kan vi da stille op? Det er åbenbart, at det er en dårlig idé blot at lade som ingenting og fortsætte praksis som hidtil. Dels strider det mod vore internationale forpligtelser dels risikerer de nordiske lande at ende på anklagebænken. Magnus Matningsdal¹⁸ har foreslået, at man i disse sager sørger for at indkalde til et retsmøde og få protokollert hustruens forklaring. Det tager imidlertid tid – og ofte varer det ikke mange dage, før voldsmanden har overbevist forurettede om, at sagen ikke bør føres. Man kunne måske gøre det mindre, at man tilkaldte en advokat, som skulle varetage sigtedes interesser ved den første afhøring. Det er imidlertid nok tvivlsomt, om dette vil være tilstrækkeligt til at opfylde EMK's krav.

Dette rejser i øvrigt et andet spørgsmål. I Danmark er man kommet ind på en praksis, hvor børn i sædelighedssager afhøres af en politiassistent til et videokamera. Tiltaltes forsvarer følger med i afhøringen fra et andet lokale, og på et tidspunkt gøres der en pause i afhøringen, således at forsvareren kan få lejlighed til at stille spørgsmål (gennem politiassistenten). Om sådanne spørgsmål vil kunne tælle som en afhøring i konventionens forstand, er nok tvivlsomt – i hvert fald ligger det milevidt fra „cross“-examination, som det praktiseres i engelske retssale, også overfor børnevidner. Desuden finder det sted på et meget tidligt tidspunkt, hvor det vil være begrænset, hvor grundigt forsvareren har haft lejlighed til at drøfte sagen med tiltalte.

Når man har indført denne afhøringsform, der er accepteret af domstolene i Danmark, skyldes det først og fremmest et ønske om at skade barnet mindst muligt, men naturligvis også, at man har erfaring for, at det under disse mindre stressende omstændigheder er nemmere at få en sammenhængende og sand forklaring ud af barnet. Metoden betyder, at barnet ofte kun behøver at fortælle sin historie én gang, og at man øjeblikkelig kan sætte ind med behandling uden at frygte, at behandlingen vil forstyrre erindringen, eller at den senere rippen op i historien vil forstyrre behandlingen. Endvidere hævder politiet, at mange tiltalte – når de konfronteres med barnets forklaring – erkender, at den er sand.

Men det er klart, at fra den tiltaltes perspektiv kan metoden indebære en indskrænkning i hans retssikkerhedsgarantier. Han har ikke mulighed for at bryde ind i forklaringen, op-

¹⁸ På et møde i Nordisk Forening for Procesret, d. 12. maj 1988 i Bergen.

klare misforståelser o.lign. Spørgsmålene til barnet bliver end ikke stillet af én, der tror på tiltaltes version, men af en politimand, der pr. definition er på barnets „side“. Ganske vist foreligger båndet, så alt for tydelige ledende spørgsmål kan afsløres og påtales af forsvareren – men det er ikke til at komme udenom, at tiltaltes forsvar er svækket. Det kan næppe afvises, at metoden kunne blive underkendt af EMD.

Er dommen i Unterpertingersagen rimelig? Er spørgsmålet om, hvorledes hensynet til forurettede skal afvejes i forhold til den sigtede et spørgsmål, som EMD skal afgøre ud fra én synsvinkel – den sigtedes?

En effektiv strafferetspleje er nødvendig, hvis et lands borgere skal leve i fred og frihed. Og en effektiv strafferetspleje er næppe mulig, uden at der af og til er en vis modstrid mellem hensynet til den sigtede/tiltalte og hensynet til vidner eller opklaringen af sagen. Det er klart, at ved denne afvejning må sigtede have visse minimumsrettigheder, men spørgsmålet er, hvor langt EMD bør gå i sine forsøg på at regulere de enkelte landes afvejning.

5. Konklusion.

Det er ikke vanskeligt for civiliserede retssystemer at pege fingre ad hinanden, fordi traditionerne og systemerne er forskellige. Vi véd, at den håndfaste håndhævelse af principperne indenfor angelsaksisk ret kan medføre uheldige konsekvenser i form af frifindelse af oplagt skyldige personer.

På den anden side anerkendes begrebet plea-bargaining i angelsaksisk ret. I Danmark har Højesteret¹⁹ imidlertid afvist at afhøre et vidne, der var lovet straffenedsættelse i USA mod at afgive forklaring. Synspunktet var, at vidnet havde en åbenbar interesse i at forklare på samme måde, som han havde gjort i USA. Formentlig ville man nå et lignende resultat i de øvrige nordiske lande. Ud fra vor retsopfattelse er det ikke rimeligt at dømme en mand på et udsagn fra en anden, der opnår åbenbare fordele ved forklaringen. Førelsen af et sådant vidne er i vore øjne langt mere unfair end at dokumentere en politirapport og kunne snarere siges at stride mod menneskerettighederne.

Spørgsmålet er, om det er EMD's opgave at vurdere medlemslandene på så hårfin en skala, som den gjorde i Hauschildt- og Unterpertingersagen. Det er naturligvis en menneskerettighed at blive dømt af en upartisk domstol. Men er det også en menneskerettighed, at domstolen i den tiltaltes øjne skal *fremstå* som upartisk. Det er et særdeles vigtigt hensyn, som enhver civiliseret stat bør søge at tilgodese – men er det en *menneskerettighed*? Menneskerettigheder bør efter min

¹⁹ U 1982.1027H.

mening forbeholdes helt basale rettigheder. Ellers mister de deres mening og bliver et irritationsmoment, der ikke tages alvorligt af landene. Man vil – som det efter min opfattelse sker ved Unterpertingerdommen – søge at fortolke sig uden om klare tilkendegivelser. Eller man vil – som det skete i Hauschildtsagen – gennemføre ny lovgivning, ikke fordi man finder det rimeligt og retfærdigt, men fordi man *skal*. Dette fører let til et ulogisk og tilfældigt præg og kan reelt betyde en ringere retssikkerhed for de sigtede/tiltalte.

Måske ville det være hensigtsmæssigt, hvis EMD ikke altid anvendte den meget bastante løsning: domfældelse/frifindelse. Måske burde man i erkendelse af staternes forskellige traditioner lukke op for en mellemløsning. En henstilling fra domstolen om, at den enkelte stat overvejede sin stilling. Da konventionen blev skrevet, kunne man måske frygte, at en sådan henstillingsbeføjelse ville betyde, at domstolen ville vige tilbage for at statuere krænkelser og nøjes med henstillinger. Som man kan se, har problemet vist sig at være et andet. Henstillingsbeføjelsen synes nyttig både for at begrænse antallet af frifindelser – men sandelig også for at begrænse antallet af domfældelser. Som verden ser ud i dag, har begrebet menneskerettigheder fået en sådan prestige, at en stat kun nødtigt ville sidde en sådan henstilling overhørig. Men med en henstilling får staten friere hænder til at finde en for det enkelte system acceptabel løsning, herunder for at afvise henstillingen, hvis man ved at følge den kommer i konflikt med andre væsentlige hensyn.

Måske var det på tide, at staterne satte sig sammen og diskuterede, hvad man egentlig vil med konventionen og domstolen i straffeprocessuelt regi.

Lad mig til slut nævne, at lignende spørgsmål kan opstå med hensyn til andre konventioner. Danmark har netop underskrevet FN-konventionen om børns (0-18 åriges) rettigheder. Heri bestemmes bl.a., at børn ikke må fængsles sammen med voksne.

Danmark har imidlertid for mange år siden afskaffet ungdomsfængslerne, hvilket alle betragtede som et humanitært fremskridt. I dag anbringes unge varetægtsarrestanter mellem 15 og 18 år så vidt muligt i lukkede institutioner, bortset fra nogle få, som institutionerne ikke tør tage ansvaret for eller som hellere vil i fængsel. Egentlig afsoning foregår i et fængsel.

Hvorledes kan vi opfylde konventionens bestemmelse? Det er næppe en god idé at anbringe disse stærkt belastede unge sammen. Skal de have en chance, må de have andre kontakter. Anbringelse i mindre arresthuse, der normalt ikke har så belastet et klientel, er i modstrid med konventionen. Skal vi da ændre de lukkede institutioners karakter, så de kan rumme de mest belastede unge, med det resultat, at det bliver et mindre hensigtsmæssigt tilbud for alle de andre?

Konventionen minder os om, at det er en falliterklæring for ethvert samfund, hvis det er nødvendigt at sætte børn i fængsel – hvad enten de anbringes sammen med andre børn eller med voksne. Det burde være en selvfølge, at fængsling kun forekommer, når alt andet er forsøgt, og en konvention af det indhold burde Danmark både underskrive og overholde.

Men konventionens stive regel hindrer os i at gå vore egne veje og anvende de efter vor opfattelse mest hensigtsmæssige foranstaltninger overfor unge kriminelle.

Theser/Diskussionstemaer.

A. I en verden under kraftig forandring vil fortolkningen af, hvad menneskerettighederne kræver, gennemgå en udvikling. EMD anlægger derfor en dynamisk fortolkning af EMK's regler. EMD udstyres herved ikke alene med dømmende, men i realiteten også med lovgivende magt. Er dette en tilfredsstillende retstilstand?

B. De regler, om dommerhabilitet i dansk ret, der er foreslået efter Hauschildtsagen, er efter min opfattelse uheldige af 2 grunde:

1. Reglerne kan medføre, at sigtedes retsstilling i forbindelse med varetægtsfængslingen svækkes, *uden at* hans retsstilling ved domsforhandlingen reelt forbedres.
2. Reglerne indføres med det formål at styrke de tiltaltes tillid til domstolene – men som de er udformet, vil de næppe virke logisk konsistente på de tiltalte og derved efterlade dem forvirrede og frustrerede.

C. Danmark løste konflikten mellem dansk ret og EMK ved at indføre en formel regel. Man burde i stedet – i overensstemmelse med nordisk retsopfattelse – have søgt at give reglen et reelt indhold. Dermed ville man have undgået de problemer, der nævnes under B.

D. De nordiske lande risikerer nye domfældelser for krænkelse af §6, f.eks. fordi tiltaltes fortid normalt er retten bekendt inden afgørelsen af skyldspørgsmålet.

E. Unterpertingersagen tager for kategorisk afstand fra at benytte politirapporter som bevis. EMD viser ikke tilstrækkelig forståelse for hensynet til offeret.

F. I lyset af Unterpertingerafgørelsen vil Danmark også kunne risikere en dom for anvendelse af videoafhøringer af børn.

G. EMD er gået for vidt i sin dynamiske fortolkning af EMK. EMD bør kun afsige dom for overtrædelse af de helt basale rettigheder. Hvor en anden retstilstand ville være ønskelig, men ikke kan siges at være absolut nødvendig til opfyldelse af EMK, bør EMD anvende henstillinger til staterne.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Gustav Bygglin

Nordisk selskabsret og europæisk integration

Nordisk selskabsret og europæisk integration

Av lagstiftningsrådet GUSTAV BYGGLIN, Finland.

1. Inledande reflexioner

Den europeiska ekonomiska integrationen har successivt i allt högre grad såväl inom statsförvaltningen som inom näringslivet gjort sig påmind i den nordiska juristens dagliga arbete. Ännu för några år sedan kunde man utgående från nationella utvecklingsbehov rätt tryggt förutspå rättsutvecklingen inom de flesta områden. Nu är man tvungen att i en tidigare okänd utsträckning beakta även det internationella perspektivet. Rättsutvecklingen inom de Europeiska Gemenskaperna, EG, och dess medlemsländer har tidigare beaktats som ett intressant jämförelseobjekt för övriga europeiska länder. Från att ha varit endast en uppslagskälla växte EG-rättens betydelse så att avvikande nationella lösningar i regel krävde särskilda motiveringar. Inom EG omfattade lösningar gavs ett egenvärde, som påverkade nationella värderingar beträffande behovet av att utveckla ett visst område. I dag dominerar besluten om att skapa en gemensam inre marknad i Europa och strävan till en enhetlig europeisk ekonomisk sfär, EES, alla planer på att utveckla de rättsområden som har anknytning till de fyra friheterna; rörligheten för människor, varor, kapital och tjänster.

Att i dessa tider författa ett referat i ett ämne med anknytning till den europeiska integrationen för en debatt som skall föras om över ett halvt år är synnerligen vanskligt. Dels utvecklas själva EG-rätten snabbt, dels är såväl det eventuella EES-avtalet som dess innehåll fortfarande öppet, eftersom de egentliga förhandlingarna ännu inte har inletts. Då detta skrivs är inte ens den analys slutförd, som skulle indikera vad ett eventuellt EES-avtal kunde omfatta. Med beaktande av den ytterst forcerade tidtabell som preliminärt godtagits för de kommande förhandlingarna skulle en konkret förankring av referatet i dagens läge medföra att referatet vid tidpunkten för debatten skulle ha vissa rätts- och idéhistoriska drag som inte åsyftats. Av dessa orsaker behandlas frågorna om den nordiska bolagsrätten och den europeiska integrationen i det följande på ett mera allmänt och principiellt plan i hopp om att åtminstone frågeställningarna ännu är relevanta då detta debatteras.

De nordiska länderna står alla inför den drastiska integrationsutvecklingen,

Danmark som medlem i EG och de övriga nordiska länderna som medlemmar av den europeiska frihandelsunionen EFTA. Det är i och för sig uppenbart nyttigt med en diskussion, inte bara inom och mellan grupperingarna, utan även mellan aktörerna över de nuvarande grupperingarnas gränser. Det går lätt så att nationella intressen kommer främst i en diskussion inom grupperingen, och grupperingens intressen i diskussioner mellan aktörer från olika grupperingar. I dessa diskussioner glömmar man ofta eventuella mönster, som inte följer grupperingarnas gränser. Ett sådant mönster bildar de nordiska länderna och det traditionella nordiska samarbetet.

Danmark har som medlemsstat i EG under de senaste decennierna varit i en central ställning vid utformandet av det nya Europa, medan de övriga nordiska länderna haft en perifer ställning i integrationsprocessen. Då man för uppnående av en ny europeisk ekonomisk sfär antog EFTA som gemensamt forum för de västeuropeiska länder som inte är medlemmar i EG, öppnade sig nya hisnande vyer. Den inom EG omfattade normeringen var inte längre bara ett beaktansvärt alternativ för rättsutvecklingen, utan det enda realistiska alternativet om man ville uppnå det åsyftade resultatet. EG-direktiven och -förordningarna, som hade varit intressant bredvidläsning för jurister som sysslade med vidareutveckling av rättsområden, fick en alldeles annan innebörd. Det finns skäl att anta att inte bara jurister i Finland, utan även Island, Norge och Sverige kände en viss osäkerhet då de, för att få en bild av vilken inverkan ett eventuellt EES skulle ha, tog del av EG-regleringen på sitt ansvarsområde. Direktivens torra utsagor hade fått en annan, djupare innebörd. För lagberedaren, med ansvar för en viss sektor, uppkom lätt känslan av att någon utan hans vetskap och medverkan redan berett och fattat viktiga beslut om grundlinjerna i den kommande utvecklingen på hans ansvarsområde. Det är säkert många som ställt sig frågan huruvida de under det senaste decenniet underlåtit att utföra sina tjänsteåligganden, när så stora luckor förelagat i deras kunskaper om utvecklingen inom deras område på den europeiska kontinenten.

2. Den nordiska integrationen

Integration är inget främmande för de nordiska länderna. Även om ett NORDEK aldrig som sådant blev av, är det väl just integration och bevarande av uppnådd integrationsgrad det nordiska samarbetet har strävat och strävar efter. Då man talar om den europeiska integrationen och Romtraktaten glömmar man lätt Helsingforsavtalet och dess förpliktelser, som för oss nordbor en längre tid fram-

stått som självklara. Ett naturligt integrerat Norden har dock så djupa rötter att vår integration inte i det dagliga livet fordrar några stora omställningar i samhället eller att märkliga politiska beslut krävs för dess upprätthållande.

Det finns emellertid stora skillnader mellan den nordiska och den europeiska integrationen. Den bredd och det djupa samarbetet mellan de nordiska länderna har i dag är av alldeles annan klass än man inom en överskådlig framtid kan vänta sig i det övriga Europa. Samarbetet på alla nivåer i Norden, t.ex. inom det kulturella och det sociala området, kommer knappast att under vår livstid uppnå samma djup i Europa. Även om samverkan på bl.a. dessa områden kommer att fördjupas, är tyngdpunkten för tillfället lagd på den ekonomiska integrationen. Harmoniseringen av lagstiftningen har i dag som primärt mål att möjliggöra ett europeiskt ekonomiskt område och dess målsättning är betydligt mer begränsad än det nordiska samarbetets. Å andra sidan är de europeiska redskapen för harmoniseringen betydligt effektivare än de nordiska. Där EG-direktiven är direkt förpliktande för medlemsländerna, bygger den nordiska lösningen på frivillighet i alla skeden. Denna styrka i EG-systemet är samtidigt dess svaghet: harmonisering sker endast på begränsade områden och endast i sådan utsträckning att vitala intressen i något medlemsland inte lederas. Vid frivillig harmonisering kan man däremot godkänna nationella undantag samtidigt som man eftersträvar samstämmighet även i form och i detaljer.

En viktig del av den nordiska integrationen är en samstämd lagstiftning på privaträttens område, inte minst på bolagsrättens område.

3. Den samnordiska aktiebolagsrätten

Den nordiska bolagsrätten präglas av ett av det nordiska lagstiftningssamarbetets flaggskepp, den samnordiska aktiebolagsrätten. De aktiebolagslagar som under åren 1973 – 1978 stiftades i alla nordiska länder var resultatet av ett omfattande gemensamt beredningsarbete som påbörjades år 1960. Harmoniseringsgraden var påfallande hög och är det ännu i dag. De mål man eftersträfvade med en gemensam lagstiftning har i praktiken visat sig ha uppnåtts. Såväl doktrin som praxis är användbar över de nordiska gränserna och i näringslivet är den underlättade förståelsen för aktiebolagskonstruktionen en naturlig sak i verksamheten över de nordiska gränserna. Emellertid kan man också skönja vissa drag som bidragit till att den europeiska utvecklingen kanske inte i tillräcklig utsträckning beaktats på bolagsrättens område efter tillkomsten av den samnordiska lagstiftningen.

Det var en kraftansträngning utan motstycke på handelsrättens område att

uppnå en samnordisk lagstiftning om aktiebolag. Genomförandet av den nya regleringen på fältet och beredningen av följdlagstiftning var även de omfattande uppgifter. De begränsade beredningsresurserna på associationsrättens område hade i stor utsträckning använts för att genomföra det stora projektet och andra uppgifter, som lämnats vilande, påkallade uppmärksamhet. Bland annat dessa skäl bidrog till att man inte var benägen att omvärdera frågor som på ett mera ingripande sätt kunde rubba det uppnådda resultatet. Grundlösningarna i lagen blev kanoniserade och de ändringar som gjordes var i det första skedet närmast korrigeringar som visat sig nödvändiga vid tillämpningen av lagen i praktiken. Inte heller från fältet höjdes några röster för en kontinuerlig vidareutveckling av de områden lagen reglerade. De i Danmark vidtagna ändringarna, som medlemskapet i EG medförde, fick troligen i alla andra nordiska länder alltför liten uppmärksamhet; måhända beklagade man att rättslikheten led av åtgärderna men man gjorde föga för att omvärdera den med stor möda skapade gemensamma lagstiftningen. Emellertid påkallade utvecklingen i samhället med tiden reglering även i aktiebolagslagstiftningen om nya dittills oreglerade fenomen. Som exempel kan nämnas övergången till en förenklad aktiehantering eller ett helt papperslöst aktiesystem och de anställdas medbestämmanderätt i bolagen. Behovet av reglering på dessa områden uppkom emellertid i de olika länderna vid olika tidpunkter och tidtabellen för regleringen gjorde det sällan möjligt att invänta att behovet skulle uppkomma även i de andra länderna. Ändringsbehoven var påkallade av fenomen utom bolagen och fordrade, t.ex. i fråga om papperslöst aktiehanteringssystem, avsevärda investeringar och grundande av nya institutioner. Detta att vara avhängig eller rentav en biprodukt av andra projekt var något nytt för den traditionella bolagsrätten. Av dessa orsaker har länderna i aktiebolagslagstiftningen genomfört vissa delreformer som inte beretts gemensamt, även om konsultationer i regel har föregått mera genomgripande ändringar. Stommen och grundprinciperna i den gemensamma lagstiftningen har däremot fått bestå.

Utvecklingen har sålunda, något tillspetsat uttryckt, lett till det att man i de olika nordiska länderna inför små tillägg och ändringar i aktiebolagslagarna och pliktskyldigast konsulterar de andra länderna. Dessa saknar ofta större intresse för ändringarna just då och den största nyttan med konsultationerna är således att utbyta information och synpunkter samt att stilla ett korporativt ont samvete. Denna utveckling har med oro följts av de för lagstiftningen ansvariga ministrarna utan att utvecklingen till dags dato kunnat stoppas. Det har varit aktuellt att undersöka hur långt de olika ländernas lagstiftning de facto fjärmats från varandra och vissa konkreta åtgärder i detta syfte har även vidtagits. Faran föreligger att den samnordiska lagstiftningen närmast ses som en hämsko för utvecklingen, samtidigt som ingen förnekar dess fördelar. Endast nödvändiga reformer görs,

men sådant som skulle rasera den uppnådda samstämmigheten undviks även om följderna är att lagstiftningen stagnerar.

4. Den bolagsrättsliga harmoniseringen i Europa

Utvecklingen inom EG på bolagsrättens område ställer frågan om den fortsatta nordiska gemensamma aktiebolagsrätten på sin spets. Oberoende av till vilket resultat man kommer i EES-processen borde den nordiska bolagsrätten avstämmas med EG-rätten. Ett nordiskt aktiebolag bör identifieras som en jämbördig juridisk person i förhållande till bolagen inom EG. En nordisk aktie bör motsvara en aktie inom EG. Frågan är sålunda om man vill upprätthålla den nordiska integrationen vid sidan av den allmäneuropeiska.

För upprätthållande av en nordisk rättslikhet talar nu samma skäl som för tjugo och trettio år sedan. Att upprepa dem inför en nordisk publik är onödigt. En stor del av skälen talar *mutatis mutandis* för en harmonisering av den europeiska bolagsrätten. Emellertid är den europeiska bolagsrättens harmonisering ännu på en rätt blygsam nivå och en samstämmighet lik den nordiska är inte att vänta inom en överskådlig framtid, om ens någonsin. Långtgående harmoni kan uppnås endast med överstatliga, direkt bindande normer eller genom en mycket omfattande och i de nationella rättsordningarna och företagsekonomiska strukturerna djupt ingripande styrning av bolagsrätten. För genomförandet av den gemensamma marknaden är detta inte nödvändigt.

Harmoniseringen av bolagsrätten inom EG strävar sålunda i första hand till att de bolag som uppträder som aktiebolag inom EG bör ha samma grundegenskaper. Meningen är att aktieägare, borgenär och tredje man kan förlita sig på att bolaget är en bestående juridisk person med bland annat visst minimikapital, garantier för dess bestånd, betryggande organisation, räkenskaper och revision samt möjligheter till insyn för utomstående. Då bolagen uppfyller de krav EG-direktiven i detta avseende uppställer, kan de ges rättigheter och erkännande över gränserna; bli operativa på ett europeiskt plan. Harmoniseringen och de underlättade möjligheterna till gränsöverskridande verksamhet genomförs med direktiv, vilket endast delvis innebär harmonisering. Medlemsländerna har sålunda möjligheter att bibehålla eller utveckla nationella särdrag inom ramen för direktiven. Vidare kan direktivens bestämmelser genomföras på många sätt och många av bestämmelserna i direktiven är valbara, alternativa eller frivilliga. En del bestämmelser, t.ex. det sjätte bolagsrättsliga direktivet om delning av bolag, tillämpas endast om den nationella rättsordningen tillåter sådan fission. Stegen från direktiv till nationell lagstiftning och bolagens bolagsordningar är långa.

5. Implementeringsproblematik

Utan att ta ställning till frågan om till vilken grad, vid vilken tidpunkt och på vilken grund bolagsrätten även i de andra nordiska länderna än Danmark skall bringas i konformitet med EG:s direktiv, bör man i de nordiska länderna ta ställning till om direktiven räcker som gemensam faktor även för de nordiska länderna, om dessa skall genomföras på samma sätt och i samma omfattning i de nordiska länderna och om harmoni på de områden som inte omfattas av direktiven skall upprätthållas eller inte.

Utgångspunkten för alla nordiska länder är en mer eller mindre likalydande, relativt modern lag. En totalrevision av aktiebolagslagstiftningen är inte aktuell i något nordiskt land. En anpassning till EG:s normer fordrar dock djupa ingripanden i lagen. Ett exempel: De långtgående kraven i vissa EG-direktiv, som bör tillämpas på alla s.k. public limited companies, förefaller omöjliga att låta bli tillämpliga på alla aktiebolag, i synnerhet som aktiebolagsformen i samtliga icke EG-anslutna nordiska länder i vid utsträckning används för mindre och medelstor företagsverksamhet. Att höja minimiaktiekapitalet till den nivå, som det andra bolagsrättsliga direktivet förutsätter, torde åtminstone i Finland vara mycket svårt inom överskådlig framtid. Bland annat av dessa orsaker blir det aktuellt att överväga frågan om uppdelning av aktiebolagen i två former; sådana som uppfyller europeisk standard och sådana som inte gör det. Detta kan låta sig göras genom specialbestämmelser om de förstnämnda i aktiebolagslagen eller genom speciallagstiftning om mindre bolag, varvid kraven i aktiebolagslagen kan skärpas. Den senare lösningen motsvarar som bekant Danmarks särskilda lagstiftning om anpartsselskab.

Exemplet aktualiserar, förutom problemet med harmoniseringsgraden, även frågan om vilken vikt de övriga nordiska länderna bör fästa vid att Danmark valt en viss lösning. Genom att omfatta de danska modellerna kunde man uppnå den rättslikhet mellan alla nordiska länder som delvis inte uppnåtts eller som gått förlorad på grund av Danmarks internationella förpliktelser. Man bör även märka att Danmark vid val av sätt för implementering av direktiv haft förutom samma lagstiftningsgrund, även i stort sett samma företagsklimat som det övriga Norden. Min åsikt är att de danska lösningarna bör ägnas särskild uppmärksamhet och på så sätt ges en privilegierad ställning vid val av alternativa implementeringsformer. Fastän Danmark ofta under de senaste årtiondena gått sin egen europeiska väg skall det väl inte hindra oss andra från att beträda samma stig, när det nu förefaller som om vi skulle vara på väg åt samma håll. Ett kritiklöst omfattande av denna tankegång skulle emellertid ställa alla de övriga nordiska länderna inför två färdiga lösningar och inte bara en.

6. Bolagsrätten som harmoniseringsobjekt

Utformningen av implementeringslösningen hänger intimt samman med karaktären hos den norm som borde omfattas. Då det gäller bolagsrätt – den nordiska bolagsrätten – skulle jag vilja påstå att det finns färre hinder än på de flesta andra rättsområden att omfatta lösningar som prima facie förefaller främmande. Trots allt var det inte nordbor som uppfann aktiebolaget. Det finns mycket litet inom bolagsrätten som man kunde hänföra till „naturrättens“ område. Det som inom bolagsrätten kan tyckas följa av sakens natur är oftast en analogi dragen ur bolagskonstruktionen eller ratio bakom den.

Bolagsrätten är sålunda till sin natur ett uppifrån kommande regelverk för utövande av näringsverksamhet. Statsmakten har genom bolagslagstiftningen standardiserat det ekonomiska samarbetet så att den endast om vissa kännetecken uppfylls ger såväl rättskapacitet åt den juridiska personen som befrielse från personligt ansvar för deltagarna. Det är alltså fråga om en regelrätt styrning av medborgarnas verksamhet på det sättet att statsmakten ger till förfogande en viss konstruktion som ger en del fördelar i jämförelse med oorganiserad verksamhet. Konstruktionen påtvingas inte medborgarna utan de ges bara en möjlighet att utnyttja den. Bolagsrätten anger endast ramarna för verksamheten, men ingriper inte i den verksamhet som bedrivs. Detta speciella drag ställer enligt min mening bolagsrätten i en särställning i förhållande till andra rättsområden. Det är lättare att ändra en juridisk överbyggnad som inte härleder sig ur medborgarnas verksamhet utan som endast är en överenskommen form för verksamhetens bedrivande.

Den traditionella bolagsrätten är på sätt och vis ett autonomt system i den bemärkelsen att få rättsområden har någon större inverkan på den. De delområden där detta är fallet, t.ex. skadeståndsrättens inverkan på ansvarsförhållandena inom aktiebolagen, omfattas i regel inte av EG-rätten. En annan sak är att t.ex. obligationsrättens allmänna läror ofta har ett avsevärt inflytande på den konkreta bedömningen av ett bolagsrättsligt fall. Även fränsett den europeiska integrationen är utvecklingen inom bolagsrätten i mycket beroende av vad som sker utomlands. De områden, där en nyreglering fordras, är betingade av fenomen som först uppkommit och oftast också först reglerats utomlands. Ofta är det dessutom så att själva fenomenet i sig innehåller den normativa lösningen. Det kan t.ex. uppkomma nya former för anskaffning av kapital som, för att överhuvudtaget kunna tas i bruk, fordrar lagreglering. Information av visst slag kan i internationell praxis bli en del av aktieägarens rättigheter. Det är i viss mån symtomatiskt att man, då man gör upp en förteckning över eventuella brister i den nationella bolagsrätten, har vissa svårigheter att på ett nordiskt språk hitta adekvata uttryck

för fenomen som takeover bids, crown jewels, white knight, insider trading mm.

De ovan nämnda omständigheterna, att bolagsrätten är ett autonomt, från ovan givet system och att såväl dess rötter som utvecklingstendenser är starkt influerade av den internationella utvecklingen, ställer även vissa krav på staterna att upprätthålla en internationellt godtagbar standard på sin bolagsrätt. Statsmakten är på sätt och vis en garant för att bolag med hemort i staten fungerar enligt godtagbara mönster. Ett av syftena med EG-regleringen på bolagsrättens område är just detta, att tvinga medlemsländerna att upprätthålla en viss minimistandard på sina bolag. Samtidigt vill man förhindra s.k. Delaware-fenomen, dvs. att ett land uppsåtligt upprätthåller en låg standard på sin bolagslagstiftning och ställer låga krav på sina bolag i akt och mening att locka bolag att etablera sig i detta land. I Finland har vi ofta från utländskt håll stött på stor skepsis beträffande standarden på vårt näringsliv, då våra aktiebolag fram till år 1980, när den nu gällande aktiebolagslagen trädde i kraft, verkade enligt en lag som stiftats år 1895 och då vår värdepappersmarknad var oreglerad i lag fram till år 1989.

Med ovan framförda tankar vill jag stöda påståendet att en strävan till en hög standard på bolagsrätten ligger i alla länders intresse och att denna standard med fördel bör vara internationellt omfattad och på samma nivå i så många länder som möjligt. Samtidigt vill jag påstå att det på bolagsrättens område, i motsats till många andra rättsområden, är lätt att godta färdiga lösningar. Då ett europeiskt regelverk utarbetats, som kommer att tillämpas i tolv betydande länder, innebär detta att regelverkets genomslagskraft som internationell normalstandard är avsevärd. Regelverket borde som sådant omfattas av länder inom samma ekonomiska kultur, oberoende av om länderna är förpliktade till detta genom internationella överenskommelser eller om en konformitet underlättar verksamhet över gränserna. Som ett konkret exempel på detta tänkesätt må nämnas Ungerns nya bolagsrätt från år 1988, som uppgjorts i enlighet med EG:s godkända och föreslagna bolagsdirektiv.

7. Grunderna för en revision

Det nämndes tidigare i förbigående att en revision av aktiebolagslagstiftningen är aktuell åtminstone i Finland, Norge och Sverige. Utredningar torde ha tillsatts i alla dessa länder när detta utkommer ur tryck. En av de främsta orsakerna att se över lagstiftningen är givetvis den europeiska integrationen. De ansvariga tjänstemännen från de nordiska ländernas justitieministerier och industriministerier

samlades till överläggningar om revisionen i november 1989. Några mer vittgående linjedragningar var det inte fråga om i detta skede, då enhällighet rådde om att den nordiska rättslikheten i mån av möjlighet bör bevaras såväl vad gäller strukturen av lagstiftningen som dess materiella innehåll. Frågan om hur det alla nordiska länder omfattande samarbetet skulle utformas lämnades till utredningsorganen, dock så, att vikten av samarbetet skulle betonas i utredningsdirektiven vid tillsättandet. Så långt är allt gott och väl sett ur den traditionella nordiska synvinkeln. Emellertid finns det många praktiska problem i en samordning i dag.

Det fordrades tjugo års intensivt arbete från startskottet för aktiebolagslags-samarbetet till dess alla lagar var i kraft i de nordiska länderna år 1980. Även om det nu endast är fråga om en revision av gällande, rätt samstämda lagar och ingen totalrevision, står det klart att revisionen bör vara genomförd inom några år. Den omständigheten att stommen i aktiebolagslagstiftningen har hållits statisk en längre tid har gjort att samhällsförhållandena har kört förbi lagstiftningen i vissa avseenden med påföljd att ändringsförslagen konkretiserats till krav på lösningar av ett visst innehåll. Med en bristfällig lagstiftning uppkommer nationella sedvane-rättsliga normer som det även med hänvisning till det samnordiska intresset kan vara svårt att ändra på. Likaså har i något eller några länder vissa utredningar gjorts i delfrågor och slutsatser dragits, vilka det kan vara svårt att rubba. Det är således ett skiftande lapptäcke utredningarna har att behandla.

Och så åter till frågan om resurserna i förhållande till egenvärdet i en samnordisk lösning. Om grunderna i bolagslagstiftningen samstäms på ett europeiskt plan, kommer åtminstone en del av idén med en enhetlig nordisk lagstiftning i ett annat sken. Är det rentav så, att de krafter som drev en samnordisk harmonisering i dag tappat intresset för detta till förmån för en europeisk lösning? Den europeiska integrationen och tidtabellen för dess förverkligande är för lagberedningsmaskineriet så betungande, att många t.o.m. viktiga nationella reformer får vika tills det europeiska grovgörat är undanstökat. Vilka möjligheter finns det då att kräva de tillägsresurser som en långtgående avstämning fordrar? Om vi skall satsa på en europeisk ekonomisk sfär, är det då meningsfullt att kanalisera resurser till att upprätthålla ett eget nordiskt område inom detsamma? Invändningarna mot att kanalisera resurser till det nordiska lagsamarbetet är förståeliga.

Emellertid finns det många lösningar på frågan hur man kan göra den nordiska aktiebolagsrätten europeisk. Man kan se lagsamarbetet som ett ändlöst avstämmande med kompromisser som följd. Men man kan även se samarbetet som en möjlighet till synergi. I anslutning till planerna på ett EES har man eftersträvat det senare. Som ett gott exempel härpå kan nämnas det av Nordiska ministerrådet finansierade projektet, där EG-direktiven jämförs med gällande rätt i de nordiska länderna. Då en genomgång av direktiven och en utvärdering av deras

eventuella implikationer på aktiebolagslagstiftningen blev aktuella, hade en naturlig lösning varit att man i varje land gjort denna jämförande analys och att eventuella nordiska överläggningar hade hållits på basis av denna. Genom nämnda projekt kunde man dels uppnå de fördelar, att analysen genomfördes på samma sätt beträffande alla länder, att resultaten för de olika länderna överskådligt kunde jämföras, att de åtgärder Danmark vidtagit i anledning av de redan godkända direktiven skulle ses i relation till den övriga nordiska bolagsrätten och sist men inte minst, arbetet med genomgången kunde ges till en utomstående, varför nationella resurser avlastades. Även i den expertgrupp som inom EFTA tillsatts för bolagsrättsliga frågor har ett likadant förfaringssätt anlitats vid genomgång av gällande nordisk rätt.

Enligt min mening kunde ett motsvarande förfarande användas i många frågor som kommer att uppkomma under den pågående revisionen. Det är klart att en utvärdering av analysen och dragandet av slutsatserna inte kan lämnas till utomstående, men successiv leverans av relevanta analyser på nordisk grund kunde avsevärt underlätta såväl den nationella beredningen av revisionen som avstämningen på nordiskt plan. Det är lättare att göra gemensamma avgöranden på basis av gemensamma utredningar än att koordinera åsikter som var och en bildat sig i sin vrå av Norden.

8. Övrig bolagsrätt

Den nordiska bolagsrätten är dock inte endast aktiebolagsrätt. Vad som ovan anförts om aktiebolagsrätten kan endast i mindre utsträckning sägas äga tillämpning på småbolag, öppna- eller handelsbolag och kommanditbolag. Dels är dessa bolagsformer djupt förankrade i den nationella obligationsrätten, dels är behovet för internationell samstämmighet mindre då dessa bolag endast i smärre utsträckning ägnar sig åt internationell verksamhet. Beträffande EG:s bolagsrättsliga direktiv har endast ett fåtal direkt tillämpning på småbolagen och inte heller dessa går vidare djupt in i bolagskonstruktionens kärna. Det är knappast troligt att harmonisering inom detta område kommer att ägnas någon större uppmärksamhet under de närmast kommande åren även om utvecklandet av småbolagens verksamhetsförutsättningar inom EG eller ett EES kan tänkas fordra åtgärder på överstatlig nivå. Av dessa orsaker torde det inte vara meningsfullt att i detta sammanhang ägna dessa frågor vidare utrymme.

9. Övernationella bolag

Regleringen av bolagsrätten inom EG omfattar även en förordning om en överstatlig ekonomisk intressegruppering, EEIG, och ett förslag till en förordning om Europa-bolaget. Avsikten med dessa överstatliga juridiska personer är att underlätta samarbetet över gränserna bl.a. därigenom, att flera nationella rättsordningar inte behöver tillämpas på multinationell verksamhet. Konstruktionerna är intressanta ur många perspektiv, men här vill jag framföra endast några synpunkter ur nordiskt perspektiv.

Tanken på överstatliga juridiska personer är inte heller den främmande för de nordiska länderna. Bl.a. på initiativ av Nordiska rådet har redan i början av 1980-talet utarbetats en promemoria om möjligheterna till ett nordiskt aktiebolag. En närmare analys av problemen gav vid handen, att ett omfattande lagberedningsarbete skulle resultera i en ny överstatlig konstruktion, som dock skulle medföra ett otal nya och svåra problem på andra rättsområden och vars användbarhet skulle vara begränsad. De fördelar man skulle ha uppnått med en sådan konstruktion var små närmast av den orsaken, att den samnordiska aktiebolagslagstiftningen redan löst de flesta av de problem en konstruktion av detta slag var ägnad att minska. Även om tanken på ett nordiskt aktiebolag då och då återupplivats då man sökt nya former för att intensifiera det nordiska samarbetet inom näringslivet, har den inte till dags dato lett till konkreta åtgärder.

I medlet av 1980-talet försökte man anlägga en ny synvinkel på det nordiska bolaget i det man frångick aktiebolagsmodellen och övergick till att studera hur en överstatlig nordisk samarbetsform kunde skapas med utgångspunkt i konstruktionen handelsbolag. Även om EEIG-samarbetsformen inte togs som förebild, blev resultatet en teoretisk konstruktion som i allt väsentligt överensstämde med denna. För att vidareutveckla modellen presenterades den för ett antal representanter för handel och industri. Resultatet var nedslående. De tillfrågade kunde endast med svårighet tänka sig områden, inom vilka en dylik samarbetskonstruktion skulle ha fördelar i förhållande till de vedertagna samarbetsformerna sådana som gemensamma aktiebolag eller joint ventures. Efter detta lades arbetet ned även på detta slag av nordiskt bolag.

EEIG-förordningen trädde i kraft i fjol och de första grupperingarna av detta slag har redan inlett sin verksamhet. Deras verksamhetsområde och storlek är begränsade i förordningen. Många öppna frågor i anslutning till deras verksamhet, bl.a. på beskattningens område, torde ha medverkat till att endast få EEIG:n registrerats när detta skrivs. Framtiden får utvisa om den största betydelsen av denna bolagsform var att den var den första överstatliga och sålunda av stor psykologisk betydelse för genomförandet av den inre marknaden, eller om den kommer

att ha större ekonomisk betydelse än vad nuläget utvisar. Juridiskt sett torde dessa firmagrupper inte innehålla några sådana främmande juridiska drag som skulle vara svårsmälta i ett nordiskt juridiskt klimat. Den danska lagen med tio paragrafer av den 5 april 1989 som kompletterar förordningen tyder på detta.

Inte heller det nya förslaget till förordning om en europeisk bolagsform, *Societas Europea*, innehåller några nya och utforskade rättsliga figurer. Den rättsliga regleringen av denna nya överstatliga juridiska person bygger på de principer som omfattats i direktiven. Även om man eftersträvat en bolagsform som skulle vara oavhängig av de nationella rättsordningarna, har SE i den form det föreslagits en avsevärd förankring i det rättssystem där dess huvudkontor är beläget.

Om planerna på ett enhetligt europeiskt ekonomiskt område förverkligas i den form det i skrivande stund förefaller sannolikt, torde företag från de nordiska EFTA-länderna i framtiden, förutom tillsammans med företag från EG-länderna, även sinsemellan kunna bilda europeiska bolag och bolagsgrupper. Detta innebär att alla nordiska kombinationer är möjliga. Ur nordisk synvinkel kan man med skäl vara glad för att bl.a. visionerna med ett nordiskt bolag på detta sätt förverkligas som en biprodukt av den europeiska integrationsprocessen. Vidare får vi vara glada över att vi inte tills vidare verkställt planerna på en samnordisk överstatlig bolagsform, då relationerna mellan en sådan bolagsform och den europeiska hade kunnat bli problematiska. Skapandet av bolagsformen hade krävt avsevärda resurser och bolagsformens livstid – förefaller det nu – hade varit mycket begränsad. Avregleringen eller en nyreglering för transformation av nordiska bolag i europeisk form hade ytterligare krävt resurser. Till den del en nordisk bolagsform hade setts som ett yttre tecken på nordisk gemenskap, vilket ofta framhållits i inlägg för en nordisk bolagsform, skulle den nämnda utvecklingen närmast ha haft en motsatt verkan.

Fanns det då några drag i det tänkta nordiska bolaget som inte kan förverkligas inom ramen för de europeiska varianterna? Måhända skulle det nordiska bolaget till sin struktur och funktion ha stått närmare den gemensamma nordiska aktiebolagsrätten, men detta är troligen av marginell nytta i ett överstatligt projekt. Det som det europeiska bolaget saknar är givetvis den nordiska prägel som skulle följa bolaget såväl på den nordiska hemmamarknaden som utomlands. Jag misstänker att denna nordiska prägel hade en stark emotionell grund, som inte kan bedömas eller fördömas. Den hade emellertid en annan sida, som har juridisk relevans. Ett utländskt bolags och en utlännings handlingsfrihet i ekonomiska angelägenheter är enligt lag mer eller mindre drastiskt begränsad. Ett vedertaget begrepp, som det visat sig mycket svårt att utrota i Finland, är „farligt rättssubjekt“, varmed man avser förutom utläningar och utländska bolag även finska bolag i vilka utläningar och utländska rättssubjekt kan äga mer än de i lagen

uppsatta kvoterna dvs. 20, i vissa fall 40 procent. Då avtalen mellan de nordiska länderna närmast på straff- och processrättens område har gjort det omöjligt att gömma sig och sin egendom i ett annat nordiskt land, är personer och bolag från nordiska länder betydligt mindre farliga än rättssubjekt från andra länder. Detta har bland annat gjort det möjligt i Finland att beträffande nordbor lätta på nationalitetskraven för styrelsemedlemmar i aktiebolag. Tanken med det nordiska bolaget var väl i viss mån att ge samarbetet mellan nordiska juridiska och fysiska personer ett sådant kännetecken, att man kunde bevilja avsteg från de ofta schematiska begränsningar som drabbar all verksamhet i vilken utländska ägare är inblandade. Det nordiska bolaget kunde nationellt ha klassificerats som ett ofarligt eller åtminstone mindre farligt bolag än andra utländskt ägda rättssubjekt. Emellertid skulle denna lösning ha haft även andra, mindre önskvärda sidor. Att favorisera vissa näringsidkare från vissa länder skulle samtidigt ha inneburit att andra länders företag och investorer försatts i en sämre ställning än de prioriterade. Detta strider uppenbarligen mot flera av de grundläggande principerna i det moderna umgänget stater emellan. Också om ett avsteg hade kunnat motiveras på ovan nämnda grunder, skulle dock skapandet av en ny juridisk person i akt och mening att prioritera det på andra bolags bekostnad knappast ha setts som förenligt med gällande folkrättsliga förpliktelser och god sed i handelspolitik. Jag tror att det är lyckligt att denna sida av den praktiska nordismen aldrig utvecklades längre än till tankeövningar.

Utan att närmare gå in på dessa närmast handelspolitiska frågor tror jag att tiden för sådana begränsade nordiska lösningar är förbi. Liberaliseringen av lagstiftningen, som gäller etablering och utländskt ägande dirigeras i dag i allt högre grad av utvecklingen inom större områden än Norden, i dag kanske främst Europa men även världsomspännande såsom inom ramen för OECD. Få beklagar väl en sådan utveckling i sig och jag tror att en nordisk lösning i detta avseende inte heller hade haft något egenvärde, i varje fall inte på sikt.

10. Framtidsperspektiv

Ovan har framställts reflexioner över förhållandet mellan den nordiska bolagsrätten och den europeiska integrationen i dag. Som sagt är vi nu i ett brytningskede, där det inom EG uppnådda bör utvärderas och implementeras i de nordiska länder som inte hör till EG. Men vilken är den nordiska bolagsrättens förhållande till den fortsatta integrationen? Det är givetvis vanskligt att förutspå hur långt man kommer att eftersträva ytterligare harmonisering på bolagsrättens område i framtiden. För tillfället förefaller det som om man koncentrerade sig på att

genomföra de redan föreslagna projekten. På sikt torde en vidareutveckling av den europeiska bolagsrätten emellertid bli aktuell. Om vi utgår från den nuvarande konstellationen med ett Norden som delvis är medlem i EG och delvis i EFTA och vidare antar att de centrala reglerna inom EG-rätten implementerats i nordisk bolagsrätt såsom ett led i ett förverkligat EES, kommer situationen att vara en annan. Frågan kommer då inte att vara hur en stor mängd redan godkända regler skall införas i de nordiska EFTA-ländernas rättsordning, utan huvudfrågan kommer att vara om de nordiska länderna har en gemensam roll inom EES. Ur EFTA-ländernas synvinkel är det rätt klart att en gemensam långtgående harmonisering av bolagslagstiftningen mellan EFTA-länderna inte är aktuell redan av den orsaken, att skillnaderna i grunderna för bolagslagstiftningen mellan alpländerna och de nordiska länderna är stora. EFTA är framför allt ett förhandlingsforum och saknar därför de drag som skulle påkalla en intern harmonisering mellan EFTA-länderna utöver det EES-normerna kräver. De nordiska länderna däremot har även inom EES intresse av att upprätthålla lagharmonin. För den skull anser jag det inte uteslutet att ett gemensamt agerande inom EES på bolagsrättens område i framtiden kan vara fruktbart. Den förnyade dialogen mellan alla nordiska länder, som påbörjas vid det nu aktuella revisionsarbetet, kan i framtiden utvecklas till ett naturligt forum där nya idéer för utvecklande av den nordiska och den europeiska bolagsrätten framkastas och vidareutvecklas. Detta är ett nytt drag i det nordiska samarbetet på detta område och det ger nya intressanta dimensioner. I nordiskt samarbete kan även aktuella förslag utvärderas och ståndpunkter koordineras. Ett gemensamt nordiskt agerande på internationella fora har gamla traditioner och många resultat har uppnåtts den vägen. Den omständigheten att Norden inom ett EES troligen kan inverka på de slutliga besluten såväl inom EG som EFTA medför intressanta drag, vilkas konkreta verkningar är svåra att bedöma i detta skede. Hur rätten till initiativ och beslutsfattande ser ut inom ett EES i framtiden och vilka delar av Europa ett EES då kommer att omfatta är ännu svårare att förutspå. Om man vid den nu aktuella revisionen av aktiebolagsrätten lyckas upprätthålla en hög grad av harmoni, talar mycket för att man även i framtiden kan lyckas komma överens om gemensamma implementeringsmönster för nya normer. Lyckas man skapa synergiska arbetsmetoder, blir samnordiskheten något som snarare underlättar än försvårar utvecklingsarbetet i framtiden. Hindren för nordiskt samarbete torde vara mindre nu än för några år sedan. Å andra sidan torde inriktningen på Europa och det härigenom förminskade intresset för parallellarbete på det nordiska planet medföra att endast de mest inbitna nordisterna längre är beredda till stora uppföringar för uppnående av nordiska lösningar som i relation till skeendet i Europa i dag kan förefalla vara av marginell betydelse.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Gunnar G. Schram

Forurening af havet som problem i national og international ret

Forurening af havet som problem i national og international ret.

Af professor GUNNAR G. SCHRAM Ph.D., Island.

I de sidste år har forurening af havet fundet sted i forøget målestok. Årsagerne er mange. På kontinentalsokkelen er udvinding af naturrigdomme fra havbunden stærkt forøget mange steder i verden, og fra sådan en udvinding er der altid en vis fare for forurening. Transport af olie med kæmpetankskibe over verdenshavene er stærkt forøget og her har alvorlige uheld fundet sted. Især kan der nævnes Torrey Canyon forliset i 1967, der måske var den første ulykke der vakte opmærksomhed på nødvendigheden af nye forebyggende forureningsregler på havene, og Exxon Valdez ulykken ved Alaska for nylig. At skille sig af med, eller udlosse farlige eller giftige affaldsstoffer er også et voksende problem, ikke mindst hos de industrialiserede nationer i Evropa og Amerika. Mange har udset sig havet som losseplads for sådanne stoffer og forbrændingen af dem ude på havet er også forøget med resulterende luftforurening. At skille sig af med radioaktive stoffer er et kapitel for sig, og forskellige stater har sænket dem i havet. Her ligger muligvis den største forureningsfare for fremtiden, idet affald af denne art er radioaktivt i flere tusind år. Dets indvirkning på havet kan derfor være yderst skadelig for opvæksten og udviklingen af havets levende naturrigdomme. Dette er en af årsagene til at nogle af de nordiske lande, heriblandt er Island, har protesteret kraftigt imod den engelske regerings planer om bygningen af et genudvindingsanlæg for radioaktive stoffer i Dounreay på Skotlands nordøstkyst og bygningen sammeds af en kæmpestor undersøisk affaldstank for radioaktive stoffer. En katastrofe i sådan et anlæg kunne forårsage at radioaktive stoffer blev spredt over fiskefelter i Nordsøen og det nordøstlige Atlanterhav, med ødelæggelse af de nationers erhvervsmuligheder som følge, der baserer deres økonomi hovedsagelig på fiskeri.

1. Problemet:

Havets voksende forurening.

Denne udvikling har gennem de sidste årtier ført til voksende bekymringer for vedkommende landes befolkning og regeringer såvel som jurister der har med så-

danne sager at gøre. Dette finder sted ikke mindst i de nordiske lande og de andre lande der grænser til det nordøstlige Atlanterhav. De fleste af disse lande er blandt de mest industrialiserede i verden. Deres industri forårsager en betydelig forurening. Denne forurening bemærkes i mange forskellige former, helt fra Nordsøens tragiske tilstand, hvor fiskebestanden er i hastig nedgang, til skovenes og indsøernes tilstand i Skandinavien, der har lidt uhyggelige skader ved den syreregn der stammer fra landene syd og østpå i verdensdelen.

Det er naturligt at jurister og regeringer i de nordiske lande har vendt blikket specielt mod havets forurening. Det er ikke mindst på grund af at i det mindste tre af dem har deres hovedlevevej fra fiskeri i Nordøst-Atlanten, d.v.s. Island, Færøerne og Grønland. Som eksempel kan tages Island hvor 60 - 70 % af nationens eksportindtægter stammer fra fiskeindustrien, og disse tal er endnu højere for Færøerne og Grønland. Det er således indlysende at en af de vigtigste interesser for disse nationer, og i øvrigt alle de nordiske lande, er at sikre at havets forurening holdes på det laveste niveau, således at fiskearternes vækst og udvikling inden for deres søterritorier bliver sikret ind i fremtiden.

Inden for de nordiske lande er forståelsen for hvor alvorlige disse problemer er, vokset betydeligt i de seneste år. Denne forståelse er genspejlet i nationernes samarbejde i kampen mod havets forurening. Her kan nævnes konventioner som Helsingforskonventionen om Østersøens beskyttelse (1974), der trådte i kraft 1980, og Københavnkonventionen (1971) om værn mod olieforurening af havet. Disse konventioner gælder inden for de nordiske lande, men de nordiske lande er også parter i forskellige andre europæiske konventioner om værn mod forurening af havet, f. eks. Bonnkonventionen (1969) og Pariskonventionen om værn mod havets forurening fra land (1974), der trådte i kraft i 1978. Her kan man også pege på Oslokonventionen om forbud mod udlosning af affald i Nordøst-Atlanten (1972), og London-konventionen med samme formål der gælder for alle verdenshavene (1972).

Foruden de nordiske landes samarbejde i kampen mod havets forurening gennem internationale konventioner, har deres politiske samarbejdsorgan, Nordisk Råd, interesseret sig mere og mere for denne sag i løbet af de sidste år, og udført et betydeligt arbejde. På rådets 38. møde, der fandt sted i Reykjavik i den sidste uge af februar 1990, var miljøproblemet dets næst vigtigste sag. For rådet lå der et Ministerrådsforslag om en nordisk handlingsplan mod forurening af havet, der blev diskuteret udførligt og vedtaget. Deri finder man forslag om de nordiske landes samarbejde på dette felt de næste måneder, om hvordan planen skal være, og om Nordens deltagelse i internationalt samarbejde. I oktober 1989 holdt Nordisk Råd en speciel konference i Helsingør hvor vigtige bestemmelser blev vedtaget og indbefattet i den handlingsplan, der blev fremlagt for rådet på februar mødet i

Reykjavik 1990. I bilag med handlingsplanen (Bilag 1) findes en instruktiv oversigt om "tilstanden i de havområder der omgiver de nordiske lande". Der fremkommer tydeligt nødvendigheden af at forhindre den voksende forurening af havet ud for disse landes kyster, og på hvilken måde nordisk samarbejde her kan skabe en betydelig forbedring af situationen.¹

2. Den internationale rets grundprincipper om miljøbeskyttelse.

Man kan spørge om hvilke løsninger lov og ret har til at forebygge havets forurening. Spørgsmålet har større værdi vedrørende international ret end den natio-

¹ Som eksempel refereres der til kapitlet om forholdene i havet omkring Island, der er som følger:

Forurening i islandske farvande knytter sig hovedsagelig direkte til hovednæringsvejen i landet, fiskeriet, som følge af flådens påvirkning på feltet, bl.a. igennem spuling af lasterne til søs og anden påvirkning som f.eks. af olie og affald fra skibsfarten og ikke mindst mistede fiskeredskaber (spøgelsesnet). Anden forurening kommer fra beboelsen i landet og med havstrømmene og atmosfærisk nedfald fra andre strøg, som bl.a. mærkbar radioaktivitet fra genudvindingsanlægget i Sellafield og kernekraftulykken i Chernobyl. Radioaktiviteten fra Sellafield viser sig at følge strømmene fra Nordsøen langs Norge til Spitsbergen og derfra til østgrønlandske og islandske farvande. Denne rute tager 6 - 8 år. Radioaktiviteten er ganske lav i islandske farvande, dvs. 1/100 del af Nordsøens koncentration. Det skal bemærkes at vandmassernes egenskaber i Nordsøen kan spores 4 - 6 år senere i islandske farvande. Det er dog yderst vigtigt fra sundhedsmæssige og økonomiske synspunkter at stå vagt om problemet og sætte en stopper for radioaktivt udslip i havet. Det skal påpeges, at i nordlige farvande fra Nordatlanten til Ishavet finder en stærk militærtrafik til stadighed sted, som for en stor del er atomkraftdrevne og bevæbnet med atomvåben. Denne militære søtrafik reguleres ikke af nogen international traktat, f. eks. LDC, MARPOL, SOLAS o.s.v. . . og er en stadig trussel om radioaktiv forurening i havet. Hertil kommer desuden civil og militær overflyvning med radioaktive stoffer. I denne anledning bør fremhæves, hvilket fremkommer i IMOS's Load Line konventionen, at havet ved Island, Østgrønland og de nordiske farvande op til og inklusive Ishavet klassificeres som nogle af verdens farligste havområder. Offshorevirksomhed i disse nordiske havområder overvejes, og hvis den kommer i stand, må der arbejdes med den størst mulige forsigtighed af hensyn til miljøet. Søtransport og overflyvning med radioaktive stoffer, olie og andre farlige kemikalier i disse områder bør derfor også udføres med største forsigtighed både på grund af den direkte fare for ulykker ved transporten og havets miljø og økologi.

I modsætning til forurening ude på havet er forurening fra virken på land oftest lokal, om det så drejer sig om næringsstoffer bl.a. fra landbrug, akvakultur, fiskefabrikker, almindelig spildevand fra byer eller industriudslip, f.eks. fra metalfabrikker, fremstilling af maling og garvning af skind.

Havet er således knyttet til hele menneskeheden igennem transport og kommunikation, fiskeri og akvakultur, rekreation og sundhed.

(Nordiska rådet. 38. sessionen 1990. Ministerrådsforslag om en nordisk handlingsplan mot förorening av havet. Förtryck B 104/s. s. 81).

nale ret, idet hver stat inden for sine egne grænser har jurisdiktion over egne statsborgere og de udlændinge der opholder sig der.

Løsningen der her er til omtale er først og fremmest de grundprincipper der måtte findes i den traditionelle internationale ret og kan benyttes til at bestemme staternes forpligtelse til at forhindre havets forurening. For det andet er der her tale om internationalt samarbejde i form af bilaterale eller multilaterale traktater om miljøbeskyttelse sluttet af stater. Som bekendt har sådanne traktater folkeretlig gyldighed hvis tilstrækkelig mange nationer deltager. For det tredje kan man her nævne samarbejde mellem stater på det politiske område, der henstiller til hver stat at indbefatte i sin nationale lovgivning bestemmelser om miljøbeskyttelse og dermed om værn mod forurening af havet, der her omtales specielt. Et eksempel på sådan et samarbejde er arbejdet inden for det Nordiske Råd, der her er til omtale.

Vedrørende spørgsmålet om hvorvidt den traditionelle folkeret indbefatter grundregler der kan benyttes til at forpligte stater til at forhindre forurening af havet, har man anset at der var nogen tvivl². Der rejser sig bl.a. spørgsmålet om hvorvidt staterne kan pådrage sig folkeretligt ansvar for handlinger på deres territorium, som ikke i sig selv er i strid med folkeretten, dvs. handlinger som ikke er objektivt retsstridige, men som forårsager skader i andre staters territorium. Opmærksomheden henledes på muligheder når der er tale om forurening der bevæger sig over statsgrænser og forårsager skade i nabostater, jfr. Chernobylulykken, og den forurening der transporteres med floden Rhin.

Her kommer man til det folkeretlige grundprincip, der er en stats ansvar (State responsibility), og hvor grænsen for dette ansvar ligger. Man må anse at denne teori er omfattende nok til at indbefatte miljøskader som en stat forvolder en anden med sine handlinger. Selvom en stat i kraft af sin højhedsret har vidtgående legale rettigheder med hensyn til nationalret, kan det dog ske at retsmisbrug har fundet sted, og at staten derfor bærer ansvar for aktiviteter der ellers anses for tilladelige. Retsmisbrug anses for at være i strid med folkeretten. Et eksempel er hvis en stat forandrer et flodleje sådan at det forvolder skade i en anden stat hvor floden ligger.

Her sætter man med andre ord naborettens synspunkter på prøve, det grundprincip ikke at forvolde andre stater skade med handlinger der overskrider naturlige og lovlige grænser.³ Dette grundprincip blev bekræftet med hensyn til luftforurening i *Trail Smelter* voldgiftskendelsen, der løste en disput mellem Kanada og

² Se bl. a. Folkeret. C. Gulmann, J. Bernhard, T. Lehmann, København 1989, s. 115-118.

³ The Environmental Law of the Sea. D.M. Johnston, E.Schmidt Verlag, Berlin 1981, s. 21.

U.S.A. i 1941, og i *Corfu Channel* sagen i 1949 mellem England og Albanien, hvor domstolen understregede „enhver stats forpligtelse til ikke at tillade at dets territorium bliver benyttet bevidst for foretagender der går imod andre staters rettigheder.“ Princippet blev også bekræftet i *Lake Lanoux* voldgiftskendelsen mellem Frankrig og Spanien i 1957, hvor den blev anvendt vedrørende en international flod; voldgiftskendelsen handlede dog ikke om forureningsproblemer. Forskellige folkeretseksperter mener at disse domme betyder at der i folkeretten er blevet skabt et grundprincip om objektivt ansvar for miljøbrøder, og det må anses at det samme gælder for retsmisbrug der forårsager miljøskade, som en af de grundlæggende retsprincipper den internationale domstol bør tage hensyn til i sine domme. Der er dog delte meninger i denne henseende, og man kan ikke fastslå at dette er tilfældet når der er tale om traditionel folkeret der ikke er baseret på traktat.

3. Staternes pligter baseret på internationale overenskomster.

Man kan se hvor forholdsvis kort tid det er siden man blev klar over nødvendigheden af bestemte lovbestemmelser for bekæmpelsen af havets forurening, af at det var ikke før end 1954 at den første traktat desangående blev sluttet. Denne var the International Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil.⁴ Ifølge denne overenskomst var udlosning af olie forbudt på store områder udenfor de pågældende staters kyster (50 sømil). Med senere ændringer fra 1969 og 1971 blev disse bestemmelser gjort mere omfattende, og en af de Forenede Nationers særorganisationer, IMCO, fik overdraget ansvaret og opgaverne i forbindelse med beskyttelse mod forurening af havet.

I de følgende år blev der underskrevet en mængde internationale kontrakter der behandler de forskellige felter angående beskyttelse mod forurening af havet.

Det er uomtvisteligt at disse foranstaltninger er de mest effektive der er foretaget indenfor folkeretten til løsning af dette problem. Den mest udførlige og bemærkelsesværdige af disse overenskomster er kapitlet om havforurening (XII. del) i de Forenede Nationers Havretskonvention, der blev stiftet i 1982. Den bliver specielt omtalt her forneden, men først bør nævnes nogle af de vigtigste konventioner af denne art indenfor den internationale ret.

I Genferkonventionen (1958) om det frie hav, som blev vedtaget på de Forenede Nationers første Havretskonference, blev havets beskyttelse omtalt i to artikler, den 24. og 25. I den første erklæres det for staternes pligt at sætte regler,

⁴ 327 U.N.T.S. 3.

der forhindrer forurening af havet forårsaget ved udlosning af olie fra skibe eller ledninger, eller ved pumpning af olie fra havbunden. 25. artikel forkynder at enhver stat er forpligtet til, i overensstemmelse med standarder og regler, der måtte vedtages af pågældende internationale organisationer, at træffe foranstaltninger der forhindrer forurening forårsaget af radioaktivt affald som udlosses i havet.

Disse bestemmelser var begrænsede og har ikke fundet stor anvendelse, bl.a. fordi så få stater var parter i de 4 Genferkonventioner om havet fra 1958. I ingen af artiklerne fastsættes der bestemte standarder eller grænser, som staterne var forpligtede til at følge i forbindelse med beskyttelse mod forurening på de to nævnte områder. Ikke desto mindre betød disse begrænsede bestemmelser i konventionen om det frie hav fra 1958 et skridt fremad, og de banede vejen for de senere overenskomster.⁵

4. Miljøkonferencen i Stockholm 1972.

Inden andre overenskomster omtales skal her nævnes de Forenede Nationers første miljøkonference i Stockholm i 1972, hvori 113 nationer deltog. Konferencen havde enorm indflydelse på medlemsstaternes miljøpolitik og beredte jordbunden for senere internationale konventioner, bl.a. Havretskonventionen fra 1982. Selv om konferencens slutdeklaration ikke havde forpligtende gyldighed som lov indeholdt den dog de principper som senere indgik i lovformelige traktater.

Stockholmkonferencen var en af de største konferencer nogensinde samlet på de Forenede Nationers vegne, og forberedelserne, der begyndte fire år tidligere, var af hidtil ukendt format. Konferencen vedtog en deklARATION der fremsatte 26 grundregler for vedligeholdelse og forbedring af det menneskelige miljø, og en handlingsplan om fremgangsmåde indeholdende over 100 forslag til initiativer i internationalt miljøarbejde. I december 1972 vedtog de Forenede Nationers generalforsamling 11 resolutioner vedrørende forskellige miljøproblemer, grundlagde De Forenede Nationers Miljøorganisation (UNEP) og tog bestemmelser om forskellige miljøproblemer.

Juridisk set er reglerne 21 og 22 de vigtigste dele af StockholmdeklARATIONEN, men den mest bindende af alle er dog anden del af den førstnævnte.

“Principle 21:

States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of in-

⁵ International Environmental Law. Ed. by L.A. Teclaff and A.E. Utton, New York 1974, s. 110-114.

ternational law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.”

Den mangelfulde opbygning af ansvarsprincippet og af forpligtelsen til at erstatte, og nødvendigheden af at forbedre disse mangler i international miljøret, reflekteres tydelig i den følgende bestemmelse:

“Principle 22:

States shall co-operate to develop further the international law regarding liability and compensation for the victims of pollution and other environmental damage caused by activities within the jurisdiction or control of such States to areas beyond their jurisdiction.”

For at vurdere hvor hurtigt og fyldestgørende disse internationale miljøretsprincipper skabes, må man se på begrebet „retsudvikling“, og retsudviklingsteknikken på internationalt niveau, ud fra et nyt synspunkt. Fremfor alt synes det at være nødvendigt at udslutte den gamle tanke, at folkeretten kun skabes gennem højtidelige, formelle skridt af samtykke, stilsat i form af bestemte løfter af ubestemt klarhed, udført som en kommerciel kontrakt. Mere generelt vil folkerettens principper, ikke mindst indenfor de områder der har vidtstrakt betydning for miljøet, blive forment af en konstitutionel tradition i stedet for kontraktmæssige opkast, og lige så meget inspireret af kravet om lovreformer som af lovenes nødvendighed.

5. Internationale overenskomster om beskyttelse af havet.

I de senere år er der blevet indgået mange internationale aftaler om beskyttelse af havet mod forurening. De behandler forskellige typer forurening, så som udlosning i havet og forurening fra land, og er dels udarbejdet af de pågældende særrorganisationer indenfor de Forenede Nationer (IMO), dels af andre. Her følger en kort oversigt over dette system af overenskomster, som nu i dag er nationernes mest effektive middel i kampen mod havets forurening. Senere vil der blive gjort særskilt rede for de Forenede Nationers Havretskonventions betydningsfulde og omfattende bestemmelser.

Fleere mellemfolkelige traktater er blevet indgået med hensyn til forurening forårsaget ved dumping. Den første af disse var Convention for the Prevention of Marine Pollution by Dumping from Ships and Aircraft (Oslo Dumping Convention), vedtaget i februar 1972 af 12 europæiske stater med kyster ud til At-

lanterhavet. Dette forberedte vejen for vedtagelsen henimod slutningen af 1972 af en international konvention „on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter“ (London Dumping Convention). Barcelonakonventionens deltagere vedtog i 1976 „Protocol for the Prevention of Pollution of the Mediterranean Sea by Dumping from Ships and Aircraft“. På samme vis vedtog parterne i Noumeakonventionen af 1976 protokollen „for the Prevention of Pollution of the South Pacific Region by Dumping.“

Flere konventioner vedrørende forurening forårsaget af skibe er blevet vedtaget på internationale så vel som regionale niveauer. De kan grupperes i tre kategorier.

For det første: Flere konventioner har med forebyggelse af skibssulykker at gøre. De vigtigste internationale konventioner er: 1960 International Regulations for Preventing Collisions at Sea; 1972 Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea; 1977 Torremolinos International Convention for the Safety of Fishing Vessels; 1978 International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers; og „1974 International Convention for the Safety of Life at Sea“ (SOLAS Convention), samt dens protokoller fra 1978 og 1988; og „1989 International Convention on Salvage.“ På det regionale plan indeholder Limakonventionen af 1978 en bestemmelse (artikel 4(b)), der vedkommer dette emne. Endvidere vedtog søfartsmyndighederne i 14 europæiske stater i 1982 „A Memorandum of Understanding on Port State Control in Implementing Agreements on Maritime Safety and Protection of the Marine Environment“.⁶

For det andet: Nogle bestemmelser handler om foranstaltninger som stater kan tage eller bliver nødt til at tage ved alvorlig eller truende fare for deres kyster eller andre interesser i tilfælde af olieforureningsulykker. „The 1969 International Convention Relating to Intervention on the High Seas in Cases of Oil Pollution Casualties“ tillader vedkommende under visse omstændigheder at tage de skridt der findes nødvendige til at forhindre, formindske eller eliminere sådanne farer. „The 1973 International Convention for the Prevention of Pollution from Ships“ (Marpol 1973/1978), (artikel 8 Protocol I), pålægger en forpligtelse til at rapportere forureningstilfælde. På det regionale niveau indeholder de fleste konventioner under UNEPs regionale havprogram, og deres protokoller, der handler om samarbejde i nødstilfælde som følge af havforurening, bestemmelser om øjeblikkelig meddelelse. Lignende bestemmelser er også indbefattet i „The 1969 Bonn Agreement“ i artikel 5, Københavnkonventionens artikler 1 og 2, Helsinkikonventionens artikel 11 og Annex VI, og Bonn-overenskomsten fra 1969, artikel 5.

⁶ Teksten er udgivet i *International Legal Materials*, volume 21 (1982), s. 1.

For det tredje: Nogle konventioner handler om den bevidste udlosning af olie og andre forureningsstoffer fra skibe. International Convention for the Pollution of the Sea by Oil (1954), med forandringer fra 1962 og 1969, forbyder bevidst udlosning af olie fra visse skibe. Konventionen af 1954 er nu erstattet med den mere udførlige MARPOL 1973/1978.

Ingen multilateral konvention er blevet udført specielt med henblik på spørgsmålet om havets forurening fra eller gennem atmosfæren. Før de Forenede Nationers Havrets-konvention blev dog en vigtig overenskomst vedrørende radioaktiv forurening vedtaget, nemlig „Treaty Banning Nuclear Weapon Tests in the Atmosphere, in Outer Space and Under Water“, fra 1963. Flere regionale overenskomster, bl. a. dem der handler om landbaserede forureningskilder, finder også anvendelse på atmosfærisk forurening af havets miljø. Disse er konventionen om miljøbeskyttelse mellem Danmark, Finland, Norge og Sverige fra 1974 (Stockholmkonventionen), Pariskonventionen med ændringer i protokol fra 1986, protokollen af 1980 til Barcelonakonventionen for beskyttelse af Middelhavet mod forurening fra land, „Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution“ fra 1979, og protokollen af 1983 for Limakonventionen „for the Protection of the South-East Pacific against Pollution from Land-based Sources“. Endvidere indeholder mange andre regionale konventioner bestemmelser der handler om forurening af havets miljø gennem atmosfæren.

Havretskonventionens artikel 235 vedrørende ansvar og skadeserstatninger blev forfattet med hensyntagen til bl.a. Stockholmdeklarationens regel 22, og flere forhåndenværende multilaterale konventioner vedrørende ansvar og erstatning på grund af forureningskader. Nogle nye protokoller for nogle af disse konventioner blev vedtaget før afslutningen af den tredje Forenede Nationers Havretskonference. De vedkommende globale kontrakter er: „International Convention relating to the limitation of the liability of Owners of Sea-Going Ships“ fra 1957, samt dens protokol fra 1979; Brüsselskonventionen fra 1962 „on the Liability of Operators of Nuclear Ships“; „International Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage“ fra 1969, samt dens protokoller fra 1976 og 1984; „International Convention on the establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage“ fra 1971, samt dens protokoller fra 1976 og 1984; „Convention relating to Civil Liability in the Field of Maritime Carriage of Nuclear material“ fra 1971; „Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims“ fra 1966; og „Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage Resulting from Exploration for and Exploitation of Seabed Mineral Resources“ fra 1977.

Der blev vedtaget en regional konvention der omhandlede ansvar vedrørende atomkraft. Dette er „Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear

Energy“ fra 1960, suppleret med dens tillægskonvention fra 1963, dens protokol fra 1964, og dens protokol fra 1982. Endvidere indeholder de fleste konventioner under UNEPs regionale havprogram bestemmelser vedrørende samarbejde for vedtagelse af passende regler/regulativer vedrørende ansvar og erstatning for skader der resulterer fra havets forurening.

Til slut bør nævnes Baselkonventionen fra 1989 om „the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes and Their Disposal“, der også dækker havområder og atmosfæren inden for hvilke en stat har administrativt ansvar og lovgivningsmyndighed ifølge international lov, såvel som områder syd for 60° S.

6. De Forenede Nationers Havretskonvention af 1982.

Ved begyndelsen af forberedelsesarbejdet for de Forenede Nationers tredje Havretskonference i 1971 var der, som der ovenfor er gjort rede for, allerede underskrevet en række overenskomster om beskyttelse af havet mod forurening. Disse overenskomster viste sig at være af stor betydning som materiale, både for forberedelsen af konventionen og det arbejde, der blev udført af de Forenede Nationers Havbundsudvalg. Det begyndte i 1968 på initiativ af Maltas ambassadør Arvid Pardo. Han var den første af de delegerede som gjorde de Forenede Nationers generalforsamling opmærksom på nødvendigheden af at etablere et internationalt retssystem om havbunden og dens ressourcer udenfor staternes jurisdiktion, som skulle være menneskeheds fællesje („the common heritage of mankind“).

Både bestemmelserne om forurening i FN-konventionen fra 1982, og ikke mindst de regler, som blev vedtaget i Stockholmdeklarationen af 1972, viste sig at være til stor gavn i det arbejde, der blev udført af Havretskonferencens III. komité, hvis opgave det blev at affatte den del af traktaten (XII. del) der behandler havets beskyttelse, d.v.s. 192.-237. artikel. De regler som her findes er de bedste og mest udførlige angående staternes forpligtelser på dette område i dag. Med dem har man oprettet et vidtgående retssystem, der omfatter al slags forurening af havet og definerer den magt staterne har når de bekæmper forurening indenfor deres søterritorium, deres økonomiske zone, eller ude på det frie hav.

Ifølge konventionens artikel 308 skal den træde i kraft 12 måneder efter at 60 stater har ratificeret den. I skrivende stund har 43 stater ratificeret konventionen, 8 år efter dens udfærdigelse. Af de 43 stater er Island den eneste i Norden. Forhåbentlig vil de andre nordiske lande inden længe finde sig i stand til at ratificere konventionen, da det er vigtigt at den hurtigst muligt får gyldighed. Dette er tilfældet, selv om en stor del af konventionen allerede er anerkendt som gældende

sædvaneret. Dette gælder dog ikke for nær alle artikler i XII. del om beskyttelsen af havet. Her skal nogle af hovedpunkterne i denne betydningsfulde konvention beskrives.

F.Ns Generalsekretærs rapport om beskyttelse af havet mod forurening blev forelagt FNs 44. generalforsamling i efteråret 1989. Dele af den vil blive citeret i det følgende.⁷

A) Definition af forurening af havets miljø.

„Forurening af havets miljø“ er defineret som følger i konventionens artikel 1, 4. paragraf:

“The introduction by man, directly or indirectly, of substances or energy into the marine environment, including estuaries, which result or is likely to result in such deleterious effects as harm to the living resources and marine life, hazards to human health, hindrance to marine activities, including fishing and other legitimate uses of the sea, impairment of quality for use of sea water and reduction of amenities.”

Artikel 1, paragraf 5, definerer også en speciel forureningsform, „dumping“, til kun at dække „deliberate disposal of wastes and other matter“ og „deliberate disposal from vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea“. Den indbefatter ikke udlosning af affald og andre stoffer der tilhører eller kommer fra den normale drift af skibe, eller disposition af stoffer for andre formål end dets udlosning.

B) Staternes forpligtelser.

Staternes grundlæggende forpligtelse i forholdet til verdenshavens miljø er fremsat i artikel 192, som er den første af de 46 artikler, der udgør konventionens XII. del: “States have the obligation to protect and preserve the marine environment”.

Artikel 193 stiller denne almene betingelse for rettigheden til at benytte naturlige ressourcer: „States have the sovereign right to exploit their natural resources pursuant to their environmental policies and in accordance with their duty to protect and preserve the marine environment“. Denne artikel forbinder stateres natio-

⁷ Law of the Sea. Protection and preservation of the marine environment. Report of the Secretary General, General Assembly, 44th Session, A/44/461 18 September 1989, s. 9 *et seq.*

nale ret med deres forpligtelse og globale interesse i at beskytte og vedligeholde havets miljø.

Tillige med deres status som almene forpligtelser for stater forbundne til konventionen er artiklerne 192 og 193 almindeligvis anset som erklæringer om international sædvaneret vedrørende staternes ansvar overfor havets miljø.

Den deklaratoriske udformning af de to bestemmelser viser vægten som det internationale samfund lægger på denne sag: En stat der bryder forpligtelsen til at beskytte havets miljø vil have brudt imod folkeretten.

Den almene forpligtelse til at beskytte og bevare havets miljø fremsat i artikel 192 får specifikt indhold i artiklerne 194 og 196, der præciserer udstrækningen af det regulerede emne, nemlig forurening af havets miljø. Den organisering der er blevet oprettet ifølge XII. del handler specielt om alle kilder til forurening af havets miljø, og stater tilskyndes til at tage alle nødvendige skridt „to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from any source“ (artikel 194, paragraf 1). Selvom alle stater bærer den samme grad af ansvar, bliver forskellen mellem stater vedrørende økonomi og indre organisation også anerkendt i artikel 194. Det er pålagt staterne at tage alle nødvendige skridt ved brugen af „the best practicable means at their disposal and in accordance with their capabilities“. Sådanne skridt fremsættes i artiklerne 194 og 196. De er ikke udtømmende, og formålet med foranstaltningerne er snarere formindskelse end udelukkelse af forurening. Artikel 194 identificerer følgende hovedårsager for havets forurening:

- a) udlosning af giftige, farlige eller skadelige stoffer fra kilder på land, fra eller gennem atmosfæren, eller ved dumping.
- b) forurening fra skibe.
- c) forurening fra installationer og apparater benyttet ved forskning eller udvinding af naturressourcer fra havbunden og undergrunden.
- d) forurening fra andre installationer og apparater i havets miljø.

Konventionen pålægger staterne den forpligtelse at gøre foranstaltninger til at modarbejde forurening ved benyttelsen af teknologi, og, hvad der er vigtigere angående definitionen af forurening, det indbefatter også som en forureningshandling „the introduction, intentional or accidental, into the marine environment of new or alien species that may cause significant and harmful changes thereto“ (artikel 196). Den indbefatter også foranstaltninger når der er tale om beskyttelse af „rare or fragile ecosystems“ eller fare for „the habitat of depleted, threatened or endangered species or other forms of marine life“ (artikel 194, paragraf 5).

Under udførelse af sine forpligtelser må stater ved brugen af rettigheder der hører ind under konventionen afholde sig fra „unjustifiable interference with activities carried out by other States“ (samme artikel, paragraf 4). Forpligtelsen til

at afholde sig fra „uforsvarlig indblanding“ indbefatter i XII. del de regler som er spredt gennem konventionen fra 1982 om jurisdiktion og havets benyttelse i specielle zoner. F.eks. er udførelsen af kyststaters regulativer vedrørende forurening i territoriale farvande underkastet retten til uskadelig passage (artikel 211, paragraf 4). Samtidig med at begrænse en stats handlingsmuligheder hvad angår forurening forårsaget af skibe forstærker bestemmelser uden for XII. del de forpligtelser som findes indenfor XII. del.

Artikel 195 siger at stater ikke må reagere overfor problemet om forurening ved at forflytte direkte eller indirekte skade eller fare fra eet område til et andet, eller forandre een forureningsform til en anden.

Hvad angår fundamentale forpligtelser er artikel 197 næsten lige så vigtig som artikel 192, der tilhører XII. del. Artikel 197 siger:

“States shall co-operate on a global basis and, as appropriate, on a regional basis, directly or through competent international organizations, in formulating and elaborating international rules, standards, and recommended practices and procedures consistent with this Convention, for the protection and preservation of the marine environment, taking into account characteristic regional features”.

Forpligtelsen til samarbejde indbefatter meddelelser til stater der trues af reel eller overhængende fare for havets miljø, planlægning af foranstaltninger mod sådanne farer, og forskning, studier og formidling af oplysninger og data for at give videnskabeligt grundlag til udvikling af regler, standarder, måder og metoder til at reducere, forebygge og kontrollere forurening (artikel 198-291.)

Som en tredje fundamental forpligtelse kræver konventionen at staterne etablerer eller søger at etablere internationale og regionale regler, standarder og anbefalede fremgangsmåder og metoder til at forhindre, formindske og kontrollere forurening af forskellig oprindelse. Stater henvises til at arbejde med dette mål gennem anerkendte internationale organisationer, eller diplomatiske konferencer. De bør endvidere undersøge virkningen af sådanne regler, standarder og anbefalede fremgangsmåder og metoder fra tid til anden (artikel 207, 208, 209, 210, 211 og 212).

Internationale regler og standarder spiller en vigtig rolle i det forureningskontrollsystem der er indbefattet i konventionen. Formålet er at sikre at staterne håndhæver de regler og standarder der er blevet vedtaget på det internationale eller regionale plan, og således fremkalde en mere uniform lovgivning, samtidig med at værne om vigtige benyttelser af havet, f. eks. til sejlads. Staternes fjerde fundamentale forpligtelse er derfor at håndhæve de internationale regler og standarder. Et af hovedformålene i XII. dels 5. afsnit er at definere forholdet mellem de internationale regler og standarder og national lovgivning, med hensyn til forskellige forureningskilder.

De følgende seks årsager til forurening behandles særskilt: (a) forurening fra land; (b) arbejde på havbunden under national jurisdiktion; (c) foretagender i „området“; (d) dumping; (e) forurening fra skibe; og (f) forurening fra eller gennem atmosfæren. Det er nødvendigt at undersøge nogle af disse forureningskilder lidt nærmere som der henvises til i 5. afsnit. Idet bestemmelserne i 6. afsnit, „håndhævelse“, henviser direkte til bestemmelserne i 5. afsnit, og kan anses som en uadskillelig del af dette, vil nogle af disse også blive behandlet.

i. Landbaserede forureningskilder.

Selv om stater er bundne af de almindelige forpligtelser her foroven, giver artikel 207 dem dog en vis grad af selvbestemmelsesret med hensyn til udførelsen af internationale regler og standarder. Med vedtagelsen af love og regulativer til at forhindre, formindske og kontrollere forurening af havet fra land, er de forpligtede til at tage højde for internationalt accepterede regler, standarder, og anbefalede fremgangsmåder og metoder. Dette drejer sig om en stats højhedsret over det landområde hvor sådan en land-baseret forurening måtte fremkomme. Stater tilskyndes til at koordinere deres målsætninger på det aktuelle regionale plan. Stater tilskyndes ligeledes til at etablere internationale og regionale regler til at modarbejde forurening fra landbaserede kilder, under hensyntagen til karakteristiske regionale forhold, udviklingslandenes økonomiske formåen, og deres behov for økonomisk udvikling. Sådanne regler og formål bør være „designed to minimize, to the fullest extent possible, the release of toxic, harmful or noxious substances, especially those which are persistent, into the marine environment“ (artikel 207, paragraf 5). Det bør bemærkes at artikel 213 forpligter staterne til at håndhæve love og regulativer vedtaget i henhold til artikel 207, og i lovgivningen tage skridt til at udføre de internationale regler og standarder.

ii. Dumping - Udlosning.

Artikel 210 handler om „dumping“, udlosning der som allerede omtalt er defineret i 1. artikel i konventionen fra 1982. Der findes den almene forpligtelse til at vedtage love og regulativer for at tage de nødvendige skridt til at forhindre, reducere og kontrollere forurening ved dumping. Dumping indenfor territoriale farvande og den eksklusive økonomiske zone eller på kontinentalsokkelen kan kun finde sted efter den på forhånd givne direkte tilladelse fra kyststaten. En minimumstandard for national lovgivning er også sat ved at lovgivning og foran-

staltninger ikke må være mindre effektive end de internationale regler og standarder. Foruden at stille krav om at de love og regulationer bliver opretholdt, der er blevet vedtaget ifølge konventionen og internationale regler etableret gennem en anerkendt international organisation eller en diplomatisk konference, tildeler artikel 216 forpligtelsen til håndhævelse ikke alene til flagstaten med hensyn til skibe der bærer dens flag, eller fly registreret hos den, men også til den kyststat hvis interesser er blevet krænket, og staten hvorfra affaldet blev udloset.

iii. Forurening forårsaget af skibe.

Reguleringen af forurening fra skibe har været et internationalt problem i mange år, hvilket reflekteres i de vedvarende og detaljerede bestemmelser om sagen. Konventionens bestemmelser rammer ind i en yderst vigtig balance mellem kyststatens rettigheder til at beskytte og vedligeholde sit kysthavs miljø, og udenlandske skibes frihed til sejlads i farvande under kyststatens jurisdiktion. Hvad angår fremsætning af standarder er stater forpligtede til først gennem en anerkendt international organisation eller diplomatisk konference at etablere internationale regler der regulerer forurening forårsaget af skibe (artikel 211, paragraf 1). Her er det internationale regler og standarder der har ærespladsen. Staterne er forpligtet til at vedtage love der finder anvendelse på deres nationale skibe, og som har mindst den samme effekt som de almindeligt accepterede internationale regler og standarder (artikel 211, paragraf 2).

I artikel 211, paragraf 3, er der regnet med at staterne slutter overenskomster om samarbejde med hensyn til koordinering af deres betingelser vedrørende adgang til havne for at forhindre, reducere og kontrollere forurening. Efter at have offentliggjort deres krav og meddelt dem til den pågældende internationale organisation, er staten berettiget til at tage visse skridt overfor skibe der sejler gennem deres territoriale farvande. En stat er specielt bemyndiget til at forlange oplysninger om hvorvidt et skib er på sejlads til en stat i det samme område der er part i den samme overenskomst om samarbejde, og hvis det er tilfældet, til at meddele om det opfylder betingelserne for adgang til denne stats havne. Det hedder ligeledes i denne paragraf at et skibs vedblivende ret til uskadelig passage, og anvendelse af bestemmelserne i artikel 25, paragraf 2, forbeholdes.

I paragraf 6 (a), artikel 211 siges det at en kyststat kan foretage „special mandatory measures for the prevention of pollution from vessels“ i visse specielle områder af dets eksklusive økonomiske zone, hvor dette er nødvendigt af anerkendte tekniske årsager der bl. a. vedrører visse oceanografiske og økologiske forhold. Paragraffen giver også muligheder for at kyststater for disse zoners vedkommende vedtager love og regler der omfatter internationale regler og stan-

darder der er anerkendt af kompetente internationale organisationer for specielle zoner. Hvis kyststaten vil vedtage flere love og regler vedrørende specielle zoner skal disse „not require foreign vessels to observe design, construction, manning or equipment standards other than generally accepted international rules and standards“ (artikel 211, paragraf 6 (c)), og de skal godkendes af den anerkendte internationale organisation.

Forpligtelsen til håndhævelse vedrørende forurening fra skibe er fremsat i artiklerne 217, 218, 219, 220 og 221. Hovedforpligtelsen er pålagt flagstaten for at sikre at skibe under dens jurisdiktion, begrundet på nationalitet, overholder de vedkommende internationale regler og standarder, og de nationale love der er blevet vedtaget ifølge konventionen.

Reglerne om håndhævelse indeholder også andre forpligtelser om samarbejde, der er fremsat for at sikre at skibe falder ind under internationale standarder. Disse forpligtelser vedrører hovedsagelig anmodninger fra andre stater om at undersøge mulige lovbrud, formidling af oplysninger, og aktiv hjælp til håndhævelse af forureningsforebyggende love, f. eks. ved at forhindre skibe, der ikke er sødygtige eller truer havets miljø, i at forlade havn (se artikel 219).

Ifølge artikel 220, paragraf 3, kan en kyststat kræve at et skib der passerer gennem dens eksklusive økonomiske zone eller dens territoriale farvand, giver oplysninger om identitet og registreringshavn, sidste afsejlingshavn og næste ankomsthavn, hvis der er tydelig grund til at mene at skibet har forbrudt kyststatens forureningslove og regulativer. Ifølge samme artikels paragraf 5 kan en stat foretage en undersøgelse ombord på et skib, hvis der er tydelige grunde til at mene at skibet, der gennemsejler den eksklusive økonomiske zone eller statens territoriale farvand, har overtrådt statens forureningslove og regler. Hvis der foreligger rene konkrete beviser for at et skib der gennemsejler den eksklusive økonomiske zone har overtrådt en kyststats love og regler mod forurening, med stor skade eller trussel om stor skade som følge, kan kyststaten ifølge paragraf 6 tilbageholde skibet og anlægge sag imod det.

Havnestater spiller en vigtig rolle i kontrollen af forurening fra skibe. Hvis tilstrækkelige beviser foreligger kan en havnestat ifølge artikel 218, paragraf 1, inspicere et skib inde i havnen, eller ved en afsejlingsterminal udenfor kysten, og anlægge sag på grund af enhver udlosning i områder der ligger udenfor denne stats jurisdiktion. Ifølge samme artikels paragraf 2, må en havnestat dog ikke anlægge sag for udlosning på strækninger, der ligger under en anden stats højhedsret og jurisdiktion, medmindre de anmodes derom af denne stat, af staten under hvis flag skibet sejler, eller den stat der har lidt skade eller er truet med skade på grund af udlosningen. En stat kan ifølge paragraf 3 anlægge sag hvis udlosnings-

overtrædelsen har forårsaget eller truer med at forårsage forurening i dets indre havområder, søterritoriet, eller dets eksklusive økonomiske zone.

iv. Isdækkede områder.

Artikel 234 giver isdækkede områder indenfor kyststaters eksklusive økonomiske zone speciel beskyttelse. Under særlige forhold kan kyststater indenfor grænsen af den eksklusive økonomiske zone vedtage og håndhæve deres love og regler til forhindring og kontrol af forurening fra skibe i isdækkede havområder. Disse love og regler kan vedtages „where particularly severe climatic conditions and the presence of ice covering such areas for most of the year create obstructions or exceptional hazards to navigation, and pollution of the marine environment could cause major harm to or irreversible disturbance of the ecological balance“ (artikel 234). Disse love må ikke være diskriminerende og skal tage hensyn til sejlads samt beskyttelse og vedligeholdelse af havets miljø, og de skal grundlægges på det bedste forhåndenværende videnskabelige kendskab.

v. Ansvar og skadeserstatning.

Ved spørgsmålet om ansvar og skadeserstatning gentager konventionen det almene folkeretsprincip: „States are responsible for the fulfilment of their international obligations concerning the protection and preservation of the marine environment. They shall be liable in accordance with international law“ (artikel 235, paragraf 2). De nationale retssystemer skal sikre adgangen til en hurtig og passende erstatning eller anden oprejsning på grund af skade forvoldt mod havets miljø af folk eller juridiske personer under en stats jurisdiktion (artikel 235, paragraf 2.).

Konventionen lægger i særdeleshed vægt på nødvendigheden af at udvikle folkeretten med hensyn til ansvar og skadeserstatning på grund af forurening af havets miljø. Stater må samarbejde ikke alene i at følge eksisterende love, men også i den vedblivende opbygning af folkeretslige normer, vedrørende bl.a. forudsætninger og fremgangsmåder for bestemmelsen af ansvar, vurdering af skader, udbetaling af erstatning, og udligning af beslægtede tvister. Hvor det passer bør forudsætninger og fremgangsmåder for udbetaling af erstatning, f. eks. forpligtet ansvarsforsikring eller erstatningsfonds, også udformes.

7. Lovbestemmelser i de nordiske landes nationalret.

Ovenfor er kampen mod havets forurening for det meste omtalt på grundlag af staternes folkeretslige og internationale samarbejde. Denne finder sted med forskellige internationale og regionale konventioner, der behandler de forskellige aspekter af forurening af havets miljø. Denne oversigt er derfor lavet fordi forurening af havet af natur er et typisk internationalt problem, der ikke respekterer nogen national grænse mellem stater. Derfor kan problemet kun løses med et nært samarbejde mellem stater indenfor dette felt.

Den anden side af sagen er nødvendigheden af at staterne i deres nationale love indsatte klare og tydelige bestemmelser der fører til det samme mål, og forpligter landets borgere og juridiske personer inden for egne grænser. Vigtigheden af dette har nået voksende forståelse i løbet af de sidste år. Her ser sagen også anderledes ud end fra det internationale samarbejdes synspunkt. Hver enkelt stat kan i kraft af sin suverænitæt vedtage gennemgribende og strenge bestemmelser i sin lovgivning for at forhindre forurening af havets miljø, med passende straffebestemmelser, bøder eller fængsel, som ikke kan indsættes i folkeretlige overenskomster. Sådan en lov har Island vedtaget for nylig, nemlig lov nr. 32/1986 om forholdsregler mod forurening af havet. Her kan man endvidere bemærke det vigtige arbejde som de Europæiske Fællesskaber har udført ved at koordinere sine love på dette punkt, og vedtage strengere bestemmelser mod forurening i de forskellige medlemsstater end før kendt.⁸

Det er også en sag der glæder, at alle de nordiske lande ved deres lovgivningsarbejde i miljøanliggender nu prioriterer at vedtage nye og virksomme bestemmelser mod forurening af havet i deres nationale love. Her er der ikke plads til at gennemgå enkelte detaljer i nordiske love, men Nordisk Råds arbejde genspejler de enkelte nationers synspunkter. Den første nordiske handlingsplan mod forurening af havet blev vedtaget på et møde i Nordisk Ministerråd i Helsingfors d. 10. januar 1989. Gennemgribende forslag vedrørende dette emne blev endvidere fremsat i slutdokumentet fra Nordisk Råds havmiljøkonference, der blev holdt i Danmark i oktober 1989. Mange af disse synspunkter og forslag blev senere taget ind i den handlingsplan imod forurening af havet der blev vedtaget på Nordisk Råds 38. møde i Reykjavik i februar 1990.

Det er indlysende at hensigten med sådan en vedtægt i Nordisk Råd er at de enkelte nordiske nationer tager forslagene ind i deres nationalret og således arbejder for deres fremme. Derfor skal der her til slut gives en kort oversigt over

⁸ Det Europæiske Fællesskab og miljøet. Europæisk Dokumentation 3/1987. Kontoret for de Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer. Luxembourg.

hovedtrækkene i denne handlingsplan fra 1990 om forurening af havet, hvor det fremgår hvilke punkter staterne bør lægge vægt på og vedtage i deres nationale love.⁹

Hovedhensigten med dette arbejde har været at forene de nordiske lande om at gøre store krav om foranstaltninger og retningslinjer vedrørende havets miljøbeskyttelse. Samtidig må formål og bestemmelser være realistiske og gennemførlige. Hovedsagen i den reviderede handlingsplan er at få indført at der stilles større krav med hensyn til direkte udlosning i havet, såvel som vedrørende stoffer der på indirekte måder kommer ud i havet, deriblandt alle former for diffusion. Dette indbefatter at der i alle samfundsområder bør tages hensyn til indflydelsen på havet, og at denne begrænses mest muligt. På væsentlige punkter går denne plan længere end de internationale forpligtelser regner med. De nordiske lande er i spidsen i internationalt samarbejde vedrørende havets beskyttelse, og de lægger vægt på at de også i fremtiden kommer til at drive udviklingen i rette retning.

Den forurening der hovedsagelig er en fare for havets miljø årsages af nærings-salte, (fosfor og kvælstof), metaller og stabile organiske stoffer. Også udlosning af andre stoffer, f. eks. olie og stoffer af syre-ekstraktionel karakter, er på grund af deres negative påvirkning på miljøet blevet behandlet i planen.

Planen bygger endvidere på at man skal anvende den bedst tilgængelige teknik til at begrænse udlosning i havet. Alle de nordiske lande har anerkendt det såkaldte forsigtighedsprincip. Princippet udgør en af udgangspunkterne for handlingsplanen, og indbefatter bl. a. at der ved mistanke om miljøskader bør træffes foranstaltninger, også selv om det ikke er videnskabeligt klarlagt at der er en årsagsforbindelse mellem udlosningen og miljøpåvirkningen.

I de tilfælde hvor årsagsforbindelsen er indlysende kan kritiske belastningsgrænseværdier anvendes som udgangspunkt for miljøarbejdet. Hvis der opstår tvivl om at udlosning er tilladelig skal der, inden tilladelse gives, forelægges fyldestgørende beviser for at udlosningen ikke kan forårsage uacceptabel forurening af miljøet.

På grund af forskelle i de respektive lande, med hensyn til bl.a. produktionsteknik, procesteknik, rensningsteknik og miljøforhold, er det ikke altid lige praktisk at gribe til nøjagtig de samme foranstaltninger. Under sådanne omstændigheder bør man i stedet på forskellige måder stræbe efter fælles mål for reduktion af forureningen.

I deres nationale handlingsplaner bør de enkelte nordiske lande tage højde for

⁹ Ministerrådsforslag om en nordisk handlingsplan mot förorening av havet (1989). loc. cit., s. 4-5.

de mål der er fremsat i den fællesnordiske handlingsplan. Hver for sig giver derefter Nordisk Råd en særskilt rapport om hvor langt man er nået i dennes gennemførelse.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Inge Lorange Backer og Ingse Stabel

**Retlig regulering og etiske normer
inden for bioteknologien**

Rettslig regulering og etiske normer innenfor bioteknologien

Av professor dr. jur. INGE LORANGE BACKER, Norge¹.

I. Hva er bioteknologi?

Bioteknologi omfatter en rekke teknikker som har det til felles at de utnytter biologisk materiale eller biologiske prosesser. Selv om bioteknologien er kommet i skuddet i 1980-årene, er visse former for bioteknologi velkjent helt fra oldtiden, som f.eks. bruk av bakterier og gjær til fremstilling av vin, ost og eddik.

De generelle definisjoner av bioteknologi varierer endel. I den definisjon som Forskningsrådenes Samarbeidsutvalg i Norge nå er blitt stående ved, defineres bioteknologi som „all teknologi som bruker mikroorganismer, plante- og dyreceller eller deler av disse til å fremstille eller modifisere produkter, til medisinske formål, til å forbedre planter og dyr og til å utvikle mikroorganismer for spesifikke anvendelser“. Etter denne definisjonen vil tradisjonelle metoder for avl innen plante- og dyreforedling ikke bli regnet som bioteknologi.

Bioteknologiens betydning i human sammenheng blir behandlet i Ingse Stabells referat. Jeg tar for meg de øvrige sider.

Bioteknologiske metoder kan grovt sett inndeles i fire hovedtyper:

a) Fermentering (gjæring). Dette kan være tradisjonell fermentering, der man bruker mikroorganismer i produksjonen av brød, ost, vin osv. I nyere fermenteringsprosesser dyrker man mikroorganismer eller plante- og dyreceller i store tanker for å få dannet bestemte stoffer (biokjemikalier). Slik har man siden 1. verdenskrig fremstilt kjemikalier som butanol, aceton og glycerol, og etter siste verdenskrig penicillin og andre antibiotika. Fremstilling av fiskevaksiner er et av de nyeste eksempler på bruk av fermenteringsprosesser.

b) Enzymteknologi. Enzymer er proteiner som fungerer som katalysatorer for kjemiske reaksjoner i den levende celle. Enzymer blir brukt til en rekke analyseformål, og de nyttes til produksjon av f.eks. ost og andre melkeprodukter og i rengjøringsmidler.

c) Celle- og vevsteknologi innebærer at celler og vev fra planter eller dyr blir

¹ Referentene var leder for det regjeringsoppnevnte norske Bioteknologiutvalget, som avga utredningene NOU 1989:8 – Bioteknologi og patentering og NOU 1990:1 – Moderne bioteknologi – sikkerhet, helse og miljø.

dyrket i et kunstig medium for å danne nye individer (kloning) eller produsere biokjemikalier. Det er vesentlig lettere å dyrke planteceller enn dyreceller i kultur. Ved sammensmelting av to forskjellige celler kan man få en ny celle som kombinerer beggegenskaper, og som kan oppformeres videre. I planteforedling brukes hybridcelleteknikk til å smelte sammen celler fra ulike arter til hybridplanter, f.eks. „pomat“ – en hybrid mellom potet og tomat.

En egen gren av celle- og vevsteknologien som kan få betydning for dyreforedlingen, er *embryoteknologi*. Dette omfatter forskjellige teknikker:

- hormonbehandling (superovulasjon) med påfølgende befruktning og oppsamling og overføring av embryo;
- in vitro befruktning der eggcellen befruktes i laboratoriet og det befruktede egget blir implantert i en livmor;
- oppdeling av embryoer på et tidlig stadium (16-32 celler) slik at hver del utvikler seg til et nytt embryo;
- sammensmelting av embryoer fra forskjellige arter på et tidlig stadium (8-32 celler) med implantering i en livmor.

De tre første av disse teknikkene gir mulighet for å danne et antall genetisk like individer, men ingen mulighet til å foreta genetiske modifikasjoner. Ved den fjerde teknikken får man frem et nytt individ (kimært dyr) der et stort antall gener fra hver av de opprinnelige artene inngår. Et eksempel på kimære dyr er „gaut“ – en hybrid mellom sau (får) og geit.

d) *Genteknologi* brukes til å isolere, endre og overføre arvestoffet i levende organismer. På denne måten kan man fjerne eller forsterke organismens egenskaper, og tilføre den nye egenskaper.

Genteknologien omfatter forskjellige teknikker.² Mutasjonsteknikk har vært kjent i hele etterkrigstiden innen planteavl og industriell fermentering, og kan brukes til å fjerne eller endre egenskaper, men ikke til å tilføre organismen en ny egenskap. Med delesjon går man inn i DNA-molekylet³ og fjerner deler av genmaterialet, f.eks. det gen som koder for dannelsen av iskrystaller hos en bestemt bakterie.

Genspleising (rekombinant DNA-teknikk) ble utviklet for vel 15 år siden, og kan brukes til å overføre arvestoff fra en hvilken som helst organisme til en annen. Dette kan skje på tvers av artsgrensene innenfor alle riker av organismer, også mellom dyr og mikroorganismer (bakterier, virus m.m.) og mellom planter og dyr. Foreløpig har man bare klart å få til vellykket genoverføring med enkeltgener eller et fåtall gener. Egenskapene til høyere organismer beror på tusenvis

² Proteinmodellering og polysakkaridmodellering, som gir mulighet for å lage nye proteiner og polysakkarider, kommer i tillegg til de teknikker som nevnes i teksten.

av gener, og overføring av ett gen mot organismens 50 000-100 000 normale gener vil føre til en beskjeden kvantitativ forandring. Den kvalitative forandring er avhengig av hvilken egenskap som det overførte genet koder for. Målrettet forandring forutsetter at vi vet hvilke gener eller genkombinasjoner som koder for hvilke egenskaper, noe vi fortsatt i stor grad mangler kunnskap om.

Genspleising kan gjøres på organer i et fullt utviklet individ. Individet kan da få en ny egenskap, men den er ikke arvelig (*somatisk genterapi*). Hvis genspleisingen blir foretatt helt tidlig i organismens utvikling, f.eks. på kjønnsceller, blir den nye egenskapen arvelig. Slike genmodifiserte organismer kalles *transgene* organismer.

I fortsettelsen tar jeg ikke sikte på å behandle alle former for bioteknologi, men konsentrerer oppmerksomheten om fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer. Av de forskjellige bioteknologiske metodene er det derfor særlig genteknologi, embryoteknologi og hybridcelleteknikker som vil ha interesse. Men den praktiske betydning som genmodifiserte organismer – særlig mikroorganismer – kan ha, skyldes i stor grad at de kan utnyttes i fermenteringsprosesser og oppformerer ved celle- og vevsteknologi.

II Muligheter og faremomenter knyttet til genmodifiserte organismer

1. Mulighetene

Moderne bioteknologi vil etter manges mening åpne en ny æra med mer omfattende konsekvenser enn informasjonsteknologien har hatt. Foreløpig skjer fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer for det meste som ledd i forskning og utviklingsarbeid, og det er ennå usikkert når de praktiske nyttevirkinger kan gjøre seg gjeldende i stor skala. OECD regner med at bioteknologien vil få nasjonaløkonomisk betydning først godt etter år 2000. Når det gjelder markedspotensialet for bioteknologiske produkter, finnes det imidlertid anslag som går opp til 600 milliarder kroner i år 2000.

Når bioteknologien skal vurderes i et rettslig perspektiv, er det viktig å trekke inn de utviklingsmuligheter som foreligger. Ennå står vi i den situasjon at vi med rettslige virkemidler kan søke å påvirke en fremtidig utvikling, i stedet for å nytte rettssystemet til å løse konflikter og problemer som allerede er oppstått.

Moderne bioteknologi – spesielt genteknologien – har ført til en sterk økning av *grunnleggende kunnskap* om biologiske fenomener. Mulighetene for anvendelse ligger innen en rekke områder: Humanmedisin (både forebyg-

gende medisin, diagnostikk og behandling), landbruk, havbruk, industri og miljøvern.

a) For *landbruket* kan genteknologi få betydning både for planteforedling, husdyravl og veterinærmedisin.

Selv om genspleising fortsatt er på forsøksstadiet for de fleste enfrøbladete arter (f.eks. hvete og bygg), regner man med at genspleising snart vil være mulig for de fleste plantearter. Dette gir mulighet for å utvikle planter med høyere proteininnhold, eller planter som har større evne til å tåle stress (frost, tørke, saltholdig jord), sykdommer og skadedyr. Det kan også bli utviklet planter med større evne til å tåle plantevernmidler, noe som vil muliggjøre sprøyting tidligere eller i større omfang enn hittil.

I *husdyrbruket* kan genteknologi få betydning både for ulike innsatsfaktorer og for avlsarbeidet. Det kan gi mulighet for sikrere testing av dyrenes arveegenskaper og dermed åpne for mer målrettet og effektiv husdyravl. Embryoteknologi vil virke i samme retning, og handel over landegrensene er enklere og mindre smittefarlig når det kan skje med embryoer enn med utviklede dyr. Derimot er det foreløpig uklart hvilke muligheter genspleising og fremstilling av transgene dyr gir for landbruksformål. Dette skyldes bl.a. at man kjenner dårlig til hvilke gener som koder for de forskjellige egenskaper hos dyrene, og at det er risiko for at innføring av nye enkeltgener kan forstyrre dyrenes fysiologiske balanse eller volde genetiske skader. Dagens teknikk er likevel god nok til å frembringe transgene dyr til produksjon av biokjemikalier, slik det er skjedd med en transgen sau som utskiller blodfaktor IX i melken.

I *veterinærmedisin* kan genteknologi utnyttes til bedre diagnostikk og forebyggelse av sykdommer, bl.a. gjennom produksjon av vaksiner. Genterapi på dyr kan tenkes å reparere medfødte defekter.

b) Når det gjelder *havbruk og fiskeoppdrett*, byr moderne bioteknologi langt på vei på tilsvarende muligheter som ved dyreforedling og veterinærmedisin. Genteknologi kan ha betydning bl.a. for utvikling av vaksiner mot alvorlige fiske sykdommer. Med genspleising kan det utvikles transgen fisk med evne til særlig hurtig vekst, ønsket smak eller økt proteininnhold. Enzymteknologi er tatt i bruk til utvikling av fiskefôr som gir en sunnere bestand.

c) Bruk av genmodifiserte organismer vil bli aktuelt innenfor en rekke *industri-sektorer*. Det kan gi nye produkter og raskere, renere og større produksjon av kjente produkter.

For tilgangen på insulin har genteknologien allerede hatt stor betydning. En lignende utvikling er underveis når det gjelder vaksiner og andre farmasøytiske

produkter. F.eks. kan hepatitt-B-vaksine fremstilles ved hjelp av genteknologi i større omfang enn nå og med redusert risiko for overføring av smitte.

Bruk av enzymteknologi kan i en rekke tilfelle erstatte kjemiske prosesser i industrien. Produksjonen av enzymer skjer ved hjelp av mikroorganismer, og verdens største enzymprodusent – den danske bedrift Novo Nordisk – er i ferd med å gå over til genspleisede mikroorganismer i sin produksjon.

Innenfor oljeutvinning og gruvedrift m.v. kan det bli mulig å utvinne en større del av forekomstene ved bruk av genmodifiserte mikroorganismer.

d) *Miljøvern hensyn* kan fremmes ved at genmodifiserte organismer erstatter andre produksjonsprosesser som er forurensende eller ressurskrevende. Moderne bioteknologi kan også gjøre det mulig å utnytte biologisk eller mineralisk avfall som ressurs, f.eks. avfall fra fiskeindustrien. Genmodifiserte mikroorganismer kan tenkes utnyttet som biologiske plantevernmidler i stedet for kjemiske. Får man frem genmodifiserte, nitrogenfikserende planter, kan man redusere bruken av kunstgjødsel med påfølgende miljøproblemer.

For det annet kan genmodifiserte organismer bli tatt i bruk til å løse eksisterende miljøproblemer, f.eks. i renseanlegg eller til nedbryting av olje eller andre miljøfarlige stoffer. Genmodifiserte organismer tenkes utnyttet til miljøovervåking og -analyse.

2. Faremomentene

Fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer kan også medføre risiko for skadevirkninger for mennesker og naturmiljø. Dette blir omtalt nedenfor. Bruken av genteknologi kan dessuten ha fordelingsmessige konsekvenser (se under 3). Etske motforestillinger blir tatt opp under III.

Den *genmodifiserte organismen* kan tenkes å få genetiske skader og funksjonsforstyrrelser, i stedet for eller i tillegg til den tilslttede endring. Genmodifiserte organismer – særlig mikroorganismer – kan ha egenskaper som fremkaller sykdom hos mennesker og andre levende organismer som kommer i kontakt med dem. Dette er først og fremst et arbeidsmiljøproblem, men det kan bli et folkehelseproblem dersom organismen kommer ut i omgivelsene. Skjer dette, kan også naturmiljøet bli påvirket på forskjellig vis.

I alle tilfelle vil det være spørsmål både om hva slags og hvor omfattende skadevirkninger som kan tenkes å inntre, hvilken sannsynlighet det er for at de inntre og hvilken risiko samfunnet er villig til å ta i forhold til den potensielle nytteverdi ved genteknologien. Det siste er et spørsmål om hva som er et *akseptabelt risikonivå* – og det kan tenkes å avhenge av hvilket formål virksomheten har.

„Risikoen“ avhenger i denne sammenheng både av skadens art og dens omfang, og hvilken sannsynlighet det er for at skade inntreffer. Risikobegrepet er imidlertid ikke entydig.

For det første kan man ha for øye den *faktiske risiko* – dvs. den risiko som man kan beregne ut fra erfaringer med tilsvarende virksomhet. Fordi vår praktiske erfaring med genmodifiserte organismer er så begrenset, er det imidlertid ofte den *potensielle risiko* det siktes til – dvs. en tenkt risiko ut fra de erfaringer man har med annen type virksomhet som det er naturlig å sammenligne med. Gjelder det bruk av genmodifiserte patogene mikroorganismer, er det naturlig å ta utgangspunkt i risikoen ved bruk av naturlige sykdomsfremkallende mikroorganismer. Da det internasjonale forskningsmiljøet i 1974 innførte en selvpålagt forskningsstopp, var det først og fremst ut fra en vurdering av den potensielle risiko.

Endelig kan man sikte til den *opplevde risiko* – dvs. den subjektive opplevelse av risiko. Den kan godt være større enn den faktiske risiko, f.eks. dersom det dreier seg om virksomhet som er ny, ukjent og som det er liten åpenhet om – i motsetning til risikabel virksomhet som er en del av hverdagslivet.

Det synes klart at man ikke kan si noe helt generelt om den faktiske risiko for skadevirkninger ved fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer. Det vil avhenge både av organismens egenskaper og av miljøet den opptrer i. Et hovedskille går mellom *innesluttet bruk* (i laboratorier og lukkede produksjonsprosesser) og *utsetting* i miljøet. Dette skillet er særlig viktig for mikroorganismer, men har også betydning i forhold til planter og dyr.

Hvilke virkninger en genmodifisert organisme får i naturmiljøet, avhenger av flere forhold. For det første er det spørsmål om hvilke egenskaper den genmodifiserte organismen får, og hvilken evne den har til å etablere, formere og spre seg under naturlige betingelser. Dernest har det betydning om den genmodifiserte organismen er i stand til å utkonkurrere eller overføre sykdom til eksisterende organismer. For det tredje er det viktig om arvestoffet kan overføres til andre organismer innen samme art eller andre arter. Det vil videre ha betydning om man praktisk kan fastslå uønskede konsekvenser og gripe inn mot videre spredning av den genmodifiserte organismen.

Risikoen ved innesluttet bruk av mikroorganismer er særlig knyttet til deres evne til å fremkalle sykdom og til faren for at de skal slippe ut av den lukkede prosess som de brukes i. Utslippsfaren kan motvirkes ved forskjellige fysiske, kjemiske og biologiske sikringstiltak. Bruk av kunstig svekkede organismer med liten evne til å overleve i et naturlig miljø, er et eksempel på slike sikringstiltak. Når det gjelder sykdomsfaren, har man over hundre års er-

faring med å vurdere og treffe tiltak mot sykdomsfremkallende naturlige mikroorganismer. Denne erfaringen kommer også til nytte i arbeid med genmodifiserte organismer.

Utsetting av genmodifiserte organismer har til hensikt at de skal overleve i miljøet. Denne overlevelsessevnen øker risikoen for at organismene skal spre seg ukontrollert. Selv om den utsatte organismen kan fungere slik hensikten var på det stedet hvor den ble satt ut, risikerer man at den dukker opp i andre deler av økosystemet hvor den blir dominerende eller endrer de økologiske forhold på annen måte. I allfall for mikroorganismer og en rekke dyreklasser gjelder det at dersom de først er satt ut, vil det i praksis være vanskelig – til dels umulig – å tilintetgjøre eller samle dem opp igjen.

3. Fordelingsmessige konsekvenser

Innføring av ny teknologi kan ha store fordelingsmessige konsekvenser, både når det gjelder næringsstrukturen i det enkelte land og i forholdet mellom landene.

a) Det er dyrt å utvikle genteknologien. Produsenter som tar den i bruk, kan imidlertid få vesentlige konkurransefordeler i forhold til andre, og effektivisering av produksjonen kan føre til overproduksjon innen et begrenset marked. Et eksempel gjelder bruk av bovint somatotropin (BST). Dette er et veksthormon som påvirker melkeproduksjonen hos kyr, og det kan produseres rimelig og i store mengder ved hjelp av genteknologi. Det er godkjent for bruk i USA, og en offisiell undersøkelse tyder på at bruk av BST kan føre til at 30 % av melkeprodusentene må nedlegge.

b) Mer alvorlig er nok de fordelingsmessige konsekvenser som genteknologien kan tenkes å få i *forholdet mellom industriland og utviklingsland*. Genteknologi – og andre former for moderne bioteknologi – gjør det mulig å fremstille industrielt produkter som kan erstatte en rekke naturprodukter som er helt sentrale i utviklingslandenes eksport. I USA fremstiller man søtstoffet høyfruktosesirup fra mais ved hjelp av enzymteknologi, og dette er en vesentlig årsak til at USAs sukkerimport fra utviklingsland er gått ned med 75 % på ti år.

De eksisterende genetiske ressurser i verden er et nødvendig grunnlag for genspleising. Mesteparten av verdens genetiske ressurser befinner seg i utviklingsland, der artsrikdommen er størst. Med genteknologien blir disse genetiske ressursene i praksis utnyttet i industriland uten at utviklingslandene får kompensasjon for det. Produksjon ved genteknologi vil også ha en tendens til å bli rettet mot industrilands behov, for det er her det finnes kjøpekraftige markeder som kan betale de store utviklingskostnadene knyttet til bruk av genteknologi.

Hvis det ikke blir satt i verk særlige tiltak, er det derfor en fare for at bruken av genteknologi drar nytte av ressurser fra utviklingsland, men øker den økonomiske avstand mellom dem og industrilandene. På den annen side åpner genteknologien viktige muligheter for å bedre utviklingslandenes situasjon, spesielt når det gjelder matvareproduksjon. Fremstilling av tørke- og salttolerante plantesorter kan gjøre det mulig å ta i bruk nytt land til matvareproduksjon, og fremstilling av mer høytvarende og proteinrike sorter kan bidra til å løse matvareproblemet i den tredje verden. Blant annet av disse grunner er det mange som i genteknologien ser en nøkkel til å løse utviklingslandenes problemer.

III Etiske overveielser og motforestillinger

Etiske betraktninger kan dels understreke positive verdier og handlemåter, dels innebære skranker. Den etiske vurdering av genteknologien kan dels knytte seg til slike konsekvenser som jeg har nevnt under II. Dette kan f.eks. gjelde for spørsmålet om hvilken risiko det er akseptabelt å ta for å fremme et positivt formål ved å fremstille og ta i bruk genmodifiserte organismer. Etiske overveielser kan også gjelde fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer i seg selv, uten hensyn til mulige konsekvenser.

Når genteknologiens konsekvenser skal vurderes i etisk sammenheng, er det selvsagt ikke nok bare å se på følgene for den aktør som fremstiller eller tar i bruk genmodifiserte organismer. Også alle andre konsekvenser, både på kort og lang sikt, for mennesker og naturmiljø, direkte virkninger og fordelingsvirkninger, hører med i den etiske vurdering.

Et sentralt spørsmål for den etiske vurdering av genteknologien er *om naturen har en egenverdi*, eller om den bare har verdi som *middel til å tilfredsstille menneskelige behov*. Det har variert historisk og mellom forskjellige religiøse og filosofiske retninger hvilken vekt man har lagt på naturens integritet. Jo sterkere naturens egenverdi blir understreket, desto mer betenkelig vil det etisk sett være å foreta de inngrep som fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer vil være. På den annen side har vi en lang og stort sett etisk akseptert tradisjon når det gjelder å påvirke naturen i landbruk og annen næringsdrift og gjennom planmessig avlsarbeid.

Selv om man tillegger naturen egenverdi, behøver ikke det føre til at alle inngrep i naturens arvemasse blir uakseptable. Også menneskelig helse og utvikling kan bli betraktet som en egenverdi, som det kan være aktuelt å avveie naturens egenverdi mot. Med et slikt syn kan den etiske bedømmelse innebære at naturens egenverdi må ha forrang hvis ikke bruken av genteknologi gir vesentlige fordeler for menneskelig helse og utvikling.

Bruk av genmodifiserte organismer kan være et hjelpemiddel til å løse *vesentlige menneskelige problemer*, f.eks. bekjempelse av alvorlige smittsomme sykdommer eller matvarekrisen. I slike tilfelle kan hensynet til menneskelig helse og utvikling gjøre det aktuelt å se det som etisk tilrådelig – kanskje til og med en etisk forpliktelse – å ta genteknologien i bruk.

Det kan også stilles etiske spørsmål ut fra *hensynet til den genmodifiserte organisme selv*. Dyrevernhensyn står sentralt her. Når genteknologi brukes til å kurerer sykdommer i husdyrbruket, må dette – iallfall normalt – anses som uproblematisk og anbefalelsesverdig etisk sett. Hvis genteknologi derimot brukes til å reparere en defekt skapt gjennom tidligere menneskelige inngrep – f.eks. den svakhet i hofteleddet som er vanlig hos schäferhunder takket være mange års innavl – blir den etiske vurdering mer tvilsom. Og hvis en organisme blir modifisert genetisk på en måte som forstyrrer dyrets naturlige funksjoner – f.eks. at dyret betaler prisen for hurtig vekst med skjelettlidelser – blir den etiske vurdering direkte problematisk. Dette gjelder enda mer for transgene organismer, hvor den genmodifiserte egenskap går direkte i arv.

Må den etiske vurdering av genteknologien foretas i hvert enkelt tilfelle, eller kan det skje mer generelt? I siste fall kan den etiske bedømmelse være negativ (eller positiv) selv om bruken av genteknologi i det enkelte tilfelle ikke er det. Behovet for å markere verdier kan tilsi en slik mer generell vurdering, selv om det kan føre til at man gir avkall på nyttig bruk av genteknologi i enkelte sammenhenger. Hvis man avstår fra en så generell etisk bedømmelse, kan det i praksis bety at man overlater den etiske vurdering til den enkelte aktør, med fare for at etiske motforestillinger blir tilsidesatt av aktørens egeninteresse i tiltaket.

IV Rettslig regulering

1. Behovet for rettslig regulering

De store muligheter, betydelige faremomenter og etiske dimensjoner som fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer har, gjør det etter min mening klart at dette ikke er spørsmål som kan overlates til den enkelte interesserte aktør alene. Det er et behov for rettslig regulering.

Formålet med en rettslig regulering kan for det første være å sikre at fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer *ikke vil stride mot etiske grunnverdier* i samfunnet. Et annet hovedformål vil være å *forhindre skadevirkninger* ved bruk av genteknologi.

Et tredje formål kan være å *fremme den mest fordelaktige bruk* av genteknologi. Rettsregulering kan være nødvendig for å fjerne hindringer eller

motstand mot å ta i bruk genteknologi på aktørnivå når det ut fra en samfunnsmessig totalvurdering vil være ønskelig. Videre er det ikke likegyldig hva man tar genteknologien i bruk til – f.eks. om store intellektuelle og økonomiske ressurser nyttes til å „forbedre“ smaken i tomatplanter istedenfor til å løse verdens matvareproblemer. Særlig gjelder dette når bruken kan reise etiske motforestillinger.

Men kan ikke rettsregulering bli en hemske for utviklingen av moderne bioteknologi? Det hevdes at hverken de besluttende eller de kontrollerende organer i samfunnet vil ha mulighet for å skaffe seg så stor innsikt som brukerne av genteknologien har. Fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer er ikke noe ferdig utviklet område kunnskapsmessig og teknologisk, men helt i startfasen. Videreutvikling er avhengig av at innovasjonstrangen ikke blir dempet. Dette gjelder aller mest dersom det er tale om å regulere forskning på området. Selv prosjekter som ikke vil bli prioritert i samfunnsmessig sammenheng, kan ofte ha sideeffekter og gi ringvirkninger som har stor positiv verdi. Noen vil kanskje også ta det aksiomatiske utgangspunkt at det er galt å regulere en bestemt teknologi, f.eks. fordi det kan vri konkurransen.

Jeg anser ikke disse argumentene for avgjørende. Det var informasjonsteknologien som ga støtet til moderne personvernlovgivning, og genteknologien bør få lignende følger på sitt felt. Fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer har altfor mange sider og konsekvenser som lett kan bli oversett eller undertrykt dersom den enkelte aktør står fritt uten noen form for samfunnsmessig regulering. Den negative effekt som en rettslig regulering kan tenkes å ha, får samfunnet heller veie opp med å sette inn positive stimulanter der det er særlig behov for det.

Jeg tar nedenfor opp til diskusjon et utvalg av rettspolitiske spørsmål som lovverket i de nordiske land må forholde seg til. Spørsmålet om man kan nå de anbefalte løsninger gjennom tolking og anvendelse av det eksisterende regelverk, lar jeg ligge. Jeg tar heller ikke opp spørsmål om det bør vedtas en særskilt lov for genteknologi (slik det langt på vei er gjort i Danmark, som fikk verdens første lov om miljø og genteknologi i 1986, men ikke i Sverige), hvilke fagmyndigheter som bør administrere regelverket, eller om behovet for ens regler på tvers av landegrensene.

2. Oversikt over noen aktuelle rettslige styringsmidler

Lovverket kan ta i bruk forskjellige teknikker til å styre fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer. Det kan f.eks. være

- *absolutte forbud*, som det ikke kan dispenseres fra. Dette er det virkemiddel som i utgangspunktet gir best sikkerhet mot skadevirkninger, men det kan samtidig avskjære oss fra en fordelaktig utnytting av genteknologien;

- *konsesjonsordninger*, hvoretter det kreves en tillatelse i det enkelte tilfelle, som kan gis eller nektes etter en samlet vurdering av de forskjellige hensyn som gjør seg gjeldende;

- *generelle forskrifter* (særlig om sikkerhetskrav), hvoretter virksomheten er lovlig dersom forskriftenes krav er oppfylt;

- *avgifter* eller *erstatningsregler*, som ikke tvinger til en bestemt handlemåte, men som virker som en drivkraft til å unngå de økonomiske virkninger av reglene.

Et regelverk må normalt kombineres med en form for kontroll med at reglene blir etterlevd. Dette kan skje i form av internkontroll (i forskningsinstitusjonen eller bedriften selv) eller ved eksternkontroll (av utenforstående instanser), eventuelt en kombinasjon.

Valget av rettslig styringsmiddel avhenger bl.a. av hva slags virksomhet som skal reguleres. Jeg skiller nedenfor mellom forskning, næringsmessig bruk i lukkede prosesser og utsetting i miljøet. Andre forhold som kan påvirke valget av styringsmiddel er om det gjelder mikroorganismer, planter eller dyr, hva slags genetisk endring det gjelder, og hvilket formål den skjer for.

Tradisjonelle rettslige styringsmidler egner seg best med sikte på å unngå skadevirkninger. Men det er også behov for rettsregler til å stimulere utviklingen av bioteknologi i en retning som samsvarer med prinsippet om bærekraftig utvikling („sustainable development“). Regler om offentlige tilskudd er ett slikt virkemiddel. Krav om bruk av moderne bioteknologi fremfor tradisjonelle kjemiske prosesser i tillatelser etter forurensningslovgivningen er et annet virkemiddel. Forbyr man visse former for bruk av genteknologi, kan det kanalisere utviklingen i en annen og ønsket retning. Men det er behov for juridisk fantasi til å utvikle virkemidler som kan virke som en positiv stimulans.

Når rettsreglene forutsetter vedtak av offentlige myndigheter, er det viktig at premissgrunnlaget legges til rette for å treffe vedtak i samsvar med regelverkets formål. Dette forutsetter bl.a. at etiske aspekter blir klarlagt og miljø- og helsemessige konsekvenser på kort og lang sikt utredet. Vår mangel på erfaring gjør det også nødvendig å ta stilling til hvordan man skal hankses med tvil om virkningene, f.eks. i form av bevisbyrderegler.

3. *Forskning*

Fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer befinner seg foreløpig for det meste på forskningsstadiet. Rettslig styring på dette stadium reiser grunnleggende spørsmål fordi forskningsfrihetens prinsipp står så sterkt i våre samfunn. Forskningsfriheten har dessuten sammenheng med et mer generelt informasjonsfrihetens prinsipp.

Også andre forhold kan forklare motviljen mot å styre forskningen: Når vi står ved kunnskapens grenser, kan det være vanskelig for andre enn forskerne selv å foreta de nødvendige vurderinger. For det annet er det ofte uforutsigbart hvilke resultater forskning – særlig grunnforskning – i det lange løp fører med seg, og en bevisst styring med tanke på bestemte resultater blir dermed meget vanskelig. Og for det tredje kan man ha regnet med at forskerne i sin sannhetssøken vil vurdere sin forskning uavhengig av økonomiske og andre interesser. Men dette er lite realistisk når så mye av forskningen foregår i nær tilknytning til næringsvirksomhet, og det overser dessuten at forskerambisjonene i seg selv kan gjøre en blind for motforestillinger. Gentechnologien gjør etter min mening at man ikke lenger kan ta forskningsfriheten for gitt uten nærmere diskusjon.

Visse former for regulering av forskningsaktiviteter er uproblematisk. Det er ikke særlig problematisk å fremme forskning i bestemte retninger ved å allokere tilskudd dit, selv om en slik praksis kan hemme forskningen på felter som ikke nyter godt av tilskudd. Det er videre klart at det kan – og bør – stilles *sikkerhetsmessige krav* til forskningsaktiviteter.

Med utgangspunkt i retningslinjer fra de amerikanske National Institutes of Health er det internasjonalt vanlig å inndele fremstilling og bruk av genmodifiserte mikroorganismer i lukkede prosesser i fire risikoklasser med korresponderende sikkerhetskrav. Hva som skal inngå i de enkelte risikoklasser, vil dels bero på hvilke sikkerhetskrav som stilles, dels på hva man anser som et akseptabelt risikonivå. Dette systemet kombineres med en godkjenning av laboratorier med sikkerhetstiltak for bestemte risikoklasser. Tanken er at man mest mulig skal unngå individuell behandling av de enkelte prosjekter. Jo høyere risikoklasse, desto strengere vil sikkerhetskravene være. Dette artet seg dels ved stigende krav til sikkerhetstiltak av fysisk, kjemisk og biologisk art, dels ved at det i de høyeste risikoklasser kreves individuell godkjenning mens det i laveste kanskje ikke en gang kreves forhåndsmelding, og dels gjennom hvilken instans som er kompetent til å behandle saken – for de enkleste forsøk kan det være nok med behandling av sikkerhetskomitéen ved vedkommende institusjon.

Systemet med risikoklasser gir mulighet for enkel behandling og gjør det

dermed lettere å ta genteknologien i bruk, men skaper en fare for at de pålagte sikkerhetstiltak ikke er helt adekvate i forhold til det enkelte prosjekt. Hver enkelt risikoklasse vil omfatte en rekke typer genmodifiserte organismer med forskjellig skadepotensiale. F. eks. kan noen være sykdomsfremkallende men by på liten fare for naturmiljøet, mens det for andre kan være omvendt.

Tese 1: Fremstilling og bruk av genmodifiserte mikroorganismer til forsøk i lukkede prosesser (innesluttet bruk) bør klassifiseres i henhold til regelfestede risikoklasser med tilhørende sikkerhetskrav. Sikkerhetskravene må settes med tanke på både helse- og miljømessige konsekvenser og settes slik at de gir god sikkerhet ved de mest risikable prosjekter innen klassen. For prosjekter som klart er mindre risikable bør det være mulig å få lempet på sikkerhetstiltakene etter individuell søknad.

Regulering av forsøk med dyr ut fra dyrevernhensyn har gammel hevd, og kan selvsagt også gjelde genteknologiske eksperimenter på dyr. Men hva med f.eks. fremstilling av nye typer genmodifiserte organismer, herunder kimære dyr? Skal forskersamfunnet her stå fritt uten noen form for samfunnsmessig kontroll? Vil en form for kontroll eller rådgivning virke innsiktsløs, tungvint og hemmende for forskningen?

Tese 2: Fremstilling av nye typer genmodifiserte organismer som ledd i forskning bør bare kunne skje etter etisk rådgivning.

4. Næringsmessig fremstilling og bruk i lukkede prosesser

Det er først og fremst genmodifiserte mikroorganismer som det er aktuelt å utnytte industrielt. Mikroorganismene kan formere seg selv, og et hovedpunkt i reguleringen må være å sikre at de ikke kommer ut av den lukkede prosess og volder skade på helse eller naturmiljø. Eksemplet med blodfaktorsauen viser imidlertid at også genmodifiserte dyr kan bli utnyttet i industriell produksjon, og det kan tenkes å reise både dyrevernsprospørsmål og andre etiske motforestillinger.

Næringsmessig bruk vil gjerne gjelde større mengder enn forsøksbruk. Dette kan øke faren for utslipp og for skadevirkninger dersom utslipp skjer. Dessuten skjer den næringsmessige bruk med sikte på omsetning av de frembragte produkter, og det kan være nødvendig å unngå at genmodifiserte organismer blir spredt sammen med de ferdige produktene eller gir dem utilsiktede egenskaper. Tilsammen tilsier dette at næringsmessig fremstilling og

bruk bør vurderes i hvert enkelt tilfelle, men erfaring kan gjøre det forsvarlig å foreta reguleringen gjennom forskrifter for ulike typetilfelle. Vurderingen bør om nødvendig også ta sikte på å forhindre at genteknologi nyttes til å skape produkter der bruken kan ha uheldige miljømessige konsekvenser eller alvorlige fordelingsmessige konsekvenser i forhold til utviklingsland.

Tese 3: Næringsmessig bruk av genmodifiserte organismer må underkastes individuell konsesjonsbehandling inntil man har betryggende erfaring. Næringsmessig bruk må rettes inn mot å løse vesentlige samfunnsproblemer.

Omsetning, import og eksport av genmodifiserte organismer kan skape risiko for utslipp på samme måte som bruk i lukkede produksjonsprosesser. Faremomentene er avhengige både av organismens egenskaper og av den mengde som omsettes eller føres over grensen.

Tese 4: Det bør fastsettes generelle sikkerhetskrav for transport og oppbevaring av genmodifiserte organismer. I høyere risikoklasser bør omsetning, eksport og import være avhengig av individuell tillatelse.

5. Utsetting

Vårt kjennskap til konsekvensene ved bruk av genmodifiserte organismer er minst når det gjelder utsetting. Av den grunn bør det som utgangspunkt kreves særskilt tillatelse til utsetting. Før tillatelse kan gis, må det foretas en konsekvensutredning som analyserer risikoen ved utsetting, basert på mer begrensete forsøk eller erfaringer med lignende utsetting tidligere. Som utgangspunkt bør det kreves positiv dokumentasjon for at utsetting ikke vil ha miljø- eller helseskadelige virkninger, men dokumentasjonskravet kan naturligvis settes lavere ved feltforsøk under kontroll enn ved utsetting i stor skala. Det må være adgang til å gi avslag basert på den generelle kunnskap som man allerede sitter inne med.

Utsetting bør bare tillates dersom det dekker samfunnmessige behov av vesentlig betydning. Det bør f.eks. ikke være adgang til å sette ut frostbakterier for å forlenge alpinsesongen i varme nordiske vintre. Rent privatøkonomiske fordeler bør ikke berettige noen miljørisiko i samband med utsetting.

Det er særlig grunn til å føre en streng og forsiktig linje når det gjelder utsetting av mikroorganismer og dyreklasser som sprer seg lett. For genmodifiserte husdyr og kulturplanter med liten spredningsevne bør utsetting normalt kunne skje i henhold til forskrift. Før det på denne måten eventuelt gis tillatelse til utsetting av genmodifiserte skogstrær, må de landskapsmessige og økologiske konsekvenser være klarlagt gjennom en konsekvensutredning.

Tese 5: Det må vises stor varsomhet med utsetting av genmodifiserte organismer i miljøet, særlig når det gjelder mikroorganismer. Eventuell tillatelse til utsetting må bygge på konsekvensutredning og ikke innebære miljømessige faremomenter uten at det er vesentlige samfunnsmessige fordeler.

6. Behov for visse absolutte forbud?

Det kan reises spørsmål om det er behov for visse absolutte forbud. Det kan gjelde fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer til bestemte formål, eller visse former for overføring av genetisk materiale. Dette kan f.eks. gjelde:

a) *Genmodifisering av kjønnsceller.* Spørsmålet har størst betydning i forhold til mennesker (se Ingse Stabells referat). Det kan også reises i forhold til dyr, men her er de etiske motforestillinger ikke så klare. Genmodifisering av kjønnsceller blir overført til senere generasjoner og har dermed en helt annen rekkevidde enn genmodifisering av somatiske celler. Dette er et spørsmål hvor ens etiske holdning til naturens egenverdi kan få avgjørende betydning for svaret. Ser man bruken av genteknologi som et alternativ til tradisjonell avl, er det likevel ikke god nok grunn til et generelt forbud mot genteknologi på dyrs kjønnsceller.

b) *Overføring av genmateriale fra en art til en annen.* Dersom man setter et generelt forbud her, betyr det en sterk begrensning av de muligheter genteknologien kan gi. Kimære dyr (f.eks. saugeita) har visstnok ingen påviselig nytte, og bl.a. på etisk grunnlag kan det være nærliggende å sette et generelt forbud mot fremstilling av kimære dyr. Når det gjelder overføring av gener fra mennesker til dyr, må det tas i betraktning at de fleste av våre gener er nokså like gener med tilsvarende funksjon i dyr. Overføring av genetisk materiale fra mennesker til dyr er dessuten viktig for utvikling av visse medisiner.

c) *Bruk av genmodifiserte organismer til militære formål.* Både folkerettslige konvensjoner og nordisk lovgivning setter forbud mot utvikling, fremstilling, lagring og bruk av bakteriologiske eller andre biologiske substanser for ikke-fredelige formål. Dette gjelder også for genmodifiserte organismer, men det er nok tvilsomt om f.eks. genmodifiserte insekter kan ses som slike „substanser“ som forbudet rammer.

Tese 6: Det er i liten grad grunn til å sette absolutte forbud når det gjelder fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer. Det bør settes et absolutt forbud mot fremstilling av kimære dyr, og mot fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer for ikke-fredelige formål.

7. Tillitskapende tiltak i forhold til allmennheten

Utnyttingen av moderne bioteknologi vil være avhengig av allmennhetens tillit til at det skjer uten risiko for helse og miljø og uten å komme i konflikt med grunnleggende etiske verdier i samfunnet. En slik tillit forutsetter kunnskap og åpenhet omkring fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer og de følger dette kan ha. Bruk av konsekvensutredninger (risikoanalyser) er derfor vesentlig også i dette perspektiv. Både disse utredningene og andre faktiske opplysninger må være *offentlig tilgjengelige*.

Det kan styrke allmennhetens tillit til genteknologien dersom enhver har adgang til å *bringe inn for domstolene* tillatelser til fremstilling av nye genmodifiserte organismer eller utsetting. En så vid adgang til å reise søksmål vil være i tråd med det som gjelder for spørsmål om patentlovens vilkår for patenterbarhet er oppfylt. Domstolene bør ha full kompetanse til å overprøve gitte tillatelser i lys av Brundtland-kommisjonens prinsipp om å fremme en bærekraftig utvikling.³

Tese 7: Offentlighetsprinsippet må gjelde i saker om fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer.

Tese 8: Enhver må kunne reise søksmål for domstolene om tillatelser til fremstilling og utsetting av genmodifiserte organismer. Domstolene bør ha full kompetanse til å prøve om tillatelsen er i pakt med prinsippet om bærekraftig utvikling.

8. Avgifter og erstatningsregler som alternativ?

I amerikansk rettslitteratur har man diskutert å erstatte den forvaltningsrettslige styring med markedsstyring, basert på en ny utforming av erstatningsreglene som skal sikre at det gis erstatning for de skadevirkninger som måtte inntre. Bakgrunnen er bl.a. en antakelse om at offentlige myndigheter gjennomgående vil ha lavere faglig kompetanse enn de foretak som vil gjøre bruk av genmodifiserte organismer. Beslutningene ville derfor bli mer faglig rasjonelle om de ble truffet i bedriftene, og med hensiktsmessige erstatnings-

³ Med begrepet „bærekraftig utvikling“ (sustainable development) siktes det til en utvikling som tilfredsstiller dagens behov uten å ødelegge fremtidige generasjoners muligheter til å tilfredsstille sine behov. Økonomisk vekst må skje innenfor grenser som naturen setter. Se St. meld. nr. 46 (1988-89) Miljø og utvikling. Norges oppfølging av Verdenskommisjonens rapport s. 15-16.

⁵ UPOV5=UPOV = Union internationale pour la protection des obtentions végétales. jfr. konvensjon 2. desember 1961 om beskyttelse av planteforedlingsprodukter med senere tilleggskonvensjoner.

regler ville risikoen for erstatningsansvar gi det nødvendige insentiv til å treffe miljøriktige beslutninger.

Etter min mening er dette overhodet ikke noe reelt alternativ. Bedriftene kan ha høyere kompetanse enn forvaltningen og uavhengige eksperter når det gjelder næringsmessig utnytting av genmodifiserte organismer, men det følger ikke av det at de er faglig overlegne når det f.eks. gjelder å vurdere helse- og miljømessige skadevirkninger. Skadevirkningene vil ofte være vanskelige å forutsi og friste til å ta sjansen dersom man har andre motiver for å sette i gang produksjon. Mange skadevirkninger vil ofte gjøre seg gjeldende etter lang tid, og årsaksforholdet kan være ytterst vanskelig å etablere. Det er også skadevirkninger som man ikke bør tillates å kjøpe seg ut av, noe som er mest innlysende for eventuelle helseskader.

Tese 9: Erstatningsregler er ikke noe alternativ til forvaltningsrettslige styringsmidler.

9. Avbøtende regler

Dersom man tillater bruk av genmodifiserte organismer i lukkede prosesser eller utsetting i miljøet, må man være forberedt på at det trass i omhyggelige forhåndsvurderinger og sikkerhetstiltak kan inntre uventede skader. Det kan også tenkes at ny kunnskap viser at risikoen er større enn man antok da tillatelsen ble gitt.

I slike tilfelle bør det være vid adgang til å omgjøre en gitt tillatelse eller stille ytterligere sikkerhetskrav. Det må kunne kreves opprydding eller oppsamling av de utsatte organismer så langt dette er mulig, og det bør gjelde et objektivt erstatningsansvar for inntrådte skader. Dekning for slike beløp bør sikres gjennom en obligatorisk forsikringsordning. Disse prinsippene vil være i tråd med moderne forurensningslovgivning.

10. Rekkevidden av nordisk lovgivning for nordisk virksomhet i utlandet

Det har allerede vist seg at bedrifter i land med streng kontroll av genmodifiserte organismer i stedet har foretatt eksperimenter i utviklingsland, og til dels med skadevirkninger til følge. Det vil være i strid med prinsipper om internasjonal solidaritet dersom genteknologisk virksomhet i Norden skal stå fritt til å flagge ut og forlegge sin virksomhet til land med svakere kontroll. Riktignok kan en slik bestemmelse bare gjelde for nordiske foretak, og avgrensningen av hvilke foretak som er „nordiske“ kan by på problemer. De nordiske land kan heller ikke bruke tvangsmyndighet til å håndheve reglene i

andre land enn sitt eget. Likevel vil en slik lovbestemmelse ha betydning, både som ledd i opinionsdanning nasjonalt og internasjonalt, og ved de muligheter til håndheving som måtte foreligge i hjemlandet.

Tese 10: Nordisk lovgivning om fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer bør også gjelde for nordisk virksomhet i utland som ikke har tilsvarende kontrollordninger som de nordiske land.

V Patent og annen rettsbeskyttelse for genteknologiske oppfinnelser

Det er behov for å utvikle genteknologien, men det er kostbart. Dersom en genteknologisk oppfinnelse lar seg utnytte kommersielt, kan en enerett til oppfinnelsen sikre utviklingskostnadene blir dekket. Dette kan stimulere den genteknologiske utvikling. Det kan også ses som et rettferdighetskrav at fortjenesten ved en oppfinnelse går til oppfinneren eller den som har hatt utviklingskostnadene, og ikke til utenforstående.

Patentsystemet, som er vel etablert i alle de nordiske land, gir en tidsbegrenset enerett til oppfinnelser som kan utnyttes industrielt og fyller krav om nyhet, oppfinneshøyde og reproduserbarhet. UPOV-systemet,⁴ som Sverige og Danmark er tilsluttet, gir planteforedlerrettigheter – en enerett som er mindre omfattende enn et patent ville gi. Planteforedlerretten gir foredlere enerett til å markedsføre sorten, men den enkelte bonde kan fritt bruke egenprodusert formeringsmateriale, og en beskyttet sort kan fritt anvendes til videreforedling og omsetning av det videreforedlete produkt.

Internasjonale og nasjonale patentregler er primært blitt til med sikte på industriell utvikling av døde produkter. Anvendt på levende organismer reiser de en rekke tolkingsspørsmål som medfører at både vilkårene for patent og virkningene av det kan være uklare.⁵ Regelverket om patenter har unntak med sikte på levende organismer, men rekkevidden av dette unntaket er sterkt omstridt.⁶ Alt dette

⁵ Allerede spørsmålet om det foreligger en „oppfinnelse“, kan reise store problemer når det er tale om levende organismer eller deres genmateriale. Det er nemlig ikke adgang til å få patent på en „oppdagelse“. Dersom det senere skulle vise seg at en patentert genmodifisert organisme finnes i naturen, reiser forholdet til den naturlige organisme problemer.

⁶ Regelverket om patenter er til hinder for at det gis patent på plantesorter og dyreracer eller vesentlige biologiske fremgangsmåter for fremstilling av planter og dyr. Men det er adgang til å gi patent på mikrobiologiske fremgangsmåter og produkter av dem. Unntaket er tolket noe forskjellig i forskjellige land, også innen Norden. I 1980-årene har det vært en klar internasjonal tendens til å innsnevre unntaket. I USA godtok den føderale høyesterett i 1980 under sterk dissens patent på en genmodifisert mikroorganisme (447 U.S. 303 (1980)), og de amerikanske patentmyndigheter har i 1988 gitt patent på en transgen mus. Også blant de nordiske land er det visse forskjeller. I Norge vil ethvert patent på planter og dyr som

skal jeg la ligge, og i stedet konsentrere meg om noen rettspolitiske prinsippsspørsmål. Det jeg skal ha for øyet, er levende organismer (samt celler eller deler som kan utvikles til organismer) og genetisk materiale.

Det hevdes ikke sjelden at patentloven er verdinøytral. Dette er misvisende – det kan aldri være verdinøytralt å etablere en lovhjemlet enerett.

Er det etisk forsvarlig å etablere en enerett til levende organismer eller genmateriale? Og hvilke konsekvenser vil det ha? Dette må selvsagt ses på bakgrunn av hvilket omfang og hvilken varighet en enerett skal ha. De innvendinger som har vært reist mot å bruke patentsystemet på genmodifiserte organismer, angår dels bruken av genteknologi generelt, og dels bruken av patentsystemet spesielt på dette felt. Når også den først nevnte type innvendinger trekkes inn, skyldes det den stimulerende effekt som patentsystemet forutsettes å ha.

Patentsystemet vil være et *generelt* virkemiddel til å stimulere utvikling av genteknologien. Jeg mener imidlertid at det ikke er likegyldig hvilken vei den genteknologiske utvikling tar. Naturressursene kan dessuten utnyttes på annen måte enn til å fremstille genmodifiserte organismer, f.eks. ved ekstrahering av uutnyttede stoffer og ved andre former for bioteknologi enn genteknologi. Legger man til grunn at fremstillingen av genmodifiserte organismer reiser særskilte etiske problemer, kan det tale for at dette ikke bør stimuleres gjennom patentsystemet. Dette er et argument for å bruke mer selektive virkemidler enn patentsystemet til å stimulere utviklingen, eller for å kombinere patentsystemet med en forvaltningsmessig kontroll med fremstilling og bruk av genmodifiserte organismer (jfr. tesene foran under IV). Hvis man ikke tillater rettsbeskyttelse i en form for enerett, vil imidlertid dette svekke den private sektors interesse for videre utvikling og øke behovet for offentlig finansiering.

I visse situasjoner er det også fare for at patentsystemet kan bli til hinder for en ønsket utvikling: En pesticidprodusent som utvikler en sykdomsimmun plantesort, kan være interessert i å få enerett til den, for å hindre at den kommer ut på markedet i konkurranse med andre sorter som er tilpasset til og avhengig av hans pesticidproduksjon. Videre kan et system med eneretter som tilkommer produsenter i industriland forsterke de fordelingsvirkninger i forhold til utviklingsland som er omtalt under II 3. Dette aktualiserer en form for kompensasjon til utviklingsland for bruken av genetisk materiale som har sin opprinnelse der.

Patentsystemet kobler eneretten til et krav om offentliggjøring. En patentsøkt oppfinnelse vil således være offentlig tilgjengelig. Dette er viktig i forsknings-sammenheng, og UPOV-systemet har ikke samme krav til offentliggjøring. På

sådanne bli nektet, og det er hittil ikke gitt patent på mikroorganismer. I Sverige og Danmark er det derimot på det rene at det kan gis patent på en genmodifisert mikroorganisme.

den annen side medfører patentlovgivningens nyhetskrav at oppfinnelsen må holdes hemmelig inntil det er søkt patent. Hvis det ikke gjøres unntak for vitenskapelig publisering, kan dette ~~kan~~ hemme informasjonsutveksling og meningsbrytning i forskersamfunnet som ledd i den løpende forskningsprosess.

Patent på en levende organisme som kan formere seg selv, reiser et særlig spørsmål sammenlignet med døde gjenstander: Skal patenthaverens rett omfatte senere generasjoner? Et bekræftende svar vil styrke oppfinnerens eller produsentens stilling. Men det vil gjøre at bonden ikke kan nytte egenprodusert utsæd av den avling som han har fått fra sitt innkjøp av genmodifisert, patentert såkorn. En så vidtgående enerett vil øke bondens avhengighet av internasjonale frøprodusenter, og det vil i praksis neppe være mulig å kontrollere at eneretten blir respektert. I UPOV-systemet går ikke foredlerretten så langt, og gir som nevnt bare enerett til kommersiell omsetning.

Tenker vi oss patent på isolerte gener, kan dette innebære en enerett til overføring av bestemte egenskaper. Sett at noen får patent på et gen som koder for motstandsdyktighet mot lakseparasitten *gyrodactylus salaris*, som truer med å utslutte norsk elvelaks. Patentretten vil da innebære en sterk maktstilling når det gjelder utnyttning av denne genressursen. Dette kan motvirkes med regler om tvangslisens, men de gjeldende regler om tvangslisens i nordisk patentlovgivning er i dag for restriktive og tungvinte til å begrense en urimelig maktposisjon for patenthaveren.

Tese II: Patent på levende dyr og planter og på gener avvises. Patent på genmodifiserte mikroorganismer bør godtas i kombinasjon med enklere adgang til tvangslisens.

Utvalgt litteratur

NOU 1989:8 – Bioteknologi og patentering

NOU 1990:1 – Moderne bioteknologi. Sikkerhet, helse og miljø

SOU 1984:88 – Genetisk integritet

Betænkning nr. 1043/1985 – Genteknologi og sikkerhed

13th Report of The Royal Commission on Environmental Pollution: The Release of Genetically Engineered Organisms to the Environment, Cm 720 (HMSO, London 1989)

Chancen und Risiken der Gentechnologie: Bericht der Enquete-Kommission des 10. Deutschen Bundestages. Zur Sache 1/87 (Bonn 1987)

Dagfinn Føllesdal: Etikken først, så oppfinnelsen. Aftenposten, Oslo, 14. mars 1989.

Barry Hoffmaster: The Ethics of Patenting Higher Life Forms, 4 *Intellectual Property Journal* 1 (1988)

Mogens Koktvedgaard: Retsbeskyttelse af genteknologisk udvikling af planter og dyr, *Nordiskt Immaterielt Rättsskydd* 1989 s. 119-27.

Ole Münster: Verdens første lov om miljø og genteknologi, *Nordisk Administrativt Tidsskrift* 1987 s. 97-112.

Note: Designer Genes that Don't Fit. A Tort Regime for Commercial Releases of Genetic Engineering Products, 100 *Harvard Law Review* 1086 (1987).

Harald Skjervold: *Genteknikk. Arv på en ny måte* (Oslo 1986)

Cecilie Willoch: Bioteknologien, patenter: Et internasjonalt perspektiv, *Retfærd* nr. 46 (1989) s. 48-65.

Rettslig regulering og etiske normer innenfor bioteknologi

Av likestillingsombud INGSE STABEL, Norge.

I Innledning

1. Definisjoner og avgrensninger

Min oppgave er å se nærmere på spørsmål om rettslig regulering eller etiske normer for bioteknologi i human sammenheng. Det vil si at spørsmålet om patentering vil bli viet forholdsvis liten plass, mens jeg heller vil se nærmere på problemer knyttet til diagnostisering og behandling av mennesker, og til de opplysninger om enkeltindivider som på denne måten aktiveres. Med mennesker mener jeg både fødte individer og fostre, herunder embryo på helt tidlige stadier.

Når vi har valgt å dele referentinnleggene i to, med et særlig bidrag om bioteknologi i human sammenheng, er det fordi spørsmålene her dels er spesielle og reiser andre etiske problemstillinger. I Norge er det dessuten nedsatt et eget utvalg som skal utrede de etiske sidene ved bio- og genteknologi anvendt på mennesker, og foreslå de nødvendige lovgivningstiltak. Selv er jeg det juridisk sakkyndige medlemmet i dette utvalget.

I tilknytning til mennesker omfatter bioteknologi bl a genteknologi, immunologi, fosterdiagnostikk, spesielle metoder for behandling av barnløshet, transplantasjonskirurgi samt en rekke diagnostiske og behandlingsmessige metoder. Utviklingen av den monoklonale antistoffteknikken, altså cellekloning fra en stamcelle med sikte på lik og spesifikk antistoffreaksjon, har her særlig stor betydning. Det er ikke mulig i en kortfattet framstilling som denne å ta for seg hele dette feltet.

Jeg vil derfor i det følgende særlig konsentrere meg om genteknologien. Jeg mener det er grunnlag for å hevde at oppdagelsen av DNA-molekylet og teknikkene som gjør det mulig å kartlegge, splitte opp, påvirke og forandre menneskets arvestoff, stilte oss overfor et veiskille også i rettslig forstand. Kjente juridiske begreper får plutselig et annet innhold, etablerte beskyttelsesmekanismer mister sin kraft og vi trenger et nytt begrepsapparat.

Kombinert med nyvinningene innen reproduksjonsteknologien, særlig prøverørsteknikken, er vi kommet i en situasjon hvor det er teknisk mulig å påvirke menneskenes arveegenskaper, gjennom genmanipulasjon av ufødte menn-

esker. Det er nettopp det å atskille egg/foster og livmor som gjør at muligheten oppstår, både teoretisk og praktisk.

Tese: Etablerte prinsipper for medisinsk behandling, for foreldreansvar, informasjon og samtykke, er derfor ikke nødvendigvis lenger tilstrekkelige.

2. Etablerte prinsippers utilstrekkelighet

Vi har i de nordiske land regler om medisinsk behandling, og vi har prinsipper for medisinsk forskning på mennesker. Våre systemer er i korte trekk bygget på frivillighetsprinsippet og prinsippet om den personlige integritet. Selv om medisinsk behandling i utgangspunktet er forbeholdt leger eller annet helsepersonell, kan ikke leger og helsepersonell uten hjemmel krenke pasientenes integritet. De må ha pasientens samtykke, og inngrepet må ha et behandlingsmessig formål.

Foreldre kan gi samtykke på vegne av mindreårige barn, forutsatt at inngrepet har et terapeutisk formål. Har det ikke det, for eksempel ved medisinsk forsøksvirksomhet, er utgangspunktet ihvertfall i Norge at inngrepet ikke kan finne sted. For behandling av og forsøk på fostre har vi ingen særlige regler. Før reproduksjonsteknologiens gjennombrudd var det heller ikke særlig behov for regler på dette området. Fostret hadde sin naturlige beskyttelse i morens kropp, og et inngrep mot fosterets integritet var også et inngrep mot morens integritet. Hennes samtykke var derfor nødvendig, og i de aller fleste tilfelle også tilstrekkelig. Farens rolle i forbindelse med fostre er ikke definert.

Vi har ellers en slags konsensus i våre samfunn om at medisinsk behandling og utvikling av medisinsk teknologi er et gode som bør oppmuntres og hemmes minst mulig via lovgivning. Spesielt gjelder dette forskningen, som tradisjonelt har vært holdt utenfor samfunnets reguleringer i størst mulig utstrekning. Vi regner det videre som en rettighet for den enkelte å tilstrebe, om ikke nødvendigvis å få, den høyest mulige behandling av sykdom og den sikrest mulige diagnose. Samfunnsmessige reguleringer på området, enten det er via lov eller etiske retningslinjer, krever derfor en særlig begrunnelse.

3. Det spesifikke ved genteknologien som juridisk problem

Begrunnelsen vil etter min oppfatning for det første ligge i det spesielle, og grensesprengende, ved genteknologien som diagnostisk og behandlingsmessig metode. Dette kan splittes opp i en rekke enkeltfaktorer, særlig disse

- Genteknologien gir en mye mer presis og definitiv kunnskap om menneskenes egenskaper og sykdomsanlegg. I behandlingsmessig sammenheng er dette et gode, men det åpner for problemer knyttet til forvaltningen av selve informasjon-

en. Helseopplysninger har alltid vært anerkjent som særlig sensitive i personvernmessig sammenheng. Hundre prosent sikre helseopplysninger blir da et enda større problem.

- Behandlingen har i visse situasjoner ikke bare konsekvenser for det berørte individ selv, men også for vedkommendes mulige etterkommere. En ting er at man da behandler personer som ikke har fått sjansen til å uttale seg eller gi sitt samtykke. En annen ting er at man muligens overskrider grensen for hva mennesker etisk har lov til å gjøre med seg selv og hverandre.

- Teknikkene kan ikke bare tenkes brukt som behandlingsform, men også som ren manipulasjon for forskning, eksperimentering og systematisk utvelgelse av menneskelige arveegenskaper. Grensen mellom behandling og manipulasjon vil være flytende og avhenge av hva man vil definere som sykdom til enhver tid. Pr i dag er det bare enkeltgenbaserte sykdommer som kan påvirkes via genteknologi. Egenskaper som knytter seg til omfattende genkombinasjoner, som f eks musikalitet og intelligens, er det fortsatt ikke særlig aktuelt å påvise.

Jeg mener likevel det er realistisk å ta hele spekteret av muligheter med i betraktning allerede i dag. Man skal ikke gi seg hen til science-fiction preget sensasjons-hysteri, og man skal heller ikke se bort fra de positive sider virksomheten har å tilby menneskeheten. På den annen side er det viktig å ha en lovgivning som for en gangs skyld ligger i forkant av den teknologiske utvikling, og som griper fatt i endel etiske grunnverdier før disse allerede er uthult gjennom forskernes press og publikums etterspørsel av tjenestene.

4. Oversikt over framstillingen

Jeg skal derfor i det følgende si litt om hvilke områder jeg tror det er særlig viktig å ha en lovgivningsmessig, eller i det minste en etisk beredskap. Jeg vil knytte drøftelsen til tre hovedområder, nemlig

- genteknologi benyttet for medisinsk diagnostisering, (II),
- genteknologi som ledd i medisinsk behandling, (III),
- genetisk fosterdiagnostikk, (IV),
- genteknologi brukt for å påvirke eller forandre menneskets nedarvete egenskaper, „genetic engineering“ eller gensløyd, (V).

Det er glidende overganger mellom spørsmålene, både fordi diagnose og behandling er intimt sammenvevet, og fordi også prosedyrer som i utgangspunktet er behandling kan betegnes som manipulasjon. Jeg sikter da særlig til behandling på kjønnceller, hvor behandlingen får konsekvenser også for pasientens avkom. Selv omtaler jeg dette under V gensløyd.

II Genteknologi som diagnostisk metode

1. Kunnskap om sykdom og sykdomsdisposisjon

Genteknologi anvendt som diagnostisk metode reiser flere problemer enn de fleste er klar over. Metoden kan tenkes i to hovedvarianter, som atskiller seg prinsipielt ganske mye fra hverandre. For det første kan det benyttes for å konstatere om en person har en arvelig sykdom som først vil manifestere seg senere i livet, f eks Huntingtons chorea. Det dreier seg om personer som vet at de har en 50% risiko, men som ellers ikke ville fått sikker beskjed annet enn ved sykdommens utbrudd eller manglende utbrudd i 40-50- års alderen. Sykdommen kan ikke behandles.

Den andre hovedformen er beregnet på å fastslå disposisjon for visse arvelige eller arverelaterte sykdommer, f eks hjerteinfarkt og kreft. Disse testene gir intet sikkert svar på om personen er eller vil bli syk. Formålet er å kartlegge særlige risikomomenter, slik at pasienten ved kosthold, levevaner eller ved å unngå visse stoffer eller miljøer, reduserer sykdomsrisikoen.

Det kan avgjørt diskuteres om mer eller mindre sikker viten om dette egentlig er et gode. Det vi likevel vet, er at berørte pasientgrupper eller risikogrupper kommer til å etterspørre testene, ved at de vurderer dem som nyttige for seg. Noen vil til og med hevde at man må ha rett til å få vite mest mulig om sin egen helsestilstand og risiko. Spørsmålet blir om samfunnet skal overprøve dette skjønnet.

Man bør ikke uten videre la markedsmekanismen regulere tilgangen på medisinske tilbud og tjenester. Det er ikke alt folk tror de har nytte av som faktisk er nyttig for dem. Dessuten kan tiltak som er nyttige for noen ha skadelige virkninger for andre.

Tese: Sikker viten om helse er ikke nødvendigvis et ubetinget gode.

2. Myten om taushetsplikten

Det blir framstilt som en selvfølgelig forutsetning for å åpne for diagnostiske gentester, at testresultatet må være den enkeltes egen eiendom. Det må ikke under noen omstendigheter gjøres kjent for, eller kunne utnyttes av, andre. Men hvordan skal man gjennomføre det i praksis? Det mangler ikke på aktører som har både legitim og illegitim interesse i å få slike opplysninger. Jeg nevner ektefelle, potensiell ektefelle, arbeidsgiver, forsikringselskap, bank og andre kreditinstitusjoner.

Alle jurister vet at taushetsplikten lekker i alle ender, og spesielt i helsevesenet. Taushetsplikten hindrer dessuten ikke den enkelte i selv å gi opplysningene frivillig, eller i å samtykke i at de innhentes. Man kan ikke forby den enkelte å

snakke om seg selv. Og alt som er tilgjengelig vil bli etterspurt, f. eks som vilkår for å inngå en forsikringsavtale.

Løsningen må i tilfelle være å forby de forskjellige instansene å etterspørre genetiske data, eventuelt å legge vekt på dem. Dette er også problematisk, fordi det åpenbart finnes situasjoner hvor opplysningene er relevante.

Vi har en skala fra situasjoner alle er enige om å forby, f. eks at en arbeidsgiver bare vil ansette personer med en viss forventet livslengde, til dem hvor man vil være uenig: Skal f. eks flyselskap kunne teste piloter med sikte på risiko for plutselig hjerteattakk? Og hva med gentesting som ledd i partnervalg og familieplanlegging. Skal man ha krav på å få vite at ens forlovede er bærer av en alvorlig sykdom som kan føres over til eventuelle barn?

Noe av dette kan avhjelpes ved et regelverk som hindrer at opplysninger registrert med ett formål, nemlig medisinsk diagnose, blir brukt til et helt annet, f. eks kriminaletterforskning. Men all erfaring med datasikkerhet tilsier at jo færre opplysninger som registreres overhodet, jo større blir sikkerheten. Opplysninger som finnes, blir etterspurt, legalt eller illegalt.

Tese: Genetiske data bør registreres i minst mulig utstrekning.

III Genteknologi som ledd i medisinsk behandling

1. Behandling av voksne

I utgangspunktet er vi her ikke så fjernt fra vanlig medisinsk behandling. Dette gjelder ihvertfall så lenge dreier seg om genterapi på somatiske kroppsceller. Svært populært sagt dreier det seg om å gå inn i kroppen, forsøke å isolere det sykdomsfremkallende gen, og fjerne det, erstatte det med et friskt, eller påvirke det slik at det blir friskt. Til nå har dette bare vært teknisk mulig ved sykdommer som skyldes enkeltgendefekter. Så lenge det bare dreier seg om å behandle et enkeltgen hos en voksen person, som gir sitt samtykke til behandlingen, har det vært alminnelig å betegne det som forholdsvis uproblematisk fra et etisk synspunkt.

Det er likevel en rekke usikkerhetsmomenter knyttet til rekkevidden av metoden. Noe berører sikkerhetsaspektet og forholdet til ressurser og prioriteringer innen helsevesenet, og skal derfor holdes utenfor her. Men det har også vært hevdet at selv ett enkelt sykdoms-gen kan ha andre funksjoner, og som går på individets personlighet og egenskaper. Det kan derfor ses som et overskridende inngrep i den menneskelige integritet å gå inn med slik terapi.

Tese: Behandling av ~~flere~~ gensdefekter bør avvises, behandling av enkeltgendefekter bør avvete sikrere kunnskap.

2. Behandling av barn og ufødte

Genterapi på barn og ufødte reiser særlige spørsmål. Har de rett til å vokse opp eller bli født med sin genetiske integritet intakt, eller skal foreldrene kunne velge bort en sykdom, på deres vegne. Vanligvis vil jo foreldre kunne samtykke i terapeutiske inngrep på sine barns vegne. Men når behandlingen innebærer genetisk modifisering kan man spørre om saken bør stille seg annerledes.

Genetiske lidelser som skyldes et samspill mellom flere gener reiser særlige betenkeligheter i forhold til barn og ufødte. Vi nærmer oss sterkt ren manipulasjon. En rekke grensetilfelle kan oppstå, spesielt når det gjelder definisjonen av sykdom og lidelse. Hva er sykdom og hva er avvik. Hva f eks med Downs syndrom? Og hvis lidelse er det egentlig snakk om å avhjelpe, barnets eller foreldrenes?

Tese: Genterapi på barn og ufødte bør avvises.

IV Særlig om genetisk fosterdiagnostikk

De fleste genetiske lidelser er det i dag ikke mulig å behandle ved genterapi. Derimot blir det i stadig større grad mulig å diagnostisere dem på fosterstadiet. Den mest realistiske behandlingen i disse tilfellene, både i dag og i fremtiden, er derfor ikke behandling i vanlig forstand, men eliminasjon i form av abort eller unnlatt implantasjon ved prøverørsbefruktning. Denne form for seleksjon forekommer i stor grad i naturen. Det antas at de fleste spontanaborter nettopp skyldes genetisk sykdom eller avvik hos fosteret. De fleste vil likevel mene at det blir noe annet når menneskene selv tiltar seg denne avgjørelsen.

Vi har i alle våre land adgang til abort på grunnlag av genetiske misdannelser hos fosteret. Vi har også adgang til selvbestemt bort i svangerskapets første 12 uker. Vi antar at kvinnen har rett til å vite resultatet av prøver som blir tatt. Men det er ikke dermed sagt at vi ønsker en utvikling hvor gravide kvinner blir tilbudt eller påtvunget stadig fler genetiske tester, og må forholde seg til testresultatet som grunnlag for avgjørelsen om abort.

Selvbestemt abort er en viktig rettighet for kvinner, for at vi skal kunne velge om vi skal føde barn eller ikke. Valget av hva slags barn vi skal føde er et helt annet spørsmål. Akkurat dette spørsmålet er etter min oppfatning vanskelig å definere som en kvinneverrettighet. Det er også høyst tvilsomt om det å måtte forholde seg til alle testresultatene egentlig er et gode. Adgangen til abort på eugenisk indikasjon bør opprettholdes, men må knyttes til veiledning og informasjon om den aktuelle sykdom eller lidelse.

Tese: Det bør utvises kritikk med hensyn til hvilke tester som lovlig kan tilbys, og tidspunktet og måten de tilbys på.

V Gensløyd

1. Genetisk manipulering

I motsetning til ved mikroorganismer, planter og dyr, har vi kommet forholdsvis kort på dette området når det gjelder mennesker. Menneskelige egenskaper skyldes en blanding av en rekke forskjellige gener, pluss selvsagt miljøet, og lar seg derfor ikke manipulere så lett som mange synes å tro. Dette betyr ikke at emnet ikke gjør krav på interesse fra et lovgiversynspunkt. Tiden er nok inne til å forsøke å trekke opp noen grenser og å begrunne hvorfor vi ikke ønsker at dette skal kunne utføres på mennesker. Dette gjelder ihvertfall dem som mener at det bør kunne utføres på planter og mikroorganismer, og kanskje også på dyr.

Det vi nok alle er enige om ikke bør skje, er følgende:

- kloning av mennesker, altså frambringelse av helt identiske individer.
- påvirkning med sikte på å fremdyrke spesielle egenskaper som styrke, intelligens, utholdenhet osv. (Supermennesket).
- transspecies fertilisering eller genetisk manipulasjon med sikte på frambringelse av kimære individer (dels menneske, dels dyr). Dette betyr ikke at man skal forby enhver implantering av menneskegen i dyr eller omvendt. Sauen blir ikke menneske ved å få tilsatt menneskelig veksthormon og mennesker blir ikke dyr ved å få tilsatt insulin produsert via dyrearter, for å ta noen praktiske eksempler. For noen er imidlertid også dette å overskride grensen for det tillatelige.

Tese: Kloning, kimærer og manipulering må avvises.

2. Genterapi på kjønnseller

Når genterapi brukes på kjønnseller og på helt tidlige embryo får behandlingen virkning ikke bare for det syke individ, men også for individets etterkommere. Noen vil hevde at dette må ses som annen genterapi, og at det er ulogisk å kunne fjerne et sykdomsgen fra et individ, men ikke kunne gjøre det for etterlekten. Det spørres likevel om ikke prisen for å utrydde sykdom kan bli for høy. Som ved behandling av barn og fostre oppstår spørsmålet om hvem man egentlig driver terapi til fordel for. Er det de kommende individers velferd eller er det samfunnets ønske om å utrydde sykdom som er det avgjørende? Og ønsker vi oss virkelig et samfunn hvor all sykdom er utryddet?

Tese: Genterapi på kjønnseller (herunder tidlige fosterstadier) bør ses som annen genetisk manipulasjon, og forbys.

VI Patentering av menneskelige gener

Et spørsmål som har vært særlig diskutert, er patentering av menneskelige gener. I den norske patentloven av 15. desember 1967 nr. 9 er det bl a forbud mot patent på plantesorter eller dyreraser eller vesentlige biologiske fremgangsmåter for fremstilling av planter eller dyr. Til tross for dette har det likevel vært meddelt patenter på kopier av naturlig forekommende humant interferongen. I utkast til EF-direktiv om patentering er det foreslått adgang til patentering av dyr og planter, og av menneskegener når disse blir isolert og identifisert.

EF-direktivet legger ikke opp til patentering av mennesker, og de fleste vil vel avvise dette på etisk grunnlag. Menneskegener er mer problematisk fordi dette vil kunne ha stor betydning for medisinproduksjon m.v. Det riktige må nok likevel være å avvise også dette på etisk grunnlag.

Tese: Patent på mennesker, menneskegener og kopier av menneskegener bør avvises.

VII Lovgivning eller etiske retningslinjer

Om man skal velge rettslig regulering eller klare seg med etiske normer blir i denne sammenheng et mindre viktig spørsmål. Det viktigste er at en eventuell lovgivning bygger på anerkjente etiske normer, og at ikke reguleringen kommer så sent at grensene allerede er flyttet eller revet med som følge av den tekniske utviklingen. Jeg tror likevel mye taler for at presset både fra forskere og potensielle brukere kan bli så sterkt at det er nødvendig med lovgivning. Det er også viktig med størst mulig offentlighet og debatt omkring reglene, noe man stort sett bare oppnår ved lovgivning.

Ulempen ved lovgivning er at prosessen tar tid, at sakene lett blir unødig politisert og at det er tungvint å forandre. Det første er en ulempe. Det andre er ikke egentlig aktuelt i dagens situasjon, ettersom saken allerede er politisk og bør være det.

Tregheten ved forandring er heller ingen ulempe i denne sammenheng. Så raskt som utviklingen går, kan det faktisk være gunstig å ha noen normer som står forholdsvis fast, og som ikke lar seg vippe vekk uten videre. Det kan til og med reises spørsmål om ikke noen grunnleggende prinsipper bør heves over loven og gis grunnlovs rang. Jeg tenker her på forbud mot genetisk manipulasjon og eventuelt retten til å beholde sin genetiske integritet.

I Norge er situasjonen at spørsmålene omkring kunstig befruktning allerede er lovregulert, ved lov av 12. juni 1987 nr. 68. Her er det blant annet bestemt at prø-

verørsmetoden bare skal brukes til behandling av infertilitet hos kvinnen, og med parets egne egg- og sædceller. Det er forbudt å forske på befruktete egg, og de kan ikke nedfyses i mer enn ett år. Indirekte blir disse bestemmelsene en effektiv bremse mot genetisk manipulasjon, både gjennom forskningsforbudet, forbudet mot eggdonasjon, og ikke minst forbudet mot bruk til annet enn behandling av infertilitet.

Tese: Lovgivning må innføres, først og fremst i form av strenge rammer omkring kunstig befruktning.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Edvard Nilsson

Ideel skade – erstatningsret og erstatningsniveau

Innehåll

1. Inledning	108
2. Ideell skada vid personskada	109
2.1 Historisk bakgrund	109
2.2 Nuvarande förhållanden	110
2.2.1 Ideell skada	110
2.2.2 Ersättningsposter	110
2.2.3 Ersättningsens bestämmande	111
2.2.4 Ersättningsens storlek	112
2.3 Nordiska förhållanden	112
2.3.1 Danmark	112
2.3.2 Finland	113
2.3.3 Norge	113
2.4 Reformfrågor	113
2.4.1 Pågående reformarbete	113
2.4.2 Ersättningsnivån	114
2.4.3 Ersättningsposter	116
2.4.4 Schabloner	117
2.4.5 "Självrisk"	118
2.4.6 Ersättningsgrund	118
3. Ideell skada vid vissa integritetsbrott	119
3.1 Historisk bakgrund	119
3.2 Nuvarande förhållanden	119
3.2.1 Ansvarsgrundande brott	119
3.2.2 Ersättningsens bestämmande	120
3.2.3 Ersättningsens storlek	121
3.3 Nordiska förhållanden	122
3.3.1 Danmark	122
3.3.2 Finland	123
3.3.3 Norge	123
3.4 Reformfrågor	123
3.4.1 Pågående reformarbete	123
3.4.2 Ersättningsnivån	123
3.4.3 Graden av skuld	125
3.4.4 Ytterligare ansvarsgrundande brott	125
3.4.5 Straffbar gärning	126
3.4.6 Samordnad lagstiftning	127

4. Ideell skada ved oriktig myndighetsutövning	127
4.1 Nuvarande förhållanden	127
4.2 Reformfrågor	128
5. Ideell skada ved frihetsinnskänkning	129
6. Ideell skada ved vissa andra integritetsinnskänkningar	130
7. Ideell skada ved intrång i immaterielle rettigheter e.d.	131
7.1 Nuvarande förhållanden	131
7.2 Reformfrågor	133
8. Ideell skada ved sakskada	133
8.1 Nuvarande förhållanden	133
8.2 Reformfrågor	135
9. Ideell skada ved miljøskada e.d.	135
10. Ideell skada i kontraktsforhållanden	137
10.1 Olägenheter i konsumentforhållanden	137
10.2 Innskänning av arbeidsrettslige interessen	138
10.2.1 Nuvarande förhållanden	138
10.2.2 Nordiske forhållanden	142
10.2.3 Reformfrågor	143
10.3 Innskänning av andre avtalsrettslige interessen	143
11. Sammanfattning og avslutande synpunkter	144

Ideell skada – ersättningsrätt och ersättningsnivå

Av justitierådet EDVARD NILSSON, Sverige.

1. Inledning

Inom skadeståndsrätten skiljer man mellan ekonomisk och ideell (icke-ekonomisk) skada. Som framgår av det följande finns det emellertid inte någon skarp gräns mellan dessa olika slag av skada; gränsen är i vissa fall flytande.

Det brukar sägas att skadeståndets primära uppgift är att återställa den ekonomiska situation som förelåg före skadan; den skadelidande skall genom skadeståndet försättas i samma ekonomiska läge som om skadan aldrig hade inträffat. En fullständig sådan restitution går emellertid ofta inte att åstadkomma. Skadeståndet kan då i stället ge den skadelidande möjlighet att tillfredställa ett annat behov än det som har åsidosatts. "Ett skadestånd av denna karaktär, som icke kan fastställas med hjälp av någon allmänt erkänd metod för kvantitativ jämförelse mellan det behov som rönt intrång och det behov som tillfredställes, brukar betecknas såsom *ideellt skadestånd* eller ersättning för *ideell skada*" (Rodhe, Lärobok i obligationsrätt, 1986, s. 214).

Huvudregeln i nordisk skadeståndsrätt är att ersättning lämnas endast för ekonomisk skada. För att ideell skada skall ersättas krävs i princip stöd i lag. Sådant lagstöd finns bara i begränsad omfattning. Det hänger förmodligen samman med svårigheten att mäta den ideella skadan efter en mera allmängiltig måttstock; vid uppskattningen av denna skada är man, på ett annat sätt än när det gäller ekonomisk skada, hänvisad till subjektiva överväganden. Även historiska skäl torde ha bidragit till lagstiftarens motvilja mot en vidsträckt möjlighet till ersättning för ideell skada.

De nuvarande skadeståndslagarna i de nordiska länderna är ett resultat av samnordiskt lagstiftningsarbete. Detta arbete inleddes år 1946, då särskilda utredningsmän utsågs i Danmark, Norge och Sverige för att förbereda det fortsatta samarbetet. Utredningsmännen fullgjorde sin uppgift år 1950 genom att i var sitt betänkande lägga fram gemensamma rekommendationer för ett nordiskt lagstiftningsarbete på skadeståndsrättens område. Enligt dessa rekommendationer borde det bl.a. vara en givande uppgift att diskutera erfarenheterna och önskemålen i fråga om ersättning för icke ekonomisk skada (se SOU 1950:16 s. 166). Någon

sådan diskussion har emellertid inte kommit till stånd i det nordiska lagstiftnings-samarbete som därefter påbörjades (se om detta arbete bl.a. Bengtsson i TFR 1988 s. 541 ff).

Utvecklingen beträffande reglerna om ersättning för ideell skada har i stället tagit sin egen väg i de olika länderna. En utvecklingslinje på senare tid inom i varje fall svensk skadeståndsrätt är att utrymmet för sådan ersättning sakta utvidgas.

När man talar om ideell skada tänker man nog i första hand på personskada. Ersättning för ideell skada förekommer emellertid i många andra sammanhang. En väsentlig fråga är i vad mån en *rätt till ersättning* för ideell skada bör finnas även utanför personskadeområdet. En annan viktig fråga är vilken *ersättningsnivå* som bör gälla för ideell skada.

Som utgångspunkt för en diskussion av dessa frågor lämnas i det följande en redogörelse för de rättsområden där ersättning för ideell skada för närvarande utges eller där en sådan ersättning kan bli aktuell i framtiden. Inom de flesta av dessa områden aktualiseras olika reformfrågor, som behandlas var för sig. Särskilt utrymme har ägnats de problem som gör sig gällande vid personskada och liknande integritetskränkningar. Vissa frågor av mera övergripande natur diskuteras i ett avslutande avsnitt.

Det ligger i sakens natur att den följande framställningen måste bli rätt översiktlig. Ämnet är alltför omfattande för att, inom ramen för ett referat till det nordiska juristmötet, medge några djupgående undersökningar. För den som har ett särskilt intresse av att studera de behandlade frågorna närmare ges dock ganska rikliga hänvisningar till uttalanden i lagförarbeten och den juridiska litteraturen i övrigt.

Framställningen utgår från svenska förhållanden. Denna begränsning, som i regel får läsas in även i de följande avsnittsrubrikerna, har varit nödvändig för att referatet inte skall svälla ut alltför mycket. I några fall har emellertid ett nordiskt perspektiv anlagts. Det gäller framför allt redogörelsen för reglerna om ideell skada vid personskada och liknande integritetskränkningar. Med de nordiska länderna avses dock i detta sammanhang inte Island. Några uppgifter om förhållanden där har dessvärre inte varit tillgängliga vid utarbetandet av detta referat.

2. Ideell skada vid personskada

2.1 Historisk bakgrund

Ersättning för ideell skada som uppkommer i samband med personskada har gamla anor i Sverige. Redan i de medeltida landskapslagarna fanns bestämmelser

om bl.a. lytesbot, som i sin helhet tillföll målsäganden. Bötesbeloppen angavs noga och varierade för skilda skadetyper.

Liknande bestämmelser togs upp i 1734 års lag. Lagen innehöll också en särskild föreskrift om skadestånd i kroppsskadefall, som gav möjlighet till ersättning för bl.a. sveda och värk.

I 1864 års strafflag föreskrevs att i skadestånd för kroppsskada på grund av brott skulle räknas även ersättning för sveda och värk samt lyte eller annat stadigvarande men. Bestämmelsen, som ansågs analogt tillämplig också i fall då skadeståndsskyldighet förelåg oberoende av brott, fördes med endast vissa språkliga ändringar över till 1972 års skadeståndslag. Samtidigt gjordes den uttryckligen tillämplig i samtliga fall då någon är skadeståndsskyldig oavsett om brott föreligger eller ej.

I samband med att nya bestämmelser om skadestånd vid personskada togs in i skadeståndslagen år 1975 ändrades den tidigare bestämmelsen om ersättning för ideell skada vid personskada. Den nya bestämmelsen, som återfinns i 5 kap. 1 §, avser sveda och värk, lyte eller annat stadigvarande men samt olägenheter i övrigt till följd av skadan. Hänvisningar till den paragrafen förekommer i ett flertal lagar bl.a. på transporträttens område.

2.2 Nuvarande förhållanden

2.2.1 Ideell skada

Ersättning för ideell skada vid personskada avser för det första det direkta lidande och obehag som skadan för med sig i form av smärtor, rörelsebesvär och andra besvär i den dagliga livsföringen. Vidare ersätts som ideell skada mera indirekta psykiska påfrestningar, t.ex. de som följer av ett vanställt utseende eller minskade möjligheter att njuta av olika glädjeämnen i livet (såsom sällskapsliv, resor, sexualliv etc), liksom psykiska besvär av annat slag. Till ideell skada hänförs slutligen vissa andra skadeföljder av blandad ekonomisk och ideell natur.

Ersättningen bestäms i regel schablonmässigt efter vissa standardiserade be-
lopp. När det gäller framtida ideella skadeföljder tillmäts de medicinska invaliditetsgraderna särskild betydelse. Försäkringsbolagen har genom särskilda skadeprovsningsnämnder utbildat vissa tabellvärden för olika vanligen förekommande skador. Dessa värden justeras regelbundet med hänsyn till penningvärdets förändringar. Tabellerna och de övriga normer för bestämmandet av ersättning som har utbildats i försäkringspraxis följs även av domstolarna (se avsnitt 2.2.4).

2.2.2 Ersättningsposter

Ersättningsposten *sveda och värk* avser fysiskt och psykiskt lidande under den akuta sjukdomstiden efter skadan. Ersättningen kan ses närmast som ett slags

“plåster på såren”. Den ideella karaktären är inte alltid renodlad. Olika utlägg för att underlätta den skadelidandes tillvaro under sjukdomstiden ersätts ofta som en del av beloppet för sveda och värk.

Ersättningsposten *lyte eller annat stadigvarande men* omfattar bestående lidande eller obehag, dvs. skadeföljder som kvarstår efter den tidpunkt då den skadelidandes invaliditet kan bedömas som varaktig. Gränsen mellan sveda och värk, å ena sidan, och lyte eller annat men, å andra sidan, dras alltså i huvudsak vid den tidpunkt då ett bestående invaliditetstillstånd har inträtt.

Med lyte avses vanställande kroppsfel, t.ex. ärr, hälta eller förlust av någon kroppsdel. Annat stadigvarande men än lyte tar sikte på andra framtida följder av skadan, inte bara sådana som medför direkt smärta eller obehag utan också sådana som framkallar svårigheter för den skadelidande att klara sig i det normala livet. I denna form ersätts sålunda förlust av sinnesfunktioner, impotens och andra besvär i det sexuella samlivet samt kroppsfel som inte är vanställande (t.ex. rörelsehinder, talfel eller besvär av protes).

Även ersättningsposten *olägenheter i övrigt* – som infördes i skadeståndslagen i samband med 1975 års ändringar av reglerna om ersättning för personskada – avser i huvudsak skadeföljder efter den akuta sjukdomstiden. Under denna ersättningspost ersätts skadeföljder som i tidigare skadeståndspraxis gottgjordes än som ideell och än som ekonomisk skada.

En av huvudtankarna bakom 1975 års reform var att man så långt möjligt skulle hålla isär ekonomisk och ideell skada. Ett uttryck för detta är att vissa besvär och andra olägenheter, som tidigare ersattes inom ramen för invaliditetsersättningen i form av förhöjda livräntor (“besvärslivränta” och “anpassningslivränta”), numera gottgörs som olägenheter i övrigt. Det innebär bl.a. att ersättningen, på samma sätt som all annan ersättning för ideell skada vid personskada, är skattefri.

Med uttrycket olägenheter i övrigt avses sålunda bl.a. sådana ofta svårbedömbara faktorer som allmänna besvär av skadan i arbetet, den ökade anspänning som krävs av den skadelidande för att han skall uppnå ett visst arbetsresultat samt den risk som kan finnas för att han i framtiden drabbas av förlust av mera extraordinära inkomster, t.ex. på grund av övertidsarbete. En ytterligare grupp av skadeföljder som i viss utsträckning kan inkluderas i denna ersättningspost är förhöjda levnadskostnader som kan uppkomma i framtiden på grund av skadan (t.ex. extra utgifter för transporter, större utgifter än normalt för kläder och skor m.m. samt särskilda kostnader för rekreation och förströelse).

2.2.3 Ersättningens bestämmande

Ett utmärkande drag inom den svenska skadeståndsrätten är det stora inflytande som olika skadeprovsnämnder inom det enskilda försäkringsväsendet har

på rättsbildningen i fråga om bl.a. ersättningsnivån vid ideell skada. Exempel på sådana nämnder är trafikskadenämnden – vars ordförande förordnas av regeringen och övriga ledamöter förordnas av försäkringsinspektionen – och ansvarsförsäkringens personskadenämnd.

Skadeprövningsnämnderna är rådgivande organ och fattar inte några bindande beslut. Sedan en nämnd har yttrat sig i ersättningsfrågan och försäkringsbolaget därefter har träffat sitt beslut, kan den skadelidande få frågan prövad av domstol. Antalet vägledande domstolsavgöranden på området är emellertid begränsat. Utvecklingen har därför i stor utsträckning kommit att styras av skadeprövningsnämndernas ställningstaganden i olika tolknings- och tillämpningsfrågor.

2.2.4 *Ersättnings storlek*

Som tidigare nämnts använder försäkringsbolagen allmänt vissa hjälptabeller beträffande ersättning för sveda och värk och för lyte och men. Dessa tabeller, som har fastställts av trafikskadenämnden, har fått stöd av riksdagen år 1975 (se prop. 1975:12 s. 111, LU 16, rskr. 133) och av högsta domstolen i flera avgöranden (se NJA 1969 s. 469, 1972 s. 81, 1979 s. 129 och 1982 s. 793). De följs också av domstolarna i övrigt. De nuvarande tabellerna tillämpas fr.o.m. den 1 januari 1987 med därefter vidtagna indexhöjningar.

I mycket svåra fall utgår ersättningen för sveda och värk och för lyte och men som gemensamt belopp. Maximalt uppgår ersättningen enligt huvudregeln till 500.000 kr. I dessa fall lämnas ingen särskild ersättning för olägenheter i övrigt. Det nämnda beloppet kan därför i princip ses som ett tak för den totala ersättning som för närvarande utges för ideell skada på personskadeområdet.

Den ersättning för olägenheter i övrigt som lämnas i andra fall kan bestämmas på olika sätt. Den vanligaste metoden är att man utgår från ett uppskattat årsbelopp som kapitaliseras efter vissa tabeller och utbetalas som ett engångsbelopp. Erfarenheten visar att ersättningen, särskilt vid allvarigare skador, kan uppgå till betydande belopp och inte sällan åtskilligt överstiger tabellersättningen för lyte och men. Som mest kan det röra sig om belopp på ca 150.000 kr.

2.3 *Nordiska förhållanden*

2.3.1 *Danmark*

Danmark fick en ny skadeståndslag år 1984. Enligt 1 kap. 1 § skall den som är skadeståndsskyldig utge ersättning bl.a. för "svie og smerte" och, om skadan har fått varaktiga följder, för "varigt mén". Grunderna för dessa ersättningar, som tidigare utvecklades i domstolspraxis, anges direkt i lagen (se 1 kap. 3 och 4 §§) i

form av schabloner vilka är underkastade en årlig indexreglering i administrativ väg. För de allvarligaste skadorna uppgår beloppen för närvarande till sammanlagt ca 300.000 DKR.

2.3.2 Finland

Enligt den finska skadeståndslagen från år 1974 har den som tillfogas personskada rätt till ersättning för sveda och värk och för lyte eller annat bestående men (5 kap. 2 §). Vid bestämmande av ersättningens storlek används tabeller som har utarbetats av trafikskadenämnden och som justeras varje år med hänsyn till penningvärdets förändringar. Som mest kan en skadelidande i dagsläget få ca 370.000 FMK.

En förutsättning för rätten till ersättning för sveda och värk och för lyte eller annat bestående men är inom trafikförsäkringen att skadan har vållats uppsåtligen eller av oaktsamhet. Sådan ideell skada ersätts alltså inte i detta fall när ersättningsansvaret vilar enbart på strikt grund. En ändring på denna punkt övervägs emellertid för närvarande.

2.3.3 Norge

Den norska skadeståndslagen från år 1969 föreskriver i § 3-2 att särskild "ménerstatning" skall utges, om den skadelidande har fått varaktig och betydande skada av medicinsk art. För att skadan skall anses betydande torde normalt krävas att den medicinska invaliditetsgraden uppgår till minst 15 %. Ersättningsbeloppen, som fastställs av domstolarna efter fritt skön, är i praktiken anknutna till de grundbelopp som gäller inom "folketrygden" (dvs. den allmänna försäkringen) och som justeras varje år. Maximalt uppgår ersättningen för närvarande till ca 500.000 NKR.

Vid sidan av bestämmelsen i § 3-2 om "ménerstatning" gäller en regel i § 3-5 om "oppreisning", som utgör en engångsersättning för "tort" och smärta eller annan skada av icke-ekonomisk art. Sådan ersättning utgår bara om skadan har vållats uppsåtligen eller av grov oaktsamhet. Den har i praktiken inte någon större betydelse i de rena personskadefallen.

2.4 Reformfrågor

2.4.1 Pågående reformarbete

Reglerna om ersättning för ideell skada i samband med personskada har tid efter annan diskuterats i olika sammanhang.

I en motion till den svenska riksdagen år 1949 (mot. II:285) hävdades att ersätt-

ningsbeloppen för sveda och värk samt lyte och men var för låga. Motionen föranledde ingen åtgärd med hänsyn till den allmänna revision av skadeståndsrätten som då var att vänta (se 1LU 1949:9).

Vid den revision som senare sattes igång i nordiskt samarbete (se avsnitt 1) och som i Sverige avslutades år 1975 behandlades emellertid frågan om ersättning för ideell skada bara i begränsad omfattning. Vid 1975 års ändringar av personskadereglerna i 1972 års skadeståndslag infördes visserligen, som förut nämnts, den nya ersättningsposten "olägenheter i övrigt" i lagen. I samband därmed gjordes också ett generellt uttalande om ersättningsnivån vid ideell skada (se avsnitt 2.4.2). Någon allmän översyn av bestämmelserna om skadestånd för ideell skada kom dock inte till stånd.

En sådan översyn har emellertid nu påbörjats i Sverige. På riksdagens begäran (se LU 1986/87:3; jfr LU 1987/88:4 och 1988/89: LU4) beslöt regeringen i december 1988 att tillkalla en kommitté för att se över reglerna om ersättning för ideell skada i samband med personskada m.m. Kommitténs huvuduppgifter är att överväga dels om den nuvarande ersättningsnivån bör höjas, dels vilka ersättningsprinciper som bör tillämpas, dels hur normerna för att bestämma ersättningen bör fastställas (se Dir. 1988:76). Utredningsarbetet skall bedrivas i nordiskt samråd.

Även i Norge ser en särskild utredning över reglerna om ersättning för ideell skada i samband med personskada.

Inom ramen för det nordiska lagstiftningssamarbetet pågår sedan våren 1987 ett arbete på att utvärdera de nordiska ländernas ersättningssystem i fråga om personskada. Det hittillsvarande arbetet har utförts av en arbetsgrupp som tillkallats av Nordiska ämbetsmannakommittén för lagstiftningsfrågor och som består av fyra rättsvetenskapsmän, en från Danmark, en från Finland, en från Norge och en från Sverige (se Roos i SvJT 1988 s. 309). På grundval av en rapport som arbetsgruppen avlämnade i april 1989 har ett nordiskt symposium om personskaderättens framtida funktion och förhållande till andra ersättningsanordningar hållits i Stockholm i april 1990. Det utvärderingsarbete som nu har nämnts berör i någon mån också reglerna om ersättning för ideell skada.

2.4.2 Ersättningsnivån

Bland de frågor som torde komma att behandlas i det pågående reformarbetet hör nog frågan om ersättningsnivån till dem som tilldrar sig störst intresse.

I samband med 1975 års ändringar av personskadereglerna i den svenska skadeståndslagen uttalade föredragande statsrådet att det i fråga om ersättning för ideell skada fanns skäl att ha en något generösare inställning gentemot den skadelidande än som hittills hade kommit till uttryck i praxis. Sålunda borde man ta hänsyn till den standardhöjning och de ändrade levnadsomständigheter i övrigt

som hade skett i landet. Bl.a. hade fritiden fått en allt större betydelse för de flesta människor, och en skada som nedsatte möjligheterna att utnyttja fritiden på ett meningsfullt sätt blev av denna anledning avsevärt mer kännbar än tidigare. Enligt föredragande statsrådets mening var det naturligt att detta förhållande beaktades vid bestämmandet av skadestånd för ideell skada (prop. 1975:12 s. 111 f). Dessa uttalanden godtogs av riksdagen.

Med anledning av motioner till 1985/86 års riksmöte framhöll riksdagen i november 1986 att det kunde finnas skäl att överväga i vad mån den nuvarande ersättningsnivån stod i överensstämmelse med den allmänna rättsuppfattningen. Inte bara de ökade möjligheterna till en meningsfull fritid utan också andra livskvaliteter kunde för många människor i dag te sig mera betydelsefulla än förr. Enligt riksdagen var det därför tänkbart att ersättningsnivån allmänt ansågs för låg och inte gav tillräcklig kompensation för förluster av olika livskvaliteter (se LU 1986/87:3 s. 15 f).

Sedan dessa uttalanden gjordes har ersättningen för sveda och värk samt lyte och men enligt de tabeller som fastställs av trafikskadenämnden höjts mera allmänt vid några tillfällen, senast den 1 januari 1987.

En uppfattning som ofta förs fram i den allmänna debatten är att skadestånden i Sverige för ideell skada – även efter dessa höjningar – vid en internationell jämförelse ligger på en påfallande låg nivå. Det är visserligen svårt att utan någon närmare analys av rättssystemen i de olika länderna uttala sig om i vad mån denna uppfattning har fog för sig. En sådan analys försvåras för övrigt av en rad olika faktorer vilka har framhållits av Roos i SvJT 1989 s. 356 ff; framför allt måste analysen för att bli rättvisande göras med utgångspunkt i den totala ersättningsbilden, alltså med beaktande även av den ersättning som lämnas för ekonomisk skada. Men på grundval av de undersökningar som vid några tillfällen har utförts (se framför allt Szöllösy i Nordisk Försäkringstidskrift 1983 s. 128 ff; jfr dens. i Försäkringstidningen 8-9/81 s. 13 f. nyssnämnda artikel av Roos i SvJT 1989 s. 356 ff samt Vinding Kruse i Årmannsbók, 1989, s. 311 ff) vågar man nog påstå – även om undersökningarna delvis ligger något tillbaka i tiden – att ersättningen i Sverige är mer generös än i de flesta europeiska länder när det gäller lättare skador, medan ersättningen för de allvarligaste skadorna i många av dessa länder ligger på en högre nivå än i Sverige (liksom i de andra nordiska länderna).

Detta bestyrker den vanliga uppfattningen att den ersättning som betalas i Sverige vid allvarliga skador är låg i förhållande till ersättningen vid små skador. Ett resultat av det pågående reformarbetet kan därför bli att ersättningsnivån för de allvarligaste skadorna höjs rätt väsentligt. Eftersom det totalt sett rör sig om ett sannolikt ganska litet antal sådana skador torde en höjning av detta slag inte behöva få några oförmånliga ekonomiska konsekvenser i form av högre försäkrings-

premier eller samhällskostnader i övrigt. Huruvida ersättningsnivån helt allmänt – dvs. även när det gäller små och medelsvåra skador – kan komma att höjas på ett mera påtagligt sätt är däremot en öppen fråga. Direktiven till den svenska kommittén ger uttryck för en försiktig inställning med hänsyn till de samhällsekonomiska konsekvenser en sådan höjning skulle kunna få. Helt klart är att någon utveckling av det slag som har skett i bl.a. USA inte är önskvärd och inte heller att vänta (jfr lagutskottets betänkande 1988/89:LU4 s. 22).

Av betydelse för bedömningen av vad som kan anses utgöra en skäligen ersättningsnivå är vilka syften som skall tillgodoses genom ersättningen för ideell skada. Hellner har uttryckt detta på följande sätt (se Försäkringstidningen 10/80 s. 19):

”Det är inte bara fritiden eller fritidssysselsättningen som kommer i blickpunkten utan också andras uppskattning och aktning, respekten för människovärdet, den egna självkänslan, obehaget av att man själv känner sig på något sätt defekt.

Nyckeln till de principer som vi finner ligger just i detta att avgöra vilka ärenden som har den karaktären att de bör ersättas på samma sätt som fysisk smärta, obehag och sådant som är de erkända kategorierna.”

Förlust av livslycka, risk för förkortad livslängd och allmän oro för att skadan skall ge upphov till framtida skadeföljder är omständigheter som knappast i dag medför en förhöjning av ersättningen men som kanske bör göra det i framtiden. Över huvud taget kan det nog finnas en hel del förluster av olika slags livskvaliteter som bör beaktas i detta sammanhang. Denna fråga övervägs för närvarande av den svenska kommittén om ideell skada (se Dir. 1988:76 s. 4).

2.4.3 Ersättningsposter

Trots att reglerna om ersättning för ideell skada i de nordiska länderna företer stora likheter finns det vissa skillnader. Sålunda ersätter man inte sveda och värk i Norge, medan Sverige är ensamt om att ge ersättning för olägenheter i övrigt. En jämförelse av ersättningarna i de nordiska länderna skulle givetvis underlättas om man hade samma ersättningsposter, vilket i sin tur kanske skulle leda till en enhetligare ersättningsnivå. Detta är en synpunkt som har understrukits av den nordiska personskadegrupp som utvärderar de nordiska ländernas ersättnings-system i fråga om personskada (se avsnitt 2.4.1).

Gränsen mellan de ersättningsposter som förekommer vid personskada är vidare oskarp och skulle behöva stakas ut tydligare. Särskilt gäller detta skiljelinjen mellan ekonomisk och ideell skada. Men det är nog huvudsakligen ett svenskt problem, som har föranletts av den särskilda ersättningsposten olägenheter i övrigt.

2.4.4 Schabloner

Det ligger i sakens natur att ersättningen för ideell skada måste bestämmas tämligen schablonmässigt. Visserligen gäller också här principen om full ersättning för liden skada. Några objektiva grunder, enligt vilka man skulle kunna mäta den förlust som skadan i detta avseende har medfört för den skadade, går emellertid inte att ställa upp. Denna förlust måste därför uppskattas mera skönmässigt än när skadan har medfört skadeföljder som är av klart ekonomisk natur. Därvid torde omständigheterna i det särskilda fallet knappast kunna utgöra tillräckligt underlag för en konsekvent och rättvis behandling.

Behovet av att använda schabloner gör sig särskilt märkbart i den utomrättsliga skaderegleringen. I dessa fall kan utredningen inte bli lika fullständig som vid en domstolsprövning, och utrymmet för en differentiering och individualisering av ersättningarna blir därmed mindre (se prop. 1975:12 s. 111). Framför allt praktiska skäl, men även intresset av en likabehandling och önskemålet att underlätta frivilliga uppgörelser, talar för en schablonisering (se bl.a. Häckner i SvJT 1935 s. 272 samt NJA 1972 s. 81). Å andra sidan medför en schablonmässig bedömning alltid en risk för att resultatet inte blir rättvisande i det enskilda fallet. Det är därför naturligt att domstolarna i det fåtal fall som kommer upp till bedömning där någon gång avviker från schablonerna. Detta skapar emellertid i sin tur osäkerhet i den praktiska tillämpningen om i vad mån schablonerna har allmängiltig betydelse eller ej.

Av de nordiska länderna har Danmark kommit längst i schablonisering; där medges inte några avvikelser i det enskilda fallet från de schabloner för "svie og smerte" och för "varigt mén" som har lagts fast direkt i lagen. På den andra ytterkanten står Norge, där domstolarna enligt förarbetena skall bestämma "ménerstatningen" efter en skönmässig bedömning; i praktiken använder domstolarna dock, på samma sätt som i Finland och Sverige, tabeller för detta ändamål. I Sverige har frågan i vilken utsträckning ersättningen skall vara schabloniserad eller individualiserad huvudsakligen rört den särskilda ersättningsposten olägenheter i övrigt (se Pettersson i SvJT 1983 s. 81 ff och Nordenson i Festskrift till Jan Hellner, 1984, s. 391 ff; se också Dir. 1988:76 s. 5).

Så länge man i Danmark håller fast vid sitt i mångas tycken stelbenta system för att fastställa ersättningen för ideell skada lär det nog vara svårt att få till stånd en nordisk rättslikhet på denna punkt. Sålunda har den svenska riksdagen uttalat att lagstiftning är ett trubbigt instrument för att bestämma storleken av skadeståndets belopp (se LU 1986/87:3 s. 16). Man synes inte heller från danskt håll ha lyckats övertyga andra länder om förträffligheten med ett sådant system (se Vinding Kruse i *Ármannsbók*, 1989, s. 323 f).

2.4.5 "Självrisk"

En fråga som delvis har samband med den föregående är om det bör gälla någon lägsta gräns för rätten till ersättning för ideell skada. Som förut nämnts lämnar man i Norge "ménerstatning" endast för betydande skador. Ett liknande undantag för obetydliga skador gäller i Sverige enligt de kollektiva försäkringssystem som ger ersättning på skadeståndsrättslig grund för arbetsskador sedan år 1974 (trygghetsförsäkringen för arbetsskador), för patientskador sedan år 1975 (patientförsäkringen), för läkemedelsskador sedan år 1978 (läkemedelsförsäkringen) och för vissa miljöskador sedan år 1989 (miljöskadeförsäkringen). Undantaget är där konstruerat så att det för rätten till ersättning krävs en minsta tids sjukskrivning. Ett motsvarande undantag finns i de finska läkemedels- och patientförsäkringarna från år 1984 resp. år 1987 och i den norska läkemedelsförsäkringen från år 1989.

Det är givet att försäkringsbolagens administrationskostnader för skaderegleringen kan nedbringas om man inte behöver ersätta obetydliga skador. Det finns därför de som – framför allt från försäkringshåll – hävdar att ett sådant undantag bör införas generellt i skadeståndsrätten, så att kostnaderna för att behandla små krav inte blir oproportionerligt stora i förhållande till de ersättningsbelopp som betalas ut. Den svenska lagstiftaren har emellertid hittills tagit avstånd från denna tanke. Sålunda framhölls vid tillkomsten av 1986 års miljöskadelag att skadeståndsrätten allmänt utgår från att den skadelidande, när skadeståndsskyldighet föreligger, skall ha ersättning för varje personskada som har drabbat honom: att en sådan skada inte skulle ersättas därför att den är liten ansågs vara ett synsätt som är främmande för både skadeståndslagen och sådan särskild lagstiftning som bygger på strikt ansvar (se prop. 1985/86:83 s. 19). Motsvarande uttalanden har gjorts under det pågående arbetet på en ny produktskadelag (se Ds 1989:79 s. 81 och 113 f).

2.4.6 Ersättningsgrund

För skadeståndsansvar i allmänhet gäller i svensk rätt sedan gammalt den s.k. culparegeln, som innebär att en skada skall ersättas av den som har vållat den uppsåtligen eller av oaktsamhet. Vid sidan av denna culparegel har emellertid genom lagstiftning och rättspraxis så småningom utvecklats regler om ett strikt ansvar för vissa områden.

I den juridiska diskussionen ifrågasattes förr om ersättning för sveda och värk samt lyte och men borde ges i fall då ansvaret inte byggde på culpa utan vilade på rent strikt grund (se hänvisningarna till denna diskussion i SOU 1950:16 s. 151 not 2 samt Hörstadius i SvJT 1935 s. 19 not 2 och Ekstedt. Ideellt skadestånd för personskada, 1977, s. 129 f och 135 f; jfr Häckner i SvJT 1935 s. 271 f). Delvis hade

denna tanke nog samband med det då vanliga synsättet att ersättning för ideell skada har främst preventivt syfte (se avsnitt 11). Att man bör ha rätt till sådan ersättning ansågs emellertid vara en så djupt rotad föreställning i den allmänna rättsuppfattningen att en begränsning inte borde ske till enbart fall då ersättningsansvaret grundar sig på culpa (se SOU 1957:36 s. 43 f; jfr Agell vid Nordiska juristmötet 1969 s. 368).

Det finns emellertid förespråkare för en sådan begränsning även i senare tids debatt (se Oldertz vid Nordiska skadeförsäkringskongressen 1987 s. 72 och i Nordisk Försäkringstidskrift 1989 s. 232). Och som nämnts i avsnitt 2.3.2 är begränsningen alltså en realitet i Finland (liksom t.ex. i Västtyskland).

3. Ideell skada vid vissa integritetsbrott

3.1 Historisk bakgrund

I landskapslagarna finns exempel på en bot som utgick för den förnärmelse och fridsstörning som en skadegörande handling kunde medföra. Denna bot fördelades i allmänhet lika mellan målsäganden, konungen och häradet.

Enligt 1734 års lag hade målsäganden del i den bot som dömdes ut, om en skadegörande handling innebar straffbar rättskränkning. Ålades en strängare påföljd gick målsäganden emellertid miste om ersättning.

I 1864 års strafflag föreskrevs att vedergällning skulle ges för lidande som kunde anses ha tillfogats någon genom brott mot den personliga friheten eller genom ärekränkande gärning. Bestämmelsen grundade sig på ett förslag från år 1832, som i denna del har betecknats som en nyhet i svensk rätt (se Strahl i Minneskrift ägnad 1734 års lag, 1934, s. 890).

Vid tillkomsten av 1972 års skadeståndslag togs en liknande bestämmelse in i denna lag, där den numera återfinns i 1 kap 3 §.

3.2 Nuvarande förhållanden

3.2.1 Ansvarsgrundande brott

I 1 kap. 3 § skadeståndslagen uppräknas vissa typer av brott som kan föranleda ersättning för lidande. Denna uppräknning har med tiden kompletterats med nya brottstyper.

Paragrafen omfattade från början brott mot den personliga friheten, annat ofredande som innefattar brott, ärekränkning och annan sådan brottslig gärning. Förarbetena innehåller en utförlig genomgång av vilka brott som åsyftades. Sam-

tidigt uttalades att denna genomgång inte var fullständig utan att det fick ankomma på domstolarna att avgöra hur långt man borde gå när det gällde att genom skadeståndsansvar ingripa mot straffbara förfaranden som innefattar angrepp på den personliga integriteten (se prop. 1972:5 s. 570 f; jfr NJA 1986 s. 319). De brottstyper som därefter har tillkommit är brytande av post- eller telehemlighet, intrång i förvar och olovlig avlyssning (se prop. 1975:19 s. 89 f; jfr SOU 1970:47 s. 97 f och 1974:85 s. 83) samt olaga diskriminering (se prop. 1985/86:98 s. 119 f; jfr Ds A 1984:7 s. 122).

De fall där paragrafen i praktiken torde få störst betydelse är vid våldtäkt och andra sexualbrott samt vid ärekränkning. På senare tid har paragrafen emellertid i ökad utsträckning tillämpats också vid misshandel samt vid rån och liknande förnögenhetsbrott som innefattar ofredande (se avsnitt 3.2.3).

Gemensamt för de brott som grundar skadeståndsrätt enligt paragrafen är att de innebär en kränkning av den skadelidandes personliga integritet. Den skada som ersätts är det lidande som kränkningen av den skadelidandes privatliv eller människovärde ger upphov till.

3.2.2 Ersättningens bestämmande

I princip är det allmän domstol som fastställer ersättning för lidande till följd av brott. Domstolarna har visserligen hittills bara i begränsad omfattning fått ta ställning till sådana ersättningsanspråk. En ökning av antalet fall som avgörs av domstol kan emellertid märkas på senare tid.

Om den skadelidande har en hemförsäkring, kan ersättning erhållas från det s.k. överfallsskydd som vanligen ingår som ett moment i denna försäkring. De flesta anspråk på ersättning för lidande hänskjuts av försäkringsbolagen för yttrande av ansvarsförsäkringens personskadenämnd (se avsnitt 2.2.3). Skadelidande som saknar hemförsäkring kan vända sig till den statliga brottsskadenämnden, som ger ersättning för skador till följd av brott i fall då skadevällaren är okänd eller inte har förmåga att betala skadestånd. Genom en lagändring som trädde i kraft den 1 juli 1988 har nämnden fått möjlighet att ge ersättning för lidande som någon tillfogar annan genom brott mot den personliga friheten eller genom annat ofredande som innefattar brott (se prop. 1987/88:92 s. 6 f och 13 f; jfr Ds Ju 1987:1 s. 26 ff). Vid båda dessa nämnder har en viss ersättningspraxis utbildats beträffande kränkning av den personliga integriteten till följd av brott, framför allt vid våldtäktsbrott och andra sexualbrott.

Ersättning för lidande genom ärekränkning kan inte lämnas från hemförsäkringarna eller av brottsskadenämnden. I detta fall finns alltså bara möjligheten att – om en frivillig uppgörelse inte kan nås – väcka talan vid domstol. Innefattar ärekränkningen yttrandefrihetsbrott, prövas anspråket i den ordning som är före-

skriften for tryckfrihetsmål (se 11 kap. tryckfrihetsförordningen och 8 § i 1966 års radioansvarighetslag).

3.2.3 Ersättningens storlek

Ersättning för lidande enligt 1 kap. 3 § skadeståndslagen har – på ett annat sätt än ersättning för sveda och värk, lyte och men samt olägenheter i övrigt – inslag av upprättelse för den kränkande och nesliga behandling som skadehandlingen har utgjort (jfr prop. 1985/86:98 s. 120 och Dir. 1988:76 s. 4). Det ligger i sakens natur att denna ersättning inte kan bestämmas lika schablonmässigt som när det gäller sveda och värk etc. utan i hög grad är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.

Ersättningens storlek grundas på en skönsmässig uppskattning av det lidande som har tillfogats den kränkte. Härvid får dennes personliga upplevelse beaktas, men i första hand bör förhärskande etiska och sociala värderingar läggas till grund för bedömningen (se prop. 1972:5 s. 572).

När det gäller ersättning för lidande vid *våldtäkt* kan man notera en utveckling där beloppen på senare tid har höjts ganska kraftigt. Sedan början av år 1990 tillämpar brottsskadenämnden en praxis som innebär att ersättningen i "normala" fall bestäms till 25.000 kr (utöver 5.000 kr för sveda och värk). I allvarligare fall förekommer högre ersättningsbelopp. Det hittills högsta beloppet uppgår till 50.000 kr (utöver 25.000 kr för sveda och värk). Motsvarande praxis torde tillämpas av ansvarsförsäkringens personskadenämnd samt av underdomstolarna (se bl.a. RH 1984:135 och 1987:40). Något vägledande avgörande från högsta domstolen finns inte; i det senaste rättsfallet utdömdes yrkade 7.000 kr (se NJA 1986 s. 127).

Vid *grövre sexualbrott mot barn* bestäms ersättning för lidande vanligen till ännu högre belopp. Under intryck av ett avgörande av högsta domstolen från år 1986, där domstolen inte fann anledning att sätta beloppet lägre än yrkade 10.000 kr till en skadelidande och 30.000 kr till en annan skadelidande (se NJA 1986 s. 319), har brottsskadenämnden lagt fast en "normalersättning" som numera uppgår till 40.000 kr (utöver 25.000 kr för sveda och värk). Vid underdomstolarna fastställs ibland högre belopp (se t.ex. RH 1987:15 och 1988:92, där 60.000 resp. 100.000 kr dömdes ut för lidande).

Beträffande en närmare redogörelse för ersättningspraxis vid våldtäkt och andra sexualbrott kan hänvisas till Svendenius i SvJT 1988 s. 64 ff och ett kommande häfte av SvJT 1990.

På senare tid har brottsskadenämnden börjat ge ersättning för lidande också vid *oprovocerad gatumisshandel*, "*väskryckning*" och *liknande brottslighet* med 3.000 kr och vid *grövre råån* med 5.000 kr. En liknande praxis förekommer vid an-

svarsförsäkringens personskadenämnd. Däremot är det inte så vanligt med yrkanden om ersättning för lidande i sådana fall vid allmän domstol. I ett hovrättsavgörande från år 1986 fastställdes dock en ersättning för sveda och värk samt lidande i samband med *rån* till 10.000 kr (se RFS A:2 1986:41). I ett annat hovrättsavgörande från år 1989 ansågs lidande i samband med *stöld* (cykeltillgrepp som innefattade ofredande) böra ersättas med 1.000 kr (se RH 1989:52). Och högsta domstolen dömde år 1987 ut yrkade 1.800 kr för lidande genom *ofredande* i form av telefonterror m.m. (se NJA 1987 s. 746).

När det gäller ersättning för lidande genom *ürekränkning* finns inte några vägledande rättsfall från senare tid. I ett avgörande från år 1966 tillerkände högsta domstolen en efterlevande till Dag Hammarskjöld ersättning för lidande på grund av *förtal av avliden* med 10.000 kr, vilket i dagens penningvärde motsvarar ca 50.000 kr (se NJA 1966 s. 565).

I tryckfrihetsmål brukar i allmänhet mellan 5.000 och 20.000 kr dömas ut för lidande på grund av *förtal*. Högre belopp förekommer dock ibland. Det högsta belopp som hittills dömts ut är 100.000 kr, som genom en icke överklagad tingsrättsdom tillerkändes den s.k. 33-åring vilken år 1986 under en tid var misstänkt för mordet på Olof Palme och vars namn då publicerades i en tidning. Beträffande tryckfrihetspraxis under åren 1970-1981 kan hänvisas till Cars-Danowsky, *Pressen inför rätta*, 1982 (se särskilt s. 19). Tryckfrihetspraxis för tiden därefter har redovisats av Danowsky i *Massmedia* 1983/84 s. 16 ff, 1985 s. 42 ff, 1986/87 s. 32 ff och 1988 s. 51 ff samt av Danowsky-Lidman i *Massmedia* 1989/90 s. 46 ff.

Beträffande ersättning för lidande på grund av *förolämpning* finns ett färskt avgörande av högsta domstolen, där en kvinna av utländsk härkomst som kallats "jävla svartskalle" tillerkändes 2.000 kr (se NJA 1989 s. 374).

3.3 Nordiska förhållanden

3.3.1 Danmark

Enligt § 26 i 1984 års skadeståndslag skall den som är ansvarig för en rättsstridig kränkning av någon annans frihet, fred, ära eller person betala den förorättade gottgörelse för "tort". Något krav på att den rättsstridiga kränkningen är straffbar gäller inte. Även vissa former av strikt ansvar kan medföra sådan ersättning. Det har överlämnats åt domstolarna att avgöra den närmare innebörden av kriteriet rättsstridig.

Vid våldtäkt ges i "normalfallet" 25.000 – 30.000 DKR som ersättning för "tort", vid sidan av ersättning för "sve og smerte" och för "varigt mén". Däremot lämnas enligt rättspraxis normalt inte ersättning för "tort" i samband med misshandel. Sådan ersättning kan dock förekomma vid särskilt grova våldsbrott.

3.3.2 Finland

Enligt 5 kap. 6 § i 1974 års skadeståndslag tillämpas bestämmelserna i den lagen om personskada även i fråga om ersättning för lidande som har tillfogats genom brott mot frihet, ära eller hemfrid eller annat sådant brott.

Ersättning för lidande enligt denna bestämmelse brukar vid våldtäkt bestämmas till mellan 15.000 och 30.000 FMK.

3.3.3 Norge

Som nämnts i avsnitt 2.3.3 innehåller 1969 års skadeståndslag en bestämmelse i § 3-5 om "oppreisning", en ersättning som kan lämnas inte bara i rena personskadefall utan också vid uppsåtligt eller grovt vårdslöst handlande som innebär annan kränkning eller skada av icke ekonomisk art. Skyldighet att utge ersättning i form av "oppreisning" för skada av icke ekonomisk art kan enligt § 3-6 också åläggas den som har kränkt någon annans ära eller privatlivets fred genom ett oaktsamt eller straffbart handlande.

Ersättningen bestäms helt skönsmässigt. Vid våldtäkt lämnas normalt sådan ersättning med 30.000 NKR. I rättspraxis finns vidare ett ganska färskt avgörande där den skadelidande vid misshandel tillerkändes "oppreisning" med 75.000 NKR.

3.4. Reformfrågor

3.4.1 Pågående reformarbete

Den kommitté som har tillkallats i Sverige för att se över reglerna om ersättning för ideell skada i samband med personskada m.m. (se avsnitt 2.4.1) skall ägna särskild uppmärksamhet åt ersättningen för lidande i samband med sexualbrott e.d. En av kommitténs uppgifter är att ta ställning till om de ersättningsbelopp som betalas ut för sådant lidande kan anses tillräckligt fylla det syfte som ersättningen bör tillgodose. Samtidigt skall kommittén försöka ge närmare riktlinjer för bedömningen av denna ersättning (se Dir. 1988:76 s. 4 och 6).

Den motsvarande utredning som arbetar i Norge (se avsnitt 2.4.1) torde komma in på liknande frågor.

3.4.2 Ersättningsnivån

Bestämmelsen i 1 kap. 3 § i 1972 års skadeståndslag förde länge en undanskyld tillvaro. På senare tid har dock möjligheten att få ersättning för lidande enligt denna bestämmelse fått allt större uppmärksamhet. Till stor del hänger detta samman med att det först ganska nyligen har blivit möjligt att vid sexualbrott e.d.

få ut sådan ersättning försäkringsvägen eller från brottsskadenämnden. Det är bara i ärekränkingsfallen som frågan om ersättning för lidande tidigare har aktualiserats med en viss frekvens.

När det gäller *våldtäktsbrott och andra sexualbrott* har det nog länge varit en allmän uppfattning i Sverige att skadestånden är alltför låga. Som nämnts i avsnitt 3.2.3 kan man dock se en tendens i praxis till en fortlöpande höjning av ersättningen för lidande i dessa fall. Samma utveckling märks i de andra nordiska länderna, och ersättningsnivån är förvånansvärt enhetlig inom hela Norden.

Någon motsvarande tendens kan knappast skönjas beträffande ersättningen för lidande vid *ärekränkning*. I förarbetena till 1972 års skadeståndslag uttalades visserligen att utvecklingen bl.a. på masskommunikationens område borde medföra att, när allvarliga kränkningar hade spritts genom massmedia, större ersättningsbelopp dömdes ut än de jämförelsevis måttliga belopp som hade förekommit tidigare (se prop. 1972:5 s. 572). Och från underrättspraxis kan noteras följande likalydande uttalande i två domar från år 1981 resp. år 1982 (se Cars-Danowsky, *Pressen inför rätta*, 1982, s. 41 och 85):

”Den praxis som föreligger i fråga om skadeståndets storlek vid tryckfrihetsbrott innebär att skadeståndet är mycket begränsat. Detta kan möjligen ha sin förklaring i att skadeståndet utgör s.k. ideellt skadestånd, i vars natur ligger att det endast sällan finns direkt konkretiserade omständigheter som kan ligga till grund för beräkning av skadeståndets storlek. Svårigheten att bestämma skadeståndets storlek skulle sålunda ha medfört att domstolarna varit benägna att bestämma skadeståndet till förhållandevis låga belopp. Den enskilde individens integritet skyddas genom att obefogade angrepp på denne är straffbara. Det är ett allmänt intresse som därigenom tillgodoses. För den förfördelade individen kan emellertid uttalanden såsom i detta fall innebära ett psykiskt lidande. Med hänsyn härtill och med hänsyn till vikten av att den personliga integriteten skyddas samt även med beaktande av hur liknande skadeståndsfrågor bedöms i andra länder med i stort samma uppfattning angående det personliga integritetsskyddet anser tingsrätten att skäl föreligger för en höjning av skadeståndets storlek när det gäller förtalsbrott i förhållande till vad hittills praktiserats.”

Det är emellertid tveksamt om dessa uttalanden har fått allmän efterföljd i rättspraxis. I en debatt år 1985 förklarade en expert på svensk tryckfrihetspraxis, advokaten Peter Danowsky, att det i Sverige är ganska billigt att ta heder och ära av folk, kanske rentav det billigaste man kan ta av någon (se *Försäkringstidningen* 4/85 s. 7).

Det finns å andra sidan de som hävdar att de ersättningsbelopp som kan förekomma vid ärekränkning, särskilt vid frivilliga uppgörelser utom rätta, är rundhänt tilltagna i jämförelse med den ersättning för lidande som döms ut vid våldtäkt och andra sexualbrott. Denna uppfattning utgår uppenbarligen från synsättet att lidandet i sistnämnda fall typiskt sett är betydligt allvarligare än kränkningen av någons ära eller anseende.

En personlig gissning är att det inom området för ideell skada är framför allt vid lidande i samband med sexuella övergrepp som man kan vänta sig en fortsatt utveckling mot allt högre ersättningar.

3.4.3 Graden av skuld

En fråga som har betydelse för ersättnings storlek i det enskilda fallet är vilken hänsyn som bör tas till beskaffenheten av skadevållarens handlande. I direktiven till den svenska kommittén om ideell skada (se avsnitt 3.4.1) sägs i denna del att det är tydligt att den kränkning som skall gottgöras kan framstå som allvarligare ju grövre det brottsliga handlandet är (se Dir. 1988:76 s. 6). Det är emellertid en annan sak än att låta graden av skadevållarens skuld direkt påverka ersättningen för denna kränkning.

I svensk rätt finns ett rättsfall (NJA 1962 s. 458) som antyder att gärningens råhet ("brottslig gärning av synnerligen svår beskaffenhet") är en omständighet i sig som bör verka höjande på ersättningen för lidande vid våldtäkt (även om rättsfallet i och för sig avsåg ersättning för sveda och värk). Rättsfallet har kritiserats från olika håll (se t.ex. Conradi i SvJT 1987 s. 416 f). Den tanke som rättsfallet synes ge uttryck åt torde dock alltså ha en del anhängare. Från underrättspraxis finns t.o.m. exempel på ett sådant resonemang även när det gäller ersättning för sveda och värk vid andra brott än våldtäkt e.d. (se RH 1985:37 och RFS A:1 1986:2). Bestämmelserna i dansk rätt om ersättning för "tort" (se avsnitt 3.3.1) och i norsk rätt om "oppreisning" (se avsnitt 3.3.3) torde också utgå från att skadevållarens skuld kan påverka ersättnings storlek.

Skillnaderna i uppfattningen om vilken hänsyn man bör ta till graden av skadevållarens skuld när ersättning för lidande vid våldtäkt e.d. bestäms torde till stor del förklaras av de skilda synsätt som finns i frågan om skadeståndets preventiva funktion. För den som vill fästa stor vikt vid skadevållarens skuld inverkar förmodligen också en – låt vara ofta omedveten – önskan att under en täckmantel av "upprättelse" tillfredsställa primitiva hämndbegär hos den skadelidande.

En personlig uppfattning är att det i första hand bör vara graden av det tillfogade lidandet som avgör ersättnings storlek, inte graden av skuld hos skadevållaren i den mån lidandet ej har påverkats därav.

3.4.4 Ytterligare ansvarsgrundande brott

Som nämnts i avsnitt 3.2.1 har området för ersättning enligt 1 kap. 3 § skadeståndslagen för lidande vid vissa integritetsbrott saktat utvidgats. Det finns nog anledning att räkna med en fortsatt sådan utveckling.

Sålunda övervägs för närvarande om ersättning bör kunna ges även för lidande som tillfogas genom brottet hets mot folkgrupp (16 kap. 8 § brottsbalken). Det

har gjorts gällande att en sådan ersättningsmöjlighet kan visa sig nödvändig för att Sverige skall uppfylla sina förpliktelser enligt 1965 års FN-konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering (se SOU 1989:14 s. 97 f). En komplikation är dock att skyddskretsen vid detta brott utgörs av en hel grupp; någon enskild målsägande som kan väcka skadeståndstalan finns alltså inte (se NJA 1978 s. 3; jfr JuU 1979/80:7 och 1980/81:7 samt SOU 1981:38 s. 66 f och prop. 1985/86:98 s. 120). Frågan om en möjlighet till grupptalan och en rätt till skadestånd vid brottet hets mot folkgrupp har därför ansetts behöva övervägas ytterligare, och då i ett vidare sammanhang (se prop. 1989/90:86 s. 32).

En annan fråga som diskuteras ibland är om det bör vara möjligt att få ersättning för den kränkning som ett förmögenhetsbrott kan ge upphov till även när brottet inte, såsom vid rån eller "väskryckning", är förenat med ett angrepp på någons person. Den frågan berörs närmare i avsnitt 8. Också möjligheten till ersättning för lidande vid oriktig myndighetsutövning har kommit i blickpunkten på senare tid (se avsnitt 4).

3.4.5 *Straffbar gärning*

Bestämmelsen om ersättning för lidande i 1 kap. 3 § skadeståndslagen förutsätter att skadan har vållats genom vissa uppräknade brott. Bestämmelsen skiljer sig därigenom från dansk och norsk rätt; i Danmark gäller genom en lagändring år 1972 endast ett krav på att kränkningen är rättsstridig (se avsnitt 3.3.1). och i Norge är det sedan en lagändring år 1980 i vissa fall tillräckligt att kränkningen har orsakats av ett oaktsamt handlande (se avsnitt 3.3.3).

Ett krav på att skadan har vållats genom en straffbar gärning innebär, som Vinding Kruse har påvisat i SvJT 1987 s. 404 f, olägenheter för den skadelidande på flera sätt. Det är därför naturligt att detta krav har diskuterats vid några tillfällen (se bl.a. Agell vid Nordiska jurismötet 1969 s. 370 samt SOU 1970:47 s. 59 och 1974:85 s. 62).

Frågan behandlades ingående vid tillkomsten av 1978 års lag om namn och bild i reklam. Anknytningen till vållande genom brott ifrågasattes av en del remissinstanser. Att upphäva kravet på brottslig gärning som grund för ersättning för ideell skada ansågs dock inte böra ske i ett så begränsat sammanhang som det då rörde sig om: frågan om det motiverade i att som princip ha en sådan koppling borde i stället prövas i ett annat och vidare sammanhang (se prop. 1978/79:2 s. 26, 28 f och 49 f; jfr SOU 1976:48 s. 44). Någon sådan allsidig prövning torde dock inte därefter ha gjorts.

Om det av historiska skäl betingade sambandet mellan ersättning för lidande vid intrång i den personliga integriteten och straffbar gärning tas bort i svensk rätt, skulle det innebära ett närmande till dansk och norsk rätt på denna punkt.

Frågan är emellertid vilket krav för rätten till ersättning som då i stället bör uppställas. Det krav som gäller i dansk rätt på att handlingen skall vara "rättsstridig" är inte invändningsfritt. På något sätt hamnar man i en cirkel, om det först genom ett domstolsavgörande kan slås fast att en viss handling är rättsstridig. Hur kan domstolen konstatera detta, om rättsstridigheten inte framgår av lag eller tidigare domstolsavgöranden? Och om det finns sådana tidigare avgöranden, vad är den rättsliga grunden för dessa om de har meddelats utan stöd av lag? Detta cirkelresonemang blir inte lika framträdande om man väljer kriteriet "otillbörligt", som för närvarande används i viss lagstiftning på integritetsskyddets område (se avsnitt 6). Detta kriterium är å andra sidan väl vagt för att kunna utnyttjas generellt. Men detta är trots allt huvudsakligen ett lagtekniskt problem, som borde kunna bemästras.

3.4.6 Samordnad lagstiftning

Bestämmelser om ersättning för lidande genom kränkning av den personliga integriteten finns – vid sidan av 1 kap. 3 § skadeståndslagen – i en del särskilda lagar (se avsnitt 6). Besläktade regler finns inom immaterialrätten till skydd för den skapande personligheten (se avsnitt 7).

Om man, såsom diskuterats i föregående avsnitt, frigör rätten till ersättning för lidande från kravet på att skadan har vållats genom en straffbar gärning, uppkommer frågan om de bestämmelser som finns om ersättning för ideell skada vid angrepp på personligheten bör samordnas och eventuellt byggas ut till en särskild lag av personlighetsrättslig natur. Denna tanke har under påverkan av kontinental doktrin ibland debatterats i den nordiska litteraturen (se bl.a. Strömholm i NIR 1969 s. 207 ff, i SvJT 1971 s. 712, 732 och 734 och i TfR 1975 s. 338).

Vid tillkomsten av 1978 års lag om namn och bild i reklam uttalades att denna lag kunde bilda en naturlig utgångspunkt för en fortsatt utbyggnad av personskyddet på angränsande områden (se prop. 1978/79:2 s. 51). Som lagrådet antydde synes dock underlaget för den lagen ha varit för smalt för att kunna tjäna detta syfte (se prop. 1978/79:2 s. 70).

4. Ideell skada vid oriktig myndighetsutövning

4.1 Nuvarande förhållanden

I särskilda fall kan det allmänna bli skyldigt att utge ersättning för lidande som tillfogas någon genom myndighetsutövning. Bestämmelsen i 1 kap. 3 § skadeståndslagen om ersättning för lidande genom vissa integritetsbrott (se avsnitt 3) gäller även när myndighetsutövning innefattar sådant brott. Vidare innehåller

1974 års lag om ersättning vid frihetsinskränkning en bestämmelse om ersättning för lidande (se avsnitt 5). Och om skada uppstår till följd av felaktighet i en myndighets dataregister eller om myndigheten gör sig skyldig till databrott som avses i 1973 års datalag, är det allmänna – på samma sätt som privata rättssubjekt – skyldigt att ersätta det lidande som kan föranledas därav (se avsnitt 6).

Någon generell skyldighet att utge ersättning för lidande genom oriktig myndighetsutövning gäller dock inte. I äldre rättspraxis finns visserligen exempel på att offentliga tjänstemän, som förfarit felaktigt i tjänsten, har förpliktats att ersätta det lidande som felet inneburit för enskilda personer (se Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning II, 1978, s. 143 f). Genom tillkomsten av 1972 års skadeståndslag begränsades emellertid möjligheterna att få skadestånd för lidande i sådana fall. Enligt förarbetena till den lagen kan ämbetsbrott endast i vissa undantagsfall grunda rätt till ersättning för lidande enligt 1 kap. 3 § skadeståndslagen (se också NJA 1977 s. 43). Exempel på sådana undantagsfall är att vissa former av myndighetsmissbruk och brott mot tystnadsplikt kan vara att anse som ofredande eller som en gärning vilken kan jämföras med ärekränkning (se prop. 1972:5 s. 571).

4.2 Reformfrågor

I den juridiska debatten har någon gång framhållits att det för den som har utsatts för oriktig myndighetsutövning kan synas rimligt att få ett åtminstone symboliskt ersättningsbelopp som plåster på såren, vid sidan av ersättning för den ekonomiska skada som kan bevisas; en sådan ersättningsmöjlighet skulle ligga i linje med utvecklingen i skadeståndslagstiftningen på senare tid (se Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning II, 1978, s. 142 f och 151; se också dens. i SvJT 1977 s. 141).

Reglerna om det allmännas skadeståndsansvar ses för närvarande över av en kommitté som tillkallades i november 1989. I direktiven för kommittén påpekas att sådana skadelidande som har rätt till ersättning enligt dessa regler sällan torde få full ersättning för den skada som har tillfogats dem genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning, eftersom det vid förmögenhetsskador ofta är svårt för den enskilde att visa storleken av denna skada. En av kommitténs uppgifter är därför att överväga om den ersättning som det allmänna skall betala till den enskilde på grund av skador som uppkommit i samband med myndighetsutövning bör bestämmas under hänsynstagande till även andra omständigheter än sådana som har rent ekonomisk betydelse; en sådan ändring av grunderna för beräkning av skadeståndet skulle bättre än vad nuvarande bestämmelser medger markera intresset av att kompensera den skadelidande fullt ut för skadan (Dir. 1989:52 s. 1 och 7 f; se också lagutskottets betänkande 1988/89:LU31 s. 20).

I direktiven sägs inget om att utredningsarbetet skall bedrivas i nordiskt samarbete. Att så sker synes dock vara naturligt, eftersom reglerna i de nordiska länderna om det allmännas skadeståndsansvar har stora likheter (se Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning I, 1976, s. 45 ff och Ds 1989:12 s. 9 f). Den aktuella översynen av de svenska reglerna har också behandlats vid det nordiska justitieministermötet i juni 1989.

Frågan om rätten till ersättning för lidande vid oriktig myndighetsutövning har ibland kopplats samman med frågan om offentliga funktionärs ansvar för fel eller försummelse i tjänsten. Tanken att en enskild funktionär enbart av preventiva skäl skulle åläggas att utge ersättning för bl.a. ideell skada har emellertid hittills avvisats (se SOU 1969:20 s. 40 och 77, SOU 1972:1 s. 186 och Ds Ju 1983:7 s. 374). I stället har utvecklingen på senare tid gått mot en skärpning av det straffansvar som gäller för offentliga funktionärer (se prop. 1988/89:113 och justitieutskottets betänkande 1988/89:JuU24).

En personlig reflektion är att det för den som har utsatts för oriktig myndighetsutövning måste te sig mera angeläget att kunna få ersättning av det allmänna för lidande som därvid har tillfogats honom än att den enskilde funktionär som har felat straffas för detta. Men det ena behöver naturligtvis inte utesluta det andra.

5. Ideell skada vid frihetsinskränkning

Bestämmelser om ersättning av staten till oskyldigt anhållna, häktade och dömda har funnits i svensk rätt sedan år 1886. Den nuvarande lagen om ersättning för frihetsinskränkning kom till år 1974. Enligt den lagen lämnas ersättning för bl.a. lidande (se 5 § första stycket). Denna ersättning bestäms enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer och skall alltså motsvara den skada som har uppstått i varje enskilt fall. Vid ersättningens bestämmande skall hänsyn tas till frihetsberövandets längd samt till bl.a. arten av det brott som det är fråga om och graden av publicitet kring beslutet om frihetsinskränkning (se prop. 1974:97 s. 75 f och Bengtsson, Skadestånd vid myndighetsutövning II, 1978, s. 191 ff).

I det utredningsbetänkande som låg till grund för 1974 års lag föreslogs en ersättningsregel av schablonkaraktär, som innebar att ersättningen utgick efter en taxa baserad på frihetsberövandets längd och knuten till basbeloppet (se SOU 1972:73 s. 145 ff och 185 f). Detta förslag ansågs emellertid inte lämpligt med hänsyn till att förhållandena i samband med en frihetsinskränkning varierar kraftigt från fall till fall (se prop. 1974:97 s. 75). Högsta domstolen har också i ett fall betonat vikten av att ersättning för lidande inte bestäms utifrån en taxa i detta

ords vanliga mening. Domstolen framhöll dock samtidigt att det i och för sig är naturligt – och väl också nödvändigt – att den tillämpande myndigheten söker sig fram till vissa generella bedömningsgrunder (se NJA 1979 s. 297).

Anspråk på ersättning enligt lagen framställs hos justitiekanslern (se 2 § andra stycket i 1972 års kungörelse om statsmyndigheternas skadereglering i vissa fall). Den som inte är nöjd med den ersättning justitiekanslern erbjuder kan väcka talan mot staten vid domstol. Sådana mål är emellertid förhållandevis sällsynta. Det enda fall som hittills har prövats av högsta domstolen är det som nämndes nyss.

I syfte att i sin skaderegleringspraxis söka behandla likartade fall lika har justitiekanslern ställt upp vissa riktlinjer som utgår från frihetsberövandets längd. I enlighet med uttalandena i förarbetena prövar justitiekanslern dock i varje enskilt fall huruvida omständigheterna föranleder till högre eller lägre ersättning än de schablonbelopp som anges i riktlinjerna. Dessa belopp justeras fortlöpande. De nuvarande riktlinjerna utgår från ett belopp om 10.000 kr för varje månad som någon har varit berövad friheten, eller 120.000 kr för ett års frihetsberövande.

Det högsta belopp som hittills har betalats ut är 400.000 kr, vilket belopp tillerkändes en person som hade varit berövad friheten under tre år; beloppet dömdes ut av hovrätten, sedan justitiekanslern hade erbjudit 250.000 kr (se RFS A:1 1986:26). För närvarande prövar justitiekanslern ett anspråk på betydligt högre belopp, som framstälts av den s.k. 42-åring vilken efter tio månaders frihetsberövande frikändes för mordet på Olof Palme.

När det gäller frågan om vad som kan anses vara en lämplig ersättningsnivå har justitiekanslern ibland hänvisat till att ersättningsnivån beträffande ideell skada generellt sett är låg i svensk domstolspraxis. Sedan de ersättningsbelopp, som justitiekanslern tillämpar i sin skaderegleringspraxis, på senare tid har räknats upp med högre tal än som följer av penningvärdets fall har han tillagt att dessa belopp i sammanhanget är förhållandevis höga. Som en jämförelse kan nämnas att ersättningsbeloppen för sveda och värk enligt trafikskadenämndens tabeller (se avsnitt 2.2.4) i de allvarligaste fallen kan uppgå till ca 4.000 kr för en månads sjukskrivningstid och 30.000 kr för ett års sjukskrivningstid.

6. Ideell skada vid vissa andra integritetskränkningar

Särskilda risker för integritetskränkningar föreligger vid insamlande och spridande av personuppgifter genom automatisk databehandling. I 1973 års datalag finns regler till skydd för den personliga integriteten i dessa fall, bl.a. om rätt till

skadestånd. Sådan rätt föreligger enligt 23 § dels när skada uppstår till följd av att personregister innehåller oriktiga eller missvisande uppgifter, dels när någon tillfogas skada genom vissa databrott. Vid bedömning om och i vad mån skada har uppstått skall hänsyn även tas till lidande och andra omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Också ideell skada ersätts alltså (se prop. 1973:33 s. 148 f och 1986/87:116 s. 17 ff). I praxis har lidande till följd av oriktig personuppgift ersatts med 10.000 kr i ett fall år 1987 och med 3.000 resp. 7.500 kr i två fall år 1988 (se Kring-Wahlqvist, Datalagen med kommentar, 1989, s. 244 f).

Regler om skydd mot otillbörligt intrång i den enskildes personliga integritet finns även i 1973 års kreditupplysningslag och i 1974 års inkassolag, vilka lagar innehåller motsvarande bestämmelser om ersättning för ideell skada. Enligt 21 § kreditupplysningslagen ersätts skada som till följd av kreditupplysningsverksamhet tillfogas någon genom otillbörligt intrång i hans personliga integritet eller genom att oriktig uppgift lämnas om honom, om inte den som bedriver verksamheten kan visa att tillbörlig omsorg och varsamhet har iakttagits (se prop. 1973:155 s. 119 ff). Och 18 § inkassolagen ger rätt till ersättning för skada som till följd av inkassoverksamhet tillfogas någon genom otillbörlig påtryckning eller annan otillbörlig inkassoåtgärd (se prop. 1974:42 s. 99 ff).

7. Ideell skada vid intrång i immateriella rättigheter e.d.

7.1 Nuvarande förhållanden

Att immateriella rättigheter ofta har ett ekonomiskt värde är givet. Men det ligger i sakens natur att de också har ett immateriellt, dvs. ideellt, värde.

Inom upphovsrätten har bestämmelser om ersättning för ideell skada funnits sedan slutet av 1800-talet. Till skillnad från andra rättigheter av icke-ekonomisk natur – rätten till kropp, frihet, ära, integritet etc – vilka framgår endast av rätten till skadestånd för ideell skada har upphovsmannen till ett verk en positivt föreskriven ideell rätt ("droit moral") vars åsidosättande kan medföra skadestånd av ideell natur. Dessutom kan han få ideellt skadestånd för intrång i den ekonomiska rätt som upphovsrätten representerar.

De nuvarande bestämmelserna om ersättning vid intrång i upphovsrätt återfinns i 1960 års upphovsrättslag. Enligt 54 § andra och tredje styckena i den lagen har upphovsmannen eller hans rättsinnehavare rätt till ersättning för bl.a. lidande eller annat förfång till följd av intrång i upphovsrätten (se prop. 1960:17 s. 289 ff). Motsvarande bestämmelser finns i 17 § andra och tredje styckena i 1960 års lag om rätt till fotografisk bild. I rättspraxis har ersättning för lidande till följd av upphovsrättsintrång dömts ut med 10.000 kr i ett fall (se NJA 1987 s. 266) och.

tillsammans med ersättning för ekonomisk skada, med 15.000 kr i annat fall (se NJA 1984 s. 34).

Skyldighet att ersätta ideell skada gäller också enligt 1978 års lag om namn och bild i reklam för den som gör sig skyldig till brott mot den lagen (se 3 § första stycket) och enligt 1982 års namnlag för den som gör intrång i någon annans rätt till ett egenartat efternamn (se 23 §). Vid bedömande om och i vad mån skada har uppstått skall enligt båda lagarna hänsyn tas även till lidande och övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse (se prop. 1978/79:2 s. 49 f och prop. 1963:37 s. 122 f).

Inom patenträtten har tidigare inte funnits någon möjlighet till ersättning för ideell skada. Genom en lagändring, som trädde i kraft den 1 juli 1986, har emellertid en sådan möjlighet införts i 1967 års patentlag i syfte att förbättra patenthavarens möjlighet att få full ersättning för den skada han lider vid patentintrång. Enligt 58 § första stycket i den lagen skall vid bedömande av ersättningens storlek hänsyn tas även till patenthavarens intresse av att patentintrång inte begås och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse (se prop. 1985/86:86 s. 29 ff och 44 f). En motsvarande bestämmelse finns i 7 § andra stycket i 1986 års lag om skydd för kretsmönster i halvlederprodukter (se prop. 1986/87:49 s. 14, 23, 29 och 31 f).

En liknande bestämmelse har tagits in i det förslag till lag om skydd för företagshemligheter som riksdagen i maj 1989 – efter en ytterst förvirrad debatt – förklarade vilande i avvaktan på ett slutligt ställningstagande i maj 1990. Enligt 9 § i det lagförslaget skall vid bestämmande av skadestånd för ett angrepp på en näringsidkares företagshemlighet hänsyn tas även till dennes intresse av att hemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse (se prop. 1987/88:155 s. 26 f och 49 f).

Gemensamt för de fall som nu berörs är att det ofta är mycket svårt att fastställa den ekonomiska skada som ett intrång i någon annans rätt medför för denne. Skadestånden riskerar därför att bli alltför låga, om hänsyn tas endast till omständigheter av rent ekonomisk betydelse. Att man skall kunna beakta även andra omständigheter innebär alltså att skadeståndssanktionen förstärks. Utgångspunkten är dock alltså att ersättningen inte skall avse mer än den verkliga skadan, bestämd med hänsyn även till sådana andra omständigheter.

En riktpunkt för bestämmandet av skadestånd enligt de angivna bestämmelserna är att skadeståndet inte får bli så lågt att det blir ekonomiskt lönsammare att göra ett obehörigt intrång i någon annans rätt än att förvärva rättigheten på ett legitimt sätt. En omständighet som kan få betydelse är skadevållarens vinst, eftersom det oftast torde vara lättare att utreda denna vinst än att beräkna den skade-

lidandes uteblivna vinst. Andra omständigheter som kan påverka skadeståndets storlek är intrångets varaktighet och graden av skadevållarens skuld.

Någon ersättningspraxis beträffande dessa bestämmelser har av naturliga skäl ännu inte utbildat sig.

7.2 Reformfrågor

Den immaterialrättsliga lagstiftningen har tillkommit i nära nordiskt samarbete och företer stora likheter i alla nordiska länder. Någon motsvarighet till de ersättningsregler som nyligen har införts i Sverige beträffande patentintrång och intrång i rätten till kretsmönster i halvledarprodukter, liksom de som är på gång när det gäller angrepp på företagshemligheter, finns dock inte i de andra länderna.

Vid Nordiska mötet för industriellt rättsskydd 1986 uppfattades de nya svenska reglerna på patenträttens område från en del håll som ett steg bort från nordisk rättslikhet (se NIR 1986 s. 430, 431, 433 och 442). Det påstående som därvid gjordes om att dessa regler inte i förväg diskuterats med övriga nordiska länder är dock överdrivet; ett visst samråd skedde innan reglerna infördes. Mötet avslutades med en hemställan till regeringarna i de nordiska länderna att inleda ett gemensamt samarbete med sikte på att harmonisera och förbättra sanktionsreglerna på immaterialrättens område, särskilt när det gäller industriella rättigheter (se NIR 1986 s. 553).

I det svenska justitiedepartementet ser man för närvarande över sanktionerna i lagstiftningen om industriellt rättsskydd med sikte på att förstärka möjligheterna att ingripa mot och beivra intrång i främst rätten till varumärken och mönster (se Dir. 1989:62 s. 2 och 6). Ett resultat av detta arbete kan bli att en rätt till ersättning för ideell skada införs också på dessa områden. De svårigheter att bevisa den ekonomiska skadan som har motiverat denna rätt på patentområdet gör sig gällande även här (se t.ex. SOU 1958:10 s. 332 och 333).

Andra tänkbara områden där det i en framtid kan bli aktuellt att införa en sådan ersättningsmöjlighet är inom växtförädlarrätten, som ju ligger patenträtten nära, samt inom konkurrensrätten och firmarätten.

8. Ideell skada vid sakskada

8.1 Nuvarande förhållanden

Vid sakskada ersätts i princip inte någon form av ideell skada. Ett undantag gäller dock om skadan har orsakats genom ett förmögenhetsbrott som innefattar ofredande. Den som tillfogas lidande genom ett sådant brott, t.ex. vid rån eller

”väskryckning”, har enligt 1 kap. 3 § i 1972 års skadeståndslag rätt till ersättning för detta lidande (se avsnitt 3.2.1 och 3.2.3).

Möjligen går det också att få ersättning enligt denna paragraf för den chock och bestörtning som kan upplevas av den som finner sin bostad skövlad efter ett inbrott eller en omfattande skadegörelse. Bland de brott som enligt förarbetena till paragrafen berättigar till ersättning för lidande ingår nämligen hemfridsbrott (se prop. 1972:5 s. 570; jfr RH 1987:20). Frågan är dock hittills obesvarad i domstolspraxis. Däremot finns i brottsskadenämndens praxis exempel på att lidande har ersatts vid bostadsinbrott i fall då den skadelidande har varit hemma och konfronterats med tjuven eller av fruktan för denne hållit sig gömd. Nämnden har dock inte ansett sig ha stöd i rättspraxis för att ersätta det obehag som den skadelidande kan uppleva om han kommer hem och finner att det har varit inbrott i bostaden.

En annan omdiskuterad fråga är i vad mån intrång i ett sådant ideellt intresse som rekreativintresset kan ersättas vid sakskada även när inga särskilda kostnader har uppkommit på grund av intrånget. Beträffande denna fråga hänvisas till Hellner, Skadeståndsrätt, 1985, s. 314 ff och Conradi, Brottsskadelagen, 1989, s. 60 f (jfr också avsnitt 9 och 10.1).

Klart är att det inte är möjligt att få ersättning för själva den kränkning som ett brottsligt angrepp på den skadelidandes egendom kan innebära eller för det intrång i övrigt i den skadelidandes äganderätt som en skada på dennes egendom utgör. Sålunda ersätts inte t.ex. egendomens affektionsvärde. Sådana värden anses inte kunna mätas efter en tillräckligt objektiv måttstock för att förlusten skall betraktas som ekonomisk skada. Ett undantag gäller dock om egendomen har ett affektionsvärde också för andra än ägaren, så som kan vara fallet med en familjeklenod; då kan kriteriet på ekonomisk skada vara uppfyllt (se t.ex. Strahl, Om rekvisiten skada och vinning vid förmögenhetsbrotten, 1948, s. 13, Persson, Skada och värde, 1953, s. 337 f och Grönfors i TfR 1963 s. 604).

Det kan nämnas att det tidigare har funnits en möjlighet att få ersättning för förlust av en fastighets affektionsvärde till följd av ett vattenföretag eller annan åtgärd enligt 1919 års vattenlag. I 9 kap. 8 § i den lagen föreskrevs att vid avgörande om och i vad mån skada uppstått hänsyn skulle tas även till skada eller lidande av annan beskaffenhet än rent ekonomisk. Enligt förarbetena åsyftades rena affektionsvärden som hade en stor betydelse för en viss person, familj eller kanske släkt men som inte ägde allmängiltighet och därför inte invercade på fastighetens marknadsvärde (se NJA II 1919 s. 252 f). Denna bestämmelse upphävdes emellertid år 1974, eftersom det inte ansågs möjligt att med rimliga anspråk på rättvisa och stadga i beräkningen utmäta någon särskild ersättning utöver ersättningen för ekonomisk skada (se prop. 1974:83 s. 145; jfr SOU 1972:14

s. 76). Någon motsvarighet till bestämmelsen har inte heller tagits in i den nuvarande vattenlagen från år 1983 (se Strömberg, Vattenlagen, 1984, s. 130 f).

8.2 Reformfrågor

Frågan om ersättning skall kunna ges för lidande i samband med bostadsinbrott e.d. har tagits upp i direktiven till kommittén om ideell skada (se avsnitt 2.4.1 och 3.4.1), som därvid har ålagts att överväga denna fråga (se Dir. 1988:76 s. 6). Frågan har därefter återkommit i en motion till 1988/89 års riksmöte; i denna hävdades att många som drabbas av bostadsinbrott upplever brottet som en grov kränkning, varför lidande av denna art borde ersättas som ideell skada (se mot. 1988/89:L624). Riksdagen hänvisade till att frågan redan övervägdes av kommittén om ideell skada (se lagutskottets betänkande 1988/89:LU25 s. 8 f).

I samma riksdagsmotion anfördes vidare att skadestånd borde kunna utgå för förlust av egendom med särskilt affektionsvärde. Vid behandlingen av motionen utgick riksdagen från att även denna fråga kunde komma att aktualiseras under det nämnda utredningsarbetet (se lagutskottets betänkande 1988/89:LU25 s. 9; jfr Ds Ju 1987:1 s. 25).

Också i den nordiska diskussionen har förespråkare ibland funnits för tanken att ersättning skall kunna ges för förlust av en egendoms affektionsvärde (se framför allt Hagerup Bull i TfR 1920 s. 190 ff; jfr Grönfors i TfR 1963 s. 603 ff).

9. Ideell skada vid miljöskada e.d.

I 1969 års miljöskadelag föreskrevs tidigare i 30 § att den som orsakade olägenhet genom miljöfarlig verksamhet skulle utge ersättning härför. Huruvida uttrycket olägenhet omfattade också skada av annan än ekonomisk natur är något oklart. Det finns de som hävdar att det i varje fall i äldre rättspraxis kan påträffas exempel från miljöskadeområdet på att domstolarna har accepterat ersättning för ideell skada som inte har samband med personskada (se Dufwa i SvJT 1987 s. 49 och Bengtsson i Festskrift till Sveriges advokatsamfund, 1987, s. 102). Den uppfattningen har emellertid också förts fram att varken miljöskyddslagen eller äldre rättspraxis gav belägg för att annat än rent ekonomisk skada var ersättningsgill på detta område (se Agell i Nordisk Försäkringstidskrift 1973 s. 115 f).

Bestämmelsen i 30 § miljöskyddslagen upphävdes genom 1986 års miljöskadelag. I det utredningsbetänkande som låg till grund för den lagen förordades en försiktig utvidgning av området för ersättningsgill skada, så att ersättning kunde

ges även för vissa olägenheter av närmast ideell natur (se SOU 1983:7 s. 155 f). Föredragande statsrådet ställde sig emellertid avvisande till denna tanke och anförde (se prop. 1985/86:83 s. 20):

”För min del anser jag att det inte finns anledning att på miljöskadeområdet tillämpa andra regler om skadestånd för ideell skada än som gäller inom skadeståndsrätten i allmänhet. Visserligen finns det . . . särskilda områden där sådan ersättning utges. De är emellertid klart avgränsade och rör huvudsakligen olika slag av kränkningar av den personliga integriteten. Det skulle vara något principiellt nytt om man för miljöskadornas del införde en möjlighet till ersättning för sådana svårbedömbara olägenheter av ideellt slag som ’förfulning av naturen’ c.d. Ofta medför sådana olägenheter skadeföljder av ekonomisk art, t.ex. i form av ett minskat marknadsvärde hos en fastighet, och den skadelidande har då . . . under vissa förutsättningar rätt till ersättning för denna förmögenhetsskada. Längre än så bör man emellertid inte gå. Några särskilda bestämmelser om rätt till ersättning för ideell skada som inte har samband med personskada bör alltså inte tas in i den nya miljöskadelagen.”

Av detta uttalande, som godtogs av riksdagen (se LU 1985/86:25), kan man dra slutsatsen att det enligt lagstiftaren inte var möjligt i äldre rätt att få ersättning för miljöskador av ideell natur och att en sådan möjlighet inte heller bör finnas i fortsättningen (jfr den inte helt klagörande debatten i denna fråga mellan Dufwa i SvJT 1987 s. 48 f och Eriksson i SvJT 1987 s. 390 f; se numera också högsta domstolens dom den 1 mars 1990, DT 9).

Lika kallsinnig har lagstiftaren varit till att ändra ersättningsreglerna i 1983 års vattenlag så att även ideell skada – t.ex. genom intrång i det rekreativintresse som fisket representerar – kan ersättas (se jordbruksutskottets betänkanden 1988/89:JoU4 s. 11 och 1988/89:JoU22 s. 12 f).

Det bör dock understrykas att rätt till ersättning kan föreligga i den mån olägenheter av detta slag på något sätt går att hänföra till en ekonomisk förlust. Man rör sig här ofta med rena fiktioner. Exempel på detta är rättsfallen NJA 1898 s. 290, där en person som olovligen avverkat några träd dömdes att ersätta deras prydnadsvärde, och NJA 1919 s. 1, där en kyrklig församling tillerkändes skadestånd därför att området vid dess kyrka hade avsevärt förlorat i skönhetsvärde till följd av avverkning av träd. Fastigheternas marknadsvärde ansågs uppenbarligen i dessa fall ha minskat genom avverkningen. I litteraturen har uttalats att man i sådana fall lägger på ett övervärde ovanpå fastigheternas egentliga saluvärde, med andra ord en fritt uppskattad penningssumma som ett lämpligt ”plåster på såret”; sådana mervärden sägs t.o.m. på fastighetsmarknaden bli taxerade till belopp efter ganska fasta skalor, på liknande sätt som lyte och men (se Grönfors i FJFT 1973 s. 164). Skillnaden mot ersättning för ideell skada blir då hårfin.

10. Ideell skada i kontraktsförhållanden

10.1 Olägenheter i konsumentförhållanden

Inom den allmänna kontraktsrätten är huvudregeln vid avtalsbrott att endast skadeföljder av klart ekonomisk natur ersätts. I fråga om avtalsbrott som har lett till personskada torde visserligen numera gälla att den skadelidande i princip är berättigad till ersättning för ideell skada i form av sveda och värk etc. på samma sätt som i utomobligatoriska sammanhang (rättsläget var tidigare oklart, se NJA 1934 s. 190 och 1945 s. 676 samt Bengtsson, Om ansvarsförsäkring i kontraktsförhållanden I, 1960, s. 268 ff och Ekstedt, Ideellt skadestånd för personskada, 1977, s. 131 ff). Men i övrigt ger skador av rent ideell natur – såsom obehag, olust, irritation ("psykiskt lidande") över det besvär som ett avtalsbrott kan vålla – enligt huvudregeln inte rätt till ersättning (se bl.a. prop. 1984/85:110 s. 274 och 1989/90:89 s. 42). Att undantag från denna huvudregel gäller inom arbetsrätten berörs i avsnitt 10.2.

Ibland kan det föreligga stora svårigheter att fastställa vilken ekonomisk skada som ett avtalsbrott har medfört. Skadan får då uppskattas efter en skälighetsbedömning. Om underlaget för denna bedömning är magert, får ersättningen i praktiken ett ideellt inslag (se Rodhe, Lärobok i obligationsrätt, 1986, s. 217).

I konsumentförhållanden har köp och tjänster i allt större utsträckning kommit att gälla nyttigheter som tillgodoser fritidsintressen eller som är avsedda att bespara konsumenterna obehvämt arbete. Avtalsbrott som innebär intrång i intressen av detta slag har i ökad grad ansetts ha en direkt ekonomisk betydelse, trots att sådana olägenheter till följd av avtalsbrottet inte direkt kan mätas i pengar. Ett exempel är att konsumenten inte får avsett utbyte av sin semester därför att en beställd segelbåt inte levereras i tid. Ersättningen får i dessa fall i regel bestämmas på grundval av en skönsmässig uppskattning av de kostnader eller det arbete som konsumenten har lagt ned för att få ökad fritid, ett bekvämligare vardagsliv eller en för honom värdefull rekreation. Både 1985 års konsumenttjänstlag och det förslag till ny konsumentköplag som nyligen har lämnats till riksdagen bygger på ett sådant synsätt (se SOU 1979:36 s. 499 f och prop. 1984/85:110 s. 274 resp. SOU 1984:25 s. 174 och prop. 1989/90:89 s. 42; jfr SOU 1976:66 s. 172).

Denna ersättning för olägenheter till följd av bl.a. förlust av fritid har likheter med den ersättning som vid personskada lämnas för olägenheter i övrigt till följd av skadan (se avsnitt 2.2.2). Den inte oväsentliga skillnaden föreligger dock att det för rätten till ersättning i kontraktsförhållanden synes krävas att den skadelidande har haft särskilda kostnader för att kunna utnyttja sin fritid på avsett sätt;

om han inte har haft det och på grund av avtalsbrottet avstår från den tillämnade fritidssysselsättningen, torde han inte kunna få någon ersättning.

I Finland synes man emellertid på väg att ta steget fullt ut och uttryckligen ge rätt till ersättning för ideell skada i de fall som nu har berörts. Enligt ett förslag till ändring av 1978 års konsumentskyddslag skall sålunda som indirekt skada vid konsumentköp och konsumenttjänster anses sådan förlust av möjligheten att utnyttja en vara resp. en tjänst som inte har medfört konkret ekonomisk förlust samt annan liknande olägenhet av väsentlig betydelse (se justitieministeriets lagberedningsavdelnings publikation 9/1988). En motsvarande bestämmelse återfinns även i ett förslag till lag om bostadsköp som lades fram av bostadsköpskommissionen i oktober 1989 (se kommittébetänkande 1989:47).

I de andra nordiska länderna torde det däremot knappast vara aktuellt att införa en möjlighet till ersättning för sådana olägenheter i konsumentförhållanden som nu har diskuterats. Det kan dock tänkas att man i Danmark i samband med införlivandet med dansk rätt av ett blivande EG-direktiv om sällskapsresor kommer in på denna fråga.

10.2 Kränkning av arbetsrättsliga intressen

10.2.1 Nuvarande förhållanden

Ersättning för obehag eller lidande som inte kan värderas i pengar förekommer sedan gammalt inom arbetsrätten. Sådan ideell skada kan uppstå vid kollektivavtals- och fredspliktsbrott, vid föreningsrättskränkning och könsdiskriminering och vid uppsägning eller avskedande i strid mot lag eller avtal. En olovlig arbetsnedläggelse kan förorsaka arbetsgivaren bekymmer och oro för de ekonomiska konsekvenserna (se AD 1948 nr 83), och en uppsägning eller ett avskedande i föreningsrättskränkande eller könsdiskriminerande syfte eller annars i strid mot lag eller avtal kan innebära obehag eller lidande av samma art som vid ärekränkning eller liknande brott mot den personliga integriteten.

Skadestånd för ideell skada kan också utgå för att ett kollektivavtal eller en arbetsrättslig lag inte har "hållits i helgd", alltså för avtalsbrottet eller lagbrottet som sådant. Ibland förekommer försök att ge förklaring åt denna form av skadestånd som inordnar den under ideellt skadestånd i vedertagen mening. Man talar om att den förfördelade parten har lidit moralisk skada, förlorat i prestige inför sina medlemmar e.d. (se Bergström, Kollektivavtalslagen, 1948, s. 150 och Schmidt, Facklig arbetsrätt, 1989, s. 231). Det har också sagts att skadeståndet bör betraktas som ett "plåster på såret", jämförbart med ersättning för sveda och värk vid personskada (se Schmidt vid Nordiska juristmötet 1972 s. 135). Å andra

sidan finns det de som hävdar att det här över huvud taget inte rör sig om något slags skadestånd för liden skada utan om ett rent privaträttsligt straff, en bot eller en plikt (se Sigeman i Vänbok till Axel Adlercreutz, 1983. s. 320 f och där åberopad litteratur). Men namnet gör inte saken. En sådan diskussion om ersättningens natur är egentligen ganska meningslös. Man kommer inte ifrån att ersättningen i lagstiftningen har behandlats som en särskild form av skadestånd för ideell skada. Detta ändras inte av att ersättningen kanske inte till alla delar kan inpassas i det traditionella mönstret för detta slags skadestånd; det medför i så fall bara att detta mönster får ändras i enlighet härmed.

Den ersättning för ideell skada som är den dominerande sanktionsformen inom arbetsrätten brukar kallas *allmänt skadestånd*. Bestämmelser om denna ersättning infördes första gången i svensk rätt genom 1928 års lag om kollektivavtal. Liknande bestämmelse togs därefter in i 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt, 1938 års lag om semester, 1939 års lag förbud mot arbetstagares avskedande med anledning av värnpliktstjänstgöring m.m., 1944 års hembiträdeslag och 1945 års lag om förbud mot avskedande av arbetstagare i anledning av äktenskap eller havandeskap m.m.

Nuvarande bestämmelser om allmänt skadestånd återfinns – förutom i 5 § andra stycket i nyssnämnda 1939 års lag – i 8 § andra stycket i 1970 års lag om arbetsgivares kvittningsrätt, 20 § andra stycket i 1970 års lag om arbetstid m.m. i husligt arbete, 10 § första stycket i 1974 års lag om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen, 13 § första stycket i 1974 års lag om arbetstagares rätt till ledighet för utbildning, 55 § i 1976 års lag om medbestämmande i arbetslivet, 32 § andra stycket i 1977 års semesterlag, 13 § första stycket i 1978 års lag om rätt till ledighet för vård av barn, m.m., 8 § andra stycket i 1979 års lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, 9 § andra stycket i 1979 års lag om rätt till ledighet för vissa föreningsuppdrag inom skolan, m.m., 38 § andra stycket i 1982 års lag om anställningsskydd, 8 § i 1986 års lag om rätt till ledighet för grundläggande svenskundervisning för invandrare, 15 § andra stycket i 1987 års lag om styrelserepresentation för de privatanställda och 26 § i 1988 års lag om ersättning och ledighet för närståendevård. En hänvisning till bestämmelsen i 1982 års lag om anställningsskydd förekommer dessutom i 86 § andra stycket i 1914 års lag om kommission, handelsagentur och handelsresande och i 16 kap. 7 § första stycket i 1976 års lag om offentlig anställning. Sistnämnda lag hänvisar vidare i 3 kap. 6 § första stycket till skadeståndsbestämmelserna i 1976 års medbestämmandelag.

Den centrala bestämmelsen är 55 § i 1976 års medbestämmandelag (se prop. 1975/76:105 Bil. 1 s. 283 ff; jfr SOU 1975:1 s. 494 ff och SOU 1982:60 s. 228 ff). Enligt den bestämmelsen skall vid bedömning om och i vad mån skada har uppkommit för någon hänsyn tas även till dennes intresse av att lagens eller kol-

lektivavtalets bestämmelser iakttas och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse. Liknande formuleringar har tidigare använts i andra lagar och finns alltså i t.ex. 32 § andra stycket i 1977 års semesterlag, enligt vilken bestämmelse hänsyn skall tas till arbetstagarens intresse av att erhålla semesterledighet. På senare tid sägs i stället vanligen att hänsyn skall tas till den kränkning som lagbrottet innebär.

Vid tillkomsten av 1928 års lag om kollektivavtal tog föredragande statsrådet avstånd från en under lagstiftningsarbetet framförd tanke att det allmänna skadeståndet skulle på grund av skadevållarens skuld kunna höjas utöver skadans verkliga belopp. En sådan regel kunde enligt hans mening uppfattas som om man införde ett straffrättsligt moment, något som borde undvikas på detta område (se prop. 1928:39 s. 124).

Det allmänna skadeståndet har emellertid det väsentliga draget gemensamt med exempelvis böter eller avtalsvite att det – förutom att utgöra ersättning för ideell skada – har en utpräglad preventiv funktion. Med någon överdrift (se ovan) kan man säga att det allmänna skadeståndet i praktiken delvis tjänstgör som ett slags privaträttslig straffsanktion. I den allmänna debatten förväxlas också de utdömda skadeståndsbeloppen ofta med böter, framför allt i mål om skadestånd för deltagande i en olovlig stridsåtgärd.

Särskilt påfallande är det preventiva inslaget hos det allmänna skadeståndet när det utdöms som påföljd för brott mot lag- eller kollektivavtalsbestämmelser med karaktär av säkerhets- eller ordningsföreskrifter. I sådana fall kan man i realiteten inte fastställa eller uppskatta någon ideell skada som kan tjäna som mått vid skadeståndsberäkningen. I stället är det förseelsens grovhet, dvs. graden av skuld hos skadevållaren och förseelsens beskaffenhet i övrigt, som blir avgörande. Det allmänna skadeståndets främsta syfte är här att inskräpa vikten av att också de formella föreskrifterna iakttas.

En annan viktig funktion hos det allmänna skadeståndet är att utgöra ett slags surrogat för ersättning för ekonomisk skada. Det allmänna skadeståndet infördes bl.a. på grund av svårigheten att bevisa vilken ekonomisk skada som ett avtalsbrott – framför allt en olovlig stridsåtgärd – hade medfört. Likheter med den särskilda form av skadestånd för ideell skada som nyligen har börjat införas på immaterialrättens område (se avsnitt 7) är slående.

Tvister på arbetsrättens område – bl.a. om allmänt skadestånd – handläggs i en särskild processuell ordning, där arbetsdomstolen utgör första och enda domstol för vissa tvister (framför allt tvistemål som förs av arbetsmarknadens organisationer för egen eller för en medlems räkning) medan övriga tvister prövas av tingsrätterna med arbetsdomstolen som fullföljdsinstans. Rättsbildningen på området,

bl.a. i fråga om det allmänna skadeståndets storlek, styrs alltså av arbetsdomstolen.

Vid sidan härav avgörs en del arbetstvister i skiljeförfarande. Det gäller framför allt tvister mellan oorganiserade parter. De fasta skiljenämnder som tidigare funnits för att pröva vissa tvister från den organiserade sektorn av arbetsmarknaden (se SOU 1974:8 s. 75 ff) har numera i stort sett upphört.

Storleken av det allmänna skadeståndet bestäms i varje enskilt fall efter en skälighetsuppskattning. Sådana faktorer som hur grovt lag- eller avtalsbrottet har varit, skadevållarens större eller mindre skuld, den skadelidandes medvållande och den skadegörande handlingens beskaffenhet i övrigt är avgörande för skadeståndsbeloppet. En viktig princip är även att det inte i något fall skall te sig lönsamt för en arbetsgivare att sätta arbetstagarnas rätt åt sidan till förmån för andra intressen (se bl.a. prop. 1975/76:105 Bil. 1 s. 302 samt AD 1982 nr 114 och 1988 nr 17).

Det är naturligt att det i arbetsdomstolens praxis har utbildats någorlunda bestämda normer – eller taxor om man så vill – för värderingen av vissa lag- eller avtalsbrott. Särskilt påtagligt är detta när det gäller brott mot 1982 års anställningsskyddslag, även om omständigheterna i det enskilda fallet givetvis alltid har stor betydelse (se AD 1982 nr 39; jfr Nilsson i Lag & Avtals årsbok 1978 s. 17 f). Normalt bestämmer arbetsdomstolen det allmänna skadeståndet till 25.000 kr för en obefogad uppsägning (se AD 1988 nr 71) och till 35.000 – 40.000 kr för ett obefogat avskedande (se Lunning, Anställningsskydd, 1989, s. 281 f och 337). Innefattar uppsägningen eller avskedandet samtidigt föreningsrättskränkning, blir det allmänna skadeståndet naturligtvis högre: det hittills högsta beloppet är 100.000 kr (se AD 1988 nr 162). Brott mot 1979 års jämställdhetslag torde normalt medföra ett allmänt skadestånd på 25.000 kr (se AD 1987 nr 67).

Vid kollektivavtalsbrott varierar det allmänna skadeståndet vanligen mellan 5.000 och 25.000 kr. Högre belopp förekommer dock ibland, t.ex. 100.000 kr i ett fall (se AD 1988 nr 17) och 150.000 kr i ett annat fall (se AD 1982 nr 114). De allra högsta skadestånden har dömts ut för underlåtenhet att förhandla enligt II § i 1976 års medbestämmandelag inför större företagsbeslut: företaget förpliktades att betala sammanlagt 180.000 kr fördelat på tre fackförbund i ett fall från år 1978, vilket i dagens penningvärde motsvarar nästan 400.000 kr (se AD 1978 nr 156), 265.000 kr fördelat på två fackförbund i ett annat fall (se AD 1987 nr 92) och 900.000 kr fördelat på tre fackförbund i ett tredje fall (se AD 1984 nr 75).

För fredspliktsbrott har arbetstagarorganisationer som föranlett eller medverkat till en olovlig stridsåtgärd eller underlåtit att hindra åtgärden eller verka för dess upphörande (se 42 § första stycket medbestämmandelagen) ådömts allmänt

skadestånd med 10.000 – 15.000 kr (se t.ex. AD 1982 nr 31, 1984 nr 106 och 1988 nr 34). I ett fall från år 1963 dömdes en arbetstagarorganisation att betala 40.000 kr, vilket i dagens penningvärde motsvarar nästan 250.000 kr (se AD 1963 nr 12). För enskilda arbetstagare som deltar i en olovlig stridsåtgärd är skadeståndsbeloppet i princip maximerat till 200 kr för varje arbetstagare (se 60 § tredje stycket medbestämmandelagen). Detta maximibelopp har – med undantag för åren 1976-1984 – varit oförändrat sedan år 1929, då det motsvarade en industriarbetares genomsnittliga månadslön. Inom denna med tiden allt snävare ram differentieras de utdömda beloppen med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Det kan tilläggas att ett förslag av regeringen om att – samtidigt med lönestopp och obligatorisk fredsplikt under en tid av två år – införa ett maximibelopp på 5.000 kr för brott mot denna fredsplikt förkastades av riksdagen i februari 1990 (se prop. 1989/90:95 och arbetsmarknadsutskottets betänkande 1989/90:AU24).

Slutligen kan nämnas att 39 § i 1982 års anställningsskyddslag innehåller bestämmelser om ett normerat skadestånd för det fall att en arbetsgivare vägrar att följa en dom som innebär att en arbetstagare har rätt att komma tillbaka i arbetet. Detta skadestånd utgår med ett i lagen angivet antal månadslöner, som beror av arbetstagarens ålder och sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren (se prop. 1973:129 s. 182 f). I den mån skadeståndsbeloppet överstiger den faktiska ekonomiska förlust som arbetsgivarens vägran medför för arbetstagaren, blir skadeståndets funktion att ersätta den ideella skada som därigenom har uppkommit för denne. Skadeståndet utgör alltså en hybrid av ersättning för ekonomisk och ideell skada. Arbetsdomstolen har i ett fall från år 1981 dömt ut skadestånd enligt dessa bestämmelser med 32 månadslöner, utgörande ca 470.000 kr eller i dagens penningvärde nästan 750.000 kr (se AD 1981 nr 115).

10.2.2 Nordiska förhållanden

I *Danmark* gäller enligt § 12 i 1973 års lag om arbetsretten en särskild sanktion i form av s.k. bot vid kollektivavtalsbrott, bl.a. brott mot fredsplikten. Denna bot utgör ett slags skadestånd men har samtidigt karaktär av ett privatstraff; den fastställs huvudsakligen med hänsyn till behovet av en preventiv sanktion och inte efter den skada som föreligger i det enskilda fallet. I tillämpningen har fasta taxor utbildat sig. En arbetstagarorganisation som ordnat eller understött eller förhållit sig passiv inför en avtalsstridig stridsåtgärd bland medlemmarna har i domstolspraxis ålagts att betala en bot om en miljon DKR. Denna praxis framstår som den strängaste i Norden (se Sigeman i Vänbok till Axel Adlercreutz, 1983, s. 318).

Vid en osaklig uppsägning eller ett osakligt avskedande kan arbetsgivaren åläggas att betala s.k. gottgörelse, som fastställs efter samtliga omständigheter i det

föreliggande fallet. Underlåtenhet att iaktta föreskriven uppsägningstid medför normalt skyldighet att utge en normerad ekonomisk gottgörelse, som täcker både ekonomisk och ideell skada.

I *Finland* innehåller 7, 9 och 10 §§ i 1946 års lag om kollektivavtal regler om s.k. plikt för den som gör sig skyldig till brott mot kollektivavtalet eller mot sin freds- eller övervakningsplikt. Plikten, som är maximerad till 90.000 FMK för en arbetsgivare och 900 FMK för en arbetstagare, bestäms med hänsyn till framför allt skadans storlek och graden av skuld. Den utgår i stället för skadestånd men kan genom avtal bytas ut mot en skyldighet att ersätta den verkliga skadan.

Påföljden för en osaklig uppsägning eller underlåtenhet att iaktta uppsägningstid är ett i lagen angivet normerat skadestånd.

I *Norge* ersätts endast ekonomisk skada vid kollektivavtals- eller fredspliktsbrott. Ersättning för ideell skada förekommer däremot vid obefogade uppsägningar eller avskedanden (se § 62 och § 66 nr 5 i 1977 års arbetsmiljölag). Vid bestämmandet av denna ersättning läggs särskild vikt vid om uppsägningen eller avskedandet har skett på ett kränkande sätt.

10.2.3 Reformfrågor

Det arbetsrättsliga området torde vara det rättsområde där de nordiska skillnaderna är störst beträffande ersättning för ideell skada. Förutsättningarna för en ökad nordisk rättslikhet på detta område är nog inte heller särskilt stora.

Visserligen har för Sveriges del från gång till annan framförts förslag om att byta ut det allmänna skadeståndet för deltagande i en olovlig strejk mot en ekonomisk bot eller plikt som skulle tillfalla ett gemensamt nyttigt ändamål (se t.ex. Schmidt, *Facklig arbetsrätt*, 1979, s. 278 och 293 f och Sigeman i *Vänbok till Axel Adlercreutz*, 1983, s. 325 f). Detta förslag, som skulle innebära att svensk rätt närmades till dansk och finsk rätt, har emellertid inte vunnit något mer allmänt gehör. Detsamma gäller ett förslag som fördes fram vid tillkomsten av 1976 års medbestämmandelag om ett alternativ till det allmänna skadeståndet i form av s.k. normerade, på förhand till beloppet bestämda skadestånd (se SOU 1982:60 s. 230).

Inte heller i övrigt torde några större reformer i fråga om det allmänna skadeståndet vara att vänta i Sverige. De riksdagsmotioner om olika ändringar i detta regelsystem som återkommer varje år brukar lika regelbundet avslås av riksdagen (se senast arbetsmarknadsutskottets betänkande 1989/90:AU6 s. 26 ff).

10.3 Kränkning av andra avtalsrättsliga intressen

I och för sig har alla avtalsparter möjlighet att i sina avtal ta in bestämmelser om skyldighet att utge allmänt skadestånd vid avtalsbrott. Sådana avtalsbestäm-

melser torde dock i praktiken inte förekomma utanför kollektivavtalsområdet. Inte heller lär det vara aktuellt att i lag generellt föreskriva en rätt till sådant skadestånd i avtalsförhållanden utanför det arbetsrättsliga området.

På ett område har dock frågan väckts om särskilda lagbestämmelser som innebär att ersättning kan utgå för den kränkning som ett avtalsbrott medför även då någon ekonomisk skada inte går att styrka. Det gäller det kontobaserade aktiesystem som nyligen har införts genom 1989 års aktiekontolag och som är ett av debattämnen vid detta Nordiska juristmöte. Riksdagen, som uttalade att det mera sällan torde uppkomma någon ideell skada i de situationer som omfattas av skadeståndsansvaret enligt den nya lagen, var visserligen inte beredd att då ta in några bestämmelser i lagen av detta innehåll. Riksdagen tillade dock att om det i den praktiska tillämpningen skulle visa sig uppkomma svårigheter att styrka den ekonomiska skadan fick frågan om en särskild ersättningsregel tas upp till ytterligare överväganden (se lagutskottets betänkande 1989/90:LU5 s. 16).

11. Sammanfattning och avslutande synpunkter

Skadeståndsrätten har ett starkt samband med straffrätten. Ursprungligen tillföll straffet (boten) helt eller delvis den som hade blivit förnärad av en brottslig handling. Så småningom utvecklades emellertid straffet till att bli en sanktion för kollektivets intresse att brott inte begicks. Ersättningen till den enskilde frigjordes från straffet och bildade en särskild gottgörelse för dennes skada på grund av brottet.

Ideell skada ersattes länge bara när någon hade tillfogats personskada. Numera utges emellertid sådan ersättning i många andra fall. En märkbar tendens i varje fall i Sverige är att utrymmet för ersättningen utvidgas undan för undan. I det föregående har exempel lämnats på olika områden där ersättning för ideell skada för närvarande är aktuell eller kan bli det i framtiden.

Frågan i vilken utsträckning ersättning bör kunna ges för ideell skada på olika områden diskuterades redan vid Nordiska juristmötet 1899 (s. 138-165 och Bil. IV). Därvid uttrycktes från flera håll sympatier för en mera allmän möjlighet till sådan ersättning vid allehanda rättskränkningar (inbegripet kontraktsbrott), även om en del varnande röster höjdes för en alltför vidsträckt ersättningsmöjlighet av detta slag. Frågan återkom vid Nordiska juristmötet 1969 (s. 344-384). Reaktionen var då mera blandad; några visade sig skeptiska till en ersättning för sveda och värk vid personskada, medan andra förordade en ökad användning av ersättning för lidande vid olika integritetskränkningar.

En grundläggande fråga att diskutera vid Nordiska juristmötet 1990 är om det

är en önskvärd utveckling att en *rätt till ersättning* för ideell skada börjar sprida sig till allt flera områden. Bör en sådan ersättningsrätt införas vid olika slags kränkningar av den personliga integriteten utan något krav på att skadan har vållats genom en straffbar gärning (se avsnitt 3.4.5), vid oriktig myndighetsutövning (se avsnitt 4.2), vid intrång i andra immateriella rättigheter e.d. än där ideell skada av tradition har ersatts (se avsnitt 7.2), vid sakskada (se avsnitt 8.2), vid miljöskada e.d. (se avsnitt 9), vid olägenheter i konsumenträttsliga avtalsförhållanden (se avsnitt 10.1) eller vid kränkning av andra avtalsrättsliga intressen utanför arbetsrätten (se avsnitt 10.3)? Finns det ytterligare rättsområden där en sådan ersättning kan te sig angelägen (t.ex. inom associationsrätten i fall då någon obehörigt har vägrats inträde i eller uteslutits ur en förening)? Detta är exempel på några frågor som kan förtjäna att diskuteras närmare.

Av den föregående framställningen framgår på flera ställen att gränsen mellan ekonomisk och ideell skada är flytande. Ibland har man tänjt på begreppet ekonomisk skada och pressat in skadeföljder som lika väl kan sägas vara av ideell natur (se avsnitt 9). Svårigheterna att bevisa en ekonomisk skada har vidare lett till att man har slagit av på beviskravet och gett domstolarna rätt att döma ut ett skadestånd för sådan skada som förefaller passande (se 35 kap. 5 § rättegångsbalken; jfr Persson, *Skada och värde*, 1953, s. 327 och Rodhe, *Lärobok i obligationsrätt*, 1986, s. 214). Ersättningen kan då lätt få ett ideellt inslag (se avsnitt 10.1). Eller också har man tagit steget fullt ut och infört en uttrycklig möjlighet till ersättning för ideell skada, som delvis får täcka även obevisad ekonomisk skada (se avsnitt 7.1 och 10.2.1). Ett ofta använt uttryck är att ersättningen då får tjäna som ett "plåster på sårn". Det kan sägas vara en lek med ord, eller begreppsjurisprudens om man så vill. Men åtminstone den realiteten har detta slags "juristeri" (se Grönfors i TfR 1963 s. 604) att rätten till ersättning för ideell skada i allmänhet faller bort, om den som har tillfogats skadan dör innan ersättningen har fastställts, vilket inte är fallet med ersättning för ekonomisk skada (se bl.a. Ekstedt, *Ideellt skadestånd för personskada*, 1977, s. 286 ff och där anförda rättsfall samt AD 1976 nr 87). Vidare blir ersättningen i princip skattefri om den hänförs till ideell skada, medan den i motsatt fall ofta är skattepliktig; när vissa ekonomiska skadeföljder vid personskada år 1975 överfördes till den ideella ersättningsposten olägenheter i övrigt (se avsnitt 2.2.2), fick det sålunda till följd att dessa skadeföljder inte längre beskattades (se prop. 1976/77:50).

Att jämföra ersättning för ideell skada inom olika rättsområden kan ha sitt intresse från flera synpunkter. Inte minst kan det vara intressant att diskutera *ersättningsnivån* vid olika slags kränkningar. Ett drastiskt exempel är att en kvinna som i arbetslivet missgynnas av sin arbetsgivare på grund av sitt kön kan få rätt till allmänt skadestånd med kanske 25.000 kr (se avsnitt 10.2.1), medan ersätt-

ning för lidande som tillfogas henne om hon blir våldtagen av arbetsgivaren först helt nyligen har börjat komma upp i denna nivå (se avsnitt 3.2.3).

Förutom den uppenbara svårigheten – för att inte säga omöjligheten – att jämföra olika slags skador med varandra (hur jämför man t.ex. förlusten av en arm med kränkningen av någons heder och ära?) måste emellertid beaktas att ersättningen för ideell skada inom olika rättsområden bärs upp av skilda syften.

Det ligger i sakens natur att en skada av ideell natur inte kan kompenseras på ett fullgott sätt genom ersättning i pengar. Men denna ersättning kan bidra till att lindra verkningarna av de ideella förlusterna. Syftet med ersättning för ideell skada i samband med personskada är just att utgöra en sådan kompensation för de fysiska och psykiska påfrestningar i form av bl.a. smärta, oförmåga att leva ett normalt liv eller förlust av andra livskvaliteter som skadan för med sig (se avsnitt 2). Vid integritetskränkningar av annat slag syftar ersättningen mera till att ge upprättelse för den förnedrande och kränkande behandling eller den oförrätt som skadehandlingen utgör (se avsnitt 3, 5 och 6). Ersättningen kan också ha till uppgift att gottgöra den skadelidande för andra obehag och olägenheter eller för intrång i ekonomiska eller ideella rättigheter av skilda slag (se avsnitt 7 och 10). För att uppnå dessa olika syften måste ersättningen kanske inte alltid ligga på samma nivå.

Ersättningen kan vidare ha ett mer eller mindre starkt preventivt inslag. Förr ansågs ersättning för ideell skada så gott som uteslutande vara motiverad av preventiva skäl (se t.ex. Karlgren, Skadeståndsrätt, 1952, s. 102). Så onyanserat ser man nog inte på saken i dag (se bl.a. diskussionen beträffande denna fråga i SvJT 1987 s. 397-421). Men det är uppenbart att preventionen spelar en viktig roll på vissa områden där ersättning för ideell skada kan komma i fråga. En av ersättningens främsta funktioner inom immaterialrätten och arbetsrätten är sålunda att förhindra att skadevällaren gör en ekonomisk vinning av att inte följa gällande regler (se avsnitt 7.1 och 10.2.1). För att avhålla denne från ett sådant handlande kan ersättningarna på dessa områden, där stora ekonomiska värden ibland kan stå på spel, behöva uppgå till mycket höga belopp, inom arbetsrätten i vissa fall till en miljon kr eller mer. Det är en av förklaringarna till att dessa skadestånd kan framstå som oproporionerligt stora i förhållande till det maximibelopp (en halv miljon kr) som för närvarande utges när någon vid en personskada har mist alla kroppsfunktioner och fungerar bara "som ett paket" (se avsnitt 2.2.4).

Till syvende och sist är det de ekonomiska realiteterna som avgör ersättningens storlek. Vid tillkomsten av 1972 års skadeståndslag ifrågasattes om inte socialförsäkringen kunde ge ersättning även för ideell skada, vilket i så fall skulle medföra att skadeståndsrätten blev överflödigt när det gäller personskada. Men samhällsresurserna ansågs inte räcka till för det (se prop. 1972:5 s. 83). Det är ofrån-

komligt att möjligheterna att ersätta ideell skada är större på vissa områden än på andra.

Ett drag som är utmärkande för ersättningsrätten på senare tid är att utsikterna att få en skada ersatt från en försäkring har ökat alltmera. Endast ansvarsförsäkring eller motsvarande försäkring täcker emellertid ideell skada bestämd enligt skadeståndsrättsliga grunder. När det gäller den utbredda formen som ingår i hem- eller villahemförsäkringen resp. trafikförsäkringen skulle en kraftig höjning av ersättningsnivån vid ideell skada i samband med personskada kunna få oförmanliga samhälls- konsekvenser i form av alltför höga försäkringspremier (se avsnitt 2.4.2). Detta kunde i sin tur medföra att benägenheten att teckna sådana försäkringar avtar. En viss försiktighet inför en höjning som kan få sådana effekter är därför motiverad.

Om en skada har orsakats genom en uppsåtlig (ofta brottslig) handling, är det av försäkringstekniska skäl inte möjligt att ersätta skadan ur en ansvarsförsäkring, även om skadevällaren till äventyrs skulle hålla sig med en sådan. Det överfallsskydd som i regel ingår i hem- och villahemförsäkringarna, kompletterat med möjligheten att få ersättning från brottskadenämnden, kan visserligen kompensera en del sådana skador. Men i övriga fall är den skadelidande hänvisad till att utkräva ersättningen från skadevällaren personligen. Alltför höga skadestånd för ideell skada kan då bli ett slag i luften.

På vissa områden kan det emellertid finnas kapitalstarka skadevällare som har förmåga att utge ganska höga skadeståndsbelopp. Det gäller framför allt inom immaterialrätten och arbetsrätten. Att beloppen kan bli högre inom dessa områden är därför ganska naturligt. Visserligen slås även kostnaderna för dessa skadestånd ut på samhällsmedborgarna i form av högre priser för de nyttigheter som erbjuds, men det leder knappast till att medborgarna avstår från dessa nyttigheter. Det finns emellertid en gräns för hur stora skadestånd som kan tas ut på dessa och liknande områden. Erfarenheterna från USA visar att alltför höga skadestånd kan medföra att vissa – i och för sig samhällsnyttiga verksamheter – tvingas att upphöra.

Det finns alltså olika förklaringar till att ersättningen för ideell skada kan variera ganska betydligt inom olika områden. Det är med andra ord inte möjligt att via skadeståndsreglerna uppnå en absolut rättvisa. Man får nog leva med många av de ojämnheter i ersättningsnivån som kan föreligga beträffande ideell skada på olika områden.

Det hindrar inte att en jämförande diskussion kan vara nyttig. Ersättningen för ideell skada har nog inom varje område i regel bestämts utan någon större hänsyn till ersättningsnivån inom andra områden (se dock avsnitt 5). En jämförelse mellan ersättningsnivån inom olika områden skulle kunna medföra att omotiverade

skillnader jämnas ut. Framför allt gäller detta när samma slags intresse har åsidosatts. Det finns knappast anledning att ge olika ersättning för t.ex. förlust av semester vid personskada (avsnitt 2), vid frihetsinskränkning (avsnitt 5), vid oriktig datauppgift (avsnitt 6), vid avtalsbrott i konsumentförhållanden (avsnitt 10.1) eller vid brott mot 1977 års semesterlag (avsnitt 10.2.1). Visserligen är det svårt att i pengar värdera en skada som består i att den skadelidande inte kan beredas tillfälle till rekreation under någon tid (se NJA II 1939 s. 183). Men denna värdering bör utfalla på samma sätt i dessa fall. En intressant fråga är bl.a. om den ökade betydelsen av fritiden, som på senare tid betonats när det gäller personskada (se avsnitt 2.4.2), har slagit igenom på ersättningen för förlust av semester i andra sammanhang.

En utgångspunkt i svensk skadeståndsrätt är att den skadelidande skall ha full ersättning för den förlust han har lidit. Denna princip gäller även beträffande ideell skada (se t.ex. SOU 1972:88 s. 83, prop. 1975:12 s. 111 och Dir. 1988:76 s. 5). Den skadelidande kan dock inte få mer än full kompensation för den verkliga skadan. Detta har särskilt understrukits när en möjlighet till ersättning för ideell skada infördes i patenträtten (se avsnitt 7.1) och i arbetsrätten (se avsnitt 10.2.1).

Självfallet är grundsatsen om full ersättning för den lidna skadan något av en fiktion när det gäller ideell skada. Det finns ju över huvud taget inga säkra hållpunkter för bedömningen av hur stor en sådan skada skall anses vara. Men denna grundsats innebär att det i princip är skadan i det enskilda fallet som skall ersättas, inte en tänkt genomsnittsskada; att det i praktiken kan finnas behov av att använda olika schabloner som en utgångspunkt för värderingen av skadan är en annan sak. Vidare skall samma slags skada ersättas med samma belopp, oberoende av skadevällarens större eller mindre förmåga att betala skadeståndet; att skadeståndet skall utmätas efter skadevällarens ekonomiska bärkraft är främmande för svensk skadeståndsrätt (se t.ex. arbetsmarknadsutskottets betänkande 1988/89:AU4 s. 23 f), även om det i särskilda fall finns möjlighet att jämka ett skadestånd som skulle vara oskäligt betungande med hänsyn till skadevällarens ekonomiska förhållanden (se 6 kap. 2 § i 1972 års skadeståndslag). En följd av att endast den fulla skadan ersätts är också att skadeståndet uppgår till samma belopp oavsett om det skall utges av en eller flera skadevällare (se t.ex. SOU 1972:88 s. 56 och 83).

En omständighet som egentligen inte borde spela någon roll vid uppskattningen av en ideell skada är den skuld som skadevällaren har till skadan. Denna blir knappast mindre därför att den skadeståndsskyldige inte har handlat vårdslöst utan svarar för skadan på strikt grund (se avsnitt 2.4.6). Skadan blir i princip inte heller större därför att skadevällaren har visat betydande hänsynslöshet eller

råhet, även om detta naturligtvis ofta kan resultera i en allvarligare skada (se avsnitt 3.4.3).

Lika fullt är graden av skadevållarens skuld något som ibland påverkar inte bara skyldigheten att betala skadestånd för ideell skada utan också omfattningen av denna skadeståndsskyldighet. Särskilt inom arbetsrätten, och på senare tid även inom immaterialrätten, tillmäts skuldgraden viss betydelse vid bestämmandet av skadeståndets storlek (se avsnitt 7.1 och 10.2.1). Man närmar sig då det system med en bot eller en plikt som inom arbetsrätten tillämpas i andra nordiska länder (se avsnitt 10.2.2). Som tidigare nämnts har det även för svensk arbetsrätts del funnits förespråkare för en sådan sanktionsform (se avsnitt 10.2.3). Ett motsvarande förslag har vid något tillfälle också väckts när det gäller brott mot god publicistisk sed inom massmediaområdet (se SOU 1980:8 s. 110).

Tanken på ett mera generellt sådant botsystem diskuterades ganska livligt i Norden på 1930-talet. Denna diskussion resulterade i Danmark i ett lagförslag år 1939 om en bot som skulle kunna utdömas – vid sidan av ersättning för sveda och värk, lyte och men samt ”tort” – när en skadegörande handling var ett uttryck för ”skadelyst” eller grov hänsynslöshet hos skadevållaren. Avsikten med denna bot var att ge den skadelidande en effektiv upprättelse. Detta förslag genomfördes emellertid inte, och diskussionen avstannade så småningom. Helt har den nog dock aldrig upphört.

Erfarenheten visar att denna tanke alltjämt är levande i en del andra länder. Särskilt tydligt är detta i USA, där det ibland förekommer ganska drakoniska straffskadestånd (s.k. punitive damages). Skulle utvecklingen i Norden börja gå i samma riktning, är man till sist tillbaka i det botsystem som tillämpades redan på medeltiden. Cirkeln är då sluten.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolens dom
AU	Arbetsmarknadsutskottets betänkande
Dir.	Kommittédirektiv
Ds	Departementsserie
Ds A	Arbetsmarknadsdepartementets departementsserie
Ds Ju	Justitiedepartementets departementsserie
FJFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JoU	Jordbruksutskottets betänkande
JuU	Justitieukskottets betänkande
LU	Lagutskottets betänkande
1LU	Första lagutskottets betänkande

mot.	riksdagsmotion
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avd. II
prop.	proposition
RFS	rättsfallssamlingen Rättsfall Försäkring och Skadestånd, utgiven av Försäkringsbranschens Service AB
RH	Rättsfall från hovrätterna
rskr.	riksdagsskrivelse
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidsskrift för rettsvetenskap

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Lucy Smith

Familieretslige omsorgsvister
– aktører og principper

Familierettslige omsorgstvister – aktører og prinsipper

Av professor dr. juris LUCY SMITH, Norge.

I. Innledning

1. Avgrensning

Når samlivet mellom to foreldre brytes, må det treffes en avgjørelse om barna. Barna kan ikke lenger bo sammen med begge foreldrene samtidig. I de aller fleste tilfelle – kanskje i opptil 90 prosent – blir foreldrene enige. Temaet vi har fått oppgitt er imidlertid „vårdnadstvister“. Det innebærer at det er naturlig å holde utenfor de tilfellene hvor foreldrene kommer frem til en løsning uten hjelp.

Jeg vil videre begrense emnet til tvister *mellom barnets foreldre* om foreldreansvar eller omsorg, og holder utenfor spørsmålet om overføring av daglig omsorg eller foreldreansvar til det offentlige. Etter norsk og dansk rett må domstolene i en barnefordelings sak treffe et valg mellom mor og far; retten kan således ikke overlate foreldreansvaret eller omsorgen til en tredje part.

Adgangen til felles foreldreansvar innebærer etter norsk rett at barnefordelings saker kan oppstå i tre varianter: 1) Foreldrene kan være uenige om både hvem som skal ha foreldreansvaret og hvor barnet skal bo, 2) foreldrene kan være enig i felles foreldreansvar, men de er uenige om hvor barnet skal bo, 3) foreldrene kan være enige om hvor barnet skal bo, men de er uenige om det skal være felles foreldreansvar eller ikke. (I det følgende vil betegnelsen barnefordelings sak bli brukt som felles betegnelse for alle disse tre typer saker.) Den siste type tvist er ikke vanlig, men alternativ 2 forekommer omtrent like hyppig som alternativ 1.

Etter svensk og dansk rett vil tvisten alltid omfatte både foreldreansvaret og hvor barnet skal bo, fordi felles foreldreansvar bare aksepteres hvis foreldrene er enige om samværsretten og hvor barnet skal bo. Etter islandsk rett er det ikke adgang til å ha felles foreldreansvar etter et samlivsbrudd.

Selv om foreldrene ikke blir enige i første omgang, vil ikke resultatet nødvendigvis bli en retts sak. Ved hjelp av familierådgivning, kriseterapi, hjelp fra advokater eller psykologer m.m. vil foreldrene ofte kunne arbeide sig fram til enighet. Hvorledes slik rådgivning eller veiledning skal organiseres, om den skal være frivillig eller tvungen og advokatenes rolle i denne forbindelse, er blant de spørsmål som vil bli tatt opp nedenfor.

2. Barnefordelingsaker er spesielle

I visse tilfelle vil en rettsak ikke være til å unngå. Slike barnefordelingsaker er spesielle av mange grunner. De byr sjelden på vanskelige tolknings spørsmål. Det er en type saker hvor dommeren ikke først og fremst får bruk for sine juridiske kunnskaper, men kanskje mer menneskekunnskap ved siden av sin evne til å vurdere faktum og å treffe avgjørelser. Det kreves ofte en sakkunnskap en jurist ikke har i kraft av sin utdanning, og det betyr at dommeren vil kunne ha behov for sakkyndig hjelp. Dommeren skal bl.a. vurdere følelsesmessige relasjoner, barnets reaksjoner på de to alternativer, og hvorledes mor, far og barn vil opptre i tiden fremover.

Videre er det slik at i disse sakene skal dommen baseres på et rent konkret skjønn, hvor dommeren ikke engang vil ha en rettslig standard å holde seg til. Ved bevisdømmelsen vil retten i stor utstrekning måtte vurdere og forutsi en fremtidssituasjon, men bevisbedømmelsen i andre saker normalt består i å fastslå hva som *har* skjedd. Dommeren skal *forutsi* i stedet for å *rekonstruere*. En slik forutsigelse må nødvendigvis være forbundet med usikkerhet.

Et vesentlig moment kommer i tillegg. *Selv om* det hadde vært slik at man kunne forutsi nøyaktig hva de forskjellige alternativer ville innebære for barnet, vil det langt fra alltid være enighet om hva som vil være mest i barnets interesse. Det er et spørsmål om hvilke *verdiforestillinger* dommeren skal bygge på, og om hun skal legge til grunn et korttids- eller et langtidsperspektiv.

II. Utgangspunkter

Et selvfølgelig utgangspunkt er at målet med lovgivning og praksis på dette område skal være til barnets beste. Dette er også slått fast i alle landenes lovgivning. Det innebærer at barnets interesser skal prioriteres foran alle andre interesser i tilfelle konflikt. Bare i de tilfelle hvor det er tvil om hva som er best for barnet, kan man legge vekt på andre interesser, og da særlig hensynet til foreldrene.

Begrunnelsen for prinsippet om barnets beste er enkel. Barn er for det første ikke i stand til å vareta egne interesser på samme måte som voksne. Videre er barn sårbare. Dersom et barn ikke får sine grunnleggende behov tilfredsstillet, kan dette medføre varige skader i barnets helse og utvikling. Både av hensyn til det barn saken gjelder, og av hensyn til fremtidige barn er det derfor av største betydning at barna beskyttes så langt det er mulig. Barna er neste generasjons foreldre. Det kan jo også føyes til at barna *i allfall* ikke er skyld i den situasjon som er oppstått.

Et annet utgangspunkt er at rettsaker i denne typer tvister er uheldig. Det bør

derfor være et siktemål at slike rettssaker så langt som mulig bør unngås. En konsekvens av dette synet er at det bør settes mer ressurser i rådgivning og hjelp til foreldre slik at de kan arbeide seg fram til enighet om barnefordelingen.

Et tredje utgangspunkt er at et samlivsbrudd mellom foreldre i minst mulig utstrekning bør innebære et brudd i relasjonene mellom barnet og begge dets foreldre. Et barn har behov for både en far og en mor også etter et samlivsbrudd. Det må være en viktig målsetting med lovgivning og praksis i disse spørsmål at barnet får beholde sitt nære forhold til begge foreldre.

Det syn jeg her har gitt uttrykk for, går jeg ut fra at det vil være bred enighet om.

Jeg vil imidlertid gå lenger og hevde at det i de fleste tilfelle er mer viktig *at* foreldrene blir enige enn *hva* de blir enige om. Det ligger i dette at jeg er en tilhenger av den norske regel om at man ikke skal foreta en offentlig kontroll av de avtaler foreldrene inngår om barna ved samlivsbrudd. Skal denne kontrollen være virkelig effektiv og ha en mening, må den bli svært ressurskrevende. Disse ressurser bør etter mitt syn heller settes inn på familierådgivning, kriseterapi eller lignende.

Barnefordelings saker er som nevnt av mange grunner vanskelige saker, bl.a. på grunn av den usikkerhet som er forbundet med å skulle forutsi utviklingen fremover. Men ikke alle sakene vil være like vanskelige å avgjøre. Og i mange tilfelle vil vanskeligheten bestå i at man står overfor to gode alternativer. *Da* er valget heller ikke så skjebnesvangert. Disse forhold tilsier etter mitt syn at man i disse sakene bør senke ambisjonsnivået noe i den forstand at man ikke må tro at man alltid kan finne fram til den avgjørelse som til syvende og sist vil være best for barnet. Og i mange tilfelle vil det være bedre å få en avgjørelse relativt fort enn at saken blir trukket i langdrag ved grundige utredninger.

III. Aktørenes rolle

1. Innledning

Aktørene i en barnefordelings sak er først og fremst barnets foreldre, advokate- ne, dommeren og eventuelle sakkyndige. Barnet må sies å være sakens hovedperson, i den forstand at det er dem tvisten dreier seg om, og det er hensynet til barna som skal legges til grunn for avgjørelsen. Men *aktør* blir barnet bare hvis det har rett til å uttale seg om sine preferanser. En slik rett for barnet til å uttale seg når det har nådd en viss alder, bør være lovfestet, jfr. nærmere om dette nedenfor i avsnitt V. 4.

2. Foreldrene

Under debatten i Stortinget om den norske barneloven av 1981 ble det uttalt at man ikke kan stille krav til foreldrene om å samarbeide i den vanskelige situasjon de befinner seg i. Dette er jeg dypt uenig i. Etter mitt syn er det klart at det *må* stilles krav til foreldrene om at de gjør alt de kan for at skilsmissemålet skal bli minst mulig tyngende for barna. Det er et hav av forskjell for barna mellom de skilsmisser hvor foreldre legger alle forhold til rette for at de ikke skal lide, og de tilfelle hvor foreldrene bruker barna som våpen i en kamp seg imellom.

Det er foretatt en rekke undersøkelser av hvilken betydning en skilsmisse har hatt for skilsmissebarnas utvikling. Disse undersøkelsene er ikke entydige, og det er langt fra enighet blant fagfolk i hvilken utstrekning skilsmisse har uheldige virkninger for barna. I noen tilfelle vil et konfliktfylt ekteskap være værre for barna enn en skilsmisse. Det endrer imidlertid ikke på det forhold at nesten alle barn vil lide under et samlivsbrudd med den forutgående konfliktsituasjon mellom foreldrene.

Problemet er at det ikke er lett på en meningsfull måte å *lovfeste* krav til foreldrene. Det som kan være aktuelt, er å åpne adgang for felles foreldreansvar også mot den ene partens ønske, videre regler om tvungen rådgivning. Eventuelle regler om plikt til å la barnet få være sammen med den annen part, og om at en forelder kan miste foreldreansvaret dersom han/hun ikke er villig til å samarbeide om samværsretten, vil også være basert på at det stilles krav til foreldrene. Disse spørsmålene vil bli behandlet nedenfor.

2. Advokatene

Advokatene er først og fremst partsrepresentanter. Barnefordelingssakenes spesielle natur må imidlertid få betydning også for advokatens opptreden.

Jeg vil tro at det for en advokat vil kunne være en vanskelig balansegang mellom det å være partsrepresentant og det å være konfliktløser i disse sakene. Av de spørsmål som kan tenkes å oppstå, er følgende: Skal en advokat rådgive sin klient på den måten at han trekker fram alle argumenter som kan føre til at hans part vinner saken, eller skal han arbeide for å få sin klient til å gå med på en minnelig ordning? Hvor mye tid skal advokatene bruke på disse sakene? Må det kreves at han eller hun også opptrer som sjelesørger? Bør advokatene trekke inn sakkyndige også før saken blir bragt inn for retten? I hvilken utstrekning har også advokaten et ansvar for at man kommer fram til den løsning som er best for barnet? Bør advokaten til den part som har barnet boende, gå inn for å trenere saken for der ved å stå sterkere i forhold til status quo-prinsippet?

Mitt syn er at en advokat i en barnefordelingstvist også må ha barnets interesser for øyet. En advokat bør ikke bidra til å trappe opp konflikter til skade for

barnet. I realiteten vil dette forøvrig som regel også være til skade for egen klient. Advokaten bør f.eks. ikke i prosesskriftene fokusere på motpartens negative trekk, men bør i stedet fremheve sin egen parts positive egenskaper. I større utstrekning enn det som har vært vanlig hittil, bør advokatene – hvor det er to – søke å samarbeide. Målet bør i første rekke være å finne fram til en minnelig ordning som begge parter kan leve med.

4. Dommeren

I barnefordelingssaker er det likevel først og fremst *dommeren* som må vareta barnets interesser. Fordi foreldrene og deres advokater i første rekke vil være opptatt av å fremme sin egen sak, har mange ment at barnet bør ha sin egen advokat i retten. Jeg er ikke enig i dette. Etter mitt syn vil dommeren fullt ut kunne ta vare på barnets interesser. Undersøkelser fra USA viser at det standpunkt barnets advokat inntar i saken, oftest vil være avgjørende for dommeren. Men på den måten vil saken til dels bli flyttet ut av retten, og rettssikkerheten vil bli tilsvarende redusert. Dommeren vil sjelden ha full oversikt over de momenter som ligger til grunn for advokatens standpunkt.

I barnefordelingssaker er det særlig viktig at dommeren sørger for at saken kommer ut av domstolen så raskt og så forsvarlig som mulig. Dommeren bør føre en aktiv prosessledelse med dette som mål. Det innebærer bl.a. at dommeren bør operere med korte tilsvarsfrister, og sørge for at fristene blir overholdt. Utsettelse og omberammelse bør høre til de rene unntak.

Dommeren bør etter mitt syn være meget restriktiv med tillatelse til å føre vitner. Det er mye som taler for at det iallfall i Norge tillates ført vitner som har lite å tilføre i saken, utover å sverte en av partene, og som tvert imot kan ha uheldig innflytelse på saken.

Hvor det dreier seg om større barn, skal disse høres før retten treffer sin avgjørelse (jfr. nærmere om dette nedenfor). Hvis det ikke er sakkyndige, må dommeren derfor kalle barnet inn til en samtale. En slik samtale stiller store krav til dommeren. Hun må gjennom samtalen prøve å danne seg et inntrykk av barnets ønsker og følelser uten å spørre barnet direkte. Om ikke barnet ønsker å ha noen mening, må dette respekteres. Dommeren må også tolke barnets uttalelser. Ikke sjelden sier barna noe annet enn det de egentlig ønsker ut fra loyalitet til den ene av foreldrene. Det kan være et spørsmål om dommeren bør ha bistand av en barnesakkyndig under disse samtalene.

5. Sakkyndige

Sakkyndig bistand bør først og fremst benyttes til rådgivning og hjelp for foreldre til å komme fram til en løsning uten rettssak. I de tilfelle hvor rettssak ikke

kan unngås, vil imidlertid dommeren ofte ha behov for hjelp fra sakkyndige. Med sakkyndige siktes her i første rekke til barnepsykiatere og barnepsykologer. I dansk praksis er nå uttrykket barnesakkyndige blitt innarbeidet som en samlebetegnelse, og denne terminologi vil bli benyttet i det følgende. (Jfr. Svend Danielsen, Skilsmisssagen (1989) s. 389.)

Etter svensk rett *skal* domstolen høre sosialnemnden innen den treffer sin avgjørelse, eller hvis det anses tilstrekkelig, gi nemnden anledning til å uttale seg. Disse vårdnadsutredningene utarbeides normalt av sosionomer. Både i Danmark og Norge er det *dommeren* som avgjør om det skal benyttes sakkyndige. (For norsk rett, se Rt. 1984 s. 416.) I mange tilfelle er det åpenbart behov for dette. Det kan f.eks. være når det ene alternativ innebærer miljøskifte for barnet. For en dommer vil det ikke alltid være mulig å avgjøre i hvilken utstrekning et slikt miljøskifte innebærer en fare for barnet. Men bruk av sakkyndige er kostbart (normalt regner man i Norge at utgiftene beløper seg til kr. 15–20.000). Mer vesentlig er det at bruk av sakkyndige forlenger saken betydelig. Det er tilfelle hvor det kan synes som om skaden ved en forsinkelse av saken vil være større enn den fordel som oppnås ved å benytte sakkyndige. Det gjelder særlig i saker hvor man har å gjøre med to parter som begge åpenbart har gode forutsetninger for å ta seg av barna på en fullt ut tilfredsstillende måte.

De forhold som har vært nevnt her, tilsier etter min syn at domstolen bør være varsom med å oppnevne sakkyndige. I Rt. 1984 s. 762 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg at lovens ordning *ikke* er at det som hovedregel skal oppnevnes sakkyndige. Det må foreligge et særskilt behov.

I Sverige er det åpenbart at vårdnadsutredningene bidrar til en vesentlig forsinkelse av sakene. Ved visse domstoler kan det være ventetid på opptil ett år før domstolen mottar utredningen, noe som etter mitt syn tilsier en revurdering av reglene om vårdnadsutredning. Nå er det også foreslått visse endringer som bl.a. tar sikte på å påskynde saksbehandlingen.

I Norge er hovedreglen at det skal være to sakkyndige, hvis ikke partene er enige om bare å kreve én, jfr. tvistemålslovens § 239. Dette er ressurskrevende. I Danmark blir det så godt som aldri oppnevnt to. (Svend Danielsen, Skilsmisssagen (1989) s. 392.)

Det er retten som bestemmer de sakkyndiges mandat. De sakkyndige bør ikke nødvendigvis uttale seg om hvem som bør få foreldreansvaret. Deres oppgave skal i første rekke være å utrede hvilke konsekvenser de to alternativene vil få for barnet.

I hvilken utstrekning bør de sakkyndige møte i retten? De sakkyndige selv ønsker normalt ikke dette. Det er imidlertid på det rene at de sakkyndiges utredning i stor utstrekning blir lagt til grunn for dommerens avgjørelse. Rettssikkerhets-

hensyn tilsier da at dommer og advokater blir gitt anledning til å stille spørsmål i retten som nærmere avklarer det grunnlag den sakkyndige bygger sin vurdering på. I hvilken utstrekning det er behov for dette, vil naturligvis avhenge av uttalelsens utforming.

I Norge søker de oppnevnte sakkyndige ofte i første omgang gjennom samtaler å hjelpe foreldrene fram til en minnelig løsning, altså slik at de har en rådgivende funksjon overfor partene. Mange er av den oppfatning at de sakkyndige bør få et uttrykkelig mandat til å forsøke å medvirke til en løsning som partene kan akseptere. På et dommer- og advokatseminar i Oslo i 1988 ble det fremmet ønske om at sakkyndige ble oppnevnt *før* sak ble reist, og at de da hadde en mer rådgivende funksjon.

Også i Sverige vil en „samtalsleder“ som har hatt samarbeidssamtaler med foreldrene, senere få i oppdrag å utarbeide en vårdnadsutredning hvis samarbeidssamtalen ikke fører til en løsning.

Jeg ser det slik at det her skjer en sammenblanding av to svært forskjellige funksjoner, selvom det er samme type sakkyndighet som kreves. Ett er rådgivning med sikte på å hjelpe partene til å komme fram til en avtale, noe annet å gi en utredning til hjelp for dommeren i de tilfelle hvor partene ikke har nådd fram til enighet. Det er grunn til å anta at partene vil opptre annerledes overfor en rådgiver enn overfor en person som skal gi en utredning til dommeren. – Muligens kan problemet avhjelpes ved at partene på forhånd gir samtykke til en eventuell dobbeltrolle.

Når de sakkyndige påtar seg denne rollen som rådgiver, er dette fordi det er et behov for det, og fordi de føler at de i mange tilfelle kan oppnå enighet. Dette behovet kan imidlertid imøtekommes på annet vis, nemlig ved at partene får tilbud om rådgivning, eventuelt at det innføres obligatorisk rådgivning på et relativt tidlig stadium i konflikten. Hvorvidt de sakkyndige rådgivere senere kan benyttes som utredere, blir da et særlig problem hvor man må veie ulempene mot de innsparinger man på denne måten oppnår, både m.h.t. tid og ressurser.

Jeg er enig i det som uttales i Ds 1989:52. Vårdnad och umgänge (s. 41):

„Det framstår också mera allmänt som lämpligast att samarbetsamtalen inte uppfattas som en integrerad del av en utredning om vårdnad eller umgänge utan som en insats inom socialtjänstens ram vid sidan av denna utredning.“

6. Skal barnesakkyndige overta juristens rolle?

Et mer grunnleggende spørsmål er om det i det hele skal være jurister som avgjør barnefordelingsaker. Med jevne mellomrom blir det, særlig fra barnesak-

kyndige, fremhevet at jurister har små forutsetninger for å avgjøre disse spørsmålene i det hele.

Personlig er jeg ikke i tvil om at det bør være en domstol med jurister som avgjør tvister om barnefordeling og samværsrett. Det dreier seg om rettstvister, og kravet til rettssikkerhet kommer inn i bildet. Begge parter – og barnet – må være sikret at alle relevante fakta kommer fram, og begge parter må få full anledning til å legge fram sine synspunkter og imøtegå det motparten har anført. Dette vil best kunne skje ved en domstolsbehandling hvor det kontradiktoriske prinsipp får full anvendelse. Videre kan det også i denne typen saker oppstå kompliserte juridiske spørsmål, og det er juristene som er eksperter i tolkning og anvendelse av rettsregler.

På den annen side krever disse sakene som vi har sett ofte en sakkunnskap som dommere ikke har i kraft av sin utdanning. Hvilken betydning har det for et barn å vokse opp med en forelder av samme kjønn? Hvilken risiko er i et konkret tilfelle forbundet med at barnet bryter opp fra sitt vante miljø for å flytte til et helt nytt sted? Hvor viktig er det i det konkrete tilfelle å holde søskenflokket sammen? Besvarelsen av slike spørsmål krever ikke i første rekke juridisk fagkunnskap. Men her kan juristene trekke inn barnesakkunnskap som hjelp. Det er i og for seg ikke spesielt for barnefordelingssaker at jurister også må vurdere spørsmål som krever annen form for sakkunnskap, men det kan kanskje hevdes at dette gjelder her i sterkere grad enn i de fleste andre typer saker.

Man kan så spørre om ikke de sakkyndige bør trekkes inn i selve avgjørelsesprosessen. Det kan f.eks. tenkes en regel om at retten i barnefordelingssaker skal settes med sakkyndige domsmenn. Det som kan tale mot dette, er især at de sakkyndige som dommere ikke vil få de samme muligheter til å snakke med partene og foreta undersøkelser. På den annen side vil det ikke være mulig for advokaterne å stille spørsmål til de sakkyndige. Også praktiske og ressursmessige grunner taler mot en ordning med sakkyndige domsmenn i alle saker om barnefordeling og samværsrett.

IV. Felles foreldreansvar (gemensam vårdnad)

1. Den rettslige adgang til å gi dom for felles foreldreansvar

Et av utgangspunktene som ble stilt opp innledningsvis, var at et samlivsbrudd i minst mulig utstrekning bør bety et brudd mellom barnet og en av foreldrene. Dette innebærer en målsetting om at begge foreldre skal ha del i foreldreansvaret også etter samlivsbruddet. Det synes lite naturlig og lite ønskelig at de rettslige bånd mellom barnet og den ene av foreldrene skal brytes selv om foreldrene ikke

lenger skal bo sammen. Prinsippet om felles foreldreansvar bygger på det syn at et barn trenger begge sine foreldre, og at begge foreldre bør ha det juridiske ansvar for sine barn også etter et samlivsbrudd. Og som det svenske Justisdepartementet uttaler: „På det hela taget torde det dock råda en betydande enighet om att gemensam vårdnad i det helt övervägande antalet fall är att föredra framför ensam vårdnad.“ (Ds 1989:52, Vårdnad och umgänge s. 49.)

På denne bakgrunn bør felles foreldreansvar være hovedregelen og den løsning som velges i alle tilfelle hvor konfliktene mellom foreldrene ikke er så dype at de overhodet ikke makter å samarbeide om barnet. Det bør etter mitt syn være adgang til å velge felles foreldreansvar også i de tilfelle hvor foreldrene ikke er enige om hvor barnet skal bo eller om den nærmere utforming av samværretten. Disse spørsmål må i så fall avgjøres av domstolene, eventuelt administrativt. Etter mitt syn er dansk og svensk rett for restriktive på dette punkt. Jeg ser ingen god begrunnelse for kravet om at partene må være enige på alle punkter for at felles foreldreansvar skal kunne velges. Det kan meget vel tenkes – og det forekommer hyppig i Norge – at foreldrene ikke kan bli enige om hvor barnet skal bo samtidig som de er fullt ut enige om at de vil ha felles foreldreansvar. Jeg mener videre at det bør være adgang for domstolene til å avsi dom for felles foreldreansvar mot den ene partens ønske, noe det er adgang til etter finsk og norsk rett. Det må selvsagt være en forutsetning at dommeren har tro på at partene vil være i stand til et visst samarbeid. Felles foreldreansvar mot *begge* parters uttrykkelige ønske vil sjelden være aktuelt.

Det foreligger nå et svensk forslag om at föräldrabalken endres slik at domstolen skal kunne bestemme at det skal være felles foreldreansvar også når en eller begge foreldre primært har ønsket foreldreansvaret alene, hvis felles foreldreansvar antas å være best for barnet. Det er en forutsetning at ingen av foreldrene *helt* motsetter seg felles foreldreansvar. Man ønsker altså å åpne muligheten for felles foreldreansvar i de tilfelle hvor foreldrene primært ønsker seg foreldreansvaret alene, men hvor de kan tenke seg felles foreldreansvar som en subsidiær løsning. Det er et spørsmål om det ikke ville være enklere med en regel som gir en generell adgang for domstolen til å bestemme felles foreldreansvar i de tilfelle hvor dette vil være den beste løsning for barnet. Det er for øvrig interessant å merke seg at Justisdepartementet i Ds 1989:52 (s. 89) uttaler at: i mange tilfelle „torde det därför få antas vara best för barnet om den förälder som inte motsätter sig gemensam vårdnad får bli vårdnadshavare“.

2. Det nærmere innhold av felles foreldreansvar

Felles foreldreansvar kan gis forskjellig innhold. I Norden er den vanligste ordning at barnet bor fast hos den ene av foreldrene som da har den daglige omsorg.

I USA er det relativt vanlig at barnet bor like lenge hos hver av foreldrene, altså slik at de også har delt omsorg. Dette er en ordning som de fleste fagfolk – iallfall i Norge – fraråder. Ikke desto mindre er det klart at det finnes en rekke eksempler på slike ordninger som tilsynelatende fungerer meget bra. Det er også åpenbart delte meninger om spørsmålet. I den danske barnekomisjonens betenkning av 1981 (s. 151) heter det bl.a. at barnet ved likedeling opplever et:

„kontinuerlig hverdagsforløb med begge sine forældre og kan bevare kærlighedsforholdet uden voldsomme brud og uden at føle at være blevet svigtet af den ene af forældrene. Barnet oplever, at dets forældre hver for sig kan udfylde alle de funktioner og behov, der i de fleste tilfælde stadig er delt ud på forældrene efter den traditionelle kønsrollefordeling. Barnet oplever forældrene som mere harmoniske i deres forhold til det, dels fordi de følelse-mæssige forventinger til den af forældrene, som barnet ikke bor hos, ikke længere skal opfyldes i løbet af en månedlig weekend, og dels fordi den anden nu får overskud og tid til sig selv.“

Når den ene av foreldrene har den daglige omsorg, må denne kunne ta alle de daglige avgjørelser angående barnet uten å forelegge disse for den andre av foreldrene. Men det kan oppstå tvil om hvilke avgjørelser som må anses som så viktige at begge foreldrene må være sammen om dem. Den norske barnelovens § 34 bestemmer at den andre ikke kan sette seg imot at:

„den barnet bur saman med tek avgjerder som gjeld den direkte daglege omsuta for barnet, m.a. spørsmålet om barnet skal vere i barnehage o.l. Den som barnet ikkje bur saman med fast, kan heller ikkje setje seg mot at den andre flytter med barnet til ein annan stad i landet.“

Den norske regelen løser langt fra alle problemer; det er bl.a. et spørsmål om hva som kan regnes som „avgjerder som gjeld den daglege omsuta“. Regelen har også fått en noe uheldig formulering fordi spørsmålet om barnet skal være i barnehage neppe kan sies å gjelde den daglige omsorgen. Den kan derfor gi grunnlag for uheldige analogislutninger. Begrunnelsen for regelen om barnehage er at dette spørsmålet er så nær knyttet til arbeidssituasjonen til den forelder som har barnet boende, at det er naturlig at han/hun her har enebestemmelsesrett. Det samme gjelder flytting innenfor landets grenser. Alt i alt vil jeg likevel mene at den norske barnelovens § 34 fjerde ledd bidrar til avklaring. Av de spørsmål som helt klart *ikke* hører til den daglige omsorg, er hvilken skole barnet skal gå på, avgjørelser av medisinske spørsmål som vaksinasjoner, ikke-livsnødvendige opera-

sjoner m.m., og i en viss utstrekning fritidssysler f.eks. om barnet skal satse på piano eller ishockey.

V. Prinsipper for avgjørelsen av spørsmålet om foreldreansvar og/eller hvor barnet skal bo

1. Innledning

I dette avsnittet skal drøftes hvilke prinsipper retten skal bygge på ved avgjørelsen i en tvist om foreldreansvaret og/eller hvor barnet skal bo. Dette har direkte betydning bare for de relativt få sakene som kommer opp for domstolene. Så lenge foreldrene er enige, står de fritt i å legge vekt på de momenter de måtte ønske, dog slik at avtalen etter noen av landenes rett må godkjennes av det offentlige.

Her som ellers vil imidlertid rettspraksis ha betydning også for enighetstilfellene for såvidt som foreldrene ofte vil ta mulighetene til å vinne en sak i betraktning når de avtaler en ordning. Rettspraksis vil også ha betydning – på godt og ondt – for hvorledes foreldrene innretter seg etter samlivsbruddet. Det er f.eks. velkjent at den som har barnet boende hos seg, ofte trenerer saken fordi status quo-prinsippet har spilt en så stor rolle i praksis. Videre vil de fleste advokater nå råde sine klienter til å vise imøtekommenhet når det gjelder samværsretten, fordi dette vil bli tillagt vekt ved avgjørelsen av spørsmålet om hvem som skal ha foreldreansvaret.

Utviklingslinjene i barnefordelingssaker i de senere årtier har vært temmelig parallelle i hele den vestlige verden: „Skyld“ for samlivsbruddet har mistet enhver betydning, morens fortrinnsstilling er blitt gradvis svekket, barnets egne rettigheter er blitt styrket. Den nyeste utviklingslinje innebærer en styrkelse av samværsretten og en stadig sterkere vektlegging av prinsippet om størst samlet foreldrekontakt.

Kriteriet for avgjørelsen i barnefordelingssaker er i alle de nordiske land barnets beste. Begrunnelsen for prinsippet er gitt foran. Problemene oppstår når prinsippet skal kvalifiseres nærmere i den konkrete sak. Med jevne mellomrum stilles spørsmålet om loven bør inneholde nærmere retningslinjer for skjønnet over hva som er best for barnet. Eksempler på slike retningslinjer har man særlig i de amerikanske delstaters lovgivning. I Norden har vel den alminnelige oppfatningen vært at en slik oppramsing av retningslinjer ikke er ønskelig, først og fremst fordi hvert enkelt tilfelle må avgjøres konkret og etter en helhetsvurdering. Generelle regler på dette området vil kunne binde dommeren på en uheldig måte.

Jeg vil i det følgende drøfte enkelte av de momenter som særlig ofte blir tillagt vekt av domstolene i barnefordelingssaker.

I denne forbindelse kan det også være nyttig å minne om den begrensede betydning rettspraksis har i denne type saker. Dette gjelder av flere grunner: Det er for det første et helt register av hensyn som kan være relevante i disse sakene, og man vil nesten alltid kunne finne en dom som fremhever de hensyn man ønsker skal være avgjørende. Men resultatet vil avhenge av en nyansert helhetsvurdering av en rekke konkrete forhold, herunder personlige reaksjoner og egenskaper hos de involverte parter. Det vil derfor variere fra sak til sak hvor stor vekt det enkelte moment skal tillegges.

Avgjørelser i denne type saker vil også nødvendigvis måtte avhenge av den enkelte dommers personlige vurderinger og verdinormer. Det er bl.a. grunn til å tro at dommerens innstilling til likestillingsspørsmål vil kunne få betydning i barnefordelingssaker. Dette er også en type saker hvor dommerens egne personlige opplevelser kan få stor betydning.

Et viktig moment er at dommen aldri vil kunne fortelle den hele sannhet. Dommen vil nok også oftest i første rekke være skrevet for den tapende part; det er ikke alltid retten ønsker å gi en detaljert begrunnelse for hvorfor den mener at en part ikke bør ha foreldreansvaret.

2. *Status quo-prinsippet (Risikoen ved miljøskifte)*

Risikoen ved miljøskifte har alltid spilt en stor rolle i norsk rettspraksis i barnefordelingssaker. Det synes imidlertid å ha skjedd en viss oppmykning av prinsippet de senere 10–15 år. Særlig har hensynet til størst samlet foreldrekontakt i en del saker blitt tillagt større vekt. Men hvor dette hensyn ikke kommer inn, vil risikoen ved miljøskifte stadig være et viktig moment. Synspunktet er ofte at hvis barnet trives godt der det bor med den ene av foreldrene, barnehage eller skole, venner, fritidssysler og miljøet rundt, skal det *særlige* grunner til for at barnet skal flyttes. Hvis det dreier seg om små barn, vil først og fremst den personlige tilknytningen bli fremhevet. Risikoen ved miljøskifte er et moment som vil spille en større rolle jo lenger avstanden mellom mor og far er, og desto dårligere kontakten har vært med den av foreldrene barnet ikke bor hos.

Det kan hevdes at det er lite tilfredsstillende å bygge avgjørelsen på status quo-regelen. Det er da en etablert situasjon som blir tillagt vekt, og ikke hvilket alternativ som bortsett fra dette ville være best for barnet. Prinsippet oppmuntrer også til trenering av saken, og gjør at foreldrene blir redde for å gjøre innrømmelser. Dersom barnet er fortrolig med den annen av foreldrene og dennes miljø, vil dette redusere status quo-regelens betydning. Det er derfor også av denne grunn viktig at rettsreglene tar sikte på å styrke barnets kontakt med begge foreldre mens saken pågår. Dette kan eventuelt skje ved midlertidig samværsrett som kan tvangsfullbyrdes.

3. Størst samlet foreldrekontakt

Det synes nå å være alminnelig enighet blant fagfolk om at det er viktig for et barns utvikling at det har et nært og godt forhold til begge sine foreldre selv om foreldrene er i konflikt med hverandre. Som fremhevet av det svenske Justisdepartementet er kontakt med foreldre av begge kjønn av betydning både for barnets indre utvikling og selvfølelse, og for dets sosiale tilpasning. (Ds 1989:52 s. 36.)

Dette forhold må først og fremst få betydning for reglene om samværsrett. Det er imidlertid et faktum at dersom en forelder ønsker hardt nok å hindre samværsrett for den andre, lykkes han/hun som regel i dette. Det er derfor naturlig at barnets behov for kontakt med begge foreldre får betydning også for barnefordelingsspørsmålet. Dette er nå kommet til uttrykk i flere lands lovgivning og rettspraksis. I USA er det lovfestet i flere stater at retten ved vurdering av hva som vil være best for barnet, også skal legge vekt på evnen og viljen til å lette og oppmuntre til kontakt med den andre av foreldrene. I Sverige er det fremlagt et forslag til en ny bestemmelse, § 6a i föräldrabalken kap. 6 som lyder slik:

„Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall rätten fästa avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.“

I kommentarene heter det bl.a. at dersom ikke andre omstendigheter taler for en annen løsning, bør domstolen ikke gi foreldreansvaret til en forelder som er mot at barnet får være sammen med den andre av foreldrene. Dersom dette forslaget blir lov, må man tro at regelen vil få stor betydning. Dette blir da den eneste veiledning loven gir domstolen ved avgjørelsen av hva som er best for barnet.

I norsk rettspraksis fikk vi allerede i 1982 en høyesterettsdom som på et relativt prinsipielt grunnlag lot hensynet til størst mulig samlet foreldrekontakt veie tyngre enn risikoen ved miljøskifte i en sak hvor foreldrene ellers syntes å stå relativt likt. (Jfr. Rt. 1982 s. 116.) Denne dommen har senere vært fulgt opp av flere avgjørelser både i underrettene og i Høyesterett.

Det blir fra tid til annen fremmet forslag om at foreldreansvaret automatisk skal overføres til den annen part dersom den som har foreldreansvaret, saboterer samværsretten. En slik regel har vært avvist fra norsk side og blir det også fra svensk side. Jeg er enig i dette. Det passer ikke med automatikk i slike saker hvor de konkrete forhold alltid må tas i betraktning.

I norsk rett fikk vi imidlertid i 1989 et nytt ledd i barnelovens § 44 om at sabotasje av samværsrett gir grunnlag for å kreve ny avgjørelse av spørsmålet om foreldreansvar eller daglig omsorg. Dette var nok gjeldende rett også før lovendrin-

gen, men det kan være gunstig at det blir sagt uttrykkelig. Det ligger implisitt i bestemmelsen at dette er et moment som vil kunne bli tillagt stor vekt i en avgjørelse om barnefordelingen.

4. *Barnets egen mening*

Det er etter mitt syn klart at barnet må ha en absolutt rett til å uttale seg om hvor det skal bo når det har nådd en viss alder. På den annen side er det uheldig om små barn trekkes inn i saken. Dette kan åpne for påvirkning av barnet som vil kunne være meget skadelig. Barn under en viss alder har heller ikke forutsetninger for å ha en begrunnet oppfatning om dette. Spørsmålet her er om man skal ha faste aldersgrenser, og hvor disse i så fall skal ligge.

Norsk lov slår fast at når barnet er blitt 12 år, skal det få sin mening før det blir tatt avgjørelser som gjelder barnets person, herunder i sak om hvem barnet skal bo hos (barneovens § 31 annet ledd). Det heter videre at barnets mening skal tillegges stor vekt. Denne regelen innebærer at det vil være en saksbehandlingsfeil om barnet ikke får anledning til å si sin mening, en feil som vil føre til at dommen blir opphevet. Hvis barnet er yngre en 12 år, er det opp til dommeren om han vil ha en samtale med barnet. Det er relativt vanlig at dette skjer fra barnet er omkring 10 år. Yngre barn enn dette bør etter mitt syn ikke høres.

Det oppstår også andre tvilsspørsmål i tilknytning til barnets rett til å uttale seg. Fremgangsmåten er et problem. Alle vil antakelig være enige i at barnet ikke bør opptre i retten. Hvis det er oppnevnt sakkyndige i saken, vil det være hensiktsmessig at disse innhenter barnets mening og fremlegge denne for retten. Ellers bør dommeren selv ha en samtale med barnet. En slik samtale stiller store krav til dommeren, jfr. det som er sagt foran i avsnitt III, 4.

Et annet spørsmål er hvorvidt foreldrene og/eller advokatene bør være til stede under samtalene. Min klare oppfatning er at ingen av dem skal være til stede. På den annen side bør innholdet av samtalene ikke være konfidensielt. Det er klart at det for barna kan være et problem at dommeren ikke kan love dem taushet. Men for partene og deres advokater er det viktig å få kjennskap til et så sentralt forhold i saken. Dommeren bør derfor gi partene en kort orientering om samtalen.

5. *Barnets kjønn*

Det synes ikke å være alminnelig enighet blant fagfolk i hvilken utstrekning barnets kjønn bør få noen betydning i barnefordelingsaker. I et vedlegg til pro-

memoriaen fra det svenske Justisdepartementet henviser overlege Carl Göran Svedin til et par undersøkelser av barn og hevder at disse støtter tidligere klinisk erfaring om at barn fra førskolealderen og oppover har behov for å vokse opp med foreldre av samme kjønn. (Ds 1989:52. Vårdnad och umgänge.)

Det er dristig for en jurist å gå imot en slik sakkyndighet. Men en dommer må ta selvstendig standpunkt også til dette spørsmålet. Hvis det er riktig som Svedin sier, bør jo dette få betydning i mange barnefordelingsaker. Personlig er jeg i tvil om hvor meget man kan trekke ut av slike undersøkelser hvor personlige forhold og egenskaper vil spille en så sentral rolle. Man må iallfall tro at hvis det skjer et utstrakt samvær med den annen av foreldrene, vil det ha mindre betydning om det er en av samme kjønn som har foreldreansvaret.

Mitt generelle inntrykk av norsk rettspraksis er at barnets kjønn spiller en rolle i enkelte saker, mens det i andre saker er helt uten betydning. Ikke så helt sjelden forekommer uttalelse som dette i underrettene:

„Lagmannsretten legger forøvrig også som byretten en viss vekt på at C etter hvert blir en ung pike som vil ha spesielt behov for sin mors støtte, hjelp og veiledning.“ (Utrykt dom av Agder lagmannsrett 20. mars 1986.)

Jeg har ikke sett noen norsk høyesterettsdom etter den nye barneloven hvor barnets kjønn er blitt tillagt vekt.

Det kan i denne forbindelse likevel være av interesse å sitere en uttalelse av en sakkyndig (psykolog) i dom av Eidsivating lagmannsrett av 11. mai 1984:

„Det er også grunn til å peke på at C som liten pike bør få mulighet til den vanlige identifisering med en varm, klok og innfølelse kvinne som A er. Hva enn en rolleutforming for en kvinne er i dag, så er det i alle fall en viktig del av den å være hustru og mor, og dette i seg selv innebærer følelser og holdninger som er viktige for piker og kvinner. Under ellers relativt like forutsetninger for foreldrerollen, velger jeg å legge vekt på at kjønnsidentifisering betyr noe i en barnefordelings sak.“

Dette er et utsagn som gir et godt grunnlag for debatt.

6. Adgangen til å ta hensyn til annet enn barnets interesser

Den norske barnelovens § 34 tredje ledd uttaler at avgjørelsen „først og fremst“ skal rette seg etter det som er best for barnet. Et eksempel på at hensynet til hvilken av foreldrene som vil lide det største tap, blir tillagt vekt, er dommen i Rt. 1985 s. 179. Det heter her:

„I en sak som denne hvor begge foreldre ansees vel skikket for å ha omsorgen, er det vanskelig å vurdere hvilken løsning som vil være den beste for C . . . Etter omstendighetene finner jeg derfor å burde se hen til at det må forutsettes å bli et større tap for moren enn for faren ikke å få omsorgen.“

Problemet med å åpne for en adgang til å trekke inn hensynet til foreldrene, er at dette kan gli ut, slik at det går på bekostning av barnets interesser. Videre vil det være meget vanskelig å vurdere hvem av foreldrene som vil lide det største tap ved ikke å få barnet. Alt i alt mener jeg man bør vise stor varsomhet her.

Bør dommeren kunne legge vekt på dommens virkninger fremover, d.v.s. på hensynet til de barn som senere blir gjenstand for en barnefordelings sak? Det er f.eks. ikke tvil om at en dom som legger avgjørende vekt på størst samlet foreldrekontakt, vil ha langt gunstigere virkninger enn en dom som bygger på status quo-prinsippet.

Hensynet til det barn saken gjelder, må ha absolutt fortrinnsrett, her som ellers. Men hvor ingen løsning peker seg ut som den beste for barnet, mener jeg man bør kunne trekke inn dommens virkninger fremover. Jeg har imidlertid ikke sett noe eksempel på dette i rettspraksis, bortsett fra et mindretallsvotum i Rt. 1984 s. 728, hvor det bl.a. heter:

„Under disse forhold virker det etter min mening urettferdig om moren skal tape saken . . . En slik løsning vil etter min mening innebære en utrygghet for ugifte mødre i deres ofte vanskelige situasjon, og vil neppe være egnet til å fremme et samarbeid mellom foreldrene om omsorgsoppgavene.“

Her trekkes inn både rettferdighetsbetraktninger og hensynet til dommens virkninger fremover.

VI. Rådgivning og bistand til foreldrene

Det synes nå å være alminnelig enighet om at det er ønskelig at foreldrene selv finner fram til en løsning i barnefordelings spørsmålet. Samtidig befinner disse seg ved et samlivsbrudd i en slik situasjon at de ofte ikke makter dette. Derfor er det behov for rådgivning og bistand til foreldrene.

I Norge har man kommet forbausende kort på dette området, Danmark og Sverige er kommet betydelig lenger. At man bør utbygge rådgivningstilbudet, er

neppe tvilsomt. Blant de spørsmål som må drøftes i denne sammenheng, er om dette skal være en statlig eller kommunal oppgave, og hvordan det rent praktisk skal ordnes. Et særlig spørsmål er hvorvidt rådgivningen skal være frivillig eller obligatorisk. Det har vært vanlig å hevde at den selvsagt må være frivillig fordi rådgivning som skjer under tvang vil være til liten nytte. Dette innebærer en forenkling av problemet. Hvis ordningen gjøres fullt ut frivillig, vil det være mange som ikke benytter seg av tilbudet selv om de kunne hatt god nytte av det.

I Sverige foreligger nå et forslag om at retten i en sak om barnefordeling eller samværsrett kan pålegge sosialnemnden eller et annet organ å få i stand en såkalt „samarbetsamtal“ med sikte på å nå fram til enighet mellom foreldrene. Retten kan gi oppdrag om samarbeidssamtaler selvom foreldrene ikke ber om det, og også om foreldrene er skeptiske til en slik samtale. Foreldrene skal imidlertid ikke ha noen sanksjonert plikt til å delta i samtalen. Det forutsettes at slike samarbeidsavtaler skal være det normale. Bare hvis domstolene må regne med at de ikke vil ha noen hensikt, skal de unnlate å initiere samtalen. Samtidig fremlegges det forslag om at alle kommunene pålegges å ha et tilbud om samarbeidssamtaler.

Jeg mener man her har funnet fram til et meget godt kompromiss mellom frivillig og obligatorisk ordning. Det er viktig at samarbeidssamtalen, eller en annen form for rådgivning, blir et normalt ledd i prosedyren.

Muligens vil det også være ønskelig med et privat tilbud som supplement til det offentlige. I USA er „mediation“ blitt et hyppig benyttet tilbud i denne type saker. Det finnes en rekke forskjellige modeller for „mediation“ i USA, og det er både advokater og barnesakkyndige som driver med det. I visse tilfelle arbeider psykologer og advokater sammen. – Det er delte meninger om „mediation“ og om hvorledes den bør utføres. Kritikken gjelder særlig at en av partene kan bli overtalt til løsninger de egentlig ikke ønsker og som de ikke kan leve med. Til dels synes kritikken også å dreie seg om en kamp mellom profesjoner. Uansett vil „mediation“ i mange tilfelle hvor en rettssak hadde vært alternativet, kunne hjelpe partene til en raskere og billigere løsning som også er til barnets beste.

VII. Adgang til gjenopptakelse m.m.

Det er flere temaer som kunne ha vært tatt opp og som burde drøftes. Et spørsmål av viktighet er hvorledes avgjørelser i disse sakene skal tvangsgjennomføres. De største problemene i denne forbindelse oppstår imidlertid i saker om samværsrett. Avgjørelser om hvor barnet skal bo, vil normalt være en engangsoperasjon. Det tilsier at man kan benytte mer drastiske metoder for å få gjennomført avgjørelsen.

Internasjonale saker reiser særlige problemer. Her er man nå i ferd med å få internasjonale konvensjoner som kan løse noen av problemene.

Hensynet til barnets beste tilsier at en avgjørelse om foreldreansvar og/eller hvor barnet skal bo, ikke kan være rettskraftig på samme måte som andre dommer. Det viktigste er hele tiden barnets beste. Hvis den første avgjørelsen viser seg å være uheldig for barnet, må det være adgang til å ta saken opp på nytt. På den annen side ser man ikke sjelden at denne adgangen til å ta saken opp på nytt, blir misbrukt. Noen foreldre holder det gående i årevis med forskjellige typer rettslige skritt, noe som kan være til stor skade for barnet. Det er vanskelig å se hvordan man kan unngå dette. Advokatene har imidlertid en viktig oppgave i denne forbindelse. I en avgjørelse i Rt. 1983 s. 535 uttaler Høyesteretts kjæremålsutvalg at domstolene ikke kan avvise et saksanlegg med den begrunnelse at de påberopte grunner åpenbart ikke kan føre fram. Kjæremålsutvalget uttaler videre at ubegrunnede søksmål må søkes motvirket gjennom saksomkostninger og eventuelt rettergangsboeter. Spørsmålet er om domstolene er flinke nok til å benytte disse midler.

VIII. Avslutning

Det viktigste som har skjedd i saker om foreldreansvar i de senere år, er etter mitt syn aksepten for at et barn trenger både sin far og sin mor. Dette har først og fremst fått sitt uttrykk i gjennomslaget for felles foreldreansvar. Men man ser det også i domstolenes vektlegging av prinsippet om størst samlet foreldrekontakt, i den nye norske regelen om at hindring av samværsrett gir rett til å kreve ny avgjørelse av spørsmålet om foreldreansvar eller hvor barnet skal bo, og man ser det i det svenske lovforslaget hvor det presiseres at man ved vurderingen av barnets beste skal legge vekt på barnets behov for en nær og god kontakt med begge foreldre. I allfall i norsk rett har det også skjedd en styrkelse av samværsretten, særlig for ugifte fedre.

Tempoet i denne utviklingen har vært forskjellig i de nordiske land. Jeg er overbevist om at man her befinner seg på en riktig vei, og at de land som ligger etter i utviklingen, bør vurdere å endre sine regler på enkelte punkter.

Jeg ser det slik at det i realiteten er iferd med å skje en totalomvendning i utgangspunktet for disse sakene. Tidligere var den store hovedregel at en skilsmisse også innebar en skilsmisse mellom barna og den ene av foreldrene. Så foretok man gradvis visse unntak fra denne hovedregelen, først og fremst ved en innrømmelse av samværsrett for den av foreldrene som ikke bodde sammen med barnet. Det riktige utgangspunkt, og det som nå er i ferd med å bli etablert, er at

det rettslige og faktiske forhold mellom barnet og *begge* foreldrene i størst mulig utstrekning skal være det samme etter samlivsbruddet som før. Det er ikke mellom barnet og en av foreldrene skilsmissen finner sted. Så får man gjøre de unntak fra hovedregelen som er helt nødvendige fordi barnet ikke lenger kan bo sammen med begge foreldre samtidig.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Lars Pehrson, Anders Victorin og Nils Mattson

Internationale virksomhedsover-
dragelser og etableringer.
Konkurrence – arbejds- og skatteret
i nordiske og europæiske forhold

Internationella företagsförvärv och -etableringar – konkurrens-, arbets- och skatterätt i nordiska och europeiska förhållanden

Konkurrensrätt

Av docent LARS PEHRSON, Sverige.

Ett företag som önskar utvidga sin verksamhet till ett land där företaget inte tidigare har varit verksamt kan göra det på flera olika sätt:

- genom att starta en filial.
- genom att bilda ett dotterföretag.
- genom att köpa upp aktierna i ett redan existerande bolag samt
- genom att köpa ut rörelsen (inkrämet) i ett redan existerande företag.

Skulle företaget inte vara intresserat av eller inte kunna investera så stora belopp som något av dessa alternativ kräver kan företaget kanske i stället välja att teckna ett samarbets- eller licensavtal med ett bolag i det ifrågavarande landet.

Oavsett vilket av de fyra förstnämnda alternativen som ett företag väljer kan olika etableringsrättsliga problem uppkomma, eftersom det är vanligt förekommande att nationell lagstiftning uppställer villkor för utländska rättssubjekts rätt att driva näring. Dessutom kan formellt neutrala etableringsrättsliga regler, dvs regler som i samma utsträckning är tillämpliga både på utländska och inhemska företag, inte så sällan vara svårare att uppfylla för utländska företag.

Om ett utländskt företag väljer att etablera sig i ett land genom att köpa upp aktierna eller inkraemet i ett redan existerande bolag aktualiseras ibland konkurrensbegränsningsrättsliga regler om företagsförvärv. Dessa regler baserar sig i allmänhet på tanken att innehavet av en starkt dominerande ställning på marknaden ofta medför att konkurrensen begränsas.¹

Redan här kan det vara på sin plats att påpeka att de etableringsrättsliga respektive konkurrensbegränsningsrättsliga reglerna delvis verkar i helt motsatta riktningar. De konkurrensbegränsningsrättsliga reglerna syftar till att säkerställa

¹ Se t ex diskussionen i betänkandet Ny konkurrensbegränsningslag, SOU 1978:9 s 78 ff. 291 ff.

att det råder en effektiv konkurrens på marknaden.² Olika etableringsrättsliga regler å sin sida fyller vitt skilda syften, t ex ordnings- och säkerhetsskäl. Oavsett vilket huvudsakligt syfte som en viss etableringsbegränsande regel har kan det emellertid knappast ifrågasättas att den kan ha en viss konkurrensbegränsande effekt genom att försvåra olika företags tillträde till marknaden.

Den fortsatta framställningen är disponerad på följande sätt. Som avsnitt 1 följer en redovisning av olika etableringsrättsliga regler som kan få betydelse när ett företag från ett land önskar etablera sig i ett annat. Först behandlas sådana regler som enbart tar sikte på utländska rättssubjekt, avsnitt 1.1, och därefter regler som formellt är neutrala men som i praktiken är svårare att uppfylla för utländska rättssubjekt, avsnitt 1.2. Den andra huvudavdelningen, avsnitt 2 behandlar konkurrensbegränsningsrättsliga regler om förvärvskontroll. Framställningen avslutas med en sammanfattning och några diskussionspunkter, se avsnitt 3.

1. Etableringsrätt

1.1 Utländska rättssubjekts etablering

Regler som begränsar eller försvårar utländska rättssubjekts möjligheter att driva näring finns i många industriländer. Reglerna varierar dock ofta starkt till sin uppbyggnad och närmare inriktning. De flesta regler torde emellertid kunna hänföras till endera av följande huvudgrupper:

- a. Regler enligt vilka utländska rättssubjekt över huvud taget inte får driva näring utan särskilt tillstånd.
- b. Regler enligt vilka vissa utländska rättssubjekt endast får bedriva verksamhet i viss associationsform eller liknande.
- c. Regler enligt vilka utländska rättssubjekt inte får bilda bolag eller förvärva vissa aktier, ibland benämnda bundna.
- d. Regler enligt vilka utländska rättssubjekt utan tillstånd varken helt eller delvis får förvärva redan existerande inhemska rättssubjekt.
- e. Regler enligt vilka utländska rättssubjekt inte får förvärva fast egendom utan tillstånd.
- f. Regler enligt vilka utländska rättssubjekt inte får föra in eller ut valuta utan tillstånd.

En regel av typ a. finns bl a i Sverige. Där gäller att utlänningar och utländska företag endast får driva näring i den utsträckning och under de villkor som gäller enligt 1968 års lag om rätt för utlänning och utländskt företag att idka näring här i

² Se t e x a a s 181 f.

riket, se dess 1 §. Undantag gäller dock dels för fysiska personer som är medborgare i något annat nordiskt land eller som har permanent uppehållstillstånd i Sverige, 3 §, dels, i fråga om vissa uppräknade näringar bl a jordbruk och fiske, för utlänningar som är bosatta i Sverige. Några motsvarande undantag finns dock inte såvitt gäller utländska juridiska personer, utan de måste alltid ha tillstånd.

Något motsvarande tillståndskrav finns inte i Danmark. På så sätt görs dock även i Danmark en skillnad mellan inhemska och utländska rättssubjekt som att den lagstadgade näringsfriheten endast gäller danska medborgare och medborgare med hemvist i Danmark, se 1 och 2 §§ näringsloven.

För juridiska personer gäller i vissa länder därutöver att de endast får driva näring i viss "associationsform". I Sverige t ex gäller att ett utländskt företag som vill driva näring måste göra det i form av en filial. 16 § lagen om rätt för utlänning och utländskt företag att driva näring här i riket.³ Den form för företagande som etableringslagstiftningen föreskriver uppfattas inte så sällan som föga attraktiv från företagets sida. Resultatet har då blivit att utländska företag etablerar sig genom att bilda dotterbolag. Dessa anses då som inhemska rättssubjekt och träffas därför inte av kravet på viss "associationsform".

Möjligheterna för utländska företag att bilda dotterbolag kan dock vara begränsade av andra regler. För det första kan det uppställas krav på att utländska rättssubjekt inte får bilda inhemska bolag. För det andra kan utländska rättssubjekts möjligheter att förvärva aktier i nationella bolag begränsas. Föreskrifter om att inte alla stiftarna får vara utländska rättssubjekt finns i alla de nordiska länderna.⁴ För utländska företag medför dessa restriktioner att möjligheten att bilda ett dotterbolag kan vara utesluten såvida inte dispens kan erhållas från restriktionerna. Dispenser torde dock regelmässigt erhållas.

Vid sidan om de nationalitetskrav som ställs på stiftare i aktiebolag gäller i Sverige också att utländska rättssubjekt⁵ inte får förvärva vissa aktier, sk bundna aktier, se 17 kap aktiebolagslagen.

Med bundna aktier avses aktier vilka enligt ett förbehåll i aktiebolagets bolagsordning inte vare sig genom teckning eller överlåtelse får förvärfvas av utländska

³ Regler om filialer finns också i Danmark och Norge men där råder inget tvång för en utländsk juridisk person att driva näringsverksamhet i form av en filial.

⁴ I Danmark skall minst två stiftare vara inhemska rättssubjekt såvida inte industriministeriet medgivit undantag, 3 § aktieselskabsloven, i Finland skall stiftaren eller stiftarna vara i Finland bosatta nordiska medborgare, 2:1 aktiebolagslagen, i Norge skall minst hälften av stiftarna bo eller ha bott i Norge under de senaste två åren om inte undantag meddelas, 2:1 aksjeselskapsloven (kravet på bosättning i Norge gäller inte för nordiska medborgare) och i Sverige skall stiftaren eller stiftarna vara svenska rättssubjekt (fysiska personer skall också vara bosatta här) såvida inte undantag har medgivits, 2:1 ABL.

⁵ Även vissa andra rättssubjekt är uteslutna, se närmare 17:1 aktiebolagslagen.

rättssubjekt och sådana typer av svenska rättssubjekt där det utländska inflytandet kan bli stort, se närmare 17:1 aktiebolagslagen. Vanligen har förbehållet en sådan utformning att utländska rättssubjekt och andra sk kontrollsubjekt endast får förvärva så många aktier i bolaget att deras sammanlagda innehav understiger fyrtio procent av aktiekapitalet och tjugo procent av röstetalet, 4 § lagen om utländska förvärv av svenska företag. Det råder dock inte något tvång för svenska aktiebolag att ha en viss andel bundna aktier, utan alla kan vara fria och således få förvärvas av utländska rättssubjekt. Konsekvensen härav blir "endast" att bolaget, trots att det är ett svenskt rättssubjekt, behandlas som ett kontrollsubjekt.

Även i Finland finns möjlighet att i ett aktiebolags bolagsordning inta bestämmelser som begränsar utländska rättssubjekts möjlighet att förvärva aktier även om man där inte använder benämningarna bundna och fria aktier, se 2:2 aktiebolagslagen och 3 § lagen om utlänningars och vissa sammanslutningars rätt att äga och besitta fast egendom. I sistnämnda stadgande föreskrivs bl a att utländska rättssubjekts rätt att förvärva aktier i ett bolag kan begränsas en femtedel eller, efter statsrådets tillstånd, två femtedelar.

Några motsvarande uttryckliga regler rörande rätten att i en bolagsordning ta in bestämmelser som hindrar utländska rättssubjekt från att förvärva aktier saknas däremot i dansk och norsk rätt.

I Sverige kompletteras aktiebolagslagens regler om bundna och fria aktier av reglerna i lagen om utländska förvärv av svenska företag. Enligt denna lag får utländska företag och andra kontrollsubjekt inte utan tillstånd för varje enskilt fall förvärva så många aktier i svenska aktiebolag att genom förvärvet förvärvarens andel av aktiekapitalet eller röstetalet i bolaget kommer att överskrida något av gränsvärdena tio, tjugo, fyrtio eller femtio procent, 7 § lagen om utländska förvärv av svenska företag. Tillstånd krävs dock inte vid teckning i samband med ett aktiebolags bildande, utan då gäller enbart aktiebolagslagens ovan nämnda bestämmelser, 2 §. Inte heller gäller bestämmelserna förvärv av mindre företag, 2 §. Kravet på förvärvstillstånd gäller dock, i motsats till en ganska vanligt förekommande missuppfattning, även förvärv av fria aktier. Vidare krävs alltid tillstånd vid förvärv av andelar i svenska handelsbolag och vid förvärv av ägande- eller nyttjanderätt till rörelse som drivs i Sverige.

I en hösten 1989 publicerad departementspromemoria, Ändrade regler om utländska företagsförvärv, Ds 1989:57, föreslås vissa liberaliseringar av dessa regler. Bl a föreslås att tillståndsvänget skall ersättas med ett anmälningssystem. Utländska rättssubjekt skall således enbart vara skyldiga att anmäla förvärv av svenska företag och om myndigheterna inte ingriper inom viss tid efter anmälan är förvärvet giltigt.

Även i Finland finns regler som i praktiken begränsar utländska rättssubjekts möjligheter att förvärva aktier i finska aktiebolag. När "allmän fördel" så kräver

kan nämligen statsrådet som villkor för att registrera ett aktiebolag eller vissa ändringar i ett aktiebolags bolagsordning föreskriva att utlänningar endast får äga högst en viss andel av aktierna i bolaget. 3 §. 2 mom lagen om utlänningars rätt att äga och besitta fast egendom och aktier. Den tillåtna andelen är numer 20 % av aktierna. eller efter tillstånd från statsrådet. 40 %, 3 § 1 mom nämnda lag.

Motsvarighet till nu redovisade svenska och finska regler saknas i Danmark och Norge.

De regler som begränsar utlänningars rätt att förvärva aktier i inhemska bolag kompletteras i Sverige med en regel enligt vilken ett utländskt rättssubjekts förvärv av en större svensk rörelse (dvs ett inkräm) är tillståndspliktigt. 2 § om utländska förvärv av svenska företag m m.⁶ Någon motsvarande generell regel synes dock inte finnas i något av de övriga nordiska länderna.

Bestämmelser som begränsar utländska företags möjlighet att förvärva fast egendom finns däremot i alla de nordiska länderna.⁷ Vissa skillnader råder dock mellan länderna. I Sverige och Finland gäller att förvärv av fast egendom är beroende av tillstånd.⁸ Så är också fallet i Danmark. se 1 § lov om erhvervelse af fast ejendom, men de danska reglerna omfattar inte förvärv av rättssubjekt från EGländerna. I Norge gäller i stället att även inhemska rättssubjekts förvärv är tillståndspliktiga.

I Sverige och Finland kompletteras ovan nämnda rent etableringsrättsliga regler av bestämmelser om kontroll av in- och utförelse av valuta. I Danmark däremot finns endast regler om anmälan av vissa transaktioner, se bekentgørelsen om valutaforhold. Dessa svenska och finländska regler har dock avsevärt liberaliserats under senare år. De får också sägas ligga utom ramen för det ämne som denna uppsats skall behandla och kommer därför inte att beröras i det följande.

Vad som ovan anförts tar endast sikte på regler som gäller för alla företag oavsett på vilket område de är verksamma. Därutöver finns emellertid ett antal bestämmelser som bara tar sikte på vissa verksamhetsområden och ytterligare begränsar utländska rättssubjekts möjligheter till marknadstillträde. Exempel på

⁶ Som större anses rörelser vars nettovärde enligt fastställd balansräkning överstiger 100 basbelopp (knappt SEK 30 milj) och som har mer än tio anställda. Gränsen har nyligen förslagits höjd till 500 basbelopp och 50 anställda. se Ändrade regler om utländska företagsförvärv. DS 1989:57.

⁷ Se för dansk rätts del lov om erhvervelse af fast ejendom, för finsk rätts del 1 § i lagen om utlänningars och vissa sammanslutningars rätt att äga och besitta fast egendom för norsk rätts del i första hand loven om konsesjon og om forkjøpsrett for det offentlige ved erhverv av fast ejendom samt för svensk rätts del lagen om utländska förvärv av fast egendom.

⁸ Även avtal som ger upphov till besittning av fast egendom som varar längre än två år är tillståndspliktiga i Finland. se 1 § lag om utlänningars samt vissa sammanslutningars rätt att äga och besitta fast egendom och aktier.

verksamhetsområden där särskilda etableringsregler gäller är bank- och försäkringsverksamhet samt gruvdrift.

1.2 Etableringsregler som är tillämpliga på både in- och utländska rättssubjekt

I alla industriländer finns ett större eller mindre antal statliga och privata etableringshinder som är tillämpliga på såväl inhemska som utländska rättssubjekt. Även om antalet sådana hinder är stort i många länder, är dock tendensen minskande.

Även en etableringsregel som formellt inte diskriminerar utländska rättssubjekt är inte så sällan svårare att leva upp till för dessa än för inhemska rättssubjekt. För vissa typer av verksamheter råder som bekant rättsliga monopol.⁹ Det torde vara mycket sällsynt att ett utländskt rättssubjekt ges möjlighet att driva en verksamhet som skyddas av ett rättsligt monopol.

Andra verksamheter kräver att dess utövare uppfyller vissa kvalifikationskrav, som ofta går ut på att utövarna skall ha viss utbildning. Detta gäller t ex för läkare, tandläkare, revisorer och advokater. Det säger sig självt att det normalt är lättare för inhemska rättssubjekt än för utländska att uppfylla krav på viss nationell examen. För många yrkeskategorier jämställs visserligen in- och utländska examina. Detta gäller dock även långt ifrån generellt.

1.3 EG-interna etableringsregler samt EFTA-företags etablering inom EG och vice versa

En grundläggande princip i Romfördraget (RomF) är non-diskrimineringsprincipen som ger uttryck åt ett generellt förbud mot varje form av diskriminering, se närmare art 7 RomF.¹⁰ Non-diskrimineringsprincipen konkretiseras i ett flertal bestämmelser i Romfördraget, däribland bestämmelserna om etableringsfrihet. Där föreskrivs bl a att varje rättssubjekt från en medlemsstat har rätt att starta och driva självständig förvärvsverksamhet, inklusive att bilda och driva bolag, på samma villkor som etableringslandets egna rättssubjekt, art 52, st 2 RomF. EG-domstolen har givit förbudet mot diskriminerande etableringshinder en vidsträckt tolkning.

⁹ Oftast tänker man vid rättsliga monopol på verksamheter som post, tele och järnvägstrafik. I Sverige råder dock även rättsliga monopol för bl a fondbörsverksamhet och passagerartrafik till sjöss till och från Gotland.

¹⁰ Se om principen ingående, Sundberg-Weitman, Nondiskriminering i EEC, Sthlm 1973.

Ett för jurister närliggande illustrativt exempel är domen rörande den belgiske advokaten Thieffry.¹¹ Denne hade doktorerat i Louvain och sedan varit verksam som advokat i Bryssel. Under en tid hade Thieffry också arbetat som assistent åt en barrister i London. Thieffry planerade därefter att starta verksamhet i Paris. Han införskaffade dels ett intyg från Sorbonne som utvisade att hans belgiska doktorsexamen motiverade en fransk licentiatexamen, dels erforderligt bevis om att han hade de kunskaper som krävs för att kunna praktisera som advokat i Frankrike. Därefter ansökte Thieffry om inträde i det franska advokatsamfundet. Ansökan anslogs emellertid med motiveringen att Thieffry inte hade någon fransk examen. Thieffry överklagade beslutet till domstol som i sin tur begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen. Denna ansåg att det stred mot art 52 RomF att hindra en person som dokumenterat hade erforderliga kunskaper för att kunna vara verksam som advokat från att göra detta enbart för att personen ifråga inte hade någon inhemska examen.

Av det anförda följer att etableringshinder av den typ som redovisats ovan i avsnitt 1.1 är förbjudna medlemsstaterna emellan.

Däremot har EG-domstolen ansett att etableringshinder som formellt är neutrala men som ändå har diskriminerande verkan inte omfattas av förbudet i art 52 RomF.

Från praxis kan nämnas mål 221/85.¹² Kommissionen angrep där nationella belgiska regler enligt vilka alla ägare av och högre anställda vid privata laboratorier verksamma inom det farmaceutiska området måste vara läkare eller apotekare. Kommissionen gjorde gällande att dessa regler i praktiken omöjliggjorde för utländska laboratorier att bilda dotterbolag i Belgien. EG-domstolen fann emellertid att reglerna inte stred mot art 52 RomF, eftersom de träffade in- och utländska rättssubjekt lika.

Art 57 i Romfördraget bemyndigar EG-myndigheterna att utfärda olika rättsakter för att säkerställa den fria etableringsrätten. Ett ganska stort antal direktiv har också utfärdats.

De nordiska EFTA-ländernas frihandelsavtal med EG¹³ innehåller inte några etableringsrättsliga regler. Om t ex ett svenskt företag vill etablera sig i Västtyskland måste därför det svenska företaget uppfylla alla de föreskrifter som i Västtyskland uppställs för att ett utländskt företag skall få etablera sig där. Företag från något EFTA-land jämföras således i etableringshänseende med företag från länder som inte har någon form av avtal med EG, t ex med amerikanska eller japanska företag. Omvänt gäller också att ett västtyskt företag som önskar etablera sig i Sverige måste ha alla de tillstånd som redogjorts för ovan i avsnitt 1.2.

Avsaknaden av etableringsregler framstår som en av de allvarligaste bristerna i EG-EFTA-avtalen. Det framstår också som närmast självklart att om EFTA-

¹¹ Mål 71/76, (1977) E.C.R. 765.

¹² (1987) E.C.R. 719, Commission v. Belgium.

¹³ Formellt har EFTA-staterna ingått två avtal med de europeiska gemenskaperna, ett med EEC och ett med CECA.

ländernas förhandlingar med EG-kommissionen om ett fördjupat samarbete inom ett European Economic Space (EES) leder till framgång, regler om etableringsfrihet inom EG för företag med säte inom EFTA och vice versa måste införas. Det är då rimligen inte heller möjligt för de nordiska EFTA-länderna att uppställa för utländska företag diskriminerande etableringsreglerna sinsemellan.

2. Konkurrensbegränsningsrätt

2.1 Allmänt

Större företagsförvärv har inte så sällan setts med oblida ögon av de konkurrensvårdande myndigheterna. Detta gäller oavsett om det har varit fråga om aktie- eller inkrämsförvärv. Från konkurrensbegränsningsrättslig synpunkt synes valet mellan dessa båda alternativ ha uppfattats som en teknisk fråga som primärt har bestämts av skattesynpunkter. I allmänhet synes de konkurrensvårdande myndigheterna inte heller ha fäst någon vikt vid om förvärvaren har varit ett inhemskt eller utländskt företag.

Det finns naturligtvis en mängd olika skäl till varför ett företag önskar förvärva ett annat företag.¹⁴ En mycket viktig orsak är att förvärvaren önskar öka sin marknadsandel. Detta kan i sin tur medföra stordrifts- och rationaliseringsfördelar samt synergieffekter. Själva storleken i sig kan också ge upphov till större ekonomisk makt. Inom vissa branscher förefaller även storleken i sig attrahera kunderna. När förvärvet avser ett företag som är verksamt i en annan bransch än köparen kan förvärvet också vara fördelaktigt ur riskspridningssynpunkt.¹⁵

Företagssammanslagningar kan således ha flera fördelar såväl för de inblandade företagen som för samhällsekonomin i stort. De konkurrensvårdande myndigheterna har självfallet aldrig heller gjort gällande att företagsförvärv i sig skulle vara icke-önskvärda. Tvärtom är företagsförvärv nödvändiga för att uppnå effektiva företag.

Det anförda hindrar emellertid inte att ett företagsförvärv i det enskilda fallet kan medföra vissa konkurrensbegränsande effekter. Vilka dessa är beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Att horisontella förvärv, dvs då ett företag köper upp en konkurrent, kan medföra en konkurrensbegränsning är lätt att inse. Särskilt gäller naturligtvis detta om det är de två dominerande aktörerna som går samman och därefter i praktiken får en ensamställning. Därmed är självfallet inte

¹⁴ Se till det anförda t ex Harding, *Kontroll av företagssammanslagningar*, 1982 41 ff.

¹⁵ Till det anförda kommer sådana skäl på säljarsidan som att de gamla ägarna inte längre önskar eller anser sig kunna driva ett företag vidare.

¹⁶ SO197 249 ff. 359 f. 399 f. prop 1981/82 s 63, 95 f. 257 f.

sagt att alla horisontella företagsförvärv är konkurrensbegränsande. En sammanslagning av två företag med suboptimal storlek kan i stället förstärka konkurrensen.

Vid vertikala förvärv, dvs då en producent köper en leverantör eller en producent köper en grossist eller vice versa, är situationen något annorlunda. De inblandade företagens marknadsandelar ökar då inte. Däremot kan ett sådant förvärv få till följd att en leverantör inte längre levererar till andra producenter av konkurrerande produkter eller att en grossist upphör att sälja sådana produkter.

Effekterna av diagonala förvärv, t ex då en producent köper en grossist som handlar med helt andra typer av produkter än de producenten tillverkar, s k konglomeratsammanslagningar, är knappast möjligt att mer generellt uttala sig om. Huvudsakligen torde en sådan ny grupps möjligheter att begränsa konkurrensen fordra att gruppen har mycket stora ekonomiska resurser vilka bl a kan ha en avhållande effekt på potentiella konkurrenters marknadstillträde. Det har också framförts att starka konglomerat ger möjlighet till underprissättning genom att de förluster som uppstår hos en del av konglomeratet kan täckas av vinster hos andra.

I ett internationellt perspektiv är de flesta nordiska företag relativt små. Ofta behöver de vara större för att kunna konkurrera på världsmarknaden. Detta medför att företagsförvärv mellan nordiska företag jämförelsevis sällan torde ge upphov till några konkurrensbegränsningar. I samma riktning talar också att de nordiska länderna i mycket stor utsträckning är öppna för importkonkurrens.

2.2 Möjligheterna att ingripa mot företagsförvärv i Norden

Av de nordiska länderna är det endast Sverige och Norge som har uttryckliga regler enligt vilka företagsförvärv kan förbjudas. De svenska reglerna finns i 5 § konkurrenslagen (KL). Där stadgas att om en konkurrensbegränsning med skadlig verkan består i att en näringsidkare genom att göra ett visst företagsförvärv får eller förstärker en dominerande ställning på marknaden skall marknadsdomstolen söka förhindra den skadliga verkan genom förhandling. Endast om saken är "av särskild vikt från allmän synpunkt" får förhandlingen syfta till att näringsidkaren skall avstå från förvärvet, 5 § KL. För det fall förhandlingen inte skulle leda till att den skadliga verkan undanröjs kan marknadsdomstolen förbjuda förvärvet, se närmare 6 § KL. Ett sådant beslut blir dock bara gällande mot näringsidkaren om regeringen fastställer det, 7 och 8 §§ KL.

Endast företagsförvärv som medför att förvärvaren får eller förstärker en marknadsdominerande ställning omfattas således av kontrollen. Däremot är det inte nödvändigt att något av de företag som är involverade i förvärvet har en

dominerande ställning redan före förvärvet. Vid bestämmandet av om ett företag har eller får en dominerande ställning kan en stor mängd olika faktorer få betydelse, bl a marknadens geografiska utbredning, de ifrågavarande varornas substituerbarhet och företagets allmänna ekonomiska styrka.¹⁶ Departementschefen anförde uttryckligen att en marknadsandel överstigande 50 % inte är nödvändig för att en marknadsdominerande ställning skall kunna föreligga.¹⁷ En effekt av dominanskriteriet är att diagonala förvärv (konglomeratsammanslagningar) regelmässigt faller utanför förvärvskontrollen.

En annan förutsättning för att ingrepp mot företagsförvärv skall kunna ske är att förvärvet medför skadlig verkan. Härmed avses att förvärvet skall leda till en konkurrensbegränsning som på ett sätt som är otillbörligt från allmän synpunkt

- påverkar prisbildningen.
- hämmar effektiviteten inom näringslivet eller
- försvårar eller hindrar annans näringsutövning, 2 § KL.

Det räcker således att otillbörlighetsrekvisitet och ett av de tre effektkriterierna är uppfyllda.

Reglerna om förvärvskontroll är tillämpliga oavsett om förvärvet består av aktier, handelsbolagsandelar, rörelser eller delar av rörelser, 5 §, 2 st. Det torde inte heller krävas att alla aktier i ett bolag överläts eller, när det är fråga om överlåtelse av en rörelse eller del av rörelse, att hela äganderätten till rörelsen övergår. Däremot fordras naturligtvis att en så stor andel övergår att förvärvaren får ett bestämmande inflytande över det uppköpta företaget.¹⁸

Förvärvskontrollen avser företag som driver verksamhet inom Sverige, 5 §, 1 st KL. Även utländska företag som uppfyller detta krav omfattas således i princip av lagen. Vidare saknar det betydelse om det förvärvande företaget är svenskt eller inte. Rent teoretiskt skulle därför ett utländskt företags förvärv av ett annat utländskt företag som driver näring i Sverige kunna omfattas av kontrollen. Detta står också i överensstämmelse med uppfattningen att konkurrenslagen i princip är tillämplig på alla konkurrensbegränsningar som har verkan inom Sverige.¹⁹ En annan sak är att denna princip av folkrättsliga skäl inte kan upprätthållas helt. Det står ju dessutom klart att det i allmänhet skulle vara omöjligt att verkställa ett beslut av marknadsdomstolen om att förbjuda en sammanslagning mellan två utländska företag.

Det finns ingen allmän skyldighet att anmäla företagsförvärv, utan det an-

¹⁶ SOU 1978:9 s 249 ff, 359 f, 399 f, prop 1981/82 s 63, 95 f, 257 f.

¹⁷ Prop 1981/82 s 257.

¹⁸ SO197 342 ff, Bernitz, Svensk marknadsrätt 2 uppl 1986 s 93 f. Se från praxis MD 1989:18, Esselte.

¹⁹ Se prop 1981/82:165 s 172 ff.

kommer på näringsfrihetsombudsmannen (NO) att på eget initiativ undersöka förvärv när han finner så vara påkallat. I samband med en sådan undersökning kan dock NO begära att få in de uppgifter som behövs för prövning av förvärvet, 26 § KL. Vidare har en part i ett företagsförvärv rätt att anmäla ett förvärv, följer av 20 § KL. Fördelen från företagets sida med att frivilligt anmäla ett förvärv är att NO då "snarast" måste besluta om han skall undersöka förvärvet eller om han skall lämna det utan åtgärd. Om NO väljer det senare alternativet kan han där- efter i princip inte ångra sig, 20 §, 2 st KL.

NO har sedan reglerna om kontroll av företagsförvärv trädde i kraft 1983 granskat ca 15-25 ärenden per år. Antalet ärenden synes vara ökande. Av ärendena är det dock endast två som har prövats av marknadsdomstolen, MD 1986:23, Alcro och MD 1989:19, Esselte.²⁰ Förvärvet ansågs inte i något av dessa båda fall strida mot 5 § KL.

MD 1986:27 avser en överenskommelse mellan färgbolagen AB Wilh. Becker, Wilh. Becker-Intressenter AB samt AB Alfort & Cronholm om att i ett gemensamt bolag, Alcro-Beckers, sammanföra sina verksamheter inom sektorn konsument- och yrkesmålerifärger. Samgåendet innebar att inköp, produktion, forskning och utveckling samt transporter till detaljhandeln skulle samordnas. En huvudfråga i målet var om Alcro-Beckers genom sammanslagningen fått en marknadsdominerande ställning. Marknadsdomstolen fann det utrett att bolaget hade 45-50 % av konsumentfärgmarknaden, vilken ansågs utgöra den relevanta marknaden. Vidare konstaterade marknadsdomstolen att den övervägande delen av fackhandeln för konsumentfärger var knuten till Alcro-Beckers. Härigenom ansågs bolaget i viss utsträckning kunna agera utan att ta hänsyn till eventuella reaktioner från konkurrenter och potentiella konkurrenter. Alcro-Beckers ansågs därför ha en sådan marknadsdominerande ställning som avses i 5 § KL. MD ansåg likväl inte att skadlig verkan förelåg. Vid denna bedömning beaktade marknadsdomstolen bl a att en betydande del av färgförsäljningen till konsumenter skedde genom varuhus och stormarknader, kanaler som Alcro-Beckers inte hade något större inflytande över, att det förelåg betydelsefull faktisk och potentiell konkurrens från såväl inhemska som utländska företag samt att konkurrensförhållandena var helt annorlunda på den närliggande s k målerifärgmarknaden. Vidare fäste marknadsdomstolen vikt vid att förvärvet kunde få positiva verkningar för effektiviteten inom branschen och för Alcro-Beckers konkurrensförmåga internationellt. Tre ledamöter var skiljaktiga ifråga om motiveringen och ansåg inte att Alcro-Beckers erhållit någon marknadsdominerande ställning.

I MD 1989:18 var det Esselte ABs förvärv av aktier i AB Curt Enström och AB Carl Lamm som prövades. Samtliga företag var verksamma i kontorsvarubranschen. NO yrkade att Esselte skulle förpliktas att avhända sig de förvärvade aktierna. Den i målet avgörande frågan var huruvida Esselte hade en marknadsdominerande ställning. Trots en mycket om-

²⁰ I MD 1986:21, Sydsten m fl prövade marknadsdomstolen huruvida vissa villkor i avtal om företagsförvärv stred mot 2 § KL. NO gjorde dock inte gällande att själva förvärvet stred mot 5 § KL.

fattande utredning ansåg marknadsdomstolen att det saknades underlag för en bedömning av Esseltes marknadsandel. Däremot fann domstolen det utrett att Esselte inte heller efter aktieförvärven hade en sådan marknadsposition att bolaget kunde agera utan att behöva ta nämnvärd hänsyn till konkurrenter eller potentiella konkurrenter. Esselte ansågs således inte genom förvärven ha fått någon marknadsdominerande ställning, varför NOs talan lämnades utan bifall. Marknadsdomstolen tillade dock att Esselte genom sin storlek i förhållande till sina konkurrenter intog en särställning på marknaden och att ett utnyttjande av denna ställning kunde medföra att förutsättningar för att ingripa enligt konkurrenslagen skulle uppkomma senare.

Särskilt Alcro-Becker ärendet tyder på att marknadsdomstolen avser att tillämpa reglerna om företagsförvärvskontroll försiktigt. Domstolen åberopar också uttalanden i propositionen angående konkurrenslagens införande²¹ enligt vilka ingripanden med stöd av 5 § KL endast skall ske mot sådana företagsförvärv som kan bedömas medföra en från allmän synpunkt mycket olämplig koncentration och endast i de verkligt angelägna fallen.

I Norge infördes förvärvskontroll 1988 genom ett tillägg till prisloven, se § 42 a. Enligt denna bestämmelse kan prisrådet ingripa mot förvärv som skulle medföra eller förstärka en sådan väsentlig begränsning av konkurrensen som skulle vara till skada för allmänna intressen. I förarbetena till den nya bestämmelsen anfördes att man i huvudsak ser positivt på företagsförvärv i Norge och att bestämmelsen bör tillämpas restriktivt.²² Detta kommer i lagtexten till uttryck i att möjligheten till ingrepp är begränsad till de fall då begränsningen av konkurrensen är väsentlig.

Vid bedömningen av om ett förvärv är till skada för allmänna intressen skall enligt förarbetena hänsyn särskilt tas till graden av koncentration, importmöjligheterna, möjligheterna till nyetableringar samt den finansiella situationen i det förvärvade företaget.²³ Även ett förvärv som medför skada för allmänna intressen kan dock vara acceptabelt om förvärvet också har positiva effekter.²⁴

Förvärvskontrollreglerna är tillämpliga oavsett om förvärvet avser en rörelse, del av rörelse, aktier eller andra andelar, 42 a §, 1 st. Likaså omfattas fusioner. De norska reglerna synes således i detta hänseende ha samma tillämpningsområde som de svenska.²⁵

För att förhindra att skadliga förvärv genomförs kan prisrådet

²¹ rop 1981/82 s 81, 82.

²² Ot prop. nr 78 (1986-87) intagen i Pristidende 1988:10 s 5 ff. Se Pristidende 1988:10 s 12.

²³ A s

²⁴ A a s 13.

²⁵ A a s 6.14.

- förbjuda förvärvet och utfärda de föreskrifter som är nödvändiga för att säkerställa syftet med förbudet,
- ålägga förvärvaren att sälja de förvärvade aktierna eller andelarna samt
- utfärda de andra bestämmelser som behövs för att motverka att förvärvet begränsar konkurrensen på ett skadligt sätt.

Dessa sanktioner får dock i allmänhet bara tillgripas efter det att parterna har fått tillfälle att komma till en frivillig lösning.

Några särskilda regler om anmälningsskyldighet för företagsförvärv infördes inte med § 42 a. Man ansåg att redan existerande regler om anmälningsskyldighet för konkurrensregleringar och storföretag var tillräckliga för att tillfredsställa myndigheternas informationsbehov.²⁶

De nya reglerna om kontroll av företagsförvärv har tillämpats i ett uppmärksammat ärende som rörde Procordia ABs förvärv av aktier i A/S Hansa Bryggeri.²⁷

Procordia, som var innehavare av den största bryggerigruppen i Sverige, hade köpt totalt 92,1 procent av aktierna i Hansa Bryggeri som var det näst största bryggeriet i Norge. Vidare hade Procordia förvärvat elva procent av aktierna i Norges största bryggeri, Nora Industrier A/S. Prisdirektoratet fann att Procordias förvärv av aktier i Hansa skulle medföra en väsentlig begränsning av konkurrensen och att begränsningen skulle vara till skada för allmänna intressen. Avgörande synes här ha varit att Procordia även hade ett ägarintresse i Nora. Priserådet ålade därför Procordia att inom sex månader sälja sina aktier i Hansa såvida inte Procordia dessförinnan sålt sina aktier i Nora.

Även i finsk rätt finns vissa regler om företagsförvärv. Konkurrensverket kan ålägga en näringsidkare som har en marknadsdominerande ställning att anmäla företagsförvärv som kan antas få betydande inverkan på konkurrensförhållandena. 11 § lagen om konkurrensbegränsningar. En förutsättning för att anmälningsskyldighet skall kunna åläggas en näringsidkare är således att denne intar en marknadsdominerande ställning redan innan företagsförvärvet. Till skillnad från vad som gäller enligt den svenska konkurrenslagen och den norska prisloven finns i den finska lagen en definition av när en näringsidkare skall anses ha en marknadsdominerande ställning, 3 §, 2 st. Enligt denna definition skall en näringsidkare anses ha en sådan ställning om han inom hela landet eller inom ett visst område har ensamrätt eller annars en så dominerande ställning i efterfrågan eller utbudet på en nytta, att ställningen på ett betydande sätt styr prisnivån eller leveransvillkoren eller på något annat sätt påverkar konkurrensförhållandena i ett visst produktions- eller distributionsled. Av förarbetena synes framgå att en andel

²⁶ A a s 10 f.

²⁷ Priserådsak nr 1308 från 1989, refererat i Pristidende 1989:7.

om 25-50 % på den relevanta marknaden kan vara tillräcklig för att en marknadsdominerande ställning skall föreligga.²⁸

Då konkurrensmyndigheten fått in en anmälan om ett företagsförvärv skall myndigheten ta ställning till vilka åtgärder som myndigheten borde vidta. Något särskilt tillståndsförfarande vid marknadsdominerande företags förvärv av andra företag finns dock ej.²⁹

Den nya danska konkurrenanceloven, som trädde i kraft den 1 januari 1990, innehåller inga bestämmelser som uttryckligen tar sikte på företagsförvärv. Lagens regler om anmälningsplikt rörande vissa konkurrensbegränsningar, 5-7 §§ och om möjligheterna till ingrepp mot konkurrensbegränsningar som har skadliga verkningar är visserligen så vitt skrivna att de enligt sin ordalydelse även skulle kunna täcka företagsförvärv. Av förarbetena framgår emellertid att detta inte är avsikten³⁰ vilket överensstämmer med vad som gällde tidigare.³¹

2.3 *Kontroll av företagssammanslagningar i västeuropa, särskilt inom EG*

Regler om kontroll av företagssammanslagningar finns i flera västeuropeiska länder. En ganska komplicerad reglering återfinns i Storbritannien.³² Regler som har betydelse för kontroll av företagssammanslagningar finns där spridda i flera olika lagar; Restrictive Trade Practices Act of 1976, Fair Trading Act 1973 och Competition Act 1980. Avgörande för om ingrepp kan ske mot en företagssammanslagning är om sammanslagningen strider mot "the public interest". Vid bedömningen härav kan hänsyn tas till en mängd olika omständigheter.

I Västtyskland regleras kontrollen av företagssammanslagningar i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung.³³ Enligt denna lag skall alla företagssammanslagningar över en viss storlek anmälas till Bundeskartellamt. Ingrepp mot en företagssammanslagning kan ske så snart en sammanslagning medför att en marknadsdominerande ställning uppkommer eller förstärks. Vissa undantag gäller dock om sammanslagningen medför fördelar för konkurrensen som överväger nackdelarna av marknadsdominansen.

Även i Frankrike kan ingrepp ske mot vissa former av företagskoncentrationer genom ordonnance Nr. 86-1243 relative à la liberté des prix et de la concurrence från 1986.

²⁸ Prop 148/87 s 18.

²⁹ A a s 9.

³⁰ Betänkning nr 1075/1986.

³¹ von Eyben, Monopol og priser, 1980 s 486 f.

³² Se härom bl a Harding, a a s 301 ff, Merkin-Williams, Competition Law: Antitrust Policy in the United Kingdom and the EEC, 1984 s 238 ff.

³³ Se närmare t ex Harding, a a s 267 ff.

Det som väckt störst uppmärksamhet under senare år är dock möjligheterna att ingripa mot företagssammanslagningar med stöd av EGs konkurrensregler.³⁴ Enligt art 85 RomF är alla former av konkurrensbegränsande avtal förbjudna, såvida inte undantag, individuellt eller i grupp, har meddelats med stöd av art 85(3). Vidare är enligt art 86 RomF alla former av missbruk av marknadsdominerande ställning förbjudna. Någon möjlighet att erhålla undantag från denna bestämmelse finns inte.

EG-domstolen fastslog redan i det välkända Continental Can-målet³⁵ 1971 att art 86 RomF kan vara tillämplig då ett marknadsdominerande företag förstärker sin ställning genom ett företagsförvärv. Däremot ansåg inte domstolen att det i målet aktuella förvärvet stred mot art 86. Vad gäller art 85 RomF har kommissionens uppfattning varit att denna artikel inte är tillämplig på avtal om företagsförvärv. I doktrinen har dock flera författare uttalat sig för att art 85 skall anses tillämplig på företagskoncentrationer.³⁶

Sedan många år tillbaka har EG-kommissionen arbetat på att ta fram en förordning om kontroll av företagskoncentration. Arbetet har nu resulterat i en förordning som antogs den 21 december 1989 och som träder i kraft den 21 september 1990.³⁷ Den nya förordningen uppvisar jämförelsevis stora förändringar i förhållande till tidigare förslag.

Förordningen har utfärdats med stöd av art 87 och 235 RomF. Den är helt självständig i förhållande till art 85 och 86 RomF och är inte avsedd att utgöra någon uttolkning av vad som anses följa av dessa artiklar.

Förordningen är i princip tillämplig på alla former av företagskoncentrationer som har "Community dimension", d v s där parternas sammanlagda totala omsättning överstiger 5.000 miljoner ECU och där åtminstone två av parterna vardera har en omsättning inom EG som överstiger 250 miljoner ECU, art 1.³⁸ Härvid skall, enligt en uppräknings i art 3, i vart fall så gott som alla former av samgåenden och samverkan, inklusive bildandet av joint ventures, anses som företagskoncentrationer.

Vid bedömningen av verkningarna av en viss koncentrationsåtgärd skall kommissionen ta hänsyn till en mängd olika omständigheter, bl a nödvändigheten av att

³⁴ Se härom bl a Fejøl, *Monopolret og marked* 1986, Gustafsson-Coyet, *EGs konkurrensrätt*, 1986, van Bael-Bellis, *Competition Law of the EEC*, 1987, och Bellamy-Child, *Common Market law of Competition*, 3 uppl. 1987.

³⁵ Mål 6/72, (1972) E.C.R 157 och (1973) E.C.R 215.

³⁶ Se till det anförda Harding, a a s 218 f. I praxis har dock art 85 ansetts tillämplig på förvärv av en begränsad post aktier i ett bolag, se EG-domstolens dom i målen 142 och 156/84, (1987) E.C.R 4487. *BAT resp Reynolds v. Commission*.

³⁷ Förordning 4064/89, (1989) O.J L 395/1

³⁸ Ingående regler för hur omsättningen skall beräknas ges i art 5.

bevara och förbättra konkurrensen. strukturen på den ifrågavarande marknaden. förekomsten av faktiska och potentiella konkurrenter. de i koncentrationsåtgärden inblandade företagens ekonomiska och finansiella styrka, vilka möjligheter företagens leverantörer och de som utnyttjar företagens produkter har samt den tekniska och ekonomiska utvecklingen. art 2(1)(a) och (b). Skulle en koncentrationsåtgärd skapa eller förstärka en marknadsdominerande ställning och därigenom i betydande grad hämma konkurrensen inom den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna skall åtgärden förklaras oförenlig med den gemensamma marknaden, art 2(3). Detta medför att koncentrationsåtgärden inte får fullbordas. Skulle fullbordandet redan ha skett kan kommissionen besluta om att de sammanförda tillgångarna skall separeras igen, art 8. Kommissionens beslut kan överklagas till domstolen, art 16.

Koncentrationsåtgärder som varken ger upphov till eller förstärker någon marknadsdominerande ställning och därigenom inte heller i någon betydande grad hämmar konkurrensen skall däremot anses förenliga med den gemensamma marknaden, art 2(2). Enligt de allmänna reglerna om EG-rättens företräde framför nationell rätt skulle ett beslut av kommissionen om att en koncentrationsåtgärd är förenlig med den gemensamma marknaden i princip omöjliggör för de nationella konkurrensmyndigheterna att ingripa mot åtgärden. I art 9 i den föreslagna förordningen har emellertid intagits vissa undantag från dessa regler som under vissa omständigheter kan ge nationella myndigheter rätt att ingripa.

Alla koncentrationsåtgärder "with a Community dimension" skall anmälas till kommissionen, art 4, som därefter har att handlägga ärendet i enlighet med förordningens regler, art 6 m fl.

I enlighet med EG-rättens företräde framför nationell rätt har kommissionen exklusiv kompetens att bedöma tillåtligheten av företagskoncentrationer med "Community dimension", art 21(2). Om kommissionen bedömer att en företagskoncentration inte strider mot den nya förordningen kan således nationella myndigheter inte förbjuda åtgärden. Det finns dock två undantag från det anförda. För det första kan kommissionen efter hemställan från en medlemsstat ge denna rätt att tillämpa nationell lagstiftning, art 9. För det andra har nationella myndigheter rätt att pröva tillåtligheten av en företagskoncentration från andra legitima intressen än de som den nya förordningen tillgodoser, art 21(3).

3. Sammanfattning och diskussionspunkter

Som framgått av avsnitt 1 finns i Finland, Norge och Sverige ett stort antal regler som, ibland avsiktligt, ibland oavsiktligt, begränsar eller försvårar utländska

rättssubjekts möjligheter att driva näringsverksamhet. Nationella regler med sådant innehåll finns också i flera andra västeuropeiska länder. Inom EG är det däremot inte tillåtet att diskriminera rättssubjekt från andra EG-länder i förhållande till landets egna rättssubjekt.

Reglerna om kontroll av utländska rättssubjekts näringsverksamhet vilar rimligen på grundtanken att det är samhällsekonomiskt fördelaktigt för landet ifråga att viss verksamhet är förbehållen nationella rättssubjekt, eller i vart fall att endast utländska rättssubjekt som uppfyller vissa krav bör få komma ifråga. Skulle grundtanken vara någon annan blir ju hela regelsystemet meningslöst. Det är emellertid ingalunda säkert att nämnda grundtanke är riktig. Av den s k Cecchini-rapporten³⁹ har vi lärt oss vilka stora ekonomiska vinster som står att hämta med en gemensam marknad med bl a fri etableringsrätt. Rapporten avser visserligen förhållandena inom EG, men det förefaller sannolikt att slutsatserna till stora delar skulle kunna tillämpas också för de nordiska länder som inte är medlemmar i EG. Det är därför inte osannolikt att de omfattande etableringsreglerna medför stora samhällsekonomiska kostnader. Reglernas existensberättigande över huvud taget kan därför sättas ifråga. I vart fall bör endast sådana regler finnas kvar för vilka det är möjligt att visa att reglerna har en påtagligt positiv effekt.

Det kan också konstateras att mycket talar för att de etableringsregler som enbart tar sikte på utländska rättssubjekt kommer att avsevärt liberaliseras under den närmaste tiden. En tendens härtill är redan märkbar. Därtill kommer att EG i förhandlingarna med EFTA om ett European Economic Space, EES, med största sannolikhet kommer att kräva att EFTA-länderna avskaffar de etableringsregler som diskriminerar rättssubjekt från något EG-land.

När det gäller konkurrensbegränsningsrättens regler om kontroll av olika koncentrationsåtgärder är situationen en annan. Dessa regler syftar ju till att hindra oönskade konkurrensbegränsningar, medan etableringsreglerna ofta i stället medför konkurrensbegränsningar. Vad gäller reglerna om kontroll av företagskoncentrationer framgår av avsnitt 2 att de nordiska länderna delvis intar en mer generös inställning än man gör inom många EG-länder. Endast i Sverige och Norge finns regler om direkta förbud. Att vi i Norden intar en mer generös attityd än många andra västeuropeiska länder är naturligt med tanke på att de nordiska länderna är små och, med vissa undantag, har internationellt sett små företag. Sammanslagningar mellan nordiska bolag får därför oftast inte några konkurrensbegränsande effekter, utan är tvärtom nödvändiga för att bolagen skall kunna konkurrera på den internationella marknaden. Den centrala frågan är därför i vilken mån de nordiska länder som ännu inte har några regler om kontroll av före-

³⁹ Cecchini, Europas inre marknad 1992, 1988.

tagskoncentrationer bör införa sådana. Härvid är naturligtvis erfarenheterna från Sverige och Norge av stort intresse.

Eventuella regler om kontroll av företagskoncentrationer kan som framgått ges olika utformning. Från principiell synpunkt torde en av de intressantaste frågorna vara om de konkurrensvårdande myndigheterna bör kunna ingripa redan om koncentrationen medför att ett företag får eller förstärker en marknadsdominerande ställning eller om det därutöver bör krävas att den dominerande ställningen ger upphov till några negativa effekter på konkurrensen. Frågan är med andra ord om marknadsdominans i sig skall anses skadlig.

När ett företagsförvärv eller någon annan koncentrationsåtgärd har beslutats är det ofta viktigt att fort kunna genomföra åtgärden. När den väl har genomförts är det i allmänhet också mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att låta transaktionen återgå. Om de konkurrensvårdande myndigheterna har möjlighet att under en längre tid undersöka huruvida en viss åtgärd skall få vidtas eller inte kan därför stora kostnader och olägenheter uppkomma. Å andra sidan är en sådan prövning normalt en mycket grannliga uppgift som inte kan ske hur fort som helst. Om man beslutar sig för att införa regler om kontroll av företagskoncentrationer har därför utformningen av de frister inom vilka de olika aktörerna skall agera stor betydelse.

Arbetsrätt

Av professor ANDERS VICTORIN, Sverige.

I. Några huvudfrågor.

Allmänt

Arbetsrättsligt görs i Norden inte någon skillnad mellan internationella eller nationella företagsförvärv. Man kan utgå från att förvärvet har sådan anknytning till rätten i landet där företaget ligger, att det är det landets rätt som skall tillämpas, i vart fall om det är fråga om substansförvärv.¹ I det följande skall endast nordiska regler diskuteras.

Vi kan urskilja tre huvudgrupper av frågor som dyker upp:

1. I vilken utsträckning och på vilket stadium är ett förvärv föremål för *medbestämmande* (motsvarande – i termen inbegrips såväl olika modeller för förhandlingar som partssammansatta organ och styrelserepresentation)? Detta medför i sin tur ett par huvudfrågor, nämligen
 - a) i vilken utsträckning kan de fackliga organisationerna påverka förvärvet?
 - b) är det risk för att förvärvet får för tidig offentlighet genom att de fackliga organisationerna informeras och förhandlar?
2. Vilken inverkan får företagsförvärvet på köparföretagets *bundenhet av kollektivavtal*? Kan sålunda köpar- eller säljarföretaget eller de fackliga organisationerna åstadkomma att säljarföretaget frigörs från kollektivavtalet så att ett nytt kollektivavtal gäller eller så att kollektivavtalslöst tillstånd uppkommer? Problemet kan sägas gälla frågan om partsbyte i ett kollektivavtalsförhållande. – Det förutsätts att motsvarande fråga inte uppstår i köparföretaget, annat än undantagsvis. När så sker har det förmodligen samband med att köparföretaget efter, eller till följd av förvärvet ändrar inriktning på verksamheten.
3. Vilken inverkan får företagsförvärvet på *anställningsavtalsrelationerna* till personalen i säljarföretaget? Här är det fråga om köparpersonalen automatiskt övergår till säljarföretaget eller, om att så inte sker, det uppkommer en

¹ Man kan kanske diskutera om saken ställer sig annorlunda om det är fråga om en komplicerad transaktion som t ex gäller en affär mellan två stora företag där s a s olika företag och verksamheter byts för att passa företagens resp profil – som exempel kan nämnas affären mellan svenska Electrolux och finska Rosenlew i början av 80-talet. Denna fråga skall dock inte tas upp här.

rätt till återanställning i köparföretaget eller liknande. Den huvudsakliga frågan kan formuleras som en fråga om anställningsskydd resp en rätt för köparföretaget att omorganisera i samband med förvärvet.

4. En större fråga är om och i vilken utsträckning det kan vara ändamålsenligt med *harmonisering* av de arbetsrättsliga reglerna, dels inom de nordiska länderna, dels i förhållande till den pågående europeiska samordningen. På Danmarks medlemskap i EG kommer harmoniseringsfrågorna i ett Nordiskt perspektiv också att ha återverkningar på den "interna" nordiska frågan.

Vad gäller internationella företagsförvärv mera allmänt blir också OECD:s och ILO:s rekommendationer av intresse. I den följande framställningen kommer dock dessa frågor inte att tas upp till särskild diskussion. Man kan mena att såvitt gäller förvärv inom Norden har de inte något större intresse. Internationella företagsförvärv väcker också frågor om inflytande inom internationella koncerner och om fackligt samarbete över gränserna. Inte heller detta skall tas upp här. Ett skäl är att OECD:s och ILO:s rekommendationer är frivilliga för företagen. Man kan också framhålla att de inte siktar till att införa eller vidmakthålla skillnader mellan nationella och internationella företag.

Olika aspekter på företagsförvärv

Termen företagsförvärv har knappast någon enhetlig innebörd. Vi bör göra en grundläggande skillnad mellan *associationsrättsliga förvärv* som avser andelar, aktier och liknande å ena sidan och förvärv som avser *substansen* å andra sidan.

Oavsett begreppets innehåll bör vi med hänsyn till bedömningen av arbetstagarsidans intresse för förvärvet också ta med i beräkningen *syftet bakom förvärvet*. Det finns stora skillnader i effekterna för de anställda om förvärvet syftar till att produktionen (verksamheten) skall läggas ned eller flyttas; om den skall fortsätta som förut, åtminstone tills vidare; om företagsledningen kommer att bytas ut eller sitta kvar; om inriktningen på verksamheten skall vara oförändrad eller om den skall ändras under de nya ägarna. När man beaktar sådana syften bakom förvärvet är det oftast likgiltigt vilken form det har. Förändringar kan i regel genomföras oavsett om det gäller andelar eller substans.

Det är också viktigt att se till vilka förvärv som utlöser lagreglerna: det kan gälla bl a frågor om förvärvet måste ha viss kvalitet (vad räknas egentligen som ett förvärv av en rörelse – hur mycket av verksamhet måste gå med, för det är i regel klart att ett förvärv av ett lager eller av en industrifastighet inte är ett rörelseförvärv).

II. Medbestämmande vid företagsförvärv – inflytande och sekretess

i. Styrelserepresentation

Allmänt

Tvingande regler om styrelserepresentation för anställda finns i Danmark, Norge och Sverige, men saknas i Finland och på Island. Vad beträffar Finland kan regler om styrelserepresentation för de anställda ges i bolagsordningen. I fråga om ändringar av bolagsordningen är dock stämman suverän.

I Danmark, Norge och Sverige är utgångspunkten för regleringen att de av arbetstagarna utsedda ledamöterna är jämställda med övriga styrelseledamöter. De har samma rätt till inflytande och de bär samma ansvar. Som jämförelse kan nämnas att styrelserepresentationen i tysk rätt (såväl för Montanindustrin som för storföretagen enligt Mitbestimmungsgesetz och för företagen som faller under Betriebsverfassungsgesetz) anses som likställda med de av ägarna valda styrelserepresentanterna – styrelserepresentationen avser här Aufsichtsrat.²

Enligt dansk rätt har de valda representanterna samma anställningsskydd som facklig förtroendemän. Detta torde gälla också i övriga länder, i vart fall om det är fråga om anställda som sitter i styrelsen. Enligt norsk rätt *skall* styrelseledamot vara anställd. Enligt svensk rätt *bör* styrelseledamöterna utses bland de anställda.

Enligt norsk rätt finns dessutom föreskrifter om bedriftsforsamling för företag med mer än 200 anställda. Bedriftsforsamlingen består av 12 eller flera ledamöter (antalet skall dock vara jämt delbart med 3), där stämman (generalforsamlingen) utser 2/3 och de anställda 1/3 (också här skall ledamöterna vara anställda). Styrelseledamot och VD får inte vara medlem i bedriftsforsamlingen.

Bedriftsforsamlingen har viktiga uppgifter, såväl formellt som sakligt.

Bedriftsforsamlingen har till uppgift att välja medlemmar i styrelsen och utse dess ordförande. En tredjedel av bedriftsforsamlingen kan kräva att ny styrelse utses och att valet skall ske proportionellt. Den skall yttra sig över bokslut m m.

Efter förslag från styrelsen skall bedriftsforsamlingen avgöra frågor om

- a) investeringar i större omfattning i förhållande till bolagets resurser
- b) rationalisering och omläggning av driften som medför större ändringar eller omDispositioneringar av arbetsstyrkan.

I stadgarna kan också anges att det till vissa slags av frågor som inte hör till den dagliga ledningen skall krävas samtycke av bedriftsforsamlingen.

Bedriftsforsamlingen kan ge instruktioner till styrelsen i vilken fråga som helst.

² Se t ex Söllner, Grundriss des Arbeitsrechts, 9:e uppl, s 205.

Inflytande för fackliga styrelseledamöter

I samtliga fall är det fråga om en minoritetsrepresentation. Enligt norsk rätt är det fråga om en tredjedel, dock minst två ledamöter och enligt svensk rätt två eller tre ledamöter, dock aldrig en majoritet.

Intresset av att de fackligt valda styrelserepresentanterna skall ges möjlighet att delta i styrelsearbetet på lika villkor har föranlett olika bestämmelser i lagstiftningen. Sålunda gäller t ex enligt den svenska aktiebolagslagen att beslut i ärende inte får fattas om inte såvitt möjligt samtliga ledamöter dels fått tillfälle att delta i ärendets behandling, dels fått tillfredsställande underlag för att avgöra ärendet (8:9). Motsvarande bestämmelse finns i norsk rätt (Aksjeloven § 8-10). Enligt 13 § i den svenska styrelserepresentationslagen gäller att en av arbetstagarrepresentanterna alltid får närvara och delta när ett ärende, som senare skall avgöras av styrelsen, förbereds av därtill utsedda styrelseledamöter eller befattningshavare i företaget.

Man kan ställa frågan om dessa regler är effektiva, och om det över huvud taget är möjligt att skapa helt effektiva regler. De svenska reglerna i ABL 8:13 kan t ex enkelt kringgås genom att informella grupper skapas. Effektiviteten ligger snarast i den policyinriktning som reglerna anger, en inriktning som företagen så gott som alltid följer.

Tystnadsplikt

Frågan i vilken utsträckning som fackliga styrelserepresentanter kan åläggas tystnadsplikt är av principiellt intresse. Eftersom det är fråga om ett kortfattat diskussionsunderlag, skall den främst diskuteras utifrån svensk rätt.

Den svenska aktiebolagslagen saknar regler om direkt tystnadsplikt. I den mån en tystnadsplikt finns är den ett utflöde av styrelseledamotens allmänna vårdplikt. De får m a o inte lämna ut information om detta kan skada bolaget. Den sanktion som finns ligger i skadeståndsskyldigheten enligt ABL 15:1. För att sanktionen skall bli aktuell förutsätts att bolaget faktiskt lidit skada. Något straffansvar finns inte enligt ABL. Att tillämpa BrB:s regler om trolöshet mot huvudman är knappast aktuellt i de situationer vi här diskuterar. Detta förutsätter f ö också skada för bolaget.³

Ett sådant system innebär att den enskilde styrelseledamoten inte kan beläggas med tystnadsplikt genom ett bolagsbeslut. Han bedömer självständigt och på eget ansvar hur han har att förfara. En uppmaning om att iaktta tystnadsplikt från styrelseordföranden eller VD kan endast ses som en varning att ett spridande av uppgifterna kan förorsaka skada.

³ Jfr Moberg, Företaget och sekretessen, 1981, s 127.

I litteraturen har emellertid med visst stöd av förarbetena antagits att styrelsen som helhet skall kunna besluta att tystnadsplikt skall gälla i en viss fråga. Man kan konstatera att det tydligen inte finns något som hindrar ett sådant beslut, men att det samtidigt inte finns några i lagen angivna sanktioner mot en styrelseledamot som inte följer ett sådant beslut. Den mest praktiska sanktionen, att styrelseledamoten efter påtryckningar avgår i ett sådant fall, kan knappast tillämpas mot fackliga styrelseledamöter som har sitt mandat från den fackliga organisationen, och som utses av denna.

Två omständigheter gör dessa iakttagelser kritiska. För det första har den enskilde arbetstagarledamoten i styrelsen en mycket långtgående rätt till information. Med de undantag som anges i den svenska styrelserepresentationslagen⁴ har den fackliga styrelseledamoten här samma rätt som andra styrelseledamöter. Det är också svårt för en styrelseordförande eller VD att vägra att ge viktig information, om den fackliga ledamoten skall kunna dela ansvaret med övriga styrelseledamöter. En annan sak är att möjligheterna för en facklig styrelseledamot att utkräva sin rätt till information är ganska små i praktiken, bl a med hänsyn till den tid ett rättsligt förfarande tar. Inför ett större företagsförvärv får man därför anta att de fackliga styrelseledamöterna blir informerade.

För det andra ligger det i sakens natur att den fackliga styrelseledamoten har ett behov av att kunna rådgöra med sina uppdragsgivare, d v s med styrelsen för fackklubben. Om inte detta kan äga rum förefaller det som om meningen med en facklig styrelserepresentation i stora stycken gått förlorad – lagens tonvikt ligger just på information. I diskussionen kring styrelserepresentationslagen har också förutsatts att så skall kunna ske.⁵ – Man kan här jämföra med de regler som gäller enligt den svenska medbestämmandelagen. När det gäller information som företaget begär skall vara hemlig har den fackliga informationsmottagaren alltid rätt att föra informationen vidare till styrelsen av (åtminstone) den lokala fackliga organisationen. Detta gäller även om arbetsdomstolen beslutar att tystnadsplikt skall råda. (Se vidare nedan.) Även om man kan säga att antagandet att den fackliga styrelseledamoten skulle ha en motsvarande rätt att föra information vidare inte håller streck i förhållande till ABL:s system i den meningen att detta skulle utgöra ett undantag från skadeståndsskyldigheten, kommer dock detta knappast att ha någon större betydelse.

⁴ Det är fråga dels om en begränsning motsvarande 2 § MBL, d v s verksamhetens mål och inriktning i fråga om företag med vetenskapligt, religiöst eller annat ideellt mål eller kooperativa företag eller företag med opinionsbildande syfte, dels i fråga om typiska jävs-situationer, d v s frågor som gäller kollektivavtal, stridsåtgärder eller andra frågor där fackföreningen kan ha ett mot företaget stridande intresse.

⁵ Jfr t ex Rodhe, Aktiebolagsrätt, II uppl 1983, s 200.

Dels skulle en facklig styrelseledamot förmodligen betrakta det som fel att inte diskutera en så viktig fråga som ett företagsförvärv med åtminstone den lokala fackliga klubbordföranden. Dels skulle mycket få företag vara benägna att väcka skadeståndstalan mot en sådan styrelseledamot, om det visar sig att informationen kommer ut och detta leder till att ett förvärv inte blir av.

I sammanhanget bör inskjutas att information om företagsförvärv som kommer via fackliga källor kan få större spridning genom pressen. Svårigheterna för ett företag att sedan effektivt spåra källan till informationen och sedan föra talan är stora, inte minst i beaktande av pressens rätt att hålla sina källor hemliga. Den rättsliga bakgrunden skall inte utvecklas här. Tilläggas bör att en sådan operation företagspolitiskt ter sig som vansklig.

Den svenska erfarenheten visar att frågan om information till fackliga styrelseledamöter inte har uppfattats som särskilt kontroversiell. Förklaringen till detta är att se mot bakgrunden av den tradition som finns av samarbete mellan företag och fackliga organisationer. Det förefaller som om påbud om tystnadsplikt respekteras i hög grad från de fackliga styrelseledamöternas sida, låt vara att informationen kanske diskuteras inom en begränsad facklig krets. Den omständigheten att ett svenskt företag också måste primärförhandla på ett ganska tidigt stadium inför ett företagsförvärv, åtminstone när det står som köparföretag, bidrar också förmodligen till att frågorna ses som mindre kontroversiella. Den svenska ägarutredningen pekar emellertid på risken av att oklarheterna i de svenska reglerna om tystnadsplikt medför att det finns risk för att ett ställningstagande till ett framlagt förvärvserbjudande kommer till stånd utan önskvärd förankring bland de anställda.⁶

Vad beträffar dansk rätt är utgångspunkten tydligen annorlunda. Här gäller en särskild tystnadsplikt enligt aktieselskabslovens § 160 stk. 1. Enligt bestämmelserna om *bekændtgørelse* i samma lag § 178 stk. 1 gäller i bolag med arbetstagarrepresentation en särskild informationsskyldighet för styrelsen i förhållande till arbetstagarna vad beträffar företagets förhållanden. Det åvilar styrelsen att sörja för att det finns goda och effektiva informationskanaler till arbetstagarna. Beslut om hur de anställda skall informeras träffas av styrelsen som helhet, som också kan besluta att sådan vidareinformation inte skall gå in på konkreta förhållanden. Däremot kan det knappast vara giltigt att besluta generellt om att arbetstagarledamöterna inte skall ha rätt att föra information vidare när detta inte är skadligt för företaget.⁷ Denna särskilda reglering bör ses mot bakgrunden av att enligt det danska systemet är det *de anställda* och inte den fackliga organisationen som utser

⁶ Företagsförvärv i Svensk näringsliv, SOU 1990:1, s 155.

⁷ Se Hasselbalch, Kollektivarbejdsretten, 1987, s 280.

styrelseledamöterna. Det är alltså de anställda – organiserade såväl som oorganiserade – som är styrelseledamöternas huvudmän.

ii. Förhandlingar, partssammansatta organ och information

Allmänt

I Norden finns lagregler som syftar till medbestämmande för de anställda och de fackliga organisationerna i huvudsak endast i Finland och Sverige. I Danmark, Norge och på Island är det främst fråga om kollektivavtalsreglering, även om det också här på vissa områden finns viktiga lagbestämmelser. Den gemensamma utgångspunkten är dock att arbetsgivaren har en på äganderätten grundad företags- och arbetsledningsrätt, på vilken arbetstagarsidan kan få ett inflytande, men knappast en längre gående bestämmanderätt.

Den finska *lagen om samarbete inom företag*⁸ anger att samarbetet sker mellan arbetstagaren och dennes förman eller mellan personalens företrädare och arbetsgivaren. Personalen företräds av förtroendemän som valts enligt kollektivavtal (samt av arbetarskyddsfullmäktige).⁹

Samarbetslagen föreskriver att förhandlingar skall ske innan beslut fattas som påverkar personalens ställning och arbetsförhållanden. På vilken nivå förhandlingarna skall föras beror på vad saken gäller. När en fråga direkt rör den enskilde arbetstagaren sker förhandlingen emellan honom och arbetsgivaren i första hand. Förhandlingarna kan sedan hänskjutas till förhandling mellan arbetsgivaren och personalföreträdare. Förhandlingar kan också föras på avdelningsnivå. Detta skall inte vidare diskuteras.

Syftet med samarbetslagen är att utveckla företagets verksamhet och arbetsförhållanden, att effektivisera samarbetet mellan arbetsgivare och personal *genom att öka arbetstagarnas möjligheter att inverka på behandlingen av ärenden som gäller deras arbete och arbetsplats*. När förhandlingar skall ske i ett samarbetsärende gäller att arbetsgivaren får avgöra ärendet *sedan förhandlingsskyldigheten fullgjort*. – Om särskilda oförutsedda omständigheter inträffat, får dock ett ärende avgöras utan föregående förhandling. Förhandling skall dock ordnas så snart det kan ske varvid arbetsgivaren skall redovisa orsakerna till det skedd.

Utöver samarbetsförfarandet skall arbetsgivaren regelbundet förse personalföreträdarna med *information*. Det kan gälla bokslut, redogörelser för företagets ekonomiska situation, personalplaner, lönestatistik m m. Denna information skall vid behov beredas enkom för tillfället.

⁸ Se till det följande Suviranta i NOU 1984:10.

⁹ Under vissa förutsättningar får personal som inte företräds av den fackliga organisationen välja en särskild företrädare och genom överenskommelse kan en delegation upprättas för samarbetet i förhållande till dessa. Detta kommer inte vidare att diskuteras här.

Detta innebär att arbetsgivaren, innan han fattar beslut i frågor om företagsförvärv, har att förhandla med personalföreträdarna. Vidare kan det bli aktuellt att ge information i frågan enligt informationsbestämmelserna i samarbetslagen. Informationsskyldigheten kan också uppstå i fall då en förändring sker som inte fordrar beslut av arbetsgivaren, t ex i de fall då företaget är föremål för förvärv.

Den finska lagen är försedd med regler om tystnadsplikt. Det är fråga om påföljder som gäller i allmänhet i finska kollektivavtalsförhållanden, alltså böter. Bötesstraff gäller för den (arbetsgivare eller arbetstagarrepresentant eller enskild arbetstagarare) som yppar en affärshemlighet som han bör hålla tyst om och som han fått kännedom om vid samarbetsförfaranden.

Den svenska *lagen om medbestämmande i arbetslivet* (medbestämmandelagen) liknar i flera avseenden den finska lagen. Den är dock mera tydligt inriktad på inflytande för den lokala avtalslutande fackliga organisationen (oorganiserade lämnas utanför och minoritetsorganisationer har ett svagt inflytande). Huvudmedlet för inflytande är "*förhandlingar*" före beslut (s k primärförhandlingar), kompletterad med en rätt till information.

Härutöver har den svenska lagen regler om fackligt veto i vissa fall av entreprenader, tolkningsföreträde vid vissa fall av tvister samt regler om "rätt" till medbestämmandeavtal. Detta förbigås dock här. Man kan också konstatera att inriktningen på medbestämmandet genom förhandlingar sådant det kommit att utvecklas genom medbestämmandeavtal i viss mån liknar det finska i vad avser kontakter mellan enskilda arbetstagarare och enskilda. Inte heller detta skall diskuteras här.

Enligt 11 § medbestämmandelagen skall arbetsgivaren innan han beslutar om viktigare förändring av sin egen verksamhet kalla till förhandling med den avtalsbärande fackliga organisationen. Beslut får i princip inte fattas eller genomföras av arbetsgivaren förrän förhandlingsskyldigheten fullgjorts. På begäran skall arbetsgivaren också förhandla med en central arbetstagarorganisation, alltså med ett fackförbund.

Utän tvekan är ett beslut av ett företag som gäller ett företagsförvärv eller avyttring av företag omfattat av reglerna om primärförhandlingsskyldighet enligt svensk rätt. Som den svenska arbetsdomstolen har uttolkat reglerna bör stadgandet i 11 § inte läsas bokstavligt så att det måste vara fråga om en förändring i arbetsgivarens verksamhet, utan det är fråga om fall där arbetstagararsidan typiskt sett kan antas vilja förhandla.¹⁰ I regel kommer dock ett företagsförvärv i någon mening att innebära en förändring av verksamheten.

¹⁰ Denna tolkningslinje antogs av arbetsdomstolen i samband med att frågan om primär förhandlingsskyldighet skulle gälla i samband med utseende av verkställande direktör kom upp. Ett byte av VD kan ju knappast säga gälla en förändring i *verksamheten*. Se bl a AD 1980 nr 72.

Enligt det svenska sättet att se på saken gäller detta oavsett om det är ett associationsrättsligt förvärv eller ett substansförvärv. Satillvida gör dock den svenska medbestämmandelagen en skillnad mellan dessa typer av förvärv att ett företagsförvärv som görs av en enskild investerare i och för sig faller utanför lagens tillämpningsområde. Om å andra sidan ett förvärv görs av ett företag-arbetsgivare och beslutet om förvärvet fattas av styrelsen i det företaget, kommer reglerna om primärförhandling m m att bli tillämpliga. Detta gäller oavsett om förvärvet avser ett svenskt eller ett utländskt företag.¹¹

I den svenska medbestämmandelagen finns också särskilda regler om information. Reglerna om information syftar främst till att garantera att arbetsgivaren informerar den fackliga organisationen om företagets utveckling, ekonomiskt och driftmässigt. Det är fråga om en information s a s i efterhand. Den viktiga aktuella informationen om förestående förändringar kommer i stället under primärförhandlingarna – dessa förhandlingar är därmed facketts viktigast informationskälla.

I Danmark regleras frågor om inflytande av avtal om *samarbejdsudvalg*.¹² Den danska regleringen bygger, till skillnad från den svenska på samverkan inom ett partssammansatt organ – det är alltså företagsnämndstanken som fått bilda utgångspunkten för det danska systemet. Dock finns i det danska systemet en öppning till en mera direkt förhandlingssituation – avtal träffade inom ramen för samarbetsudvalg kan sägas upp med två månaders uppsägningstid för att t ex förhandla om ny teknik.

Avtalet mellan DA och LO är senast förnyat och omskrivet 1986. Samarbetsavtalet reglerar i första hand det dagliga samarbetet i företagen och syftar till att största möjliga antal anställda skall engageras i organiseringen av det dagliga arbetet. Decentralisering och delegering till den enskilde skall eftersträvas. I företag med mer än 35 anställda på samma arbetsplats skall ett samarbetsudvalg finnas. I koncerner skall ett koncernudvalg finnas.

Samarbetsudvalget skall bl a sammankallas för att fastställa principerna för lokala arbets- och välfärdsfrågor, företagets personalpolitik, principerna för utbildning och omskolning av anställda som skall syssla med ny teknologi. Där skall också utväxlas synpunkter på och behandlas förslag om riktlinjer för organisationen av produktionen och arbetet och genomförande av större förändringar. Udvalget skall också utvärdera konsekvenserna av införandet av ny teknologi eller ändringar i teknologin av större omfattning. Överenskommelser som träffas inom ramen för samarbetsudvalget får karaktären av lokal kollektivavtal.

¹¹ Om företagets verksamhet går ut på att t ex handla med aktier kommer ett förvärv ofta att betraktas som en normal affärshändelse. Den primära förhandlingsskyldigheten utlöses inte i ett sådant fall. Detta är inte att se som en förändring av verksamheten. Från sådana undantag bortses i det följande.

¹² Se till det följande Hasselbalch, Kollektivarbetsretten, 1987, s 274 ff.

Samarbetsavtalet innehåller också bestämmelser om information. Företagsledningen skall fortlöpande informera udvalget om företagets ekonomiska situation och framtidsutsikter, drifts- och affärsmässiga förhållanden samt större ändringar och omläggningar. I det sistnämnda fallet skall information ske före beslut. Arbetstagarrepresentanterna skall å sin sida orientera udvalget om förhållandena på arbetsplatsen, som har betydelse för samarbetet. Informationen som ges får inte omfatta frågor vars yppande kan innebära skada för någon av parterna och upplysningar kan heller inte krävas om personliga förhållanden. Information kan ges under tystnadsplikt.

Situationen i Norge¹³ liknar i viss mån den som gäller i Danmark. Samarbetet äger rum i partssammansatta organ upprättade i enlighet med en överenskommelse mellan NAF och LO. Tanken är att verka för ett förtroendefullt samarbete mellan parterna i frågor som berör de anställda, det kan gälla ny teknik eller arbetsorganisation. Också här ges bestämmelser om information liknande vad som gäller i Danmark. Bedriftsutvalgen kan också träffa kollektivavtal i samarbetsfrågor.

Det kan vara lämpligt att i detta sammanhang säga något om innebörden i de tyska bestämmelserna i Betriebsverfassungsgesetz om Betriebsrats inflytande i frågor om företagsförvärv. Betriebsrat ett partssammansatt organ på arbetsplatsnivå. När det gäller ekonomisk medbestämmande går inflytandet långt. Det är – något som ligger i sakens natur – inriktat på frågor på företagsnivå. Medbestämmandet har samtidigt en betydligt snävare inriktning än det svenska eller det finska – det är fråga om ett socialt betingat medbestämmande som är inriktat på att mildra effekterna av för arbetstagarna negativa beslut, alltså inte ett mera allmänt inflytande i företagsledningsfrågor. Tanken är att parterna skall försöka nå ett samförstånd i dessa frågor inom ramen för Betriebsrat. Detta sker genom ett s k Interessenausgleich, där procederet för förändringar bestäms (dock ej helt bindande) och genom en s k Sozialplan, vars främsta syfte är att – alltefter företagets bärkraft – lägga fast avgångsvederlag m m för arbetstagare. Om Interessenausgleich kan liknas vid enighet i en medbestämmandefråga enligt svensk rätt, har Sozialplan en kollektivavtalsliknande giltighet (att jämföras med s k Betriebsvereinbarung). Inflytandet i ekonomiska frågor är relativt begränsat.

När det gäller företagsförvärv är emellertid inflytandet mycket begränsat. Inriktningen på det tyska medbestämmandet kommer att gälla konsekvenserna av företagsförvärv mera än själva företagsförvärvet. Enligt § III i Betriebsverfassungsgesetz gäller att arbetsgivaren skall samråda med och informera Betriebsrat i fråga om planer för ändringar i driften som innebär väsentliga nackdelar för per-

¹³ Se till det följande Evju i NOU 1984:10 s 267 f.

sonalen eller beaktansvärda delar av den. Som driftsändringar anses enligt bestämmelsen:

Driftsinskränkningar eller nedläggning av driften eller av väsentliga delar därav;
förflyttning av hela driften eller väsentliga delar därav;

sammanslutning med andra företag;

grundläggande ändringar av driftsorganisationen, – syftet, eller -anläggningarna;
införande av nya arbetsmetoder eller -processer.

En försäljning av företaget anses inte utgöra en ändring i driften, eftersom den nye arbetsgivaren inträder i anställningsförhållandena som part (dock ej mot den enskilde arbetstagarens vilja – jfr vidare nedan). Går företaget i konkurs anses detta vara ett fall av nedläggning.¹⁴

Bestämmelserna om tystnadsplikt för medlemmarna i Betriebsrat är speciella och avviker från vad man kan finna i nordisk rätt. För det första gäller tystnadsplikt i frågor om företags- eller affärshemligheter. Detta förutsätter dock att arbetsgivaren angivit att tystnadsplikt gäller. Tystnadsplikten medför dock inte hinder mot att uppgifterna förs vidare till medlemmar i Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat eller Konzernbetriebsrat. – Detta innebär att möjligheterna att föra vidare information liknar dem som t ex gäller enligt den svenska medbestämmandelagen (se vidare § 79 Betriebsverfassungsgesetz).

Ett verkligt inflytande?

Som nämnt är utgångspunkten för de nordiska reglerna att ägaren behåller beslutanderätten i frågor om inflytande (eller medbestämmande, som termen något oegentligt lyder på svenska) för arbetstagar sidan på affärsmässiga beslut och liknande. Detta gäller också för den svenska lagstiftningen. Procederet är ordnat som en sorts förhandlingar, men i förhandlingarna behåller arbetsgivaren beslutanderätten. Det är m a o knappast fråga om förhandlingar, utan om samråd före beslut. Man kan säga att den svenska modellen (liksom kanske de andra nordiska ländernas modeller) seglar under falsk flagg såtillvida att lagstiftaren inte skapat en förhandlingssituation alls. En förhandling utgör i regel en process, där ett utbyte av prestationer äger rum och där det finns en konfliktlösningsmekanism, där inte den ena parten äger ensam bestämma. Medbestämmandet i svensk mening är inte en sådan process, utan snarare en sorts institution. Det fungerar som ett beredningsorgan inom ramen för arbetsgivarens beslutsprocess. Att man i den svenska lagen försökt bevara ett partsförhållande ändrar inte detta. Det föranleder endast den observationen att möjligheterna för arbetsgivaren att påverka facket i ett sådant sammanhang förefaller större än fackets möjlighet att påverka

¹⁴ Se t ex Fitting-Auffarth-Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 1977, s 1143.

arbetsgivaren. Den förnuftige arbetsgivaren gör medbestämmandeförhandlingarna till ett kontinuerligt seminarium om företagets och företagandets villkor.

Reglerna om inflytande vid företagsförvärv har ett stort och gapande hål, nämligen att säljarpersonalen och dess organisationer inte har något laglig möjlighet till förhandlingar med köparen. Här tycks samma regler gälla över hela Norden. I stället finns möjligheter till förhandlingar med säljaren. Men det är knappast säljarföretaget som har planer för den vidare verksamheten efter överlåtelsen. I ett betänkande från den svenska ägarutredningen¹⁵ föreslås dock att man skall utreda förändringar eller kompletteringar av nu gällande regler för att stärka de anställdas ställning vid företagsförvärv. Utredningen pekar särskilt på behovet för de anställda i köparföretaget att utvärdera och bedöma ett framlagt förvärvserbjudande och pekar på att sådana möjligheter kan skapas inom ramen för offentliga förvärvserbjudanden. Köparen bör enligt utredningen i samband med ett offentligt uppköpserbjudande vara skyldig att på begäran lämna information till de anställdas organisationer i köparföretaget.

I den följande framställningen återkommer denna fråga (se särskilt diskussionen av den danska överdragelsesloven nedan).

Tystnadspliktsfrågan

Det är genomgående i de nordiska reglerna att de innehåller regler om tystnadsplikt. Detta har tydligen setts som viktigt – en effektiv tystnadsplikt är antagligen en förutsättning för att information i känsliga frågor över huvud taget skall komma de anställda och deras representanter till del. Att göra skillnad mellan information och förhandlingar i detta avseende förefaller knappast meningsfullt. Generellt kan man ställa frågan om medbestämmande över huvud taget kan väntas att fungera så att de anställdas representanter kommer in i beslutsprocessen på ett så tidigt stadium att deras synpunkter kan spela större roll. Vid företagsförvärv kan det ofta föreligga starka intressen att uppgifter om förhandlingarna inte kommer ut förrän på ett sent stadium. Skälen kan vara varierande. Det kan röra sig om rena prestigeskäl – det kan vara negativt för ett företag om en offentliggjord affär inte kommer till stånd, intresset av att kurserna på börsen inte skall påverkas om det rör sig om börsnoterade företag, intresset av att förhandlingarna inte störs av publicitet, intresset av att hålla planerna hemliga inför konkurrenter o s v.

Ett system är särskilt problematiskt av tekniska skäl, nämligen det svenska.

Till de svenska reglerna om information finns knutna regler om tystnadsplikt. Författaren har i olika sammanhang givit uttryck för en kritisk inställning till

¹⁵ Företagsförvärv i Svenskt näringsliv, SOU 1990:1, s 153 ff.

dessa regler.¹⁶ Det finns ingen anledning att upprepa den kritiken. Tanken är likväl att arbetsgivaren när han lämnar ut information har att ange att den beläggs med tystnadsplikt. Denna tystnadsplikt gäller då interimistiskt. Den fackliga informationsmottagaren får ändå föra informationen vidare till styrelseledamot, i vart fall på det lokala planet. Tystnadspliktsreglerna har fått en sådan utformning att det är oklart om de kan tillämpas fullt ut vid förhandlingar. Det är klart att de kan tillämpas i fråga om uppgifter som facket begärt att få ut med tillämpning av informationsreglerna (t ex den sk editionsplikten, alltså skriftliga handlingar som åberopats). Men om vi har ett fall av företagsöverlåtelse är det synnerligen oklart om facket kan åläggas tystnadsplikt i fråga om själva förhandlingstemat. I förhandlingsreglerna ligger att arbetsgivaren måste ange i kallelsen till förhandlingarna vad han vill förhandla om. Man kan ställa frågan om det är möjligt att förhandla utan att det anges vilket företag som skall förvärfvas. Även om detta kanske inte står i förhandlingsframställningen är detta såvitt jag förstår oupplösligt förknippat med förhandlingstemat. Som den svenska medbestämmandelagen nu är skriven tycks inte denna fråga vara omfattad av tystnadsplikt över huvud taget.

III Företagsförvärvets inverkan på kollektivavtalsbundenhet

I de olika nordiska länderna har frågorna om företagsförvärvets inverkan på kollektivavtalsbundenheten fått olika lösningar.

I dansk rätt anses en företagsöverlåtelse innebära att kollektivavtalen automatiskt överförs till den nya ägaren p g a bestämmelserna om anställdas rättigheter vid företagsöverlåtelse.¹⁷

I finsk rätt inträder den nye ägaren i den tidigare ägarens ställning i kollektivavtalet. Detta gäller oavsett om den nye ägaren är bunden av annat avtal.¹⁸

I norsk rätt däremot gäller den motsatta regeln – den nye ägaren blir inte bunden av det gamla kollektivavtalet utan särskild utfästelse. Om överlåtelsen är av skenkaraktär blir dock de kollektivavtalsenliga förpliktelserna bestående.¹⁹

Svensk rätt har en mera komplicerad reglering. Där gäller som huvudregel att den nye ägaren blir bunden av det för verksamheten gällande kollektivavtalet. Detta gäller dock inte om arbetsgivaren redan är bunden av ett kollektivavtal som är tillämpligt på den förvärvade rörelsen. Dessutom har lagen upptagit särskilda regler om uppsägning av kollektivavtalet inom vissa tidsgränser.

¹⁶ Se JT 1989/90 nr 4.

¹⁷ Hasselbalch i NOU 1984:10 s 41.

¹⁸ Suviranta i NOU 1984:10 s 125 f.

¹⁹ Evju i NOU 1984:10 s 260.

Sålunda har arbetstagsidan rätt att säga upp avtalet inom 30 dagar efter det att den underrättades om övergången. Kollektivavtalet kommer då inte att gälla mot den nye ägaren, eftersom det i sådant fall upphör att gälla vid övergången, eller, om uppsägningen sker efter övergången, omedelbart vid uppsägningen.

Vidare har säljaren (men inte köparen) rätt att säga upp avtalet. Om uppsägningen sker före övergången upphör det att gälla vid övergången. Sker det efter övergången gäller 60 dagars uppsägningstid.

Meningen med de svenska reglerna anges vara att det i samband med företagsöverlåtelser skall göras helt klart om kollektivavtalet inte vidare skall gälla med oförändrat innehåll.²⁰

Mera inom parentes skall här nämnas att för det hyresrättsliga förhandlingssystemet, som Sverige är i stort ensamt om att ha, har lagstiftaren valt en annan lösning. Där kommer det huvudsakliga kollektiva avtalet, förhandlingsordningen, att följa med vid en fastighetsöverlåtelse. Den nye ägaren blir alltså bunden av denna. Däremot gäller inte den materiella överenskommelsen, förhandlingsöverenskommelsen, gentemot ny ägare. Skälet till detta torde vara att förhandlingsöverenskommelsen typiskt sett har samma funktion som kollektivavtal om löneändringar. Den har spelat ut sin roll i och med att de nya hyresvillkoren inflyter i hyresavtalen.

Diskussion: trygghet och flexibilitet

Även om ett företagsförvärv avseende substansen i ett företag innebär ett partsbyte ur obligationsrättslig synvinkel, kan man mena att betänkligheterna mot att åsidosätta vanliga civilrättsliga regler inför gäldenärsbyte borde vara mindre vad beträffar kollektivavtalet. Detta gäller framför allt vid ett övertagande av ett företags verksamhet i dess helhet. Ur den fackliga organisationens synvinkel finns knappast något intresse av att se till förvärvarens betalningsförmåga eller hans förmåga i övrigt att fullgöra sina förpliktelser enligt kollektivavtalet. Fackföreningens intressen är att företräda de anställda och i det avseendet är intresset delvis ett annat än hos de enskilda anställda. Dessa kan i och för sig ha ett intresse av att kunna sluta sina anställningar om de inte vill acceptera den nye arbetsgivaren. Men den fackliga organisationen har knappast något intresse av att frigöra sig på det sättet. Den har i stället ett intresse av fortsatt bundenhet i den meningen att detta innebär en viss garanti mot försämrade arbetsvillkor och att den fortsätter att företräda de anställda också gentemot den nye arbetsgivaren. Att detta är förhållandet har till stor del att göra med organisationsförhållandena på arbetsmarknaderna i de nordiska länderna. Så länge som verksamheten fortsätter i huvudsak i samma banor kan man utgå från att samma fackliga organisation kommer att göra anspråk på att företräda arbetstagarna. Läget kan bli an-

²⁰ Sigeman i NOU 1984:10 s 367 f.

norlunda om överlåtelsen innebär att verksamheten ändras, eller om den nye arbetsgivarens organisationstillhörighet och verksamhet i övrigt innebär att en annan organisation har anspråk på att sluta kollektivavtal för verksamheten. Ur den fackliga organisationens synvinkel finns dock ett intresse av att detta sker i samverkan mellan organisationerna och i sådana former att de anställda hinner byta organisation. Att något sådant skulle vara en automatisk konsekvens av ägarbytet är knappast ett fackligt intresse. – Detta gäller kanske närmast den på arbetsplatsen etablerade organisationen. Den organisation som har anspråk på ett nytt avtal vill säkert att processen skall snabbas upp. Detta intresse ter sig dock som mindre näraliggande.

Någon enstaka gång kan den fackliga organisationen också ha intresse av att frigöras från kollektivavtalet för att kunna vidta stridsåtgärder. Något sådant är förmodligen ganska ovanligt och förutsätter särskilda förhållanden.

Ur den nye arbetsgivarens synvinkel blir bilden mera sammansatt. Den tidigare arbetsgivaren får förmodas endast ha ett svagt intresse i saken. Man kan anta att den nye arbetsgivaren, när han avser att driva rörelsen vidare, i första hand har intresse av stabila förhållanden. Ur hans synpunkt bör då kollektivavtalen fortsätta att gälla. I andra hand kan arbetsgivaren vara intresserad av att de för hans övriga verksamhet gällande avtalen blir tillämpliga. Detta kan t o m vara fallet om verksamheten skall drivas oförändrad, men integreras med arbetsgivarens övriga verksamhet. En elektrisk rörelse kan t ex komma att falla under avtalet för metallindustrin, om den huvudsakliga verksamheten gäller metall- eller verkstadsindustri. Det är här fråga om en tillämpning av den s k industriförbundsprincipen.

Vid internationella företagsförvärv kan man kanske anta att det är vanligt att arbetsgivaren om han kommer från ett annat nordiskt land, är medlem i en arbetsgivarförening i sitt eget land, och avser att bli medlem i en arbetsgivarförening också får den verksamhet han bedriver i ett annat land. Detta innebär att han redan är bunden eller blir bunden av ett kollektivavtal p g a sitt medlemskap.

Någon gång kan arbetsgivaren vara intresserad av att vara fri från kollektivavtal inför övergången. Detta skulle möjliggöra en snabb förändring av arbets- och anställningsvillkor, liksom av arbetsorganisation. Å andra sidan kan man kanske i de flesta fall misstänka att något sådant skulle vara orealistiskt. Den nye arbetsgivaren skulle då riskera att mötas av krav på nytt kollektivavtal, ett krav som backas upp av stridsåtgärder.

Man kan diskutera vilken av de olika modellerna som finns inom nordisk rätt som har störst fördelar. Här skall endast allmänt konstateras att den norska modellen ger ett något otidsenligt intryck. Den innebär inga avgörande nackdelar, eftersom den faktiskt framtvingar en lösning. Det fordras en viljeförklaring från

arbetsgivarens sida, när han, som regel är, önskar fortsatt bundenhet. Problemet ligger kanske mera i att fackföreningen kanske vägrar att acceptera förvärvaren som part och ställer krav på nya och mera förmånliga villkor. I internationella förvärv kan detta innebära problem, om inte förvärvaren genom att gå med i en arbetstagarorganisation framtvingar bundenhet gentemot den aktuella fackföreningen.

Den danska och finska modellen skapar kanske störst trygghet vid övergången. De innebär att kollektivavtalen nästan framstår som en sakrättslig belastning på rörelsen. Det bör ankomma på den nye förvärvaren (eller på fackföreningen) att sedan åstadkomma en ändring genom att säga upp avtalen.

Den huvudsakliga innebörden i den svenska modellen är att göra klart att en arbetsgivare inte blir bunden om han redan har ett kollektivavtal som gäller arbetet i det nya företaget. Det gamla avtalet upphör då att gälla och det nya tar vid. Detta är antagligen en förnuftig approximation av vad som parterna avser, men innebär förmodligen ett visst ingrepp i organisationsrätten för fackföreningen vid övergången. Det är svårt att se fördelen med detta. Parterna bör säkerligen själva vara kapabla att lösa sådana frågor.

Att fackföreningen givits en rätt att säga upp avtalet kan kanske motiveras med liknande argument. I och för sig kan dock den regeln framstå så äventyrlig av samma skäl som har angivits beträffande Norge. Å andra sidan är det svårt att motivera en uppsägningsrätt för arbetsgivarsidan utan att ge en motsvarande rätt till arbetstagersidan. Den tanke som ligger bakom den svenska lösningen, nämligen att redan före övergången göra det klart hur det skall bli med tillämpligt kollektivavtal är i och för sig sympatisk och förmodligen i köparens och säljarens ömsesidiga intresse. Den fråga man kan ställa i sammanhanget är dock om de svenska reglerna inte verkar mera ex post. Klargörandet av kollektivavtalsförhållandena kan komma efter överlåtelsen och kanske delvis som en överraskning, åtminstone om det är fackföreningen som företar uppsägningen.

IV. Företagsförvärvets inverkan på anställningsavtalsrelationen

Ett företagsförvärv som endast innebär förvärv av aktier eller andelar i en juridisk person har inga effekter på anställningsavtalsförhållanden i nordisk rätt. Ett sådant förvärv innebär inte att den juridiska personen – arbetsgivaren – förändras. Därmed påverkas inte avtalsrelationen.

Att denna utgångspunkt kan te sig tveksam i vissa fall framkommer bl a i dansk rätt. När ett litet företag bedrivs i aktiebolagsform men med arbetsgivaren som aktiv i rörelsen kan man i en del fall tydligen tänka sig att fästa avseende vid förvärvets verkliga innebörd.²¹

Är det däremot fråga om ett substansförvärv blir situationen annorlunda. Vi har här ett byte av part i en avtalsrelation, med åtföljande problem vad beträffar övergången av fordringar och rättigheter på ömse sidor. Vi kan här se olika modeller utmejslade i olika länder.²¹

Mot bakgrund av allmänna obligationsrättsliga regler är det kanske naturligt att tänka sig en *individualmodell*. Varken köparen eller personalen i det övertagna företaget blir bundna i det nya rättsförhållandet. Dessa kan fritt avgöra om de vill bli bundna i ett nytt anställningsavtal.

En annan möjlighet är att arbeta med en *substitutionsmodell*. En sådan innebär att båda parterna är skyldiga att acceptera den andre som ny part i rättsförhållandet. Den kan också göras ensidig, så att den ena (naturligen arbetsgivaren) är skyldig att acceptera personalen i det förvärvade företaget, medan personalen kan välja om de vill acceptera köparen eller ej.

En tredje möjlighet är att arbeta med en *förutsättningsmodell*. Denna är närmast en variant på individualmodellen. Utgångspunkten är att det inte finns någon skyldighet för den anställde att acceptera en ny arbetsgivare, men principen modifieras avsevärt genom att man utgår från att i många fall är arbetsgivarens person likgiltig för den anställde. För industriarbetare och för tjänstemän i stora företag kan detta vara fallet, medan saken kan te sig väsentligt annorlunda i små företag.

En ytterligare möjlighet är en *frivillig substitutionsmodell*. Denna innebär att förvärvaren inträder i anställningsavtalet som part, men att arbetstagarna eller köparen har en rätt att säga upp anställningsavtalet med motivering att de inte accepterar den nya parten.

Slutligen kan *företrädesrättsmodellen* anges som en variant av individualmodellen. När en övergång sker till ny arbetsgivare sker anses detta innebära byte av anställning. Säljaren har därmed säga upp arbetstagarna, om han eller köparen vill att anställningsavtalen skall upphöra att gälla, eljest blir säljaren bunden för fortsatt anställning, men vill den nye arbetsgivaren göra nyanställningar har de anställda företrädesrätt.

Företrädesrättsmodellen utgör närmast ett specialfall av en fråga som ofta dy-

²¹ Se bl a UfR 82/87.

²² Se till det följande Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser, ak avh. 1983. Författaren vill uttrycka sitt beroende av Eklunds synnerligen förtjänstfulla insatser på området. Eklund redovisar egentligen 5 modeller – en av dem, som Eklund kallar splittrad individualmodell och som hänför sig till tysk rätt före 1972, skall inte redovisas här. Vad beträffar vad Eklund kallar tillgodoräknandemodellen skall också sägas att det är frågan om en annan dimension som markeras med denna modell, nämligen inte tvånget att fortsätta anställningsförhållandet, utan rätten att tillgodoräkna sig förmåner från den tidigare arbetsgivaren. Se närmare Eklund a a s 101 ff. – Här har jag dock valt att kalla den för företrädes-

ker upp inom ramen för individualmodellen, nämligen om och i vilken utsträckning arbetstagarna i sin nya anställning hos köparen skall få tillgodoräkna sig förmåner som de på olika sätt förvärvat eller tjänat in hos säljaren. Det kan gälla en rad vitt skilda rättigheter och förmåner, t ex rätt till intjänad semester, företrädesrätt vid uppsägning och återanställning, särskilt lång uppsägningstid o s v.

Efter att ha i korthet studerat dessa modeller kan man kanske med något större noggrannhet precisera de frågor som ligger bakom dem. Såvitt jag kan se är följande:

- a) i vilken utsträckning har de anställda rätt till fortsatt anställning?
- b) i vilken utsträckning har de anställda rätt till ny anställning?
- c) i vilken utsträckning bevaras innehållet i anställningsavtalen vid en eventuell övergång? – denna fråga beror av svaret på fråga a) och b) här ovan och kan sägas sönderfalla i tre delfrågor, nämligen
 - c 1) i vilken utsträckning gäller anställningsvillkoren med avseende på framtiden – kan arbetsgivaren omedelbart ändra dem eller kan han ändra dem med iakttagande av normal uppsägningstid (i fråga om visstidsavtal är frågan om han måste invänta utgången av visstidsavtalet)?
 - c 2) i vilken utsträckning bevaras intjänade rättigheter och andra förmåner som härrör ur den tidigare anställningen, men som inte förfaller till betalning eller annan fullgörelse förrän senare?
 - c 3) i vilken utsträckning svarar förvärvaren för förpliktelse som förfallit före övergången, men som inte fullgjorts?

I den rena individualmodellen kommer svaret på samtliga frågor att bli nekande. Ett helt nytt avtal kommer att ingås. – En annan sak är att här, liksom i andra sammanhang, kommer frågan om anställningsavtalens innehåll till stora delar att vara beroende av frågan i vilken utsträckning som kollektivavtalet fortsätter att gälla.

I en ren substitutionsmodell kommer svaret på samtliga frågor att bli jakande. Tanken är här att köparen inträder i säljarens alla förpliktelser enligt anställningsavtalet. I en del fall kan detta dock begränsas på vissa punkter. Det är ju t ex naturligt att förvärvaren befrias från att svara för förpliktelser som förfallit före tillträdet. I den frivilliga substitutionsmodellen blir frågan närmast den om de anställda väljer att arbeta kvar på oförändrade villkor eller om de i stället väljer att sluta.

I förutsättningsmodellen är huvudfrågan om arbetstagaren blir bunden vid den

rättsmodellen. Eklund talar om "den tysta partsavlösningsmodellen" i anställningsskyddslagen.

nye arbetsgivaren. En förutsättning för att sådan bundenhet skall uppstå torde vara att den nye arbetsgivaren inträder i rättsförhållandet – villkoren skall alltså bli oförändrade.

Företrädesrättsmodellen innebär att svaret på de flesta av frågorna är nekande. Här uppstår en återanställningsrätt med åtföljande rätt att få tillgodoräkna sig intjänade förmåner (anställningstid o s v) för arbetstagaren vid en eventuell återanställning.

Inom norden kommer flera av de nu nämnda modellerna till användning. Den rena individualmodellen används inte; den kan knappast sägas uppfylla nutida krav på anställningsskydd. Däremot används substitutionsmodellen i Danmark – den danska virksomhedsoverdragelsesloven från 1979 utgör ett exempel på detta. Substitutionsmodellen är den som kommer till användning inom de europeiska gemenskaperna (EG ; EF) enligt ett direktiv från 1977.²³Förutsättningsmodellen kommer också till användning i Danmark som en komplettering till substitutionsmodellen vad beträffar bl a tjänstemäns skyldigheter att acceptera ny anställning (t ex enligt funktionærloven). Den frivilliga substitutionsmodellen har kommit till användning i Finland enligt arbetsavtalslagen från 1970. Numera använder sig dock Finland av en substitutionsmodell.²⁴ Också på Island används en substitutionsmodell. Norge tycks använda sig av en substitutionsmodell väsentligen stödd på anställningsskyddsregler.²⁵ Företrädesrättsmodellen kommer till användning i Sverige enligt anställningsskyddslagen. Sverige är därmed i princip ensamt i Norden om denna något ålderdomliga form.

Man kan konstatera att den nordiska diskussionen knappast i någon större utsträckning fäst avseende vid arbetstagarnas ställning i det fallet att kontrakten löper på viss tid. Skälet är förmodligen att detta inte är särskilt vanligt. Även i övrigt har diskussionen om vilka villkor som skall gälla efter övertagandet inte förts särskilt energiskt. Skälet till detta är säkerligen att det tagits för givet att villkoren också i fortsättningen bestäms genom kollektivavtal.

Däremot har man i flera länder särskilda bestämmelser som gäller arbetstagarnas rätt att tillgodoräkna sig olika förmåner från tidigare anställning. Att så behövs har i första hand att göra med att en individualmodell eller variant av denna kommit till användning. I en del fall finns också spridda bestämmelser av denna typ där en substitutionsmodell används. I dansk rätt ges således funktionærloven särskilda regler om automatiskt tillgodoräknande av tidigare anställningstid.²⁶ Att

²³ 77/187/EEC.

²⁴ Suviranta, *Labour Law and Industrial Relations in Finland*, 1987, s 98 f.

²⁵ Evju i NOU 1984:10 s 297.

²⁶ Se Hasselbalch a a s 227.

sådana regler finns ger i och för sig upphov till en del bekymmer genom att lagarna kan ha något olika tillämpningsområde, arbeta med något olika överlåtelsebegrepp o s v.

En fråga som särskilt observerats är frågan om arbetsgivarens ansvar för pensionslöfte och liknande förbindelser. Enligt den svenska tryggandelagen gäller den särskilda ordningen att, för (de numera ganska ovanliga) fall där pensionslöftet inte tryggats genom tecknande av pensionsförsäkring, pensionsmottagaren skall godkänna en överföring av ansvaret för pensionslöftet till den som övertar en verksamhet. Sådant godkännande behöver dock inte ges om efterträdaren kan anses god för pensionsutfästelsen. Tillstånd krävs då av tillståndsmyndigheten. Har ansvaret för pensionslöfte sålunda överflyttats, anses utfästelsen ha samma rättsverkningar som om arbetstagaren varit anställd hos efterträdaren från dagen för anställningen hos företrädaren. Efter överföringen är företrädaren (säljaren) fri från ansvar för utfästelsen. Sker inte överföring skall företrädaren köpa en pensionsförsäkring som tryggar upplupen del av pensionslöftet.

Den danska överdragelseovens regler om substitution gäller inte pensionslöften (ålderdom, invaliditet ed). Enligt Hasselbalch är detta undantag dock utan praktiskt betydelse. Överdragelseoven omfattar nämligen skyldigheten att göra inbetalningar till bestående pensionsordningar. Enligt dansk rätt gäller i övrigt att pensionsmedel skall avskiljas från arbetsgivaren.²⁷

Diskussion: trygghet och förändring

Det kan finnas flera olika syften med ett företagsförvärv. Den situation som vi emellertid är intresserad av är främst en konfliktsituation, alltså den att förvärvaren försöker göra förändringar i personalstyrkan. Det kan vara fråga om nedskärningar, det kan vara fråga om att byta ut en del personal för att tillföra annan kompetens. Förvärvaren har oavsett detta ett intresse av att kunna omorganisera verksamheten och han har ett intresse av att kunna göra sig av med gamla förbindelser, s k intjänade rättigheter, eller i varje fall få en klar bild av vad dessa är, för att kunna göra en riktig ekonomisk bedömning i samband med värderingen av det förvärvade företaget. Ibland kan också förvärvaren ha ett intresse av att tillförsäkra sig att viss nyckelpersonal stannar kvar.

Man kan säga att det från de anställdas sida är fråga om tre huvudintressen vid ett byte av arbetsgivare i samband med en företagsöverlåtelse, och de är rakt motsatta förvärvarens, nämligen dels intresset av fortsatt anställning, dels intresset av oförändrade villkor i en fortsatt (eller ny) anställning, dels intresset av att intjänade rättigheter inte skall försämrats eller gå förlorade – i det sista fallet

²⁷ Hasselbalch a a s 228.

gäller det så vitt skilda saker som intjänad semester, intjänad senioritet vid uppsägningar och intjänade pensioner. De anställda har också ett starkt ideellt intresse att kunna vägra att bli bundna av en ny arbetsgivare.

En diskussion av de olika principerna eller modellerna förutsätter i viss utsträckning att man tar ställning till vilkas intressen som skall gynnas. Lika viktigt är emellertid att man försöker göra klart för sig hur de olika modellerna fungerar i en överlåtelsesituation – hur gestaltar sig frågorna praktiskt för parterna, hur sker arbetstagarinflytandet, hur påverkas tidsperspektivet inför förändringar som avses bli genomförda o s v.

Den enklaste situationen är den där förvärvaren inte avser att genomföra några förändringar, utan enbart att driva företaget vidare. I en sådan situation har substitutionsmodellen vissa fördelar. De anställda blir inte oroade av uppsägningar. I samrådet inför övergången har de vissa möjligheter att få kunskap om vilka intentioner som förvärvaren har.²⁸ Å andra sidan innebär individualmodellen eller företrädesrättsmodellen inte några avgörande nackdelar. Köparen kan lösa problemen genom att klart deklarerat vilka avsikter han har. Löften om fortsatt anställning kan utställas. De kan t o m ges formen av tredjemansavtal redan i avtalet mellan köpare och säljare. Man kan kanske förmoda att klarhet skapas på ett tidigare stadium i dessa modeller. (Här tar vi inte hänsyn till att en substitutionsmodell kan vara förenad med regler om medbestämmande i samband med överlåtelsen – se vidare nedan.) Köparen måste visa sina kort tidigare. Detta bör dock kanske inte överdrivas. Om det råder osäkerhet mellan köpare och säljare kommer säljaren med dessa modeller att säga upp personalen som ett naturligt led i överlåtelsen. Säljaren vill ju undvika att bli bunden av fortsatt anställning om han är osäker på hur köparen avser att förfara.

I en situation där köparen avser att genomföra förändringar, särskilt sådana som kan uppfattas som negativa från säljarpersonalens sida, är skillnaderna kanske större. Ett system där uppsägningarna kommer tidigt bör därmed gynna köparen liksom genomförandet av förändringar i stort. I individualmodellen är det i regel säljaren som gör uppsägningarna. Han gör detta i eget intresse för att slippa fortsatt bundenhet. I substitutionsmodellen görs uppsägningarna primärt av köparen. Han har ju inträtt i köparens ställe. Men även säljaren kan i och för sig göra uppsägningarna, något som tycks vara fallet i dansk rätt.²⁹ Enligt finsk rätt däremot, kan inte överlåtaren företa några uppsägningar med anledning av över-

²⁸ Här kan i och för sig samrådsförfarandet kritiseras – personalen i säljarföretaget har enligt de nu gällande reglerna inte någon rätt att komma i direktkontakt med köparen. Han är ju ännu inte arbetsgivare.

²⁹ Hasselbalch a a s 239 – att så kan ske tycks åtminstone indirekt framgå av överdragelseslovens § 6.

låtelsen.³⁰ Men påverkar detta tidsperspektivet för parterna i den meningen att den ena eller andra modellen innebär att förändringar måste uppskjutas eller att tillträdet till företaget måste uppskjutas?

Är det då ett problem att en del arbetstagare kanske väljer att förklara att de inte vill arbeta för den nye arbetsgivaren. Ett tidigt tillträde kan ha negativa effekter ur psykologisk synvinkel. Några arbetstagare kanske vill rida på den personliga arbetskyldigheten och vägra utföra arbete och i stället kräva säljaren på lön under (motsvarande) uppsägningstid.

Det bör betonas att detta knappast är något som gör att arbetstagarna kan gå lediga under en tid och åtnjuta lön från den förre arbetsgivaren. Åtminstone enligt svensk rätt anses arbetstagare skyldiga att under uppsägningstid, när arbetsgivaren inte kan erbjuda arbete, acceptera annan lämplig anställning. Uppsägningsslönen minskas då med vad arbetstagarna kunnat förtjäna i sådan anställning. Det är tydligt att om köparen erbjuder lämpligt arbete, säljarens skyldighet att betala uppsägningsslön bör minskas i motsvarande mån.

Hur förhåller det sig då med de nyckelpersonerna bland de anställda, dem som förvärvaren önskar behålla? Det innebär onekligen en nackdel om dessa sägs upp. Under alla omständigheter bör förvärvaren tidigt sätta sig i förbindelse med dem och försäkra sig om deras fortsatta tjänster. En individualmodell kan därför vara besvärligare att hantera för parterna till överlåtelsen.

Är det ett problem att omorganisationen sker på ett sammanblandat sätt i individualmodellen? Det är inte förvärvaren som ensam sköter omorganisationen. Uppsägningar kommer att ske under säljarens besittning av rörelsen. I en substitutionsmodell däremot kommer köparen att vara bunden av anställningsavtalen. Hans åtgärder kommer att vara jämställda med vilken omläggning i verksamheten som helst. Tillträdet kan ske utan att uppsägningar från säljaren behöver övervägas. – Det är inte uteslutet att den mest effektivitetsbefrämjande modellen därmed är substitutionsmodellen.

Ett argument som tycks tala för substitutionsmodellen är att en samordning med det fackliga inflytandet förenklas. Som nämnt har en köpare inte ställning som part i förhandlingarna så länge som säljaren är arbetsgivare. Därmed kommer förhandlingarna inför en överlåtelse i första hand att gälla lämpligheten av en försäljning. Det är inte givet att säljaren kan ge upplysningar om vilka åtgärder som säljaren avser att vidta. I en individualmodell kommer säljaren att vidta uppsägningar i syfte att slippa fortsatt bundenhet av anställningsavtal som köparen inte accepterar eller som inte vill ta anställning hos köparen. När köparen till-

³⁰ Suviranta i NOU 1984:10 s 154 f och dens. Labour Law and Industrial Relations in Finland s 98 f.

träder måste tydligen förhandlingar ske om de förändringar köparen önskar vidta. Det säger sig självt att det inte är mycket mening med sådana förhandlingar – besluten är redan fattade utan medverkan från fackets sida.

I en substitutionsmodell å andra sidan bör det vara köparen som vid tillträdet har att i första hand förhandla och därefter genomföra de uppsägningar m m som blir nödvändiga som ett led i omorganisationen. En annan sak är att det inte i och för sig finns något i substitutionsmodellen som hindrar att säljaren vidtar uppsägningar m m. Något sådant förutsätter dock att han är överens med säljaren om vilka förändringar som skall vidtas. – Detta stämmer bättre med de intentioner som finns med ett verkligt fackligt inflytande.

Det kan dock invändas att detta kan innebära en fördröjning av omorganisationen. Det är möjligt att ett tidigt tillträde bättre kan förenas med en substitutionsmodell än med en individualmodell, men i praktiken torde andra omständigheter än hänsyn till arbetsrättsliga förhållanden styra denna fråga.

Mot bakgrund av detta resonemang kan man se kritiskt på reglerna om information och förhandlingar i den danska lagen om företagsöverdragelser. Enligt § 5 i den danska lagen skall överlåtaren inom rimlig tid före överlåtelsen (d v s det fysiska övertagandet) informera arbetstagarrepresentanterna om 1) orsaken till överlåtelsen 2) de juridiska, ekonomiska och sociala konsekvenserna av denna samt 3) eventuella föranstaltningar för arbetstagarna. Om köparen tillträtt ankommer det på honom att ge informationen.

Enligt lagens § 6 skall säljaren också förhandla med arbetstagsidans och som i samband härmed överväger „at iværksætte foranstaltninger for lønmodtagerne“ i rimlig tid kalla till förhandlingar med sikte till att nå en överenskommelse. Har köparen tillträtt i förväg ankommer förhandlingsskyldigheten på honom.

Dessa regler är säkert välmenande och möjligen anpassade till system där något medbestämmande inte finns. Att det skulle finnas någon större mening med förhandlingar med *säljaren* är dock inte så klart. Regler som i ett läge ger möjlighet till förhandlingar med köparen skulle säkert vara mera meningsfulla. – De danska reglerna lider emellertid av samma svaghet och av samma formella tänkande som de svenska, trots att utgångspunkterna är så olika. En annan sak är att förhandlingar med säljaren inför en överlåtelse i och för sig inte skadar.

En annan viktig fråga är hur väl individualmodellen egentligen är anpassad till de strävanden mot ökad anställningstrygghet som präglat arbetsrättslig lagstiftning under 70-talet. Man kan mena att individualmodellen bygger på ett delvis föråldrat synsätt, där den personliga bindningen till arbetsgivaren träder i förgrunden. Detta ter sig som mindre motiverat, t ex när arbetsgivaren-säljaren är ett aktiebolag. De lösningar som givits, t ex i svensk rätt, och som innebär att de av säljaren uppsagda arbetstagarna har en återanställningsrätt hos köparen ter sig som påklistrad kosmetika. Återanställningsrätten är inte särskilt stark och framför allt inte specifik. Det skydd som kan ligga i det personliga anställningsavtalets

begränsningar eller i inflytande genom samverkansförhandlingar begränsas också avsevärt. Mot detta bör emellertid ställas särskilt köparens intresse av att komma till ett "rent bord".

Om man skall försöka sammanfatta denna diskussion bör en sådan sammanfattning snarast innebära att substitutionsmodellen ger klarare och enklare lösningar. Den medger större trohet mot arbetsrättsliga huvudprinciper. De här diskuterade problemen kan i och för sig lösas i en individualmodell, men det förutsätter större administrativt engagemang från särskilt köparens sida.

Hur är det då med arbetstagarsidans intresse att inte acceptera en ny arbetsgivare? I de fall där denna fråga observerats inom ramen för substitutionsmodellen ges arbetstagarna ibland en rätt att vägra att acceptera fortsatt anställning (Wiederspruchsrecht). – Så tycks dock inte vara fallet fullt ut i Danmark. Här fortsätter anställningsavtalet om det inte har en ganska stark personlig prägel.³¹ Man kan dock mena att det är naturligt att arbetstagarna ges en rätt att motsätta sig bundenhet i förhållande till ny arbetsgivare. Argumentet är mera känslomässigt än rationellt.

Ett annat sätt att sammanfatta denna diskussion är att det är önskvärt att en genomlysning sker av övergångssituationen. Den part som avser att förändra anställningsförhållandena är också den som bör agera i förhållande till arbetstagar sidan. Detta talar för en substitutionsmodell. Den förefaller bäst förenlig med de senaste årtiondenas strävan mot ökat inflytande för arbetstagar sidan.

³¹ Se Hasselbalch, *Ansattelsesretten*, 1985 s 233 f.

Skatterätt

Av Professor NILS MATTSSON, Sverige.

Inledning

Detta referat behandlar den skatterättsliga delen av ämnet, Internationella företagsförvärv och företagsetableringar. Jag har valt att särskilt uppehålla mig vid några av alla de spörsmål som kan aktualiseras. En beskrivning av dispositionen följer nedan.

Innan jag anger vilka olika frågor som bör vara föremål för uppmärksamhet vill jag dock något uppehålla mig vid den allmänna frågan, i vilken utsträckning som skatterättsliga frågor har betydelse för beslut i samband med internationella företagsförvärv och företagsetableringar.

Företagsförvärv sker därför att den presumtive köparen anser att förvärvet är ekonomiskt värdefullt. Den marknad, som kan exploateras, är intressant; den produkt som tillverkas, är viktig. Det är således kommersiella skäl som nästan uteslutande är primära anledningen till företagsförvärv eller företagsetableringar. Att skatterättsliga orsaker skulle vara en avgörande anledning till ett företagsförvärv är ovanligt, även om det någon gång kan tänkas förekomma. Det kan t ex hända att ett företag förvärvas därför att det finns förluster i ett bolag, vilka kan utnyttjas. På samma sätt kan en företagsetablering huvudsakligen vara orsakad av skattemässiga bevekelsegrunder. Detta kan vara fallet t ex när en företagskoncern bildar ett holdingbolag.

Det skall också inledningsvis framhållas att vid valet av etableringsland inom en gemensam marknad kan ofta skatterättsliga skäl vara särskilt viktiga. Detta gäller inte minst vid valet av etableringsland inom den europeiska gemenskapen. Här finns det en tullunion och arbetet med att slopa alla barriärer som hindrar rörligheten av varor, tjänster, kapital och människor har kommit mycket långt.

Skatterättsliga frågor av nu nämnt slag som således kan uppkomma vid diskussionen om företagsförvärv och företagsetableringar är emellertid så generella, att det knappast finns möjlighet att meningsfullt analysera dem. Det är nödvändigt att mer exakt bestämma vilka spörsmål som bör uppmärksammas. Diskussionen måste vara mer konkret.

Jag har därför lämnat utanför framställningen frågor som rör själva köpet av ett företag eller bildandet av ett företag. Hur köpeskillingen skall betalas och hur kapitalet skall tillskjutas är i vissa avseenden speciella spörsmål, vilka kräver sär-

skilda överväganden. Det är i stället den löpande beskattningen i internationella koncerner, som jag ägnar min uppmärksamhet åt. Emellertid byggs grundstrukturen i en internationell koncern upp bl a genom företagsförvärvet och företags-etableringen. Sådana för koncernuppbyggnaden centrala frågor kommer jag också att belysa i den fortsatta framställningen. Jag uppehåller mig till sist kortfattat vid val av företagsform och vid frågan om betydelsen av den pågående marknads-integrationen i Europa.

Den internationella skattestrukturen

I internationella förhållanden är det vissa speciella skattefrågor, som måste analyseras. De är orsakade främst därav att det inte finns en samordning mellan skattesystemen i nationalstaterna. Resultatet av denna planlöshet och av dessa överlappningar av regelsystemen blir att skatteeffekterna kan bli så hårda i internationella transaktioner, att de aldrig hade accepterats om transaktionen i stället hade företagits i ett och samma land. De värsta asymmetrierna försöker man komma till rätta med genom de olika avtalen för undvikande av dubbelbeskattning (dubbelbeskattningsavtal). Förefintligheten av sådana och innehållet i dessa får den allra största betydelse för bedömningen av olika tänkbara alternativ vid företagsförvärv och företagsetableringar.

Detta är dock inte det enda sättet att komma till rätta med dubbelbeskattning. I många stater finns rätten för skattskyldiga att avdra utländska skatter som kostnader och/eller att avräkna utländska skatter, åtminstone i viss utsträckning, mot inhemska skatter. Alla industristater är medvetna om att den merbeskattning, som uppkommer genom överlappningar av de nationella skattesystemen, måste elimineras eller åtminstone lindras.

När de skatterättsliga effekterna av internationella företagsförvärv eller företagsetableringar skall bedömas är det således tre regelsystem som måste granskas. Det blir fråga om att undersöka relevanta bestämmelser i två nationella regelsystem, dvs i det land från vilket investeringen härrör (det kapitalexporterande landet) och i det land där investeringen äger rum (det kapitalimporterande landet). Dessutom är det nödvändigt att man tar hänsyn till de regler som finns i tillämpligt dubbelbeskattningsavtal mellan det kapitalexporterande och det kapitalimporterande landet.

Vilka länder som skall granskas är många gånger från början givet. Det är klart från vilket land investeringen skall ske och i vilket land investeringen skall göras. Ibland är dock strukturen sådan att flera alternativ finns. Orsaken till att frågan

ställs med olika tänkbara alternativ är ofta skatterättslig och svaret på frågan blir då avhängigt av de skatterättsliga konsekvenserna. Skatterättsligt optimala lösningar får dock inte leda till komplicerade och otympliga koncernstrukturer.

Vid bedömningen, från vilket land investeringen skall ske, uppmärksammas reglerna i de länder, där mottagna inkomster från utlandet, t ex i form av utdelningar, räntor och royalties, blir mycket lindrigt beskattade. Särskilt från bolag i länder med utvecklade nät av dubbelbeskattningsavtal men med låg beskattning på bolagsinkomster (åtminstone på inkomster som kommer från utlandet) sker många av de internationella investeringarna. Dessa holdingbolag är dock mellanled i vägen fram till moderbolaget och till de slutliga ägarna. I ett sådant fall är det åtminstone två dubbelbeskattningsavtal som måste granskas. Det är för det första avtalet mellan det land där investeringen sker och det land där holdingbolaget är beläget, som är viktigt för bedömningen av det skattemässiga resultatet. Men det är mestadels också nödvändigt att undersöka vilken effekt vinsthemtagningar skattemässigt får när de sker från holdingbolaget och till moderbolaget.

Det är inte heller alltid självklart var investeringen skall göras. Här är visserligen inte alternativen lika många, eftersom det är en bestämd marknad som skall bearbetas. Men det förekommer att flera alternativ existerar. Det kan vara så att den potentiella marknaden omfattar flera länder. Det är då nödvändigt att bestämma sig för var företagsetableringen skall äga rum. I detta beslut är det självfallet inte bara skatterättsliga avvägningar som skall beaktas. Många andra faktorer är viktiga och så viktiga att de kan bli avgörande för beslutet. Men det är naturligtvis viktigt att jämföra de skatterättsliga regler som finns i tänkbara investeringsländer. Inte minst är härvid de olika skattelindringar som kan erbjudas betydelsefulla vid etablering. Men även vid denna bedömning är det väsentligt att beakta reglerna om vinsthemtagning från det kapitalimporterande landet till det kapitalexporterande landet.

Avslutningsvis kan sägas, när det gäller dessa allmänna frågor angående den skatterättsliga situationen i det kapitalexporterande och det kapitalimporterande landet, att det i allmänhet förefaller, när man ser skattereglerna för s k tax havens, vara mer lockande att etablera holdingbolag där än vad det slutligen visar sig vara. Skälet till detta är helt enkelt att dessa länder inte har ett sådant nät av dubbelbeskattningsavtal med industrialiserade länder, som är nödvändigt för att den totala skattebilden i koncernen skall bli tillfredsställande.

Det är således betydelsefullt vid de bedömningar som skall göras att fastställa vilka skatterättsliga regler som blir aktuella i det land från vilket investeringen göres och vilka skatterättsliga regler som aktualiseras i det land i vilket investeringen sker. Hela tiden måste dock relevanta dubbelbeskattningsavtal granskas.

Vinstöverföringar

Ett av de viktigaste frågorna vid bedömningen av tänkbara alternativ vid internationella företagsförvärv och företagsetableringar är de existerande möjligheterna till vinsthemtagningar. En internationell koncern måste ha möjlighet att föra medel från en del av koncernen till en annan med minsta möjliga skatteutfall för att göra investeringar, där de visar sig vara mest lönsamma. På samma sätt som detta på det nationella planet sker genom att vinstmedel i en del av koncernen används för att bekosta investeringar i andra delar av koncernen, belägna på andra platser i landet, och detta i allmänhet kan ske utan skattemässiga hinder, på samma sätt är det naturligt för den internationella koncernen att skapa bästa tänkbara struktur för att överföra till minsta möjliga kostnad vinstmedel dit de bäst behövs.

Jag kommer i detta avsnitt att behandla de mest vanliga formerna för vinstöverföringar inom en koncern. Jag tar emellertid då begreppet vinstöverföring i en mer omfattande betydelse än vad man vanligtvis lägger in i uttrycket. Enda sättet att företa en vinstöverföring borde vara, om begreppet skulle tas i dess snävaste mening, antingen genom utdelning, om löpande vinster överfördes, eller möjligtvis genom realisationsvinst (kapitalvinst), om investeringen upphörde och avyttrades. Jag vill emellertid utvidga frågan om vinstöverföringar till att avse även de regler, som finns avseende transferingar av räntor och royalties.

Jag är då medveten om att vinst är resultatet i bolaget enligt bokslutet. Men räntor kan till viss del jämföras med utdelning. En ränta är en ersättning för utlånat kapital och utdelning ersättnings för eget kapital. Röntan kan därför om utbetalningen sker till koncernbolag vara en transaktion jämförbar med en vinstöverföring, eftersom gäldenärsbolaget betalar av sina bruttointäkter en ersättning för det lånade beloppet och vinsten stannar inom koncernen. På samma sätt är royalties en ersättning för nyttjandet av immateriella rättigheter. Betalningen är, på samma sätt som en räntebetalning, en ersättning i detta fall för rätten att utnyttja en tillgång och även här stannar vinsten inom koncernen. Det är en riktig invändning att ränta och royalties är ersättning för upplånat kapital resp för en immateriell rättighet och att det inte är en ersättning som exklusivt endast kan överföras till ägaren. Men, å andra sidan, ett bolag behöver kapital och det kan i allmänhet vara fritt att välja mellan eget kapital och lånat kapital från ägaren. Ett bolag kan behöva tillgång till immateriella rättigheter som finns i koncernen. Det rör sig då ofta om sådana immateriella rättigheter, som det inte går att få från bolag utanför koncernen och dessutom sådana rättigheter som koncernen absolut inte ger annan än koncernbolag tillgång till. Jag menar därför att ränta väl kan jämföras med utdelning och att även royalties kan behandlas som en vinstöver-

föring om man tar begreppet i så vid mening att det snarare blir synonymt med inkomstöverföring.

Det finns ytterligare ett skäl att behandla räntor och royalties samtidigt med utdelning. Utdelning kan endast ske till ägarna av bolaget. Om vi ser på en internationell koncern finner vi emellertid att bolag kan låna medel från annat företag i koncernen än ägarbolaget. Det kan vara en fördel att på detta sätt sprida ut transfereringsströmmarna. Samma sak gäller beträffande royalties. Även dessa kan överföras till annat bolag än ägarbolaget. En spridning av betalningsströmmarna förekommer även här.

a) Utdelningar

När koncernens struktur skall bestämmas är det viktigt att fastslå vilka effekter denna får på utdelningar från dotterbolag till moderbolag. En utdelning från ett dotterbolag till ett moderbolag i ett och samma land får i allmänhet till resultat att utdelningen inte beskattas. Visserligen har den s k ekonomiska dubbelbeskattningen av aktiebolagsvinster försvunnit i allt fler länder, men även i de fall den finns kvar, existerar regler, som förhindrar en kedjebeskattning. Däremot är det vanligt att kedjebeskattning blir resultatet, när dotterbolaget har sitt hemvist i ett land och moderbolaget i ett annat land. Risken för merbeskattning är i dessa fall stor.

Det finns två regler, som det framförallt är viktigt att beakta för att det skattemässiga resultatet i form av merbeskattning skall stå klart. För det första gäller det att se vilka regler, som gäller i det land dotterbolaget har sitt hemvist. Det är vanligt att det finns en källskatt, som utgår för det fall att mottagaren till utdelningen är bosatt utomlands och således är inskränkt skattskyldig. Det är viktigt att räkna med denna källskatt, som kan variera betydligt. Det förekommer också att en utdelningsinkomst inte beläggs med källskatt utan beskattas som en ordinär inkomst, även när mottagaren är inskränkt skattskyldig.

Men det är dessutom nödvändigt att se hur den skatterättsliga behandlingen av utdelningen blir i moderbolagets hemviststat. Det är inte ovanligt att utdelning från utlandet beskattas, även om det är fråga om utdelning från ett dotterbolag och även om en utdelning från dotterbolaget hade varit skattefri, ifall det hade varit inhemskt.

Dessa två regelsystem, källskatt eller annan beskattning av utdelningen i dotterbolagets hemviststat och skatteplikt för utdelningen i moderbolagets hemviststat, är de regler som utgör främsta skälet till att merbeskattning vid utdelning uppkommer i internationella koncerner och därför är det också viktigt att man försöker undvika denna merbeskattning.

Det är också i dessa två fall som särskilda bestämmelser införs i dubbelbe-

skattningsavtalen med syfte att lindra beskattningen. Källskatten i dotterbolagslandet är ofta föremål för särskild reglering, genom vilken källskatten försvinner eller lindras och det är vanligt att moderbolagets hemvistland lättar på beskattningen av mottagna utdelningar utifrån.

Reglerna om beskattning av utdelning skiftar dock från ett dubbelbeskattningsavtal till ett annat. Den främsta anledningen härtill är att beskattningen av aktiebolagsvinster och av utdelning varierar så mycket i den interna rätten. Avtalsbestämmelserna måste utgå från dessa interna regler. Vissa länder gör en skillnad i skattesatsen beroende på om vinsten utdelas eller inte. Detta får betydelse, eftersom de länder, som har en lägre skatt på utdelad vinst, är mer obenägna att i ett dubbelbeskattningsavtal avstå från källskatt, eftersom mottagaren av utdelningen inte på annat sätt är skattskyldig i staten ifråga.

I andra länder har man mer eller mindre genom ett avräkningssystem gjort avkall på dubbelbeskattningen av aktiebolagsvinsterna. De blir i stället enkelbeskattade. Detta avräkningssystem är ofta utformat så att aktiebolaget erlägger skatt på sin vinst. Efter utdelning blir aktieägaren beskattad dels för det utdelade beloppet och dels för hela eller delar av den bolagsskatt som beräknats ha utgått på det utdelade beloppet. Sedan skatten uträknats för mottagaren av utdelningen, får den skattskyldige avräkna mot det fastställda skattebeloppet det belopp som beräknats att i aktiebolaget ha utgått på det utdelade beloppet och som ju räknats som ett skattepliktigt belopp hos honom. Härigenom utgår faktiskt sett skatt endast i ett led, slutgiltigt hos ägaren i moderbolaget, och beskattningen av aktiebolaget kan därför ses som en form av preliminärbetalning av den skatt som faller på aktieägaren.

Men dessa olikheter gör i allmänhet bestämmelserna om utdelning i dubbelbeskattningsavtalen komplicerade. Det är också ofta så, att länder har olika stor benägenhet att låta dessa avräkningsregler gälla även för den händelse att mottagaren är bosatt i annat land.

Slutresultatet av denna genomgång blir då att det är viktigt att se vilka regler som gäller i den interna lagstiftningen såväl i källstat som i hemviststat, samt även här undersöka vilka bestämmelser som finns i tillämpligt dubbelbeskattningsavtal.

b) Räntor

Beskattningen av räntor är en viktig del av det skatterättsliga regelkomplex, till vilket hänsyn måste tas vid internationella företagsförvärv och företagsetableringar. Även här är det inte ovanligt att olikheterna i de nationella skattereglerna kan leda till att merbeskattning uppkommer. Det är därför en av de frågor på vilken uppmärksamheten måste riktas.

Många länder lägger en källskatt på räntor, som utbetalas till personer, juridiska och fysiska, som är begränsat skattskyldiga. Denna källskatt kan helt försvinna eller kraftigt reduceras genom dubbelbeskattningsavtal. Det är därför viktigt att granska dubbelbeskattningsavtalet mellan gäldenärens och borgenärens hemviststater.

I gäldenärens hemviststat är det således främst den eventuella förekomsten av källskatt på räntor, som utbetalas till personer med inskränkt skattskyldighet, som måste granskas. Det förekommer även i vissa stater att räntor som utbetalas till utlandet inte är avdragsgilla vid gäldenärens taxering. En sådan bestämmelse har dock blivit allt ovanligare och förekommer främst i utvecklingsländer. Den strider mot i många avtal införda regler, som förbjuder diskriminering och kräver lika behandling för utbetalda räntor oavsett borgenärens hemvist.

Med avdragsrätt för utbetalda räntor menas dock inte att vilka räntor som helst kan accepteras. Storleken på avdragsgill ränta kan ju inte sällan bli en skatterättslig fråga även i de fall när gäldenär och borgenär har hemvist i samma stat och samma fråga kan naturligtvis aktualiseras i internationella förhållanden. Om räntebeloppet är alltför högt måste utbetalningen klassificeras om så att "övertäntan" för gäldenären inte blir avdragsgill och kanske behandlas t ex som utdelning.

Ytterligare en anmärkning av praktisk betydelse skall här göras. Det finns länder, som har särskilda bestämmelser om vad som brukar kallas "thin capitalization". Dessa regler förutsätter ett visst förhållande mellan eget och främmande kapital, om finansiering skett av moderbolaget eller av andra koncernbolag. Eftersom de skatterättsliga reglerna om räntor ofta leder till enkelbeskattning, kan dessa regler medföra att koncernen föredrar finansiering med främmande kapital i stället för med eget kapital. För bolagen spelar detta inte någon större roll, eftersom koncernen oavsett sättet för finansiering garanterar det nybildade bolagets existens.

Dessa regler om "thin capitalization" innebär i allmänhet att räntebetalningar, även om de är marknadsmässiga, kan behandlas som utdelning. Ofta är dessa bestämmelser detaljrika, där olika förhållanden mellan eget och främmande kapital skall vara uppfyllda för att den gjorda finansieringen skall accepteras från skatterättslig synpunkt.

Även i borgenärens hemviststat är det viktigt att granska de interna reglerna. Här gäller det att se hur räntor beskattas, när de kommer från utlandet. Som jag redan tidigare antytt, kan denna fråga vara särskilt viktig när det gäller att välja det land, från vilket investeringen skall ske, eftersom en del länder har särskilt förmånliga regler för bolag, som mottar inkomsten utifrån.

c) Royalties

När royalties skall överföras från ett bolag i ett land till ett bolag i ett annat överensstämmer frågorna i allt väsentligt med dem som gäller för räntebetalningar.

Viktigt är alltså att se vilka möjligheter till avdrag som finns hos licenstagaren och vilka beskattningskonsekvenser licensbetalningen har för licensgivaren i licenstagarens hemviststat, sedan hänsyn tagits till reglerna i tillämpligt dubbelbeskattningsavtal. Det är också viktigt att se hur den mottagna licensavgiften blir beskattad hos licensgivaren i dennes hemviststat.

Är det något som skall särskilt markeras i detta sammanhang, vill jag framhålla vikten att granska vad som i tillämpligt dubbelbeskattningsavtal räknas som royalty. Begreppet är ju redan i intern rätt inte ett exakt uttryck utan det används i många olika sammanhang. Detta torde vara en av anledningarna till att man ofta ser uttrycket royalty noggrant definierat i avtalen.

Vidare gäller det här att understryka, att storleken på utbetald royalty av samma skäl granskas som räntans storlek blir föremål för granskning i det land, från vilket utbetalning sker.

d) Kapitalvinster

I inledningen till detta avsnitt antydde jag att vinsthemtagning kan ske genom att moderbolaget avyttrar aktierna i det bolag, där investeringen skett. Detta är ett vanligt sätt att ta hem vinster, som ej utdelats från bolaget. Denna möjlighet bör kanske även anges som ett alternativ i denna uppräkningsövning över olika transfereringssätt av vinster på den gjorda investeringen. Det skall dock understrykas att detta sätt att ta hem vinsten samtidigt innebär att man överlåter själva investeringen på annan. Om inte köparen är ett annat koncernbolag, är det fråga om en slutlig avyttring. Jag utesluter då de fall då själva inkråmet i det bolag, där investeringen skett, först överlåtes till annat bolag inom koncernen och bolaget, innehållande kanske endast vinstmedel, sedan avyttras.

Även här är det den interna rätten i det kapitalexporterande och kapitalimporterande landet jämte reglerna i tillämpligt dubbelbeskattningsavtal som bestämmer det slutliga skatterättsliga resultatet av transaktionen.

Fler frågor rörande koncernstrukturen som är av skatterättslig betydelse

I den nu gjorda redovisningen över olika metoder att transferera vinst inom internationella koncerner framgår det att själva koncernstrukturen är av stor be-

tydelse. Man skall maximalt kunna utnyttja de skatterättsliga reglerna genom valet av land i vilket investeringen skall göras och valet av land från vilket investeringen skall ske. Detta förutsätter ingående undersökning av den interna rätten i olika länder samt noggrant studium av tillämpliga dubbelbeskattningsavtal. Även om jag redan framhållit detta, vill jag än en gång understryka, att skatterättsliga avgöranden endast är en av de faktorer, som kan påverka det slutliga beslutet. Skatterättsliga faktorer kan inte i normalfallet vara utgångspunkten för att en investering skall ske. Avkastningen av investeringen före skatt spelar den avgörande rollen för ett beslut. Utan en tillräcklig avkastning före skatt finns det ingen anledning att företa investeringen. Men det är ju storleken på avkastningen efter skatt som avgör om investeringen är tillräckligt lönsam och vid denna bedömning är de skatterättsliga övervägandena viktiga. Skatten är en av de kostnader, som påverkar beslutet. Ju mindre skatt, desto mindre krav på avkastning före skatt.

Reglerna i dubbelbeskattningsavtalen spelar, som jag nämnt, en viktig roll i internationella skattesammanhang. Det finns dock vissa frågor som konstruktionen av avtalen inte utan vidare kan lösa. Några av dessa speciella problem vill jag beröra, eftersom de har betydelse för hur en internationell koncern byggs upp.

a) Förlustutjämning

En fråga som måste uppmärksammas i en koncern som har verksamhet i flera länder är utjämningen av förluster. Detta är i allmänhet inte något problem i en nationell koncern, eftersom de flesta länder har på ett eller annat sätt regler, som leder till att positivt resultat i ett koncernbolag kan kvittas mot ett negativt resultat i ett annat koncernbolag. Det är det totala nettoresultatet i koncernen som utgör skattebasen. Det skall inte spela någon roll hur verksamheten är uppbyggd. Är det möjligt att kvitta positiva resultat mot underskott, om de olika delarna utgör delar i samma bolag, skall detta också vara möjligt, för det fall att man i stället väljer att dela upp verksamheten i flera bolag.

Men denna sammanslagning av resultatet i flera bolag kan man inte åstadkomma på samma sätt, om bolag inom koncernen finns i olika länder. Det säger sig självt att inget land utan vidare accepterar att ett positivt resultat i ett inhemskt bolag får kvittas mot ett underskott i ett utländskt bolag.

Det är därför nödvändigt, att koncernen bygger upp sin verksamhet, så att så få förluster som möjligt förblir outnyttjade. Särskilt gäller detta vid företags-etableringar. Under en period direkt efter etableringen är risken för förluster oftast störst. Det är visserligen så att en förlust i ett land kanske framöver kan kvittas mot vinster i samma bolag under kommande år. De flesta länder medger rätt till förlustutjämning enligt metoden carry-forward. Men det är säkrare och ofta

ekonomiskt fördelaktigare att omedelbart utnyttja de förluster som kan uppkomma om en sådan möjlighet står till buds.

Särskilda konstruktioner av koncernen kan då visa sig lämpliga om man vill nå detta mål. Finns det inom koncernen företag, som redan är etablerade i det land, där investeringen skall äga rum, och är dessa företag vinstgivande kan det med rätt konstruktion blir möjligt att kvitta vinsterna i de redan etablerade företagen mot förlusten i det bolag som skall bildas.

Men det finns ibland också möjlighet att kvitta underskott uppkomna i bolag i ett land mot vinster från bolag i ett annat. Allra mest attraktiv är denna lösning om kvittning kan ske mot inkomster i länder med hög skattesats. Förutsättningen för kvittning över nationsgränser är dock som regel att det inte är fråga om två självständiga bolag. Men det är t ex möjligt att bilda en filial i det land där etableringen skall ske. Detta kan innebära rättsligt att bolaget tillsammans med filialen räknas som ett och samma skattesubjekt i bolagets hemviststat och att det därför finns möjlighet att kvitta resultatet i filialen mot det övriga resultatet i de övriga delarna av bolaget. Här finns dock i allmänhet många restriktioner och området är skatterättsligt komplicerat. Men det är en fråga som måste prövas innan den slutliga företagsformen för etablering bestäms.

b) Fusioner och uppdelningar

Det har många gånger framförts önskemål om att skatteregler skulle finnas, som bättre möjliggjorde önskade fusioner mellan företag i olika länder eller uppdelningar av redan bestående bolag med verksamhet i flera olika länder. Detta är nämligen en av de frågor som är så komplicerade att det inte varit möjligt att skapa lämpliga regler i de olika dubbelbeskattningsavtalen.

Svårigheterna att senare företa ändringar gör det naturligtvis angeläget att redan innan företagsförvärv och företagsetablering skett undersöka vilka möjligheter det finns att genom flexibla lösningar underlätta sådana sammanslagningar och uppdelningar av de då bestående bolagen om ändringar i framtiden skulle visa sig vara nödvändiga.

Olika former av bolag

Det har redan av den föregående framställningen framgått att de skatterättsliga effekterna kan bli olika beroende på vilken företagsform som väljs för etablering utomlands.

De alternativ som finns i det land, där investeringen skall ske, kan vara flera.

Här är det olika skäl, skatterättsliga och andra, som får avgöra det slutliga valet av företagsform. De skatterättsliga motiven kan här ha en relativt stor betydelse. Inte minst kan storleken på den tilltänkta investeringen vara en viktig fråga, när valet skall ske. De skatterättsliga övervägandena som skall göras kan inte sällan leda till olika resultat, beroende på om det är ett stort börsnoterat bolag eller bolag, ägt av en eller ett par privatpersoner, som gör investeringar.

Det skall framhållas, att även om bolagsalternativen har stora likheter med varandra från land till land åtminstone så länge som vi betraktar Västeuropa, kan dock de civilrättsliga och skatterättsliga reglerna se olika ut. Ett särskilt viktigt beslut är avgörandet ifall etableringen skall ske i form av aktiebolag eller annat slag av vad som i tysk rätt benämns Kapitalgesellschaft, i fall den skall ske i form av kommanditbolag eller annan form av Personengesellschaft eller kanske som en filial till det investerande bolaget. Kapitalgesellschaften är de bolag där ingen av delägarna är personligt ansvariga för bolagets förpliktelser; Personengesellschaften de bolag där åtminstone någon av delägarna är personligt ansvarig för bolagets förpliktelser.

Den nordiska marknaden och den europeiska marknaden

Det har blivit allt viktigare att bestämma sig mer definitivt på vilken marknad man i främsta hand vill satsa. Det är visserligen inte så att murar byggs upp, men skälet till att ställningstaganden är viktiga beror mer på att vissa murar rivs ner snabbare än andra.

EG-staterna har en tullunion sedan 1968 och samarbetet har framförallt sedan 1985 ytterligare intensifierats mellan dem. Meningen är att de tolv medlemsstaterna vid utgången av 1992 skall ha nått så långt i raserandet av fysiska, tekniska och fiskala hinder, att man skall kunna tala om en sammanhållen hemmamarknad. Betydelsen av denna marknad kan knappast överskattas och även av fiskala skäl är det viktigt att ta hänsyn till detta arbete i den avvägning av olika faktorer som är nödvändiga, när beslut om företagsetablering skall tas.

De fiskala hindren blir sannolikt de sista som kommer att försvinna i integrationsprocessen inom EG. Harmoniseringssträvandena har kommit längst på den indirekta beskattningens område och även om dessa frågor kan ha betydelse för valet av etableringsort är det dock främst på den direkta beskattningens (och kanske då främst på företagsbeskattningens) område som besluten får störst betydelse för etableringsvalet. Men det skall då framhållas att inget av de förslag till direktiv på detta område, som lämnats av kommissionen, antagits.

De nordiska länderna har visserligen skatterättsliga regelsystem, som i flera avseenden företer viktiga skillnader. Men skillnaderna mellan skattesystemen i de tolv länderna i EG är ändå större än skillnaderna mellan skattereglerna i de nordiska länderna. Orsaken är då främst att samhällsstrukturen i de nordiska länderna är mer likartad än den i medlemsstaterna i EG, vilket även påverkat skattereglerna.

Det nordiska samarbetet på den direkta beskattningens område har också materialiserat sig tydligare än samarbetet inom EG har gjort. De nordiska länderna har ett multilateralt dubbelbeskattningsavtal avseende inkomst och förmögenhet, samt numera ett också avseende arv och gåva. Det finns vidare en gemensam socialkonvention, som fördelar rätten till uttag av socialavgifter mellan avtalsstaterna. Det förtjänar även att nämnas att de nordiska länderna har ingått ett multilateralt avtal rörande handräckning och information.

Multilaterala avtal på skatterättsens område är ovanliga och de som för närvarande har slutits och trätt i kraft mellan de nordiska länderna har därför väckt internationell uppmärksamhet. EG-staterna saknar sådana avtal. De lutar fortfarande på bilaterala avtal träffade mellan de enskilda staterna.

Avslutningsvis finns det då anledning att ställa frågan vilken betydelse förekomsten av ett multilateralt avtal avseende inkomst och förmögenhet har för de skattskyldiga, om man jämför effekterna av ett sådant avtal med dem i ett bilateralt avtal. Skillnaderna i de materiellrättsliga reglerna är inte särskilt stora. Avtalet medför dock att enhetliga regler föreligger mellan samtliga deltagande länder. Men det skall då samtidigt erinras om att redan tidigare var avtalen likartade till uppbyggnad och den ytterligare harmonisering som skett just genom tillkomsten av det nordiska multilaterala avtalet är relativt blygsam.

Större betydelse har nog den omständigheten haft att avtalet kunnat reglera de fall, då inte bara två utan flera än två stater varit involverade i en transaktion med skatterättsliga konsekvenser. Här är möjligheterna större att komma till rätta med så kallade trekantssituationer, vilket både kan vara till de skattskyldigas fördel och nackdel.

Enligt min mening finns det större anledning, när man betraktar den nordiska marknaden och EG-marknaden att ta ställning till vilka förändringar som man i framtiden kan förvänta. Så som läget för närvarande har jag den uppfattningen att man kan räkna med större resultat på harmoniseringsområdet inom EG än inom Norden. Detta är en faktor som har betydelse vid bedömningen av valet av plats för planerade investeringar.

Avslutning

Jag vill sammanfatta denna genomgång av några frågor av betydelse vid internationella företagsförvärv och företagsetableringar med att räkna upp de frågor jag anser vara väsentligast.

Som regel har skatterättsliga synpunkter inte primär betydelse vid beslut om förvärv och etableringar. Men en investerare ser på vinsten efter skatt och detta innebär att ju mindre skattebelastningen är desto lägre kan bruttoavkastningen vara, för att investeringen skall vara lönsam.

Dubbelbeskattningsavtalen spelar en central roll vid den skatterättsliga bedömningen tillsammans med skattereglerna i det kapitalexporterande och det kapitalimporterande landet. Det är den totala effekten av dessa tre regelsystem, som ger nettoresultatet. Vid val av kapitalexporterande land spelar de olika reglerna i länder med förmånliga bestämmelser för holdingbolag en betydelsefull roll. Det är viktigt att finna vägar, varigenom betalningsströmmar i form av utdelningar, räntor och royalties kan gå till de delar av koncernen, där de bäst behövs, till minsta möjliga skattekostnad.

Vissa frågor kan inte lösas tillfredsställande genom dubbelbeskattningsavtal. Det gäller bl a fusioner och uppdelning av bestående företag. Dessa frågor bör därför uppmärksammas i och med att grundstrukturen i en internationell koncern byggs upp.

Valet av företagsform är ofta viktig och här spelar skatterättsliga avvägningar ofta en betydelsefull roll.

Slutligen är det idag viktigt att beakta det pågående harmoniseringsarbetet i Europa. Vid val av etableringsland är det väsentligt att kunna spå om framtiden. Detta är naturligtvis inte bara en skatterättslig fråga, men även det skatterättsliga landskapet kommer sannolikt också förändras hastigare än vad vi tidigare varit vana vid.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

M. Gregers Larsen og John Peter Andersen

Interessekonflikter for embeds-
mænd og professionelle rådgivere

Interessekonflikter i den offentlige sektor

Af advokat M. GREGERS LARSEN, Danmark.

1. Emnet

Emnet for dette oplæg til diskussion er de generelle interessekonflikter, der kan opstå i relation til personer, der virker i den offentlige sektor. En konkret interessekonflikt i enkelte sager falder egentlig uden for emnet. Det er imidlertid interessekonflikter i de enkelte sager, der har været forvaltningsrettens udgangspunkt, og de danske retsregler herom omtales derfor i punkt 2. I punkt 3 redegøres der kort for de almindelige habilitetskrav i dansk ret som baggrund for de spørgsmål, der fremlægges til debat i punkt 4. Det har desværre ikke været muligt at inddrage gældende ret i de øvrige nordiske lande.

Interessekonflikter kan opstå for alle, der virker i den offentlige sektor. Det kan være tjenestemænd eller ansatte på andre vilkår, politikere, der er valgt af befolkningen, eller medlemmer af nævn, råd, selskabsbestyrelser eller andre kollektive organer, der er udpeget enten som repræsentanter for visse interesser eller med baggrund i særlige personlige kvalifikationer. Af praktiske grunde sammenfattes alle persongrupper, der virker i den offentlige sektor, i det følgende under betegnelsen „forvaltningspersoner“, selv om habilitetskravene ikke er de samme i relation til alle.

Den offentlige sektor omfatter først og fremmest de statslige og regionale (kommunale) forvaltningsmyndigheder. Også domstolene og andre offentlige instanser, der afgør tvister, må henregnes dertil. Muligheden for interessekonflikter foreligger imidlertid ikke mindst, når det offentlige deltager i aktieselskaber eller andre enheder etableret i privatretlig form. I Danmark drøftes en ganske omfattende udlægning til aktieselskaber m.v. af opgaver, der hidtil er løst inden for rammerne af den statslige eller kommunale forvaltning: Privatisering. I det følgende omfatter begrebet „den offentlige sektor“ også privatretlige enheder, der enten er under væsentlig offentlig indflydelse, eller som løser egentlige offentlige forvaltningsopgaver.

2. Udgangspunktet: Speciel inhabilitet

I dansk forvaltningsret er interessekonflikter traditionelt blevet behandlet med udgangspunkt i spørgsmålet om forvaltningsakters ugyldighed på grund af in-

habilitet. Hvis en interessekonflikt har ført til, at uvedkommende hensyn rent faktisk har spillet ind ved tilblivelsen af en forvaltningsakt, kan der også blive tale om magtfordrejning som ugyldighedsgrund.

Hvis en forvaltningsperson har deltaget i afgørelsen af en konkret sag, selv om han har en betydelig, uvedkommende interesse i dens udfald, foreligger der speciel inhabilitet. Modstykket hertil er de krav, som en person skal opfylde for overhovedet at kunne beklæde et vist embede eller hverv: Almindelig eller generel habilitet.

Den danske forvaltningslov (lov nr. 571 af 19. december 1985) indeholder kun regler om speciel inhabilitet, selv om lovens kapitel 2 (§§ 3–6) bærer den generelle overskrift „Inhabilitet“. Forvaltningsloven bygger på de traditionelle typeeksempler: Den pågældende har selv en særlig personlig eller økonomisk interesse i sagens udfald, eller der består en sådan interesse hos hans nære pårørende, hos et aktieselskab eller anden privat juridisk person, som han deltager i ledelsen af eller har nær tilknytning til, eller hos nogen, som han har repræsenteret i sagen. Inhabilitet foreligger også, hvis der er tale om en klage eller udøvelse af kontrol – eller tilsynsvirksomhed, og den pågældende tidligere hos en anden myndighed har medvirket ved den påklagede afgørelse eller foranstaltning. Hertil føjer forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 5, det generelle inhabilitetskriterium, at der „i øvrigt foreligger omstændigheder, som er egnede til at vække tvivl om vedkommendes upartiskhed.“

Hvis det foreligger et af de nævnte tilfælde af speciel inhabilitet, er det forvaltningslovens hovedregel, at den pågældende hverken må træffe eller deltage i afgørelse af sagen, og han må heller ikke i øvrigt medvirke ved sagens behandling. Forvaltningsloven opstiller imidlertid betydningsfulde undtagelser fra denne hovedregel. Der antages således ikke at foreligge inhabilitet, „hvis der som følge af interessens karakter eller styrke, sagens karakter eller den pågældendes funktioner i forbindelse med sagsbehandlingen ikke kan antages at være fare for, at afgørelsen i sagen vil kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn.“ Selv om der foreligger inhabilitet, hindrer det ikke, at den inhabile træffer afgørelse i sagen, „hvis det ville være umuligt eller forbundet med væsentlige vanskeligheder eller betænkelighed at lade en anden træde i den pågældendes sted under sagens behandling.“

For dommere findes regler om speciel inhabilitet i retsplejeloven. De er noget strengere end reglerne i forvaltningsloven. Også en del andre særregler findes spredt i love, bekendtgørelser, vedtægter og forretningsordener.

Reglerne om speciel inhabilitet suppleres af straffebestemmelserne om videregivelse eller udnyttelse af fortrolige oplysninger (borgerlig straffelov §§ 152 ff).

Interessekonflikter kan opstå ikke kun for personer men også for forvaltnings-

myndigheder. En sådan myndighedsinhabilitet kan f.eks. foreligge, når en kommune skal træffe afgørelse om en dispensation til et kommunalt byggeri, eller når Justitsministeriet skal tage stilling til en ansøgning om fri proces i en sag mod ministeriet. Myndighedsinhabilitet vil optræde som speciel inhabilitet, men ved overvejelser om kompetencefordeling mellem forskellige myndigheder kan risikoen herfor spille en rolle, der minder om de almindelige habilitetskrav til forvaltningspersoner.

3. Almindelig inhabilitet

De almindelige habilitetskrav omfatter også krav om en vis alder, faglige kvalifikationer, ren straffeattest m.v. som betingelse for udnævnelse til en stilling eller et hverv. Her ses alene på risikoen for interessekonflikter.

I dansk ret findes der kun få og specielle lovregler om spørgsmålet. I øvrigt er der udviklet ulovbestemte retssætninger, ikke mindst i de mange sager, som Folкетинgets Ombudsmand har behandlet. Enkelte domme foreligger også.

Udgangspunktet i dansk ret er, at interessekonflikt kun hindrer udnævnelse til et embede eller hverv, hvis interessekonflikten vil medføre, at den pågældende vil være inhabil i et betydeligt antal konkrete sager efter reglerne om speciel inhabilitet. Det antages dog, at der ikke kun kan lægges vægt på antallet af sager, men også på disses betydning.

Højesteret har i en dom fra 1981 taget stilling til, om en rådgivende ingeniør, der bistod en kommune med en væsentlig del af dennes bygge- og anlægsopgaver, kunne vælges til 1. viceborgmester og til medlem af kommunalbestyrelsens økonomiudvalg. Som viceborgmester skulle den pågældende ved borgmesterens forfald træde i dennes sted, bl.a. som formand for kommunalbestyrelse og økonomiudvalg og som forvaltningens chef. Under økonomiudvalget hører kommunens økonomiske og administrative forhold, herunder budgetlægningen. Højesteret fandt ikke, at der forelå inhabilitet, idet det i præmisserne bl.a. fremhæves, at den pågældende under 4 års virke som medlem af økonomiudvalget kun havde måttet forlade møderne på grund af reglerne om speciel inhabilitet ved behandlingen af 78 dagsordenspunkter ud af 2.891. Dommen er trykt i Ugeskrift for Retsvæsen 1981, side 637, med kommentar af Jørgen Gersing i 1982 B, side 2. Dommen har givet anledning til en del kritik, bl.a. i Steen Rønsholdts doktordisputats: Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet (1987).

Ud fra hensynet til at sikre den størst mulige objektivitet i de afgørelser, som forvaltningspersoner skal træffe, kan man mene, at det er utilstrækkeligt alene at

se på, hvor hyppigt speciel inhabilitet vil foreligge, og på de pågældende sagers betydning. Der skal en ganske kraftig interessekonflikt til, før man statuerer speciel inhabilitet.

På den anden side kan man anføre, at det er betænkeligt at afskære visse befolkningsgrupper fra deltagelse i den offentlige sektor. Det gælder ikke mindst for valg til politiske hverv. Man kan også mene, at det giver en bedre sagkundskab, såfremt personer med erfaring og baggrund fra privat virksomhed deltager i den offentlige sektor. For forvaltningspersoner, der netop er udpeget til et hverv som repræsentanter for visse interesser, må der i al fald indrømmes en særlig margen.

Formålet med diskussionsoplægget er at få belyst, hvorledes disse – og andre – hensyn bør afvejes over for hinanden.

4. Spørgsmål

4.1. Alment

Bør der gives generelle lovregler om almindelig inhabilitet?

Hvor strenge bør kravene være?

I hvilken udstrækning bør der være forskellige regler for ansatte i den offentlige sektor, for politisk valgte og for indehavere af deltidshverv, herunder medlemmer af nævn og råd, der udpeges efter indstilling fra interesseorganisationer?

4.2. Samme forvaltningsperson deltager i flere forvaltningsorganer

Bør det generelt forbydes, at samme person deltager i behandling og afgørelse af en sag, som han tidligere har beskæftiget sig med i et andet forvaltningsorgan?

Bør beskæftigelse i flere forvaltningsorganer begrænses – eller omvendt opmuntres?

4.3. Deltagelse såvel i forvaltningsorgan som i privat virksomhed

Hvilke grænser bør der gælde for, at en forvaltningsperson forener en stilling i et forvaltningsorgan med udøvelse af privat virksomhed?

Kar der opstilles forskellige kriterier for forskellige grupper af forvaltningspersoner?

Skal der stilles samme krav med hensyn til medlemskab af bestyrelser for aktieselskaber m.v. som til erhvervsudøvelse i personligt ejet virksomhed?

Bør der være videre adgang til medlemskab af bestyrelser m.v., hvis det offentlige helt eller delvis ejer virksomheden – eller hvis denne udøver offentlige funktioner?

4.4. Dommeres særlige stilling

Bør der opstilles begrænsninger i dommeres adgang til at virke som voldgiftsmænd?

Bør der stilles krav til en vis uafhængighed for medlemmer af dømmende organer, der udpeges af interesseorganisationer (eksempelvis danske lægdommere i boligretter, organisationsudpegede medlemmer af Arbejdsretten, medlemmer af Sø- og Handelsretten)?

4.5. Privates udøvelse af offentligretlige funktioner

Kan – og bør – der opstilles kriterier for, hvilke former for offentlig virksomhed, der kan privatiseres?

Bør der stilles almindelige habilitetskrav til personer, der virker i privatretlige enheder, der udøver offentligretlige funktioner?

Interessekonflikter for professionelle rådgivere

Af advokatfuldmægtig JOHN PETER ANDERSEN. Danmark.

Emnet for dette oplæg til diskussion er de interessekonflikter, der kan opstå for privatpraktiserende advokater i forhold til deres klienter. Emnet er meget vidtfavnende og vil derfor i det følgende blive koncentreret om nogle få tematiske problemstillinger.

1. De danske advokatregler

Regler om inhabilitet og interessekonflikter hører traditionelt hjemme i forvaltningsretten. I Danmark findes der regler om disse spørgsmål i den almindelige forvaltningslov, ligesom mangfoldige tilfælde er behandlet i retspraksis og navnlig i ombudsmandspraksis. Den danske Retsplejelov indeholder i sit kapitel 12. en række regler om advokater. Bortset fra forbudet mod, at den privatpraktiserende advokat også har juridisk stilling ved domstolene, anklagemyndigheden eller politiet, er der ingen direkte regler i Retsplejeloven med speciel adresse til advokaters interessekonflikter i deres mellemværende med klienterne. Der er regler om de generelle betingelser, som kræves for at udøve advokatvirksomhed – myndighed, solvens, uddannelse m.v. – men disse regler er udtryk for almindelige kvalifikationskrav til standens udøvere.

Den danske advokatvedtægt om god advokatskik og kollegialitet, der er udfærdiget af det Danske Advokatssamfund, indeholder derimod særlige regler om spørgsmålet. I vedtægtens afsnit VI er der navnlig to bestemmelser, der berører problemet om interessekonflikter for advokaten.

Det er pkt. 2 a, der bestemmer:

„En advokat må ikke påtage sig en parts sag eller forretning efter først at have repræsenteret eller have været rådspurgt af den anden part i samme anliggende.“

Og pkt. 2 c:

„En advokat må ikke undlade at give sin mandant oplysning om forhold, der kan give rimelig grund til tvivl om hans evne til uhildet at varetage mandantens interesser, eller give urigtige oplysninger i så henseende.“ Det ses, at pkt. 2 c er helt generelt formuleret og overlader det til advokatmyndighedernes skøn at af-

gøre, hvilke forhold, der i det enkelte tilfælde bringer advokaten i en situation, hvor hans loyalitet overfor klienten kan drages i tvivl. Bestemmelsen indeholder dog blot en oplysningspligt for advokaten, ikke et forbud mod, at advokaten, når oplysningspligten er opfyldt, påtager sig opgaven for klienten på dennes anmodning.

2. Udgangspunktet

Udgangspunktet for særlige regler og bedømmelsesnormer for advokaters inhabilitet og interessekonflikter i relation til påtagne klientopgaver er kravet om, at advokaten – som det hedder i den danske vedtægt – „alene og udelukkende“ skal handle i klientens interesse. Det er helt tilsvarende krav, som genfindes i den europæiske adfærdskodeks for advokater – vedtaget af The Council of the Bars and Law Societies of the European Community i 1988. Heri hedder det alment, at det er advokatens pligt at handle i sin klients bedste interesse og lade denne interesse gå forud for sine egne og sine kollegers interesser.

3. Typer af interessekonflikter

3.1. *Tvister*

Advokatens evne til at varetage en klientopgave kan forstyrres af mange forskellige faktorer. Det kan tænkes, at sagens modpart tilhører advokatens klientkreds. Det kan tænkes, at modparten er en personlig ven eller bekendt. Det kan tænkes, at modparten er en virksomhed, som advokaten håber på at få eller er ved at opdyrke en klientrelation til. Det kan tænkes, at sagens modpart optræder som modpart i en anden af advokatens sager, men der som en modpart, som advokaten søger at stå på god fod med i den hensigt at berede grunden for en gunstig forhandlingsløsning.

Advokaten kan også have en interessekonflikt i relation til sig selv. Det kan forekomme på den måde, at klienten ønsker at indlede en sag eller forfølge et krav på grundlag af nogle dispositioner, som advokaten tidligere har været involveret i – men hvor advokatens tiltag enten har været behæftet med fejl eller dog har været udført på en sådan måde, at de må formodes nu at præjudicere klientens ny sag i skadelig retning. Advokatens rådgivning til klienten i det nye sagsanliggende vil da ofte bære præg af, at advokaten ikke ønsker sagen fremmet – af hensyn til sin egen interesse i at undgå en konflikt med klienten.

I sager, hvor to parter står over for hinanden i en tvist, kan advokatens relation

til modparten påvirke arten og karakteren af advokatens sagsbehandling. Det centrale spørgsmål er, hvor tæt advokatens relation til en givet modpart skal være, før advokaten ikke kan optræde på sin parts vegne, fordi bindingen til modparten er for markant. Dette spørgsmål kan formuleres indenfor rammerne af almindelig forvaltningsretlig terminologi som et spørgsmål om, hvorvidt advokaten *generelt* eller *konkret* har en sådan forbindelse med modparten – og dermed præsumptivt i dennes interesse i et bestemt udfald på sagen – at han helt eller delvist må identificeres med modparten og derfor er *inhabil* til at varetage sagen på partens vegne.

I tilknytning til denne generelle problemstilling kan der rejses det spørgsmål, hvorvidt en eventuel norm for sådanne inhabilitetstilfælde bør være præceptiv – med andre ord: kan advokaten alligevel påtage sig opgaven og da på hvilke betingelser, såfremt klienten fastholder sin tillid til advokaten og er gjort bekendt med situationen og ønsker advokatens bistand til opgaven.

3.2. Lovbestemte hverv

Når advokaten optræder som kurator i konkursboer, kan han have relationer til boets interessenter, der påvirker eller kan befrygtes at påvirke hans varetagelse af boets forhold i en retning, der er afvigende fra de lovbestemte formål. Hensynet til at pleje klientinteressen hos de af hans klienter, der berøres af hans dispositioner som bobestyrer, kan give anledning til tvivlsspørgsmål om hans habilitet til at forestå boet.

Den danske konkurslov udelukker ikke, at konkursfallentens advokat eller en stor kreditors advokat involveres i bobehandlingen. Uanset om sådanne spørgsmål egner sig til lovgivning, kan man rejse det spørgsmål, om der bør gælde særlige advokatregler i relation til påtagelse af offentlige hverv, navnlig som kurator/bestyrer/medhjælper i skifteretsanliggender. Advokaters bistand i disse tilfælde betegner i realiteten en offentlig opgave udlagt på privat hånd. Spørgsmålet er, om der af den grund er anledning til at opstille specielle forskrifter, i lighed med de regler, der måtte gælde for forvaltningspersoner i lignende tilfælde? Bør der eventuelt udkastes generelle regler for inhabilitets- og interessekonfliktssituationer for de tilfælde, hvor offentlige opgaver udlægges – privatisering – til erhvervsdrivende aktører og virksomhedsformer, der formelt står udenfor det offentligretlige styringsystem.

3.3. Advokaten som rådgiver

Væksten i lovgivningsværket og regelproduktionen medfører, at stadig flere private og erhvervsdrivende har behov for neutral informativ rådgivning om rets-

tilstanden på et givet område, som berører deres interesser. I mange tilfælde vil advokaten kunne løse denne opgave under eet, selv om opdraget udgår fra to parter med modstående interesser i det samme anliggende. Inden disse to parter imidlertid indgår en aftale om deres indbyrdes forhold, har de et enslydende behov for at kende retsgrundlaget for deres mellemværende, f.eks. skatteretlige aspekter af en påtænkt transaktion, hvor begge parter tilrettelæggelse af transaktionens indhold og fremtrædelsesform er vigtig for den skattemæssige behandling.

Kan der udsondres en „interesseneutral“ rådgiverfunktion bestående i advokatens klargøring og analyse af retsgrundlaget frigjort for egentlige partsinteresser?

Kan advokaten påtage sig en sådan „fællesopgave“ for to parter med modstående interesser uden konflikt med reglerne for god advokatskik og synspunkter om habilitet og interessekonflikt?

Hvis en sådan rådgiverfunktion afgrænses og defineres som en specifik advokatopgave, bør dens påtagelse da medføre særlige konsekvenser i henseende til advokatens efterfølgende rolle i en tvist mellem parterne, jfr. f. eks. pkt. 2 a i den danske advokatvedtægt – ? Er et klientvalg, der indtræder efter udøvelsen af en fælles rådgivningsbistand til sagens to parter, i strid med advokatmæssige inhabilitetskrav ud fra en gængs speciel inhabilitetsbetragtning?

3.4. *Enerepræsentation*

Advokaten er altid forpligtet til at yde hæderlig og redelig betjening både til sin klient og andre personer, som sagen bringer advokaten i berøring med. Dette almindelige forlangende er lovfæstet i den danske retsplejelov, der pålægger advokaten at udføre sit hverv „grundigt, samvittighedsfuldt og i overensstemmelse med, hvad berettigede hensyn til klienternes tarv tilsiger“ (RPL § 126).

Medfører dette almindelige krav, at advokaten kommer i interessekonflikt i de tilfælde, hvor advokaten optræder som ene-repræsentant for en klient overfor en ikke sagkyndig modpart uden advokatbistand? I de tilfælde, hvor advokatens bistand har form af en bredere publikumskontakt – f.eks. en køberkreds til klientens ejendomme – hvilke kauteler bør mandatet da undergives af hensyn til klienten/advokaten/den usagkyndige modpart? Det forudsættes ved dette spørgsmål, at der reelt kan være tale om en interessekonflikt for advokaten, idet han har interesse i at løse en opgave for sin klient hurtigt og fordelagtigt – hvilket alt andet lige er nemmere med en ikke sagkyndig modpart uden advokatassistance – og at advokaten samtidigt har interesse i at yde modparten en fair og loyal håndtering af opgaven uden useriøse indslag i et evt. aftalegrundlag.

Under disse tilfælde kan også nævnes advokatens bistand til interesseforbundne

parter, f.eks. selskab og direktør, hvor der reelt kan foreligge en potentiel interesse modsætning mellem parterne på væsentlige punkter, samtidig med at advokatens klientrelation typisk har retning til eller udgangspunkt hos en af parterne.

3.5. *Samme sag i samme advokatfirma*

I en tid med voksende sammenslutninger i advokatbranchen må det forventes, at et kendt indslag i advokatlivet i det lille lokalsamfund, i stigende omfang også vil manifestere sig i de større advokatfirmaer med mange advokater. Det er den situation, at to advokater i samme advokatfirma kommer til at optræde som modparter i samme tvist. Klienternes oplevelse af dette fænomen er altovervejende negativ. Dertil kommer de praktiske spørgsmål med effektivt at værne diskretionspligten, når begge sagers dokumenter og akter befinder sig i samme hus. Informationer fra den ene klient til sin advokat, breve, telefonbeskeder, telefaxmeddelelser m.v. er i praksis tilgængelige for modpartens advokat.

Spørgsmålet er, om der er behov for advokatmæssige regler for denne sagskonstellation, enten således at repræsentation af to stridende parter ikke må holdes i samme firma, eller eventuelt således at der – hvis begge klienter desuagtet fastholder repræsentationsforholdet efter fuld oplysning om sagens sammenhæng – træffes særlige foranstaltninger til kontorets håndtering af disse sagstyper? Det forudsættes, at der som udgangspunkt må bestå en interessekonflikt for de deltagende advokater på grund af den nære kollegiale forbindelse til modpartens advokat.

3.6. *Advokaters bestyrelshverv*

I Danmark er der fast tradition for, at advokater sidder med i bestyrelsen i deres klienters selskaber. Der er også fast tradition for, at advokaten holder passende afstand til sine klienters forretningsinteresser. I den europæiske adfærdskodeks er det f.eks. direkte forbudt at beregne salær som en andel af sagsgenstanden – d.v.s. en andel af det beløb, som klienten måtte blive tilkendt under en evt. retssag (i USA kendt som contingency fees, der især benyttes i erstatnings-sager med åben procesrisiko. Advokaten „investerer“ i sagen. Vinder han, oppebærer han f.eks. en trediedel eller halvdelen af den tilkendte erstatningssum. Taber han, får han intet).

De almindelige spørgsmål, som bestyrelshverv kan give anledning til, er, om hvervet – til forskel fra advokatens juridiske rådgivning og bistand til selskabet – kan indebære dobbeltroller, som stiller advokaten i en interessekonflikt. Som bestyrelsesmedlem er advokaten, skønt ikke en parthaver i klientens forretnings-

interesse, meddeltager i de beslutningsprocesser, som vedrører ledelsen af klientens virksomhed. Bestyrelsesplaceringen kan i givne tilfælde udløse bestyrelsesansvar for advokaten, i princippet uafhængigt af hans advokatmæssige ydelser til selskabet.

De spørgsmål, som en diskussion om interessekonflikter naturligt rejser i den sammenhæng, er følgende.

Bør advokaters indehavelse af hverv i de klientorganer, som de rådgiver, gøres til genstand for overvejelser med henblik på at regulere advokatens forhold til klientens forretningsinteresse, herunder værne advokaten mod de typer af ansvar, der knytter sig til hvervet og ikke til advokatens juridiske assistance til virksomheden?

Kan eventuelle interessekonflikter, der erfaringsmæssigt knytter sig til selve bestyrelseshvervet, håndteres bedre ved advokatregler, der opstiller bestemte krav fra advokaten til bestyrelsen med sigte på at afgrænse advokatens rolle som både bestyrelsesmedlem og uafhængig juridisk rådgiver for selskabet?

4. Generelle regler for interessekonflikter?

Interessekonflikter og inhabilitetslignende situationstilfælde er tilbagevendende indslag i den professionelle rådgivers tilværelse. Det er et spørgsmål, om disse situationer lader sig sammenfatte i et generelt begreb eller en almen definition. Det er dernæst et spørgsmål, om en sådan intellektuel rationalisering af enkelttilfældene ville have nogen særlig værdi for den faktiske adfærd på området. De almindelige inhabilitetsregler fra forvaltningsrettens område er karakteriseret af sprogligt brede standarder, der nok udpeger typiske interesseobjekter – personlige fordele og økonomisk vinding – men overlader vurderingen til et ganske åbent skøn beroende på de konkrete omstændigheder.

Regler om advokaters håndtering og behandling af interessekonflikter må i vid udstrækning tage udgangspunkt i de berørte klienters egen holdning og oplevelse af spørgsmålet, men *også* til muligheden for, at et inhabilitetsspørgsmål, som klienten måske på det indledende stadium af sagen er forholdsvis indifferent overfor, kan komme til at fremstå i et særligt lys afhængigt udfaldet af den sag, som advokaten påtager sig under disse forudsætninger. Den negative tilbagevirkning på rådgiveren og på advokatstandens almindelige omdømme er vigtige elementer ved overvejslen af generelle standarder. Generelle standarder, måske i form af faste regler for tilbagevendende typetilfælde, kan have den fordel for den enkelte advokat, at han slipper for en enkeltvis stillingtagen og detaildiskussioner med tvivlende klienter om spørgsmålet, og istedet blot kan henholde sig til en given norm som rettesnor.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Torgny Håstad

Reformering af de nordiske aftalelove?

Reform av de nordiska avtalslagarna?

Av professor TORGNY HÅSTAD, Sverige.

1. Inledning

Vid det tjugofjärde Nordiska juristmötet i Stockholm 1966 diskuterades ämnet „Bör de nordiska avtalslagarna revideras“? Ämnesvalet torde den gången ha be-tingats av att det då gått ungefär 50 år sedan avtalslagen antogs i Sverige (1915), Danmark (1917) och Norge (1918); Islands avtalslag kom 1936, och Finland antog 1929 en nära överensstämmande Rättshandlingslag. Under tiden fram till 1960-talet hade tonvikten i avtalslutandet förskjutits, så att intresset inte var lika fokuserat kring grosshandlarnas uppgörelser per korrespondens rörande bulkvaror underkastade snabba prisförändringar. Bruket av standardvillkor hade ökat väsentligt. En inskränkning av avtalsfriheten genom lagstiftning, särskilt i förhållande till konsumenter, hade alltmer börjat diskuteras på grund av domstolarnas fasthållande vid parternas frihet att gestalta avtalsinnehållet. Dessutom torde valet av överläggningsämne ha motiverats av att USA 1962 fått Uniform Commercial Code (UCC) och att en konvention om internationella köpeavtals ingående slutits i Haag 1964 (Uniform Law of the Formation of Contracts for the International Sale of Goods, ULIS).

Under den senaste 25-årsperioden har diskussionen om standardavtalens rättsliga hantering, särskilt i konsumentförhållanden, intensifierats. Vi har fått lagar som ger precisa och tvingande regler om innehållet i avtal med konsumenter samt ökade generella möjligheter till jämkning av villkor som är oskäligen. Vi har också fått regler som möjliggör förbud mot framtida användning av oskäligen avtalsvillkor. Slutligen har vi särskilda regler om vissa avtalsituationer, nämligen hemförsäljning, med avtalsrättsliga inslag. För svensk rätts del kan hänvisning göras till 1971 års lag om avtalsvillkor i konsumentförhållanden (möjlighet till framtida förbud genom KO:s och marknadsdomstolens försorg), 1974 års konsumentköplag, 1976 års generalklausul (36 §) i avtalslagen, 1984 års lag om avtalsvillkor mellan näringsidkare (likaså en näringsrättslig lag om framtida förbud) och 1985 års konsumenttjänstlag.

Vidare har nyligen sekelskiftets nordiska köplag ersatts med en ny nordisk köplag, vilken 1987 antagits i Finland och 1988 i Norge. Sverige kommer antagligen att anta lagen våren 1990. Den nya köplagen innehåller regler om marknadsföring av stort avtalsrättsligt intresse. I den nya köplagens spår följer en ny konsumenten-

köplag, enligt vilken konsumenter ej längre skall vara bundna av anbud under en acceptfrist.

De nordiska köplagarna baserar sig på 1980 års Wienkonvention, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG. Konventionen innehåller även en inledande avtalsrättslig del. Denna del har inte ratificerats av de nordiska länderna. Den är naturligtvis dock av intresse vid en utvärdering av gällande nordiska avtalslagar.

Den ovan i största korthet beskrivna rättsutvecklingen har oundvikligen lett till att grundsynen på avtalsrätten påverkats. Partsautonomin och avtalsfriheten är inte längre lika självklara som oinskränkta grundpelare. Avtalsrätten har blivit mer social, interventionistisk och kollektivistisk. Detta gäller dock främst vid avtal mellan näringsidkare och konsumenter och i någon mån mellan ej jämställda näringsidkare. Vid sidan av partsautonomin framhålls i viss utsträckning skälighet, beteende, nytta, parternas ömsesidiga beroende som grunden för avtalsbundenhet (se i Norden t ex Wilhelmsson, Standardavtal, 1984, s 13 ff med vidare hänvisningar; Grönfors, Tolkning av fraktavtal, 1989, talar om en övervakad och rudimentär avtalsfrihet, passim).

Även årets överläggningsämne ställer frågan huruvida de nordiska avtalslagarna behöver reformeras. I Finland synes man preliminärt vilja svara ja, eftersom en kommitté arbetar på en sådan revision sedan ett par år. Norge har nyligen tillsatt en kommitté. Sverige har ännu ej bestämt sig utan avvaktar diskussionen vid det nordiska juristmötet. Även Danmark avvaktar tills vidare.

I det följande skall jag närmast under 2) allmänt beröra de skäl som kan anföras för och emot en reform. Därefter skall jag under 3 – 6) i detalj diskutera flera centrala frågor som kommer upp vid en revision. Detta kan synas föra mycket längre än vad temat för överläggningen kräver, men jag tror att diskussionen om lämpligheten och inriktningen av en reform stimuleras, ifall möjligheterna och svårigheterna penetreras någorlunda ingående. Avslutningsvis återvänder jag under 7) till frågan om de nordiska avtalslagarna behöver reformeras.

Den avtalsrättsliga litteraturen är omfattande. Nästan alla synpunkter som framförs i detta referat har redan diskuterats av flera nordiska författare. Med hänsyn till referatets syfte är jag mycket sparsam med hänvisningar. Med ett par undantag åberopas bara svenska rättsfall, i någon mån av utrymmesskäl men främst därför att jag endast beträffande svensk praxis vågar hoppas att nyanserna är rätt uppfattade.

2. Allmänt om reformbehovet

Mot en reform av den nuvarande avtalslagen talar främst att lagen, fastän den ofullständigt speglar dagens avtalsrättsliga problem, inte lagt och inte heller lägger något hinder i vägen för en modernisering av avtalsrätten. Domstolarna har i praxis hanterat problem som förbigåtts i lagen utan att lagen känts som en tvångströja. Som exempel kan nämnas frågan i vad mån ett bindande anbud eller en bindande accept föreligger, trots förbehåll om skriftlig form eller bekräftelse. Regler om avtalslut vid passivitet har utvecklats, fastän endast ett par situationer är behandlade i avtalslagen. Avsaknaden av lagtext anses knappast utgöra något problem vid avtalstolkning. Nya fullmaktstyper har skapats vid sidan av de i avtalslagen nämnda. Vad gäller ogiltighet har domstolarna inte känt sig hindrade att utveckla regler om motivvillfarelse för situationer där sådana regler ansetts lämpliga. Exemplet skulle kunna mångfaldigas.

I själva verket är det så att många avtalsrättsliga problem är så subtila att det är svårt att ange lösningar i lagtext med tillräcklig nyansering. Skulle avtalslagen skrivas om, finns det en risk att lagen antingen blir mycket allmänt hållen eller så stel att det skulle bli svårt att tillräckligt beakta omständigheterna i det särskilda fallet. Dessutom kunde rättsutvecklingen hämmas. Avtalsrätten är ett område som i hög grad lämpar sig för rättsutveckling genom praxis. En särskild svårighet vid avtalsrättslig lagstiftning är att avtalsrätten i allt väsentligt måste vara dispositiv, vilket gör att avsteg från normallösningar (tolkningsregler) i lagen kan göras inte bara vid uttryckliga utan även vid underförstådda avtal. Detta minskar värdet av tolkningsreglerna.

Ändå kan starka skäl åberopas för att en genomgripande översyn av avtalslagen.

Ett skäl är *pedagogiskt*. Det är en betydande svaghet att avtalslagen i så liten grad speglar den moderna avtalsrättens problem. Här kan nämnas verkan av avtalad skriftform och förbehåll om bekräftelse, successiv bundenhet, bundenhet på grund av passivitet vid sidan av de lagreglerade situationerna, standardavtals inkorporering inklusive battle of forms, skadeståndsskyldighet för culpa in contrahendo, nya typer av fullmakter m m. Visserligen finns ett flertal goda läroböcker, som nämner dessa problem, men en samlade lagtext skulle ändå förbättra överskådligheten.

Ett annat skäl är att *många problem är olösta* inte bara i lagen utan även i praxis. Det må vara att avtalsrätten är särskilt ägnad för rättsbildning genom praxis, men prejudikaten duggar inte tätt, bl a på grund av skiljeförfarandets utbredning. Angående frågor som fortfarande är torftigt belysta i praxis kan hänvisning återigen göras exempelvis till avtalad skriftform, successiv bundenhet och battle of

forms. I doktrinen nämns dessa problem i allmänhet mycket kortfattat, och i vart fall finns ingen enighet om hur reglerna ser ut.

Ett tredje skäl för en reform är att vissa lösningar i avtalslagen, vilka *utsatts för kritik*, skulle kunna ställas under förutsättningslös debatt. Som exempel kan anföras reklamationsregeln i 6 § 2 st, vars dubbla subjektiva rekvisit anses vanskliga att tillämpa, vilket i sin tur gör det svårt för parterna att förutse utgången av en process. Till följd av de snäva gränserna för reklamationsplikten i 6 § 2 st och kravet på fullständig materiell överensstämmelse mellan anbud och accept i §:ns första stycke, är det också alltför lätt för en part, som vill slinka ur ett träffat avtal, att under påpekande av en mindre dissens få framgång med ett obundenhetsyrkande. En annan diskutabel regel i avtalslagen är att svek och andra obehöriga beteenden vid avtalsslutet leder till avtalets ogiltighet, fastän en sådan rättsföljd kanske avkräcker den förfördelade parten. t ex om han lånat mot ockerränta; här kan dock 36 § komma honom till undsättning. Man kan också fråga sig, om avtalslagens syn på culpa vid avtals ingående står i överensstämmelse med modern lagstiftning, t ex med marknadsföringsansvaret i 18 § 2 st nya köplagen. Vidare skulle det kunna diskuteras, om en särskild konsumentavtalsrätt borde lagfästas och en särskild standardavtalsrätt.

Ett fjärde skäl för en översyn av avtalslagen är att det kunde prövas, om avvikelser i förhållande till viss *utländsk rätt och CISG:s avtalsregler* bör behållas. Som exempel kan nämnas frågan, om anbud bör vara bindande under en acceptfrist utan att detta särskilt har angivits (löftesprincipen).

Farhågan att en ny avtalslag, innehållande bl a fler tolkningsregler, riskerar att leda till att *omständigheterna i det särskilda fallet* inte längre kan tillräckligt beaktas av domstolarna, tror jag är viktig. Men om nya tolkningsregler lagfästs, blir dessa snart kända för affärlivet, och avtalsparter kommer att veta i vilken utsträckning tydliga förbehåll är påkallade. Den som försummar att göra sådana tydliga förbehåll förtjänar inte som i dag, när den dispositiva rätten är oklar, att omständigheterna i målet vägs på guldväg (se t ex NJA 1970 s 478). Ändå framstår det tills vidare som en oviss fråga, huruvida meningsfulla tolkningsregler kan skrivas in i avtalslagen.

Det är klart att en ny avtalslag skulle lägga en viss hämsko på *rättsutvecklingen genom praxis*. Domstolarna kan inte ha samma frihet att söka nya lösningar, om en färsk lag ligger i botten. Men genom den nya lagen kan rättsutvecklingen ta ett lika stort steg som annars skulle ha krävt många års prejudikatbildning.

Preliminärt är jag positiv till en reformerad och utbyggd avtalslag. Vissa förbättringar borde under alla förhållanden kunna åstadkommas. Jag övergår nu till att konkret diskutera vad som bör göras.

3. Avtals ingående

3.1 Avtalsfrihet och lojalitet m m

Liksom för närvarande bör en ny avtalslag bygga på avtalsfrihet. Vad gäller regler om avtals ingående betyder detta i *negativt* avseende, att en part i princip inte skall vara skyldig att ingå avtal och att hans klart uttalade reservationer angående förutsättningarna för hans bundenhet i princip skall respekteras. Det avtalsmönster som lagen ställer upp bör alltså vara dispositivt.

I vissa fall kan partsautonomin emellertid inte upprätthållas, därför att en part eller båda parter avgivit *oförenliga* viljeförklaringar. De kan t ex ha enat sig om att ett avtal är ingånget, men båda har gjort reservationen att villkoren bestäms av hans egna allmänna leveransbestämmelser (battle of forms). Då måste rättssordningen åsidosätta antingen den gemensamma viljan till avtal eller åtminstone någon av parternas reservation angående avtalets innehåll (se nedan 3.4). Den allmänna uppfattningen torde vara, att viljan till avtal tar överhanden (jfr UCC 2-204 och 2-207 st 3).

Att en part bör vara bunden av sin viljeförklaring, fastän den av *misstag* fått ett felaktigt innehåll, om mottagaren är i god tro om misstaget, är i Norden en självklarhet, om man bortser från benefika rättshandlingar (32 § 1 st e contrario). Antagligen bör denna bli i tolkningssammanhang centrala tillitsprincip ges en positiv formulering och i samband därmed placeras redan i lagens första kapitel, vilket för övrigt skett i CISG artikel 8 st 2.

Avtalslagens första kapitel bör liksom nu också innehålla *tvingande* moment av *förhandlingsetisk* karaktär. Här finns ett starkt samband med lagens ogiltighetsregler vid svek och vid handlande mot tro och heder. Ett illojalt handlande skall inte bara leda till att den förfördelade parten kan påstå ogiltighet; han bör även kunna välja att hävda avtal på sina egna villkor. Särskilt när avtalet börjat fullgöras, står ingen annan rimlig sanktion till buds (jfr NJA 1986 s 596 nedan under 4.3). En tvingande regel om upplysningsplikt i samband med avtalsförhandlingar kunde ses som ett interventionistiskt drag som hämmar avtalsfriheten. I själva verket torde en sådan regel förbättra marknadens funktion.

Det är i detta sammanhang som den ofta kritiserade regeln i 6 § 2 st avtalslagen kommer in. Enligt denna är anbudsgivaren, sedan han mottagit en oren accept, skyldig att reklamera om han måste inse att acceptanten utgår från att accepten överensstämmer med anbudet och att avtal således kommit till stånd på acceptens villkor. Kritiken mot regeln går främst ut på att det är alltför svårt för parter och domstolar att bedöma vad en part utgick från och vad den andra måst inse; fiktioner ligger nära till hands (se t ex Hellner i JFT 1979 s 281 ff och Grönfors, Avtalslagen, 2 uppl s 32).

Reklamationskyldigheten i 6 § 2 st är långtgående genom att det inte krävs att acceptantens misstag är ursäktligt. Anbudsgivaren har dock sällan måst inse misstaget, när det begåtts utan allt fog. Men i vissa fall får en part vid avtalsförhandlingar klart för sig att motsidan genom ett grovt misstag tror att avtal kommit till stånd och börjar inrätta sig efter denna uppfattning. Åtminstone den svenska Högsta domstolen har tvekat att kräva reklamation även i sådana fall. I något rättsfall har det i domskälen, till stöd för en reklamationsplikt, tillagts att misstagskontrahenten haft *visst fog* för sin uppfattning (NJA 1961 s 658). I ett annat rättsfall har HD uttryckligt tagit avstånd från att en generell klargörandeplikt skulle föreligga så snart de dubbla subjektiva rekvisiten i 6 § 2 st avtalslagen är uppfyllda (NJA 1977 s 25). Å andra sidan har HD antagit att en klargörandeplikt kan föreligga, inte bara när en part utgår från att avtal kommit till stånd med visst innehåll till följd av ditills växlade meddelanden, utan även när en part med fog utgick från att avtal efter en tid skulle komma till stånd om motparten inte protesterade, en situation som inte täcks av 6 § 2 st avtalslagen men ligger nära 9 §, se NJA 1962 s 276 („Skarinprincipen“) och 1977 s 92 på s 110 ö.

En klargörandeplikt är främst påkallad när en part av misstag tror att ett avtal kommit till stånd och därmed inrättar sig efter avtalet (klargörandereglerne i 4 § och 6 § avtalslagen siktar också mot denna situation). Om en part misstagit sig angående ett ostridigt träffat avtals innehåll, är skälen inte alltid lika starka för reklamation, men även ett sådant misstag kan påverka partens framtida handlande. I praxis har avtalslagens regler om klargörandeplikt därför ofta tillämpats analogiskt vid avtalstolkning.

Jag instämmer i att en viss reservation bör göras mot en generell klargörandeplikt. Den som utan allt fog missuppfattar innebörden exempelvis av ett oförbindande letter of intent bör nog få skylla sig själv, även om hans misstag är uppenbart för andra parten. Likaså bör en klargörandeplikt tillämpas med stor försiktighet när tolkningstvisten gäller innebörden av ett allmänt tillämpat standardavtal, t ex NL 85 (jfr dock NJA 1987 s 835), eller när ena parten måste inse att den andra misstagit sig angående innehållet i en utfyllande rättsregel (anorlunda NJA 1969 s 609, som håller en dörr öppen för klargörandeplikt även i sådana fall). Men jag är övertygad om att en klargörandeplikt särskilt angående förutsättningarna för avtalsbundenhet överhuvudtaget (se NJA 1977 s 92 och 1982 s 244) samt rörande innebörden av diskuterade avtalsvillkor vid individuellt författade avtal (jfr kollektivavtal) alltfört bör inta en central plats i avtalsrätten. En klargörandeplikt är, som nämnts, till stor del helt enkelt en nödvändig konsekvens av ogiltighetsreglerne angående svek och ohederligt utnyttjande av motpartens villfarelse, i de fall avtalets fullgörelse påbörjats när tvisten uppstår, men

den bör kunna tillämpas även i andra fall. En tvingande regel om bundenhet av det slag som finns i 6 § 2 st avtalslagen, modifierad med ett rekvisit som kräver att misstagskontrahenten haft *visst fog* för sin uppfattning eller att den andra partens tystnad *strider mot god förhandlingssed* el dyl. bör alltså intas i 1 kap avtalslagen. Det sistnämnda alternativet betonar bäst sammanhanget med ogiltighetsreglerna och torde därför vara att föredra (en hänvisning till gott „affärsskick“ passar inte så bra, om även privatpersoner skall ha en upplysningsplikt vid avtal med varandra). Tillämpningssvårigheterna kan reduceras, om man därutöver har andra reklamationsregler som slår till „på ett tidigare stadium“ och som är mer objektivt formulerade (se nedan 3.4; så även CISG artikel 8 st 1 och artikel 19 st 2).

Även i *positiv* bemärkelse bör avtalsfriheten respekteras. Har parterna enat sig om ett avtal med visst innehåll, skall detta i princip respekteras även i framtiden. Att undantag ibland kan göras skall nedan framhållas i samband med diskussionen av avtalslagens ogiltighetsregler.

Det hittills anförda har främst tagit sikte på avtal mellan näringsidkare. Vid avtal mellan näringsidkare och *konsument* är avtalsfriheten väsentligt inskränkt genom tvingande lagstiftning rörande köp och tjänster. Detta får i sin tur till följd att försäkringsmässigt tänkande via 36 § avtalslagen slår igenom även i många andra situationer. Man kan fråga sig om tiden är inne att generellt avskilja konsumentförhållanden även i avtalslagen. Det tror jag emellertid inte är erforderligt, och det skulle vara tekniskt otympligt. Vissa särregler kommer emellertid att diskuteras i det följande, bl a vad gäller löftesprincipen.

3.2 Löftesprincipen *m m*

Enligt avtalslagen är anbud, som inte återkallats innan mottagaren tagit del av det, *bindande under en acceptfrist*. På motsvarande sätt är en för sent framkommen accept bindande under rimlig tid såsom ett nytt anbud. Härigenom avviker nordisk (och tysk) rätt från angloamerikansk rätt, enligt vilken *anbud kan återkallas innan det accepteras*. I CISG har den angloamerikanska regeln blivit huvudregeln, artikel 16 st 1, men motsatsen anges i st 2 gälla a) om anbudet, genom att ange en bestämd tid för accept eller annorledes, indikerar att det är oåterkalleligt eller b) om det var rimligt för acceptanten att anta att anbudet var oåterkalleligt och acceptanten handlade i förlitan på detta.

Regeln i CISG är uppenbarligen en kompromiss mellan två skilda utgångspunkter, och det är ovisst hur regeln kommer att uppfattas av rättstillämparna. Risk föreligger naturligtvis att angloamerikanska domstolar betraktar frister för accept endast som en angivelse av när anbudet förfaller, utan att därav följer att

anbudsgivaren är förhindrad att dessförinnan återkalla anbudet, medan domstolar i länder, som hyllar löftesprincipen, tolkar snart sagt varje bestämd acceptfrist som en utfästelse om bundenhet under acceptfristen. Vad artikel 16 st 2 b) kommer att innebära är än svårare att förutse.

Ändamålet med löftesprincipen i de nordiska avtalslagarna har angivits vara, att acceptanten skall kunna förlita sig på att anbudet står sig under en rimlig frist, så att acceptanten på allvar överväger anbudet till omsättningens fromma. En regel om skadeståndsskyldighet för negativa kontraktsintresset vid återkallelse, sedan mottagaren lagt ner kostnader på att överväga anbudet, skulle enligt lagens upphovsmän i själva verket innebära ett visst erkännande av löftesprincipen men inte vara en tillräcklig kompensation (jfr NJA II 1901 nr 1 s 24 f). Det brukar också framhållas att mottagaren, när kontraktsprincipen gäller, kan frestas att i hast och oöverlagt acceptera ett anbud.

Den angloamerikanska kritiken av löftesprincipen går ut på att den haltande bundenheten ger ena parten möjlighet att spekulera på den andres bekostnad. Är ett löfte bindande endast för anbudsgivaren, har acceptanten möjlighet att utnyttja en prisutveckling som är förmånlig för honom samtidigt som han inte behöver acceptera vid motsatt prisutveckling. Motsvarande gäller till anbudsgivarens förmån, om en för sent framkommen accept blir ett för acceptanten bindande anbud.

Vid valet mellan de två principerna bör avgörande vikt läggas vid dels att löftesprincipen synes ha överensstämt med uppfattningen i handelslivet i Norden allt sedan avtalslagens tillkomst (med reservation för Norge, se NJA II 1915 s 179), dels att anbudsgivaren genom ett ensidigt förbehåll kan antingen skaffa sig rätten att när som helst återkalla anbudet eller uppställa en mycket kort acceptfrist, liksom han kan förbehålla sig rätten att slutligt pröva en inkommen accept. Det må vara att artikel 16 i CISG kanske inte behövt vara ett oöverstigligt hinder mot ratifikation av konventionens avtalsdel. Tillräcklig anledning att övergå till kontraktsprincipen i inhemsk nordisk rätt finns inte.

Annorlunda ligger det till med *försenade accept*. Här är det fråga om en för acceptanten oväntad händelse, som han inte hade anledning att överväga. I olika nordiska kommentarer till avtalslagen anges att möjligheten för anbudsgivaren att acceptera en försenad accept förutsätter stabila förhållanden (t ex Jörgensen, Kontraktsret, 1971, s 80 f och Grönfors, Avtalslagen, 2 uppl s 50). I amerikansk rätt gäller mailbox-regeln, innebärande att båda parter blir bundna när accepten postas (jfr ECE 188 2.1). På denna punkt bör avtalslagen kanske ändras. Acceptanten har velat binda sig endast under den tid som normalt går åt för acceptens befordran till anbudsgivaren. Å andra sidan har anbudsgivaren inte velat påta sig någon bundenhet, sedan den uppställda eller den legala acceptfristen gått ut. Re-

geln bör därför måhända vara, att acceptanten inte är bunden under längre tid än som normalt går åt för befordran av accepten med det av acceptanten valda befordringsmedlet. Förseningen måste dock vara synbar för anbudsgivaren (t ex genom dagteckning av brev eller poststämpelns datum) för att kunna åberopas mot denne. Jämför nedan 5.3 angående risken för befordringsfel.

Vid avtal, som sluts *munligt* mellan närvarande personer eller per telefon, borde parterna ha rätt att *återkalla* anbud och accept tills samtalet avslutats. Vad som sägs torde i allmänhet ej vara lika noga övervägt som vid brevväxling, och det förefaller därför ej rimligt att en part skulle kunna åberopa vad den andre sagt utan reservationer i ett ännu ej avslutat samtal. Enligt avtalslagen kan man möjligen nå detta resultat genom tillämpning av undantagsregeln i 39 §, ehuru denna strängt taget kräver att ett misstag begåtts (NJA II 1915 s 179).

I ett förslag till ny svensk konsumentköplag, som just avlämnats från regeringen till lagrådet, föreslås att en *konsument* alltid skall kunna *återkalla* sitt anbud innan det accepterats av näringsidkaren. Syftet med förslaget är dels att genom tvingande lagstiftning hindra att konsumenten blir långvarigt och ensidigt bunden av en beställning, dels att komplettera ett samtidigt givet förslag om avbeställningsrätt mot ersättning, där denna beräknas till de kostnader som näringsidkaren hunnit lägga ner på avtalets fullgörande och till den del av vinsten som belöper på de nedlagda kostnaderna. Eftersom skadeståndet vid en snar återkallelse i regel skulle bli obetydligt, har det ansetts lika bra att ge konsumenten fri återkallelserätt.

Enligt min mening är förslaget principiellt betänkligt. Konsumenter kan lätt komma att dra felaktiga slutsatser om bundenhet av anbud i andra sammanhang. Därför borde det övervägas, om löftesprincipen generellt skall avskaffas beträffande anbud från konsumenter. Behålls löftesprincipen i avtalslagen även för konsumenter, synes det vara lämpligare om det i konsumentköplagen infördes en regel som begränsade konsumentens bundenhet till 1 – 3 dagar, så att näringsidkaren fick viss tid för att göra en insolvensprövning och för att kontrollera sina leveransmöjligheter samt för att undersöka en eventuell bytesvara. Kunden skulle då också slippa hållas kvar i butiken under den tid det tar för näringsidkaren att utföra dessa kontroller.

3.3 Anbuds- och acceptmodellen

Avtalslagen bygger på att avtal kommer till stånd genom ett successivt utväxlande av anbud, tills en part slutligen accepterar motpartens senaste anbud utan förbehåll. Vart och ett av dessa anbud tänkes vara sådant att det är *ägnat att leda till ett avtal genom en förbehållslös accept* (anbud i teknisk mening).

Emellertid är verkligheten mer nyanserad än så. Ett problem är att termerna *anbud* och *accept* i det praktiska rättslivet ofta används i en betydelse som inte överensstämmer med avtalslagens. Så är fallet när en part gjort förbehåll om att få sista ordet, genom att avtal sägs förutsätta att han bekräftar motpartens *accept* eller genom att bundenheten villkorats av att skriftligt kontrakt skall upprättas och undertecknas. Så långt är problemet emellertid bara terminologiskt.

Värre är, att det ofta är *svårt att fastställa, när en part avgivit ett anbud i teknisk mening*, nämligen en viljeförklaring som har den egenskapen att den i förening med förbehållslös *accept* leder till ett avtal. Det gäller här att bedöma vilken betydelse som skall tillmätas olika reservationer, såsom förbehåll om egen bekräftelse eller om skriftligt kontrakt. Innebär dessa reservationer att „*anbudet*“ inte är ett *anbud* och att bundenhet för „*anbudsgivaren*“ inträder först genom en efterföljande viljeförklaring, eller skall reservationerna endast anses avgivna i syfte att säkra bevisning om ett ingånget avtal? På motsvarande sätt kan man fråga sig vad det betyder, att den som avger en „*accept*“ anger att han själv skall avge en bekräftelse eller begär att motparten skall avge en bekräftelse eller att kontrakt skall upprättas.

Vid muntliga förhandlingar om ett avtal, t ex en företagsöverlåtelse, är det ibland svårt att avgöra när parternas förhandlingsbud överhuvudtaget har bindande karaktär. Kan en part exempelvis utan rättslig påföljd återta ett bud i en delfråga, så länge enighet inte nåtts om avtalet i dess helhet? Eller uppkommer något slags successiv bundenhet under förhandlingens gång, där, sedan parterna uppnått enighet om huvudvillkoren, domstol kan fylla ut de villkor som återstår? Eller blir den part som vill backa i vart fall skadeståndsskyldig mot den andra parten?

Ifrågavarande problem tillhör avtalsrättens mest subtila. Vid den nuvarande avtalslagens tillkomst gjordes vissa försök att reglera i vad mån förbehåll om bekräftelse eller om kontraktskrivning förtog „*anbudet*“ eller „*accepten*“ dess bindande karaktär, men försöken uppgavs sedan oenighet visat sig föreligga angående reservationernas innebörd i det praktiska rättslivet (se NJA II 1915 s 174 ff). Även om man stiftar lag härom, måste det finnas ett utrymme för avvikande lösningar med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet (se NJA 1970 s 478). Icke desto mindre tror jag att det är angeläget att en ny avtalslag innehåller tolkningsregler för dessa situationer. Vissa riktlinjer kan redan skönjas i praxis, och dessa bör lagfästas och utvecklas. Till följd härav får den part som vill hävda en annan uppfattning om sin egen bundenhet göra tydliga förbehåll. Det är mycket möjligt att en lagstiftning i detta ämne skulle bidra till att precisera affärsmännens uppfattning om vilken innebörd som skall tilläggas olika avtalsmönster, varför eventuella meningsskiljaktigheter i dag endast är ett övergående problem.

Anbuds- och acceptmodellen har visat sig vara utomordentligt anpassningsbar, och den har lagts till grund för UCC, ULIS och CISG. Modellen bör därför behållas även i en ny nordisk avtalslag.

Ett första problem är att skilja *anbud* i teknisk mening från s k *utbud* eller uppfordran till anbud. Denna gräns är inte alltid lätt att dra, särskilt inte numera när en bred krets kan få samma erbjudande med individuell adress till varje mottagare. Vidare gäller det att bestämma en nivå när ett erbjudande är *tillräckligt fullständigt och definitivt* för att kunna accepteras med verkan att avtal uppkommer.

I CISG artikel 14 st 1 försöker man lösa båda dessa problem: „A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.“

Kravet att priset skall vara absolut eller relativt bestämt kan synas strida mot den utfyllande regeln i köplagen om hur priset bestäms när inget avtalats. Emellertid utgör artikel 14 bara en tolkningsregel. Det innebär att parterna kan enas om att avtal skall vara slutet utan att priset blivit bestämt, t ex därför att köparen tyst går med på att betala vad säljaren kommer att begära. För att en uppgörelse skall vara bindande måste den dock under alla förhållanden ha en viss bestämdhet (se NJA 1978 s 147 och UCC 2-204).

Genom kravet i artikel 14 på att varan och kvantiteten skall vara bestämd, kommer *kataloger och prislistor* ej att bli anbud i teknisk mening. Detta är gott och väl, även om det kanske vore en mer „nordisk“ lagstiftningsteknik att omtala detta direkt. Så kunde ske fristående eller indirekt i samband med en regel om huruvida utgivaren är reklamationskyldig, ifall han ej vill bli bunden av inkomna beställningar (jfr 9 § och nedan 3.6).

Omnämmandet av varan (naturaprestationen), kvantiteten och priset som tillräckliga villkor för ett bindande erbjudande jämte indikation på förpliktelseavsikt förefaller mindre lyckat, om regeln skall appliceras på en någorlunda komplex avtalsförhandling, t ex en företagsöverlåtelse. Det kan tänkas att parternas verkställande direktörer enats om att det är ett företag som skall säljas och om priset jämte ytterligare några viktiga villkor, varefter förhandlingarna fortsätter på lägre nivå för att reglera en mängd detaljer. Är avtal ingånget (*successiv bundenhet*)? Enligt CISG beror det på om den part, som vid uppkommen tvist ej vill vara bunden, indikerat vilja att binda sig. Men därmed blir tolkningsregeln innehållslös, eftersom partens avsikt, inom ramen för tillitsprincipen, ytterst ändå är avgörande enligt regeln om att lagens avtalsmekanism är dispositiv.

Givet är att ett bindande avtal ingåtts om „avtalet sluts och sätts i kraft under förbehållet *minor details to be finally agreed upon*“; i den mån parterna inte kommer överens om detaljerna, får dessa utfyllas av domstol (se Grönfors, Avtalslagen, 2 uppl s 38). En svårare fråga är emellertid, om bindande avtal ingåtts när parternas verkställande direktörer eller styrelseordförande kommit överens om huvudvillkoren och möjligen nedtecknat överenskommelsen i ett dokument (som ej kallas bara letter of intent) samt överlämnat de fortsatta förhandlingarna till företagens specialister, men fullgörelsen i förhållande till motparten ännu inte påbörjats (avtalet har alltså inte „satts i kraft“).

Om de detaljer som de fortsatta förhandlingarna skall avse har angivits i den huvudsakliga uppgörelsen, bör en part rimligen kunna tvinga den andra till slutligt avtal genom att gå med på den andras krav beträffande detaljerna; har parterna angivit sina utgångspunkter rörande detaljerna i den huvudsakliga uppgörelsen, borde detta „yrkande“ inte senare kunna höjas. Men bör en part, sedan en huvudsaklig uppgörelse träffats och motparten inte vill medverka till vad den första parten anser vara en rimlig kompromiss, alltid kunna få domstols hjälp att lösa de återstående frågorna, fastän den andra parten påstår att han ännu inte blivit avtalsbunden? Vad gäller, om andra parten på detta stadium reser frågor som inte gärna kan betecknas som detaljer? Är det otillåtet, eller visar det bara att den huvudsakliga uppgörelsen inte var fullständig? (Jfr Hellner Kommersiell avtalsrätt, 3 uppl s 35 f.)

Från både marknads- och transaktionsekonomisk synpunkt torde det vara bäst, om avtalet fylls ut av parterna i stället för av domstolar eller skiljenämnder. Om avtalet inte har börjat fullgöras, borde tolkningsregeln därför måhända vara, att en uppgörelse om huvudvillkoren inte har längre gående verkan än att parterna förhindras att rygga ett slutligt avtal på grund av *dels* frågor som måste anses lösta genom den huvudsakliga uppgörelsen, *dels* höjning av partens anspråk avseende återstående detaljer jämfört med vad som angivits för motparten vid den huvudsakliga uppgörelsen, *dels* slutligen framförande av osedvanliga villkor som andra parten inte hade någon anledning att räkna med vid huvuduppgörelsen. Det skulle alltså föreligga en villkorad avtalsbundenhet, om parterna tydligt manifesterat en deluppgörelse om huvudvillkoren. Finns ingen sådan manifesterad förhandlingsstation, borde parterna vara helt obundna. I viss utsträckning kan dock *skadeståndsskyldighet* för culpa in contrahendo föreligga (se nedan 6.3). – Vore en sådan regel godtagbar, och skulle det göra någon nytta om den infördes i avtalslagen? Att en part, som återtar förhandlingseftergifter eller negligerar ett letter of intent, i större utsträckning kan drabbas av framtida affärsmässiga svårigheter är en sak för sig.

Ett förbehållslöst antagande av ett anbud är en *accept*, varigenom avtal åstad-

kommes. Accept kan avges i form av ett beteende (realhandling). Hit hör framförallt fullgörande av acceptantens prestation enligt det avtal som anbudet avser (leverans av varor eller betalning av köpeskillingen) eller tillägnande av en icke beställd prestation, t ex översända varor, eller ombordstigning på spårvagn eller parkering på avgiftsbelagd parkeringsplats. En ny avtalslag kan lämpligen ha en regel härom, antingen fristående (jfr artikel 18 i CISG) eller tillsammans med en regel om hur avtalsinnehållet fastställs. Vanligen blir anbudsgivarens villkor gällande, i vissa fall till och med utan att hänvisning skett till dem (se nedan 6.1).

Om en part i sitt „anbud“ eller i sin „accept“ tydligt tillägger att han *själv skall bekräfta* rättshandlingen eller ett avtal, bör detta medföra att rättshandlingen dessförinnan inte är bindande för honom. Varför skulle han göra ett sådant förbehåll angående egen bekräftelse, om det inte vore för att han ville betänka sig ytterligare, exempelvis för att kunna utröna om han kan anskaffa varan från sin underleverantör eller för att kunna komplettera avtalsvillkoren? Jämför NJA 1970 s 478, där förbehållet av HD:s majoritet med hänsyn till omständigheterna dock ansågs ha bort göras än tydligare. Andra liknande förbehåll, t ex „närmare genom brev“, bör också medföra att viljeförklaringen inte är bindande.

En följd av en sådan tolkningsregel blir, att det av lagen skulle framgå att „anbudsgivaren“ inte är bunden vid antagande svar, ifall „anbudsgivaren“ förbehållit sig att använda den vanliga *trastegsmodellen offert, order och orderbekräftelse*. Gör den som avlåter ordern i ett sådant fall inte något förbehåll, får hans viljeförklaring uppfattas så att denna genom „orderbekräftelsen“ kan omedelbart leda till avtal, dvs „ordern“ är ett anbud i teknisk mening medan „offerten“ endast är en uppfordran till anbud.

Om en „acceptant“ begär att *motparten skall bekräfta* att „accepten“ kommit fram i rätt tid eller eljest att avtal ingåtts, bör detta inte hindra att „accepten“ binder avsändaren. „Acceptanten“ har alltså ingen fri ångerrätt till dess att motparten bekräftar. Men är det bara fråga om en bundenhet under en bekräftelsefrist, så att „acceptanten“ blir obunden om bekräftelsen uteblir? „Acceptanten“ har naturligtvis ett rimligt intresse av att få skriftlig bevisning om att hans „accept“ kommit fram i tid och lett till avtal eller att motparten vidkännes ett muntligt avtal. Svensk praxis innebär emellertid, att en begäran om bekräftelse från motparten ej omvandlar „accepten“ till ett „anbud“ som måste accepteras inom viss tid, NJA 1920 s 317 och 1921 s 357. Acceptanten måste alltså göra ett mycket tydligt förbehåll för att uppnå denna effekt. Eftersom bedömningen är långtifrån självklar, vore en tolkningsregel i en ny avtalslag på sin plats. Tillräckliga skäl för att ändra på den bedömning som gjorts i praxis torde inte finnas.

Ett vid entreprenader och anläggningsleveranser vanligt avtalsmönster är att beställaren sänder ut ett förfrågningsunderlag, varefter anbud inkommer från oli-

ka entreprenörer/leverantörer. Någon av dessa kallas till en *slutförhandling*, där ett antal frågor tas upp och regleras. Sammanträdet kan avslutas med att kontrakt skrivs, men lika vanligt torde vara att parterna kommer överens om att *ena* parten, beställaren skall „*bekräfta*“ uppgörelsen eller „*beställa*“ naturaprestationen. Vilken rättslig betydelse har „*bekräftelsen/beställningen*“? Jag tror att parter i denna situation genomsnittligt känner sig avtalsbundna genom den muntliga uppgörelsen vid slutförhandlingen, trots förbehållet om bekräftelse eller beställning och oavsett om uppgörelsen omfattar alla detaljer som parterna tänker reglera. Visserligen är det svårare för en part, som vill förbehålla sig att inte vara bunden, att säkra bevisning härom, än för en part som i den angivna situationen vill att avtal skall anses slutet. Men hårddrar man den invändningen, leder den till att avtalsbundenhet aldrig skulle föreligga förrän kontrakt undertecknats. Jag förordar därför en tolkningsregel om avtalsbundenhet i denna situation. Vad gäller det slutliga fastställandet av avtalsvillkoren hänvisas till avsnittet om efterföljande bekräftelser (3.5).

Förbehåll om att avtalet skall upprättas i skriftlig form och undertecknas av *båda* parter, dvs *förbehåll om kontrakt*, ansågs vid avtalslagens tillkomst in dubio inte hindra att en muntlig överenskommelse eller en skriftlig accept var bindande (NJA II 1915 s 175). Åtminstone nyare svensk rättspraxis ger snarast motsatt intryck. Se NJA 1962 s 276, 1970 s 478 och NJA 1977 s 92 (där bundenheten berodde på efterföljande passivitet, jfr 6 § 2 st avtalslagen). I samband med utarbetandet av ett kontrakt framträder ofta nya problem, och det är ekonomiskt effektivare om parterna får fortsätta att förhandla utifrån affärsmässiga utgångspunkter än att domstolarna i sådana fall fyller ut avtalet med hjälp av rättsregler och kompromisser. Ett förbehåll om skriftlig form, *som görs vid avgivandet av vad som annars vore en bindande förklaring*, bör därför leda till att förklaringen inte är bindande, såvida det inte klart framgår att kontraktet endast skall tjäna som bevismedel. En ny avtalslag borde (liksom BGB § 154 st 2) ha en tolkningsregel av denna innebörd.

Tveksammare är, om samma tolkningsregel skall gälla rörande avtal om skriftform, när avtalet härom ingåtts *vid inledandet av förhandlingar*. Antag att en muntlig uppgörelse sedan träffas utan att överenskommelsen om skriftform upprepas eller över huvud taget tas upp. Bör en part då kunna ångra sig innan avtalet börjat fullgöras? Skulle denna situation inträffa, framgår det nog av omständigheterna att tolkningsregeln ej bör gälla. Parterna kan alltså själva avvika formlost från ett skriftkrav som de ålagt sig.

En anslutande och i praktiken viktig fråga är, i vad mån parterna beträffande *framtida ändringar och tillägg* är bundna av ett formkrav som de själva ställt upp i

avtalet („Ändringar eller tillägg till detta avtal gäller bara om de avtalats skriftligen“, se t ex Krüger, Norsk kontraktsrätt s 474 f). Sådana avtal är bindande enligt UCC 2-209 st 2 och CISG artikel 29 st 2 p 1. Det kan dock hävdas, att behöriga företrädare för parterna alltid kan falla tillbaka på avtalagens regel om att formlösa avtal är bindande eller att de i vart fall alltid kan muntligen ändra på själva avtalet om skriftform för ändringar och tillägg samt att en sådan ändring görs konkludent när exempelvis ett tilläggsarbete beställs muntligt (jfr UCC 2-209 st 4). I förhållande till konsumenter skulle en avtalad skriftform för ändringar ofta tänkas vara oskälig att tillämpa (jfr UCC 2-209 st 2, som kräver att konsumenten undertecknat en särskild handling). Även mellan näringsidkare kan regeln vara oskälig, när den part som ej vill vara bunden av ändringen eller tillägget t ex tillgodogjort sig en prestation som andra parten utfört i förlitan på den muntliga beställningen av en i och för sig behörig företrädare (jfr CISG nämnd artikel p 2, vilken skyddar part som handlat i förlitan på en muntlig ändring). I och med att klausulen endast stipulerar skriftlig form (men ej för upp beslutet på viss nivå), kan regeln i vart fall synas oskälig, om ett muntligt ändringsavtal vitsordas eller utan varje tvekan styrks. Poängen med klausulen är emellertid att undvika tvister, där ena parten hoppas kunna utan tvekan styrka en uppgörelse. Härtill kommer att avtalsmönstret är dispositivt och förbehållet begränsat till ett visst rättsförhållande. – Jag lutar emellertid åt att förbehåll om skriftform gäller endast om de gjorts i samband med den rättshandling som eljest vore bindande. En tolkningsregel i lagen om avtalad skriftform skulle kunna utformas så att denna regel kom till uttryck. – För tydlighets skull bör tillfogas att avtalade formkrav för framtida ensidiga rättshandlingar, t ex reklamationer eller uppsägningar, i regel är giltiga. Mottagarens efterföljande beteende kan dock ibland läka formbristen.

En annan anslutande fråga är, om en avtalad skriftform i sig bör innebära att *vad som förekommit under förhandlingarna* före undertecknandet inte skall ha betydelse annat än som tolkande och supplerande omständigheter (Parol Evidence Rule, UCC 2-202). Parterna bör kunna explicit avtala om att detta skall gälla; 18 § 1 st nya köplagen är ju dispositiv. Jag är dock skeptisk till att en sådan avskärmande regel skulle följa redan av ett avtal om skriftform. Tveksamheten grundar sig på de rättstekniska svårigheter som uppkommer genom en Parol Evidence Rule. För svensk rätts del kan erinras om att formkravet vid fastighetsköp i nya jordabalken (1970) avskaffats vad gäller köpevillkor i allmänhet just på grund av att muntliga utfästelser t ex via ogiltighets- och tolkningsregler kan och bör få positiv relevans vid fastställande av avtalsinnehållet. Det skulle också stå i bäst samklang med 18 § 1 st i den nya nordiska köplagen angående marknadsföringsansvar, att vad som sagts under förhandlingarna blir bindande, även om parterna

överenskommit att skriftligt avtal skulle ingås och sådant avtal sedan ingåtts. Den avtalade skriftformen skulle alltså in dubio ha betydelse bara för frågan, om avtalsbundenhet över huvud taget uppkommit.

3.4 Konsenskravet, *battle of forms*

Enligt 6 § 1 st i avtalslagen måste accepten i sak *helt överensstämma med anbudet* för att avtal skall slutas genom accepten.

Konsenskravet modifieras av 1 §, enligt vilken bindande avtal kan slutas om parterna är ense därom, även om alla villkor ännu ej reglerats (*subject details*). Skulle parterna inte lyckas lösa de återstående problemen, kan endera parten begära att domstol eller skiljenämnd fastställer avtalsinnehållet med hjälp av utfyllande rätt eller en kompromiss (jfr UCC 2-204 och 207 st 3).

Vidare modifieras konsenskravet av 6 § 2 st, enligt vilket avtal blir slutet på de villkor som framgår av accepten, om acceptanten tror att denna överensstämmer med anbudet och anbudsgivaren måste inse detta men underlåter att reklamera.

Slutligen modifieras konsenskravet i 6 § 1 st avtalslagen av den processrättsliga regeln i dispositiva mål, att domstolen inte kan gå utöver *parternas yrkanden*. Om båda parter begär att domstolen skall fastställa ett avtalsinnehåll, måste så ske.

Antag nu att en part erbjuder sig att på bestämd tid och plats och till bestämt pris leverera en viss kvantitet socker i prima säckar. Erbjudandet accepteras med tillägget, att säckarna skall vara nya. Anbudsgivaren hör inte av sig. Just innan leverans skall ske, faller priset på socker kraftigt. Kan köparen undandra sig köpet? (Exemplet hämtat från Honnold, *Uniform Law for International Sales* s 190.) Eftersom en dissens föreligger, skulle ett frånträdande vara möjligt enligt avtalslagen, såvida det inte kan styrkas att parterna varit eniga om avtal trots dissensen (dvs lämnat till domstol att avgöra denna fråga, ifall den skulle visa sig ha någon praktisk betydelse) eller köparen utgått från att hans accept stämde överens med anbudet och säljaren måst inse detta (vilket ej kan vara fallet). Tydligt finns goda möjligheter för köparen att undslippa bundenhet på grund av ovidkommande skäl, liksom säljaren skulle kunna göra det om priset i stället stigit kraftigt före leveransen, om vi bara håller oss till avtalslagen. Avgörandet hänger på bedömningen, huruvida parterna ansett sig obundna på grund av dissensen eller medvetet men tyst överlämnat dissensen till domstols eventuella avgörande.

Avtalslagen 6 § 2 st tvingar som just nämnts anbudsgivaren att reklamera mot en oren accept bara om anbudsgivaren måst inse att acceptanten från början trodde att accepten stämde överens med anbudet. I praxis finns dock ett par rättsfall, där reklamationskyldighet ställts upp eller antytts redan när anbudsgivaren måst

inse att acceptanten visserligen visste om att accepten avvek från anbudet men dock trodde att accepten skulle bli godtagen om anbudsgivaren inte hörde av sig inom skälig tid (NJA 1962 s 276 „Skarinprincipen“ och 1977 s 92 på s 110 ö). Acceptanten måste dock ha haft ett starkt fog för att hysa denna uppfattning; observera att reklamationskyldighet enligt 9 § förutsätter att svaret överensstämmer med utbudet. När indikationer finns på att anbudsgivaren faktiskt kände sig bunden innan nya omständigheter fick honom att vilja dra sig ur avtalet, torde „Skarinprincipen“ ligga särskilt nära till hands att applicera (i rättsfallet låg det till på detta sätt).

När det gäller hänvisning till standardavtal måste det vara svårt för en acceptant att tro att hans leveransbestämmelser blir godtagna, om även anbudsgivaren hänvisat till egna standardvillkor; i vart fall är det ovisst om anbudsgivaren måst inse en sådan tro; anbudsgivaren har väl i allmänhet bara insett att acceptanten *hoppas* att dennes villkor skall beaktas vid en framtida process. För att avtal i denna situation skall vara bindande innan det börjat fullgöras, krävs nog särskilda omständigheter som visar att parterna haft inställningen att dissensen beträffande standardvillkoren skjuts på framtiden för att lösas om problemet aktualiseras. Har anbudsgivaren inte hänvisat till några villkor, medan acceptanten hänvisat till vanligen förekommande standardvillkor, t ex NL 85, är det dock möjligt att Skarinprincipen kunde tillämpas. Men läget är oklart, åtminstone enligt svensk praxis. HD:s majoritet (jfr ett par dissidenter i NJA 1970 s 478) har ännu inte i något mål förklarat att redan passivitet i relation till acceptantens avvikande eller tillagda standardavtal binder anbudsgivaren. I NJA 1980 s 46 blev en part bunden av de allmänna villkor andra parten hänvisat till, när denne enligt vad första parten måst inse inte ansett sig slutligt bunden när han hänvisade till villkoren, men utgången motiverades delvis med att den första parten börjat fullgöra avtalet utan invändning (performance rule). Att bundenhet undantagsvis kan uppstå till motpartens standardvillkor utan att motparten ens hänvisat till dessa är en annan historia (se nedan 6.1)

Avtalslagen erbjuder genom 6 §, extensivt tillämpad (Skarinprincipen), ett mycket domartillvänt och flexibelt system, där båda parternas uppfattning i det enskilda fallet kan beaktas men även vissa rent objektiva skäl: Hade ena parten fog för att tro att hans villkor skulle gälla? I så fall har andra parten i allmänhet måst inse detta. Avtalsrätten är i realiteten nog inte så subjektiv som den skälls för att vara. Icke desto mindre bör det naturligtvis *prövas*, om det inte går att öka förutsebarheten genom att uppställa rent objektiva och kanske fyrkantiga regler.

Uppgiften är emellertid svår. Battle of forms tillhör en av avtalsrättens mest diskuterade frågor utan att några lösningar vunnit allmän anslutning (se senast i svensk doktrin Göranson, Kolliderande standardavtal, Ramberg, Allmän avtals-

rätt, 2 uppl s 83 ff och Hellner, Kommersiella avtal, 3 uppl s 50 f). Detta kan naturligtvis betyda att ingen lösning är nämnvärt sämre än någon annan, varför det bara gäller att bestämma sig och göra lösningen allmänt bekant i lagen. Men möjligheterna är många. Skall avtalet fastställas i enlighet med anbudsgivarens uppfattning, särskilt om han i sitt anbud dekreterat att han inte godtar några andra villkor än sina egna (first shot med skyddsklausul), *eller* i enlighet med acceptantens villkor om anbudsgivaren inte invänt mot acceptantens villkor (last shot) *eller* skall den första fullgörelsen anses innebära ett godtagande av motpartens villkor *eller* skall mottagandet av den första fullgörelsen anses innebära ett sådant godtagande *eller* skall de motstridiga villkoren neutralisera varandra i den mån de ej överensstämmer, så att utfyllande rätt blir tillämplig, särskilt om båda parter i samband med varje egen fullgörelse återigen hänvisat till sina egna villkor?

Ifrågavarande problem har i ULIS artikel 7 och CISG artikel 19 lösts på det sättet, att *acceptantens villkor binder anbudsgivaren, om villkoren inte väsentligt ändrar på anbudet och anbudsgivaren inte protesterar mot accepten utan oskäligt uppehåll*. Därmed hindras båda parter att efter viss tid men innan fullgörelse skett hoppa av avtalet under framhållande av en mindre dissens, och det framgår tydligt att the last shot bestämmer avtalsinnehållet, medan fullgörelsen eller mottagande av fullgörelsen inte påverkar innebörden av det redan träffade avtalet, åtminstone inte om skälig tid för protest då löpt ut. Samma regel finns i UCC 2-207 st 2 vid avtal mellan köpmän, dock med den skillnaden att passivitetsregeln bara gäller för mindre *tillägg*; mindre ändringar behöver anbudsgivaren inte reklamera mot. Tanken är tydligen att passivitet typiskt sett kan antas innebära ett godtagande av tillägg men inte av ändringar.

I DDR:s Gesetz über Internationale Wirtschaftsverträge § 33 st 2 anges, att de standardvillkor som sist översänts och som inte föranlett protest bestämmer avtalets innehåll. Om avvikelserna i dessa villkor är betydande eller ej spelar tydligen ingen roll. Här prioriteras uppenbarligen intresset av en klar regel.

En svaghet i lösningen i ULIS, CISG och UCC (och kanske även i DDR-lagen) är att den nämnda regeln inte kan tillämpas, om anbudsgivaren i anbudet tydligt förklarat att han inte vill vara bunden på andra villkor än sina egna. Av ULIS artikel 2 och UCC 2-207 st 2 a) framgår detta uttryckligt; i CISG torde samma slutsats få dras analogiskt av artikel 14 st 1. Och varför skulle acceptanten kunna åtvälva anbudsgivaren en reklamationsplikt, när anbudsgivaren reklamerat redan i sitt anbud? Kräver inte en reklamationsplikt för anbudsgivaren i så fall också att den som offererar blir reklamationskyldig, fastän han förklarat att trestegsmodellen offert, order och orderbekräftelse används, om han vill undgå bundenhet av en order? Riskerar inte regeln dessutom att bara leda till en serie av last shots? Ett tydligt framträdande villkor i ett anbud om att anbudsgivaren inte genom tystnad

godtar motpartens villkor bör därför respekteras. Är förbehållet mindre tydligt, t ex därför att det förekommer bland många andra villkor i ett standardavtal, bör förbehållet dock kunna åsidosättas, eftersom acceptanten trots anbudets förbehåll kan ha haft fog för att tro att den mindre avvikelsen skulle godtas av anbudsgivaren; här är det med andra ord en tvingande regel om god förhandlings sed som slår till (jfr NJA 1977 s 92). Och även om förbehållet i anbudet är tydligt framträdande, kan det åsidosättas, om anbudsgivaren senare får anses ha godtagit acceptantens lika tydliga förbehåll (se det illustrativa *Butler Mashine Tool v. Excel-O Corpn. C.A.*, 1979, 1 ALL ER 925).

En annan svaghet i CISG-konventionen är att regeln om skyldighet att reklamera vid dissens inte gäller, om det avvikande villkoret avser pris, betalning, kvalitet eller kvantitet på godset, plats och tid för leveransen, omfattningen av parts ansvar mot motparten eller hur tvister skall lösas. Enligt artikel 19 st 3 anses sådana avvikelser nämligen utgöra väsentliga ändringar. Därmed blir de flesta dissenser rörande inte bara individuellt förhandlade villkor utan även standardvillkor väsentliga avvikelser. Är avvikelsen i accepten väsentlig, medför det enligt ULIS och CISG att inget avtal slutits: den orena accepten gäller som ett nytt anbud. Skulle parterna ändå gemensamt hysa uppfattningen att avtal slutits, får domstolarna ingen ledning för hur avtalsinnehållet skall fastställas. Detsamma gäller när ett avtalsinnehåll eljest måste fastställas på grund av parternas yrkanden i processen.

På denna punkt ger UCC 2-207 besked. En *definitiv* och rättidig accept leder enligt första stycket till avtal, även om accepten innehåller avvikande tillägg eller (obs!) ändringar och oavsett om dessa är väsentliga, såvida inte accepten uttryckligen villkoras av att anbudsgivaren godtar acceptens avvikande villkor. Detta borde betyda att acceptanten, när accepten inte uttryckligen villkoras av att anbudsgivaren godkänner avvikelsen, blir bunden av villkoren i anbudet, med undantaget att mindre tillägg i accepten vid handelsköp kan bli gällande mot anbudsgivaren enligt den nyss nämnda passivitetsregeln. I 2-207 st 3 finns visserligen en regel om att avtalets innehåll bestäms av parternas förklaringar så långt dessa stämmer överens och i övrigt av utfyllande rätt, men denna regel synes avsedd att tillämpas när *båda* parter genom sitt *beteende* erkänner ett avtal fastän parternas förklaringar i övrigt inte konstituerar ett sådant; regeln förefaller därför svår att tillämpa när avtalet kommer till stånd genom *acceptantens svar* i enlighet med första stycket.

Formellt gäller UCC 2-207 alla villkor, men det är ändå tvivelaktigt om första stycket kan tillämpas när accepten innehåller individuellt skrivna och väsentliga reservationer, vilka rimligen måste uppmärksammas av anbudsgivaren (se *White & Summers, Uniform Commercial Code*, 1980, s 27 f och 37). Det måste vara en

omöjlig uppgift att i det allmänna rättsmedvetandet förankra en regel, som innebär att den som erbjudits en bil för 100 tkr och accepterat för 80 tkr skulle vara bunden av ett köp för 100 tkr bara därför att han använt uttrycket „accepterar“. Mindre klart är måhända hur man t ex skall se på läget, om en tennisspelare anmält sig till en tävling, där det i inbjudan står att inga förbehåll kan göras beträffande speltider, med förbehållet att han ej kan spela före kl 16. Arrangören kan naturligtvis avvisa anmälan. Men kan arrangören lotta in spelaren med en första match kl 14 och behålla anmälningsavgiften? Knappast, om tidsangivelsen i anmälan bör uppfattas som en betingelse för anmälan; acceptanten har aldrig godtagit anbudets villkor om att inga förbehåll gäller. Även när dissensen gäller standardvillkor, som ej diskuterats, synes det tveklaktigt att ge anbudets villkor fullt genomslag, när båda parter hänvisat till sina egna standardvillkor, vare sig acceptanten uttryckligen gjort accepten beroende av att anbudsgivaren godtar hans reservationer eller ej och oavsett om anbudsgivaren dekreterat att hans villkor skall gälla.

Men hur skall dissensproblemen då lösas, när varken avtalslagen, CISG eller UCC ger alla svar?

Enligt min mening bör följande gälla.

a) En accept, som innehåller ändringar eller tillägg till anbudet är ett *avslag i förening med ett nytt anbud*, mot vilket anbudsgivaren i princip inte är reklamationskyldig. Om tystnad innebär en betydande illojalitet, kan anbudsgivaren dock bli bunden av passivitet (jfr NJA 1977 s 92).

b) Innehåller accepten *mindre tillägg eller ändringar*, vilka acceptanten har *fog för att tro att de godtas* om anbudsgivaren inte protesterar, blir avtal slutet i enlighet med accepten om anbudsgivaren inte protesterar inom skälig tid. Ett tydligt framträdande förbehåll i anbudet kan dock hindra att avtal sluts med tillämpning av denna passivitetsregel.

c) *Fullgör anbudsgivaren* avtalet eller *mottar anbudsgivaren* acceptantens fullgörelse, fastän accepten varit oren och fastän avtal inte kommit till stånd enligt b), *utan att anbudsgivaren därvid gör förbehåll* om villkoren i anbudet, blir han likaledes bunden av villkoren i accepten.

d) Är *avtalet slutet* genom överensstämmande viljeförklaringar eller med tillämpning av regel b) eller därför att parternas beteende eljest ger vid handen att de båda anser sig vara (eller ändå är) avtalsbundna trots dissensen (t ex subject details), så har ett *efterföljande förbehåll* eller avsaknaden av ett efterföljande förbehåll angående egna villkor, exempelvis i samband med fullgörelsen, i princip inte någon betydelse. Avtalsinnehållet får fastställas efter vad som var överenskommet vid avtalslutet och i övrigt med hjälp av utfyllande regler och kompromisser. Ett efterföljande förbehåll bör dock behandlas som en oren accept, om

avsändaren utgick från att han ännu inte var bunden av något avtal och mottagaren måst inse detta (jfr NJA 1980 s 46). I viss utsträckning kan ett efterföljande förbehåll bli avgörande för avtalsinnehållet också enligt regler om passivitet mot bekräftelser (se nedan 3.5).

Jag har följande kommentarer till rekommendationerna.

Ad b). Syftet med regeln är i första hand att ingen part vid fullgörelsen skall kunna undandra sig avtalet med hänvisning till en obetydlig skillnad i accepten, varvid dissensen förmodligen är ett svepskäl. – Någon generell reklamationskyldighet mot väsentliga avvikelser kan inte gärna komma i fråga, inte ens om det är fråga om tillägg (annorlunda Hellner i JFT 1979 s 299). Det torde för övrigt vara svårt att göra skillnad mellan tillägg och ändringar; anbudsgivarens tystnad när det gäller allmänna leveransbestämmelser kan bero på att han önskar att köplagen skall gälla, och då är en hänvisning i accepten till standardvillkor i sak en ändring osv. Fullgörs ej avtalet när accepten innehåller en väsentlig avvikelse, har avtalet förfallit, om det inte eljest framgår att båda parter utgår från att avtal kommit till stånd, jfr d). – Det torde emellertid vara lämpligt att ett i branschen sedvanligt standardvillkor blir avtalsinnehåll enligt regel b), om anbudsgivaren ej hänvisat till allmänna leveransbestämmelser. Man kan således ej bara beakta avvikelsernas materiella betydelse, som CISG gör, utan hänsyn bör även tas till vad acceptanten hade fog för att anta vara innebörden av anbudsgivarens tystnad. Möjligen bör därför ordet „mindre“ strykas i regel b) och relativsatsen lyftas fram.

Ad c). Om någon, som mottagit ett anbud, utan att svara fullgör enligt anbudet, innebär det en konkludent accept av anbudet. Det är därför naturligt att anbudsgivaren genom egen förbehållslös fullgörelse blir bunden av den orenerade accepten. I och för sig kunde man tänka sig att acceptanten genom att förbehållslöst fullgöra godtar anbudet, när acceptanten dessförinnan inte har fått anbudsgivarens godkännande av avvikelserna i accepten. Så bör man som nyss nämnts också se det hela, om avvikelserna i accepten inte kommit anbudsgivaren till hands före acceptantens fullgörelse. Men i övrigt ligger det närmast till hands att utgå från vad som var sista ordet före fullgörelsen. – Ibland kan det vara svårt att urskilja vem som är anbudsgivare, när parterna förhandlat muntligt eller många förslag korsat varandra utan att ha föranlett något ställningstagande från motparten. Antagligen kommer man till ett godtagbart resultat, om den som fullgör in dubio betraktas som anbudsgivare. – Skulle anbudsgivaren återigen och tydligt hänvisa till sina egna villkor vid fullgörelsen, blir han inte bunden av avvikelserna i accepten. Huruvida det då blir något avtal, beror av hur acceptanten ställer sig till anbudsgivarens förbehåll, t ex av om acceptanten tar emot och behåller anbudsgivarens fullgörelse eller låter honom behålla acceptantens fullgörel-

se. – Regel c) innehåller ingen särbehandling av standardvillkor. Med de reservationer som gäller om tydlighet och tillgänglighet enligt 6.1 nedan kan acceptantens standardvillkor bli bestämmande, vare sig anbudsgivaren framlagt individuellt formulerade villkor eller standardvillkor eller förlitat sig på dispositiv rätt. Jag tror inte att man generellt kan säga att acceptanten bryr sig mindre om sina standardvillkor än om sina individuellt formulerade villkor, och en särbehandling av standardvillkor – exempelvis i den formen att parternas standardvillkor neutraliserar varandra – skulle motverka en rationell pappershantering vid avtalslutandet.

Ad d). Från praktisk synpunkt är det naturligtvis en svaghet att det får betydelse vid vilken tidpunkt parterna ansåg sig vara (eller eljest var) bundna. Det kan emellertid inte vara rimligt att, om båda parter ansett sig bundna trots en öppen dissens, vilken de sålunda bagatelliserat, ena parten skulle kunna omförhandla avtalet genom att senare, t ex i samband med fullgörelsen, åter hänvisa till sina egna villkor och utnyttja att motparten på detta stadium har en sämre förhandlingsposition. Lika litet bör det läggas parten till last att han underlåtit att hänvisa till sina egna villkor i samband med fullgörelsen; han var ju skyldig att fullgöra. För övrigt kan man aldrig helt komma ifrån en bedömning av när avtalet blev bindande. Om nämligen ena parten i samband med fullgörelsen åter hänvisar till egna villkor och den andra parten genast protesterar, står parterna helt fria om inget avtal dessförinnan ingåtts, medan domstolen i motsatt fall måste vara beredd att fastställa ett avtalsinnehåll på yrkande av ena parten.

3.5 Efterföljande bekräftelser

Avtalslagen har ingen regel om verkan av att ena parten, *efter det att avtal slutits* genom överensstämmande anbud och accept, skickar en bekräftelse på avtalet, varvid bekräftelsen inte korrekt återger det träffade avtalets innehåll (vare sig innehållet följer av anbudet och accepten eller av utfyllande rätt). Bekräftelsen skulle dock kunna tänkas leda till att avtalets innehåll ändras om mottagaren inte protesterar, ifall avsändaren (med visst fog) *utgår från* att accepten överensstämmer med anbudet och mottagaren har *måst inse* detta (6 § 2 st avtalslagen analogt tillämpad, jfr NJA 1970 s 478 dissidenterna Joachimsson och Edling). I vart fall om den bekräftande trodde att han ännu inte bundit sig avseende villkoren för avtalet och mottagaren *måst inse* detta, ligger en analogi nära till hands (jfr NJA 1980 s 46, där mottagaren dock dessutom började fullgöra utan protest). När den bekräftande visserligen insåg att avvikelse förelåg i bekräftelsen men hade särskilt fog för att tro att avvikelserna i bekräftelsen godtogs om mottagaren inte protesterade – den bekräftande hade t ex uppmanats att komplettera avtalet

på vissa punkter – och mottagaren måst inse detta, torde 6 § 2 st avtalslagen också kunna tillämpas analogiskt („Skarinprincipen“, jfr 9 §). I övrigt har accepten bara *bevisverkan*, om mottagaren är köpman, genom en analogisk tillämpning av 82 § kommissionslagen (NJA 1930 s 131).

UCC 2-207 (1 st) jämsätter bekräftelser, sända inom skälig tid efter avtalets tillkomst, med orena accepter. Mellan köpmän betyder det enligt artikelns andra stycke att en bekräftelse, som innehåller bara *mindre tillägg* i förhållanden till det ingångna avtalet, blir bindande för mottagaren om han inte protesterar (och inte heller gjort förbehåll i anbudet eller i avtalet att han inte godtar andra villkor). Vid efterföljande *större tillägg* eller *ändringar* finns ingen reklamations skyldighet enligt UCC.

ULIS och CISG förbigår denna fråga, vilket betyder att enighet ej kunnat nås om att någon reklamations skyldighet föreligger mot meddelanden som avges efter avtalsslutet.

I doktrinen har Hellner rekommenderat, att inte bara accepter utan även bekräftelser, som innehåller *tillägg* till anbudet respektive avtalet men som avges i nära anslutning till avtalets ingående, blir gällande mot motparten vid underlåten protest, vare sig tillägget är väsentligt eller ej. Skälet är att parterna har fog för att vänta med att åberopa sina standardvillkor, tills de uppnått enighet om de centrala villkoren, samt att det kan vara svårt att bedöma om en rättshandling är en accept eller en bekräftelse (JFT 1979 s 298 ff).

En reklamations skyldighet mot bekräftelser kan motiveras även av andra skäl, främst att det blir meningslöst att tvista om vad som avtalats muntligt, om tvistefrågan finns berörd i en oemotsagd bekräftelse. Detta syfte uppnås emellertid i stort sett även redan genom att bekräftelser tilläggs bevisverkan.

Det bör observeras att syftet med en reklamations skyldighet mot mindre avvikelser i en accept huvudsakligen är att hindra, att någon av parterna senare, när förhållandena ändrat sig, skall kunna vinna framgång med ett påstående att han ej är avtalsbunden. Detta skäl för en reklamations skyldighet föreligger inte, när avvikelserna finns i en efterföljande bekräftelse. Avtalsbundenhet föreligger då under alla förhållanden. Vidare är det legitimt för en acceptant att modifiera villkor i anbudet. Men den som skickar en bekräftelse efter avtalets ingående bör normalt inte göra någon ändring eller något tillägg. Mottagaren har visst fog för att utgå från att bekräftelsen är ren, vilket kan leda till att hans granskning av bekräftelsen blir översiktlig. Inte heller har en fullgörelse efter mottagandet av en oren bekräftelse någon konstitutiv betydelse, eftersom mottagaren var skyldig att fullgöra på grund av avtalet. Den ibland förekommande svårigheten att urskilja om ett meddelande är en accept eller en bekräftelse synes därför inte vara tillräcklig för att i normala fall tillmäta en bekräftelse, som avges efter det att avtalet

ingåtts, mer än *bevisverkan*. Härav följer att en bekräftelse i egentlig mening får betydelse endast när avtalet ingicks muntligen.

Om en part i samband med en muntlig uppgörelse, exempelvis vid en slutförhandling, av andra parten uppmanats att „bekräfta“ avtalet eller att „beställa“ en prestation samt att därvid *komplettera* avtalet avseende detaljer, har den bekräftande emellertid fog för att tro att hans *tillägg* inom ramen för uppmaningen blir bindande om andra parten inte protesterar inom skälig tid. Detsamma kan gälla i vissa andra fall, där det på grund av särskilda omständigheter stod klart att avtalet ej var fullständigt. Likaså synes det rimligt att jämställa en „bekräftelse“ med en accept, om avsändaren med visst fog trodde att han blev avtalsbunden först genom bekräftelsen och mottagaren måst inse detta (NJA 1980 s 46; för övrigt stämmer rekommendationerna med vad jag i en skiljedom antagit vara lämpligt).

Det återstår att bedöma vilken rättsföljden bör bli, om mottagaren av bekräftelsen *protesterar* mot dess innehåll. Enligt Hellner skall avtal inte anses slutet, om protesten gäller annat än bagateller (JFT 1979 s 299). Uttalandet torde sammanhånga med att Hellner på en gång behandlar orena accepter och orena bekräftelser. Om reklamationen gäller en efterföljande bekräftelse, kan rättsverkan emellertid omöjlig bli att avtalet förfaller. En sådan rättsföljd skulle bereda den som strax blir missnöjd med ett avtal en gyllene möjlighet att slinka ur detta genom att skicka iväg en för motparten oantagbar bekräftelse. Rättsverkan kan därför inte bli annan än att protesten neutraliserar bekräftelsen, så att denna inte ens får bevisverkan.

En ny avtalslag bör innehålla en regel om att en näringsidkare, som underlåter att reklamera mot en bekräftelse (i egentlig mening) från någon med vilken han förhandlat, har bevisbördan för att bekräftelsen oriktigt återger vad som avtalats, såvida inte den bekräftande på grund av särskilda omständigheter hade fog för att komplettera avtalet; i det senare fallet blir mottagaren bunden av bekräftelsen, om han inte protesterar inom skälig tid och senast vid fullgörelsen.

3.6 Passivitet i övrigt

Vid sidan av passivitetsreglerna i 4 § 2 st och 6 § 2 st (klargörandeplikt vid vetenskap om motsidans misstag angående avtals tillkomst) innehåller avtalslagen en reklameringsregel i 9 §. Den som till en bestämd mottagare avgivit en förklaring, som vore ett anbud om förklaringen inte villkorats av att den är „*utan förbindelse*“ el dyl, blir bunden av ett anbud från mottagaren vilket överensstämmer med utbudet, om han inte protesterar inom skälig tid. Observera att någon konkret prövning, huruvida mottagaren av utbudet tror att hans svar leder till avtal genast

eller efter en tids passivitet och huruvida mottagaren måst inse detta, ej skall göras. Det förutsätts dock att svaret helt överensstämmer med utbudet.

Reklamationskyldigheten i 9 § avtalslagen bör behållas, men §:ns räckvidd behöver förtydligas. Den som gjort förbehåll för *mellanförsäljning* bör antagligen vara reklamationskyldig, om förbehållet utnyttjas. Men vad gäller när den som förbehållit sig att få *bekräfta* motpartens order ej hör av sig eller när förbehåll gjorts för *kontrakt* och motparten i brev godtagit alla villkor? Skall avtal i sådana fall generellt komma till stånd genom passivitet eller endast under särskilda omständigheter (jfr NJA 1962 s 276 och 1977 s 92 på s 110 ö)? Vidare bör övervägas, om reklamationskyldighet enligt 9 § skall föreligga, även när det inkomna svaret innehåller mindre ändringar eller tillägg till villkoren i uppfordringen (jfr 3.4 ovan).

Däremot bör den som skickar ut kataloger, prislister och andra liknande massförsändelser inte vara skyldig att reklamera mot beställningar som anländer. Denna regel behöver knappast lagfästas, eftersom huvudregeln är att en part inte binds genom passivitet.

Frågan är också, om en ny avtalslag bör innehålla en *allmän passivitetsregel*. En sådan skulle kunna formuleras som en ren generalklausul, vilket förefaller meningslöst, eller som en subjektiv regel med visst normativt inslag. I avsnitt 3.1 har jag förordat, att en allmän lojalitetsregel av sistnämnt slag och med rättsföljden bundenhet lagfästas i inledningen till avtalslagen. Denna fyller samtidigt funktionen av en allmän passivitetsregel.

4. Fullmakt

Reglerna om fullmakt behöver ses över, både vad gäller formell konstruktion och innehåll.

4.1 Avtalslagens fullmaktsteori

Avtalslagens motiv utgår från att fullmakten – det som gör huvudmannen omedelbart berättigad och förpliktad – är ett *meddelande från huvudmannen till tredje man*. Fullmakten är skild från det bakomliggande uppdraget till fullmäktigen. Fullmakten och uppdraget kan existera oberoende av varandra. Ingås avtal genom någon som endast har en muntlig fullmakt, fingeras han överföra fullmakten till tredje man som bud. Motsvarande gäller vid avtal av en ställningsfullmäktig, t ex ett butiksbiträde eller en VD (se t ex NJA II 1915 s 183 ff och Ussing i TFR 1930 s 1 ff).

Avtalslagens fullmaktsteori går visserligen väl ihop med lagens regler (se Hult, *Civilrättsliga spörsmål*, 1939, s 1 ff). Ett mer realistiskt synsätt är emellertid, att huvudmannen blir omedelbart bunden till att börja med av vad någon i hans namn och *med hans uppdrag* avtalar med tredje man, oavsett om fullmakten meddelats tredje man. Därutöver blir huvudmannen omedelbart bunden om han betett sig på sådant sätt att han *legitimerat* någon att uppträda å hans vägnar och i hans namn. Fullmakt föreligger då på rent objektiv grund, oavsett vad huvudmannen avsett med sitt uppträdande. Som exempel på sådana fullmakter kan nämnas ställningsfullmakt, toleransfullmakt, kombinationsfullmakt och passivitetfullmakt (jfr 19 § avtalslagen och 29 § skuldebrevslagen).

Även om huvudmannen har legitimerat någon att uppträda som hans fullmäktig, bör som för närvarande huvudmannen inte vara bunden, om tredje man borde ha insett att fullmäktigen ej hade huvudmannens uppdrag att företa rättshandlingen. De sakliga lösningarna i avtalslagen – distinktionen mellan *behörighet och befogenhet* – är alltså lämpliga.

4.2 Nya fullmakter. Omredigering av lagen

Vad som hittills anförts kräver i och för sig ingen ändring av lagtexten i avtalslagen. Men det är mindre pedagogiskt, att avtalslagen endast vad gäller ställningsfullmakt i 10 § 2 st anger förutsättningarna för att en fullmakt föreligger, medan lagen beträffande övriga fullmakter bara anger hur de återkallas. Denna *bakvända teknik* sammanhänger naturligtvis med att övriga i avtalslagen nämnda fullmakter är tämligen självklara. Skulle avtalslagen framöver ange förutsättningarna för att också vissa andra objektivt grundade fullmakter än ställningsfullmakt föreligger, synes det lämpligt att fullmaktskapitlets inledning byggs ut med fler regler om hur fullmakt skapas.

En möjlighet är att efter regeln i 10 § 1 st om fullmaktens rättsverkan ha en ny §, där det anges att fullmakt föreligger a) om huvudmannen givit någon uppdrag att företa rättshandlingen i huvudmannens namn, b) om huvudmannen lämnat särskild skriftlig handling avsedd att visas upp för tredje man, c) om huvudmannen annonserat att någon har fullmakt, d) enligt 10 § 2 st (ställningsfullmakt), e) om huvudmannen under en tid godtagit att någon handlar å hans vägnar (toleransfullmakt), f) om huvudmannen eljest betett sig på ett sätt som är ägnat att ge tredje man ett befogat intryck att fullmakt finns (beteendefullmakt) eller g) om huvudmannen haft särskild anledning att anta att någon som tidigare haft fullmakt eller har viss bestämd anknytning till huvudmannen kommer att handla å hans vägnar med viss tredje man och huvudmannen inte meddelar tredje mannen

att fullmakt för rättshandlingen saknas (passivitetsfullmakt). Återkallelsereglerna skulle sedan kunna förenklas och blott ange att fullmakt kan återkallas på det sätt som den meddelats och alltid genom en underrättelse till tredje man, jämte nuvarande dödningsbestämmelse. Reglerna i 11 och 20 §§ om verkan av att befogenheten överskrids kan sammanslås.

4.3 Några specialfrågor

En fråga som bör prövas vid skrivandet av en ny avtalslag är, huruvida fullmakt skapas genom *beteende som är ägnat att ge tredje man intryck av fullmakt*, t ex utfärdande av särskild handling eller annonsering, eller om det dessutom krävs att tredje man *faktiskt tagit del* av en sådan självständig fullmakt eller att fullmäktigen åtminstone *åberopat* den, ifall fullmäktigen överskridit sin befogenhet. För den första ståndpunkten talar att huvudmannen försatt sig i en riskabel situation och att det beror på tillfälligheter, om tredje man verkligen studerat den självständiga fullmakten; i fråga om ställningsfullmakt vore det orimligt att kräva att tredje man alltid förvässat sig om att anställningsförhållande eller VD-förordnande förelåg, när så faktiskt var fallet. Antagligen kan det därför inte krävas att tredje man haft fullständig, konkret tillit (jfr ovan rörande reklamationskyldighetens omfattning vid mindre ändringar i en accept och 9 § samt Adlercreutz, Avtalsrätt I, 1989, s 162 ff med hänvisningar).

Som ovan nämnts bör regeln om att huvudmannen inte är bunden, när tredje man bort inse att fullmäktigen överskred sitt uppdrag, gälla även fortsättningsvis. I samband härmed kan man fråga sig om detsamma bör gälla, när tredje man bort inse att rättshandlingen exempelvis på grund av ändrade förhållanden kommit i strid med *huvudmannens intresse* (jfr 8 och 54 §§ kommissionslagen). Förmodligen bör nuvarande 11 och 20 §§ avtalslagen jämkas, så att även åsidosättande av huvudmannens intresse omfattas av obundenhetsregeln, låt vara att ondrosprövningen här måste ske med stor försiktighet. Se Grönfors, Avtalslagen, 2 uppl s 95 f med hänvisningar.

Länge torde man ha tagit för givet att *en fullmäktigs onda tro skall tillräknas huvudmannen*, när det är fråga om tillämpning av ogiltighetsregler till förmån för tredje man (jfr NJA 1949 s 134, där mellanmannen inte ens hade fullmakt men ändå uppträdde självständigt). Däremot skulle tredje man inte kunna binda huvudmannen vid ett avtalsinnehåll bara på den grunden att dennes fullmäktig var i ond tro angående vad tredje mannen avsåg, ifall fullmäktigen inte var behörig att avtala om ett sådant innehåll.

Dessa klara linjer har suddats ut i svensk praxis. I NJA 1968 s 303 har HD frånkänt en fullmäktigs onda tro betydelse i ogiltighetshänseende (rörande tredje

mans förklaringsmisstag och fullmäktigens svek), när fullmäktigen inte var behörig att binda huvudmannen till det innehåll som tredje man trodde förelåg. Vidare har HD i NJA 1986 s 596 beaktat fullmäktigens onda tro angående tredje mans uppfattning vid tolkningen av ett ostridigt giltigt avtal, oavsett fullmäktigens behörighet (konsumentmål, jfr även 12 § hemförsäljningslagen). I den sistnämnda situationen, när båda parter påstår avtal, står av processuella skäl den „riktiga lösningen“ inte längre till buds, nämligen huvudmannens obundenhet till följd av dissens. Något definitivt avsteg från regeln att fullmäktigen inte kan binda huvudmannen utöver sin behörighet innebär väl därför inte domen; däremot innebär den a fortiori en ändring av rättsgrundsatsen i 1968 års mål. – Är denna utläggning riktig behövs ingen lagstiftning utom möjligen av pedagogiska skäl.

Det finns flera exempel på att en parts *vårdslösa beteende in contrahendo* kan ådra honom bundenhet. Ett är förklaringsmisstag. Ett annat är passivitetsfullmakt enligt 19 § avtalslagen, där det inte krävs att huvudmannen visste om att fullmäktigen, trots återkallelsen av fullmakten, stod i begrepp att avtala med viss tredje man; det räcker att huvudmannen hade särskild anledning att befara detta. Ett tredje exempel är marknadsföringsansvaret i 18 § 2 st nya köplagen, där det räcker att säljaren borde ha haft kännedom om annans marknadsföring för hans räkning. En viktig fråga i ett nytt fullmaktskapitel är huruvida huvudmannens bundenhet skall förutsätta att huvudmannen kände till de omständigheter som ger tredje man intryck av behörighet men vårdslost underlätit att undanröja dem eller om det skall räcka att huvudmannen *bort känna till* omständigheterna (jfr NJA 1973 s 725 contra 1974 s 706). Möjligt är att man vid utformandet av en beteendefullmakt i en ny avtalslag skall bygga på ren culpa hos huvudmannen.

Man skulle till och med kunna gå ett steg längre och ålägga huvudmannen ett *principalansvar* för *fullmäktigens* dolösa eller culpösa behörighetsöverskridande. Som nyss nämnts finns ett sådant ansvar, när fullmäktigen fått veta saker angående tredje mans inställning om avtalets innebörd, utan att fullmäktigen tagit tredje man ur hans villfarelse, och avtalets innehåll skall fastställas genom tolkning. Men borde inte tredje man, även innan avtalet börjat fullgöras, kunna hävda att huvudmannen är bunden av fullmäktigens löften vid sidan av sin behörighet? Man kunde eventuellt tycka att huvudmannen ligger närmare till hands att bära denna risk än tredje man, liksom huvudmannen ansvarar för de anställdas försummelse *in contractu*? Jfr Grönfors, Avtalslagen, 2 uppl s 135 ff.

En förutsättning för ett *principalansvar* måste rimligen vara att huvudmannen givit mellanmannen *någon* behörighet att handla å huvudmannens vägnar. Ändå vore det ett principiellt jättekliv att införa ett generellt *principalansvar in contrahendo*. I de fall fullmäktigens behörighet är svårbedömd, skyddas tredje man redan av grundreglerna, t ex om ställningsfullmakt i avtalslagen och i aktiebolagsla-

gen. Konsumenter har ett särskilt skydd i 12 § hemförsäljningslagens regler om sidolöpare och betalning. Huvudmannens ansvar för de anställdas beteende in contractu omfattar i dag bara försummelser i fullgörandet av vad huvudmannen valt att anförtro dem; skulle en anställd exempelvis ge motparten ett felaktigt besked, ansvarar huvudmannen inte alltid för detta utan endast om den anställda hade fullmakt att lämna ett besked i frågan. Jfr dessutom nedan 5.2 om befodringsfel.

4.4 Fullmäktigens garantiansvar

Överskrider fullmäktigen sin behörighet, är han i princip skadeståndsskyldig mot tredje man, men undantag görs om tredje man bort inse att behörighet saknades, 25 §. Härav följer att fullmäktigen inte har något skadeståndsansvar vid exempelvis ställningsfullmakt eller skriftlig fullmakt. Så snart behörighet saknas i dessa fall, har tredje man bort inse detta. Skadeståndsregeln får betydelse endast beträffande uppdragsfullmakt (se Grönfors, Avtalslagen, 2 uppl s 128 f med hänvisningar), även om fullmäktigen också här undgår ansvar när inte ens en muntlig fullmakt var sannolik.

Man kan fråga sig om inte fullmäktigen alltid borde ha ett ansvar för att huvudmannen binds genom fullmakt *eller* ratihaberar, om inte fullmäktigen frånsagt sig ett sådant ansvar. Den omständigheten att fullmäktigen uppträder i huvudmannens namn skulle i sig implicera att fullmäktigen garanterar att avtalet kommer att fullgöras av huvudmannen.

4.5 Ratihabitionsfrist och påbud

Vid avtalslagens tillkomst gjordes vissa uttalanden i förarbetena angående tredje mans bundenhet under en *ratihabitionsfrist* i de fall fullmäktigen överskridit sin behörighet. Visste huvudmannen att fullmakt saknades, måste han vänta under en skälig accepttid; var tredje man i god tro, får han däremot genast dra sig ur affären (NJA II 1915 s 223). Dessa regler har sedan lagfästs i den svenska föräldrabalken 9 kap 6 § avseende den analoga situationen att en omyndig uppträder utan behörig fullmakt från förmyndaren (NJA II 1924 s 336 ff). Reglerna borde måhända införas i avtalslagen, eftersom de är tämligen okända men betydelsefulla. Därvid kan den kompletteringen göras att tredje man är bunden, även om han i god tro antog att fullmakt fanns, ifall huvudmannen hinner godkänna avtalet innan tredje man frånträder, till och med om godkännandet sker efter det att en frist för rättshandlingen löpt ut (NJA 1949 s 352, annorlunda NJA II 1924 s 342 f).

Avtalslagen innehåller vissa luckor vad gäller rättshandlingar som inte förut-

sätter mottagarens frivilliga medverkan utan är tvingande mot denne, s k *påbud* (t ex uppsägningar, reklamationer och antagande av hembud). Visserligen finns en regel om passiv fullmakt i 26 §, men principen i 11 § 2 st om att tredje man vid uppdragsfullmakt handlar på egen risk förklaras med att tredje man skulle kunna låta bli att inlåta sig med en uppdragsfullmäktig om han inte litar på att denne är behörig (NJA II 1915 s 196 f). Men om en person med föregivande av en uppdragsfullmakt gör en uppsägning, är mottagaren i princip bunden, vare sig han vill motta påbudet eller inte.

Frågan är, om tredje man i detta läge kan kräva att behörighet styrks på ett otvetydigt sätt före påbudsfristens utgång (jfr skuldebrevsrättens regler om aktiv legitimation) eller om det räcker att huvudmannen utan dröjsmål efter anfordran – även om påbudsfristen då gått ut – styrker att behörighet förelåg (vilket i praktiken ger möjlighet till dold ratihabition). Exempel: På sista dagen för uppsägning anländer ett brev undertecknat av någon „enligt uppdrag“ eller åberopande ställning som VD, utan att skriftlig fullmakt eller utdrag ur bolagsregistret bilagts. Vad som i dag gäller torde kunna diskuteras (se BGB § 174, NJA II 1924 s 343 st 2, Ussing, Aftaler § 38. IV, Arnholm. Privatrett II s 152 f och 26 samt Håstad, Tjänster utan uppdrag s 265 noten och 268 f). Har påbudets mottagare inte före utgången av påbudsfristen begärt att behörighet styrks, torde han få finna sig i att så sker utan dröjsmål efter anfordran. Även härom kunde lagregler införas.

4.6 Kommission

Regler om rättshandlande i *eget namn* för annans räkning (kommission) bör alltså hållas utanför avtalslagen. Färska försök att efter engelskt mönster sammansmälta fullmakt och kommission (Unidroit-konventionen 1983) har inte väckt entusiasm i Norden.

5. Ogiltighet och jämkning

5.1 Den allmänna jämningsregeln

Den centrala frågan rörande avtalslagens tredje kapitel är naturligtvis, hurvida det behövs nya signaler i lagstiftningen avseende tillämpningen av *den allmänna jämningsregeln* i 36 §.

Vid avtal mellan näringsidkare och *konsumenter* finns inga realistiska förutsättningar för en verklig förhandling mellan parterna angående näringsidkarens allmänna avtalsvillkor. De tvingande reglerna i konsumentköp- och konsument-

tjänstlagarna bygger på att brister i näringsidkarens prestation och i viss utsträckning även konsumenternas egna kontraktsbrott skall slås ut över hela kollektivet konsumenter. Detta får naturligtvis betydelse för synen på 36 §:ns tillämpning.

I förhållandet *mellan näringsidkare* finns dock bättre förutsättningar för verkliga förhandlingar om individuella villkor och om utveckling av standardvillkor, så att enskilda parter kan köpa precis det skydd de vill ha men inte behöver betala för mer (och omvänt inte får större skydd än de är beredda att betala för). I praktiken gäller detta emellertid bara om det aktuella avtalsvillkoret rör en huvudprestation och om villkorets aktualiserande inte framstår som alltför hypotetiskt. Annars hindrar transaktionskostnaderna att den part som missgynnas av villkoret tar upp det till diskussion (jfr Kötz i SvJT 1987 s 473 ff). Jämkning borde därför sällan ske vad gäller individuellt förhandlade villkor eller centrala villkor i standardavtal, såvida inte en friskrivning el dyl är så långtgående att den urholkar själva förpliktelsen, t ex lägger bestämmanderätten i ena partens hand (NJA 1982 s 332) eller friskriver från ansvar även vid grov culpa (eller är rättstekniskt inkonsekvent och därmed meningslös). Däremot borde perifera villkor i allmänna leveransbestämmelser snarare kunna jämkas, när de tillfälligtvis aktualiseras och får stor betydelse samt risken i villkoret placerats på annan part än den som till lägsta kostnad kunnat hindra riskens förverkligande eller kunnat skaffa sig försäkringskydd eller eljest lämpligen bör bära risken. När marknaden är sådan att ena parten bara har att välja mellan att godta motpartens villkor eller avstå från affären (oligopolliknande situationer) och risken är placerad på ett sakligt olämpligt sätt, bör dock även centrala villkor kunna jämkas.

Från dessa utgångspunkter kan man vara kritisk mot att HD (4-1) i NJA 1989 s 346 utsträckte en stödförsäkrings omfattning till att täcka obehörigt utnyttjande av försäkringstagarens nyckel. Villkoret var centralt och kunde inte gärna misstolkas. Ansvarsbegränsningen hade en saklig motivering, nämligen att försvåra missbruk av försäkringen. Den omständigheten att risken inte gick att försäkra hos något annat bolag talade enligt HD mot jämkning (ehuru det snarast var den enda omständighet som kunde tala för). Jämkningsen grundades i stället på „senare inträffade omständigheter“, nämligen att försäkringstagaren antogs ha trott att han var skyddad mot obehörigt utnyttjande av hans nyckel, att han vidtagit omfattande åtgärder mot stöld och att försäkringsbolaget anvisat det vaktbolag vars anställda troligen tillgripit varorna. Skall 36 § användas till sådana allmänna skälighetsbedömningar? (Jfr Kleineman i Juridisk tidskrift 1989 s 103 ff).

Ett par andra, mycket viktiga exempel på 36 §:ns tillämpning gäller friskrivning från skadeståndsskyldighet vid fel i kommersiella avtal. Denna friskrivning är total i ECE 188 avsnitt 9.16. I vad jag tror betraktas som en ledande norsk skiljedom åsidosattes hela friskrivningen, sedan säljaren under 1 1/2 år inte förmått avhjälpa

ett allvarligt fel i ett fartygsmaskineri (vilket ledde till ideliga driftsstopp), och utdömdes ett skadestånd som fem gånger överskred kontraktssumman och till stor del innefattade stilleståndsersättning. I domskälen åberopades uttalanden från villkorens förarbeten och att balansen i kontraktet rubbades om säljaren ej behövde betala (fullt) skadestånd när det allvarliga felet ej kunde avhjälpas (Wingull, NDS 1979 s 231, ordförande Sjur Brækhus).

Häremot står en ungefär samtidigt avkunnad dom av Sveriges högsta domstol, sedan säljaren inte avhjälpt allvarliga fel i sålda bensinkalkylatorer (dessa visade för liten mängd såld bensin och torde därför ha varit odugliga för sitt ändamål). Kontraktet överensstämde med NL 79 och därmed ECE 188. HD tolkade friskrivningen i p 30 så att den bara omfattade skyldighet att ersätta indirekt skada (vilket knappast var riktigt) men godtog denna friskrivning bl a med hänvisning till att kontraktet överensstämde med det internationellt flitigt använda ECE-kontraktet samt att andra påföljder kunde utnyttjas, som hävning och skadestånd för direkt skada, samt att det fanns sakliga skäl för riskens placering (NJA 1979 s 483).

Efter ikraftträdandet av den nya köplagen, där indirekt förlust ersätts bara om den avtalsbrytande parten varit vårdslös, torde det – trots uttalandena under förarbetena till ECE 188 – åtminstone mellan finska, norska och svenska parter vara klart att en friskrivning från skyldighet att ersätta indirekt skada inte bör jämkas bara därför att ett allvarligt fel visar sig omöjligt att avhjälpa; friskrivningen stämmer ju med dispositiv rätt. Men redan före den nya köplagen synes den svenska Högsta domstolens bedömning (som jag har varit med om att följa i en skiljedom) ha varit rimlig, eftersom friskrivningen avseende indirekt skada var tydlig i kontraktet och gällde en central fråga samt sakliga skäl fanns för att köparen skulle bära risken. Annorlunda är det med en klausul (se 9.16 ECE 188) om att köparen – utan att han har rätt till ersättning för indirekt förlust – inte får häva vid allvarliga kvarstående fel och inte heller får kräva ersättning för prisskillnad vid täckningsköp, eftersom en sådan klausul urholkar själva förpliktelsen.

Exemplen visar måhända att man ur ett samlat nordiskt perspektiv har anledning att utvärdera hur den allmänna jämningsregeln tillämpats med betoning av de principiella synpunkterna.

5.2 Övrigt

Vad gäller avtalslagens ogiltighetskapitel i övrigt begränsar jag mig till några korta påpekanden.

36 § bör inte vara den enda ogiltighets- och jämningsregeln, under vilken allt skall föras. Detta skulle skada överskådligheten. Vad som otvetydigt kan fastslås,

t ex att avtal som slutits genom svek är ogiltigt, bör ej döljas under en oskälighetsnorm.

Å andra sidan bör vid tillämpning av regler om svek, tvång och andra obehöriga förfaranden inte bara ogiltighet utan även *jämkning* vara en möjlig påföljd. Jämför att prisavdrag finns vid fel i godset, fastän prisavdrag kan vara ett sämre alternativ för säljaren än hävning.

Motivvillfarelse bör som nu hållas utanför lagen, men denna bör å andra sidan inte vara uttömmande (se senast NJA 1985 s 178). 35 § bör överföras till skuldebrevsrätten.

Enligt 32 § 2 st bär mottagaren risken för ett *befordringsfel*, när en viljeförklaring befordrats med bud eller telegram el dyl. Den avsändande parten kan inte gärna göras ersättningsskyldig för det positiva kontraktintresset, eftersom det skulle undergräva lagens lösning. Möjligen kan den avsändande parten som en kompromiss bli skyldig att ersätta det negativa intresset, oavsett culpa, men läget är oklart (se Karlgren, Avtalsrättsliga spörsmål, 2 uppl s 27 ff).

Vid en översyn av avtalslagen kan det övervägas att lägga risken för befordringsfel på den avsändande parten. Han har kunnat välja befordringsmedel i motsats till mottagaren. Tillitsprincipen borde kanske omfatta även denna situation. Genast uppstår emellertid frågan, om detta är möjligt utan att en huvudman blir strikt ansvarig för den behörighet som hans fullmäktig utger sig för att ha – genom att företa rättshandlingen i huvudmannens namn utan att klargöra att han saknar behörighet – så snart fullmäktigen av huvudmannen givits någon behörighet. Ställningstagandet till befordringsfel bör alltså samordnas med frågan om principalansvar för en fullmäktig. Se ovan 4.3 in fine.

6. Nya ämnen

6.1 Standardavtal

I vissa länder – bl a de båda tyska staterna och England – finns civilrättsliga lagregler särskilt för standardavtal. Sådana avtal är nu så betydelsefulla att det måste övervägas att särreglera dem i avtalslagen. Reglerna skulle exempelvis kunna gälla formella förutsättningar för att standardavtalet eller vissa villkor däri alls blir införlivade med det individuella avtalet inklusive *battle of forms* (se ovan 3.4), tolkning av standardavtal samt ogiltigförklaring av standardvillkor på grund av dessas materiella innehåll.

Ifråga om standardvilkors *införlivande* är rättsläget något oklart vad gäller införlivande *utan hänvisning*. Säkert är att standardvillkor kan bli inkorporerade till följd av tidigare partsbruk. Likaså torde en parts standardvillkor bli gällande, om

det är allmänt känt att parten tillämpar standardvillkor och motparten exempelvis per telefon tar initiativ till vad som för parten med standardvillkor är ett massavtal utan att motparten berör vilka avtalsvillkoren skall vara (NJA 1949 s 87, cirkulär om prämuthyrning, och 1978 s 432, charterresor). Men skall allmänt använda *agreed documents* alltid tillämpas, om inget annat sagts? Vissa tendenser finns i denna riktning (se rörande de nordiska speditionsvillkoren NRt 1973 s 967 och Svea HovR i ND 1980 s 1 samt Ramberg, Spedition och fraktavtal, 1983, s 40 ff och Allmän avtalsrätt, 2 uppl, s 83) men också ett visst motstånd (t ex Bernitz, Standardavtalsrätt, 4 uppl s 28 f). Svenska Högsta domstolen synes tills vidare ha hållit frågan öppen vid avtal mellan näringsidkare (se NJA 1985 s 397 II rörande entreprenad). En precisering av rättsläget vore värdefull. För egen del är jag skeptisk till ett godtagande av standardvillkor, vartill hänvisning inte skett och där tidigare partsbruk ej föreligger, såvida inte starka praktiska skäl kan motivera detta (jfr ovan, Hellner, Kommersiella avtal, 3 uppl s 47 f och Wilhelmsson, Standardavtal, 1984 s 53 f). En annan sak är att domstolar vid skapande av den utfyllande rätten bör beakta ett allmänt använt standardavtal på områden där ingen dispositiv lag finns.

En annan oklarhet gäller i vad mån *oväntade* eller *särskilt tyngande* enskilda villkor måste ha tydligt presenterats för motparten, t ex genom biläggande av standardavtalet i vilket villkoret inte får vara undanskymt. Annars riskerar villkoret att det anses ej vara införlivat med parternas individuella avtal eller att det anses vara oskäligt (se NJA 1978 s 432, 1979 s 401 och 1980 s 46). Enligt min mening är det naturligt att en part, som i ett anbud fått hänvisning till allmänna men icke bilagda villkor, efter blank accept får anses ha godtagit att dessa inte bara kompletterar utan även avviker från dispositiv rätt, men han bör kunna utgå från att de överensstämmer med vad som är sedvanligt i branschen. Överraskande villkor bör därför bifogas. Däremot är det svårare att ta ställning till huruvida villkor får vara särskilt tyngande, när bifogande ej skett. Skall jämförelsen göras med dispositiv rätt, följde härav tidigare att nästan alla standardvillkor var mycket tyngande och måste biläggas. Efter antagandet av den nya köplagen får regeln knappast längre denna effekt. Möjligen bör därför även särskilt tyngande villkor alltid bifogas. Detta gäller framför allt mellan näringsidkare, eftersom det är i sådana avtalsförhållanden som förhandlingsmekanismen kan tänkas fungera och eftersom konsumenter i stort sett skyddas genom den tvingande konsumentköps- och konsumenttjänstlagstiftningen. Även i förhållande till konsumenter bör samma krav dock gälla.

En regel om att standardavtal i vissa fall kan bli avtalsvillkor utan hänvisning bör föras in i avtalslagens kapitel om avtalsslut. Därmed blir det naturligt att på

samma ställe införa regeln om överraskande och tyngande villkor, fastän denna regel lika gärna kunnat införas i ogiltighetskapitlet.

Beträffande *battle of forms* samt *jämkning* av standardvillkor hänvisas till avsnitt 3.4 och 5.1 ovan.

6.2 Tolkning

Som ovan nämnts bör det övervägas att i första kapitlet införa en generell regel om *klargörandeplikt* vid äventyr av avtalsbundenhet och en annan om bundenhet av en förklaring i enlighet med motpartens *berättigade tillit*. Dessa får då stor betydelse för avtals tolkning, särskilt om det är individuellt förhandlade villkor, men de löser naturligtvis långt ifrån alla tolkningstvister. Jag vill understryka att – fastän jag anser lojalitetsregler med subjektiva inslag svårfrånkomliga – sådana regler skall tillämpas endast då det är alldeles klart att de subjektiva rekvisiten var uppfyllda. Domarens egna resonemang skall redovisas öppet.

Frågan är om man även bör ta upp andra tolkningsregler i lagen och i samband därmed göra ett särskilt kapitel om tolkning.

En tredje tillräckligt precis princip, som då kommer i åtanke, är regeln om att den *gemensamma partsavsikten* alltid skall respekteras. Regeln är emellertid inte oomstridd. Sålunda har Grönfors nyligen betvivlat, att lagstiftarens noggrant utarbetade och balanserade lösningar vid tolkning alltid bör åsidosättas av en gemensam partsvilja (Tolkning av fraktavtal, 1989, s 36 f). Uttalandet skall ses mot bakgrund av Grönfors' allmänna uppfattning att avtalsfriheten numera är kontrollerad och rudimentär. Men man kan fråga sig, om det finns skäl att åsidosätta parternas gemensamma vilja – förutsatt att denna verkligen kunnat utredas – i större omfattning vid tolkning än när avtalet låter sig förstås utan närmare tolkning. Kan parterna förmodas inte ha övervägt sin omanifesterade avsikt lika väl som de normalt övervägt en rättshandling som fått ett adekvat uttryck? Grönfors' åsikt innebär att utrymmet för att tillämpa 36 § med beaktande av dispositiv rätt är större vid tolkning än eljest. Ty det är väl inte så att båda parterna är obundna av sin partsvilja, då den ej har *utgivits*, till följd av en analogi från 35 § avtalslagen? Detta skulle möjligen kunna hävdas, men den 35 § underliggande huvudprincipen torde vara avsedd att tillämpas bara när ingen viljeförklaring alls har utgivits. Jämför att 6 § 2 st är tillämplig när acceptantens misstag måste inses, oavsett om den verkliga viljan kan betraktas som utgiven eller ej. Jag tror nog att domstolar – i de fall en gemensam partsavsikt verkligen låter sig utredas och inte blott kan fingeras – skulle ha svårt att förbise denna, om det inte uttryckligen för-

bjudits i lagen (jfr NJA 1962 s 276, där den gemensamma partsuppfattningen nog var det starkaste skälet för uttänjningen av passivitetsregeln; domslutet grundades dock inte uteslutande på gemensam partsuppfattning, men det kan bero på att denna ej åberopats som rättsfaktum). Jag har också svårt att se varför domstolar borde bortse från en verklig, gemensam partsvilja. Av pedagogiska skäl, och möjligen även för att åstadkomma klarhet, må en regel om den gemensamma partsviljans primära betydelse lagfästas i anslutning till tillitsprincipen och klargörandeplikten.

Övriga tolkningsregler, som tillgrips när ingen av de ovanstående givit utslag, har i allmänhet inte sådan precision att de bör upptas i lagtext. Detta gäller t ex reglerna att domstolen skall beakta dispositiv rätt och avtalspraxis, tidigare bruk mellan parterna, vilken part som till lägsta kostnad kan bära en viss risk eller vad som eljest allmänt sett är lämpligt etc. Regeln om att friskrivningar skall tolkas restriktivt är visserligen precis, men det är inte alltid givet på vilket stadium i tolkningsproceduren regeln skall appliceras. Detsamma gäller principen om tolkning contra stipulatorem vid individuellt författade avtal; regeln torde ej alls kunna tillämpas vid agreed documents.

Några andra tolkningsregler än de tre inledningsvis nämnda bör därför knappast komma i fråga för lagstiftning.

6.3 Skadeståndsskyldighet för culpa in contrahendo

Skadestånd för vårdslöshet vid avtals ingående är en mycket viktig sanktion i bl a tysk rätt. I Sverige, och kanske även övriga Norden, spelar denna regel en undanskymd roll. En förklaring torde vara att culpa in contrahendo många gånger leder till avtalsbundenhet enligt regler om förklaringsmissstag, passivitet (se t ex NJA 1982 s 244 och 1977 s 92) eller toleransfullmakt (NJA 1973 s 725).

Skadeståndsskyldighet föreligger och bör föreligga, om en part svikligen förmått motparten att ingå ett avtal, som förklaras ogiltigt, eller om en part vilselett en annan att lägga ner kostnader i samband med förhandlingar om ett avtal, som sedan aldrig kommer till stånd, fastän han redan bestämt sig för att inte sluta detta avtal eller vet att det på grund av en omständighet inom hans kontroll är ytterst osannolikt att det kommer till stånd (NJA 1978 s 147 respektive 1963 s 105); i övrigt får varje part i princip ta sitt eget intresse till vara. Härav torde följa att en part som utfärdat ett allmänt sk letter of intent, men sedan kommer till insikt om att avtalet är olämpligt och därför utan dröjsmål avbryter förhandlingarna utan att sluta avtal, ej drabbas av skadeståndsskyldighet, oavsett om han kan förelägga „objektivt godtagbara skäl“ för sin ändrade inställning och oavsett om

motparten i samförstånd med honom vidtagit åtgärder för att uppfylla det emottedda avtalet (jfr också NJA 1973 s 175). Skulle parten i stället ha förklarat att han kommer att sluta avtal ifall visst villkor blir uppfyllt, t ex om finansiering kan ordnas, torde han däremot vid äventyr av skadeståndsskyldighet vara skyldig att göra vad på honom ankommer för att uppfylla villkoret. Frågor av detta slag har stor praktisk betydelse och bör lämpligen regleras i en ny avtalslag. Särskilt gäller det om man vill utsträcka skadeståndsskyldigheten. NJA 1978 s 147 erbjuder här en god utgångspunkt för diskussionen.

I detta sammanhang bör även vårdslöst orsakande av befodringsfel enligt 32 § 2 st uppmärksammas. Enligt den norska lagen är avsändaren skadeståndsskyldig i dessa fall. De svenska motiven intar samma ståndpunkt, bl a med hänvisning till vårdslöst möjliggörande av förfalskning (NJA II 1915 s 253). Grönfors manar emellertid till försiktighet i sin lagkommentar (s 161), alltså t o m när den som lämnat meddelandet för befodran själv varit culpös. Även detta är ett fall där den avsändande parten bör bli skadeståndsskyldig vid culpa; alternativet är snarast att stipulera avtalsbundenhet, vilken antingen kan vara beroende av culpa (jfr 32 § 1 st, 18 § 2 st avtalslagen och beträffande förfalskning, Hessler, Obehöriga förfaranden med värdepapper, 2 uppl s 90 ff) eller vara strikt (se ovan 5.2).

7. Avslutning

Den konkreta genomgången av olika frågor, som bör uppmärksammas vid en reform av avtalslagen, är naturligtvis ej uttömmande. Genomgången visar enligt min mening ändå

1) att avtalslagen bara i begränsad utsträckning speglar den moderna avtalsrättens problem, vilket i sig är ett starkt skäl för en reform, till gagn för kunskapen om avtalsrätten.

2) att beträffande avtals ingående flera tolkningsregler med objektiv utformning bör införas så att parter och domstolar får klara utgångspunkter för sitt handlande,

3) att en allmän lojalitetsregel med subjektiva rekvisit, vilken leder till bundenhet av motparten uppfattning, behövs även i en ny avtalslag men att lojalitetsregeln bör modifieras genom en hänvisning till god förhandlingssed el dyl och

4) att det även i övrigt finns en hel del regler i avtalslagen eller praxis som kan behöva justeras.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Jacob Nørager-Nielsen

Ansvarsspørgsmål ved aftaler om EDB-programmer

Indhold

I.	Indledning og generel problemstilling	287
II.	Edb-retlig litteratur og baggrunden for referentens tese	289
III.	Det retlige grundlag for edb-kontraktsretten og ansvarsreglerne	292
IV.	Edb-kontraktsrettens særegenheder	295
V.	Retspraksis og kontraktspraksis	304
VI.	Afslutning	305

Ansvarsspørgsmål ved aftaler om Edb-programmer

Af advokat JACOB NØRAGER-NIELSEN, Danmark.

I. Indledning og generel problemstilling

Emnet for nærværende referat er omfattende. Dette kunne tale for en indskrænkning. Alligevel har jeg – med henblik på den tese, som danner afslutningen på referatet, og i et forsøg på at bidrage til en bred diskussion på Juristmødet – anlagt en vis udvidende fortolkning af emnet. Selvom hovedvægten vil blive lagt på *erstatningsmæssige problemer* i kontraktmæssige forhold vedrørende edb-programmel, vil jeg i visse tilfælde også se på leverandørens generelle *hæftelse* for edb-leverancens kontraktmæssighed.

Referatet vil kun angå den *kontraktmæssige hæftelse* for leverandøren. Diskussionen ville imidlertid blive ufuldstændig, hvis man ikke også i et vist omfang inddrog spørgsmålet om ansvar for *produktskader*, idet dette i hvert fald ud fra et teoretisk standpunkt er af stor interesse, selvom det jo ikke bare vedrører relationen mellem parterne, men også har betydning for spørgsmålet om ansvar over for trediemand. Dette er derfor gjort.

Selvom referatet i første række angår edb-programmel, vil en gennemgang af emnet på baggrund af en skarp opdeling mellem kontrakter vedrørende henholdsvis maskinel og programmel kun i ringe grad afspejle de almindelige i praksis forekommende kontraktssituationer. Det er således i 1990 en helt sædvanlig situation, at en edb-leverance i hvert fald set fra brugerens side fremstår som en *totalleverance* inkluderende såvel maskinel, programmel som teknisk rådgivning – være sig fra en enkelt eller fra flere forskellige leverandører. Visse af de følgende angivne standpunkter angår derfor denne sædvanlige totalleverance i edb-retten. Ud fra en praktisk betragtning er der her ikke tale om en væsentlig afvigelse fra emnet, idet det er erfaringen, at de problemer, som edb-leverancer i skrivende stund forvolder, i stigende grad er forbundet med fejl og mangler ved programmet, således at også ansvarsproblemerne i overvejende grad angår ydelsespligten vedrørende programmet, mens omvendt det leverede maskinel allerede for mange år siden har opnået en meget høj grad af driftssikkerhed.

Også den økonomiske interesse knytter sig i stigende grad til leverancerne af programmel. Når bortses fra meget store installationer, vil programmel-prisen, herunder betalingen for vedligeholdelse af programmet, typisk udgøre langt den væsentligste del af prisen for en edb-leverance.

Programmelleverancer kan angå *standardprogrammel*, som leverandøren har

udarbejdet én gang for alle og derefter markedsfører i en ensartet form. Programmet kan imidlertid også være *udviklet* programmel, der er konstrueret specielt til den enkelte brugers behov.

Standardprogrammet betegnes til tider, især når der er tale om programmel, der købes i detailhandlen som hyldevare indpakket i en lukket plasticemballage, som dåseprogrammel eller plasticprogrammel. Der udtrykkes hermed, at der reelt er tale om en færdig handelsvare på linie med gramofonplader eller compact discs.

Udviklingsprogrammet vil i mange tilfælde være skabt på grundlag af et til den pågældende opgave i forvejen eksisterende standardprogrammel, som imidlertid tilrettes under hensyn til den enkelte brugers behov, men det forekommer også, at den stillede opgave er så specielt, at programmet må skræddersys næsten fra bunden.

Der hersker en betydelig *terminologisk forvirring* i edb-praksis, og der er ingen tvivl om, at denne terminologiske uorden har medvirket til en tilsvarende uklarhed såvel i kontraktspraksis som i behandlingen af edb-retlige konflikter for domstolene eller i voldgiftsretter. Der vil ikke i nærværende referat blive lagt vægt på terminologiske spørgsmål, men mere uspecificeret blive anvendt udtrykket maskinel svarende til, hvad der ofte betegnes som hardware og udtrykket programmel svarende til, hvad der i andre sammenhænge kaldes software.

Det er referentens opfattelse, at den store terminologiske uklarhed i edb-branchen i sidste ende er et beskrivelsesproblem, som også kendes på andre teknisk betonedede områder, og at den hindring, som uklarheden kan udgøre for en fornuftig bedømmelse af edb-retlige konflikter, ikke bør overdrives.

Jeg henviser til, at det i visse filosofiske sammenhænge er anerkendt, at man godt kan gennemføre en logisk argumentation uden vedtagelse af aldeles præcise *definitioner*, blot der ikke opstår direkte modsigelser. Jeg tror tilsvarende, at det tjener udviklingen af edb-retten ikke i høj grad at lade den notorisk uordentlige terminologi forlede til, at man fortaber sig i for vidtgående overvejelser om terminologi og begrebsfastlæggelser.

I *edb-kontraktspraksis* er det f.eks. således hyppigt forekommende, at kontrakten – inspireret af anglo/amerikanske unoder – indeholder en lang række definitioner af begreber, som overhovedet ikke anvendes i den konkrete kontrakt, hvor omvendt vitale kontraktsretlige spørgsmål kan være uomtalte. Men denne konciperingsmæssige „over-kill“ volder alligevel i sidste ende sjældent alvorlige problemer ved kontraktens fortolkning og udfyldning.

Man fristes til i denne sammenhæng at citere den danske forfatter Poul Henningsens sentens om for overdreven sproglig præcision: Man beder ikke en en-øjet mand om et møde under tre øjne.

Som det fremgår af referatets afsluttende tese, er det grundlæggende synspunkt, at edb-retten kan og bør indordnes under almindelige køberetlige, entrepriseretlige og kontraktsretlige principper iøvrigt. Købelovgivningen er fortsat meget ensartet i de nordiske lande, og også de entrepriseretlige grundsætninger

er i det væsentlige ens. Selvom den følgende gennemgang af problemerne – de lege lata såvel som de lege ferenda – i første række må sigte på dansk ret, er det alligevel referentens opfattelse, at de angivne synspunkter derfor vil have rimelig gyldighed også i de øvrige nordiske lande og altså vil kunne danne et egnet grundlag for diskussion.

Alene denne ensartethed i det retlige grundlag taler isoleret set for at søge edb-retten videreudviklet på nordisk basis i henhold til referentens tese. Dette vil yderligere efter referentens opfattelse ikke støde mod udviklingslinier i den internationale edb-ret – i det omfang sådanne overhovedet eksisterer.

II. Edb-retlig litteratur og baggrunden for referentens tese

Mens omfanget af den mere teknisk prægede *edb-litteratur* er meget betydelig, er litteraturen om edb-kontraktsretlige emner i de nordiske lande mere sparsom.

Uden for Norden foreligger efterhånden en del edb-retlig litteratur, men der er i vidstrækning tale om værker, der angår retssystemer, som afviger væsentlig fra de nordiske landes. Det er også referentens opfattelse, at især de fleste af de anglo/amerikanske værker om edb-kontraktsret er skuffende således at forstå, at problemstillinger, som må forekomme centrale ud fra et nordisk og kontinentalt synspunkt, ofte kun i beskeden grad er undergivet behandling.

De første samlede fremstillinger af kontraktsretlige problemer vedrørende edb i Norden er Jørgen Bull's beskrivelse af *norsk* ret vedrørende edb-kontrakter i Jørgen Bull: „Edb-kontrakter“ (Oslo 1981), og Odd-Einar Christophersen og Arve Føyen's samtidige bog „Edb-anskaffelser“ (Oslo 1981).

Hvad angår *svensk* ret har Peter Seipel udover den mere teoretiske anlagte „Computing Law“ (1977) lagt navn til „Anskaffning af programvara“ udgivet af Försvarets Materielverk i 1981, som indeholder en række praktiske anvisninger i forbindelse med programmelanskaffelser.

En væsentlig rapport vedrørende svensk ret af Ulf Hanson, som også har leveret en række yderligere bidrag til edb-retten, er „Produktansvar inom ADB-området“ (ADB-rapport nr. 1979/14), som indeholder en gennemgang af produktansvarsproblematikken i relation til edb.

Primo 1987 udgav referenten i *Danmark* en bog om edb-kontrakter (Jacob Nørgager-Nielsen: Edb Kontrakter, København 1987). Det grundlæggende synspunkt i bogen var – i overensstemmelse med nærværende referats tese – at edb-retten skulle søges indordnet under almindelige køberetlige, entrepriseretlige og kontraktsretlige principper iøvrigt, men under tilbørlig hensyntagen til de modifika-

tioner i reglerne, som særlige edb-retlige fænomener begrundes. Det var og er således fortsat referentens opfattelse, at edb-kontraktsretten meningsfyldt kan beskrives under anvendelse af velkendte kontraktsretlige principper.

I bogen om Edb-kontrakter blev det angivet, at især spørgsmålet om *rettigheder* vedrørende *programmet* næppe kunne finde en tilfredsstillende løsning efter den på tidspunktet for bogens udgivelse gældende lovgivning. Dette er der imidlertid i mellemtiden rådet bod på, idet der flere steder i Norden – selvom der trods bestræbelser herpå ikke er opnået fuld nordisk retsenhed – er gennemført love i tilslutning til det eksisterende retsværn efter ophavsretslovene, som sikrer ophavsret til værker i form af edb-programmet. Det er væsentlig for referenten, at man altså også på dette område i princippet ikke har søgt etableret en sui generis-beskyttelse, men næsten overalt har accepteret, at beskyttelse skulle etableres som en *udbygning af det ophavsretlige værn*, og altså i sidste ende er havnet i en indordning under et i forvejen veletableret regelsystem.

Det standpunkt, som var anlagt i referentens bog om edb-kontrakter, kan med et senere anvendt udtryk kaldes „*empirisk*“. Det samme gælder de ovenfor refererede forudgående skandinaviske arbejder om edb-kontraktsretten.

Omtrent samtidig med referentens bog om edb-kontrakter publiceredes i Nordisk Årbok i Rettsinformatik 1986 et indlæg om edb-kontrakter af Jacob Helge Kolrud fra Norge. Også dette indlæg hviler på, hvad der ovenfor er betegnet som et empirisk grundlag, og der er overensstemmelse mellem referentens standpunkter og de standpunkter, som Kolrud gør sig til talsmand for. Det samme kan vist siges om Peter Seipels indlæg i årbogen om ADB-avtalens fallgrøpar samt om Kai Krügers indlæg om Kontraktsvilkår i samme Årbog, 1987.

Også enkelte andre forfattere, herunder for Danmarks vedkommende Peter Blume, Ole Bruun Nielsen, Strange Beck, Hanne Bender og Ruth Nielsen, har i forskellige sammenhænge givet udtryk for synspunkter, der til en vis grad er sammenlignelige med referentens og i de fleste tilfælde er af „*empirisk*“ art.

De ovenfor anførte litteraturhenvisninger vedrørende behandling af edb-kontraktsretten i de nordiske lande er ufuldstændige. Det af referenten angivne er kun de indlæg, som kan anses at have særskilt betydning for nærværende referats emne. I Mads Bryde Andersens nedenfor nævnte disputats findes imidlertid meget fyldestgørende litteraturhenvisninger til såvel nordisk som til udenlandsk litteratur af betydning for emnet. Særligt interesserede henvises derfor til dette værk.

Et afgørende brud på den ovennævnte empiriske linie fremkom med *Mads Bryde Andersens* bog om Edb (Edb og ansvar, Studier i edb-erstatningsrettens beskrivelsesproblematik, København 1988), på grundlag af hvilken forfatteren erhvervede den juridiske doktorgrad, og hvorfra udtrykket „*empirisk*“ om referentens bog om Edb-kontrakter samt om en række andre af de nævnte forfatters værker er hentet. Som angivet i disputatsens titel er edb-erstatningsrettens *beskrivelsesproblem* disputatsens centrale emne. Det er i denne henseende bl.a. for-

fatterens opfattelse, at de grundlæggende erstatningsretlige principper, herunder navnlig culpa-reglen, må genovervejes, når reglen skal anvendes på edb-retlige problemstillinger, og at kalkeringer af den almindelige culpa-regel på edb-retten vil kunne resultere i, at den retlige vurdering havner i mere eller mindre tågede almindeligheder.

Det er endvidere en af forfatterens hovedkonklusioner, at ansvar efter culpa-reglen eller en tilsvarende regel med specifikt sigte på edb-retten i alle tilfælde bør vurderes som et udslag af *valghandlinger*.

Den begrænsning, som referenten må pålægge sig, muliggør ikke en på alle måder fyldestgørende beskrivelse af tankerne i Mads Bryde Andersens omfangsrige og ikke i alle henseender let tilgængelige disputats. Et andet af forfatterens grundsynspunkter – som også er videreført i senere arbejder, som forfatteren velvilligt har stillet til disposition for referenten – er, at det interessante og særegne ved edb-retten ikke så meget er teknikken som sådan, som edb-teknikkens evne til at opfylde en lang række specifikke databehandlingsfunktioner, hvilket forfatteren betegner som de *kommunikative* aspekter ved edb-retten.

Som det vil fremgå, er det omvendt referentens opfattelse, at det veletablerede almindelige kontraktsretlige system danner et godt grundlag også for edb-kontraktsretten, hvis man vel at mærke er sig de særegenheder, som enhver ny teknisk disciplin afstedekommer, bevidst. Kunsten er at være opmærksom på disse særegenheder og at beskrive dem, således at teori og retspraksis kan indrette sig herefter. Et forsøg på en *beskrivelse* af disse *særegenheder* vil derfor være det centrale indhold af nærværende referat.

I Mads Bryde Andersens disputats er anlagt et højt ambitionsniveau for behandlingen af edb-kontraktsretlige spørgsmål. Man kan imidlertid mene, at Mads Bryde Andersens vidtspændende overvejelser, hvis disse følges, kan skabe risiko for, at edb-retten til en vis grad ledes på vildspor. Det er således referentens opfattelse, at de notoriske beskrivelsesmæssige vanskeligheder – såvel af praktisk som af terminologisk art – som præger edb-retten, ikke kan begrunde, at de teoretiske bestræbelser ikke samles om at søge denne disciplin indordnet under det eksisterende kontraktsretlige system. Det er endvidere referentens mening, at en sådan indordning rent faktisk allerede er ved at ske i den *retspraksis*, som efterhånden er ved at udvikle sig i de nordiske lande, og at dette er sket, uden at man hermed er henfaldet til generaliseringer, der i utidig grad har forenklet problemstillinger, som ikke burde have været forenkledede.

Det er endelig referentens opfattelse, at denne indpasning af en ny teknologi under et århundrede gammelt kontraktsretligt system i sidste ende ikke adskiller sig fra, hvad juraen mange gange tidligere har måttet lægge ryg til. Og at det tjener edb-kontraktsrettens fornuftige udvikling i første række at søge denne indordnet under den sædvanlige kontraktsret fremfor at fokusere på de notoriske særegenheder ved edb, som der naturligvis skal tages hensyn til, men som ikke kan begrunde en egentlig omkalfaltring af et veletableret regelsæt.

Selvom edb i meget høj grad præger det praktiske og tekniske liv i slutningen af det 20. århundrede, er der efter referentens opfattelse således i sidste ende ikke meget nyt under solen i juridisk henseende. Der henvises i denne forbindelse til en artikel i det danske tidskrift *Juristen*, 1967, som Højesteretsdommer Tamm skrev i forbindelse med det danske Ugeskrift for Retsvæsen's 100 års jubilæum samme år. I artiklen gives en spirituel beskrivelse af den indvirkning, som samfundsudviklingen i de forgangne år har haft på den juridiske praksis. Artiklen efterlader det indtryk, at 100 år er en kort tid i juraens verden, idet retsvidenskaben – selvom denne med sin naturlige konservatisme ofte halter bagefter – i det lange løb alligevel på rimelig vis får indpasset nyopdagede fænomener i sit begrebsapparat. Efter referentens opfattelse vil det samme kunne ske med edb-kontraktretten, hvis behørigt hensyn tages til edb-rettens særegenheder. Og hvis disse særegenheder på fornuftig vis bliver beskrevet i teorien.

Der er ved De Nordiske Juristmøder tradition for, at referaterne formuleres lidt markant med henblik på at kunne danne grundlag for en varieret diskussion om emnet. Denne tradition har referanten fulgt.

Referentens angivne standpunkter kan derfor med dette formål for øje i visse tilfælde udtrykke en afstandtagen fra Mads Bryde Andersens teorier, som er større, end hvad er til sigtet. Men det er samtidig referentens opfattelse, at det er rimeligt, at man her ved årti-skiftet, hvor edb-kontraktretten – trods alle usikkerheder – begynder at antage en rimelig acceptabel kontur, på nordisk plan drøfter, hvorvidt man skal forfølge en mere „erkendelsesteoretisk“ linie eller omvendt skal anlægge et mere „empirisk“ standpunkt. Om man er muhamedaner eller kristen – uden at det hermed skal søges angivet, hvilken etikette, der dækker over hvad.

III. Det retlige grundlag for edb-kontraktretten og ansvarsreglerne

A. Det retlige grundlag

Det retlige grundlag for de fleste praktisk forekommende edb-kontrakter bør efter referentens opfattelse i første række søges i Købelovens regler samt i entrepriseretlige grundsætninger.

Kontrakten om *køb* nødvendiggør ingen nærmere definition. Ved *entreprise* forstås traditionelt en kontrakt, hvor en part forpligter sig til mod et vederlag at frembringe et arbejdsresultat. Det, der adskiller entreprisekontrakten fra andre gensidigt bebyrdende arbejdsaftaler, er, at entreprenøren påtager sig at frembringe et *resultat* og ikke blot at præstere et vist arbejde, således at forstå, at retten til vederlaget er afhængigt af, om udførelsen af opgaven lykkes. En aftale med en rådgivende tekniker – herunder med en edb-konsulent – om at gennemføre en opgave forpligter derimod i princippet alene denne til at udøve en god faglig indsats og præsteres en sådan, er aftalen behørigt opfyldt, selvom resul-

tatet af teknikeres indsats måske ud fra en objektiv vurdering er mindre lødig. Forskellen mellem på den ene side entreprisekontrakten og på den anden side *arbejdsaftalen* udtrykkes til tider således, at den gode, men mislykkede indsats, hvis der er tale om en arbejdsaftale, skal honoreres til forskel fra, hvad der ville gælde, hvis der forelå en entreprisekontrakt.

I edb-retten spiller arbejdsaftaler en væsentlig rolle, idet edb-leverancer ofte ledsages af konsulenttydelser fra professionelle edb-sagkyndige, ligesom leverandøren selv ofte yder udstrakt rådgivning i forbindelse med edb-leverancen.

En type køb, som har særdeles praktisk betydning inden for edb-retten, er *bestillingskøbet*. Bestillingskøbet falder under Købeloven, men det antages alligevel, at Købelovens regler efter omstændighederne skal modificeres af eller suppleres med grundsætninger hentet fra enterpriseretten, når der foreligger bestillingskøb, og i hvert fald når tilvirkningen angår specialkonstruerede genstande, hvad sædvanligvis er tilfældet inden for edb-retten. Der kan tilsvarende være tale om at anvende principper fra Købeloven på entrepriser, som indeholder køberetlige momenter. Grænsedragningen mellem bestillingskøb og entreprise vil derfor kunne være af mindre betydning.

Såvel inden for den almindelige kontraktsret som i edb-retten kan det ofte komme på tale, at en leverandørs samlede edb-ydelse ved den juridiske vurdering må *opdeles* i henholdsvis en køberetlig og en enterpriseretlig ydelse, såvel som måske i en arbejdsretlig ydelse i form af konsulentbistand eller anden rådgivning. Hvis det ikke er muligt eller naturligt at foretage en sådan opdeling, må man omvendt ud fra en *samlet vurdering* gennemføre rubriceringen af edb-leverancen – typisk enten som køb eller entreprise – alt efter hvilken ydelse, der er den væsentligste i den samlede præstation.

B. *Programmelleverancer*

I det omfang, der er tale om leverancer af *standardprogrammel*, vil de køberetlige regler blive den væsentligste retskilde. Kun hvis standardprogrammets tilvirkes under sådanne omstændigheder, at leverandørens individuelle arbejdspræstation i forhold til den samlede leverance er af væsentlig betydning, vil enterpriseretlige grundsætninger i udgangspunktet blive retsgrundlaget.

Ved kontrakter om *udvikling af programmel* må grundlaget for den juridiske bedømmelse derimod blive enterpriseretten. Der er her typisk tale om, at leverandøren forpligter sig til at præstere et specificeret resultat, og der foreligger derfor som nævnt en entreprisekontrakt.

En væsentlig del af en edb-leverance er ofte leverandørens *vedligeholdelsespligt*. Også her foreligger en kontraktsform, hvor leverandøren i princippet forpligter sig til at præstere et resultat, og aftalen må derfor i udgangspunktet bedømmes på grundlag af enterpriseretlige regler.

Edb-rettens ofte inadækvate terminologi viser sig også i forbindelse med vedligeholdelseskontrakter, idet disse kontrakter ofte såvel angår afhjælpning af konkrete fejl i programmet som udbygning af programmet i form af leverance af opgraderede udgaver eller nye versioner af programmet. Men dette ændrer ikke, at leverandøren i princippet må hæfte for resultatet af den gennemførte forandring.

C. Ansvar for forsinkelse og mangler

Hvis det legale grundlag for edb-kontraktsretten søges i de almindelige kontraktsretlige regler, og hvis disse reglers primære tilstrækkelighed lægges til grund, vil den *ansvarsmæssige* position for leverandøren ved *programmelleverancer* være som følger:

En formel væsentlig sondring vedrørende Købelovens nugældende ansvarsregler er forskellen på specieskøb og genuskøb. Sondringen mellem speciesydelse og genusydelse har imidlertid også betydning i andre kontraktsforhold end købekontrakter. Ved entrepriseretlige aftaler er således – for dansk rets vedkommende – formentlig den herskende opfattelse, at entreprenøren er ansvarlig for forsinkelse efter lignende regler, som de, der gælder for en genus-sælger, og at han også har et mangelsansvar, der svarer til genus-sælgerens ansvar efter købeloven, hvorefter sælgeren lige som ved forsinkelse i princippet pålægges ansvar uden hensyn til, om der foreligger skyld.

På denne baggrund bør derfor såvel leverandørens *forsinkelsesansvar* som *mangelsansvar* ved programmelleverancer i *edb-retten* som udgangspunkt bedømmes efter regler, der svarer til kontraktsrettens regler om *genus-ansvar*.

Uanset om de *køberetlige* regler – og herunder bestillingskøbsreglerne – eller *entrepriseretlige* regler danner grundlag for bedømmelsen vil ved edb-leverancer sædvanligvis netop de karakteristika være tilstede, som begrundet det strenge genus-ansvar i køberetten og efter omstændighederne i entrepriseretten. Det vil således i alt overvejende grad være tilfældet, at edb-leverandøren er *enebestemmende* med hensyn til hvilken udførelsesmåde, der anvendes for at gennemføre leverancen, og hermed være naturligt at lægge det strenge genusansvar til grund for ansvarbedømmelsen – og altså som hovedregel pålægge leverandøren ansvar uden skyld.

Det anførte gælder klart i det omfang, der overdrages standardprogrammel, men også kontrakter om udvikling af programmel såvel som vedligeholdelseskontrakter vil ofte give leverandøren en sådan dispositionsfrihed med hensyn til den korrekte opfyldelsesmåde, at et genus-ansvar for forsinkelse og for mangler efter traditional opfattelse vil være velbegrunderet.

D. Ansvar for retlige mangler

Leverandørens *ansvar for retlige mangler* i forbindelse med programmelleverancer er omdiskuteret.

Der hjemles ved retlige mangler i henhold til købelovgivningen i et vist omfang skadeserstatning på et objektivt grundlag, men disse særlige ubetingede erstat-

ningsregler finder dog næppe anvendelse, hvis de retlige begrænsninger skyldes tredjemands krydsende immaterielle rettigheder. Her bør man efter sædvanlig opfattelse ved bedømmelsen tage sit udgangspunkt i reglerne om faktiske mangler, dvs. betinge et ansvar af culpa.

Det er hævdet, herunder bl.a. af Mads Bryde Andersen, at edb-leverandørens ansvar i hvert fald for *ophavsretligt* begrundede mangler allerede de lege lata er objektivt. Dette er muligvis korrekt.

E. De nye nordiske købelove

De nordiske købelove er under ændring. Bl.a. inspireret af United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (CISG, 1980) er og vil der formentlig blive gennemført regler i flere af de nordiske lande, hvorefter sondringen mellem genus- og species-køb bortfalder, mens der i stedet indføres en regel om erstatning ved enhver misligholdelse fra sælgers side, medmindre sælger beviser, at misligholdelsen beror på en hindring uden for hans kontrol. Dette „kontrolansvar“, som har en vis lighed med det nugældende genus-ansvar, vil imidlertid kun gælde „direkte tab“, mens et eventuelt yderligere „indirekte tab“ kun kan kræves erstattet, hvis sælger har udvist culpa.

I det omfang en sådan formel ændring af ansvarsgrundlaget i køberetten gennemføres i de nordiske lande, må man forestille sig, at dette også vil påvirke bedømmelsen af det genus-prægede ansvar i entrepriseretten. Og efter referentens mening vil en sådan nyformulering af køberettens ansvarsbegreb – hvorefter det for ansvarsbedømmelsen altså også har betydning, om der er tale om „direkte“ eller „indirekte“ tab – også være særdeles velpassende for edb-retten, jfr. nedenfor under IV, C.

F. Dokumentation for tab

Et krav på *erstatning* fra brugers side kræver udover eksistensen af et ansvarsgrundlag, en række yderligere betingelser opfyldt, herunder at bruger *beviser*, at der er lidt et erstatningsberettiget tab. I denne forbindelse samler interessen sig i edb-retten imidlertid især om de begrænsninger, som formentlig må gøres i adgangen til at kræve i øvrigt notoriske tab dækket, jfr. herved nedenfor under IV, C.

IV. Edb-kontraktsrettens særegenheder

I henhold til referentens tese er den afgørende opgave i edb-kontraktsretten at beskrive de særegenheder, som begrunder, hvornår kontraktsrettens sædvanlige

regler bør modificeres eller korrigeres ved anvendelsen på edb-retlige problemstillinger.

I det følgende søges skitseret en række af disse særegenheder. Med henblik på at forøge muligheden for en frugtbar diskussion er søgt angivet ikke alle, men dog en lang række særegenheder, hvilket nødvendiggør, at de enkelte forhold må beskrives relativt kortfattet.

A. Den tekniske forældelse og absolutum obsoletum

Som den tekniske udvikling forløber, er der til en vis grad *indbygget forældelse* i de fleste edb-leverancer. Bruger må ofte affinde sig med, at et edb-system i en eller flere retninger kan være forældet næsten umiddelbart efter, at det er leveret. Bruger vil således ofte kort efter modtagelsen af en edb-leverance kunne erhverve et billigere og mere driftssikkert system, ligesom bruger ofte vil kunne stå i den situation, at et kostbart udviklet program senere vil kunne købes i en billigere standardudgave, som muligvis oven i købet er sikret en bedre og billigere vedligeholdelse.

Det er også karakteristisk, at edb-systemer af en vis kompleksitet *aldrig* vil være *fejlfri* fra starten. Vedrørende programmet er det således ikke teknisk eller i hvert fald økonomisk muligt for en leverandør at efterprøve et leveret program i alle ender og kanter, forinden dette overgives til bruger. Der vil derfor så at sige altid være fejl eller ufuldstændigheder i programmet, som først efterhånden vil kunne ryddes af vejen ved intensiv brug og efterfølgende korrektion i takt med, at mangler afdækkes.

Ovennævnte problematik udtrykkes til tider med det latinske bevingede ord *absolutum obsoletum* - hvis det fungerer, er det forældet.

De ovennævnte forhold må på flere måder have indflydelse på edb-retten. *Mangelsvurderingen* må således ofte antage en lidt anden karakter end i den sædvanlige kontraktsret. I edb-retten må bruger indtil videre også i juridisk henseende til en vis grad acceptere at være deltager i en rivende teknologisk udvikling.

Den hastige tekniske udvikling i edb-branchen kan også skabe problemer med hensyn til overhovedet i *udgangspunktet* at definere *kvalitetskrav* til leverandørens ydelse. I mere traditionsbundne brancher vil man ofte kunne finde støtte i handelskutymer eller sædvane, når der skal skaffes et grundlag for en vurdering af den brugbarhed og værdi, som bør stilles til leverancerne. I edb-branchen med dens ofte meget komplekse leverancer kan dette være vanskeligt. Der er imidlertid i de senere år med en naturlig inspiration fra entrepriseretten opstået et be-

greb, som i vid udstrækning kan fungere som en meningsfuld ramme for beskrivelsen af leverandørens kvalitetsmæssige ydelsespligt. I takt med, at det er blevet almindeligt, at edb-brugere lader sig bistå af professionelle konsulenter, bliver der således i stigende grad på brugers foranledning udarbejdet en såkaldt *kravsspecifikation*, som indeholder de samlede krav til leverancens kvalitet. På denne baggrund er der efterhånden ved at danne sig en vis praksis med hensyn til, hvilke emner, der bør findes en regulering af i aftalen mellem parterne, og hvilke generelle krav en bruger alt andet lige vil kunne stille til en edb-leverance.

B. Afhængighedsforholdet mellem kontraktsparterne

Der skabes ved gennemførelsen af edb-leverancer ofte et betydeligt *afhængighedsforhold* mellem leverandør og bruger.

1. Edb-leverancer er således for det første karakteriseret ved, at der ikke blot påhviler leverandøren men også *bruger* en lang række *pligter*, idet bruger ofte på en lang række måder praktisk må bistå for at sikre leverancens gennemførelse. Dette forhold vil i ansvarssituationer kunne give grundlag for påstande fra leverandørens side om *egen skyld* hos bruger.

2. Afhængigheden viser sig også ved at det ofte vil være vanskeligt for bruger på forhånd at sikre sig, at leverancen, når den er gennemført, vil være kontraktmæssig, ligesom også vurderingen af leverancen efter dennes levering kan være vanskelig. Dette forhold taler for, at Købelovens regler om *undersøgelsespligt eller påpasselighedspligt* ikke kan spille nogen væsentlig rolle i edb-retten, idet det i højere grad vil være både rimeligt og sædvanligt, at bruger i udgangspunktet forlader sig på leverandørens oplysninger.

3. Heller ikke *reklamationsreglerne* i edb-kontraktsretten kan – især hvis der er tvivl om, i hvilket omfang der foreligger en mangelfuld leverance – fastlægges på grundlag af køberettens finmaskede og detaljerede reklamationsregelsæt. Det vil således i edb-retten – i overensstemmelse med den almindelige regel i entrepriseretten – sædvanligvis være tilstrækkeligt, at bruger i første omfang blot gennemfører en såkaldt neutral reklamation, ligesom de tidsmæssige betingelser for reklamation må være væsentligt lempeligere end de, som stilles i køberetten.

Det er muligt at køberettens reklamationsregler også på anden måde må undergives modifikationer. Det er således tænkeligt, at forældelsesreglen i *Købelovens 54* ikke bør finde anvendelse på programmel under hensyn til programmets såkaldte kommunikative aspekter, jfr. herved Mads Bryde Andersen. En regel svarende til Købelovens 54 gælder i

forvejen ikke i entrepriseretten, og det vil måske være en rimelig løsning at antage, at den af de nævnte grunde heller ikke bør gælde i edb-retten.

4. Afhængighedsforholdet mellem parterne viser sig også ved, at der formentlig gælder en *udvidet rådgivnings- og vejledningspligt* for leverandøren over for brugeren. Leverandøren skal således være opmærksom på og yde rådgivning om tekniske forhold hos brugeren, som har betydning for leverancens gennemførelse og som leverandøren bør opdage, ligesom leverandøren har en vis forpligtelse til at anvise en hensigtsmæssig plan for leverancens gennemførelse under hensyn til brugerens erklærede behov og ønsker.

Udsagnet kan forekomme selvfølgeligt, men da strid om, hvorvidt leverandør eller bruger hæfter for u hensigtsmæssigheder ved edb-leverancers gennemførelse, ofte opstår, skal forholdet nævnes.

5. Afhængighedsforholdet mellem parterne er også delvis begrundelsen for, at leverandøren formentlig i edb-retten har såvel *afhjælpningsret som afhjælpningspligt*, og herved – til forskel fra hvad der gælder i køberetten – vil kunne afværge en række misligholdelsesbeføjelser ved inden for rimelig tid at gennemføre behørig afhjælpning.

6. Det er også karakteristisk for edb-kontraktsretten, at en *ophævelse* på en gang er en særdeles upraktisk – og til tider umulig – foranstaltning set fra brugers side og samtidig vil være økonomisk meget belastende for leverandøren. Man må derfor formentlig falde tilbage på entrepriserettens regler, hvorefter bruger principielt henvises til kun at hæve for fremtiden, hvorimod hæveadgangen med hensyn til allerede gennemførte leverancer oftest afskæres.

Den anførte vanskelighed med hensyn til at gennemføre ophævelse i edb-kontraktsretten er blevet fremhævet som et eksempel på, at edb-retten må undergives en særskilt regulering. Det samme problem om principielt *utilbagegivelige ydelser* forekommer imidlertid såvel i den sædvanlige køberet som i entrepriseretten og løses her, ved at hæveadgangen begrænses tilsvarende.

7. Det er endelig et særpræg ved programmelkontrakter, at der ofte etableres et *vedvarende forhold* mellem parterne. Programmellets økonomiske levetid er således begrænset, og det er derfor en væsentlig del af leverandørens ydelse at tilbyde bruger en passende *vedligeholdelse* af programmet, hvorefter leverandøren løbende tilbyder brugeren ændringer og forbedringer af det leverede programmel, således at dette efterhånden antager en form, der i høj grad kan adskille sig fra den oprindelige leverance. Ud fra en praktisk betragtning er ved-

ligeholdelse forstået på denne måde en nødvendig del af en edb-leverance, og det kan være et led i mangelsvurderingen i edb-kontraktsretten, i hvilket omfang en programmelleverance – være sig vedrørende standardprogrammel eller udviklet programmel – er ledsaget af en passende forpligtelse for leverandøren til at vedligeholde programmet.

Det angivne forhold viser sig i kontraktspraksis ved, at der ofte ikke er nogen skarp grænse mellem det vederlagsfri „garantiår“, der typisk som en arv fra entrepriseretten optræder i kontrakter, og de efterfølgende aftalte vedligeholdelsesår, hvor brugeren sikres en vedligeholdelse mod vederlag til leverandøren.

C. Konsekvenserne af tekniske fejl

1. Den mest øjensynlige særegenhed ved edb-kontraktsretten set i forhold til køberetten og entrepriseretten er, at *konsekvenserne* af selv ret ubetydelige tekniske fejl kan blive *vidtrækkende*.

Et ofte nævnt eksempel er beretningen om, hvorledes en rumsonde, fordi et kolon ved en programmeringsfejl var blevet til et semikolon, gik tabt i verdensrummet. Men eksemplet er blot et blandt mange. Edb-retten kan på nuværende tidspunkt udvise en lang række eksempler på, at liden tue kan vælte et stort las. I januar 1990 brød AT&T's long-distance telefonnetværk ned i 9 timer på grund af en uafklaret programmefejl. Konsekvensen var, at kun 50% af 148 millioner long-distance opringninger den pågældende dag kom igennem, at hoteller og luftfartsselskaber tabte bookninger, at biler ikke blev lejet ud osv.

Edb-systemet på den belgiske fondsbørs brød sammen i oktober 1989, produktionsrobotter er uden varsel fejlagtigt startet og har dræbt arbejdere, og der er flere eksempler på, at forkert programmerede røntgenapparater har udsat kræftpatienter for fatale doser.

Vidtrækkende skader foranlediget af edb-anvendelse er ikke mere et akademisk emne.

I kontraktsretten kan kun det *adækvate* tab kræves erstattet. Dette forstås traditionelt således, at følger, som er *upåregnelige* på det tidspunkt, da kontrahenten udviste et ansvarspådragende forhold, eller – hvor ansvaret indtræder uden culpa – da aftalen blev indgået, ikke medfører erstatningspligt.

Det ovennævnte forhold bevirker, at adækvansbetragtninger trænger sig på med betydelig styrke i edb-retten. Ikke blot store direkte tab, men også væsentlige følgeskader eller indirekte tab vil meget hyppigt kunne optræde i forbindelse med kontraktsbrud, idet edb-programmel i stigende grad bliver et vitalt hjælpemiddel for de mest forskelligartede virksomheder, som vil blive alvorligt berørt, hvis edb-ydelsen svigter. Det er referentens opfattelse, at dette forhold er et af de, som i højest grad nødvendiggør om ikke en nytænkning i edb-retten så dog en klar erkendelse af problemets dimension, selvom edb-retten iøvrigt vurderes på et traditionelt kontraktsretligt grundlag. Det kan således ikke påstås at være upåregneligt for leverandøren, at følgeskader meget typisk vil optræde ved edb-svigt.

og at selv ret beskedne fejl ved edb-leverancer til en meget begrænset pris vil kunne resultere i store tab. Man kan derfor ikke ud fra et påregnelighedskriterium argumentere for, at adækvansgrænsen i edb-kontraktsretten bør trækkes endnu snævrere end i kontraktsretten iøvrigt. Men det er formentlig på den anden side praktisk set nødvendigt, at dette eller noget tilsvarende sker. Argumentet herfor er vel i virkeligheden, at disse vilkår i branchen er så evidente for alle kontraktparter, at en restriktiv ansvarsbegrænsning ikke bør være en overraskelse for nogen, jfr. nedenfor tilsvarende om produktansvarsproblemerne.

I den kommende nordiske købelovgivning vil der som nævnt i flere tilfælde blive sondret mellem ansvarsbetingelserne for henholdsvis *direkte* og *indirekte tab*, således at direkte tab erstattes efter den ovenfor angivne relativt strenge kontrolansvarsregel, hvorimod erstatning for indirekte tab forudsætter, at sælger har udvist culpa. Selvom edb-fejl vil kunne medføre meget betydelige påregnelige skader, som yderligere må klassificeres som direkte tab, vil en begrænsning af adgangen til at kræve erstatning for indirekte tab dog alligevel kunne hjælpe på edb-kontraktsrettens beskrevne problem med hensyn til tabenes uoverskuelighed.

Det overvejes også i de nye nordiske købelove om man – således som det er sket i Finland – skal indføje bestemmelser om *jæmkning* - dvs. nedsættelse af erstatningens størrelse i særlige tilfælde, uanset om der er tale om direkte eller indirekte tab. En sådan kodificeret regel i købelovgivningen bør på en naturlig måde kunne smitte af på edb-kontraktsretlige ansvarssager.

På det eksisterende retlige grundlag må man efter referentens opfattelse i edb-kontraktsretten imidlertid også falde tilbage på de regler, som vist i alle nordiske lande er dannet i retspraksis, og hvorefter man begrænser erstatningsansvaret ud fra overvejelser om *accept af risiko* eller ud fra en mere frie fortolkninger af „*af-talens forudsætninger*“. F.eks. inden for transportretten eksisterer således en praksis, hvorefter man afskærer erstatningskrav, der ikke står i et rimeligt forhold til det vederlag, som er ydet for præstationen. Der er naturligvis ikke tale om nogen særlig veldefineret ansvarsbegrænsning, men man har dog kunnet leve med den inden for dette, såvel som inden for andre retlige områder, hvor ubetydelige fejl også kan føre til store tab. Og det er under alle omstændigheder indlysende, at en programmør, der begår en fejl, ikke kan hæfte for det tab, som er forbundet med, at en rumsonde forsvinder i verdensrummet!

Det er magtpåliggende for referenten at fremhæve, at de ovenfor nævnte eksempler på store skader i edb-retten ikke er et argument for, at edb-retten skal undergives et særligt regelsæt. Aldeles ligeartede skader optræder, uden at disse har noget som helst forbindelse med anvendelse af edb. Det, der påpeges, er kun, at der inden for edb-retten kan blive behov for en udvidet anvendelse af i forvejen eksisterende regler om lempelse af ansvar.

En i 1989 opsendt tysk tv-satellit udstyret med solbatterier kom aldrig i drift. Dette skyldtes, at en sikkerhedssplit ikke manuelt blev fjernet før satellittens opsendelse, hvorfor solbatterierne ikke efterfølgende kunne folde sig ud. Satellitten var naturligvis spækket med elektronik – men den katastrofale fejl var aldeles mekanisk og kunne næsten være forekommet i Middelalderen. Der er også eksempler på, at kommunikationssatellitter ikke har virket, fordi en mekaniker med en skruetrækker har ridset et solcellepanel med elektrisk overgang til følge. De dramatiske tab, som er forbundet med sådanne mekaniske og banale fejl, er indlysende – og må behandles på samme måde, som hvis årsagen havde været edbmæssige fejl.

2. Reglerne om *produktansvar* påkalder sig også interesse i forbindelse med edb-programmel. Det er således notorisk, at programmel, som er konstrueret mangelfuldt, eller som ikke er ledsaget af en sådan dokumentation, at det af bruger anvendes korrekt, under sin umiddelbare anvendelse kan give anledning til en række konsekvensskader, som må betragtes som produktansvarsskader.

En lang række skader inden for edb-retten, som umiddelbart kan fremstå som produktansvarsskader, bør imidlertid formentlig ikke betragtes som sådanne. Der vil i visse tilfælde foreligge, hvad der kaldes *ingrediensilfælde*, *komponentilfælde* eller *selvbeskadigelsestilfælde*, som sædvanligvis ikke inddrages under produktansvarsreglerne, men behandles under de almindelige kontraktansvarsregler. Det er også omdiskuteret, i hvilket omfang *tjenesteydelser* såsom entrepriseydelser eller konsulenttjeneste omfattes af reglerne om produktansvaret. Hvis dette ikke antages, vil en væsentlig del af edb-rettens programleverancer ikke høre under dette regelsæt. Dette gør imidlertid ikke leverandøren ansvarsfri – og slet ikke i forholdet mellem kontraktsparterne. Det ansvarsmæssige resultat vil således i en lang række tilfælde for leverandøren fremstå som det samme, uanset om hans ansvar bedømmes efter produktansvarsreglerne eller efter de almindelige regler om ansvar i kontrakt – hvad man ikke altid er opmærksom på, og hvilket til tider får produktansvaret til at fremstå utidigt dramatisk.

Uanset de angivne teoretiske overvejelser er der ingen tvivl om, at forkert konstrueret eller forkert anvendt programmel vil kunne forårsage fysiske skader, som har en sådan umiddelbar forbindelse med anvendelsen af programmet, at man vil betegne skaden som en produktansvarsskade. Og det er derfor i disse situationer muligt, at efterladte efter passagererne i en nedstyrtet flyvemaskine, hvor det edb-styrede navigationsudstyr ikke fungerede, eller de efterladte efter patienten, som døde af den elektronisk forkert blandede medicin eller på grund af mangelfuldt overvågningsudstyr, vil kunne rejse krav efter produktansvarsreglerne – det være sig mod den umiddelbare leverandør eller mod tidligere handelsled. Det samme vil den umiddelbare kontrahent imidlertid kunne gøre, men han vil efter omstændighederne kunne rejse tilsvarende og måske større krav om dækning for sine konstaterede tab efter almindelige kontraktansvarsregler.

I sidste ende er problemstillingen efter referentens mening i og for sig den samme vedrørende det almindelige kontraktsansvar og produktansvaret, nemlig at de edb-forårsagede skader kan antage et sådant omfang, at en begrænsning må til. Og her må man efter referentens opfattelse udover at falde tilbage på de ovenfor angivne adækvansbetragtninger også opstille begrænsninger ud fra aftalens forudsætninger eller lignende. Men der er ikke tale om forhold, som i sidste ende adskiller edb-kontraktsretten fra anden kontraktsret.

Foranlediget af et *EF-direktiv* er der ved at blive gennemført lovgivning i de forskellige medlemslande om *produktansvar*, hvorefter producent/leverandør på objektivt grundlag hæfter for personskader og for visse tingsskader. Pladsen tillader ikke en kommentar til disse nye lovinitiativer. Det er uafklaret, om edb-programmel vil falde under disse nye love – hvilket dog næppe er tilfældet, bl.a. under hensyn til, at tjenesteydelser falder uden for direktivet. Men set i den store sammenhæng vil de nye love efter referentens mening ikke på afgørende måde ændre de relevante problemstillinger.

3. Etableringen af en rimelig *forsikringsdækning* for ansvaret for edb-programmelleverancer har indtil for nylig voldt vanskeligheder vist nok i alle de nordiske lande. En nærmere redegørelse for disse problemer må udelades, men det er referentens opfattelse, at der ikke – især ikke hvis edb-kontraktsretten anskues på et traditionelt grundlag – bør eller vil være vanskeligheder forbundet med at udforme passende forsikringsdækning for edb-programmelleverancer.

Et af problemerne har været, at en lang række af de tab, som mangelfulde edb-programmelleverancer forårsagede, ville være såkaldte rene formuetab som traditionelt ikke har været dækket under produktansvarsforsikringer. Der er imidlertid på nuværende tidspunkt mulighed for på særlige vilkår også at tegne forsikring for sådanne rene formuetab i forbindelse med produktansvarsskader. En programmelleverance vil yderligere ofte være ledsaget af en arbejdsydelse i form af konsulentbistand eller anden professionel rådgivning. Forsikring herfor har imidlertid i mange år kunnet tegnes inden for liberale erhverv som f.eks. ingeniørvirksomhed. Hvis man derfor betragter edb-kontraktsretten ud fra en mere traditionel synsvinkel, skulle der ingen som helst hindring være for på nuværende tidspunkt at kombinere de angivne velkendte forsikringsretlige positioner i en police med en fornuftig dækning for alle ydelser i forbindelse med leverancer og udvikling af edb-programmel.

D. Valghandlingers betydning for ansvaret

Bl.a. i Mads Bryde Andersens disputats lægges der som anført vægt på, at ansvarsudløsende forhold i edb-retten alle kan karakteriseres som et udslag af valghandlinger. Det kan tiltrædes, at det nok bør have betydning for den ansvars-mæssige bedømmelse, om der kan siges at foreligge en valghandling eller ej. Efter

referentens mening spiller spørgsmålet om et edb-mæssigt valg eller ej imidlertid en ret underordnet rolle.

Det er karakteristisk, at man i den edb-retlige litteratur i starten især interesserede sig for de ansvarsmæssige situationer, hvor der forelå, hvad der kan kaldes en *bevidst* anvendelse af edb, og herunder om man kunne sige, at der var en valgmulighed for bruger. Overvejelse om konsekvenserne af regnefejl i edb-out-put, der dannede grundlag for videre anvendelse hos bruger, var således naturligt et væsentligt emne i de første teoretiske afhandlinger om edb-ansvar.

På nuværende tidspunkt indgår edb i en overvældende del af samfundets normale funktioner. Ikke blot fly- og togtrafik beror nu i høj grad på udstrakt anvendelse af edb-styring. Dette gælder også processtyring i industrien – f.eks. i form af CAD/CAM-systemer i forbindelse med skibsbyggeri, komponentproduktion etc. – såvel som i medicinfremstilling eller anden kemisk industri, ligesom konstruktion af bygværker i betydelig grad sker under anvendelse af datateknik. Der bortses her fra den helt banale dagligdags brug af edb-systemer, der følger af, at fotografiapparater, hårde hvidevarer etc. i stigende grad fyldes med elektronik.

Vedrørende hele denne udstrakte brug af edb tjener det næppe noget praktisk formål i særlig høj grad at overveje, hvorvidt valghandlinger spiller ind eller ej. Mens en ingeniørs brug af et forkert edb-out-put som grundlag for videre beregninger kan betragtes som et udslag af et valg – man kunne have brugt en logaritmetabel i stedet – har det mindre mening at tale om et valg for den trafikant, der kommer til skade, fordi et edb-styret trafiklys fungerer forkert – eller for den sags skyld for den leverandør, som vælger at videresælge et edb-styret trafiklys.

Den angivne forskel på, hvorvidt der er en *dialog* mellem brugeren og systemet, eller hvorvidt der er tale om en rent *automatisk anvendelse* af edb, er påpeget mange steder i den edb-retlige litteratur. Efter referentens opfattelse *kan* dette moment få betydning for ansvarsbedømmelsen, herunder især for i hvilket omfang, man i en argumentation for en begrænsning af ansvar kan påstå egen skyld hos bruger eller ej. Men det er kun et enkelt moment blandt de mange, som må indgå i en samlet ansvarsbedømmelse i edb-retten. Den voldsomme praktiske udbredelse af edb har forlængst overhalet overvejelserne om valghandlinger i edb-retten. Disse hører efter referentens opfattelse hjemme dengang, da valget stod mellem at hente sin viden i en bog – som jo forøvrigt også kunne være unøjagtig – eller via et edb-system.

Og de angivne overvejelser løser under ingen omstændigheder edb-ansvarrettens åbenlyse problemer med de alt for store skader forårsaget af de meget

små fejl. Her undgår man ikke at støtte sig til de ovenfor angivne mere generelle begrundelser for ansvarsbegrænsning.

V. Retspraksis og kontraktspraksis

A. Retspraksis

Der er i skrivende stund efterhånden etableret en vis *retspraksis* i de nordiske lande inden for edb-kontraktsretten.

I *Danmark* er den tilgængelige retspraksis og herunder en del utrykte domme samlet i „Edb-retlige afgørelser 1-3“ (1984, 1986, 1988) redigeret af Ole Bruun Nielsen, Strange Beck og Hanne Bender.

Der foreligger en tilsvarende *norsk* udgivelse vedrørende den eksisterende norske edb-retlige retspraksis samt en række norske voldgiftsavgørelser (Dommer og Kjendelser i edb-rett I, Oslo, 1980), redigeret af korreferenten Lars Jacob Blanck.

Det er referentens opfattelse, at en i og for sig overraskende stor del af de problemstillinger, som edb-retten involverer, allerede har været forelagt til afgørelse – og at der bedømt efter den foreliggende domspraksis næppe er noget grundlag for at opfatte edb-kontraktsretten som en speciel kontraktstype, der behøver at reguleres af et særligt regelsæt.

Det var karakteristisk, især i en del af de første edb-retlige afgørelser, at man – muligvis forårsaget af vanskelighederne ved at indpasse den nye teknik i vante juridiske rammer – i vidt omfang betjente sig af mindre indholdsrige betragtninger over „hvem der er nærmest til at bære risikoen“. ligesom det har været hævdet, at forudsætningslæren fik en vis renaissance. Det har glædet referenten, at sådan uskik synes at være på retur.

B. Kontraktspraksis

Også *kontraktspraksis* har i hvert fald i de lødigere varianter efterhånden antaget en form, der nogenlunde afspejler de ovenfor angivne problemstillinger, og som støtter referentens tese.

Den tidligere praksis, hvorefter kontrakterne sædvanligvis fremstod med en teknisk overvægt og med klart præg af at være oversat fra udenlandske moderselskabers standardkontrakter, er således ikke mere så udtalt i Norden. De pågældende kontrakter var ofte næppe af en rimelig juridisk kvalitet selv i de lande, til hvis retssystem de var udarbejdet, men de var under alle omstændigheder helt utjenelige grundlag for en nordisk retsændelse. Det er imidlertid referentens opfattelse, at kvaliteten i hvert fald ved større edb-leverancer er højnet. Der opereres således i stigende grad med rimeligt velovervejede klausuler om ansvarsbegrænsninger, og forekomsten af en kravsspecifikation til definition af den edb-retlige ydelse er ved at være standard.

VI. Afslutning

Referentens *tese* er enkel, men skal ses i sammenhæng med ovennævnte forsøg på beskrivelse af særegenhederne for edb-retten:

Edb-kontraktsretten og herunder reglerne om ansvar for edb-programmelleverancer bør og kan søges udviklet på grundlag af eksisterende kontraktsretlige regler, herunder især køberetlige og entrepriseretlige grundsætninger samt regler om såkaldt professionelt ansvar.

Opgaven er at påpege og beskrive de særegenheder, som kan begrunde visse korrektioner eller modifikationer i de eksisterende regelsæt.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Leif Sevón

Informationsbehov og
informationsmetoder vedrørende
lovgivningen

Informationsbehov och informationsmetoder beträffande lagstiftningen

Av överdirektör LEIF SEVÓN, Finland.

I. Inledande anmärkningar

Det kan vid första anblicken förefalla som om det föreliggande ämnet skulle ligga en bit på sidan om den typ av frågor som traditionellt har behandlats vid de nordiska jurismötena. Delvis är ämnet sådant att sakkunskapen på området finns på andra håll än bland juristerna. Ämnet kunde vara ägnat att diskuteras t.ex. av informatiker eller representanter för massmedierna. När det gäller möjligheterna att utforma myndigheternas information om lagstiftningen kunde det vara skäl att utnyttja den sakkunskap som marknadsförare har. I många avseenden får en jurist tackla ämnet med hela den aningslöshet som kännetecknar en glad amatör.

Samtidigt tangerar ämnet emellertid några grundläggande frågor om lagstiftningens effektivitet. Ämnet bör analyseras också utgående från de uppgifter som lagstiftningen förutsätts uppfylla i samhället och med de erfarenheter som juristerna har beträffande kunskap om lagstiftningen hos målgrupperna för den och beträffande lagstiftningens möjligheter att faktiskt fylla sina uppgifter.

Ämnet har behandlats eller tangerats i utredningar i Danmark,¹ Norge² och Sverige.³ Det behandlas här främst utgående från ett finländskt perspektiv. Jag antar att en del av de existerande rutiner som beskrivs i dag sköts annorlunda i de övriga nordiska länderna än i Finland. Avsikten med debatten på jurismötet är emellertid inte att få en detaljerad genomgång av hur rutinerna i de olika länderna skiljer sig från varandra. I stället söks svar på frågan vilka problem som är förknippade med informationen om lagstiftningen eller – kanske snarare – med bristerna i den information som lämnas. I debatten söks också svar på frågan hur informationsbehoven i framtiden kan tillgodoses och om det kan vara lämpligt att försöka utveckla svaren tillsammans i de nordiska länderna.

¹ Udvidet statlig information om love m.v. Betænkning nr. 787/1977. och Betænkning om offentlig information. Betænkning nr. 117/1987.

² NOU 1978:37. Offentlig informasjon.

³ Bl.a. SOU 1984:68. Samordnad samhällsinformation.

2. Lagstiftningen

Lagstiftningen har flera uppgifter. Med tanke på det aktuella ämnet kan man peka på att lagstiftningen utgör ett medel att styra samhällsutvecklingen. Lagstiftningen kan också innehålla regler för förhållandena mellan individer, företag och myndigheter. Ibland skall den kanske bara fylla en symbolfunktion. Att stadganden tas upp i lagstiftningen kan bero på att statsmakterna vill visa sin principiella inställning i en fråga också om man antar eller åtminstone hoppas att lagstiftningen i fråga aldrig skall behöva tillämpas. Lagstiftningen om folkmord kan i de nordiska länderna vara ett exempel på detta.

För att lagstiftningen skall kunna styra samhällsutvecklingen och för att den skall tillhandahålla fungerande spelregler, måste den anpassas till förändringar i de förhållanden som den reglerar. I ett statiskt samhälle kan lagstiftningsbehovet vara litet. I ett samhälle av den typ som vi lever i och som är underkastat snabba förändringar finns det ett betydligt större behov av lagstiftning. Detta gäller oberoende av om förändringarna ligger i medborgarnas eller beslutsfattarnas värderingar – t.ex. i en ny syn på behovet att ingripa mot miljöförstöring – eller i den vetenskapliga, tekniska eller ekonomiska utvecklingen.

Samtidigt måste man emellertid också vara uppmärksam på att alla missförhållanden i samhället inte kan korrigeras genom beslut av riksdagen i form av lag. En begränsning ligger i att många frågor inte är ägnade för en sådan styrning. En annan begränsande faktor är att målgrupperna för lagstiftningen måste känna till de regler som gäller för att lagstiftningen skall kunna påverka deras beteende och att det finns gränser för vad som målgrupperna kan behärska. Det finns således uppenbarligen ett samband mellan lagstiftningens omfattning och dess effektivitet.

Frågan om lagstiftningens omfattning får således en viss betydelse för den följande diskussionen. En möjlighet skulle då vara att stämma in i den kör som anser att lagstiftningen är alltför omfattande för att kunna absorberas av målgrupperna. Om det till äventyrs skulle krävas att påståendet bevisas, kan man alltid hänvisa till antalet författningar i författningssamlingen och sälja sin argumentation med devisen att det tillkommer en ny lag eller förordning var åttonde timme.⁴

För att skapa ett underlag för en mera nyanserad diskussion i ämnet gjordes vid lagberedningsavdelningen vid justitieministeriet i Finland en serie undersökningar av lagstiftningens omfattning och inriktning.⁵ Bland annat undersöktes antalet författningar under år 1980 i relation till publicerade författningar under perioden 1920–1984.⁶

Undersökningen gav vid handen att år 1920 publicerades 338 författningar, år

1950 680 och år 1980 1 107. Författningarna hade således grovt taget fördubblats från 1920 till 1950 och något mera än tredubblats från 1920 till 1980. Ökningen förefaller våldsam. Samtidigt kan man emellertid konstatera att antalet publicerade författningar under tiden 1973–1984 har varit relativt stabilt och varierat mellan 1 031 (1984) och 1 156 (1976). Ökningen har således inte fortgått.

Också om man ser till sidosantalet i författningssamlingen och inte endast till antalet publicerade författningar är bilden mindre tröstlös: antalet sidor var 1920 897, 1950 1 195 och år 1980 2 404. Avvikelsen i förhållande till antalet publicerade författningar kan endast delvis förklaras med trycktekniska faktorer.

Undersökningen koncentrerades främst på de författningar – lagar, förordningar, statsrådsbeslut och ministeriebeslut – som publicerades år 1980. Analysen av dem gav följande bild.

Författningarna för år 1980 innehöll sammanlagt 4 932 paragrafer. Den största paragrafproducenten var jord- och skogsbruksministeriet som stod för 19% av paragraferna. Undervisningsministeriet samt handels- och industriministeriet stod vardera för 17%, finansministeriet för 14% samt social- och hälsovårdsministeriet för 10%. Justitieministeriets andel var 3%. Denna fördelning antyder att en stor del av lagstiftningen består i reglering av olika näringar. Justitieministeriets låga andel tyder på att antalet författningar som gäller medborgarna i allmänhet och som kan förväntas förbli i kraft under en längre tid är förhållandevis litet. Det finns ett visst fog för den hypotesen även om också andra ministerier givetvis kan producera sådan lagstiftning.

Samtidigt undersökte man också vilken typ av situationer lagstiftningen gällde. Enligt den tillämpade indelningsgrunden, som givetvis lämnar utrymme för ett visst godtycke, kunde en författning gälla ett nytt område, dvs. ett område som inte tidigare varit föremål för reglering eller som tidigare har reglerats på ett annat sätt. Författningen kunde också innebära ändring i en gällande författning. Vidare särskildes en kategori av tidsbestämda författningar och ytterligare sådana författningar som inte föll inom någon av de tre andra grupperna. Den sista gruppen omfattade bl.a. författningar, genom vilka tidigare författningar upphävdes utan att ersättas av nya regler, författningar som innebar att internationella fördrag bringades i kraft och författningar som innebar att tjänster inom statsförvaltningen inrättades eller ändrades.

⁴ Björn Tarras-Wahlberg, *Lagstiftning till döds?* Stockholm 1980, omslaget.

⁵ Selvityksiä säädösvalmistelusta I–IV. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 10–14/1985, 6/1986 (Utredningar rörande författningsberedningen. Justiteministeriet. Lagberedningsavdelningens publikation 10–14/1985, 6/1986).

⁶ Selvityksiä säädösvalmistelusta I. Säädös 1980. Hallituksen esitys 1980. Säädösehdotus 1980. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 10/1985 (Utredningar rörande för-

Enligt denna indelningsgrund betecknades 241 författningar som nya medan 506 innebar ändringar i tidigare regler. Det bör dock observeras att också författningar som endast gäller en viss tid eller som har hänförs till kategorin övriga författningar kan innebära en reglering av nya frågor. Antalet författningar som reglerar nya frågor är således med stor sannolikhet större än vad de anförda siffrorna utvisar. Jord- och skogsbruksministeriet stod för 62 av de nya författningarna, handels- och industriministeriet för 42.

Man undersökte också författningarnas längd. Här blev bilden överraskande. Av de 274 lagar som publicerades år 1980 omfattade 129 en enda paragraf och 88 2-5 paragrafer. Av de 462 förordningarna innehöll 189 en enda paragraf och 158 2-5 paragrafer. C:a. 77% av lagarna och förordningarna innehöll således maximalt fem paragrafer.

Slutligen gjordes en kartläggning av de målgrupper som lagstiftningen gällde. Här särskilde man mellan författningar som var riktade till medborgarna i allmänhet eller till en obestämd grupp, författningar som var riktade till en definierad grupp samt författningar som gällde de offentliga samfunden. Enligt denna indelning gällde 3% av författningarna medborgarna i allmänhet, 45% en definierad grupp och 53% de offentliga samfunden.

Om man granskar författningsmaterialet i dess helhet finner man att det totala antalet författningar ger en kraftigt missvisande bild om man vill bedöma omfattningen av det material som gäller en viss individ eller en viss typ av företag. Hälften av författningarna faller bort på den grund att de gäller de offentliga samfunden. Av de 45% av författningarna som gäller definierade målgrupper tillämpas uppenbarligen endast ett begränsat antal på en viss individ eller ett visst företag. Med ledning av författningarnas fördelning på olika förvaltningsgrenar förefaller det som om lantbruket skulle vara den intensivast reglerade näringen. Slutligen är en betydande majoritet av författningarna korta. Den totala textmängd som en enskild individ eller ett bestämt företag har behov av att känna till är således av en helt annan dimension än vad man kunde tro på grundval av en hänvisning till antalet årligen publicerade författningar.

Det sagda skall inte uppfattas som ett försök att förringa de problem som hänger samman med lagstiftningens omfattning. 30 författningar årligen som gäller medborgarna i allmänhet är en ur informationssynvinkel betydande textmassa. Ifall man tänker på en individ som är verksam i en regleringsintensiv bransch mångfaldigas problemen.

Också den givna bilden är delvis vilseledande. Den grundar sig på uppgifter för

ett enda år. Dessa uppgifter kan i sig ge en skev bild av helheten. Bilden ger inget svar på frågan vilken ny textmassa en individ bör tillgodogöra sig när han eller hon blir medlem av en ny målgrupp genom att t.ex. få barn, bli pensionerad eller börja idka en viss typ av näring. Den ger inte heller svar på frågan hur ofta innehållet i reglerna ändras så att information som vederbörande har tillgodogjort sig blir missvisande. På den punkten förefaller det som om vi skulle stå inför ökande problem. Den snabba utvecklingen och de snabba förändringarna i samhället leder till ett snabbare tempo i lagstiftningen. Det leder i sin tur till att det blir svårt att skapa överskådliga lagstiftningshelheter. I stället kan man bli tvungen att ty sig till begränsade lappverk av existerande regler med den följd att rättssystemets överskådlighet blir sämre.

3. Informationsbehovet

Uttrycket „informationsbehov“ i rubriken för ämnet är tvetydigt. Det kan ta sikte på den informerande partens behov att berätta om sig och sin verksamhet, men kan också avse målgruppernas behov att få information om lagstiftning som gäller dem. När det gäller information om lagstiftning är vardera infallsvinkeln av intresse. Målgruppernas behov att få information tillgodoses i en viss utsträckning genom myndigheternas behov att lämna information.

Behovet att informera om lagstiftningen får inte ses som en isolerad företeelse. Om man är uppmärksam på de problem som är förenade med att göra lagstiftningen effektiv genom att informera om den, kan man bli uppmärksam på möjligheterna att eliminera problemen på andra sätt. Man kan komma att reflektera över möjligheterna att försöka lösa det föreliggande problemet enbart genom information utan ny lagstiftning. Det är inte givet att skärpningar av lagstiftningen t.ex. för att reglera trafiken är effektivare än information om trafikriskerna. Man kan också komma till att lagstiftningen bör utformas på ett annat sätt än vad man tidigare hade tänkt för att minska de svårigheter som är förenade med informationen. Förmåner kan ges automatiskt utan att förmånstagaren behöver ansöka om dem och man kan föreskriva att myndigheterna på eget initiativ skall kontakta den som kan komma i åtnjutande av en förmån för att göra vederbörande uppmärksam på den.

3.1. Myndigheternas behov att informera

Lagstiftningen styrs av politikerna och bereds av tjänstemän eller utredningar. Det ligger i det politiska systemets natur att politikerna har ett behov att visa re-

sultat av sin verksamhet. Tjänstemännen åter har ett behov att motivera sin existens och att peka på behovet av ökade resurser. Det finns således hos vardera kategorin ett behov att informera om sin verksamhet och om resultaten av den. Samtidigt har den information som myndigheterna lämnar om förslag till ny lagstiftning också till syfte att sälja förslaget. Försöken att motivera kontroversiella element i förslagen får gärna en stor tyngd i informationen om de inte förtogs helt.

Behovet att informera kan gestalta sig på följande sätt:

När en utredning av större politiskt intresse tillsätts informeras allmänheten ofta om att så har skett, vanligen genom ett kort pressmeddelande som i bästa fall publiceras av tidningspressen. Informationen utformas ur den informerandes synvinkel: avsikten är inte nödvändigtvis att skapa en debatt om den fråga som skall utredas. Pressmeddelandet anger också vem som kan lämna ytterligare upplysningar i frågan. Både myndigheterna och massmedierna förefaller att utgå från att informationen om uppgiftslämnaren enbart är riktad till massmedierna. Uppgiften återges inte i massmedierna. Den informerande myndigheten har knappast heller resurser att svara på hänvändelser från allmänheten som publiceringen av uppgiften kunde föranleda. Enligt min erfarenhet är det ovanligt, men förekommer, att informationen också nu föranleder hänvändelser från allmänhetens sida. Vidare kan man räkna med reaktioner från de målgrupper som anser sig ha blivit åsidosatta när utredningen har tillsatts.

Det är ovanligt, men förekommer, att en utredning under arbetets gång på eget initiativ går ut med information om arbetet och dess inriktning.

Följande gång lämnas information när en utredning har blivit färdig. Normalt ges ett pressmeddelande om resultaten av utredningen. Om utredningen antas ha ett allmänt intresse, ordnas ibland ett informationsmöte med företrädare för massmedierna. I den mån målgrupperna för lagstiftningen kan definieras får de ingående information i form av begäran om ett remissutlåtande. Det är inte ovanligt att också andra än remissinstanserna kommer in med synpunkter på förslaget. Sådana synpunkter behandlas i den fortsatta processen på samma sätt som de egentliga remissvaren.

Under eller efter remissbehandlingen inleds också den typ av information till olika definierade målgrupper som består i föredrag och andra informationsmöten. När beredningsprocessen har slutförts är det inte längre fråga om blandade informationsmöten och rättspolitiska seminarier utan om renodlad information och undervisning.

Det är också vanligt att information ges till massmedierna om viktigare propositioner när de ges till riksdagen. Det är fråga om en kort beskrivning av innehållet i förslaget. En liknande information lämnas också när riksdagen har antagit en viktigare lag. Slutligen hör det till rutinerna att man vid varje årsskifte lämnar

information om lagstiftning som då tråder i kraft. Genom att det är fråga om en sammanställd information av all viktigare lagstiftning som då tråder i kraft blir det vanligtvis fråga om en mera kortfattad beskrivning av innehållet i den nya lagstiftningen än den som har lämnats redan tidigare.

Däremot förekommer det inte någon systematisk information om lagstiftning som tråder i kraft vid andra tidpunkter.

Sammanfattningsvis kan konstateras att myndigheterna tillgodoser sina egna informationsbehov relativt väl. De kan välja att inte lämna information om lagstiftning som är under beredning och de har en möjlighet att utforma sin information på det sätt som är viktigt för dem själva vid olika tidpunkter.

3.2 Målgruppernas informationsbehov

Den information som myndigheterna lämnar tillgodoser i viss utsträckning också målgruppernas informationsbehov. Den innehåller en allmän orientering om den föreslagna eller godkända lagstiftningens innehåll. I senare skeden görs målgrupperna uppmärksamma på möjligheterna eller behovet att vidta åtgärder eller företa dispositioner på grund av en antagen lagstiftning. Sedd ur målgruppernas synvinkel är informationen dock långt ifrån alltid tillräcklig.

Det är svårt att bedöma målgruppernas informationsbehov och därigenom också att utforma informationen på ett ändamålsenligt sätt. Det finns få undersökningar av medborgarnas kunskap om lagstiftningen. De undersökningar som finns gäller ofta begränsade områden.⁷ Vi saknar i hög grad kunskap om de olika målgruppernas kännedom om den existerande lagstiftningens innehåll. Den finger-spetskunskap som finns är inte särdeles uppmuntrande. Det förefaller t.ex. på grundval av antalet brott mot lagstiftningen om marknadsföring som om kunskaperna bland marknadsförare om innehållet i reglerna på området skulle vara mycket bristfälliga, trots att information på området i förhållandevis stor utsträckning riktas till dem genom kanaler som borde vara effektiva. När det gäller bredare medborgargrupper finns det knappast skäl att räkna med att kunskaperna skulle vara djupare. Vissa tecken tyder på att kunskaperna ofta är föråldrade. Detta har bl.a. blivit intrycket från lagstiftningen på äktenskaps- och arvsrättens områden. För det andra saknar vi också bredare kunskap om hur informationen bäst skulle nå målgrupperna. Här finns uppenbarligen ett forskningsområde, där mycket kunde göras. Det förefaller också som om det kunde vara ändamålsenligt att diskutera och genomföra denna forskning tillsammans eller i koordination i de olika nordiska länderna.

⁷ Här bör dock nämnas *Aubert, Eckhoff och Sveri*, En lov i søkelyset. Oslo 1952. Se även *Aubert*, Retts sosiologi. Oslo 1967 s. 57 ff.

Man kan ställa frågan varför myndigheterna skall ansvara för informationen. För det första kan konstateras att myndigheterna traditionellt har skött den uppgiften, t.o.m. med en viss effektivitet på den tid då läskunnigheten i våra länder var begränsad och då att nya lagregler lästes upp i kyrkan, där närvaron var mer eller mindre obligatorisk. Då var lagstiftningen visserligen anspråkslösare till sitt omfång och informationsmetoden är kanske också av andra anledningar mindre effektiv i dag. Från den tiden härstammar principen att ny lagstiftning inte träder i kraft förrän den har gjorts tillgänglig för allmänheten genom publicering. I dag sker publiceringen i författningssamlingen. För en stor del av målgrupperna har detta på sin höjd en symbolfunktion: en isolerad regelproduktion som endast kommuniceras till de olika målgrupperna genom att reglerna publiceras i författningssamlingen kan lätt bli ett slag i luften.⁸ Tanken bakom kravet på kommunikation av regler till målgrupperna är emellertid i dag minst lika angelägen som när den formulerades. Målgrupperna har ett etiskt krav på att vara informerade om sin rättsliga ställning, dvs. rättigheter, rättsliga möjligheter och skyldigheter.⁹ Behovet av information ökar också med att normsystemet blir mera komplicerat. Samtidigt ställer det komplicerade samhället nya krav på informationens innehåll.

För det andra uppkommer en betydande risk för att en reform misslyckas, om den inte förs ut till målgruppen. Målgruppen kan inte reagera på lagstiftning som den inte känner till. Det finns också risk för att reaktionen blir negativ när målgruppen senare får kännedom om reformen och dess innehåll, kanske just på den grund att målgruppen inte har hållits informerad. Bristande information kan också bidra till känslan av alienation.¹⁰ Det är således också ur politisk synvinkel viktigt att information lämnas inte endast utgående från den informerande partens behov utan också med beaktande av målgruppernas informationsbehov. Ur en annan synvinkel sett innebär detta att information kan öka medborgarnas insyn i förvaltningen och därigenom eliminera friktion mellan myndigheterna och medborgarna.

De olika målgrupperna för lagstiftningen kan ha olika behov av information. Det kan vara skäl att se på vilket behov det finns t.ex. hos medborgarna i allmänhet och medborgarorganisationerna, hos på förhand definierade begränsade medborgargrupper, hos företag i allmänhet och företag av en viss typ eller i en viss bransch samt hos de myndigheter som skall administrera lagstiftningen inklusive domstolarna.

⁸ Betänkning nr.117/1987 s. 9.

⁹ Betänkning nr. 117/1987 s. 23.

¹⁰ Ibid.

Det är banalt att konstatera att *medborgarna i allmänhet* behöver information om den lagstiftning som gäller dem. Informationen är viktig för att undvika lagbrott, planera dispositioner och utnyttja rättigheter. Informationen om ny lagstiftning bör följaktligen efter omständigheterna ta sikte på vad som kommer att gälla, från vilken tidpunkt de nya reglerna kommer att gälla, huruvida det är nödvändigt eller möjligt att vidta några åtgärder med tanke på de nya reglerna och, vid behov, var konkreta uppgifter och råd om de nya reglerna kan fås. På den sistnämnda punkten kan man hänvisa t.ex. till de myndigheter som administrerar de nya reglerna eller till den rättsliga rådgivning som lämnas av advokater eller rättshjälpsbyråer.

En särskild uppmärksamhet bör ägnas de s.k. svaga medborgargrupperna. Det är problematiskt att nå dessa grupper med reformer som tar sikte på att ge dem ökade möjligheter att tillvarata sin rätt. Detta har varit ett problem t.ex. i konsumentskyddslagstiftningen. Samtidigt finns det en betydande risk för att de grupper som har svårast att övervinna de trösklar som utövat av sådana rättigheter innebär också är svåra att nå med information. Svårigheterna kan inte till alla delar övervinnas genom att utforma den lagstiftning som gäller dessa kategorier så att förmåner tillhandahålls eller målgruppernas intressen annars tillvaratas automatiskt. Där informationsbehovet är som störst är det svårast att tillgodose och förutsätter särskilda kanaler.

Det går inte att fastställa någon allmän regel för den tidpunkt då man bör informera om lagstiftning som riktar sig till medborgarna i allmänhet. Det beror bl.a. på lagstiftningens innehåll. Det är emellertid uppenbart att man inte uppnår maximal effekt, om tyngdpunkten i informationen ligger vid den tidpunkt då en ny lagstiftning har antagits av riksdagen och inte vid den tidpunkt då lagstiftningen träder i kraft. Mycket tyder på att verkan av information är övergående: informationen har sin största effekt i fråga om sådana mottagare som har ett aktuellt problem med den fråga som informationen gäller när informationen tas emot. Informationen om ny lagstiftning bör därför i regel lämnas när den nya lagstiftningen träder i kraft och när föreliggande problem således kan lösas med hjälp av den. Om den nya lagstiftningen förutsätter någon form av anpassning under en övergångstid innan den träder i kraft – det kan t.ex. vara nödvändigt eller förmånligt att vidta någon åtgärd dessförinnan – är det givetvis viktigt att gå ut med information vid en lämplig tidpunkt före ikraftträdandet.

Ovan hävdades att verkan av information är övergående. Det kommer t.ex. till uttryck i att informationen kan föranleda en intensiv aktivitet när den ges, för att sedan falla i glömska. Om det t.ex. på grund av ett konkret fall uppstår en diskussion om möjligheterna att göra en rättighet gällande, t.ex. att kräva korrigerande av eller ersättning för fel i en elektricitets- eller telefonräkning, eller om hur

en korrigerings bör krävas, kan effekten lätt bli den att sådana krav aktualiseras i ett betydande omfång omedelbart efter att diskussionen har uppkommit. Utan informationen skulle vederbörande kanske inte ha observerat att det finns en lösning på problemet. Verkan av informationen avtar emellertid väsentligt någon vecka efter att informationen gick ut.

När det gäller ny lagstiftning kan effekten av information också bli en annan. Den som har ett problem på området aktualiserar det, också om den nya lagstiftningen t.ex. på grund av sitt tillämpningsområde eller på grund av övergångsstadgandena inte alls gäller situationen i fråga. Korrekt och effektiv information om tidpunkten för ikraftträdandet och stadgandenas tillämplighet i tiden kan därför vara rationell för att förhindra att klagomuren belastas med fall som den inte kan lösa.

Företagens informationsbehov är i väsentliga delar likadant som medborgarnas. Också här finns det svårigheter att nå alla slag av företag lika effektivt. Också möjligheterna att tillgodogöra sig information varierar. Dessa båda omständigheter innebär gränser för hur omfattande och detaljerad den lagstiftning optimalt kan vara som skall hanteras av små företag.

På åtminstone en punkt finns det en olikhet mellan företagets och allmänhetens informationsbehov. Den lagstiftning som riktar sig till företagen förutsätter ofta att företagen genomför ändringar i sin verksamhet, t.ex. lägger om produktionen, marknadsföringen eller andra rutiner när lagen träder i kraft. Ny lagstiftning kan också göra det nödvändigt att ordna intern utbildning i företagen. Samtliga dessa omständigheter understryker behovet av information till företagen i god tid innan den nya lagstiftningen träder i kraft.

När det gäller behovet av information hos de statliga och kommunala *myndigheter och domstolar* som skall administrera den nya lagstiftningen har inställningen traditionellt varit, att dessa målgrupper själva håller sig underrättade om den nya lagstiftningen. Antagligen har detta antagande alltid varit alltför generaliserande och säkert också åtminstone delvis oriktigt. Med de textmassor som vi rör oss med i dag är det uppenbart att det finns ett informationsbehov.

Myndigheterna och domstolarna kan ha behov av information om uppbyggnaden av och systemet i den nya lagstiftningen. Det är alltså fråga om att ge en översikt för dem som ställs inför konkreta tolkningsfrågor. Vidare kan det finnas behov av information med sikte på att förenhetliga tolkningen, dels vid tiden för lagens ikraftträdande, dels en tid efter detta.

När det gäller myndigheternas förmåga att utnyttja den information som förmedlas i form av författningstext kan man hänvisa till en undersökning som har gjorts i Sverige. Undersökningen gällde lagtexters begriplighet. I undersökningen kartlades hur kommunala tjänsteinnehavare som tillämpar lagstiftning uppfattar

texterna och vilket material de använder för att ta ställning till olika frågor.¹¹ Intresset fokuserades på hur dessa tjänsteinnehavare faktiskt går till väga när de läser och tolkar lagtexter. Enligt undersökningen utnyttjar de i hög grad själva lagtexten, medan förarbetena används mycket litet. Drygt hälften av de laganvändare som uppgav sig ha problem vid tillämpningen sade sig ha svårigheter med tolkningen av hela meningar och stycken och nästan hälften med tolkningen av termer och begrepp. Var femte ansåg att det var svårt att hitta rätt paragraf i lagen och var åttonde att det är svårt att hitta rätt lag.¹²

I sammanfattningen konstateras att det är frapperande hur litet material som faktiskt utnyttjas vid lagtillämpningen och hur dålig tillgången till olika typer av material är. Författaren ställer frågan om det är rationellt att så mycken möda läggs ner på att utforma motiven fastän dessa i ringa utsträckning blir lästa av andra än jurister och att så liten möda läggs ner på att göra lagtexter begripliga.

4. Informationsmetoder

Olika målgrupper har olika informationsbehov. Behoven för olika grupper kan aktualiseras vid olika tidpunkter. Behovet för en och samma mottagare kan variera från en tidpunkt till en annan. Det kan dels avse allmän kunskap om att en ny lagstiftning har tillkommit, dels avse frågan vad den nya lagstiftningen innebär för en viss individ eller ett visst företag. Informationsmetoderna måste utformas med beaktande av alla dessa omständigheter.

Ovan har konstaterats att information genom publicering av regler i författningssamlingen inte generellt sett är tillräcklig. I ett antal fall finns det emellertid knappast behov av ytterligare information. Så kan det förhålla sig när adressaten är en begränsad målgrupp som kan förutsättas följa författningssamlingen och förstå texterna i den. Detta kan vara fallet med normer som uteslutande riktar sig till en sektor av den statliga centralförvaltningen. Publicering i författningssamlingen kan också vara en tillräcklig information för en viss målgrupp medan ytterligare information bör utformas med tanke på andra målgrupper.

Med publiceringsfrågan sammanhänger frågan om den form i vilken författningar publiceras. Vid sidan av publiceringen av författningar genom traditionellt tryck finns det i dag åtminstone i Danmark, Finland, Norge och Sverige databaser för författningar. Dessa databaser har inte samma status som den tryckta författningssamlingen. Orsakerna till att så är fallet ligger utanför ramen för denna

¹¹ Britt-Louise Gunnarsson – Lena Edling, *Laganvändning på kommunnivå*. Uppsala 1985.

¹² A. a. s. 70 f.

framställning. Här är det skäl att understryka betydelsen av omedelbar tillgång till aktuell och korrekt information om innehållet i författningar när behov av sådan information uppkommer. Ett sådant behov har t.ex. advokater och andra rådgivande jurister samt de statliga och kommunala myndigheter som skall lämna råd till enskilda eller svara på deras frågor.

Vi kommer förr eller senare att ställas inför frågan om inte databaserna bör få samma ställning som den tryckta författningssamlingen. För att det skall kunna ske måste man bl.a. införa ett myndighetsansvar för redigeringen av texterna i databasen. Samtidigt måste man lösa problematiken kring kostnaderna för abonnemang på databasen och rätten att på papper återge texterna i den.¹³ Det är viktigt att informationen i databaserna inte blir allför dyr och att de som informerar om lagstiftningen också kan lämna den som begär råd svar i form av texter på papper från databasen. De problem som hänger samman med dessa frågeställningar förefaller att vara av den art att de kunde övervägas i nordiskt samarbete.

När det gäller information till *företag och företagare* är det uppenbart att myndigheterna också i fortsättningen i hög grad måste förlita sig på en medelbar information: den allmänna informationen om lagstiftningen och de olika beredningsskedena bör gå ut till företagarorganisationerna som får sköta om den vidare distributionen till de enskilda företagen. Bl.a. lämnar Centralhandelskammaren en omfattande information till sina medlemmar om ny lagstiftning i allmänhet och om rättsutvecklingen mera i detalj på vissa områden, t.ex. konsumenträtten. Samtidigt bör myndigheterna uppmärksamma att alla företag eller företagare inte är organiserade och att de oorganiserade företagen har likadana krav på information från myndigheterna som de organiserade företagen har. Det är inte myndigheternas sak att påverka företagarnas organisering genom att begränsa informationen om ny lagstiftning.

Informationsbehovet kan också tillgodoses genom att de som har deltagit i beredningen av ny lagstiftning inom ramen för beredningen också får i uppdrag att beskriva förslagen i artiklar i dags- och fackpressen och att delta i föredrags- och diskussionsverksamhet. Information behövs särskilt innan den nya lagstiftningen har trätt i kraft och en tid efter att så har skett och konkreta problem har börjat dyka upp inom företagen.

Däremot har jag svårt att tänka mig att tjänstemännen inom ramen för sina arbetsuppgifter skulle få producera kommentarer till ny lagstiftning i bokform. Ståndpunkten grundar sig inte på principiella betänkligheter mot sådana kommentarer utan på myndigheternas resursanvändning.

Information till *myndigheter och domare* torde kunna utformas enligt samma

¹³ Se Betänkning nr. 117/1987 s. 121 f.

linjer som informationen till företagen. Här förekommer omfattande insatser av de kommunala organisationerna.

Traditionellt har man åtminstone i Finland iakttagit en viss försiktighet i att ordna föredragstillfällen för domare om ny lagstiftning. Man har här sett problem med hänsyn till domstolarnas oberoende, om företrädare för ministerierna berättar hur en ny lag egentligen skall förstås. Så låga tankar får man inte ha om domstolarnas integritet. Den omständigheten att information lämnas innebär ju inte att denna information skall godtas mindre kritiskt än annan information.

En realitet är att myndigheterna har begränsade anslag för att låta tjänstemännen delta i kommersiellt driven utbildning. Därför måste det understrykas att också myndigheterna själva bör ordna intern information, där detta är nödvändigt för att nå ett tillräckligt stort antal tjänstemän eller domare. Det kan t.ex. vara nödvändigt att föredragstillfällen ordnas på olika håll i landet för t.ex. alla berörda domare eller tjänstemän.

De största problemen erbjuder informationen till *medborgarna i allmänhet*. Problemen är mångfasetterade och sannolikt delvis olösliga.

Information om att en ny lagstiftning är under beredning eller har tillkommit kan enligt vad som har förfäktats ovan attrahera en begränsad grupp av allmänheten under en begränsad tid. För att informationen skall vara intressant, måste problemet vara aktuellt för den berörda individen. Dessa individer kan reagera på information om att en ny lagstiftning som reglerar en angiven fråga kommer att träda i kraft eller har trätt i kraft. Vidare kan det vara på sin plats att i större utsträckning än hittills informera om vart den kan vända sig som vill veta mera för att få närmare upplysningar i frågan. De individer för vilka informationen saknar aktualitetsvärde, kommer långt ifrån alltid att notera informationen.

Denna typ av information kan sannolikt bäst nå målgruppen genom en kombination av TV, radio och press. Ur myndigheternas synvinkel ligger det emellertid ett problem i att medierna bedömer informationen ur journalistisk synvinkel och utgående från dess nyhetsvärde. Myndigheterna har således begränsade möjligheter att påverka beslutet huruvida ett medium ger information om ny lagstiftning och i vilken form detta sker. I den mån det finns ett behov att precisera den information som massmedierna ger ur nyhetssynvinkel, kan det endast ske genom betald annonsering i pressen. Det förutsätter att myndigheterna har tillräckliga anslag för annonsering.

Ett särskilt problem uppkommer genom att ny lagstiftning i regel har nyhetsvärde endast en gång, vilket inte nödvändigtvis är tillräckligt ur informationssynvinkel. I fråga om TV innebär detta att ytterligare information bara kan lämnas om det finns tid reserverad för samhällets informationsbehov. I radio och press kan man lappa på bristerna genom föredrag, artiklar och insändare i pressen.

Också här begränsas myndigheternas informationsmöjligheter av mediets rätt att välja det material som publiceras.

Av medierna kan endast pressen tillgodose behovet av mera detaljerade uppgifter så att medborgarna närmare kan bedöma sitt behov att få veta mera om den nya lagstiftningen.

Utöver försök att nå individerna med information om att ny lagstiftning har tillkommit kan man också försöka nå sådana kategorier som i sin tur har omfattande kontakter med individer. Man kan informera organisationer för att genom dem nå deras medlemmar. Någon större tro på detta alternativ som en generell informationskanal finns det dock knappast skäl att upprätthålla. Metoden måste också ses som ett komplement till annan information.

Inför lagstiftningens ikraftträdande kan det också vara skäl att indirekt ordna informationen till allmänheten genom att informera dem som skall lämna närmare uppgifter om lagstiftningen. På många områden blir det fråga om representanterna för den statliga eller kommunala lokalförvaltningen. På andra områden saknas lämpliga lokala informationskanaler. Det kan då bli fråga om att tillhandahålla information som medborgarna på grundval av eget initiativ kan ta del av t.ex. i biblioteken.

Den ovan nämnda informationen gör ett stort antal individer uppmärksamma på den nya lagstiftningen vare sig den är omedelbart aktuell för dem eller inte. En större effektivitet kan sannolikt nås om man riktar in sig på personer när de försätts i en ny situation, där informationen är nyttig. Det kan t.ex. vara fråga om informationspaket till personer som snart skall bli pensionerade eller till personer som gifter sig. Det kan vara fråga om att tillhandahålla information till brottsoffer när de konfronteras med rättsskyddsmaskineriet. Det kan vara muntlig och/eller skriftlig information i det ämbetsverk som behandlar den fråga som informationen avser eller information som lämnas på ett för ändamålet valt serviceställe såsom i biblioteken eller på postkontoren. Slutligen kan det vara fråga om att de normer som informationen gäller kommer till uttryck på det ställe där den verksamhet förekommer som informationen avser, såsom är fallet med trafikmärken och trafikregler som kommer till uttryck på körbanan.

I många fall lämnas redan i dag information av det slag som det här har varit tal om. I många fall tillhandahålls dock sådan information inte i dag och kan sannolikt inte heller tillhandahållas i framtiden. Den kan inte skraddarsys för den enskilda mottagaren. Den som har konkreta problem måste också i framtiden vända sig till advokater eller rättshjälpsbyråer. Det finns inte heller resurser att informera om all ny lagstiftning med samma effektivitet och att fortgående informera om lagstiftning så att den når mottagaren vid varje enskild tidpunkt då mottagaren skulle ha behov av sådan information.

5. Konklusioner

I ett samhälle som blir allt mera komplicerat bör man noggrannare än tidigare överväga de kommunikationsproblem som är förenade med ett lagstiftningsprojekt. Problemen bör övervägas som ett led i beredningsprocessen. Man bör t.ex. fråga

- vilka resultat nås genom den lagstiftning som övervägs och kan motsvarande resultat nås med en kombination av lättare reglering och mera information,
- kan de regler som utarbetas göras enklare så att de är lättare att begripa för målgruppen för reglerna,
- kan nya regler utformas så att de kan fungera utan att det krävs särskild information om dem,
- vem skall bedöma vilken information om nya regler som behövs, till vem skall informationen riktas och hur skall den ske,
- vem skall lämna informationen och vilka ekonomiska resurser och personalresurser kräver den och
- vilken effekt har informationen och hur når man den bästa effekten?

Vidare bör man kartlägga kunskapen hos olika målgrupper om den lagstiftning som gäller dem och kartlägga existerande forskning och forskningsbehov rörande information om lagstiftning.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Helge Röstad

Rattfylleri (promillekørsel) –
Reaktionsformer og strafudmåling

Rattfylleri (promillekørsel) – Reaktionsformer og strafudmåling

Af høyesterettsdommer HELGE RØSTAD. Norge.

1. Innledende bemerkninger

1.1. Avgrensning av emnet

Bilen kom til de nordiske land like før århundreskiftet. Den kom også i denne del av verden til å endre mange sider av samfunnslivet – herunder flere sider av kriminalitetsbildet. Ved denne anledning skal ett aspekt ved „bilkriminaliteten“ settes under debatt: „rattfylleri“ som tittelen noe bombatisk er formulert.

„Ratt“ er vel i og for seg et greit, endefremt begrep – og det kan dekke kjøretøy av mange ulike slag slik også lovgivningen i våre land gir hjemmel for: bil, motorsykler, traktorer og ulike kjøretøy på skinner, samt fly. Med bruk av fellesbetegnelsen „motorvogn“ holder jeg føring av fartøy på vann og i luften utenfor min redegjørelse. Temaets annet ledd „fylleri“ trenger en viss justering. Det må gis en avgrensning som fyller også lavere påvirkningsgrader enn fyll. Jeg vil her holde meg til den terminologi som har plass i vår hjemlige lovgivning: „påvirket“.

1.2. Kort om strafferettsapparatets plass i bekjempelsen

I det hundreår hvor motorvognene har skapt og fylt våre veier, har vi erfart at motorvognene foruten å være fremkomstmidler også er midler for fremkomst av ulykker og død – tragedier som ofte forårsakes av påvirkede motorvognførere. Slike samfunnsulykker må søkes motvirket, også gjennom bruk av straff. I alle våre nordiske land har straffebedene mot påvirkede motorvognførere vært revidert flere ganger etter at de hadde fått innpass i lovgivning. Nabolandene Norge og Sverige samt vertslandet Island har en temmelig fersk lovgivning, mens Danmark og Finland har klart å leve med en lovgivning som ble skapt i midten av 70-årene.

Min redegjørelse vil i samsvar med emnets formulering være begrenset til strafferettsapparatets inngrep. Jeg må imidlertid straks gjøre en reservasjon på hjemlandets vegne, ettersom ett aspekt ved emnet – inndragning av førerkort, frakjennelse av retten til å føre motorvogn – i Norge er tillagt administrative organer. Men jeg må sterkt understreke at bindingen til strafferettsapparatet ellers

innebærer en vesentlig begrensning i klarleggingen av problemkretsen: samfunnets tiltak mot kjøring av motorvogn i påvirket tilstand.

1.3. Kort om forebyggende tiltak

Også på det felt vi her skal drøfte, vil forebyggende tiltak være av sentral betydning. På mange plan må en kunne formidle nøktern og realistisk informasjon om fare- og skadepotensialet ved påvirkede motorvognførere – en informasjonsvirksomhet som i seg selv kan bygge opp holdninger hos almenheten om at alkohol og kjøring ikke hører sammen. Mange organisasjoner bidrar til en positiv opinionsdannelse hos brede lag av befolkningen, og de gir også andre verdifulle bidrag til fremme av den alminnelige trafikksikkerhet. Herved kan man skape en sterk front mot de farer bruk av rusmidler hos motorvognførere kan medføre. Strafferettsapparatet trenger en bred og sterk støtte hos almenheten for å hanskes med dette alvorlige samfunnsproblem. Kampanjer med sikte på å innarbeide holdninger mot kjøring i påvirket tilstand vil nok kunne gi vektige bidrag til forebyggelse. Enda viktigere – som forebyggende tiltak – er selvsagt hyppige og omfattende kontroller fra politi – med en tett overvåking av trafikk og trafikanter, med innlagte alco-tester. Disse to preventive K'er – kampanje og kontroll – må selvsagt suppleres med en repressiv K: strafferettsapparatets korreksjonsmidler.

1.4. Ulikheter i de nordiske systemer

Etter det oppstilte tema skal min redegjørelse bindes til straffebudene på området: en viss klarlegging av kriminaliseringen og penaliseringen – henholdsvis straffebudenes fastlegging av den kriminaliserte atferd og deres fastlegging av den strafferettslige reaksjon.

De nordiske juristmøter har vært en fruktbar grobunn for lovreformer og har tjent som en inspirasjon for utforming av en felles nordisk lovgivning. Det emne vi nå skal gi oss i kast med, står kanskje i en særstilling. Selv den edrueligste meningsutveksling i dette emne kan vanskelig forventes å lede til noen nordisk samkjøring.

Både lovgivning og praksis viser betydelige sprik de nordiske land imellom. Dette trådte klart frem ved samtidige drøftelser i dansk og svensk riksdagsmiljø så sent som november/desember 1989¹ – sett også i lys av den norske lovreform gjennomført bare ett år tidligere.

Ulikheter i lov og praksis har imidlertid ikke hindret en felles utvikling: med en

¹ Se under 2.41 og 2.42.

solid representasjon av denne type straffesaker, som innebærer en betydelig belastning på nær sagt alle ledd i strafferettsapparatet: politi, påtalemyndighet, domstoler og kriminalomsorg.

2. Kriminaliseringen

2.1. „Klinisk påvirket“

Kriminaliseringsgrunnen ligger i den dokumenterte erfaring at kjøredyktigheten gjennomgående reduseres ved påvirkning av rusmidler. Kriminaliseringsgrunnen er klart fremholdt i det svenske straffebed. Dette dekreterer straff når føreren har vært så påvirket av alkoholholdige drikker eller noe annet rusmiddel at det kan antas at han ikke på betryggende vis kan føre kjøretøyet.

Det norske straffebed har fra sin tilkomst hatt en såre enkel og prosaisk utforming, med dekretisering av straff når føreren var påvirket – i lovgivningens første fase krevde straffebedet et sterkere rusfenomen: „druken“, dvs. beruset.

2.2. Innføring av promillegrense i Norge i 1936

Begrepet „påvirket“ gav ingen fast, klar avgrensning. I en uttalelse våren 1936 gav bestyreren av Universitetets Farmakologiske Institutt – professor Klaus Hansen – uttrykk for at „for tiden betraktes 2‰ som den øverste grense for hvad der kan betraktes som forenlig med ikke å være påvirket“. Han kunne for øvrig meddele at i Sverige hadde det „i all fall i de senere år vært praktisert en grense på 1,6‰“. ²

Disse opplysninger gav professoren i forbindelse med overveielser om å innføre lovbestemmelse om en bestemt alkoholkonsentrasjon i blodet til fastlegging av „påvirket“. Professor Klaus Hansen hadde antydnet en grense på 0,5‰ – et forslag som fikk støtte av Direktøren for det civile medisinalvesen. ³ Og dette forslag om en fast promillegrense ble fremmet for Stortinget sommeren 1936, med denne karakteristikk fra saksordføreren: „ved dette forslag slår vi inn på en vei som intet annet lands lovgivning har knesatt“. ⁴ Forslaget møtte riktignok en viss motbør i Stortinget. Den første opposent fant at man ved denne ordning hadde „uniformert alle mennesker, og hvad verre er, man har gått så langt ned at det er meget tvilsomt om den promillesats man har fastslått, holder videnskapelig“. Taleren kunne vise til at det nylig hadde vært holdt et møte i København, hvor den finske

² Sitert i Ot. prp. nr. 54, 1936 – se også bilag I til prp.

³ Se bilag 2 til Ot. prp. nr. 54, 1936.

⁴ Sorenskriver Peersen, Ot. tid. 1936 s. 626.

professor Georg von Wendt – som skulle ha spesialisert seg på dette området – hadde holdt foredrag. Og i foredraget hadde den finske professor hevdet at „ethvert menneske som har en konsentrasjon på 0,8 er overhodet ikke påvirket, fysiologisk betraktet“. Vedkommende stortingsmann turde ikke oppkaste seg som dommer i en slik vitenskapelig strid. „men når jeg ser at videnskapen er så usikker og så lite enig med sig selv, vil jeg ikke være med på i en sådan lov å knesette det minste minimum“. Subsidiært kunne han være med på å fastsette en grense på 0,9%, „for å være sikker på at man ikke går for langt på denne vei“.⁵

Forslaget om å sette en fast grense på 0,5% fikk imidlertid solid støtte hos de folkevalgte. I Odelstinget var det bare 11 representanter som stemte for å sette grensen til 0,9%.

Ordnningen med en fast promillegrense – innført hos oss i 1936 som det første land i verden – har senere vunnet innpass i mange land, herunder alle de nordiske land. Promillebestemmelsen er i praksis blitt selve hovedregelen for fellelse for kjøring i påvirket tilstand. Den har således fortrent reglene om såkalt „klinisk påvirkning“, som krever bevisføring i det konkrete tilfelle for redusert kjøredyktighet på grunn av alkoholpåvirkning.

2.3. Promillegrensen vinner innpass i de andre nordiske land

Promillegrensen er hos oss siden innføringen blitt fastholdt med 0,5 – en grense som senere har fått innpass i finsk, islandsk og svensk lov. Da Norge våren 1988 foretok endringer i penaliseringsbestemmelsene, drøftet man også spørsmålet om å senke promillegrensen. I forarbeidene til disse lovendringer var fremholdt at Regjeringen ikke definitivt hadde avvist tanken om å senke promillegrensen. Dette spørsmål ville – het det videre – bli vurdert fortløpende, bl.a. ut fra det reformarbeid som pågikk i andre land – det ble her særlig referert til Sverige.

2.4. Justering av etablert promillegrense

2.4.1. Reformarbeid i Sverige – ned mot „nollgräns“

Sverige har nå gitt de signaler som man etterlyste i de nevnte forarbeider. Den svenske regjering fremmet i Proposition 1989/90:2 forslag om å senke promillegrensen. Forut for utformingen av proposisjonen hadde det pågått en livlig debatt hvor mange hadde gått inn for en „absolut nollgräns“. Denne tanke vant ikke tilslutning i proposisjonen. Den ble avvist ut fra et dobbelt synspunkt: Få – om

⁵ Sverdrup, Ot. tid. 1936 s. 625–626.

overhodet noen – tør hevde at selv det mest beskjedne alkoholkonsum skulle kunne redusere kjøredyktigheten. For det annet: regelen om en nullgrense kan nok tillegges en *pedagogisk* effekt. Men en slik indirekte virkning kan ikke – og bør ikke – bære en kriminalisering. „Strafflagstiftning är ett medel som bör tillämpas med urskiljning. I princip bör den begränsas till att omfatta gärningar som är klart skadliga eller farliga för enskilda eller samhället. För att utsträcka tillämpningsområdet längre bör det finnas mycket starka skäl“⁶ – og så sterke grunner turde man ikke tillegge den pedagogiske effekt som en nullgrense ville kunne medføre.

Justitiekommittéen sluttet sig til disse synspunkter og var enig med departementet i at nedsettelse fra 0.5 burde begrenses – at man med andre ord ikke kunne gå like til 0. Mens departementet hadde foreslått senkning til 0.3, gikk Justitiekommittéen inn for at grensen skulle legges på 0.2. Utskottet viste til at enkelte undersøkelser om risikofaktoren alkoholpåvirkning hos føreren tydet på at det inntrådte en risikøkning allerede ved 0.3–0.4%. „och ännu tidigare när det gäller komplicerade uppgifter“.⁷ Lovens minstegrense burde etter Utskottets mening ikke fastlegges utelukkende ut fra kunnskapene om den trafikkrisiko som alkoholpåvirkningen medfører. Et slikt utgangspunkt måtte anses for snevert. Målet bør være

„att motverka riskbeteenden även för sådana grupper som mer än genomsnittsföraren – t.ex. ungdomar – kan tänkas bli påverkade av en förhållandevis måttlig alkoholkonsumtion. För ungdomar innebär alkoholpåverkan i trafiken en högre riskfaktor än för vuxna, och det är också särskilt viktig att hos unga inskräpa att alkohol och trafik inte hör ihop, eftersom deras attityd härvidlag kan komma att präglade deras trafikbeteende senare i livet. Vid bedömningen av var straffbarhetsgränsen skall ligga bör vidare hänsyn tas inte endast till betydelsen av alkoholpåverkan i mer rutinartade situationer utan även till dess betydelse vid mer komplicerade uppgifter.

Som framgår av de överväganden som utskottet nu har gjort anser utskottet at gränsen for det straffbara området bör sänkas. Utskottet förordar emellertid en något større sänkning än vad justitieministeren har foreslått. En sänkning av straffbarhetsgränsen till 0.2‰, som utskottet alltså förordar – med en motsvarande sänkning for alkoholhalten i utandningsluften – skulle enligt utskottets mening än mer tillgodose behovet av at i trafiknykterhetslagstiftningen beakta den inverkan som, enligt vad som har sagt i det foregående, även lägre alkoholhalter kan ha på körførmågan.

⁶ Prp. s. 26.

⁷ Justitiekommittéens betänkande, datert 14. december 1989, s. 17.

En gräns på 0.2‰ ligger så nära noll som för närvarande kan anses vara motiverat från trafiksäkerhetssynpunkt, och en så låg promillegräns – i för-
 ening med regeln om kliniskt rattfylleri, som ju kriminaliserar varje alko-
 holpåverkan som kan antas innebära en fara för trafiksäkerheten – innebär
 enligt utskottets mening att budskapet om att alkohol och trafik inte hör
 ihop kommer till klarare uttryck också i lagstiftningen.

Vad som sammanfattningsvis har varit avgörande för utskottets inställ-
 ning till var straffbarhetsgränsen bör ligga är följande.

En utgångspunkt är att alkohol och trafik inte hör ihop. Också lagstift-
 ningen bör – inom ramen för rättssäkerhetens krav – förmedla detta peda-
 gogiska budskap.

Även om det i och för sig finns anledning at sänka den nuvarande grän-
 sen, så bör detta ske med den återhållsamhet som grundläggande straff-
 rättsliga principer påbjuder“.⁸

Også med skyldig hensyn til slike prinsipper fant Utskottet at promillegrensen
 burde settes ned noe mer enn departementet hadde gått inn for – således til 0.2.
 „En ytterligere utvidning skulle också möta kraftiga erinringar med hänsyn till
 vikten av att rationellt utnyttja rättsväsendets knappa resurser. I förlängningen
 ligger här också, som nyss nämnts, en kriminalpolitiskt sett allvarlig fara för upp-
 rätthållandet av den allmänna laglydnaden.“⁹

2.4.2. *Dröftelser i Danmark*

Omtrent samtidig – 24. november 1989 – hadde man i det danske Folketing
 første gangs behandling av flere forslag til endringer i ferdsselsloven, blant dem et
 forslag om å senke den generelle promillegrense, fra 0,8 til 0,5. Justisministeren
 fremholdt at en slik nedsettelse av promillegrensen „nok ikke vil hjelpe os til at
 nedbringe antallet af færdselsulykker, hvor spiritus er med i billedet“. „Det for-
 holder sig sådan“ – uttalte ministeren videre –

„at det med undtagelse af de helt unge trafikanter ikke er forbundet med
 nogen betydelig forøgelse af ulykkesrisikoen at køre med en alkoholpro-
 mille mellem 0.5 og 0.8. Det er først, når promillen overstiger 0,8 at der
 for alvor bliver tale om en forøget uheldsrisiko.

En nedsættelse af promillegrænsen vil derfor føre til, at væsentlige politi-
 mæssige ressourcer bliver bundet til kontrol overfor en gruppe bilister, som
 ikke udgør nogen større trussel mod færdselssikkerheden.

⁸ Betänkande s. 18–19.

⁹ l.c. s. 19.

Jeg vil også gerne pege på en anden negativ effekt, som efter min opfattelse ikke bør overses ved en nedsættelse af promillegrænsen til 0.5. I dag er det heldigvis sådan, at langt de fleste finder det uacceptabelt at køre bil i spirituspåvirket tilstand, og en nedsættelse af promillegrænsen til 0.5 vil skabe risiko for, at respekten for reglerne på dette område kan blive svækket i befolkningen, og at det også vil gøre sig gældende overfor kørsel med højere promiller.¹⁰

På dette grundlag ville ministeren avvise forslaget om nedsættelse af promillegrænsen til det nokså alment aksepterte nivå, 0.5‰.

En av talerne i debatten refererte fra en undersøkelse av trafikanter hvor det var påvist at det var dobbelt så mange påvirkede i gruppen 0,5–0,8‰ som det var påvirkede med over 0,8‰. I en situasjon hvor også trafikanter i gruppen 0,5–0,8‰ ville være lovovertredere, ville politiet – med sine ressurser – ikke „fange flere end i dag, men mange af dem, de får fat i, og som kan stilles for domstolen, vil altså være dem nede i den lave ende, der faktisk ikke udgør nogen særlig risiko, mens mange af dem oppe over 0,8, som begår uheldene, som er de farlige og dem, vi vil ramme, slipper fri.“ Mitt poeng er – fremholdt denne taler – „at man skal koncentrere sig om dem, der virkelig udgør en risiko. Det er der, vi skal bruge alle ressourcerne. Det giver den største effekt.“¹¹

Tanken om å senke promillegrænsen til 0.5 fikk ikke noen total avvisning. En del talere fremholdt at deres fraksjoner var åpne for drøftelse av denne tanke.

2.5. Alkohol i blodet som vil lede til „promillevekst“

Dansk, islandsk, norsk og svensk lov hjemler straff for fører som har konsumert alkohol i slik mengde at den først etter kjøringen vil bringe alkoholkonsentrasjonen over lovens minstegrense.

2.6. Blodprøve og utåndingsprøve

Norge og Sverige har gitt hjemmel for måling av alkoholkonsentrasjon ved utåndingsprøver. Konsentrasjonen angis da i milligram per liter utåndingsluft, og utgjør en tallstørrelse som er halvt så stor som promillen i blodet: for Norge 0,25 milligram, for Sverige 0.1.

2.7. Klinisk påvirkning

Hvor bevis for påvirkning – respektiv nedsatt kjøredyktighet – ikke kan baseres på blodprøve, må bevis for oppfyllelse av lovens hovedrekvisitt søkes ført på an-

¹⁰ Folketingets Forhandlinger 1989, sp. 2296.

¹¹ I.c. sp. 2306, representanten Helge Adam Møller.

nen måte. I flere av lovgivningene er uttrykkelig statuert at straffebudet også omfatter påvirkning av andre rusmidler enn alkohol. Her må man da basere seg på regelen om „klinisk“ påvirkning.

2.8. *Særtrekk ved kriminaliseringen*

Etter dansk, islandsk og norsk rett er forsøk på kjøring i påvirket tilstand kriminalisert.

Dansk, finsk og svensk rett har foretatt en gradering av overtredelsen – et forhold som særlig vil ha betydning for reaksjonsfastsettelsen og som vil bli omtalt under penaliseringsen.

2.9. *Etterfølgende alkoholnyttelse*

Norge innførte i 1959 en regel om straff for fører som innen 6 timer etter at kjøringen ble avsluttet, nyter alkohol når han forstår eller må forstå at det kan bli politietterforskning på grunn av kjøringen. Regelen ble innført for å lempe på bevisproblemene i forhold til førere som etter pågripelse bedyret at de hadde drukket først etter avsluttet kjøring.

Denne regel står som en norsk særegenhet. I forbindelse med de siste lovendringer i Sverige var det lagt frem forslag om å innføre en regel som tilsvarte den nevnte norske regel. I bemerkningene til forslaget uttalte Justitiekommittéen at det anså problemet med påstått „ettersupning“ som relativt lite. „sett i forhold till samtliga trafiknykterhetsbrott“. Utskottet fant at tungtveiende innvendinger – bl.a. med hensyn til rettssikkerhet – kunne anføres mot innføring av en slik regel.¹²

3. Penaliseringsen

3.1. *Store sprik de nordiske land imellom*

Som redegjørelsen foran har vist, er det nok noen ulikheter de nordiske land imellom når det gjelder kriminaliseringen. Flertallet av de nordiske land – 3 av 5 – har en sammenfallende nedre promillegrense, 0,5. Spriket der representeres ved Danmark som har en høyere, 0,8; og Sverige som har en lavere, 0,2. Også andre sprik ved kriminaliseringen kan påpekes. Likevel, sprikene ved kriminaliseringen er for lite å regne sammenlignet med sprikene ved penaliseringsen – bedømt mer i det praktiske perspektiv enn i lovbokens.

¹² Betänkande, s. 31.

3.1.1. *Praksis i Island*

Redegjørelsen vil – ikke bare av høflighetsgrunner – starte med vertslandet. Her er bøtestraffen den dominerende strafform. Ved første- og annengangs overtredelse anvendes – som generelt utgangspunkt – straff av bot.¹³ Bøtefastsettelsen graderes etter promillens størrelse og ligger høyere ved annen gangs overtredelse enn det alminnelige maksimum for første gangs overtredelse. Ved førstegangs overtredelse synes man å være kommet i taket ved 25.000 islandske kroner (for 1,33‰ eller mer), mens man ved annen gangs overtredelse starter på et bøtenivå som ligger 50% høyere, 37.000 islandske kroner – med stigning opp til 50.000. (Dette sistnevnte beløp tilsvarer ca. 5.400 norske kroner). Etter de alminnelige retningslinjer vil det først ved tredje overtredelse bli rom for hæfte – den mildere form for firhetsstraff, og da vanligvis hæfte i 30 dager. Ved ytterligere residiv vil hæftestraffen øke.

3.1.2. *Praksis i Danmark*

Danmark har – som alt omtalt – en høyere promillegrense enn de øvrige nordiske land, 0,8‰. Opp til 1,2‰ anses forholdet som „promillekørsel“, mens en høyere promille vil gi forholdet karakter av „spirituskørsel“. For „promillekørsel“ er bøter den alminnelige straff. Man kan gi hæfte eller fængsel dersom overtrederen tidligere er dømt for spiritus- eller promillekørsel. Bøter er for øvrig normalstraffen for de „nedre“ forgåelser innenfor „spirituskørsel“, når promillen er mellom 1,2 og 2,0. Loven gir for dette intervall også hjemmel for bruk av frihetsstraff.

I et rundskriv, gitt av de to landsretter i 1981, er fastsatt at bøter skal være den alminnelige straff for førstegangsovertredere som har hatt en promille opp til 2,0. Har det vært skjerpene omstendigheter ved forgåelsen, vil hæfte kunne ilegges allerede fra 1,51‰. Ved gjentakelse vil hæfte bli anvendt – gradert etter påvirkning, omstendigheter ved kjøringen og antall tidligere overtredelser.

3.1.3. *Praksis i Finland*

Finland gjennomførte i 1977 en lovreform, hvor det ble lagt større vekt på kontroll og oppdagelsesrisiko enn på straffens størrelse. Det var videre et viktig trekk i lovreformen å gradere straffen etter overtredelsens grovhet og å redusere bruken av fengselsstraff.¹⁴

¹³ Opplysninger om islandsk lovgivning og praksis på området er velvilligst gitt meg av afdelingschef Þorsteinn A. Jónsson, Justitsministeriet, Reykjavík.

¹⁴ Opplysninger om finsk lov og praksis er hentet fra utredning av det norske Straffelovrådet, „Promillekjøring“, NOU 1987:11 s. 40–41. Se også Statistikcentralen, Rättsväsen 1988:9.

Lovrevisjonen etablerte en sonndring mellom vanlig og grovt rattfylleri. Målt i promille vil grensen normalt trekkes ved 1,5, men farlig kjøring kan unntaksvis også ved lavere promiller anses som grovt rattfylleri.

I praksis er noen generelle retningslinjer lagt til grunn. For vanlig rattfylleri (0,5–1,49‰) er bøter normalstraffen, stigende med promillens størrelse. Ved førstegangs – grovt rattfylleri anvendes normalt betinget fengselsstraff – i intervallet 1–3 måneder – kombinert med ubetinget bot.

Penaliseringen ble sterkt formildet ved denne lovreform. Etter statistiske oppgaver for 1986 – ni år etter lovreformen – ble det for vanlig rattfylleri i 94% av sakene gitt bot, i 2% betinget fengsel og 4% ubetinget fengsel. Også tallene for grovt rattfylleri viste en moderat anvendelse av ubetinget fengselsstraff, 32%. Nesten to tredjedeler av domfelte for grovt rattfylleri – 62% – fikk betinget fengsel, oftest kombinert med bot. Bot alene ble gitt i 4% av disse sakene.

3.1.4. Praksis i Sverige – med ny lov

Ved lovrevisjonen i år har Sverige instituert en ordning som for pendiseringen har flere likhetstrekk med den finske ordning, rattfylleri og grovt rattfylleri. Avgrensningen mellom disse to hovedtyper går – som et alminnelig synspunkt – ved 1,5‰. For henføring til grovt rattfylleri vil promillen ikke være eneavgjørende. Det skal foretas en helhetsbedømmelse hvori inngår blant annet et konkret farekvisitt. I forarbeidene var uttalt at bot normalt vil være straffen for rattfylleri, se Propositionen s. 48.

Lovens penaliseringsregler må ses i nøye sammenheng med nylig vedtatte bestemmelser i Brottsbalken om „straffmätning och påföljdsval“. Etter disse generelle regler skal domstolene ved sin reaksjonsfastsettelse ta særlig hensyn til omstendigheter som taler for en mildere reaksjon enn fengsel. Domstolene skal ellers se hen til lovbruddets straffverdighet og art. I forarbeidene til de nye regler om rattfylleri er fremholdt at *straffverdigheten* for grovt rattfylleri ikke alltid er så høy

„att detta i och för sig utesluter en inte frihetsberövande påföljd. Däremot står det klart att återfall i grovt rattfylleri måste anses vara en sådan omständighet som gör att annan påföljd än fängelse normalt är utesluten. Den fråga som i praktiken är svårast att avgöra är därför i vilken utsträckning rattfylleribrottens *art* måste anses vara sådan att brotten bör följas av fängelse även om det inte är fråga om en återfallssituation.“

Justitieutskottet sa seg enig med departementet i at en avgjørende faktor her måtte være den risiko for trafikksikkerheten som overtredelsen hadde medført.

„Om gärningsmannen genom körsätt, den omfattning som körningen haft eller varit avsedd att ha, de trafikförhållanden som rådde vid körningen eller genom andra sådana omständigheter har visat en uppenbar likgiltighet för sina medtrafikanternas säkerhet, måste detta anses tala starkt för fängelse. Om däremot några särskilda omständigheter av det slag som nu berörts inte har förelegat, bör som justitieministern uttalar normala principer för påföljdsval kunna tillämpas i väsentligt större utsträckning än vad som nu är fallet.“¹⁵

Etter de „normale principer“ skal domstolene særlig ha for øye omstendigheter som taler for en mildere reaksjon enn fengsel.

Finner retten at overtredelsen ikke bør lede til fengselsstraff, står valget mellom „villkorlig dom“ og „skyddstillsyn“. I dom på skyddstillsyn kan innebygges tiltak om alkoholbehandling eller om pedagogiske tiltak. I proposisjonen var det pekt på det formålstjenlige ved å anvende reaksjon som gir anvisning på behandlingstiltak og tiltak av pedagogisk karakter, innebygd i et opplæringsprogram, prp. s. 42.

3.1.5. *Praksis i Norge*

Med innføringen av en fast promillegrense i 1936 inntok Norge en lederposisjon, som det også har kunnet hevde med hensyn til strenghet ved penalisering. Frem til en lovrevisjon i 1988 var det en nokså fasttømret praksis for ubetinget fengselsstraff for promillekjøring – nær sagt uten hensyn til promillens størrelse, kjøringens lengde eller faregrad. I den lovreform som ble satt i kraft høsten 1988, gav loven selv anvisning på ordinær straff – „som regel“ – bundet til tre trinn innenfor promilleskalaen. På alle trinn skulle det anvendes en kombinasjon av bot og fengsel, den siste betinget eller ubetinget. Forarbeidene inneholdt temmelig presise anvisninger om fengselsstraffens varighet og bøtstraffens størrelse.

Lovregelen med dens supplerende motivuttalelser angir at retten ved første gangs overtredelse „som regel“ skal fastsette:

- a. ubetinget bot og betinget fengsel – fra 14 til 21 dager – for promille på under 1,0;
- b. ubetinget bot kombinert med betinget eller ubetinget fengsel ved promille fra 1,0 til 1,5. Den betingede fengselsstraff skal ligge i intervallet 21–30 dager; ubetinget fengsel mellom 14 og 30 dager;
- c. ubetinget bot og ubetinget fengsel ved promille på over 1,5. Fengselsstraffen skal her ligge mellom 21 og 36 dager.

¹⁵ Betänkande s. 24–25.

Lovens forarbeider gav – som alt antydte – nokså presise anvisninger på fastsettelse av bøtestrafen. Denne ble i betydelig grad „fristilt“ i forhold til straffelovens ledestjerne for bøtefastsettelse. „evneprinsippet“. Boten skal etter lovgiverens uttalelser utgjøre 1½ brutto månedslønn, med et ordinært minimum på 10.000 kroner.

Har føreren tidligere vært straffet for promillekjøring, foreskriver loven – tilsynelatende uten reservasjon – en kombinasjon av ubetinget fengsel og ubetinget bot.

De nye straffutmålingsregler¹⁶ ble i 1989 prøvd av Høyesterett i ca. 50 saker. Høyesterett har derved trukket opp visse retningslinjer for valg mellom betinget og ubetinget fengsel ved tilfelle under b). Høyesterett har også moderert noe på lovens håndfaste regel ved gjentakelse og motivenes kontante uttalelser om bøtefastsettelse – uten reservasjoner for særskilte kategorier av lovovertridere: skoleelever, studenter, „alenemødre“, pensjonister m.v.

Betingede reaksjoner med innebygde tiltak av behandling eller opplæring har på dette område hatt beskjedne plass i norsk rettspraksis. Ved vedtagelsen av de nye straffutmålingsregler i 1988 omtalte Justiskomiteen synspunktet om en nyansering av straffereaksjonen. Den fant grunn til å be departementet om å vurdere utvidet bruk av samfunnstjeneste som reaksjonsform også ved promillekjøring, jfr. Innst. O. nr. 96 – 1987–88, s. 7.

Den norske ordning med hensyn til penaliseringsen avviker klart fra ordningen i de øvrige nordiske land, hvor bøtestraff har en solid posisjon for promillesaker – omfattende trinnene a og b i den norske skala. Hos oss er bot her kombinert med betinget eller ubetinget fengsel, og boten er – som alt nevnt – blitt vesentlig „fristilt“ i forhold til synspunkter om „evneprinsipp“ og „dagsbotsystem“. Den norske lov har en meget kategorisk regel om straffastsettelse ved gjentakelse, hvor det foreskrives en kombinasjon av ubetinget fengsel og ubetinget bot – sistnevnte straffart med samme tyngde som for øvrige promilledømte, også for dem med betinget fengsel: 1½ brutto månedslønn, bare i unntakstilfelle under 10.000 kroner.

Den lederposisjon som vi la oss på i olympiaåret 1936, synes vi således å ha beholdt, og endog å ha bestyrket. Lovgivervilje synes å være til stede for å forsvare denne posisjon. Endog før lovforslaget om en fast promillegrense på 0,2 er kommet til behandling i den svenske Riksdag, er det i det norske Storting antydte lovforslag basert på den absolutte nullgrense og med signaler om en skarp reaksjon også ved promille i de nedre skikt av skalaen.

¹⁶ I „Jussens Venner“ nr. 9/10, 1989, har jeg gitt en redegjørelse for „De nye lovregler om straff for promillekjøring m.v.“.

3.2. Noen kriminalpolitiske synspunkter på penaliseringen

Almenprevensjonen tjente lenge som hovedbegrunnelse for en vid anvendelse av fengselsstraff. Dette standpunkt har måttet tåle en viss „nedtoning“ i de senere år.¹⁷ I det svenske lovarbeid ble det – som fremstillingen nedenfor vil vise – tatt til orde for en reaksjonspraksis som også åpnet for behandling og for andre former for støtte- og hjelpetiltak. I den forbindelse ble det i proposisjonen fremholdt at det ikke skulle være grunn til å tro at den alminnelige lovlydighet skulle bli påvirket i negativ henseende ved en slik endret innstilling, prp. s. 40.

Den finske lovreformen fra 1977 inneholdt som et vesentlig moment at bruk av fengselsstraff skulle reduseres, både med hensyn til anvendelsesområdet og varighet. Synspunkter av lignende karakter kom siste høst til uttrykk både i det danske Folketing og den svenske Riksdag. I Folketinget pekte flere talere på den positive effekt som ligger i å anvende behandlingstiltak som ledd i en betinget dom. En av talerne anså en slik reaksjonsform som „en god idé, såvel for samfundet som for manden, at satse mere på at skaffe ham af med problemet end på indespærring og straf“, sp. 2306. En annen taler pekte på at mange av „spritbilistene“ er alkoholikere. Dette problem burde man gripe fatt i og gjøre noe med „for folk bliver jo hverken mere eller mindre alkoholiserede af at sidde i fængsel“, sp. 2325. Loven bør således også hjemle tiltak av annen karakter enn tradisjonell fengselsstraff. Som justisministeren uttrykte det: „det er en vifte af forskellige initiativer i forhold til forskellige grupper av spritbilister, som er nødvendig, hvis vi skal opnå resultater“, l.c. sp. 2340. Kriminalforsorgen har tatt initiativ til å gjennomføre en utvidet benådningspraksis. Alkoholister som er idømt en kortere frihetsstraff og som frivillig har gått inn i et behandlingsprogram, kan få utsettelse med avsoningen med henblikk på senere benådning.

Justitiekommisjonen fant grunn til å fremsette noen synspunkter på reaksjonsfastsettelsen for grovt rattfylleri – ordinært med promille på over 1,5. Utskottet uttalte – som alt nevnt – at straffverdigheten for grovt rattfylleri ikke alltid kan anses så høy at det i seg selv begrunner fengselsstraff. Og det ville etter Utskottets mening stride endog mot den etablerte praksis – utelukkende ut fra lovbruddets straffverdighet – å fastsette fengselsstraff for en person som har alvorlige alkoholproblemer, istedenfor „skyddstillsyn“ eller „kontraktsvård“ (Betänkande s. 26).

Utskottet fant grunn til å fremholde at lovforslaget øker mulighetene for å anvende reaksjoner som ikke innebærer frihetsberøvelse, og Utskottet understreket „riksdagens uttalanden om att användningen av fängelsestraff bör begränsas så

¹⁷ I forbindelse med lovreformen i Norge i 1988 fremkom en del modererende uttalelser om almenprevensjonens vekt, se JV 1989 s. 355–356.

långt det är möjligt och att ytterligare alternativa påföljdsformer bör utvecklas“. I.c. s. 23.

4. Inndragning av førerkort/frakjennelse av førerrett

4.1. Stillingen i Norge

Også på dette område inntar Norge en særstilling, idet det er overlatt til administrative myndigheter å treffe bestemmelse om inndragning av førerkort – innenfor rammer som loven angir. Etter loven skal politimesteren treffe vedtak om inndragning av førerkortet for den som dømmes for promillekjøring. Inndragningstiden er etter loven minst 1 år. Justisdepartementet kan nedsette inndragningstiden såfremt inndragning for så lang tid vil virke urimelig hardt og det foreligger særdeles formildende omstendigheter. Justisdepartementet har i rundskriv trukket opp visse retningslinjer for fastsettelse av inndragningstid. I mer ordinære tilfelle skal inndragningstiden ligge mellom 1½ og 2 år, for grovere tilfelle kan den fastsettes for et tidsrom mellom 2 og 5 år. Ved gjentatt fellelse for promillekjøring foreskriver loven tap av førerkortet for alltid, dersom det er gått mindre enn 5 år fra siste domfellelse.

I alle de øvrige nordiske land er det overlatt til domstolene å treffe bestemmelse om tap av førerretten i forbindelse med straffellelsen.

4.2. Stillingen i Island

Islandsk praksis bygger på en gradering av inndragningstiden avpasset etter promillens størrelse – med trinn fra 1–4 måneder og deretter 6 måneder (for promille på 1,20–1,32) og 1 år for høyere promille. Ved annen gangs overtredelse gis det frakjennelse av førerretten for 2–3 år og ved tredje gangs forgåelse frakjennes førerkortet for bestandig.

4.3. Stillingen i Finland

Finsk praksis ble belyst gjennom en undersøkelse i 1983. Denne viste en gjennomsnittlig inndragningstid på vel 5 måneder for de laveste promiller (0,5–0,9), stigende til vel 13 måneder for de aller høyeste promiller, over 3,0.

4.4. Stillingen i Danmark

Rundskrivet fra de to landsretter i *Danmark* viser at det i saker om „promillekørsel“ gis betinget frakjennelse, og at inndragningstiden ligger fra 1–1½ år – den siste inndragningstid for promiller over 2,0.

I saker om spirituskørsel skjer frakjennelsen ubetinget. Under særlig formildende omstendigheter kan frakjennelse her likevel gjøres betinget.

4.5. *Stillingen i Sverige*

I de *svenske* lovforarbeider er uttalt at tilbakekallelse av førerkortet skal være hovedregelen ved kjøring i påvirket tilstand. I tilfelle hvor føreren har hatt en lav alkoholkonsentrasjon skal det kunne gis advarsel, forutsatt at føreren ikke på annet vis har overtrådt trafikklovgivningen. For førere med en alkoholkonsentrasjon på 0,5–0,8 skulle advarsel bare gis hvis særlig sterke grunner taler for det. Betänkande s. 28.

Varigheten for tap av førerkortet kan etter svensk rett settes så lavt som 1 måned. I tidligere praksis ble sperrefristen for fører med promille mellom 0,8 og 2,0 satt til 1 år. Ved gjentatt promillekjøring varierte sperrefristen mellom 1½ og 3 år.

5. Konfiskasjon av kjøretøy

Drøftelsene i Folketinget omfattet også spørsmålet om å foreta konfiskasjon av motorvogn ved domfellelse av påvirkede motorvognførere.

Justisministeren bemerket at straffelovens alminnelige regler om konfiskasjon også gjaldt i slike saker. Bare hvor det har foreligget helt særlige forhold, har man gått til konfiskasjon i saker mot påvirkede motorvognførere. Ministeren viste ellers til at det i Sverige fra 1. juli 1987 var innført en ordning som gav hjemmel for å konfiskere motorvogn også i saker mot påvirkede førere. Han fant det naturlig at man ville vurdere erfaringer som var vunnet i Sverige. Han gjorde ellers gjeldende flere betenkeligheter mot adgang til konfiskasjon på dette område: konfiskasjon kan innebære et meget alvorlig økonomisk inngrep, det kan ramme ektefelle eller andre i familien, kjøretøyet kan helt eller delvis tilhøre en annen enn brukeren (Forhandlinger sp. 2298–2299). I debatten ble det pekt på at også i Sverige anvendes konfiskasjon meget restriktivt, „og kun, når føreren gentagne gange har udvist åbenbar hensynsløshed“ (sp. 2307).

Også under drøftelsene av de nye norske straffutmålingsregler ble det reist spørsmål om å foreta konfiskasjon av motorvogn hos en del promillekjørere. Både Justisdepartementet og Justiskomiteen tok til orde for en videre anvendelse av straffelovens generelle bestemmelse om konfiskasjon enn den som til da hadde vært lagt til grunn. Høyesterett har i noen få tilfelle – mot iherdige promilleresidivister – gått til konfiskasjon av bil eller til inndragning av en del av bilens verdi. I en sak viste Høyesterett til uttalelse fra Justiskomiteen som også hadde manet til

varsomhet med å foreta inndragning av kjøretøy ved promillekjøring. Justiskomiteen hadde for øvrig pekt på at det forelå mer lempelige reaksjoner „med forbud mot bruk av motorvogn i inntil ett år ved promillekjøring, samt avskiltning. Denne type mer lempelig reaksjon bør etter komiteens mening forsøkes før man går til mer drastiske virkemidler som inndragning av kjøretøy“.

6. Korte avsluttende bemerkninger

Veier har skåret inn i våre landskaper, og motorkjøretøy har på mange vis skåret inn i våre liv. De har i flere henseender skapt lettelser og forbedringer i livsvilkår – i andre henseender har de forringet livsstil og livskvalitet.

Trafikkens fare- og skadepotensiale må søkes bragt under kontroll og søkes redusert så langt det er mulig, med midler som kan forsvares – hensett til samfunnets sikkerhet og menneskenes frie livsutfoldelse.

Det forebyggende arbeid må søkes gjort mer effektivt og bedre samordnet – i en virksomhet som trenger oppslutning og bidrag fra mange myndigheter og organisasjoner.

Strafferettsapparatets bidrag i den brede prosess for å motvirke trafikkulykker og å fremme trafiksikkerhet er viktig og må stadig justeres til nye erfaringer og til økt innsikt i risikomomenter, herunder ruspåvirkning. Kriminaliseringen og penaliseringsen må søkes holdt innen rammer som ikke medfører lammelse av strafferettsapparatet eller som kan bringe grunnleggende verdisynspunkter innenfor kriminalitetsbekjempelse i alvorlig fare.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Ulf Göranson

Værdipapirregler uden værdipapirer
– dynamisk udvikling på et klassisk
retsområde

Värdepappersrätt utan värdepapper – dynamisk rättsutveckling på et klassiskt rättsområde¹

Av tf professor ULF GÖRANSON, Sverige.

1. Inledning

“Kamrern, kan jag få låna en sax!” Det är inte så många år sedan det yttrandet – uttalat med lämpligt tonfall i en bankhall – ansågs göra visst intryck på en kringstående allmänhet, åtminstone i landsorten. Här stod en person med aktier i bankfacket. Nu var det dags att klippa kuponger.

Under 1970-talet började kupongklippandet i Sverige ebba ut för att under nästa decennium vara helt ersatt, såvitt angår aktierna i avstämningsbolag, av ett datorunderstött system, administrerat av Värdepapperscentralen VPC AB (VPC). Aktieutdelningen gottskrevs nu automatiskt den registrerade aktieägaren på ett av honom angivet bank- eller checkkonto. De gamla aktiebrev, stundom med långa indossamentkedjor, var utbytta mot ett av VPC på aktiebolagets vägnar utfärdad aktiebrev, som kom direkt från en datorprinter. På denna anonyma handling skymtade varken Wallenbergare eller Pettersöner. Ty så snart det innehavda papperet blev föremål för omsättning eller annat förfogande byttes det ut mot ett nytt.

Nu är den tredje fasen inne för värdepappershantering i stor skala, den papperslösa. Genom lagstiftning, utfärdad och delvis ikraftträd hösten 1989, har i Sverige efter främst danskt mönster skapats ett kontobaserat system för aktieinnehav, det s k *VP-systemet*.² Den införda regleringen föregicks av ett utrednings-

¹ Rubriken bestämd av den svenska lokalstyrelsen, ej av förf. – I sammanhanget känns det angeläget att tacka Institutet för bolags- och värdepappersrätt för understöd av ett nyligen påbörjat forskningsprojekt samt åtskilliga informatörer om praktik och teori i börsens närhet, särskilt Bertil G Bylund och Jan Bökmark inom Skandinaviska Enskilda Bankens sfär samt Per-Ola Jansson och Vigg Troedsson, Svenska Fondhandlareföringen.

² Aktiekontolag (SFS 1989:827) jämte följdförfattningar och ändringar i äldre lagar (SFS 1989:828–846). – Den danska pionjärinsatsen från 1983 har föranlett lagstiftning i även Norge och Finland. På kontinenten har Frankrike varit föregångsland. I länder som USA och Förbundsrepubliken Tyskland har motsvarande papperslösa hantering åstadkomits genom

arbete av mera privat karaktär än eljest är vanlig i den omfattande svenska lagstiftningsapparaten. Värdepapperscentralen själv efter initiativ av banker och fondkommissionärer presenterade 1986 ett betänkande i ärendet, föregånget av en förstudie.³ Efter remissbehandling och departementsbearbetning förelades riksdagen propositioner i ärendet i juni 1988 och i maj 1989.⁴

Den nya ordningen ligger väl i linje med den internationella utvecklingen och har hälsats välkommen av marknaden. I den breda remissomgången var endast ett fåtal instanser avvisande, men detaljkritiken var ganska omfattande. Departementets omarbetningar av ursprungsförslaget visar en förhållandevis stor lyhördhet, även om alla synpunkter inte beaktats. Viss debatt har förekommit även bland akademiska jurister.⁵ Försäkringsbolaget Trygg-Hansa blev genom massemitteringen hösten 1989 av aktier till samtliga över miljonen försäkringstagare det första aktiebolaget att övergå till VP-systemet. Enligt tidsplanen skall flera bolag följa under 1990 och systemet vara fullt utbyggt 1991.

Övergången till en papperslös värdepappershantering reser självfallet ett stort antal frågor om rättsverkningarna av det nya systemet. Det är praktikabilitets-hänsyn, som påfordrat förändringarna. Samspelet mellan den praktiska hanteringen och juridiken är särskilt påtaglig men gör inte forskningsuppgiften lättare för en akademiker. Syftet med denna rapport till Nordiska Juristmötet är inte att lösa ett antal juridiska knäckfrågor eller ens att försöka inventera dem heltäckande. Eftersom åtskilliga deltagare har längre tids erfarenheter av papperslösa system än de svenska, är det främsta ändamålet att stimulera mötesdeltagarna till diskussion.

I det fortsatta ger jag i *avsnitt 2* några glimtar av den svenska värdepappershandelns utveckling och funktioner under 1980-talet samt presenterar kortfattat VP-systemet. I följande *avsnitt 3* gör jag en djupdykning i några sakrättsliga spörsmål, för att i *avsnitt 4* peka på vissa obligationsrättsliga oklarheter. I *avsnitt 5* omnämns ett övergångsproblem.

2. Värdepappershantering i dag och enligt aktiekontolagen

För vissa av de fortsatta rättsliga resonemangen är det nödvändigt med en orientering om hur dagens aktiehandel i papper faktiskt går till, *2.1*. I det avsnittet

att handeln försiggår i ett depåliknande system; för en komparativ översikt, se VPC:s förstudierapport 1985 s 111 ff.

³ Kontobaserat värdepapperssystem. System- och författningsförslag 86-09-18 (VP-rapporten). Se även Förstudierapport 85-05-24.

⁴ Prop 1987/88:108 (princippropositionen) och prop 1988/89:152 (lagförslagen).

påpekas även vissa negativa effekter, som nödvändiggör övergången till den under 2.2 presenterade papperslösa hanteringen. Slutligen tar jag upp något om vilka typer av värdepapper VP-systemet kommer att omfatta. 2.3.

2.1 Allmänt om aktie- och värdepappershandeln i Sverige

Den osedvanligt stora volymökningen under den senaste tioårsperioden präglar den svenska aktiemarknaden i minst lika hög grad som många utländska.⁶ År 1980 var aktieomsättningen på Stockholms fondbörs knappt SEK 8 mdr, år 1989 113 mdr efter att 1986 ha nått toppnoteringen 142 mdr. Marknadsvärdet på de börsnoterade aktierna steg under samma tid från 56 mdr till 744 mdr, generalindex tolvdubblades. Orsakerna till denna expansion skall inte närmare belysas här. Det kan dock påpekas, att den förmodligen varit ännu kraftigare om inte vissa omsättningsskatter införts i slutet av 1980-talet. I januari 1990 aviserade finansministern nedskärningar i dessa skatter.

Som en bakgrund kan vidare noteras, att intresset för enskilt och offentligt ägande av aktier i skilda former av fonder ökat starkt under den senaste tioårsperioden, medan det direkta hushållssparandet i aktier sjunkit, sett i förhållande till det totala svenska aktieinnehavet. I runda tal har hushållens andel av aktieägandet nedgått från knappa 40 procent 1980 till cirka 30 procent 1989; marknadsvärdet har dock ökat dramatiskt. Direkt och indirekt offentligt innehav av aktier har under samma tid stigit från tre till över tio procent. Det enskilda kommersiella ägandet har med små variationer legat kring 45 procent och stiftelsers innehav runt tio. Utlandsintresset för svenska aktier motsvarade i mitten av 1980-talet nära tio procent av totalvärdet men har nu nästan halverats.

All aktieomsättning av betydelse har hittills bedrivits av för närvarande drygt 40 fondkommissionärer med auktorisation av bankinspektionen. Två tredjedelar av dem är medlemmar av Stockholms fondbörs. De driver handel i eget namn men mestadels för annans räkning.⁷ När det inte är fråga om förfoganden över eget aktieinnehav blir alltså avtalstypen *kommission* tillämplig, ett i sina stycken komplicerande förhållande som skall ägnas särskild uppmärksamhet i det sakrättsliga avsnittet nedan. Själva handeln kan äga rum vid det numera till de 50 mest om-

⁵ Rodhe, som spelade en aktiv roll i arbetet inom VPC på de olika rapporter som föregick lagstiftningen, är odelat positiv. Fskr Sveriges Advokatsamfund s 517 ff. Hessler framstår som en skarpsynt men försiktig betraktare med en ganska negativ inställning till nyordning. Fskr Welamson s 235 ff, särsk s 241 ff.

⁶ En omfattande kartläggning av marknaden har nyligen gjorts av värdepappersmarknadskommittén. SOU 198(VP9:72).

⁷ Härutöver förekommer olika former av förmedlings- eller mäklarverksamhet i form av brokers, market-makers, bankfirmor och blankningsagenter, som ännu är i stort sett oreglerade lagstiftningsmässigt.

satta aktierna begränsade uppropet på börsen eller vid den följande efterbörsen, där även inofficiella noteringar sker av papper som inte är formellt börsintroducerade. Avslut förekommer även genom direktkontakter mellan kommissionärer utanför börsens lokaler. Om en kommissionär företräder både köpare och säljare sker överlåtelsen genom en intern affär. Till bilden hör även att en mycket stor del av de svenska aktiernas omsättning, av vissa uppskattad till halva volymen, äger rum vid utländska handelsplatser. Skälen torde främst vara de inhemska omsättningskatterna och det tungrodda papperssystemet med sina felkällor.

För en fondkommissionär är endast motkommissionären känd, inte hans uppdragsgivande kommittenter. På stockholmsbörsen har successivt ett nytt avslutssystem börjat utnyttjas, *SAX* (Stockholm Automated Exchange). Köp- och säljorder matas in kontinuerligt under dagen och matchas anonymt av dator. Endast en rudimentär mänsklig kontroll förekommer för att avvärja uppenbart felaktiga bud. I *SAX*-systemet är således även motkommissionären okänd för den agerande. Omsättningen skall underlättas, och när *SAX* är fullt utbyggt kommer börsgolvet i Stockholm att avfolkas, vilket redan skett på många utländska börser.

Den nuvarande *pappersbaserade hanteringen* av avstämningsbolags aktier går efter avslut till på följande sätt. Sälj- och köpkommissionärerna upprättar avräkningsnotor, som kommittenterna erhåller till bekräftelse av att uppdraget utförts. Säljkommissionärerna är sedan skyldiga att till *VPC* leverera de mottagna aktiebrev. *VPC* handhar matchningen mellan sälj- och köpkommissionärer, vidtar omregistreringar i det handlade bolagets aktiebok samt utfärdar nya aktiebrev. Dessa levereras på femte bankdagen efter avslut till kommissionärernas huvudkontor i Stockholm. Samma dag skall likvid erläggas. För bankerna i egenkap av fondkommissionärer är likvideringen samordnad med den av riksbanken administrerade allmänna clearingverksamheten, medan andra kommissionärer skall prestera i form av postväxlar. Flera av de beskrivna momenten är känsliga för volymfluktuationer och fungerar tidvis otillfredsställande. Dessutom är likviditeten hos vissa aktörer stundom för låg, inte minst sedan även handel i eget lager skattebelagts.

Cirka 25 procent av den totala aktiestocken i Svergie är *förvaltarregistrerad*, dvs den verkliga ägaren är dold och hans innehav framgår endast av den förteckning förvaltaren själv för; i aktieboken finns endast förvaltaren registrerad.⁸ Genom denna ordning har marknaden sedan början av 1980-talet redan konstruerat ett papperslöst system. Ägaren ser inget aktiebrev, och förfogandena ma-

⁸ Se lagen (1987:623) om förenklad aktiehantering, föregången av lag (1970:596) i samma ämne. Lagen upphävs i förhållande till bolag, där aktiekontolagens bestämmelser gäller, se 8 kap AKL.

nifesteras genom anmälan, denuntiation, till förvaltaren. Från rättslig synpunkt har ägaren endast en fordringsrätt mot förvaltaren eller ett generiskt bestämt anspråk i det aktiebrev, om sådant över huvud taget utfärdats, som är utställt på förvaltaren och omfattar samtliga av honom förvaltade aktier i ett visst bolag.⁹ Både sak- och obligationsrättsligt har därigenom aktieinnehavet, betraktat som en rättighet, lösgjorts från gängse analogi till reglerna om löpande skuldebrev.

Vid sidan av aktiemarknaden och dess anknytning till Stockholms fondbörs förekommer i dag handel med instrument som för tio år sedan var okända eller spelade en undanskymd roll, derivat- och penningmarknaderna. Med *derivatmarknaden* menas den handel med standardiserade optioner och terminskontrakt, som administreras av Stockholms Optionsmarknad OM Fondkommission AB (OM). De bakomliggande värdena representeras av aktier, aktieindex, räntebärande värdepapper och vissa valutor. Handeln sker genom att kunden direkt datoriskt antecknar sig i OM:s orderbok eller via telefon anmäler sig på OM:s blockordermarknad, där personal på OM sköter avslut. OM agerar därvid som part vid utställande av köp- och säljoptionerna samt handhar den efterföljande clearing.¹⁰

Den svenska *penningmarknaden* består av handel med dels sedvanliga obligationer, dels kortfristiga räntebärande papper som statsskuldväxlar och 1980-talets privatemitterade innovationer, främst bank- och företagscertifikat.¹¹ Verksamheten bygger på tillkomsten av en fungerande andrahandsmarknad, som uppstod efter introduktionen av kontinuerlig marknadsinformation via Reuters bildskärmar. På dessa visas aktörernas oförbindande bud, varefter avslut sker genom direkt telefonkontakt mellan köpare och säljare. I början av 1987 omsatte penningmarknaden värden för cirka 40 mdr dagligen. När verksamheten 1988 belades med omsättningsskatt, den s k valpskatten, hade den redan halverats värdemässigt. Därefter sjönk omsättningen till obetydlighet för att i början av 1990 åter vara uppe i cirka 10 mdr om dagen. I avsikt av bättre organisera handeln har Sveriges riksbank tillsammans med mäklarna skapat Penningmarknadsinformation PmI AB och Penningmarknadscentralen PmC AB. PmC skall erbjuda ett papperslöst kontoregister över värdepappersinnehav och fungera som clearinghus; verksamheten väntas börja under 1990.

2.2 VP-systemet enligt aktiekontolagen (AKL)

Endast huvuddragen av VP-systemet kan presenteras i denna översikt.¹² Till vissa detaljer blir det anledning att återkomma i det följande. Av förklarliga skäl

⁹ Se den minst sagt provisoriska lagkonstruktionen i 9 § 1987 års lag, där det stadgas att aktiebrev skall anses utfärdat även om så ej skett!

¹⁰ En närmare kartläggning av optionsmarknaden återfinns i optionsutredningens betänkande, SOU 1988:13.

har aktiekontolagen knutits till *avstämningsbolagen*. För dessa skall enligt 2 kap finnas ett avstämningsregister, som består av två komponenter, den *dagliga journalen* och för varje ägare ett eller flera *aktiekonton*. För förvaltarregistrerade aktier skall förvaltaren öppna ett eller flera konton. Kontot skall innehålla en rad uppgifter. Förutom identifikation av ägaren och värdepapperet skall finnas information om pantsättning, andra rådighetsinskränkningar samt exekutiva åtgärder riktade mot ägaren eller förmögenhetstillgången.

Aktiekonto öppnas av *kontoförande institut*, för vars drivande krävs auktorisation av bankinspektionen, 3 kap aktiekontolagen. Regelmässigt bestämmer ägaren vilket institut han vill anlita. Meningen är att inte endast banker utan även fondkommissionärer kan vara kontoförande institut. Institutet ombesörjer *registreringsåtgärder*, 4 kap, genom först anteckning i den dagliga journalen och därefter, sedan samtliga villkor för registrering uppfyllts, anteckning på aktiekonto. Särskilt när det gäller omsättningstransaktioner uppstår ett antal dagars glapp mellan journal- och kontoregistreringarna, eftersom den senare måste avvakta likvidutväxlingen. Andra förfaranden, exempelvis pantsättning och utmätning, saknar vanligen sådana villkor och kan antecknas i direkt följd i båda registren. Tidsutdräkten i vissa fall utgör en förmodligen nödvändig svaghet i systemet; förhållandet diskuteras ingående i det följande. – Kontoförande institut kan själva rätta uppenbara felaktigheter, och VPC har möjlighet att överpröva gjorda registreringar.

Insyns- och sekretessfrågor behandlas i 5 kap aktiekontolagen. De har varit föremål för åtskillig diskussion men lämnas här åt sidan. Det följande 6 kap om registreringens *rättsverkningar* kommer att bli huvudföremålet för den fortsatta genomgången. *Skadeståndsskyldighet* för VPC med anledning av felaktiga registeråtgärder är i 7 kap uppdelad i en strikt del för skada som lett till tredje mans godtrosvärv, medan hanteringsfel skall ersättas enligt regler, som motsvarar nya köplagens kontrollansvar. *Förvaltarregistreringen* innebär inga påtagliga skillnader mot dagens system, 8 kap. I 9 kap regleras förfarandet med de värdepapper, främst ensidiga skuldförbindelser, som *inte obligatoriskt* skall inmanas i VP-systemet. Slutligen ägnas 10 kap åt en nyskapad rådgivande skiljenämnd, *aktiekontonämnden*. – Vissa övergångsbestämmelserna har meddelats i särskild lag.¹³

Sist några notiser om den *praktiska hanteringen av en kontoregistrerad aktie*. Avslutsdagen görs anteckningar i den dagliga journalen om kunders överlåtelse

¹¹ Även här finns ett färskt statligt betänkande, kreditmarknadskommitténs SOU 1988:29.

¹² Den fortsatta beskrivningen följer i stort kapitelindelningen i AKL, varför jag inte tynger framställningen med detaljerade lughänvisningar.

¹³ SFS 1989:828. Se härtill Muncks särskilda utredning, prop 1988/89:152 bilaga 1.

och förvärv, identifikationsmässigt sammanförda under varje agerande kommissionärs namn. Något kontinuerligt införande, som måhända förespeglat konstruktörerna, synes ej bli fallet. I stället kommer varje kommissionär efter börsdagens slut, förmodligen först nästa morgon, att sammanställa de transaktioner han varit inblandad i och rapportera dem klumpvis. Härvid uppger han antal aktier av specificerat slag i visst avstämningsbolag, kurs, affärsdag, eget namn och kunden. Skulle överlåtelsen eller förvärvet fördela sig på flera motkommissionärer skall en rapport ske för varje sådan transaktion. När motsidan betraktar den dagliga journalen, är endast kommissionären, icke huvudmannen, synbar.

På likviddagen fullföljs ärendet med likvidutväxling genom riksbanksclearingen. Dagen före har VPC räknat ut varje fondkommissionärs nettolikvid. För att säkerställa att tillräcklig nettolikvid genast kan erläggas, skall de kontoförande institut, som inte i egenskap av banker själva deltar i riksbanksclearingen, presentera en stående och tillräcklig garanti. Enligt finansdepartementets modell ställs garantin av en likvidbank, som har dragningsrätt i riksbanken och varigenom betalningsströmmarna kanaliseras. Vid tillfälligt ökade volymer kan det kontoförande institutet bli skyldigt att ställa tilläggsgaranti. Det åligger bankinspektionen att godkänna garanti eller likvärdig säkerhet. All likvidutväxling skall alltså ske via likvidbankernas deltagande i clearingen, och dagens bruk med postväxlar kan därför avskaffas.¹⁴ Konstruktionen är tänkt att utom vid kommissionärs faktiska obestånd säkra det nya systemet mot omräkning av likvidunderlaget som en följd av att viss kommissionär inte kan prestera. Sådan backning förefaller inte helt ovanlig i nuvarande system, ett förhållande som utsatts för särskild kritik av utländska iakttagare.

När likvidutväxlingen verkställts, rapporterar riksbanken till VPC, som handhar likvidkontrollen i dess olika steg. Ärendet är därmed avslutat, vilket får till följd registrering på varje säljares och köparens aktiekonto. Det beräknas, att den nuvarande femdagarshanteringen skall kunna förkortas till tre dagar.

2.3 VP-systemets omfattning

VP-systemet är avsett att främst reglera handel och innehav av aktier. Härjämte har i systemet intagits olika former av emissionsbevis, konvertibla skuldebrev, vinstandelsbevis och liknande skuldförbindelser, som är ett slags förstadium till aktier, samt industri- och bankobligationer. 1:2, 9:1 aktiekontolagen. Gemensamt för dessa rättigheter är att de redan regleras i 3, 4 och 5 kap aktiebolagslagen eller tydligt kan hänföras till skuldebrevslagens regelverk. För ensidiga skuldförbindel-

¹⁴ Finansministerns yttrande i prop 1988/89:152 s 156 ff.

ser samt för konvertibler och optionsrätter enligt 5 kap aktiebolagslagen har det emitterande bolaget frihet att välja anslutning till VP-systemet. För aktier och övriga rättigheter, främst gängse fond- och nyemmissioner, är anslutningen tvingande.

Längre än så ville lagstiftaren denna gång inte sträcka sig på ett undantag när.¹⁵ Eftersom gällande regler alltså stadgar, att utländska aktier inte får ägas direkt utan måste förvaltas av svensk bank, har VPC-systemet utvecklat särskilda utländska depåbevis för att underlätta handeln. Även dessa kan på begäran införas i VP-systemet. Utanför faller däremot inte bara den av OM drivna derivatmarknaden utan även av VPC handhavda inköpsrätter och köpoptioner.

Motiveringen, att de från VP-systemet uteslutna rättigheterna inte är civilrättsligt lagreglerade, framstår inte som särdeles stark. Som snart skall visas, är åtskilliga frågor inom såväl gällande som ny värdepappershantering långt ifrån klarlagda i lag. Departementet hade å andra sidan inte tid att avvakta utvärderingen av det just avslutade utredningsarbetet kring options- och penningmarknaderna. Det må möjligen vara, att den nuvarande handeln ännu inte är så omfattande med de explicit uteslutna instrumenten, av VPC administrerade inköpsrätter och köpoptioner. Som vi sett av den accelererande utvecklingen under 1980-talet, kan ett sådant tillstånd snabbt ändras och marknaden dessutom skapa hittills hos oss inte brukade värdepapper.

Förarbetena andas dock en positiv inställning till en framtida utvidgning av VP-hanteringen. Det förefaller dessutom naturligt att söka en bättre samordning inte bara med derivatmarknaden på OM utan även med den av PmC organiserade penningmarknaden, vars likheter med aktiekontolagens system är påfallande. Förhoppningsvis kommer så att ske inom loppet av några år.

3. Sakrättsliga frågor

Enligt hittills gällande rätt har aktiebrev, både de av åldrigt slag och de moderna VPC-handlingarna, varit sakrättsligt jämställda med löpande skuldebrev enligt skuldebrevslagen. *Besittningen* har således varit det sakrättsliga momentet, och besittningsövergången har fullbordat förvärvet eller pantsättningen. Denna ordning är för de papperslösa aktierna ersatt av det sakrättsliga momentet registrering, eller exaktare sådan anteckningen i den dagliga journalen som fullföljs genom *registrering* på aktiekonto.

I det följande ges först en allmän introduktion med vissa förutsättningar för det

¹⁵ Prop 1987/88:108 s 10 ff. 22 f; prop 1988/89:152 s 76 f; bet 1989/90:LU5 s 8 f.

fortsatta resonerandet, 3.1. Därefter lämnas ett åskådningsexempel, 3.2. varefter betraktas de sedvanliga tredjemanskonflikterna borgenärsskydd, 3.3. samt dubbelbefogande och extinktionsförvärv, 3.4. Under 3.5 kommer mina slutsatser och reformförslag, varpå jag nämner några ytterligare sakrättsfrågor, 3.6.

3.1 Allmän introduktion

I förstone kan det nya systemet synas vara en stor förändring. Åtskilliga förhållanden i det praktiska hanterandet av aktier har emellertid redan gjort, att den hittillsvarande anknytningen till själva handlingen och dess traderande är helt otidsenlig och föga verklighetsanknuten. Kommer registreringen enligt aktiekontolagen att befordra säkerhet och klarhet vid uppkommande tredjemanskonflikter?

Det sakrättsliga regelverk, som uppförts i 6 kap aktiekontolagen, har hämtat förebilder från skuldebrevslagen och från registerförfaranden i sjölagen och jordabalken. Grundtanken är att *förvärvets* registrering ger de sakrättsliga effekterna. Den kan måhända vara lämplig i pantsättningssammanhang och vid överlåtelser direkt mellan köpare och säljare. När den normala fondkommissionshandeln kommer in i bilden, förefaller inte heller aktiekontolagen ge beaktansvärd hjälp ur praktikens snårigheter.

Förvärvarens sakrättsliga skydd mot överlåtarens borgenärer och mot rätt ägare på överlåtarsidan samt i en tvesalusituation ses i 6 kap aktiekontolagen med individualiserande ögon. Reglerna tycks förutsätta, att det går att följa en akties gång från överlåtare till förvärvare. Byt ut besittningstagande mot registrering i 14 och 22 §§ skuldebrevslagen, och förlagan är klart synbar. Det är som om inget hänt på ett halvsekel. Detta sakrättsliga idébygge tål knappast konfrontation med verkligheten.

Orsaken till mitt stränga omdöme är det enkla förhållandet, att det i börshandeln inte förekommer någon beaktansvärd koppling mellan en säljare och en köpare av en aktie. Säljkommissionärerna släpper varje dag ut en fungibel mängd aktier på marknaden. Denna aktiestock förvärvas genom SAX-systemets förmedling av ett anonymt kollektiv köpkommissionärer. En vanligtvis opersonlig maskinpark svarar dels i själva avslutsögonblicket, dels i efterhand vid den slutliga tilldelningen för att sälj- och köpsidorna paras ihop. Till yttermera visso står det en köpkommissionär fritt att dela ut en börsdags förvärv till sina huvudmän utan beaktande av de förvärvade aktiernas ursprung, om det över huvud taget kan spåras.

På avslutsdagens eftermiddag eller närmast påföljande morgon görs visserligen anteckningar i den dagliga journalen om kunders överlåtelser och förvärv, identi-

fikationsmässigt sammanförda under varje agerande kommissionärs namn. Men motsidan har i den dagliga journalen ingen möjlighet att få reda på vem köparen eller säljaren är. Endast kommissionärens namn är synbart. På likviddagen fullföljs ärendet med registrering på varje säljares och köparens aktiekonto. Sakrättslig verkan uppkommer slutligt i och med denna registreringsfullföljd:

6:5 AKL: "Rättsverkan av en registrering enligt 2–4 §§ (avser borgenärsskydd, tvesaluföretärade och exstinktionsförvärv) inträder då förvärvet registreras genom anteckning i den dagliga journalen, under förutsättning att förvärvet därefter även registreras genom anteckning på aktiekonto."

Detta centrala sakrättsstadgande utgår primärt från registrering på förvärvarens, inte överlåtarens, konto. Det kan dessutom inte vara inriktat på registrering enbart av kommissionärens förvärv. Kommissionären inflyter visserligen tillsammans med köparen/huvudmannen i den dagliga journalen, men såvitt jag förstått systemet är det inte avsikten, att kommissionären i nästa steg skall figurera även på huvudmannens aktiekonto. Enbart kommissionärens registrering kan alltså aldrig skapa sådana fulla sakrättsverkningar, som eventuellt skulle komma huvudmannen till godo.

Vidare är inte entydigt klarlagt, vilka förhållanden som kan hindra registreringsfullföljden. Att tvåstegsmodellen valts med utgångspunkt i att säkra likvidrutinerna, säger inget om att även här aktuella tredjemanskonkurrenser skall kunna stoppa kontoregistreringen, sedan väl anteckning gjorts i den dagliga journalen. En mera genomtänkt utformning av den nyss citerade paragrafen hade befriat både mig och läsarna från mycket av den fortsatta diskussionen. Förarbetena ger ingen vägledning, ett förhållande som jag från rättskällesynpunkt i och för sig inte beklagar.¹⁶

3.2 Ett åskådningsexempel

En säljkommissionär har från tio säljare lagt in säljorder om tillhoppa 10 000 aktier i visst bolag. Dessa förvärvas av en köpkommissionär i ett avslut för tio köparens räkning. (Jag avstår från den ytterligare komplikation, som uppstår i det antagligen vanligare fallet att de 10 000 aktierna köps av flera kommissionärer.) På likviddagen visar det sig, att en av säljarna utsatts för utmätning, en har gjort sig skyldig till dubbelförfogande och en var inte rätt ägare. Säg att dessa tre "filurer" överlätit 100 aktier var. De återstående 9 700 aktierna kan på likviddagen avregistreras på huvudmännens aktiekonton. På köparsidan uppkommer frågan, vem som skall stå risken för de 300 angripna aktierna. Det går nämligen inte att bland de tio köparna utpeka en eller flera, som förvärvat just dessa aktier.

¹⁶ P-rapporten s 108 ff, 166 ff; prop 1988/89:152 s 77 f, 110 ff.

Teoretisk kan på likviddagen bristen leda till flera tänkbara situationer för exempelvis tio köpare. En är att hela transaktionen stoppas för närmare utredning av det inträffade. Ingen av köparna får således ett förvärv registrerat på sitt aktiekonto, trots att endast en bråkdel av aktierna inte kunde överföras. Hur och när saken upplöses, kan vi lämna därhän. En annan möjlighet är att köpkommissionären själv träder in och täcker de uteblivna aktierna. Det praktiska tillvägagångssättet är emellertid ett tredje. Jag behandlar det, innan jag i följande avsnitt gör ett försök att lösa konflikten med hjälp av reglerna i 6 kap aktiekontolagen.

Bilden av de aktuella rutinerna vid leveransbrist måste kompletteras med upplysningen, att marknaden inte accepterar partiella fullföljder av gjorda avslut. Situationen är nämligen i dag, enligt papperssystemet, inte så ovanlig och inträffar oftast i fall utan anknytning till sakrättsliga tredjemanskonflikter. När säljkommissionären lägger ut order har han nämligen inte alltid tillgång till säljarens aktiebrev. Uppdraget lämnas i stället muntligt eller på telefax från säljare, som han är van att samarbeta med. Fram till matchningen kan det vara svårt, särskilt om säljaren är en utlänning, att få handlingen fysiskt levererad till VPC. Bristen brukar lösas genom att säljkommissionären ur eget lager fyller på vad som felas. Han förlitar sig på att huvudmannen slutligen levererar brevet och kräver denne på ersättning för de eventuella kostnader förfarandet medfört. Sådana fördröjningar beroende på själva pappershanteringen behöver säljkommissionären knappast riskera i VP-systemet. Men kvar står uteblivna leveranser på grund av konkurrerande anspråk på samma aktie.

Härvidlag kan man tänka sig, att säljkommissionären agerar på samma sätt. Han fyller själv på exempelvis 300 icke överförbara aktier. Detta låter sig göra, om kommissionären har rätt att framför övriga intressenter på säljarsidan tillgodogöra sig den inlutna likviden. Det torde kommissionären ha, eftersom han i den uppkomna situationen sålt aktier ur eget lager eller aktier som han förvärvat för just detta utfyllnadsändamål. Kommissionären får dock genom självinträdet stå risken för att kursen stigit och att han därför måste köpa aktien för högre pris än den inflytande likviden; dessutom går han miste om courtaget. Särskilt i fallet att säljaren blev insolvent, torde hans skadeståndsfordran vara värdelös.

Står kommissionären helt osäkrad inför dessa händelser? Nej, han har enligt kommissionslagen legal panträtt i den för försäljning överlämnade egendomen. Här gäller det alltså för kommissionären att alltid låta registrera panträtt enligt nyinförda 31 § 2 st kommissionslagen.¹⁷ Att panträtten gäller i den mot aktierna

¹⁷ Vid lösörekommission uppkommer panträtten genom kommissionärens besittningstagande. Det kan synas följdriktigt, att här i stället kräva registrering. Marknaden torde lätt anpassa sig till denna åtgärd. Samma registerkrav gäller även för att ge köpkommissionären panträtt gentemot sin huvudman. 36 § KommL.

svarande köpeskillingsfordringen kan i sig inte betvivlas. En komplikation uppstår dock om det i affären på motsidan skulle finnas flera köpkommissionärer. Fordringen på köpeskillning för de aktuella aktierna är då ännu inte individualiserad mot någon enskild av dessa, än mindre mot viss angiven huvudman på köparsidan.

3.3 *Förvärvarens skydd mot överlåtarens borgenärer*

Som tidigare angivits löser 6 kap aktiekontolagen de aktualiserade sakrättskonflikterna genom en huvudprincip om att *förvärvet* skall vara antecknat i den dagliga journalen och att denna anteckning skall ha fullföljts genom en registrering på förvärvarens aktiekonto. Denna lösning är inte välmotiverad eller ens möjlig att tillämpa, när det gäller sedvanlig omsättning av aktier via kommissionärer. Allmänna sakrättsliga regler vid *kommissionstransaktioner* måste träda i stället.¹⁸ De kan i sig tyckas komplicerade, men svårigheterna minskas inte av att vi här dessutom stöter på det i sakrätten grundläggande *individualiseringskravet* eller specialitetsprincipen.¹⁹

Först behandlas alltså säljande aktieägares borgenärer och deras konkurrens med en köpare. För att borgenärerna skall få tillgång till aktierna, fordars att dessa alljämt är *individualiserade*. Som jag ser det, har individualiseringen av de i exemplet överlåtna 10 000 aktierna upphört i och med avslut. När SAX-systemet kombinerat sälj- och köpkommissionärer har, om inte förr,²⁰ en sådan sammanblandning ägt rum, att hela den utbudna posten i exemplet måste anses ha övergått på köpkommissionären för dennes huvudmäns räkning. De 100 utmäta aktierna kan från köpsidan inte urskiljas ur den totala mängden. För ägaren av aktierna, säljaren, har hans individualiserade äganderätt ersatts av en fordringsrätt avseende köpeskillingen. Denna fordran är primärt riktad mot köpkommissionären.²¹ Härav följer, att en reell konkurrens mellan köparsidan och säljarens borgenärer inte kan uppstå, såvitt avser själva aktierna. En utmätning eller ett konkursutbrott skall därför inte påverka köparens rätt att i slutvändan erhålla re-

¹⁸ En mångsidig utredning av sakrättsliga spörsmål vid kommission ger kommissionslagskommitténs under Hästads ordförandeskap avgivna betänkande SOU 1988:63.

¹⁹ Om individualiseringsfrågor, se Göranson, Traditionsprincipen kap 16, för här aktuella frågor särsk s 509 ff och det i sammanhanget omdiskuterade *NJA 1910 s 216*; Hästad, Sakrätt s 137 ff, 254 ff och Fskr Hessler s 309 ff; SOU 1988:63 s 142 ff; Hessler, Fskr Welamson s 241 ff, alla med talrika vidarehänvisningar; Lindskog JT 1989-90 s 217 med färre d:o.

²⁰ Strängt taget sker sammanblandningen kanske redan, när säljkommissionären i systemet lägger in sin säljorder avseende de tio huvudmännens poster.

²¹ Se 56 § KommL, som utesluter direktkrav mot motkommissionärens huvudman/ huvudmän; huvudmannasidan "individualiseras" för övrigt först vid VPC:s senare matchning mellan köp- och säljupdrag.

gistrering av sitt förvärv. Ty förvärvet är, åter igen, inte direktanknutet till transaktionens säljled.

Mot detta resonemang med upphörd individualisering kan invändningar resas. Ingen registreringsåtgärd alls har ännu vidtagits, vilket innebär att aktierna kan sägas alltjämt vara identifierbara som överlåtarens. De står kvar på hans aktiekonto. Jag har emellertid valt att betrakta förfarandet från förvärvarsidan och lägga avgörande vikt vid vad köpkommissionären kan iakttaga. För honom är denna identifikation osynlig, eftersom han vid avslut inte ens vet vem säljkommissionären är. Hade vi rört oss med mer eller mindre fungibelt lösöre, kanske saken ställt sig annorlunda. Jag förpassar ett konstruerat lösöreexempel till en not.²² Men här har vi i stället att göra med poster i ett eller snarare två datorsystem, SAX och VP.²³ Det är minst sagt rimligt, att för sådana fall inte nödvändigtvis töja ut analogier från lösöresakrättens domäner.

En viss självständighet bör alltså förlänas åt situationer som bygger på dataregistrering. Jag vill här särskilt peka på att även SAX-hantering är en registreringsåtgärd, som bringar klarhet och reda samt motverkar skentransaktioner. Alla dessa ändamålsskäl för att i tredjemanskonflikter lägga vikt vid fysiska förhållanden och denuntiation har sin motsvarighet i den dokumentation, som handelssystemet innefattar. Det har därvid ingen självständig betydelse, att det inte är just den registreringen, som lagstiftaren i aktiekontolagen tagit till utgångspunkt för sakrättskonfliktens upplösning.

Kvar står det svårforcerade förhållandet, att aktiekontolagen explicit har knutit den sakrättsliga verkan till förvärvets registrering. Och vid det tillfälle jag har valt att skydda förvärvarens rätt till slutlig aktieleverans, avslutet i SAX, har inte ens anteckning skett i den dagliga journalen, än mindre på hans aktiekonto. Fördröjningen av anteckning i den dagliga journalen har anförts bero på praktiskabilitetsskäl och står inte väl med kravet i 4:4 aktiekontolagen att registreringsåtgärd skall vidtas genast. Kontoregistreringen i sin tur uppskjuts av det skälet, att likvidfrågorna då skall vara lösta. Dessa kopplingar har emellertid inget med lös-

²² Antag att en yngling samlar ihop tidningar i en trappuppgång och sedan på gatan överlåter dem till en representant för Returpappercentralen. I det ögonblicket kan det sägas råda ett slags sambesittning mellan den tidningssamlande kommissionären och förvärvaren. Om kronofogden just då skulle dyka upp och vilja mäta en gäldenärs tidningar – vi får bortse från det bristande förmögenhetsvärdet – skulle visserligen denne gäldenär själv kunna identifiera sina avhända ägodelar, antingen genom att de ligger i särskilt märkta kassar eller genom att han har gjort anteckningar eller klipp i vissa tidningar. För förvärvaren är varje sådant särskiljande omöjligt. Eventuella adressetiketter hade varit en tydlig identifikation, men i aktiefallet är det just sådana individuella markeringar som saknas. – En viss parallell tycker jag mig finna till det omdiskuterade *NJA 1976 s 251*, som jag till skillnad från flertalet övriga kommentatorer funnit välavvägt, se *Traditionsprincipen s 508 f* med hänvisningar.

²³ Jfr Hessler, *Fskr Welamson s 241 ff*.

ningen av sakrättsliga konflikter att göra. Jag återkommer snart till hur borgenärsskyddet på kommissionsrättslig grund också synes inträda på det av mig nyss förordade "tidiga" stadiet. Ett lagstiftningsmässigt klargörande av denna mera tilltalande sakrättsliga lösning påfordras i ett senare *avsnitt 3.5*.

I praktiken kan den lanserade tanken, att säljarborgenärerna inte kan lägga beslag på överlåtna aktier efter avslut i SAX-systemet, få negativ verkan för dem främst om aktierna stigit kraftigt under de dagar som gått mellan avslut och köpeskillingsleverans. Det torde vara en risk, som borgenärerna har att bära. Men de kan också under vissa förutsättningar bli tvungna att konkurrera med legal panträtt för de inblandade kommissionärerna. Det kan dock i sammanhanget tilläggas, att den individualiserade aktien inte omfattas av upplåtet företagshypotek och att därför inte heller köpeskillingsfordringen bör vara föremål för särskild förmånsrätt. Beträktat från köpsidan är i sin tur den sakrättsliga konflikten besvärande endast vid förskottsbetalning och kursfluktuationer.

Man kan vidare fråga, huruvida en aktieutmätning, som anmäls mellan avslut och slutlig införing på aktiekonto, grundar *förmånsrätt* enligt 8 § förmånsrättslagen i köpeskillingsfordringen. Mot det talar, att aktien enligt det tidigare resonemanget inte längre är individualiserad hos gäldenären efter avslut och att utmätningen redan då rätteligen borde ha inriktats på en ideell andel i köpeskillingsfordringen mot köpkommissionären. Men det förhållandet är okänt för kronofogden, i vart fall innan den dagliga journalen samma kväll eller följande morgon får rapport om transaktionen. Denna ofullkomlighet i kopplingen mellan SAX- och VP-systemen, bör, om inte annat av ordnings- och enkelhetsskäl, räknas säljarens fordringsägare till godo. Utmätningen skulle alltså inte behöva göras om, sedan det uppdagats att avslut redan skett.²⁴

Fråga är i de uppkommande lägena, hur VP-systemet självt har avsett att gå till väga med inkommande uppgifter om insolvens på säljarsidan. Tanken är att sådan anmälan sker direkt till VPC, inte till kontoförande institut, för anteckning i dagliga journalen och på aktiekonto. Antag att kronofogdar och tingsrätter, som hittills använt postala underrättelser, inom en snar framtid skulle övergå till att sända meddelandena på telefax. Det kan då mycket väl hända, att den dagliga journalen och kontot får en anteckning om utmätning, betalningssäkring eller konkurs, innan det före den åtgärden skedda avslutet hunnit antecknas i journalen. Kommer försäljningsanteckningen då automatiskt att förhindras eller står två konkurrerande uppgifter i journalen?

²⁴ En måhända blott skenbar konflikt ligger i att 4:30 st 4 UB, tillagt genom SFS 1989:842, uttryckligen stadgar, att förmånsrätt vid aktieutmätning inträder i och med utmätningens registrering på konto; vid fordringsutmätning inträder däremot förmånsrätten i och med beslutet.

Och hur kommer systemet att fungera, om det exekutiva beslutet fattats efter försäljningens anteckning i journalen men före den tre dagar senare avsedda registreringen på kontot? De sakrättsliga reglerna i 6 kap aktiekontolagen tyder på att försäljningsanteckningen skall vika så länge den inte fullföljts med kontoregistrering. Men aktierna finns ju trots bristande registreringsfullföljd inte kvar och är alltså enligt min mening inte tillgängliga för säljarborgenärerna. Klarläggande rutiner måste utarbetas, innan VP-systemet får en bredare anslutning. Vore en koppling mellan SAX och avstämningsregistret en alltför djärv åtgärd? Datoriskt förefaller det lätt att ordna, och min reformidé i *avsnitt 3.5* nedan bygger på en sådan lösning.²⁵

Det är till yttermera visso oklart, om fullföljden av anteckningen i den dagliga journalen genom registrering på konto skall hindras av konkurrerande anspråk, som framställs mellan de två tillfällena. Vad jag sett, saknar lag och förarbeten preciseringar av uttryckssättet i 4:5 aktiekontolagen, att fullföljd skall ske "sedan samtliga villkor för registrering har uppfyllts". Klart är att huvudsyftet är säkerställande av likvidrutinerna, men tar stadgandet bara sikte på betalning? Att en utmätning eller konkurs inträffat innebär i vart fall inget uppfyllt villkor. Samtidigt går det inte att både ha kvar en utmätningssanteckning beträffande 100 aktier på säljarens konto och en motsvarande ökning av aktieinnehavet hos någon av köpkommissionärens uppdragsgivare eller hos dem alla proportionellt. Det skulle ju innebära att bolagets aktiestock utökats med 100 andelar. Jag övergår nu till att betrakta konflikten mellan säljarborgenärer och förvärvssidan från *kommissionsrättslig* utgångspunkt. För fall av aktieöverlåtelse i det pappersbaserade VPC-systemet har frågan diskuterats i litteraturen. En lösning, som fått flera anhängare,²⁶ utgår från att betrakta säljkommissionären som en fristående tredje man, depositarie, med aktierna i sin besittning. Denuntiation som sakrättsligt moment kunde därför utnyttjas. När säljkommissionären sluter avtal med en köpkommissionär, blir han automatiskt "självdenunderad" om förfogandet. Borgenärsskyddet skulle således uppkomma i och med avtalsslutet. Inget förefaller hindra att samma tankegång tillämpas på papperslösa förfaranden.²⁷ Som synes överensstämmer den nu relaterade lösningen i praktiken med den av mig nyss framförda, grundad på individualiseringsskäl.

²⁵ För tydlighets skull vill jag bara tillägga, att de hittills förda resonemangen bygger på tanken, att det efter avslut i SAX-systemet inte står kommissionärerna fritt att efter eget skön backa affären.

²⁶ Fullt utbildad möter teorin först hos Walin, Separationsrätt s 31 f och har därefter upptagits av bl a Håstad s 195 f; Rodhe s 211 not 30; Sjöberg SvJT 1986 s 386 f; SOU 1988:63 s 144. Jfr av annan och mindre klart idémässigt grundad mening Flodhammar, SvJT 1986 s 31 f.

Mellanmanslösningen är emellertid behäftad med vissa svagheter. Det är inte alltid som säljkommissionären har aktiebrev i sin besittning vid avslutet. Den svårigheten kan vi emellertid bortse från i det kontobaserade systemet. Ett annat problem är kravet på uttrycklighet i denuntiationen. Ett meddelande skall riktas till besittaren om att förfogande skett. Det räcker enligt *NJA 1962 s 49* inte med att depositarien är i ond tro. Även om min prejudikatsyn i sakrättsfrågor kanske är strängare än de flestas, är också jag böjd att i det aktuella fallet bortse från att det saknas ett separat meddelande, en fristående denuntiation.

Den stora osäkerheten i denuntiationsmodellen ligger i påståendet att kommissionären är en självständig eller fristående aktör, lik en depositarie. Vad finns det för stöd? Ett vanligt ombud intar inte en sådan ställning. Och hur skiljer sig en kommissionär från ett ombud i det hänseendet? Att han sluter avtal i eget namn är en indikation, men är den utslagsgivande? Kommissionären är lika bunden av givna säljinstruktioner som ett ombud hade varit. Ett säljuppdrag innefattar ingen självständig förvaltning eller förvaring, exempelvis skyldighet att omhänderta utdelning och bevaka emissioner. Klassificeringen som självständig kan därför tyckas skönsmissigt gjord.

För egen del har jag i annat sammanhang förordat en lösning, som går förbi den bestående osäkerheten om hur gränsen skall dras mellan självständig och osjälvständig mellanman.²⁸ Kommissionären betraktas där för säkerhets skull som osjälvständig besittare; den självständiga besittningen finns kvar hos kommittenten. I och med att säljuppdraget fullgjorts, dvs vid avslut, skils kommittenten omedelbart från sin besittning, som dittills var kanaliserad via kommissionären. Kommissionärens kvarvarande redovisningsplikt har i sig inget samband med själva besittningen till aktierna utan riktar sig mot inkassering av köpeskillingen. I stället kommer kommissionären, såvitt aktierna angår, att agera för köparens räkning med skyldighet att sedermera leverera dem. Medelbart har alltså köparen i avslutsögonblicket kommit i besittning av aktierna.²⁹ Denuntiationsanalogier blir alltså obehövlige.

Jag vill nu hävda, att denna principiella lösning kan tillämpas även på de papperslösa aktierna i VP-systemet, oavsett att vi i Sverige inte gärna talar om be-

²⁷ Att registrering ersatt besittning som sakrättsligt moment blir inte utslagsgivande, trots att det aldrig blir aktuellt att kommissionären blir registrerad på konto som innehavare av aktierna. För den som kräver någon form av parallell till besittningen kan till nöds anföras, att kommissionären som kontoförande institut disponerar över registreringsapparaturen.

²⁸ Göranson. Traditionsprincipen s 464 f; lösningen har synbarligen inte vunnit genklang eller ens diskussion i efterföljande doktrin, men den presenteras i ett sammanhang som eventuella läsare nog skummat som föga engagerande begreppsjurisprudens.

²⁹ Det är alltså inte fråga om konstruktion av ett *constitutum possessorium*, hos oss inte erkänt som sakrättsmoment, eftersom säljaren själv inte längre är i besittning av aktierna.

sittning till rättigheter. Som nyss anmärktes i en not, kan kommissionärens handhavande av registreringsmaskineriet framföras som en, enligt min mening dock obehövlig, parallell till besittning.

De nu förda kommissionsrättsresonemangen leder, hur än den juridiska konstruktionen modelleras, intressant nog till samma resultat som den tidigare diskussionen om individualiseringskravet. *Överlåtarborgenärernas rätt att få tillgång till aktierna som sådana upphör i och med avslut via kommissionär.*

Reglerna om borgenärsskydd i 6 kap aktiekontolagen synes således direkt tillämpliga endast vid privata direktaffärer mellan köpare och säljare samt, inte oviktigt, vid pantsättning.³⁰ Även vid pantsättning kan emellertid svårlösta individualiseringsproblem uppstå då det gäller förfoganden över innehållet i aktiedepåer, särskilt om de hör till den fjärdedel av aktiestocken som är förvaltarregistrerad. Å andra sidan kan det nya systemets enklare rutiner medföra klarlägganden och bättre överskådlighet än den nuvarande ordningen. Jag skall bara kort exemplifiera ur den diskussion som förts i frågan.³¹

Antag att pantsättaren äger 5 000 aktier av samma slag. De förvaras av tredje man utan förvaltarregistrering. Ägaren vill pantsätta antingen 1 000 av dessa eller så många som vid varje tidpunkt täcker pantgälden. I övrigt vill han fritt föfoga över de icke pantsatta aktierna. Om ytterligare individualiseringsåtgärder inte vidtas, anser jag, att båda förfarandena strider mot i svensk praxis upptält individualiseringskrav. Giltig panträtt uppkommer således inte. *Håstad* menar på i sig mycket goda ändamålsskäl, att panträtt uppstår och bibehålls i det förra, mängdbestämda, fallet utan särskilt avskiljande inom depån. Registersystemet innebär en förenklande lösning. En registrering av de 1 000 aktierna som pantsatta innebär en fullgod individualisering, och panträtten fullbordas, när denna anteckning införs på panthavarens konto.³² En försvårande pappers- och förvaringshantering undviks.

Den blott till värde bestämda och således flytande aktiemängden blir däremot

³⁰ De interna affärerna, då samme kommissionär företräder både köpare och säljare, förutsätts däremot enligt princippropositionen följa det vanliga likvidsystemets tredagarscykel.

³¹ *Håstad* har i *Sakrätt* s 254 ff och utförligare i *Fskr Hessler* s 309 ff, särskilt s 323 ff, ingående diskuterat hithörande frågor. Från praktisk synpunkt har jag inget emot att ansluta mig till hans uttunning av individualiseringskravet vid pantsättning inom ramen för en större depå. Jag anser dock alltså, att *Håstads* uppfattning i vissa stycken är oförenlig med rättsfallet *NJA 1910 s 216*, diskuterat av mig i *Traditionsprincipen* s 510 ff. Av rättskällehänsyn vill jag därför mena, att svensk rätt ännu uppställer ett mycket strängt individualiseringskrav. *Lindskog* synes ansluta sig till *Håstads* "borttolkning" av *NJA 1910 s 216*, *JT 1989-90 s 220 not 43*. *Rodhe* har intagit en strängare attityd, s 437.

³² Jag utgår från att anteckning sker samtidigt på pantsättarens konto. Eljest skulle lagregleringen vara ett intressant bidrag till frågan, huruvida rådighetsavskärning eller besittning

inte tydligare individualiserad, om inte särskilda registreringsrutiner införs; Håstad godtar ej sådan pantsättning som sakrättsligt giltig inom dagens papperssystem. Datatekniskt skulle problemet lätt kunna lösas genom att det varje dag görs automatiska omregistreringar på pantsättarens och panthavarens konton i relation till börsens slutkurser. För det fall nuvarande ordning bibehålls, att det av bankerna fastställda pantvärdet på börspapperen inte fluktuerar dagligen, behöver omregistrering ske endast när pantvärdet ändras. Jag anser nämligen, att pantsättarens rådighet över övervärdet utgör en mindre fara för panträtten än en bristfällig individualisering. Skulle det visa sig, att aktievärdet hos det pantsatta sjunkit och panten därigenom urholkats, är det snarast en följd av säkerhets-havarens oförsiktiga riskavvägning. Han löper för övrigt samma risk beträffande exempelvis underlaget för ett företagshypotek, varför inga principiella stötestenar borde ligga i vägen, även om gällande svensk rätt nog ser annorlunda på saken (jfr dock *NJA 1987 s 105* och *HD 28 nov 1989, s 580, 581*).

För *förvaltarregistrerade* aktier bibehålls nuvarande ordning att anmälan till förvaltaren om pantsättning är sakrättsmoment utan registerinblandning. Det kan ifrågasättas om den ordningen är lämplig. För att förebygga varje osäkerhet vill jag, med min uppfattning av gällande rätt, rekommendera att förvaltarregistrerade aktier ägarregistreras vid pantsättning och att pantsättningen således antecknas på pantsättarens aktiekonto. Dagens för många aktörer angenäma anonymitet går därmed tyvärr förlorad. Åtgärden att ägarregistrera ger dessutom upphov till transaktionskostnader, som kanske inte är helt försumbara. Väsentligt är dock, att de i vart fall är långt mindre än i dagens pappershantering.

3.4 *Dubbelförfoganden och extinktionsförvärv*

Jag skall försöka bli mindre utförlig, när det gäller det två andra klassiska sakrättskonflikterna, tvesala (dubbelförfogande) och extinktivt godtrosförvärv. Även för dessa situationer har den sakrättsliga effekten anknutits till registrering av förvärvet med tillägg av krav på god tro hos förvärvaren, 6:3–4 aktiekontolagen.

Den dagliga journalföringen är avsedd att ske klumpvis efter börsdagens slut eller påföljande dags morgon. Här kan tyckas lura en fara att dubbelförfoganden blir enkla att genomföra. Antag att ägaren ger en kommissionär säljorder, som också strax utförs genom SAX-systemet; en kontroll på säljarens aktiekonto visar inga inskränkningar i rådigheten. Någon timma senare går säljaren till en annan kommissionär och låter pantsätta samma aktier, vilket kan komma att genast re-

ingstagande är det väsentliga momentet för sakrättslig fullbordan. Jag har hittills inte haft anledning att frågå min ståndpunkt, att rådighetsavskärande inte alltid räcker.

gistreras i både journal och på konto. När sedan säljkommissionären gör anteckning i dagliga journalen, finns redan pantsättningen införd. Har dessutom registrering på aktiekonto skett, är panträtten sakrättsligt fullbordad. Skulle mot förmodan panthavaren vara i ond tro, måste den emellertid enligt 6:3 st 2 aktiekontolagen uppges i förhållande till aktieköparen. Men vem är aktieköparen?

Antag alltså att en köpkommissionär förvärvat de 10 000 aktierna i ursprungs-exemplet, *avsnitt 3.2* ovan. Av dessa var 100 föremål för tvesala och 100 överlätna av en som saknade rätt till dem. Från köparsidan sett är det alltså bara säljkommissionären som är synbar.³³ Det tycks alltså praktiskt sett inte finnas annat alternativ än att köpkommissionären vid sitt förvärv alltid är i god tro om bakomliggande säljares obehöriga dispositioner. Endast i slumpsituationer kan en normal börsköpare vara i ond tro, när registrering på hans aktiekonto skall äga rum. För övrigt har i doktrinen ansetts, att i fall av handelskommission endast kommissionärens subjektiva insikt bör vara avgörande.³⁴ Problemet ligger emellertid inte här utan i det förhållandet, att det regelmässigt blir outrett vem som förvärvat de aktier, varöver förfogandet var obehörigt.

Hur skall eller bör systemet förfara, om den förste förvärvaren och rätte ägaren i nyssnämnda fall på något sätt hinner göra anteckning för sig, innan den godtroende förvärvaren blir registrerad på aktiekonto? Flera kronologiska situationer är tänkbara, men jag nämner blott ett exempel på dubbelförfogande. Antag att detta består i först en pantsättning och sedan en samma dag före pantregistrering skedd försäljning. Pantsättningen hinner fullbordas samma dag genom registrering i journal och på konto. Morgonen därpå sammanställer sälj- och köpkommissionärerna sina uppgifter för registrering i den dagliga journalen. Vägras åtgärden för hela aktiemängden i exemplet på den grund att för 100 av säljkommissionärens 10 000 aktier finns en konkurrerande anteckning? Eller inflyter anteckning om försäljning av 9 900 aktier? Skulle samtliga 10 000 aktier antecknas som sålda, är det måhända ett systemfel, som i sig grundar strikt ersättnings-skyldighet för VPC enligt 7:1 aktiekontolagen.

Vad inträffar i detta läge på köparsidan, där kommissionären alltså vill registrera förvärv av 10 000 aktier för tio huvudmäns räkning? Det finns endast 9 900 obelastade att tillgå. Skall någon av köpkommittenterna bli tappande eller skall bristen fördelas på alla tio, eventuellt proportionellt? Återigen har vi upplysningen, att marknaden inte accepterar delleverans. Men skall då säljkommissio-

³³ Det fallet att säljkommissionären handlar oredligt eller utan uppdrag upptas inte här; förvärvarens goda tro är tillräcklig utan besittningsövergång, 54, 55 §§ KommL, vilket måste antas gälla även här aktuella aktier; se även SOU 1988:63 s 127 ff.

³⁴ Uppfattningen stammar från Hult och har sedan godtagits i doktrinen, se Håstad, Sakrätt s 68 med hänvisningar. Jfr Hessler, Fskr Welamson s 244 ff.

nären stå ansvaret och täcka de obehörigt disponerade aktierna ur eget lager? I vart fall torde han inte hinna få legalpant, eftersom den registreringen förmodligen äger rum samtidigt med säljrapporten och således senare än den nyinförda konkurrerande anteckningen. En annan variant är förstås att i stället köpkommissionären går in, accepterar den partiella leveransen och håller sina huvudmän skadeslösa ur eget lager.

Bör inte även dessa fall i stället betraktas på sätt som är likartat med vad som tidigare förordades beträffande det individualiserade äganderättsanspråkets förlust i och med sammanblandningen? Uppriktigt sagt vet jag inte. Registreringen på den obehörigen disponerande har visserligen inte avförts, men i och med avslutet finns i vart fall ett konkurrerande förvärv till en total aktiemassa, vari de omtvistade aktierna ingår. Att den förfördelade kan sägas ha företräde till köpeskillingsfordringen som surrogat framför den obehörigt disponerande, hjälper inte alltid fullt ut vid fluktuerande kurser. Och konkurrenten har förvisso ännu inte vunnit äganderätt till individualiserade aktier. Det gör han i praktiken först vid ett senare stadium och det ganska slumpmässigt. När den fullbordande aktiekontoregistreringen sker, kan det inte utläsas varifrån just dessa aktier härstammar.

Självklart bör även ett aktiekontobaserat system skydda förfördelade parter, vars rättigheter till vissa aktier utsätts för nu diskuterade obehöriga förfaranden. Men att knyta detta skydd till godtrosprövning på motsidan, när det gäller normal kommissionshandel, förefaller vara ett missgrepp. I en riksdagsmotion framställdes från sakrättslig synpunkt vissa betänkligheter mot den föreslagna ordningen.³⁵ Utskottsmajoriteten däremot godtog propositionen, främst med hänvisning till förhållandena inom fastighetsrättens registersystem. Paralleller drogs mellan anteckningen i den dagliga journalen och möjligheten att erhålla vilande lagfart.³⁶ Jämförelser med lagfarts- och inteckningsförhållanden är emellertid starkt missvisande, eftersom individualiseringen i sådana fall aldrig kommer i fara.

3.5 *Slutsatser och egna lösningsförslag*

Som vi sett kan aktiekontolagens sakrättsliga reglering innebära en ökad säkerhet i vissa hittills svårbedömda pantsättningsfall och i enstaka transaktioner vid sidan av den normala börshandeln. När de gängse förhållandena med kommissionärstransaktioner konfronteras med det nya VP-systemet, framstår det som föga realistiskt och långt ifrån klarläggande. Handeln försiggår oftast med paket av uppdrag på både sälj- och köpsidan. En svårgenomtränglig sammanblandning äger rum; överlåtelse och förvärv har inget direkt samband. Den slutliga till-

³⁵ Motion 1988/89:L20 B Fiskesjö m fl (c).

³⁶ Betänkande 1989/90:LU5 s 11 f.

delningen bestäms slumpmässigt, ett förhållande som ytterligare accentueras redan vid avslut enligt det nya SAX-systemet. För tydlighets skull bör tilläggas, att redan dagens handel med i och för sig materialiserade VPC-brev har vissa likartade sammanblandningsdrag som gör skuldebrevslagens sakrättsreglering mindre lämpad. Handel med förvaltarregistrerade papper sker dessutom i båda systemen helt anonymt.

Innan jag ger förslag till ett mera säkert sakrättssystem bör kort noteras, att nu behandlade komplikationer inte torde bli föremål för det ganska stränga kontrollansvaret, som grundar *skadeståndsskyldighet för VPC* och varom stadgas i 7:2–3 aktiekontolagen. De uppkomna oklarheterna har nämligen inte sin grund i någon felaktighet från VPC:s sida. VPC har emellertid strikt ansvar för den förlust, som drabbar förfördelad vid olika former av godtrosförvärv, 7:1 aktiekontolagen.³⁷ Svårigheten ligger också här i att den uppkomna förlusten knutits till att annan registrerats som ägare eller panthavare. Men när man inte längre vet vem som registrerats just för de aktier, som utsatts för obehörigt förfarande, blir regeln som den står i vart fall föremål för tolkningssvårigheter. Det är lätt att finna den förfördelade, men det är omöjligt att säga att en viss registrering på förvärvarsidan föranlett förlusten.

Bristen i VP-systemet, som jag ser den, ligger i det successiva fullbordandet av sakrättsliga förfoganden och i den tidsutdräkt, som trots allt är avsedd att föreliggja mellan avslut och anteckning i den dagliga journalen. Systemet skulle bli förstklassigt, om i stället *SAX-systemet kopplades samman med avstämningsregistret*. Ett avslut skulle då omedelbart registreras i den dagliga journalen. Denna måste i sin tur kopplas till innehållet i "huvudregistret", dvs aktiekontona, så att eventuella äldre rådighetsinskränkningar omedelbart ger utslag, om det görs ett försök att sälja en sådan aktie. Avslut i SAX skulle då förhindras. Alternativt kunde den utbudna bunten i vårt gamla exempel genom automatik sakna de senast diskuterade 200 aktierna (*ivesala och bristande förfoganderätt*). Posten består alltså endast av de 9 800 aktier, som är fria från belastningar. De sakrättsliga verkningarna skulle i ett sådant säkrare system kopplas till just avslutet och den samtidiga anteckningen i den dagliga journalen. Förvärvande kommissionär och därmed köparna blir omedelbart ägare, och de förfördelade på säljarsidan förlorar sin rätt till aktierna.

³⁷ 7:1 AKL: „Om till följd av 6 kap 3–5 §§ ett förvärv av aktier gäller mot den som ägde dem eller mot någon till vars förmån en rådighetsinskränkning gäller, har denne rätt till ersättning av VPC för sin skada till följd av förvärvet.

Första stycket tillämpas också, om till följd av 6 kap 6 § en pantsättning av aktier gäller mot den som äger aktierna eller mot någon till vars förmån en rådighetsinskränkning gäller.“

Fördelen med det skisserade förfarandet är att dubbelförfoganden knappast blir möjliga. Den som först antecknats i den dagliga journalen blir först berättigad, eftersom varje åtgärd registreras omedelbart när den företas. Skulle exempelvis en pantförvärvare söla med registreringen, får han skylla sig själv om en försäljning hinner emellan. Konkurrens om första registrering skulle inte bli slumpartad som nu, när omsättningstransaktionerna kommer in i systemet först på kvällen eller morgonen därpå.

Något större behov av ett särskilt godtrosrekvisit finns knappast. Även om det för tydlighets skull vore inriktat på köpkommissionärens subjektiva föreställningar vid avslutet, ger ett godtroskrav ingen beaktansvärd hjälp åt den förfördelade. Köpkommissionären vet nämligen i SAX-systemet inte vem som är motkommissionär, än mindre vem som är säljare. Den faktiska matchningen råder för övrigt endast maskinen över, inte aktörerna på börsen. Samtidigt kunde dock sägas, att ett godtroskrav inte gör större skada och kanske kan bibehållas just för svårtänkbara undantagssituationer. I vart fall kunde det lugna en eller annan kritiker av systemet. Dessutom behövs det naturligtvis vid pantsättning och direkta överlåtelser utanför börshandeln.

Det kanske vore lämpligt att låta VPC stå ett strikt ansvar även för skador, som uppkommer i den av mig föreslagna ordningen. Det skulle befordra en allmän börstrygghet och ett starkt förtroende för systemet. Att VPC därvid skulle ha företräde till inflytande köpeskilling framför den disponerande framstår som självklart.³⁸ Tydligheten kan tänkas fordra att även en sådan regel lagfästs. Jag har i det tidigare utgått från att säljkommissionären agerar i god tro. Gör han inte det, bör VPC kunna regressa fullt ut mot honom på sätt som redan stadgas i 7:5 aktiekontolagen.

Samma sakrättsliga verkningar av den omedelbara avslutsregistreringen bör också tillämpas, när *säljarens borgenärer* gör anspråk på aktier som lämnats för överlåtelse eller pantsättning (se borgenärsskyddsdiskussionen i *avsnitt 3.3* ovan). Så snart en exekutiv åtgärd registrerats i journalen, förhindras varje försäljning. Har sådan registrering av bl a konkurs eller utmätning inte skett, är aktien alltså jämt fri för omsättning. I och med avslut upphör aktierna att ingå i överlåtarens utskökningsunderlag eller konkursbo.

Till samma lösning har jag kommit efter komplicerade resonemang beträffande kommissionshandel redan enligt aktiekontolagen som den ser ut i dag. Ett förtydligande i lagtext kan emellertid inte skada. Enligt min uppfattning kan samma syn anläggas på förfoganden utan kommissionärsförmedling. Jag vill alltså på-

³⁸ Surrogatet i form av köpeskilling kan dock komma att förbrukas på vägen, om de agerande kommissionärerna har skaffat legal panträtt eller anses vara kvittningsberättigade.

fordra, att själva *avtalslutet med omedelbar journalanteckning* läggs till grund för borgenärsskydd. Att avvakta införande på förvärvarens aktiekonto skulle inte behövas, även om så regelmässigt sker omedelbart i andra sammanhang än förvärv via kommissionär. Jag upprepar, att den för likvidhanteringen nödvändiga tvåstegsmodellen inte i sig bör ge upphov till sakrättsliga överväganden. En hastig jämförelse med lösöresakrätten visar, att vi för länge sedan upphört att vägra borgenärsskydd i traderat gods, som är behäftat med äganderättsförbehåll.

Några särskilda surrogationsregler förefaller inte nödvändiga i sammanhang med frågan om borgenärsskydd. Köpeskillingen är ändå på väg till säljande gäldenär. Hans borgenärer måste dock i vanlig ordning konkurrera med eventuella pant- eller kvittningsrätter hos de inblandade kommissionärerna.

3.6 Några ytterligare sakrättsfrågor

Jag lämnar de sakrättsliga frågorna med några minnesnotiser för framtida undersökning av ytterligare ett antal intressanta fall, som inte framstår som helt klara. De kan förhoppningsvis ge uppslag till värdefull debatt på Juristmötet.

Kommissionärens insolvens är en frågeställning, som särskilt sysselsatt kommissionslagskommittén i betänkandet SOU 1988:63. Hur långt sträcker sig huvudmannens separationsrätt, och hur går det för säljarsidan, om köpkommissionären går i konkurs före utgivande av köpeskillingen? Det kan bara erinras om de hårda inskränkningar som enligt 56 § kommissionslagen gäller för rätten att rikta direktkrav mot huvudmannen.³⁹ Oavsett om i förra avsnittet skisserade reformer kommer till stånd av sakrättsreglerna i VP-systemet, innebär detta beaktansvärda fördelar genom att registreringen individualiserar kommissionärens aktieinnehav och att tvekan inte skall behöva uppstå om vad han innehar för egen och för andras räkning. En förutsättning är förstås att även en insolvent kommissionär agerar lojalt mot sina huvudmän och medkontrahenter.

En annan diskussionsfråga rör *tidpunkten för en aktieköparens rätt att själv disponera över den förvärvade aktien*. Från visst håll lär nämligen ha anförts, att dagens VPC-aktier är disponibla, först när köparen fått dem i handen via sin kommissionär. En sådan inställning är svårbegriplig, om den inte föreskrivs av rena ordningsregler för god sed i fondhandeln. Rättsligt sett har en aktieköpare redan i och med avslut förvärvat en fordringsrätt, som han fritt kan disponera över. Sakrättsligt skydd i olika riktningar kan dock vara mer eller mindre svåruppnåeligt, varför fordringsrätten kan ha svårt att finna en marknad.

Sedan VPC gjort nödvändiga omregistreringar, utfärdas enligt gamla ordningen

³⁹ Se kommissionslagskommitténs varsamma reformering av 56 § KommL, förslagets 52, 53 §§, specialmotiv s 265 ff med klara hänvisningar till de fylliga allmänmotiven.

ett aktiebrev i köparens namn. Därigenom sker nödvändig individualisering för att fulla sakrättsliga verkningar skall kunna uppstå. Så länge brevet finns kvar hos VPC, krävs emellertid dess inblandning i egenskap av depositarie. Ett meddelande om vidareövelåtelse, denuntiation, skulle räcka för borgenärsskydd eller företräde vid dubbeldisposition; även exstinktivt godtrosvförvärv är möjligt den vägen, åtminstone om VPC är i god tro om överlåtarens dispositionsrätt.⁴⁰ Nästa steg är att VPC levererar aktiebrev till fondkommissionärerna på angivna huvudmot-tagningskontor i Stockholm. Detta kommissionärens fysiska besittningstagande skall tillgodoräknas huvudmannen/köparen enligt allmänna kommissionsrättsliga grunder.

Det nya kontobaserade systemet torde medföra avsevärda förenklingar, såvitt avser dispositionsfrågorna. Så snart köparens förvärv registrerats på aktiekonto, utövar han enligt 6:1 aktiekontolagen de fulla ägar rättigheterna. Redan vid anteckning i den dagliga journalen kan emellertid en köpare enligt min mening disponera över aktien fullt ut, låt vara att sakrättsliga verkningar enligt aktiekontolagens ordalydelse i flera fall är knutna till att denna registrering fullföljs med anteckning på konto. Risken av bristande registreringsfullföljd bärs emellertid av en presumtiv ny förvärvare och kan knappast sägas påverka köparens förfoganderätt. En fordringsrätt kan det i vart fall aldrig vara tal om, sedan individualisering väl skett genom journalanteckningen.

Ytterligare en praktiskt viktig fråga är, om särskilda lagregler krävs för *andrahandspant*sättning av aktier i VP-systemet.⁴¹ I svensk praxis har uttryckligt fastslagits, att det är pantsättningarnas kronologi, som dikterar företrädesordningen vid successiva pantupplåtelser, *NJA 1982 s 336*. I vilken ordning det sakrättsliga momentet vidtas är utan betydelse. Klarhet och reda skulle befordras, om i aktiekontolagen intogs en undantagsbestämmelse. Den andrahandsupplåtelse som först antecknas på konto skulle ha företräde trots parternas inbördes överenskommelse. Är flera andrahandspanthavare överens om att likväl vid pantsättarens insolvens göra avsteg från registerkronologin, står det dem fritt. Men vid uppkommande tvist vore den nu föreslagna regeln att föredra.

När den praktiska hanteringen av dagens VPC-brev berörs, uppkommer även frågan vilken *stoppningsrätt* som kan utövas inom systemet, innan köparen har aktien i fysisk besittning i sitt bankvalv. Kan även *äganderättsförbehåll* eller liknande säkerhet förekomma? Kommissionärens panträtt framgår av 31 och 36 §§ kommissionslagen. Mot dessa säkerheter kan ställas de krav på eget kapital, som

⁴⁰ Om det ovissa kravet på depositaries goda tro, se Hessler, Fskr Welamson s 246 ff; Håstad s 63. För egen del är jag tveksam till att intolka det kravet i åberopade *NJA 1931 s 741*.

⁴¹ Jfr Svenska bankföreningens remissyttrande, prop 1987/88:108 s 133 f.

gæller for fondkommissionærer og banker till tryggende av att kommissionærerna själva skall kunna genomföra avtalade dispositioner och inte sætta kommittenternas rätt i fara genom våghalsiga affärer. Den under senare år riskabla options-handeln har krævt sina offer.

Min sakkunskap från det praktiska børslivet är i denna del alltför liten för att jag skall ha någon åsikt. Allmänt kan bara sägas, att köplagen inte efter bokstaven tillämpas på børs-handeln. Stoppningsrætsreglerne 39–41 §§ anses dock i stort sett vara uttryck för okodifierade allmänna rætsgrundsater. Det nya kontobaserade systemet medför också för dessa situationer en förbättring, i vart fall genom att individualiseringsfrågorne förenklas avsevärt. De stränga likvidreglerne och den därtill knutna successiva registreringene kan i sig liknas vid stoppningsrætt och äganderætsförbehåll. låt vara att reglerne adressat är ett obestämt köpkommissionærskollektiv.

4. Obligationsrætslige frågor

Når sakrætslige problem skall diskuteras, kan en entusiast som synes bli alltför ordrik. Stundom måste även en sakrættare erkænne, att hans konstruktioner sællan hör hemma på den juridiske vardagstaffeln. De dagsaktuelle frågor og problem som oppkommer är oftast av obligationsrætsligt slag. Jag skall här nærmast i punktform peka på några, som kanske får en bættre løsning i ett fullt utbyggt papperløst system.

Leveransførseningar, som har sin grund i bristende tillgång till överlåtna aktiebrev, torde helt kunne elimineres i VP-systemet. En annan i dag diskuterd fråga rör vilket ansvar som föreligger att *presteræ till rætt förvärvare*, når avslut sker flere gange samme dag. Antag att en køpkommissionær tror sig ha gjort en fördelaktig affær på børsdagens morgon men att den slutlige matchningen visar att han antecknats på ett eftermiddagsförvärv till betydligt ofördelaktigare kurs. I dag lær sådana misstag repareras av kommissionærerne i avsikt att hålla kunderne skadesløse. Men i en alltmer automatiserd hantering kan det naturligtvis tænkes, att även børsen eller VPC skall ålæggas ett strængere ansvar.

Borgenærrens *passivlegitimation* är ett kårt æmne inom skuldebrevsrættene. För ett aktiebolag är det av ytterste vikt att kunne presteræ utdelninger eller emissionsrætter till rætt mottagere, dvs att betalingene sker med for bolaget befriende verkan. Är mottagaren materielt rætt borgenær, oppstår inga svårigheter. Problemen ligger i att bolaget skall kunne förlita sig på registeroppgifterne når det betalar/presterær, oavsett om den registrerde i det læget redan overlåtit eller på annat sætt förlorat sin materielle rætt.

För *aktier* finns legitimationsreglerna i 12:3 och 4:3 aktiebolagslagen. Befriande är betalningen, om mottagaren på avstämningsdagen är registrerad som berättigad. Härtill krävs emellertid god tro från både bolagets och VPC:s sida. Aktiekontolagen gör härvidlag ingen skillnad.⁴² När det däremot gäller *ensidiga skuldförbindelser* enligt 9 kap aktiekontolagen saknas märkligt nog kravet på god tro hos VPC. Endast gäldenärens culpösa okunskap om registrets materiellt missvisande upplysning förhindrar befriande betalning.⁴³

Skuldebrevslagens snåriga legitimationsregler bygger på en klar uppdelning mellan reglerna för betalning, "infriande", avseende huvudstoden, 19 §, och betalning av ränta och planenlig amortering, två särreglerade fall i 16 och 20 §§. Genom departementets konstruktion av 9:7 aktiekontolagen, "behörig att ta emot betalning med anledning av en skuldförbindelse", har detta sinnrika system gått förlorat. Vad som enligt skuldebrevslagen gäller för infriande har utsträckts till att i aktiekontolagen gälla även för räntebetalning. Jag kan här inte fördjupa mig i konsekvenserna av denna förmodligen inte helt övertänkta lagkonstruktion.

Efter förslag i doktrinen har departementet dessutom i 9:8 aktiekontolagen infogat regler om *extingibla och bestående invändningar* genom en direkt hänvisning till 15–18 §§ skuldebrevslagen.⁴⁴ En sådan åtgärd skadar kanske inte, men det praktiska värdet synes mycket begränsat. De extingibla invändningarna i 15 § och kvittningsreglerna i 18 § har jag svårt att se aktualiserade beträffande skuldförbindelser för massomsättning. Kan det, för att ta ett drastiskt exempel, förekomma att ett bolag utställer konvertibler under utpressningstvång? De bestående invändningarna i 17 §, särskilt behörighetsmissbruk, träffas av samma område. Det förefaller otänkbart att hela styrelsen drabbats av galenskap vid emissionsbeslutet, än mindre att hela stämman gjort det. Och vilket förfarande i datorsystemet skall analogiseras till invändningen om skuldebrevets förfalskning? En lagteknisk motstridighet uppstår måhända mellan legitimationsregeln i 9:7 aktiekontolagen och hänvisningen till 16 § skuldebrevslagen i fall av befriande räntebetalning till överlåtaren, då överlåtelse skett efter förfallodagen. I fråga om aktier saknar för övrigt aktiekontolagen motsvarande reglering av utfärdande bolags invändningar gentemot ny innehavare

5. Aktiekontolagens ikraftträdande och övergångsbestämmelser

Aktiekontolagen har hittills trätt i kraft endast med avseende på försäkringsbolaget Trygg-Hansa. Övriga avstämningsbolag skall successivt inträda, så att sy-

⁴² Ändringen i ABL (SFS 1989:831) är i denna del endast redaktionell.

stemet kan vara fullt utbyggt 1991. När det gäller övergångsbestämmelserna har särskilt intresse riktats mot hur man skall förfara med uteliggande aktiebrev.

För bolag som redan vid ikraftträdandet är avstämningsbolag, skall VPC låta införa tillgängliga uppgifter ur aktieboken på aktiekonto för de berättigade, 4 § lagen (1989:828) om införande av aktiekontolagen. De gamla VPC-aktierna upphör därmed utan makuleringsförfarande att bli bärare av aktierättigheter. I kupongbolag, som övergår till att bli avstämningsbolag, krävs enligt 5 § att de gamla aktiebrev presenteras för kontoregistrering; aktiebrev skall därefter makuleras.

Både förfarandet och skilda alternativa lösningar har diskuterats ingående.⁴³ Utrymme saknas att i denna rapport närmare beröra ett icke föraktligt antal frågor härom. Jag slutar således med en uppmaning till grannländernas deltagare att på denna och andra punkter redovisa de eventuella problem, som uppkommit i där redan introducerade papperslösa värdepapperssystem.

Litteratur i urval

- Betänkande, lagutskottets 1989/90:LU5. Kontobaserat aktiesystem.
- Göranson, U. Traditionsprincipen. De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning. Uppsala 1985.
- Hessler, H. Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer, Stockholm 1973.
- Bör vi göra oss av med värdepapper? I: Festskrift till Lars Welamson. Stockholm 1988, s 235–250.
- Håstad, T. Sakrätt avseende lös egendom. 3 uppl. Stockholm 1986 jämte supplement 1988.
- Några problem rörande panträtt i en värdepappersdepå. I: Festskrift till Henrik Hessler, Stockholm 1985, s 309–342.
- Lindskog, S. Om separationsrätt i samband med kommission. JT 1989–90 s 207–232.
- Proposition, regeringens. 1987/88:108 om ett kontobaserat system för registrering av aktier m m (princippropositionen).
- 1988/89:152 om kontobaserat aktiesystem (lagförslagen).

⁴³ I VP-betänkandet krävdes god tro även hos VPC och därjämte hos kontoförande institut vid räntebetalning på obligationer, förslagets 57 §. Ursprungsförslaget gav upphov till intressant kritik av Hessler. Fskr Welamson s 244 ff. som tydligen väl radikalt beaktades i departementsbearbetningen.

⁴⁴ Jfr Hessler. Fskr Welamson s 248 not 33.

⁴⁵ Se särskilt Muncks analys i bilaga till prop 1988/89:152.

Rodhe, K, Handbok i sakrätt, Stockholm 1985.

- Bort med de alltför många värdepapperen – förslag till ett värdepapperslöst kontobaserat VPC-system. I: Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887–1987, Stockholm 1987, s 517–529.

SOU 1988:13. Handel med optioner och terminer.

SOU 1988:29. Förnyelse av kreditmarknaden.

SOU 1988:63. Kommission och dylikt.

SOU 1989:72. Värdepappersmarknaden i framtiden.

VPC, Kontobaserat värdepapperssystem. System- och författningsförslag 86-09-18, [utgivet inom ramen för VP-projektet av Värdepapperscentralen VPC AB, Solna] (stencil).

- Kartlägningsrapport 1985-01-02. Förstudierapport 1985-05-24 (stenciler).

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Erkki-Juhani Taipale

Accept af risiko (risikoovertagelse)
og samtykke som civil- og
strafferetlig problem

Rishtagande och samtycke som civil- och straffrättsligt problem

Av Justitierådet ERKKI-JUHANI TAIPALE, Finland.

I första hand skall den som vållats skada själv bli lidande. En annan person kan för skadan ställas till rättsligt straffansvar eller civilrättsligt skadeståndsansvar endast om det kan påvisas föreligga sådana förutsättningar, med stöd av vilka han skall dömas till straff och/eller skadestånd för en gärning som medfört skadan. *Beteende som inte är normenligt – en lagstridig handling eller försummelse – är sådan förutsättning.*

Ett beteende som strider mot normerna leder dock inte nödvändigtvis alltid till straff- eller skadeståndsansvar. Det finns skäl på grund av vilka ansvaret inte uppstår eller ansvaret uppstår begränsat. En omständighet på grund av vilken sådan handling som i och för sig motsvarar brottsbeskrivningen för en normstridig gärning inte anses vara rättsstridig, kallas rättmätighetsgrund. En persons samtycke och rishtagande då han blivit föremål för rättskränkning anses vara en sådan. Stadgandena i den skrivna lagen inom såväl straffrätten som civilrätten är tämligen knapphändiga beträffande rättmätighetsgrunden. Betydelsen av samtycke och rishtagande som rättmätighetsgrund har dock inte ifrågasatts i rättspraxisen och inom rättsvetenskapen. En rättsinnehavare anses med stöd av den bestämmanderätt som tillkommer honom hos en annan person kunna stifta subjektiv rätt att lagligen göra intrång i rättsinnehavarens egendom eller i någon annan av hans rättsliga nyttigheter. Vad som görs med stöd av en sådan rätt innebär rättskipning, varför gärningen inte strider mot rättsordningen om detta sker inom ramen för god sed.

Rättsinnehavaren kan även utan att stifta subjektiv rätt tillåta någon annan att göra intrång i hans rättsliga nyttighet. Han kan avstå från sin invändning beträffande rättskränkning. Han inskränker sitt rättsskydd och kan härvid inte påstå att det han givit sitt samtycke till är rättskränkning (*volenti non fit injuria*).

En persons samtycke och medvetna rishtagande att utsätta sig för kränkning gör inte alla handlingar rättmätiga. Den skrivna lagen innehåller inte några allmänna stadganden, med stöd av vilka det entydigt kan fastställas när samtycke och rishtagande kan betraktas som rättmätighetsgrund. Denna fråga har i

hög grad fått utredas såväl straff- som civilrättsligt i rättspraxisen och inom rättsvetenskapen. Trots att problemet i grund och botten är detsamma är ställningstagandet inte identiskt inom dessa båda rättsområden. Till straffrätten hänför sig det allmänna intresset som er väsentlig del varför de principer som inom straffrätten tillämpas på rättmätighetsgrunden inte nödvändigtvis som sådana lämpar sig för utredning av civilrättsliga skadeståndsfrågor. I vissa fall tillmäts samtycke inom straffrätten ingen betydelse. Detta beror på att avsikten med straffsanktion är att skydda det allmänna intresset. I liknande fall kan samtycke dock tillmätas avgörande betydelse vid bedömningen av skadeståndsskyldigheten. Situationen kan även vara den motsatta. Handlingen anses inte vara straffbar men skadeståndsskyldigheten kvarstår trots detta.

Det förefaller därför sakenligt att nedan behandla problemet från såväl straffrättslig som civilrättslig synpunkt.

1. Samtycke och risktagande som straffrättsligt problem

Inom straffrätten har frågan väckt den livligaste debatten till den del huruvida samtycke överhuvudtaget kan utesluta gärningens straffbarhet eller huruvida samtycke som strider mot god sed eller samtycke på andra grunder skall lämnas obeaktat. Härvid har frågan gällt handlingar som vållat enbart personskador. Beträffande gärningar som medför saksador har samtycke lättare kunnat tillmätas betydelse i fråga om uteslutande av straffbarhet, emedan gärningen riktat sig endast mot annans egendom och sålunda inte i lika mån kränker statliga eller samhällseliga intressen. I debatten har uppmärksamheten härvid överförs från gärningsmannens förfarande på gärningens påföljder. Avsikten med gärningen har dock tillmätts betydelse vid avgörande av frågor i anslutning till gränsdragning.

En central fråga inom samtyckeläran är från vilka intressen givaren av samtycke giltigt kan avstå och i vilken omfattning. Detta har inte kunnat besvaras entydigt och olika aspekter har framlagts. Skillnad har gjorts mellan å ena sidan oöverlåtlig fördel och å andra sidan överlåtlig fördel. Som kriterium har betraktats huruvida en fördel kan ersättas eller återställas. Givande av samtycke har ansetts vara möjligt om det är fråga om fördel som skall gottgöras. De som framlagt en annan synpunkt i ärendet har ansett att den s.k. intresseteorin eller teorin om rättslig nyttighet är riktigare och bättre tillgodoser praxis. Enligt denna teori indelas intressen i offentliga och enskilda.

Samtycke skulle innebära att en gärning som hänför sig till enskilda intressen vore rättmätig. Denna teori har kritiserats genom att påpeka, att det inte råder någon skarp gräns mellan offentligt intresse och enskild fördel och att även be-

varandet av enskild fördel kan vara förknippat med betydande offentligt intresse. Enligt en tredje synpunkt kan samtycke tilmätas sådan betydelse som gör gärningen rättmätig, men endast under förutsättning att rättsordningen erkänner att viljan hos den som givit sitt samtycke är avgörande med avseende på ifrågavarande intresse och likaså upp till graden av kränkning. Huruvida rättsordningen erkänner att viljan hos den som givit sitt samtycke är avgörande med avseende på det kränkta rättsliga intresset är däremot en fråga som skall avgöras separat för varje intresse som utgör ett skyddsobjekt. Huruvida rättsordningen ger sakägaren bestämmanderätt med avseende på väckande av åtal eller inte för kränkning kunne ge stöd för denna bedömning.

Det har tidigare nämnts att de stadganden som i den skrivna lagen gäller ärendet är knapphändiga. I vissa stadganden i strafflagen omnämns uttryckligen betydelsen av samtycke för gärningens straffbarhet. Så är fallet exempelvis beträffande uppsåtligt brott mot liv i 21 kap. 3 § Finlands strafflag, enligt vilket lagrum dödande på den kränktes begäran skall bestraffas, men lindrigare än för dråp eller mord. I några andra stadganden förblir gärningen straffbar (exempelvis „vit slavhandel“), trots att den skulle ske med den kränktes samtycke. I de lagstadganden som gäller avbrytande av havendeskaper och sterilisering finns däremot noggranna stadganden om den kränktes samtycke. I sådana fall medför bedömningen av samtyckets betydelse inte några problem.

I vissa andra lagstadganden har omnämnts sådana brottsbeskrivningar att det på grund av ordalydelsen kan förutsättas att en straffbar gärning sker endast mot den kränktes samtycke. Sådana brott är exempelvis våldtäkt och rån.

Frågan om huruvida någon ostraffbart får misshandlas med sitt samtycke har lett till åsiktsutbyte. I de flesta fall har som gräns för straffbarhet i debatten fastställts gränsen för grov misshandel och lindrigare misshandelsbrott.

I samband med debatten beträffande betydelsen av samtycke har det i stor utsträckning accepterats en åsikt enligt vilken samtycke utesluter rättsstridighet i fråga om brott mot frihet. Likaså anses kränkning av en enskild persons ära med den kränktes samtycke inte vara straffbar. Av brott som riktas mot förmögenhet och som begås med den kränktes samtycke förblir sådana ostraffade som riktas endast mot enskilda intressen. Däremot straffas sådana brott där det samtidigt är fråga om exempelvis kränkning av offentlig trovärdighet, oberoende av om den person som tillfogats skadan samtyckt till detta eller inte.

Ovan har behandlats främst sådana fall i vilka samtycke anses ha givits till en viss gärning eller följd av gärning. På exakt samma sätt skall inte värderingen ske av de gärningar som uppfyller brottsbeskrivningen, då samtycke till risk innebär risktagande som medför att gärningen kan få en viss påföljd. Härvid är det fråga

om samtycke till risk. Det är allmännare i det dagliga livet och hänför sig särskilt till ett flertal idrottsgrenar, fritidsaktiviteter samt medicinska prov och vårdåtgärder.

Det godkänns exempelvis generellt att de skador, även av allvarigare slag, som vållats vid boxning, ishockey och fotboll kan bli ostraffade. Vid boxning är miss-handel av motståndaren rentav karakteristiskt för denna idrottsgren. På motsvarande sätt är risken för handikapp stor vid ishockey och fotboll. Godkännandet grundar sig på att ifrågavarande idrottsgrenar är allmänt accepterade i samhället. En idrottsman som deltar i en boxningsmatch eller i ett fotbolls- och ishockeyspel anses vid deltagandet ha accepterat, att risken kan konkretiseras på ett för idrottsgrenen typiskt sätt. Ostraffbarhet förutsätter att godkända spelregler iakt-tas och att avsikten inte varit att medvetet skada motståndaren.

Beträffande samtycke har inom straffrätten dryftats hur det bör vara uttryckt för att vara giltigt. Skall samtycke uttryckligen uttalas eller är konkludent uttryck tillräckligt? Som stöd för de olika synpunkterna har man bl.a. hänvisat till rätts-handlingsteorin, enligt vilken samtycke bör betraktas som rättshandling liksom även viljetrycksteorin. Dessa teorier anses numera ha fått ge vika för viljein-riktningsteorin, enligt vilken enbart viljeinriktningen som tillåter en handling ut-gör tillräcklig rättmätighetsgrund. Enligt teorin kan ett giltigt samtycke i princip anses föreligga, då innehavare av ett lagskyddat intresse faktiskt har godkänt ifrågavarande förfarande. Beträffande de juridiska verkningarna av samtycke saknar det betydelse hur givaren av samtycke har uttryckt sin ståndpunkt. Givet-vis löper den som hävdar att samtycke givits risken för bevisning.

Samtycke bör föreligga vid begynnelsestidpunkten för en gärning för att det skall ha sådan verkan som utesluter rättsstridighet. Sedan gärningen begåtts kan givet samtycke inte ändra gärningens karaktär. Å andra sidan anses ett samtycke som givits i efterhand innebära avstående från att framlägga straffanspråk.

Samtycke bör motsvara en gärning som sker och även på något sätt gälla en in-dividualiserad gärning. Samtycke som erhållits genom vilseledande är ogiltigt. För att samtycke skall vara giltigt förutsätts även att den som ger sitt samtycke har uppnått för dess givande nödvändig mognad och att han är i besittning av er-forderlig andlig hälsa. Därför kan från fall till fall även samtycke som givits av en mindreårig eller av en andligen svagt utvecklad person utesluta gärningens rätts-stridighet.

Givet samtycke kan återkallas. Som undantag från fritt återkallande av samtyc-ke har nämnts sådana fall i vilka ett viktigt offentlighetsintresse talar för att samtycke inte skall återkallas, exempelvis samtycke till intagande på vårdanstalt för alkoholister. Det kan även finnas fall där återkallande av samtycke inte har kommit till gärningsmannens kännedom och han har begått sin gärning i tron på

att samtycke föreligger. Gärningen är i detta fall inte rättmätig, men det kan anses att gärningsmannen då inte heller har handlat uppsåtligen i samtliga situationen. Villfarelse med avseende på samtycke kan som grund för eftergift utesluta handlingens straffbarhet.

Betydelsen av samtycke och risktagande inom den praktiska straffrätten är inte påfallande. I rättspraxis har det knappast förekommit att domstolarna i konkreta fall har hamnat att dryfta betydelsen av samtycke som en faktor som utesluter straffbarhet. Detta minskar dock inte betydelsen av samtycke som en straffrättslig befrielsesgrund. Orsaken till de fåtaliga rättsfallen torde å andra sidan vara rådande stor enighet i fråga om de allmänna straffrättsliga principer som gäller samtycke. Åtal väcks inte i sådana fall där man på förhand kan sluta sig till att samtycke utesluter gärningens straffbarhet. En andra grund kan vara att föremålet för kränkning betraktar behandlingen av skadeståndsärendet som en primär fråga varvid framläggande av sekundärt straffanspråk inte förefaller särskilt viktigt.

2. Samtycke och risktagande som civilrättsligt problem

Enligt den ledande principen inom skadeståndsrätten skall en skada som tillfogas någon uppsåtligen eller genom vållande ersättas. Uppsåtligen har den handlat som genom sitt förfarande avsett att vålla skada eller som är medveten om omedelbar uppkomst av skada som en följd av sitt förfarande. Vållande däremot är vårdslöshet; det förfarande som vållat skada avviker från vad som för förebyggande av skada kan förutsättas av en omsorgsfull person i egenskap av skadevållare.

Samtycke anses vara en klassisk grund för friskrivning från skadeståndsansvar. Ett skadeståndsanspråk nedläggs rätt ofta genom att påstå att den skadelidande uttryckligen eller indirekt givit sitt samtycke till skadan eller accepterat skaderisken. Det heter därför att han gått miste om sin rätt till skadestånd. Det är fråga om ett förhållande som utesluter ansvar och den åtgärd som vållat skadan kan inte anses rättsstridig. Beträffande samtycke är det sålunda fråga om stadganden med stöd av vilka den skadelidande på grund av sin egen inställning helt eller delvis går miste om skadeståndet, som han annars skulle vara berättigad till.

Skadeståndet kan jämkas på grund av den skadelidandes egen medverkan. Jämkningsen kan i vissa fall leda till att vederbörande överhuvudtaget inte ådöms något skadestånd. Frågan om hur samtycke inverkar på medverkan har gett upphov till olika synpunkter bland de nordiska rättsvetarna. Bengtsson har utförligt redogjort för olika forskares ställningstaganden till frågan. Agell och Bengtsson anser med beaktande av något olika situationer, att tyst samtycke och motsvarande risktagande i första hand egentligen skall betraktas som en culpabedömning

faktor och först i andra hand som medverkan. Accepterande av en betydande skaderisk kan dock inte som sådant anses utesluta culpaansvar. Med anledning av dessa synpunkter har Karlgren påpekat, att samtycke är en särskild grund för friskrivning från ansvar som är betydelsefull då det gäller en märkbar skaderisk. Detta kan i vissa fall leda till att skadeståndsskyldighet inte föreligger trots den svarandes ovarsamhet.

Är risken så omfattande och allvarlig, att samtycke inte kan tillmätas någon betydelse beträffande friskrivning från ansvar, kan risktagandet dock bli beaktat som medverkan till skadan.

I dansk rätt är påståendet „accept af risikoen“ av väsentlig betydelse; en skadelidande behandlas i en rad fall som om han samtyckt att löpa en risk, förbunden med hans relation till skadevållaren, och han går därför miste om ett skadestånd som han annars skulle ha fått. Han använder särskilt känslig egendom i utsatta sammanhang eller går med på att arbeta på ett farligt ställe. Det är närmast Trolle som utvecklat sådana tankegångar, men även Anders Vinding Kruse har delvis anslutit sig till dem, och i rättspraxis har de ibland framträtt. Också i Norge synes samtycke ha viss betydelse vid sidan av vållandebedömningen, om också resonemanget inte är så vanligt i domstolarnas praxis. Av de finländska forskarna har Saxén ansett vara riktigt att behandla den skadelidandes medvetna risktagande på samma sätt som övriga fall av medvållande från hans sida, med påföljd att rätten till skadestånd inte helt bortfaller, men att skadeståndet kan jämkas, någon gång ända till noll. Helt generellt kan man säga att medvållande föreligger om den skadelidande insett eller bort inse skaderisken och bort förfara annorlunda för att undvika eller minska skadan. Saxén framför dock som en ytterligare reservering, att skadeorsakaren kan förklaras ansvarsfri inte blott enär hans ansvar jämkats till noll till följd av den skadelidandes medvållande, utan även på grund av att skadeorsakaren inte alls befinnes ha varit culpös. Härvid kan den skadelidandes medvetna risktagande vara en av de omständigheter, ofta den viktigaste, som talar för att culpa inte föreligger.

Den skadelidande har på förhand, innan skada vållats, kunnat ge sitt samtycke till skadan eller på förhand kunnat avstå från att yrka på skadestånd i händelse av skada. I praktiken är sådant uttryckt eller indirekt samtycke till skada eller avstående från skadestånd mycket sällsynt. I de flesta fall förklarar den skadelidande att han med sitt samtycke avsett något annat än sådan skada som tillfogats honom, eller att samtycket inte gällt skadan utan endast skaderisken. Med andra ord förklarar han sig ha givit motparten tillstånd till en viss åtgärd, men förnekar att han avstått från sin rätt att framställa skadeståndsanspråk, om åtgärden skulle medföra skada. Undantagsvis kan samtycket dock anses gälla även själva skadan. Exempelvis vid en boxningsmatch och en medicinsk operation bör man utgå från

att åtminstone någon slags skada accepterats på förhand. Är uppkomsten av skada säker eller uppenbar vid givande av samtycke, innebär detta avstående från rätten till skadestånd. Samtycke till risk påminner om friskrivning från ansvar från skadevållarens sida som den skadelidande accepterat. Skillnaden mellan friskrivning från ansvar och samtycke är att i det förra fallet avses direkt skadestånd medan samtycke till risk gäller konkret verksamhet. Den betydelse som tillmäts samtycke och avstående från skadestånd kan under vissa förhållande minska. Detta är fallet i fråga om personskador. I Sverige ändrades jämningsstadgandet i 6 kap. 1 § skadeståndslagen så att „skadestånd med anledning av personskada kan jämkas, om den skadelidande själv uppsåtligt eller genom grov vårdslöshet har medverkat till skadan“.

Beträffande finsk rätt konstaterar Saxén att den som generellt avstått från framtida skadeståndsanspråk, är dock berättigad att få skadestånd för uppsåtligt vållade skador samt ofta även då skadan uppstått genom grovt vållande. Enligt Saxén förhåller man sig restriktivt till giltigheten i fråga om sådant samtycke som gäller kroppslig oantastlighet, hälsa, frihet eller ära. I varje fall är det tvivelaktigt i fråga om „att obehörigt underkasta sig risken“. Beträffande samtycke till skaderisk är det fråga om den skadelidandes medvetna risktagande. Den skadelidande har inte accepterat att själv bli lidande och har inte avstått från sitt eventuella skadeståndsanspråk. Den skadelidande kan anses själv ha medverkat till uppkomsten av skada, om han borde ha insett skaderisken och därför förfarit annorlunda. Hans vållande kan ha varit medvetet eller omedvetet. En skadelidande som varit medveten om skaderisken har inte alltid förfarit culpöst. Vållande förutsätter att han borde ha handlat annorlunda. Medveten oaktsamhet, ett medvetet risktagande förutsätter vanligen en möjlighet att välja olika verksamhetsmodeller och det kan inte antas föreligga något sådant, om de skadelidandes beteende eller förhållandena inte ger anledning till detta. Saxén nämner ett exempel på detta: en person som går längs vägkanten har inte godkänt risken att bli skadad trots att han varit medveten om att han eventuellt kan bli påkörd av en bilist. Det kan inte heller sägas att en åskådare som inlöst inträdesbiljett till en ishockeymatch skulle ha godkänt en sådan risk att en puck som flyger ut mot åskådarläktaren skadar honom. Det anses ankomma på arrangören av idrottstävlingar eller motsvarande tillställningar för allmänheten att sakenligt trygga de tävlades, övriga deltagares och allmänhetens säkerhet.¹

¹ FHD (Finlands Högsta domstol) 1975:30 En deltagare i det s.k. Tahko-skidloppet hade slagit sitt huvud mot en järnvägsskena, som befunnit sig på ungefär 165 cm:s höjd över marken. Skenans befintlighet över spåret var icke att anse som en sådan risk vid skidning, som borde beaktas på förhand, och ansvaret för skidruttens planerare förminskades icke av ett omnämnande i ett till deltagarna utdelat informationsblad, att deltagandet i loppen

Därför bör en ishockeyspelares eller en arrangörs ansvar inte bedömas olika beroende av om pucken träffat en åskådare eller en utomstående. Att delta i ett jaktparti innebär inte heller givande av samtycke till de skador som uppstår vid jakt. Likaså kan det inte anses att en arbetstagare, som godkänt att hans arbetsplats är belägen på ett farligt ställe, skulle ha godkänt risken att bli skadat genom sin arbetstagares eller arbetskamrats vållande. Beträffande det sistnämnda skall betydelse även tillmätas det faktum att arbetarskyddsnormerna är förknippade med offentlig intresse och att arbetstagaren underlyder sin arbetsgivare.

De skador som uppstår vid fall på en hal gata eller ett halt golv är beklagligt vanliga. Ofta har den skadelidande kunnat konstatera att skaderisk föreligger eller han borde ha insett detta. Har han haft orsak att röra sig på en plats som visat sig vara farlig, har samtycke ansetts vara obefintligt eller så ringa, att skadestånd har erlagts till fullt belopp.² Bör man förhålla sig annorlunda till en person som

skedde på eget ansvar.

FHD 1975:64 Under en av en förening arrangerad ishockeymatch hade från planen en puck flugit in på den s.k. långsidans åskådarläktare och träffat en person bland publiken mot munnen, varvid denne fått blesyrer. Enär skadan inträffat på ett sätt som var typiskt för en ishockeymatch och den även kunde anses vara förutsebar och då matchens arrangör icke visat sig ha uppfyllt sin plikt att draga försorg om att åskådarna hade varit tryggade mot en dylik skada, var föreningen ansvarlig för den uppkomna skadan.

FHD 1982:84 Under förjoggingen före en volleybollmatch, som anordnats av en förening, hade bollen flugit ut mot publikläktaren på gymnastiksalens långsida och träffat en person bland publiken i ögat, vilket förorsakat blindhet. Emedan skadan var oförutsedd och publikläktarens placering hade uppfyllt de krav som skäligen kunde uppställas med tanken på publikens säkerhet, förkastades den skadades talan om ersättning med anledning av skada.

FHD 1982:105 Medan en skidförenings funktionär övervakade hoppövningar i en hoppbacke för träning av pojkar, hade en åttaårig pojke, som kallats att följa med övningarna, börjat gå tvärs över backen framför avsprängstället och hamnat framför den hoppare, som samtidigt åkt utför backen, samt blivit skadad. Skidföreningen och tränaren ålades på grund av sitt vållande ersätta de uppkomna skadorna.

FHD 1983:123 Under en av ett aktiebolag arrangerad vintertravtävling hade en travhäst som deltog i den till följd av det hala väglaget halkat på den isiga travbanan och fallit varvid den erhållit skador vilka ledde till att den måste avlivas. Enär bolaget i egenskap av tävlingens arrangör inte hade vidtagit nödiga åtgärder för undvikande av den störtnings- och skaderisk, som uppstått på grund av det synnerligen hala väglaget och som var ovanlig för travtävlingar, ålades bolaget att betala skadestånd till travhästens ägare. Hingstens ägare ansågs ha medverkat till skadans uppkomst genom att tillåta att hingsten deltog i en tävling som genomfördes under sagda riskfyllda väglagsförhållanden.

FHD 1989:129 Belysningen på en travbana hade slocknat under en travtävling. Hästarna hade i mörket törnat mot varandra och skadats. Travbanan hade inget reservbelysnings-system. Då arrangören av tävlingen inte hade vidtagit sådana skyddsåtgärder som hade ankommit på honom dömdes han att utge skadestånd till ägarna av de skadade hästarna.

² FHD 1980:42 Avtalsförhållandet mellan gårdsägaren A och hyresgästen B ansågs på gundval av en praxis som fortgått under flera år ha fått det innehållet att envar av hyresgästerna själv drog försorg om snöarbetena på och sandningen av vägarna på husets gårdsplan i

olovligen rör sig på ett farligt område? I finsk rättspraxis, visserligen på 1950-talet, har det ansetts att skadestånd kan jämkas. Då en berusad person obehörigen hade tagit sig i en trappuppgång och där skadat sig i otillräckligt utrustade utrymmen, jämkades skadeståndet till halva beloppet. Likaså jämkades skadeståndet när en berusad person hade gett sig in på ett bristfälligt skyddat järnvägsområde och där fallit utför ett stup. I svensk rättspraxis (NJA 1973 sid. 14) hade en person kommit till skada då han obehörigen gett sig in på mörk byggnadsplats, som på grund av försummelse av byggnadsentreprenören varit riskabel att besöka.

HD framhöll att den skadades handlande inte kunde anses ha innefattat en sådan kränkning av bolaget eller dess rätt som skulle kunna befria bolaget från ansvar för vårdslösheten. I stället jämkades skadeståndet till $\frac{1}{3}$ på grund av medvällande. Bengtsson konstaterar att detta synsätt har för övrigt förekommit också i fallet, då barn gett sig in på förbjudet område eller dylikt och där kommit till skada. Det är inte fullt klart hurudant olovligt intrång som skulle befria från culpaansvar. Bengtsson anser det vara möjligt att intrång i en byggnad som inte är öppen för allmänheten, oberoende av om det är fråga om en bostadsbyggnad eller någon annan lokal, är en sådan situation där den skadelidande skulle få klara sig utan skadestånd. Man torde kunna anta att fallet är detsamma i fråga om skador som tillfogats den som begår ett brott genom olovligt tillägnande eller något liknande, även om skadan inte sker inomhus. En inbrottstjuv som halkar på trappan till en villa, som är objekt för hans inbrott, är sålunda knappast berättigad till skadestånd. Bengtsson konstaterar dock att även motsatta tankar framlagts.

Risiktagandet är kanske främst förknippat med fritidsaktiviteter och hobbyer av olika slag. Även ansvarsfrågorna aktualiseras oftast i samband med dessa. I ett tidigare sammanhang nämndes redan boxning som till väsentliga delar går ut på

den mån de ansåg detta påkallat. För den skull förkastades B:s talan mot A som gick ut på ersättning för att B hade skadat sig då han fallit på en osandad och hal gårdsväg.

FHD 1980:89 Personer vilka som kunder besökt en självbetjäningbutik hade, då de avlägsnat sig från butiken, tagit vägen över den illa belysta gårdsplanen för byggnaden, som ägdes av ett bostadsaktiebolag, för att komma till ett närbeläget torg och härvid fallit i en för bilkörning avsedd fördjupning som ledde nedåt under gårdsnivån och saknade skydds-räcken. I fallet hade de skadat sig. Bostadsaktiebolagets disponent och medlemmarna i dess direktion dömdes till straff för vållande av fara och vållande av kroppsskada, begångna i en gärning, samt förpliktades att solidariskt med bostadsaktiebolaget utge skadestånd, vars belopp jämkades på grund av de skadelidandes egna vållande.

FHD 1989:114 Upprätthållaren av en flygstation ansvarade för att flygstationen var planerad och byggd på ett för allmänheten betryggande sätt och att den sköttes så att säkerheten inte äventyrades. Därvid skulle beaktas att det finns människor som på grund av sjukdom, skada, lyte eller av annan orsak rör sig på ett avvikande sätt. Då flygstationens golv var så halt att det inte motsvarade dessa krav ålades flygstationens upprätthållare att erlagga skadestånd till en passagerare, som halkat och skadat sig.

misshandel av motståndaren. Här är det fråga om att acceptera medveten misshandel inom ramen för boxningsreglerna. Även ett flertal andra idrottsgrenar, särskilt lagsport, är förknippade med risken att en medtävlare kan skadas. I de flesta fall undgår skadevällaren skadeståndet. Enligt Saxén grundar sig detta på mild culpabedömning som beror på denna som sådan accepterade art av verksamhet.

Det väsentliga härvid är ju att samtliga deltagare har inlett spelet eller leken frivilligt. De är beredda att löpa risken och har ofta även skyddat sig mot denna. I dessa liksom i vissa fall är risktagandet en central faktor vid bedömningen av huruvida skadevällarens förfarande har varit culpöst. Vid idrott och liknande aktiviteter som är förknippade med godtagbar samhällig betydelse, förefaller skadeståndsskyldighet att uppstå då skadevällarens culpograd är grov. Detta är fallet då någon brutit mot fastslagna spelregler eller spelregler som annars godkänts att efterföljas.

Det är allmänt känt att risktagandet skall tillmätas större betydelse i samband med sakskada. En närliggande synpunkt i förhållande till risktagande är objektiv egenrisk, som varit aktuell särskilt i dansk rätt. Enligt denna synpunkt kan den skadelidande förpliktas att själv helt eller delvis stå för risken som hänför sig till värdefulla och ömtåliga föremål. Denna påminner tydligt om medverkan utan medvällande. Det kan talas om objektiv egenrisk då den skadelidande på något sätt handlat aktivt och hans förfarande innefattat en viss risk för hans omgivning. Faran är strängt taget inte förknippad med utomstående, den gäller egendomens beskaffenhet och innebär en ekonomisk risk för ägaren. I Danmark har domstolarna i vissa fall reducerat skadeståndet till ett mindre belopp än den verkliga skadan förutsätter. Exempelvis har stilleståndsersättning i ett fall (UfR 1955. 416H) reducerats för bil av speciell typ för vilken det tog extraordinärt lång tid att skaffa reservdelar.³

Beträffande strikt ansvar anser Hakulinen i Finland att samtycke saknar betydelse. Därmed avser han i första hand exempelvis att normalt risktagande som gäller passagerare i flygplan eller tåg eller personer i motsvarande situation inte hänför sig till friskrivning från ansvar. Betydelsen av samtycke och risktagande skall dock i regel bedömas i samband med det lagstadgande som reglerar strikt ansvar. Såsom Saxén påpekar kan även en skadevällare som bär strikt ansvar be

³ FHD 1989:21 A:s rörelse bestod till största delen av bilreparationer och dessutom av försäljning av reparerade bilar. A hade för provkörning överlämnat en till försäljning inlämnad bil till B. Under provkörningen hade B förorsakat skada på bilen. Då A inte hade kaskoförsäkring för bilen och inte visat, att han före provkörningen skulle ha informerat B härom, jämkades B:s skadeståndsskyldighet.

frias från skadeståndsansvar då den skadelidande handlat „på egen risk“. En sådan friskrivning från ansvar kan visserligen motiveras genom att skadeståndet på grund av medvållande jämkas till noll, men ofta är det riktigare att avstå från skadestånd genom att konstatera, att avsikten med den lagstiftning som strikt ansvar grundar sig på inte är att skydda ifrågavarande handlande „på egen risk“. Det bör beaktas att i Sverige är jämkning inte alltid möjlig i fråga om personskador.

Samtycke och samtycke till risktagande kan förekomma som ett klart yttrande eller givandet av ett sådant framgå av omständigheterna. I det senare fallet talas om underförstått eller implicerat samtycke. Med detta bör inte jämföras ett s.k. hypotetiskt samtycke som innebär att samtycke antas ha givits om detta begärts. I och för sig skulle beaktandet av ett hypotetiskt samtycke vid culpabedömningen inte utgöra hinder för att den skadelidande kan anses ha samtyckt till riskabelt förfarande, om möjlighet till sådant funnits. Om hypotetiskt samtycke dock godkänns som grund för friskrivning från ansvar är gränsen mellan skadeståndsansvar och friskrivning från detta ansvar diffus och grundar sig i samtliga fall på efterhandsbedömning. Ett domstolsutslag måste därför grundas på bedömning, emedan jämförande av hypotetiskt samtycke med uttryckt samtycke skulle försätta den skadelidande i en orimligt svag situation.

Då kunde skadevållaren anses handla på den skadelidandes risk. Trots att ett hypotetiskt samtycke som sådant tillbakavisas kan det inte helt sakna betydelse. I enstaka fall kan det dock anses komplettera de förhållanden och omständigheter som utgör grunden för helhetsbedömningen av huruvida det i enskilda fall finns förutsättningar för friskrivning från ansvar. Som exempel nämner Agell en fastighetsägare som tidigare ofta givit sitt samtycke till arbeten på grannfastigheten som skadar hans fastighet. Han är bortrest då skada uppstår och det är högst sannolikt att han även denna gång givit sitt samtycke om han varit på plats. Det förefaller orimligt om hypotetiskt samtycke inte kunde tillmätas någon betydelse som en faktor för uteslutande av culpa.

Jag har ovan behandlat frågor som hänför sig till samtycke och risktagande i relationerna mellan å ena sida skadevållaren samt å andra sidan skadelidanden och/eller den offentliga makten. Denna relation är inte den enda med tanke på undersökningen av problemet. Vid utredning av skadestånd är försäkringarna numera av väsentlig betydelse. Försäkringsgivaren deltar allt oftare i utredningen av skadefall och sköter utbetalningen av ersättningarna. Samtycke och risktagande har även sin givna betydelse vid fastställandet av försäkringsgivarens ersättningsskyldighet, oberoende av om försäkringstagaren är skadevållare eller skadelidande. I denna framställning har jag medvetet lämnat effekten av samtycke och risktagande obeaktad i samband med försäkringsgivarens ersättningsskyldighet, emedan frågan är omfattande och förtjänar att behandlas separat.

LITTERATURFÖRTECKNING:

- Agell, Anders. Samtycke och risktagande (Stockholm 1962)
- Anttilla, Inkeri – Heinonen, Olavi. Riksoikeus ja kriminaalpolitiikka (Helsinki 1977). ¹⁾
- Bengtsson, Bertil. Skadestånd vid sport, lek och sällskapsliv (Stockholm 1962)
- Bengtson, Bertil. Om jämkning av skadestånd (Stockholm 1982).
- Hakulinen, Yrjö. Velvoiteoikeus I (Helsinki 1965). ²⁾
- Hellner, Jan. Skadeståndsrätt (Stockholm 1985).
- Honkasalo, Brynolf. Suomen riksoikeus, yleiset opit, I osa (Helsinki 1948). ³⁾
- Kivimäki – Ylöstalo. Suomen siviilioikeuden oppikirja, yleinen osa (Porvoo 1973). ⁴⁾
- Routamo, Ero – Hoppu, Esko. Suomen vahingonkorvausoikeus (Helsinki 1988). ⁵⁾
- Saxén, Hans. Skadeståndsrätt (Åbo 1975).
- Saxén, Hans. Tillägg till skadeståndsrätt (Åbo 1983).
- Taxell, Erik. Till frågan om den skadelidandes medverkan i utomobligatoriskt skadeförsakande (1944 JFT).

Översättningar av titlarna:

- 1) Straffrätt och kriminalpolitik
- 2) Obligations rätt I
- 3) Finlands straffrätt, allmänna läror, del I
- 4) Lärobok i Finlands civilrätt, allmän del.
- 5) Finlands skadeståndsrätt

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Karen Dyekjær-Hansen

Franchising

Indholdsfortegnelse

- I. Indledning
- II. De karakteristiske indhold af en franchiseaftale.
 - 1. Identifikation af de afgørende kriterier.
 - (1) genstand: En flerhed af industrielle ejendomsrettigheder, herunder et varemærke/forretningskendetegn.
 - (2) formål: Franchisetagers virksomhed skal fremstå som ensartet med franchisegivers etablerede forretninger.
 - 2. Sammenligning med andre aftaletyper.
- IV. En typisk franchiseaftale.
- III. Lovregulering af franchiseaftaler med henblik på beskyttelse af parterne eller andre, eller lettelse af samhandlen.
- V. Særlige spørgsmål i forhold til eksisterende lovgivning.
 - 1. Angående indplacering af franchiseaftaler i lejelovens system.
 - 2. Anvendelse af reglerne om produktansvar i forhold til parterne.
 - 3. Den konkurrenceretlige vurdering under EF reglerne.
 - 4. Særligt om anvendelse af reglerne om opsigelses og goodwill beskyttelse for andre mellemhandlere.
- VI. Afslutning med konkluderende teser.

Franchising

Af advokat KAREN DYEKJÆR-HANSEN, Danmark.

I. Indledning

Interessen for franchising er steget betydeligt indenfor det seneste årti. Medens emnet før 1980 var så godt som uomtalt udenfor U.S.A. er franchising nu behandlet flere gange indenfor den juridisk/økonomiske litteratur. Det første spørgsmål, der typisk indleder enhver fremstilling, er det terminologiske: Hvad er franchising?¹

Det findes efterhånden adskillige (forsøg på) en begrebsbestemmelse. Den mest vellykkede er efter min opfattelse den ikke særlige præcise eller korrekte, men på den anden side meget beskrivende karakteristik af fænomenet:

Franchising er en kloning af en forretning.

Ved denne karakteristik indfanges straks det væsentlige ved forretningsformen franchising: Man duplikerer en virksomhed i en række kloner spredt ud over det geografiske område, der ønskes dækket. Derved får man en MC Donalds, en Kentucky Fried Chicken, en Computerland, en Holiday Inn, en Rodier butik, et Fitness center m.v. placeret som kloner af de oprindelige første virksomheder.

Den første franchiseorganisationen antages normalt at være den af Singer Symaskiner i 1920'erne i USA etablerede gennem oprettelse af Singer butikker overalt i USA. I nutiden er de mere dominerende de store fastfood kæder, men der er efterhånden adskillige eksempler indenfor en lang række andre brancher.

Definitionen af franchising som kloning af en forretning er klart ikke anvendelig i juridisk sammenhæng f.eks. i en aftale eller lovtekst, og karakteristikken fortæller ej heller hvad for et fænomen, der refereres til, når betegnelsen anvendes. Er det selve forretningen („klonen“), der er en franchise eller er det samarbejdet, der betegnes herved, eller er franchise de juridiske definerbare rettigheder, der er genstand for samarbejdet?

Ved at undersøge hvordan ordet faktisk bruges, vil det ses, at betegnelsen franchising ofte anvendes som en betegnelse for en *form for distribution/afsætning* af varer, parallelt med f.eks. detailsalg, kædesalg eller markedssalg. Beslægtet hermed

¹ I ikke engelsksprogede fremstillinger opstår endvidere det sproglige spørgsmål. Hvad skal begrebet kaldes på dansk/svensk/tysk? I dette indlæg anvendes uden forsøg på fordanskning den engelske terminologi Franchising. Der ses intet vundet ved at opfinde et ord som f.eks. frankisering.

betegnes franchise af virksomhedsøkonomer som *en form for økonomisk organisation af driften* parallelt med fex datterselskabsetablering, antagelse af forpagtere, indkøbskæder m.v. Disse økonomiske definitionsforsøg fokuserer naturligt på de driftøkonomiske aspekter og/eller den måde, på hvilken varerne søges afsat på markedet. Under en juridisk anskuelsesform forsøges typisk en mere analytisk definition, og franchising anvendes da typisk til at betegne *en specifik aftaletype* parallelt med fex licensiering, leasing, forpagtning, pantsætning. Betegnelsen „en franchise“ anvendes enten om genstanden for en overdragelse parallelt med fex et varemærke eller know-how, eller som en særlig rettighed, dvs et juridisk „knu-depunktbegreb“.² der kombinerer retstiftende kendsgerninger og retsfølger, parallelt med fex en panteret eller en ejendomsret.

Som eksempler på „juridiske“ definitioner kan nævnes følgende:

– „franchise means a *contract*, agreement or arrangement, ..., between two or more persons, by which a franchisee is required to pay a franchise fee in consideration for any of the following:

- (i) a right to engage in the business ... organized and directed by the franchisor ...
- (ii) the right to engage in a business which is associated with the franchisor's trademark ...

(fra Provensens Albertas Franchise Act R.S.A. 1980 c f 17)

– Le franchising se définit comme *une méthode* de collaboration ... Elle implique pour l'entreprise franchisante:

1. La propriété d'une raison sociale, d'un nom commercial, de sigles et symboles ... ainsi qui savoir-faire.
2. Une collection de produits et/ou services ...

(Definition indeholdt i vedtægterne for den franske Fédération Française du Franchisage).

– Med franchising avses ett kontraktsbundet *samarbete* mellan franchisegivare och franchisetagare enligt vilket en franchisegivare mot ersättning medger en eller flera franchisetagare att driva viss näringsverksamhet med användande av franchisegivarens näringskännetecken, varumärken eller andra särskilda varukännetecken.

(par 1 i Förslag til Lag om Franchising, indeholdt i Betänkande av Franchisautredningen, se note 3).

– A franchise is an *agreement* ... to distribute and sell goods or a service within

² Alf Ross: Ret og Retfærdighed, København 1953, kap IV.

a specified area. A franchise business is owned by an individual and operated by him as a part of a national, regional or local chain of business

(International Franchise Association. Chicago, citeret fra R. Ericson: Franchising – en samverkansform, se note 2).

– franchise (er) en helhed af *industrielle eller intellektuelle ejendomsrettigheder* til varemærker, varenavne, butiksskilt, brugsmønstre, mønstre, ophavsret, know-how eller patenter, som benyttes ved salg af varer eller levering af tjenesteydelser til den endelige bruger.

– en franchiseaftale (er) en aftale hvorved en virksomhed mod ... vederlag overdrager retten til at benytte en franchise ...

(Kommisionens Forordning (EØF) Nr. 4087/88 af 30. 11. 1988, om anvendelse af Traktatens art 85, stk 3 på kategorier af franchiseaftaler.).

Som det vil ses, er variationerne mange. Overstående udvalg tilsigter at vise, at der mangler overensstemmelse mellem de arter af fænomener, der henvises til. Særligt ordet „franchise“ som substantiv volder vanskeligheder. I overensstemmelse med Forordning 4087/88, det svenske lovudkast samt den franske foreningsdefinition vil det være naturligt at anse „en franchise“ som *genstanden* for en aftale. En aftale, der har en franchise som genstand bliver derved en franchiseaftale, og brugen af sådanne aftaler som samarbejdsgrundlag bliver da terminologisk til franchising. En franchise må herefter være de rettigheder der overlades (jfr EF gruppe forordningen) eller selve overladelser heraf. Denne definition er imidlertid ikke i overensstemmelse med det amerikanske definitionseksempel og næppe heller med almindeligt handelsprogbrug. I den almindelige merkantile sprogbrug afgrænses og forstås begrebet en franchise med henvisning til forretningstypen og stedet hvor den ligger, og kun indirekte til de omfattede immaterialrettigheder. I merkantil sprogbrug og daglig tale vil man – svarende til Chicago definitionen – kunne få „en franchise“ på en Burgerbar i Nørregade, ikke på „varemærket Burger“.

Et forsøg på en mere eentydig begrebsbestemmelse findes nedenfor i det afsluttende afsnit. Foreløbig vil jeg så vidt muligt undlade brug af det uklare begreb en franchise og i stedet henvise til franchiseaftale.

Som ved enhver anden aftale er det afgørende for, hvilke beføjelser og rettigheder aftaleparterne gensidig overlader hinanden, ikke overskriften i sig selv, men derimod indholdet af de enkelte bestemmelser. Det analytiske spørgsmål kan herefter stilles på følgende måde:

Hvilke karakteristika skal en aftale have, for at det vil være rimeligt og naturligt at betegne den som en franchiseaftale?

II. Det karakteristiske indhold af en franchiseaftale

1. De karakteristiske elementer

Den moderne form for franchising koncentrerer sig om det, der med en amerikansk terminologi hedder business format franchising. Det er formentlig alene denne form for franchising, der giver anledning til og berettiger til en særlig undersøgelse. I forretningsterminologien kan udtrykket dog også anvendes for „straight product distribution franchising“, der i sin simpleste form alene angår forhandlingen af varer eller for „trade name franchising“, der primært angår en aftale om brug af varemærke. Disse to sidstnævnte former kan imidlertid klart ikke kvalificere til at opfattes som et selvstændigt fænomen eller institut. Der er for disse „skrabede“ former snarere tale om terminologiske forskelle mellem nordisk sprogbrug og amerikansk sprogbrug, idet man i amerikansk forretningsjura vil anvende ordet franchising på en samarbejdsform, som herhjemme hører hjemme under begrebene henholdsvis forhandleraftale eller varemærkelicens. Men gentagelse af, at der ikke er tale om faste grænser mellem franchising og andre samarbejdsformer, vil den følgende analyse fokusere på egentlig business format franchising, således at øvrige former kun vil „passe“ på karakteristikken i det omfang, der indeholdes i hvert fald en overvejende del af de for business format franchising karakteriske dele.³ På denne baggrund kan fremhæves følgende:

1) En franchiseaftale må som genstand have en flerhed af immaterialrettigheder, herunder et varemærke og forretningskendetegn, som franchisetager får ret til at benytte. I så henseende er en franchiseaftale definatorisk i familie med og på sin vis sammenfaldende med en licensaftale.

Denne flerhed af industrielle rettigheder må samtidig vedrøre en virksomheds samlede aktiviteter, herunder firmanavnet. Det vil ikke være tilstrækkeligt, at der alene overlades retten til at benytte et enkelt varemærke. Det karakteriske er, at der er tale om et „bundt“ af rettigheder, og at dette „bundt“ må omfatte alle immaterialrettigheder, der naturligt hører til en virksomhed. En franchiseaftale vedr. en brudebutik vil således omfatte navnet (eksempelvis PRONUPTIA), logoer, tegninger, mønstre (hvis franchisetager selv fremstiller de varer, der sælges,

³ Ovennævnte tredeling mellem Business Format Franchising, Straight distribution franchising, og tradenname franchising er gengivet i Betänkande av Franchiseutredningen, Statens offentliga utredningar 1987:17, Stockholm 1987 og Rolf Ericsson: Franchising – en samverkansform. Skrifter utgivna af Institut för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms universitet nr. 10, Stockholm 1981. Bjerre og Føg: Franchising, et forretningssystem for fremtiden, København 1985 anvender betegnelserne henholdsvis systemfranchising, produkt-distributionsfranchising og varemærkefranchising som en tilsvarende tredeling, men beskriver forretningsformerne således at også de to sidstnævnte indebærer andet og mere (om end i mindre omfang end ved systemfranchising) end traditionelle forhandleraftaler eller varemærkelicenser.

vil der være tale om ophavsrettigheder eller ophavsretslignende rettigheder). Blandt de industrielle rettigheder vil også være retten til at benytte evt know-how som franchisegiveren har overladt til franchisetageren.⁴

2) Det skal fremgå af aftalen at formålet er, at franchisetagers virksomhed skal fremtræde som i hovedsagen ensartet med en af franchisegiver allerede etableret og drevet virksomhed og samarbejdet skal involvere en indledende instruktion af franchisetageren og en løbende kontrol med franchisetagers virksomhed specielt med henblik på at sikre, at denne fremtræder som ensartet med franchisegivers virksomhed eller øvrige franchisetageres virksomhed. Ved at fokusere på dette element inddrages netop den for franchising så særprægede idé om kloning af virksomheder uden selskabsretlig integrering. Set fra kundens side vil en franchising ligne en filial eller en afdeling betydeligt mere end en selvstændig forhandler eller forpagter, og dette element bør indgå som centralt i karakteristikken.

Ud fra en økonomisk definition vil man formentlig se karakteristikken primært i det andet karakteristikum og i en sammenlignende analyse vil man herudover lægge vægt på selvstændighed ctr integration, jfr figur 1, skema udarbejdet til brug for i ovennævnte svenske franchisebetænkning. For en juridisk analyse ser jeg derimod selvstændigheden som en selvfølge, der ikke definatorisk indgår. Hvis man finder det oplysende kan dog tilføjes som et selvstændigt element, at aftalen er mellem to selvstændige forretningsdrivende.

De to hoved-elementer, der er fremhævet ovenfor er i overensstemmelse med definitionen i Ef Kommissionens ovennævnte forordning 4087/88 om franchiseaftaler, jfr dennes artikel 1, stk 3 punkt b, samt definitionen indeholdt i lovudkastet indeholdt i ovennævnte svenske betænkning. I en tidligere udgave af et udkast til Ef forordningen var tillige medtaget, at overladelse af rettigheder skulle ske *mod vederlag*, der skulle bestå af dels en engangsbetaling, dels en royalty. Disse elementer er udgået ud fra den korrekte observation at en rettigheds eksistens ikke bør være afhængig af det vederlag, det betales for denne eller måden, det betales på. I den nuværende forordning nævnes blot, at overladelse sker mod direkte eller indirekte finansielt vederlag. Vederlagsbetragtningen tjener formentlig til at adskille franchising fra forhandling, (idet formålet klart ikke er at adskille aftalen

⁴ Ifølge Webster's Dictionary er en franchise en særlig frihed eller en særlig tildelt ret. Det må erkendes, at denne sproglige oprindelse ikke dikterer at den ret, der tildeles, skal være en immaterialret. Ligesåvel kan tænkes på en ret til at forhandle varen, således at retten til at benytte et dertil knyttet varemærke er rent accessorisk. Selv om en juridisk definition ingen betydning har i sig selv må det erkendes, at en accepteret sprogbrug kan have betydning for retsopfattelsen. Med dette særlige ansvar for øje kan overvejes, om man ved at fokusere på immaterialrettighederne som central, snarere end forhandlerretten „ophøjer“ franchiseaftalen til mere end den er, jfr misbrugsproblematikken diskuteret i teksten nedenfor.

fra en gaveaftale) men da de ovennævnte elementer til dette brug synes mere vel-egnede, har jeg valgt ikke at medtage vederlaget som et karakteristikum.

Yderligere indeholder Kommissionsforordningen et krav om, at der i forbindelse med aftalen skal overlades know how til franchisetageren og at denne know how, på samme måde som krævet i forbindelse med Kommissionens Forordning nr. 556/89 om know how licens aftaler, skal være hemmelig og væsentlig. Almindelig professionel rådgivning og bistand til etablering af en forretning er således ikke tilstrækkeligt. Disse kvalitetsmæssige krav kan forklares og forstås i lys af den specielle konkurrenceretlige vurdering, jfr nedenfor, men kan ikke have nogen plads i en privatretlig beskrivelse. Her må professionel bistand være lige-værdigt.

EF-forordningen indeholder, foruden en definition af en franchiseaftale også en definition af „en franchise“, der, som det er gengivet ovenfor bestemmes som „en helhed af intellektuelle eller industrielle rettigheder ... , der benyttes ved salg af varer eller levering af tjenesteydelser til den endelige bruger“, og en franchiseaftale bliver herefter en aftale om udnyttelse af en franchise, dvs disse rettigheder. Definitionen er på dette punkt inkonsistent og uheldig. Som nævnt ovenfor er „en franchise“ næppe at forstå som blot en omskrivning af et bundt af rettigheder, men snarere som en beskrivelse af en særlig måde, hvorpå disse tillades udnyttet indenfor et bestemt område, grammatisk parallelt med en licens.

Af større praktisk betydning er, at forordningen ved at henvise til „salg og service“ alene kommer til at omfatte såkaldt distributionsfranchising og servicefranchising i modsætning til industrifranchising. Industrifranchising drejer sig om tilfælde, hvor franchisetageren får mulighed for selv at fremstille varer, og dette område er efter Kommissionens opfattelse så forskelligt fra distributions og servicefranchising, at det ikke kan og bør medtages under samme gruppefritagelse. Denne begrundelse er irrelevant for en civilretlig begrebsbestemmelse. En franchiseaftale, der indebærer licensret til fremstilling af varer, vil således også være omfattet at begrebet en franchiseaftale såfremt ovennævnte elementer i øvrigt er til stede.

Det er interessant, at hverken kommissionsforordningen eller det svenske lovdokument lægger nogen vægt på den del af retten, som af franchisetageren ofte anses som helt central, nemlig eksklusivretten for et større eller mindre område. Det er da også et faktum, at en egentlig eksklusivret ikke altid er medtaget i en franchiseaftale, jfr nærmere nedenfor. Dette er formentlig korrekt, men giver anledning til at erindre om, at en af de væsentligste forskelle mellem franchising i USA og Europa er, at franchising i USA (fortsat) hovedsagelig er en variation af en forhandleraftale, hvor retten til at distribuere varer eksklusivt indenfor et område er det centrale, medens franchising i Europa hovedsageligt har vundet ind-

pas indenfor det område, hvor begrebet har udfyldt et tomrum, nemlig den omfattende business format franchising. Da det netop er denne nye form, der kan berettigede til undersøgelse, og da det i denne form mere er indholdet af rettig-heden end territoriet, der er i focus, er det naturligt, at det territoriale element bliver et forhandlingsspørgsmål således som det fex selvkært er, når der tales om en almindelig licens.

Det kan også overvejes, om flerheden af franchisetagere definatorisk bør med-tages som et karakteristika. Allerede fordi dette element ville udelukke den før-ste franchisetager og igen for at fokusere på indholdet af samarbejdet, har jeg valgt at udelade som et egentlig karakteristikum, at der er flere franchisetagere.

2. *Sammenligningen mellem franchiseaftaler og andre aftaler vedr. industrielle ejendomsrettigheder*

Det følger af ovennævnte gennemgang at en franchiseaftale typisk vil have lig-hed med en licensaftale og/eller en distributionsaftale, ligesom den har ligheder med fex en forpagtningsaftale og det kan derfor være hensigtsmæssigt at analy-sere de egentlige forskelle. Det vil imidlertid ses, at en sådan analyse af forskelle er baseret på et forkert udgangspunkt. En franchiseaftale er ikke parallel med de nævnte typer, men snarere en form for kombination eller variation. Man kan si-ge, at en franchiseaftale er en licensaftale kombineret med andre elementer, og det er tilstedeværelse af disse andre elementer, der medfører, at man anvender franchisebegrebet. En aftale hvorved et firma får ret til eksempelvis at anvende varemærket Campari eller varemærket Cartier på de af licenstagere fremstillede varer er en licensaftale, men ikke uden videre en franchiseaftale. Dertil kræves, at de øvrige elementer også er tilstede, navnlig skal produktet forudsætningsvis være ensartet med det produkt, der leveres af licensgiver, og der skal være løben-de instruktion og kontrol. Det må dog accepteres, at der ikke er nogen skarp grænse mellem en udvidet knowhow/varemærkelicens og en industrifanchiseafta-le.

Med hensyn til distributionsaftaler vil et eksempel på samme måde kunne tjene til at illustrere afgrænsningen: Det forhold, at en virksomhed, fex Apple Compu-ter, udnævner en række forhandlere, gør ikke disse aftaler til franchiseaftaler. Det afgørende må være, at der ud over forhandleraftalen etableres en indentitets-ændring, således at forhandleren ikke alene er en virksomhed, der forhandler Apple Computer, men en Apple Computer virksomhed. Væsentligt i så hensende er, at forhandleren kun forhandler Apple Computer, og under nogle definitions-forsøg vil dette i sig selv være det afgørende. I den udvidede business format fran-chise analyse må man nøjes med at konstatere, at der ikke er nogen skarp grænse

mellem en mærkebundet forhandler og en franchise, men at en mærkebundet forhandling kan være en integreret del af en franchiseaftale.⁵

Angående forpagtning kan bemærkes, at forpagtningen af fex en benzinstation eller en jernbanekiosk eller et hotel har elementer tilfælles med en franchiseaftale. Der er imidlertid typisk afgørende forskelle mellem forpagtning og franchising. Ved franchising er det franchisetageren, der ejer sin forretning, men driver den på giverens koncept. Ved forpagtning er det omvendt. Forpagteren tilrettefølger selvstændigt driften (og forpagteren er ofte netop eksperten), men ejer typisk ikke ejendommen eller lejemålet. Det. franchisetageren betaler for er ikke, som i tilfældet forpagtning, retten til at bruge den faste ejendom og/eller det hertil hørende løsøre, det er retten til at benytte de immaterielle rettigheder, der er kernen. Forpagtning er således grundlæggende anderledes i struktur end franchising. Noget andet er, at forpagtning kan være et praktisk alternativ til franchising, og at der i praksis, som fex ved benzinstationer kan forekomme overgangsfænomener.

III. En typisk franchiseaftale

Under hensyn til, at franchiseaftalen er opstået i USA vil en franchiseaftale, som den findes i forretningslivet, typisk have et umiskendeligt amerikansk tilsnit. Den tilpasning til danske/europæiske forhold, som kunne forventes over en år-række sinkes i øvrigt af, at franchiseaftaler, især udenfor USA, typisk etableres internationalt. Jeg skal imidlertid her forsøge en forkortelse og sammendrag af indholdet. Vi forestiller os, at franchisesystemet angår et konditori, dvs et bageri, der sælger brød og kager som almindeligt detailsalg og samtidig serverer kaffe, the m.v. i behagelige omgivelser. Efter en indledning, der beskriver franchisegiverens herligheder, i dette eksempel, opskrifter på bagerivarer, et navn samt et samlet koncept for et bageri med indretning, logo, servetter, påklædning og adfærd af serveringspersonale, kvalitet af kaffe, sammensætning af varer o.s.v., følger aftalens dispositive bestemmelser, der som et minimum vil indeholde

- den specifikke klausul, hvorved „en franchise“ gives. Denne franchise vil referere til lokaliteten og forretningsarten: En franchise til at drive en bageri-

⁵ Bemærk, at franchisekonstruktionen og franchisebegrebet i udlandet ofte anvendes på mærkebundne benzinformidlere. Dette område er indtil videre det eneste i Danmark, med hensyn til hvilket kontraktforholdet er generelt lovreguleret, se lov no 234 af 6.6. 1985 angående Benzinformidlere. Loven er atypisk.

virksomhed på Nørregade i København. Der er selvsagt intet i vejen for at ordet franchise helt udelukkes, således at der anvendes sprogbrug fra licensaftaler: En ret til at benytte franchisegivers nærmere specificerede varemærker, know how, forretningskendetegn mv. med det formål at oprette et bageri på det angivne sted.

- bestemmelser om territoriets udstrækning og eksklusivitet. Når det drejer sig om en stedbunden aktivitet som et konditori vil den stedlige afgrænsning typisk gå ud på at franchisetager ikke er berettiget til uden samtykke at åbne andre butikker. Typisk vil franchisegiveren ikke tilbyde egentlig eksklusivitet for et angivet område, idet man vil forbeholde sig at åbne flere konditorier i samme område, hvis kundeunderlaget er det. Franchisegiver kan evt tilbyde franchisetager en fortrinsret til også at overtage sådanne evt nye lokaliteter indenfor et område. Der er ingen tvivl om, at bestemmelserne om territorialitet er af afgørende betydning for franchisetageren, og bør vurderes grundigt.
- bestemmelser om etablering og opstart af virksomheden og finansieringen heraf. Såfremt der er tale om en igangværende virksomhed, der blot skifter ejer er disse bestemmelser naturligvis af mindre betydning. Hvis der er tale om en nyåbning er de væsentlige. Typisk er det franchisetageren, der selv finansierer indretning, lejemål m.v. idet han dog samtidig forpligter sig til at følge franchisegivers koncept. Selve åbningen og averteringen heraf kan også være nøje reguleret.
- bestemmelser angående træning af franchisetager og dennes personale, indledningsvis og løbende, samt henvisning til manualer og lignende.
- bestemmelser angående benyttelse af de industrielle rettigheder, herunder specielt varemærkerne, forpligtelser til at påtale krænkelse og lignende, samt bestemmelser angående hemmeligholdelse af know how, således som disse bestemmelser kendes fra licensaftaler.
- bestemmelser angående parternes forpligtelser i øvrigt, samt fordeling af ansvar. Disse bestemmelser er af væsentlig betydning. Typisk vil blive fastslået, at franchisetager selv bærer ansvaret for virksomheden herunder for overholdelse af alle offentlige forskrifter samt produktansvaret for de solgte varer, for hvilket han er forpligtet til at tegne og opretholde en nærmere angiven forsikring.
- bestemmelserne angående betaling. Der vil typisk være tale om en engangsbetaling samt en løbende royalty, fex 5% af omsætningen. Disse bestemmelser ledsages af bestemmelserne angående afregning og kontrol, jfr hvad der kendes fra licensaftaler.
- bestemmelser angående varighed og opsigelse, samt overdragelse af virksomheden. Det er bl.a. omkring disse bestemmelser, at beskyttelseslovgivning har

vist sig mest påkrævet. I småvirksomheder („mom and pop“-franchise) vil overdragelse til ægtefælle eller arvinger være af stor betydning. Også bortset herfra vil der, trods franchisegiverens oprindelige indsats, kunne være tale om en af tager skabt good will, og det kan være meget stødende om franchisegiveren uden videre kan tilegne sig denne, når franchisetageren hører op. F.s.v. angår varigheden vil en franchiseaftale typisk være indgået på et bestemt åremål, fex 8 år, med en ret for franchisetageren til at forny aftalen for en ny periode. Derudover vil aftalen indeholde bestemmelser om opsigelse ved misligholdelse og ofte således, at en række misligholdelsestilfælde specificeres, herunder manglende overholdelse af forskrifter. Såfremt aftalen hører op, vil aftalen typisk bestemme, at alle rettigheder uden videre falder tilbage til franchisegiveren. Der vil typisk ikke være tale om kompensation for good will, tværtimod kan franchisegiveren være tildelt en særlig ret til at overtage lejemålet og købe virksomhedens faste aktiver. Det er klart, at det set fra franchisegivers side er overordentligt vigtigt at sikre sig, at der er taget højde for muligheden for at overtage virksomheden, specielt i misligholdelsestilfældene. Ligeså klart er det, at franchisetager må være overordentlig opmærksom på det reele indhold i disse bestemmelser.

IV. Lovregulering af franchiseaftaler med henblik på beskyttelse af parterne eller andre eller med henblik på lettelse af samhandlen.

Baseret på det i nordisk ret grundfæstede kontraktfrihedsprincip er det ikke overraskende, at der ikke (endnu) findes særlige regler med beskyttelseshensigt eller med henblik på at fastlægge parternes rettigheder og forpligtelser. Så vidt vides har der heller ikke været taget nogen form for seriøst initiativ hertil i Danmark og ej heller i Norge.

I Sverige har der i henhold til regeringsbeslutning af 1984 været foretaget et utredningsarbejde, der er afsluttet med den i note 3 nævnte betænkning fra 1987, indeholdende et forslag til lov. Loven er så vidt vides ikke vedtaget.

Det er interessant, at baggrunden for utredningen ikke primært har været en konstatering af et beskyttelsesbehov af franchisetageren som den formodede svage kontraktpartner. Snarere har problemet været, at franchising griber ind i det traditionelle ansættelsesforhold på en måde, der i hvert fald for arbejdstagerorganisationer har ført til et følt behov for en undersøgelse. Utredningen har herefter, trods kommissoriets generelle karakter, vist det arbejdsretlige aspekt en større interesse end normalt ses i kommentarer og undersøgelser til franchising. I alt har undersøgelsen vedr. kontraktregulering koncentreret sig om følgende aspekter.

- 1) Arbejdsretlige spørgsmål, hvor resultatet er blevet at give repræsentanter for de arbejdstagerorganisationer, som de hos franchisetager ansatte tilhører en lovmæssig ret til at blive hørt før der træffes beslutninger. Loven vedrører således ikke primært beskyttelsen af franchisetageren (som kunne sammenlignes med en bestyrer) men de ansatte hos franchisetageren, hvis medbestemmelse bliver de facto indskrænket ved at franchisetageren på grund af de bindinger, han påtager sig, reelt ikke har meget at skulle have sagt vedrørende virksomhedens tilrettelæggelse. Da jeg i øvrigt ikke vil beskæftige mig med de arbejdsretlige spørgsmål, vil jeg nøjes med her at konstatere, at den foreslåede løsning forekommer meget søgt og lidet egnet til at få nogen praktisk effekt. Det er korrekt observeret, at franchisetanken som sådan ikke passer med og ikke ville være født i et udpræget lønmodtagersamfund, hvor lønmodtagernes vældige økonomiske og politiske magt er baseret på store overalt repræsenterede organisationer, der forhandler med store selvejende virksomheder. Franchising er den lille mands selvstændighed, hvor netop den kontraktlige selvstændighed bliver det, der muliggør den driftmæssige selvstændighed. Dette mener jeg imidlertid er så nært forbundet med franchiseideen, at man ikke uden radikalt at ændre fænomenet kan regulere sig herudaf.
- 2) Beskyttelse mod urimelige aftalevilkår, hvor utredningen finder at de eksisterende regler i bl.a. aftl par 36 og 38 er anvendelige tillempt efter forholdene, dog bortset fra opsigelsesreglerne, hvor der foreslås en legal mindstefrist.
- 3) Beskyttelse af konsumenterne. Her ser utredningen et problem deri, at konsumenterne kan vildledes til at mene, at de handler med en moderorganisation, medens den reelle kontraktpartner er en betydelig mindre og svagere organisation. Her foreslås en oplysningspligt bl.a. på brevpapir. Da „forklædningen“ netop er et centralt element i franchisebegrebet, er spørgsmålet om et sådant beskyttelsesbehov særlig interessant ud fra en analytisk betragtning, og har fået tildelt sit særlige afsnit.
- 4) Konkurrenceretlige spørgsmål, hvor der henvises til eksisterende regler, herunder næringsfrihedsombudsmandens virksomhed.
- 5) Immaterialretlige spørgsmål. Her ses pudsigt nok et problem deri, at franchisetageren, fordi han anvender et andet navn end sit eget, ikke kan findes i offentlige registre under det navn, han driver virksomhed, en mangel, der naturligt nok foreslås løst ved en registreringspligt. I øvrigt foreslås ingen ændringer eller tilføjelser til reglerne om immaterialrettigheder. Dette kan tiltrædes under den observation, at franchising netop ikke er en ny form for in-

dustriel ret eller en ny form for aftalemæssig regulering heraf, men blot en samarbejdsform, der arbejder med kendte institutter.

Sammenholdes disse hovedpunkter med den retlige regulering udenfor Norden vil det ses, at der i langt de fleste lande ikke findes nogen egentlig regulering. I kompendiet udgivet af American Bar Association: Survey of Foreign laws affecting franchising, 1982 (2. udgave 1990) refereres lovgivningen i et stort antal lande, og det vil ses, at lovregulering stort set udelukkende findes i USA (hvor den til gengæld er omfattende både på statsligt og føderalt plan) og en enkelt stat i Canada (Alberta, jfr den under I citerede definition).⁶

Princippet om kontraktfrihed er ikke og kan ikke være den reelle eller fuldstændige årsag til at området er så sparsomt reguleret.

Årsagen må snarere ses i det forhold, at fænomenet er så nyt, at det eventuelle behov for regulering endnu ikke har materialiseret sig. Det er formentlig kun et spørgsmål om tid inden vi i Danmark og de øvrige nordiske og europæiske lande får en regulering, og ved denne regulering vil beskyttelsen af kontraktpartneren blive inddraget som centralt.

Denne antagelse bygger ikke primært på existensen af den svenske utredning, men primært på følgende iagttagelser:

Deklaratoriske lovregler fex købeloven, kommissionsloven, gældsbreveloven m.v. er tilblevet i en liberalistisk periode, hvor et værktøj for den frie handel i form af udfyldende aftale var et samfundsgode. Dette behov er imidlertid ikke generelt til stede ved nyere aftaleformer, specielt ikke de, der er importeret fra USA, hvor der er tradition for individuelle, meget udførlige aftaler. Når sådanne aftaleformer, som fex leasing indføres i Norden overføres brugen af standardaftaler, og vi har ikke brug for lovgivers hjælp til at udarbejde deklatoriske regler. Der er i øvrigt ikke i Norden tradition for regulering af licensaftaler.

Omvendt har nyere tid vist øget behov for (eller følt behov for) beskyttelsespræceptive lovregler. Ændringen af købelovene med henblik på at indføre særlige regler for forbrugerkøb er et tydeligt eksempel herpå. De norske og svenske regler i kommissionsloven angående beskyttelse af handelsagenter, samt det vedtagne EF direktiv om handelsagenter (Rådets direktiv 653/86 af 18.12. 1986 (EFT 1986 L 382/17) viser ligeledes beredvillighed hertil.)

Det, der indtil videre mangler, er vel egentlig blot en organisation, der presser på og/eller et tilstrækkeligt antal eksempler på misbrug.

⁶ I forbindelse med den af AIJA (Association International des jeunes avocats) i 1987 i København arrangerede kongres hvor franchising var et af hovedemnerne var der ligeledes lejlighed til en comparativ undersøgelse, hvoraf tillige fremgik, at lovreguleringen fortsat er meget sparsom.

Misbrug er en nærliggende mulighed, fordi et tilbud om en franchise spiller op til det ønske om selvstændighed, som mange „almindelige“ mennesker bærer på. Specielt for folk, der er uerfarne i forretningslivet, vil franchising tage sig ud som det eneste realistiske alternativ til en tilværelse som evig lønmodtager (eller evt. arbejdsløs). En franchisepakke giver (tilsyneladende) den uøvede alt, hvad han behøver og kan let bindes op med røde roser, selv om der reelt intet er i franchisepakken. Franchising kan, groft sagt, være en metode, hvorved man, i stedet for at betale en anden en anstændig løn (f.eks. som bestyrer) eller i stedet for at købe en andens virksomhed på regulær måde, banker en filial op i en mager egn ved at lokke franchisetagerens sparepenge fra ham til investering i en forretning, fjerner hans ansættelsesmæssige sikkerhedsnet, og derefter efter nogle års forløb tager det hele fra ham uden nogen form for kompensation. Kort sagt: man giver sin samarbejdspartner en risiko, usikkerhed og afhængighed i et omfang som ville være ganske ukendt for en gammeldags bestyrer.

Disse forhold er – selv om franchising generelt opfattes som en både positiv og givtig forretningsform – ikke ukendte i USA, hvor forretningstypen er opstået. Beskyttelseslove findes i mange stater, og på føderalt plan de af Federal Trade Commission udsendte regler, der specielt går ud på at kræve udførlig „disclosure“ før en franchiseaftale kan indgås.⁷ Enkeltstaternes lovgivning kræver ofte registrering af franchisegivere og yderligere disclosure før en aftale indgås, ligesom enkeltstaternes lovgivning forbyder en lang række former for udnyttelse navnlig gennem trussel om opsigelse. De aktiviteter, der forbydes vidner klart om bitre erfaringer f.eks. Arkansas lovgivning, der forbyder urimelig begrænsning af retten til at overdrage en franchise til arvinger eller klausuler, der kræver bidrag til en reklamefond uden at bruge denne. Dertil kommer særlige bestemmelser om, under hvilke betingelser en franchiseaftale kan opsiges. Såfremt franchising breder sig i Norden og resten af Europa på en sådan måde at ikke alene veletablerede kæder med meget strikte interne reguleringer, men også godtfolk benytter franchising i flæng til at sælge varer eller tjensteydelser er det næsten utænkeligt, at der ikke vil opstå et behov for regulering.⁸

⁷ Disclosure Requirements and Prohibitions concerning Franchising and Business Opportunity Ventures, kendt som FTC Rule 16 C.F.R. 436, effektiv pr. oct. 21. 1979.

⁸ Ifølge ovenfor nævnte samleværk: Survey of Foreign Laws affecting Franchising, ABA, har Bundesgerichtshof i Vesttyskland anvendt en lov om afbetalingskøb på franchising, idet en deri hjemlet 7 dages fortrydesret er anvendt på franchising. Dette forekommer umiddelbart en meget strakt analogi, men kan tages til indtægt for et, i hvert fald i den konkrete situation observeret, behov for forbrugerkøbslignende beskyttelse. En anden pressio er dukket op via og har medført at EF kommissionen har støttet arbejdet med gennem den selvbestaltede European Franchising Federation at etablere en frivillig Code of Ethics for Franchising. I denne er beskyttelseshensynet udtrykt gennem regler, der kræver

Jeg er ikke overbevist om at reguleringen bør følge mønstret i den svenske betænkning 1987:17. Snarere bør reguleringen følge forbilledet fra udlandet og specielt gå ud på registrering af franchisegivere, fex med Konkurrencerådet, således at såvel potentielle franchisetagere som offentligheden, herunder pressen kan blive fuldt bekendt med den forretning, der udbydes. Formålet bør ikke primært være at orientere kunderne om, at de handler med en franchisevirksomhed, men snarere at orientere potentielle franchisetagere og offentligheden i øvrigt om forretningsform og vilkår. Det kan yderligere vise sig nødvendigt at kræve, at den potentielle franchisegiver dokumenterer, at han har noget at tilbyde i form af en etableret business. Derudover kan det vise sig nødvendigt at regulere ophørssituationen, herunder specielt muligheden for et generationsskifte på franchisetagerside. Umiddelbart vil det beskyttelsespræceptive element fremtræde som det mest påtrængende, men det bør ikke overses, at bestemmelser, der reelt gør det umuligt for franchisegivere at erstatte uduelige franchisetagere med andre, kan have betydelige negative effekter.

Der er næppe behov for regulering af franchiseaftaler af hensyn til det arbejdsretlige system. Det er klart, at der både aftalemæssigt, skattemæssigt og på anden måde kan opstå tilfælde, hvor franchisetagers uselvstændighed er så omfattende, at der snarere er tale om en ansat, der bør behandles efter de for disse gældende regler. Imidlertid vil en typisk franchisetager helt klart være en selvstændig, og det synes derfor tilstrækkeligt at benytte det almindelige regelsæt.

V. Særlige spørgsmål i relation til gældende lovgivning

A. Særligt angående inplacering af franchiseaftaler i lejelovens system

Den danske lejelovgivning yder lejereren en betydelig beskyttelse. For det første er enhver lejer beskyttet mod opsigelse, og for det andet gælder særlige bestemmelser om beskyttelse af en til et lejemål knyttet erhvervsvirksomhed. Således gælder som almindeligt princip, at en lejer uden for misligholdelsestilfælde ikke kan opsiges undtagen i særlige i lejeloven par 83 nævnte tilfælde, hvoraf det praktisk vigtige er det tilfælde, hvor udlejer selv ønsker at benytte det lejede. Selv i så tilfælde kræves imidlertid et års varsel og ifølge lejeloven par 89 skal der, hvis den stedlige forbliven er af betydning for erhvervsvirksomheden, betales en erstatning til lejereren for den tabte good will. Opsigelse er ikke mulig, selv mod erstatning, hvis opsigelsen fremtræder som urimelig og ifølge par 84, litra c endda udelukket, hvis formålet er at drive en virksomhed i samme branche. Typisk vil

ærlighed i annoncering for franchisetagere og som fastslår franchisegivers pligt til at give oplysninger før kontraktindgåelse og til at yde løbende bistand.

lejerens aftalemæssigt have afståelsesret, dvs ret til at overdrage lejemålet til en ny lejer.

Forestiller man sig nu, at en franchisevirksomhed, f.eks. en restaurationsvirksomhed, hvor franchisetager står som lejer, vil det ses, at disse bestemmelser harmonerer meget dårligt med ideen om, at franchisetageren kun har lejemålet som et led i franchiseaftalen. Det er ikke muligt at opsig franchisetager-lejeren, med mindre franchisegiver selv er ejer og selv kan påvise at skulle bruge lejemålet og hvad enten franchisegiver eller trediemand er ejer af bygningen, er det simpelthen ikke muligt efter disse bestemmelser at opsig franchisetager og derefter sætte en ny ind i stedet for. Det vil ikke gøre nogen forskel, om man indretter systemet således, at det er franchisegiver, der er lejer, medens franchisetager er fremlejer, idet fremlejetageren kan påberåbe sig samme beskyttelse. Bjerre og Fog: Franchising, København 1985 løser problemet ved at betragte „forretningen“ som tilhørende franchisegiver, selv om det er franchisetager, der står som lejer. Derved vil franchisetager-lejeren ikke kunne påberåbe sig lejeloven par. 84, 88 og 89. Des ses ingen domme om fortolkning af lejeloven i relation til franchising. Den aftalemæssigt bedste løsning på problemet er at indsætte en bestemmelse i franchisekontrakten, hvor franchisetageren som lejer *forpligter* sig til at afstå lejemålet til franchisegiver ved ophør og samtidig bestemme, at franchisetageren *skal* sikre sig afståelsesret. Er dette ikke aftalemæssigt muligt at opnå, må lejemålet anses for uanvendeligt til formålet.

Ifølge det oplyste findes der i den norske lejelovgivning tilsvarende bestemmelser om opsigelsesbeskyttelse og erstatning i tilfælde af tabt kundekreds, men ej heller nogen domme.

Emnet er ikke omtalt i betænkningen afgivet af franchiseutredningen, og anses derfor ikke for at være af interesse under svensk ret.

B. Særligt om franchising og produktansvar

I overensstemmelse med EF harmoniseringsdirektiv nr. 374/85⁹ er i Danmark vedtaget en lov nr. 371 af 7. juni 1989 om produktansvar. Ifølge direktivet påhviler produktansvaret for personskade på objektivet grundlag producenten eller importøren indenfor EF. Ifølge loven er det objektive ansvar udvidet til også at gælde tingsskade ved forbruger køb og mellemandleren er derudover pålagt samme objektive ansvar.

Der findes ikke i Sverige og Norge tilsvarende love, men begrebet produk-

⁹ Rådets direktiv af 25.7. 1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar 85/374/EØF, EFT 1985 L 210/29.

svar og dets juridiske implikationer er velkendt som en del af den almindelige erstatningsret.

Forudsættes nu, at et produkt solgt gennem en franchisevirksomhed giver anledning til produktansvar i den klassiske form af personskade (kunder, der har købt og indtaget konditoriets kager, dør af madvareforgiftning) vil der efter den danske produktansvarslov ikke være tvivl om, at såvel franchistager som franchisegiver hæfter overfor kunden, hvis det er franchisegiver, der har fremstillet produktet, eller ladet det fremstille. I det indbyrdes forhold fordeles ansvaret i mangel af anden aftale formentlig således, at franchisegiver vil være ansvarlig ikke alene hvis skaden skyldes leverede defekte varer, men også hvis skaden (primært) skyldes det mangelfulde kvalitetskontrolprogram, som franchisegiver har forsynet franchisetager med. Reelt bliver spørgsmålet et spørgsmål om forsikring. Der ses ikke at være domme om spørgsmålet.

Mere interessant er, set fra forbrugernes side, om denne kan gøre et ansvar gældende direkte mod franchisegiveren evt. masterfranchisegiveren i tilfælde, hvor der ikke er nogen grund til at tro, at fejlen kan hidføres til franchisegiveren. I bagerieksemplet forestiller vi os, at fejlen bevismæssigt må antages at tilskrives supplerende varesortiment leveret af trediemand. Kan kunden her gøre ansvar gældende mod franchisegiver blot fordi varen er solgt under hans varemærke? Eller fordi han på en mere omfattende måde har givet franchisetageren ret til at lade virksomheden fremstå i franchisegivers forklædning. I amerikansk ret må svaret antages at være bekræftende ud fra den generelle filosofi at varemærket er „lånt“ til brugeren som en slags kvalitetsgaranti og at garantigiveren derfor ikke kan løbe fra ansvaret.¹⁰ Tilsvarende gælder næppe i andre lande og ej heller under nordisk ret. „Garantifunktionen“ af et varemærke er ikke så stærk. Der ses ikke at være domme om tilfældet.

Ifølge produktansvarsloven anses ifølge par 4 også den for producent, „der ved at anbringe sit navn, mærke eller andet kendetegn på produktet udgiver sig for dets producent“. Denne bestemmelse vil ikke uden videre kunne anvendes i ovennævnte bagerieksempel, idet mærket ikke vil være anbragt på selve varen. Dertil kommer at par 7 fritager „producenten“ for ansvar, hvis det kan godtgøres, at han ikke har bragt produktet i omsætning.

Samleværket *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, 2. ed., ABA 1989 (omtalt ovenfor under IV. efter 5) har som et af de spørgsmål, der stilles til bidragsyderne for de forskellige lande følgende: Is there any identifiable trend of holding a franchisor liable for harm done to customers of a franchisee? Bortset fra USA er svaret for *alle* lande at der ikke er en sådan

¹⁰ Se *Foreign Laws Affecting franchising*, cit supra under afsnit III. under U.S.A.

trend, dog at det mere traditionelle produktansvar for varer leveret af franchisegiver nævnes i denne forbindelse.

Bortset fra produktansvaret og andet på reglerne om ansvar udenfor kontrakt baseret ansvar kan overvejes, om franchisegiver kan gøres ansvarlig på kontraktgrundlag. Dette kunne være aktuelt, hvis de leverede varer ikke svarer til forventningen og således lider af en mangel i traditionel forstand. Der er visse intet kontraktforhold direkte mellem franchisegiver og slutkunderne, men den svenske utredningsbetænkning om franchising overvejer spørgsmålet om fuldmagtsreglernes anvendelse. En franchisetager paralleliseres med en stillingsfuldmægtig. Undersøgelsen leder dog, formentlig med rette til den konklusion, at disse regler ikke generelt kan finde anvendelse. Netop på grund af denne manglende mulighed for identifikation er det naturligt, at betænkningen overvejer, om den tilsyneladende identitet så bør negetes ved fornøden oplysning til kunden, så han ikke vildledes om, hvem han handler med.

Disse spørgsmål er, i hvert fald i teorien, meget interessante. Når det utvivlsomt – som en definatorisk nødvendighed – forholder sig således, at franchisetagers virksomhed fremtræder som en klon, en selvstændig virksomhed forklædt som sin moder, er det interessant at stille spørgsmålet, hvovidt resultatet af denne (tilsyneladende) identifikation bør være oplysning til kunderne om at forklædningen narrer, eller snarere lovmæssig identifikation? Inspiration og vejledning findes i forholdet moderdatterselskab, hvor tilsyneladende identifikation også typisk vil kunne være til stede. Til delvis beskyttelse af omverdenen er indført reglerne i A/S loven par 153 om, at selskabet skal angive sig som A/S respektive Aps og angive registreringsnummeret, således at interesserede kan se, hvilket selskab de handler med og tage bestik af selskabets økonomiske formåen. Følger (datter) selskabet denne forskrift er der ej eller, bortset fra særtilfælde i dansk/nordisk ret noget automatisk moderselskabsansvar.¹¹ Denne inspiration taler for det svenske forslag om at angive franchiseformen som en særlig selskabsform (franchiseselskab eller franchiseaktieselskab). På den anden side er forholdene ikke parallelle. Dels gælder A/S loven allerede for evt franchiseaktie eller anpartselskaber og mere skulle ikke være fornødent, dels kan „forklædningen“ være betydeligt mere tilstræbt end ved moder/datter. Endeligt er vildledning ikke til stede så snart franchising bliver så almindeligt, at lovregulering måtte blive aktuel. Bortset fra særtilfælde og bortset fra evt ansvar for forkert instruktion udenfor kontrakt finder jeg herefter ikke, at der af forklædningen i sig selv kan eller bør udledes en særlig ansvarsfordeling, og ej heller kræves nogen særlig adskillelsesinformation.

¹¹ Cfr derimod amerikansk ret, hvor der i videre omfang er mulighed for „piercing the corporate veil“.

C. Vedr. den konkurrenceretlige regulering

Vurderingen af franchiseaftaler under de i EØF traktaten indeholdte konkurrencebestemmelser (art 85 ff) har taget sit udgangspunkt i den omkring distributions- og licensaftaler udviklede praksis, og spørgsmålet har naturligt været, om denne praksis ville være at overføre til franchiseaftale, og i bekræftende fald, hvorvidt aftaletypen nærmest ligner en licensaftale eller nærmest ligner en distributionsaftale. Formentlig fordi franchising indenfor detailhandelsdistributionen har været den forretningsform, der først har påkaldt sig undersøgelse, er det en analogi fra distributionsaftalerne, der har forekommet at være den mest påtrængende vurdering. Resultatet har imidlertid, uanset udgangspunktet, været, at franchising ikke kan indpasses under hverken reglerne om distributionsaftaler, dvs navnlig forordning 1983/83 angående distributionsaftaler (Rådets forordning nr. 1983 af 22.6. 1983 angående anvendelse af EØF traktatens art 85 på kategorier af eneforhandlingsaftaler) eller reglerne om henholdsvis patent og know-how licensaftaler, dvs forordning 2349/1984 af 23.7. 1984 om anvendelse af traktatens art 85, stk 3 på kategorier af patentlicensaftaler og forordning nr. 556/89 (Rådets forordning nr. 556 af 30.11. 1988 om anvendelse af Traktatens art 85, stk 3 på know how licensaftaler) og den før udstedelse af disse forordninger udviklede praksis.

Ifølge Forordning 1983/83 anses forhandleraftaler med territorial beskyttelse i princippet i strid med art 85. Dette skyldes i henhold til konkurrenceretlig terminologi, at producenten ved at tildele een forhandler retten til at forhandle sine produkter indenfor et vist geografisk område afskærer sig fra at etablere yderligere forhandlere, hvorved konkurrencen – i form af intrabrand konkurrence – begrænses. Samtidig regulerer forordningen de konkurrencebegrænsninger, der typisk i en forhandleraftale pålægges forhandleren og som indskrænker dennes muligheder for under eller efter samarbejdet at engagere sig i en adfærd, der indebærer eller kan indebære en begrænsning i konkurrencen med andre varer (interbrand konkurrence). I så henseende er det ved forordningens art 1 jfr art 2 bestemt, at det er lovligt at pålægge forhandleren en forpligtelse til under samarbejdet ikke at handle med konkurrerende varer, medens det ikke er lovligt at pålægge ham en forpligtelse til at afholde sig herfra i tiden efter samarbejdets ophør. (Efter den tidligere forordning 67/67, der afløstes af forordning 83/83 var det tilladt at pålægge forhandleren et konkurrenceforbud i indtil eet år efter kontraktens ophør, men denne mulighed er nu elimineret.) Andre konkurrencebegrænsninger end de nævnte er ikke lovlige. Dvs forhandleren kan ikke pålægges begrænsninger med hensyn til kundekreds, priser, forretningsbetingelser eller lignende.

Vurderingen omkring forhandleraftalen er baseret på det udgangspunkt, at for-

handleren er en selvstændig forretningsdrivende, der vælges – ikke til at følge producentens forskrifter til punkt og prikke, men tværtimod – til selvstændigt at tilrettelægge forhandlingen således, at varerne, under hensyn til lokale forhold, distribueres og forhandles på den for området bedst mulige måde. Der er derfor i en forretningsmæssig bedømmelse en betydelig forskel mellem på den ene side et distributionssystem, hvor en lokal enedistributør udnævnes til at forestå distributionen på et lokalt, for producenten ukendt lokalt marked, og på den anden side et franchisesystem, hvor producenten med forventningen om, at hans system kan overføres med succes til lokale områder, direkte etablerer et franchisesystem, evt gennem en masterfranchise.

På denne baggrund ville det være usagligt at anvende distributionsreglerne analogt. Den første sag om franchising er PRONUPTIA-sagen, Domstolens dom af 25.1. 1986 i sag 161/84 angående en brudeudstyrs-kæde. Domstolen kom, i overensstemmelse med kommissionens opfattelse da også her til det resultat, at en analogi ikke var mulig. Der foretoges en analyse, der førte til, at visse traditionelle konkurrencebegrænsninger var at anse for en sådan integrerende del af systemet, at de ikke kunne udgøre en konkurrencebegrænsning, og med hensyn til de resterende elementer blev man hurtigt klar over, at en gruppefritagelse måtte til. Denne er nu udstedt, og af indledningen hertil fremgår, hvorledes de analytiske spørgsmål er løst:

I præamblen defineres franchiseaftaler som værende hovedsageligt licensaftaler vedr varemærker og know how; der sondres mellem industrifanchising, der vedrører fremstilling af varer, og som holdes uden for forordningen på grund af den særlige karakter heraf, og distributionsfranchising, der, ligesom den tredje gruppe, servicefranchising¹² er omfattet af forordningen. I præambel b. nævnes franchisesystemets konkurrenceretligt set positive aspekter, og her fremhæves navnlig muligheden for at „små og mellemstore virksomheder“ får mulighed for at konkurrere lettere med de store, således at konkurrencen øges. Disse små og mellemstore er, så vidt ses, både franchisetagerne og franchisegiverne.

I de dispositive artikler indledes med en række definitioner, jfr ovenfor under I, samt nedenfor. Dertil indeholder forordningen i art 3 en efter omstændighederne lang opregning af klausuler, der *ikke* er konkurrencebegrænsende. Dette gælder fex forpligtelsen til (hvis der ikke findes en objektiv standard) kun at sælge varer fra de af franchisegiver udpegede leverandører; forpligtelse til ikke at drive konkurrerende virksomhed i et vist område endda 1 år efter aftalens ophør og også til ikke at købe andele i konkurrerende virksomheder og forpligtelsen til kun at følge franchisegivers forretningsmetoder og normer m.v. For disse forpligtelser

¹² Se Foreign Laws Affecting franchising, cit supra under afsnit III, under U.S.A.

anses der ikke for overhovedet at være behov for fritagelse, idet de angiveligt ikke er konkurrencebegrænsende. Ifølge art 3 første del gælder dette synspunkt dog kun, hvis det er „nødvendigt for at beskytte franchisegivers industrielle eller intellektuelle ejendomsrettigheder“, men det interessante er, at denne begrundelse i sig selv er tilstrækkelig. Sammenholdes dette med „almindelige“ Know how licens aftaler, hvor det på samme måde også har været fremhævet, at et konkurrenceforbud er essentielt for beskyttelse eller med „almindelige“ eneforhandlingsaftaler, vil det ses, at i disse relationer har argumentet om „den nødvendige beskyttelse“ ikke vundet gehør. For forhandleraftaler kan et konkurrenceforbud ikke fortsætte efter aftalens ophør og for licensaftaler kan det overhovedet ikke gyldigt vedtages, selv under kontraktens løbetid.

Art 2 i Franchiseforordningen vedrører de klausuler, der *fritages* og som derfor analytisk vurderes som værende konkurrencebegrænsende. Dette gælder specielt territoriale begrænsninger pålagt franchisegiver eller franchisetager samt et generelt konkurrenceforbud.

Efter min opfattelse kunne man ligesåvel, og for så vidt med større ret have hævdet, at de territoriale begrænsninger er et uundgåeligt led i selve franchisesystemet. Franchisesystemets hele berettigelse og mening er, som angivet indledningsvis, at „strø“ mindre kloner af virksomheden rundt omkring på mindre, for den enkelte overkommelige enheder, og begrebet „en franchise“ er forretningsmæssigt knyttet til denne lokale identitet. Det ville derfor nærme sig begrebsforvirring at have to „franchise“ på samme sted. Denne betragtning gælder både territoriale begrænsninger pålagt franchisetager og franchisegiver. For så vidt angår franchisetagers forpligtelse er det nærmest oplagt, at han, der har fået tildelt en franchise for fex „Næstved centrum“ ikke uden videre kan åbne en ny „gratis“ franchise i Helsingør lige ved siden af den der allerede etablerede. For franchisegiver er der lidt mere fleksibilitet i systemet idet franchiseområdet kan udvides og indskrænkes, men det er fortsat således at det er ideen om et lokalt område, der merkantilt definerer Franchisen.

Omvendt er der efter min opfattelse ikke oplagte grunde til at anse de i art 3 nævnte lovlige begrænsninger som specielt nødvendige målt i forhold til fex almindelige distributions eller licensaftaler, jfr ovenfor. Villigheden til at acceptere købspligt („tie inns“) i franchiseaftaler harmonerer ej heller med en tilsvarende uvillighed hertil i licensaftaler.

Skævheden i vurderingen af franchiseaftaler genfindes, og er måske i virkeligheden et resultat af definitionen. I art 1, nr. 3 a) defineres en franchise som

„en helhed af industrielle eller intellektuelle ejendomsrettigheder ... “

Som det vil ses betones forskellen fra en almindelig licensaftale på know-how

og/eller varemærke med totaliteten af rettigheder, og man forstår herved at det, der gør en franchiseaftale til noget særligt er, at franchisetager får overladt en sådan herlig og særlig helhed, at misbrug sætter franchisegivers interesser virkelig på spil.

Det kan tiltrædes, at franchiseaftaler har en væsentlig plads i distributions-systemet, og at det, for at undgå unødigt tvivl og navnlig unødigt anmeldelse af et vældigt antal aftaler, er nødvendigt at udstede en forordning og de resultater, forordningen er nået til, giver da ej heller grund til væsentlig kritik.

Det, der derimod kan give anledning til undren er, den *relative* benevolente holdning til franchiseaftaler i forhold til almindelige licens- og forhandleraftaler, herunder i forhold til industrifanchiseaftaler, der, med mindre de er dækket af patent eller know-how licensforordningerne, ikke er genstand for regulering gennem gruppefritagelse. Som nævnt ovenfor er der i franchisesystemet klart indbygget en mulighed for misbrug, der netop har sin rod i at en franchise er et upræcist sammensurium af rettigheder, og det er bemærkelsesværdigt, at denne misbrugsmulighed overhovedet ikke synes at have spillet nogensomhelst rolle, men at systemet tværtimod er blevet „belønnet“ med en relativ særstatus. Begrundelsen herfor er formentlig at finde i det for så vidt glædelige faktum, at franchisesystemet, som overført til Europa i det store og hele fungerer godt, og at misbrugstilfældene er så få, at de ikke har påkaldt sig offentlig opmærksomhed.

For praktikere er en af konsekvenserne, at man ved udformning af en aftale, der tenderer franchising, altid bør undersøge muligheden for under anvendelsen af forordningens begrebsapparat at betegne samarbejdet som franchising, idet dette giver størst mulig flexibilitet med hensyn til aftalemæssige bindinger.

D. Særligt om opsigelsesbeskyttelse

Som nævnt ovenfor er en beskyttelse af franchisetageren mod opsigelse fundet påkrævet i flere af de lande/stater, der overhovedet har interesseret sig for at lovgive om emnet, og en tilsvarende beskyttelse foreslås i den svenske utredningsbetænkning. Men denne legislative bevågenhed in mente kan det være naturligt at vurdere om man evt. kan anvende de regler, der måtte eksistere om beskyttelse af agenter/forhandlere analogt på franchisetagere?

Agent/forhandlerbeskyttelse var genstand for forelæggelse og debat ved det nordiske juristmøde i Oslo 1984 (Forhandlinger ved det 30. nordiske Juristmøde 15.–17. august 1985). Siden er retsstillingen i Danmark og de øvrige EF lande ændret derved, at der er udstedt et direktiv om handelsagenter, nævnt ovenfor under afsnit IV. Endvidere er afsagt en Sø- og Handelsretsdom, der tilkender good will erstatning til en opsagt forhandler af mousserende vine, se Ufr 1988, 264 S.¹³

I det omfang en franchiseaftale – efter amerikansk mønster – anvendes som

overskrift på et samarbejde, der i virkeligheden er et kommissions eller forhandlerforhold turde det være oplagt, at den eksisterende lovgivning (i Sverige og Norge bestemmelserne i Kommissionsloven par 68 angående agenter og dennes evt. analoge anvendelse for eneforhandlere) kan anvendes. Drejer det sig derimod om et ægte business format franchising arrangement, der netop er baseret på den tanke, at franchisetageren har lånt (hele) sin goodwill fra et etableret netværk, er det vanskeligt at se, at der foreligger en sådan årsagernes lighed, at regler, der er vedtaget eller udviklet for forhandlere til beskyttelse af den af denne oparbejdede goodwill, kan overføres analogt på franchiseforhold. Opsigelsesbeskyttelse må derfor, om den gives, baseres på mere generelle sociale beskyttelseshensyn end på en af almindelige berigelsesgrundsætninger runden tanke om, at den af en forhandler eller agent skabte goodwill ikke uden kompensation kan overføres til principalen („den som sår skal høste“-tanken). I en franchisesituation vil der vitterligt kunne være tale om, at franchisetageren i væsentligt omfang har forøget goodwillen, måske endda reelt fuldstændig introduceret forretningen indenfor det pågældende område, også selvom der i øvrigt er tale om en „ægte“ og lødig franchising af en i andre lande udviklet og testet forretning. På den anden side vil det være meget vanskeligt at operere med en så konkret analog rets-anvendelse, som en anerkendelse af sådanne særtilfælde ville føre til, og resultatet bliver derfor at der ikke i gældende ret kan findes nogen hjemmel til at tildele en franchisetager goodwillerstatning efter analogier fra agent eller forhandleraftaler, medens der derimod klart er fuldt grundlag for at anvende den almindelige regel, at opsigelsesvarslet skal være „rimeligt“. Da „rimeligt“ efter dansk ret kun i meget særegne tilfælde vil kunne overstige 6 mdr. jfr U 1980. 42 H vil en evt. udvidet opsigelsesbeskyttelse kun kunne ske ved lovgivning.

VI. Afslutning

Under hensyn til det forhold, at franchising i Danmark og Norden er sparsomt behandlet af den juridiske litteratur, at den omtale, der findes, overvejende er at finde i økonomisk/merkantile fremstillinger, samt til den manglende domspraksis er ovenstående gennemgang hovedsageligt baseret på referentens egne erfaringer, samleværker og gennemgang af indlæg ved forskellige konferencer, samt den regulering der er sket ved udstedelsen af EF gruppeforordningen.

¹³ Dommens præjudikatsvirkning må dog anses for at være begrænset, under hensyn til at dommen ikke stemmer med højesteretspraksis og (derfor) må være meget konkret begrundet. Dens eksistens gør det dog ikke fagligt muligt at fastholde at tildeling af goodwill erstatning til at opsigelse eneforhandlere ikke uden særlig aftale har hjemmel i dansk ret.

På grundlag heraf drages følgende konklusioner:

Franchising er hovedsageligt et begreb af interesse for civiløkonomiske studier. Som samarbejdsform er det et fascinerende fænomen, „en oftast lykkelig symbios av smådrift och stordrift och med totaloptimeringar i effektiva system“.¹⁴ Det præsenterer ikke i sig selv nogen juridisk nydannelse, idet der i virkeligheden blot er tale om en brug af velkendte juridiske værktøjer til særligt formål. Som altid når gamle institutter ændres til nye former vil der imidlertid ofte opstå tilfælde, hvor en lovgivning eller retspraksis virker som en prokrustesseng I så tilfælde kan der være behov for supplerende lovgivning og dermed også for en tilnærmelsesvis definition af begrebet. Eksempelvis vil bestemmelserne i lejeloven være ud af trit med systemet og bør ændres. Indenfor produktansvarsystemet kan der derhos være behov for mere præcise deklaratoriske regler. Ud over disse nødvendige reguleringer vil behov for beskyttelsespræceptive regler angående samarbejdets indhold kunne opstå. Indtil videre kan eksisterende generelle regler, herunder specielt aftaleloven par 36, i sammenhæng med markedsføringsloven par 1 angående beskyttelse imod uredelig forretningsskik tænkes anvendt. I relation til disse bestemmelser vil franchiseforeningernes etiske regler indirekte kunne få betydning ved at blive inkorporeret som standard for god forretningsskik.

Disse konklusioner, samt bemærkningerne ovenfor angående terminologien, kan omsættes i følgende kortfattede teser:

1. Franchising bør primært opfattes som en distributionsform, hvis særkende er, at en stamvirksomhed opnår geografisk udbredelse til en lang række markeder gennem etablering af selvstændige virksomheder, der tilbyder deres ydelser under ensartet navn og form.
2. Det er ikke nødvendigt at opfatte franchising som et særligt juridisk institut. Da juraen imidlertid må tilpasse sine begreber og sine fremstillinger til virkeligheden, bør begrebet franchising indgå som et selvfølgeligt begreb i fremstillingen af privatretten, og dets juridiske egenart må beskrives. I så henseende vil det ikke være muligt eller hensigtsmæssigt at give en definition, der er så præcis at den egner sig til anvendelse i alle relationer, hvor regulering kan være passende. Mest dækkende som juridisk institut vil være en definition som følger

Franchising er overladelsen af industrielle rettigheder, herunder et eller flere varemærker, i forbindelse med instruktion, vejledning og kontrol med henblik på, at franchisemodtageren skal sættes i stand til at fremstille og/eller ud-

¹⁴ Rolf Ericsson, op. cit. supra note 3 p 4.

byde varer og tjensteydelser i det væsentlige på samme måde som franchisegiver.

Betegnelsen „en franchise“ bør undgås, da dette begreb ikke i sig selv føjer noget til begrebet. Såfremt det benyttes bør det henvises til den samlede overladelse for et bestemt område. Den af Ef kommissionen i forordning 4087/88 anvendte definition af en franchise er uheldig, idet den forveksler genstanden for retten med retten selv.

3. Der tiltrænges en tillem্পning af eksisterende lovgivning fsv som denne lovgivning ikke tager højde for franchising. Dette gælder specielt lejelovgivningen og produktansvarslovgivning.
4. Franchising er en forretningsform som samfundsmæssigt ikke kan betragtes som ugunstig eller uheldig. Tværtimod harmonerer formen udmærket med forbrugerinteresser, og øger mulighederne for iværksættelse til gavn for intiativ og virkelyst. Det må imidlertid ikke overses, at formen har indbygget i sig muligheden for misbrug („bondefangeri“) ved at tillade en franchisegiver for gyldne løfter at opnå en hurtig gevinst på bekostning af den franchisetager, der sætter sin hele formue og tryghed på spil for drømmen om selvstændighed, samt ved at prisgive den etablerede franchisetager i ophørsituationen. For at undgå disse former for misbrug vil „etiske regler“ af selvbestaltede franchisegiverforeninger ikke være vejen frem, med mindre der bliver tale om et supranationalt, gennemarbejdet dokument behandlet og tiltrådt af en betydelig gruppe, og med mindre dette sæt etiske regler (bortset fra undtagelsestilfælde) rent faktisk følges. Uanset eksistensen af et sådant fundament må beskyttelse juridisk søges i en anvendelse af markedsførings og aftalelovens beskyttelsesregler i konkrete tilfælde. Da det generelt er uheldigt at belaste aftaleloven par 36 med mere end ren undtagelsesmæssig anvendelse i forretningsforhold og da en inkorporering af sådanne etiske regler under markedsføringsloven par 1 også støder på principielle betænkeligheder, herunder vedrørende retssikkerheden, vil det imidlertid ikke være anbefalelsesværdigt alene at lade den retlige regulering hvile herpå.

På længere sigt bør der etableres en registrering af franchisegivere som betingelse for udbud. Registreringen skal ikke være baseret på rigoristisk forhåndskontrol, men det skal kunne konstateres, at de mest nødtørftige elementer er til stede (herunder en etableret forretning evt i udlandet) og ved misbrug skal franchisesystemet kunne slettes. Dette vil i sig selv indebære fornøden selvkontrol.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Björn Haug

Civilretlige tvister – effektivere
retspleje og alternative
behandlingsformer
(handlægningsformer)

Sivilrettslige tvister – effektivere rettergang og alternative behandlingsformer

Av regjeringsadvokat BJØRN HAUG, Norge.

1. Innledning

Det er et grunnleggende krav i et rettssamfunn at interessekonflikter skal løses med fredelige midler. En forutsetning for dette er at staten stiller til disposisjon et uavhengig, selvstendig domstolsapparat til å løse oppståtte rettsvister med bindende virkning. Domsstolsapparatet må nyte allmenn tillit og være effektivt i den forstand at det fremmer sakene og treffer sine avgjørelser med rimelig hurtighet, på en betryggende måte og uten prohibitive omkostninger for partene.

Domstolene i våre nordiske land har tradisjonelt nydt og nyter vel fortsatt generell anerkjennelse og respekt. Men behovet for å finne frem til en effektivere rettergang og eventuelt vurdere alternative fremgangsmåter for løsning av rettsvister blir stadig tydeligere, i alle fall i Norge. Tiden for behandling og avgjørelse av rettsvister stiger jevnt, ikke minst for alminnelige sivilrettslige tvister etter hvert som andre typer rettssaker (straffesaker, person-inngrepsaker m.v.) må gis prioritet i domstolenes arbeide.

Lange ventetider og store restanser er til ulempe både for den enkelte part, domstolene selv og for samfunnet. Mulighetene for materielt riktige avgjørelser minsker fordi bevisene svekkes. Langtrukne rettssaker medfører økte omkostninger for partene. En part kan tvinges til å oppgi sin rett helt eller delvis hvis han ikke kan påregne å få en avgjørelse innen rimelig tid.

Retts sakene øker både i antall og omfang. I et stadig mere komplekst samfunn stilles dommerne overfor avgjørelser med stigende vanskelighetsgrad. Tilliten til domstolene står i fare for å svekkes hvis sakene hoper seg opp og det oppstår tvil om dommerne har den nødvendige innsikt og erfaring til å behandle mere omfattende og komplekse saker. Det er en tendens i mange land til at partene i større rettsvister av økonomisk art foretrekker avgjørelse ved voldgift, først og fremst fordi de da får bedre mulighet for å sikre seg at avgjørelsen treffes av personer med den nødvendige innsikt og erfaring.

Utviklingen er såpass alvorlig at det bl.a. i Norge har vært naturlig å tale om en krise i domstolene. Selv om det regelmessig har vært vurdert tiltak for å effektiv-

sere og forenkle saksbehandlingen, er det tydelig at de endringer som har vært gjennomført, har vært utilstrekkelige. Man har vært redd for å rokke ved saksbehandlingsregler som tradisjonelt har vært ansett som sentrale for å bevare tilliten til domstolene og rettssamfunnet. Det er et spørsmål om den forsiktighet som følger av tradisjonelle holdninger fører til en situasjon som gjør enda sterkere skade for domstolenes anseelse og tillit.

Debattemaet er avgrenset til å gjelde sivilrettslige tvister. Behandlingsmåten for straffesaker faller derfor utenfor. Det samme gjelder saker av offentligrettslig art, såsom saker om inngrep i den personlige frihet (tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus, alkoholistanstalt, omsorgsvedtak i barnevernssaker) og saker om asyl eller oppholdstillatelse etter fremmedlovgivningen. Men det sier seg selv at enhver effektivisering av domstolenes arbeide med høyprioriterte saker får umiddelbar effekt for domstolenes kapasitet til å behandle de saker som må stille bakerst i køen.

2. Generelt om effektivisering av rettergangen og alternative behandlingsformer.

Siktemålet for en effektivisering av rettergangen vil praktisk sett være å få ned behandlingstiden og omkostningene for partene.

Dette kan skje ved å tilføre domstolene større kapasitet til å avgjøre de saker som bringes inn, ved å begrense tilgangen på saker til domstolene eller ved å forenkle behandlingen av de enkelte saker. Men tilgangen til domstolene må ikke begrenses så sterkt eller endringene i rettergangsmåten gjøres så inngripende at almenhetens inntrykk av trygghet og tillit til domstolsapparatet svekkes. Avveiningen av slike motstående hensyn avspeiles i de fleste reformforslag. Som allerede påpekt er det et spørsmål om man har vært for forsiktig.

Domstolene har liten mulighet for selv å regulere sin arbeidsmengde. De må ta til behandling de saker som kommer inn og som hører under deres jurisdiksjon. De må avgjøre dem på grunnlag av materielle rettsregler som de stort sett ikke har herredømme over og basert på saksbehandlingsregler som gir lite rom for forenkling. Domstolene har visse muligheter for å motarbeide ubegrunnede eller unødige omfangsrrike søksmål ved mer omfattende ileggelse av saksomkostninger og eventuelt rettergangsbøter, men det monner lite i den totale sammenheng.

Det foreligger flere muligheter for å effektivisere rettergangen og oppnå bedre utnyttelse av den domstolskapasitet som foreligger. Dette kommer jeg tilbake til i det følgende. Men det grunnleggende problem er den økende ubalanse mellom de arbeidsoppgaver og arbeidsvilkår domstolene stilles overfor og de ressurser av

personalmessig og annen art som stilles til disposisjon for å utføre de aktuelle oppgaver. Bedre balanse kan selvsagt oppnås både ved at ressurstilgangen økes og ved at domstolenes arbeidsbyrde lettes, f.eks. ved begrensning i de sakstyper eller de avgjørelsestemaer som domstolene blir pålagt å behandle.

Jeg vil derfor først gjøre noen bemerkninger om ressurstilgangen til domstolene og om en eventuell regulering av domstolenes totale arbeidsoppgaver.

3. Resurstilgangen til domstolene

Det er i seg selv lite effektivt å utstyre domstolene med for liten „produksjonskapasitet“ i forhold til de arbeidsoppgaver som er aktuelle. Det fører nødvendigvis til opphopning, og drar lett med seg at den eksisterende kapasitet blir utnyttet mindre rasjonelt.

Det er i prinsippet en nødløsning når det aksepteres at visse typer saker bør få prioritet og behandles foran de andre. Det gjelder i første rekke straffesaker, saker om frihetsinngrep, familiesaker og saker etter fremmedlovgivningen. Det representerer selvsagt en effektivisering at domstolenes kapasitet disponeres slik at den samlede skadevirkning av lange ventetider gjøres minst mulig. Men det innebærer at alminnelige sivilrettslige tvistemål blir desto verre stilt. Domstolskrisen rammer meget sterkt en begrenset gruppe av det rettsøkende publikum.

Mange domstoler påtar seg ekstraordinært store arbeidsbyrder for å holde restansene nede, men det gir neppe noen varig løsning. På lengre sikt vil det skade rekrutteringen til domstolene dersom dommerne forutsettes å ha en vesentlig større arbeidsbyrde enn det som er vanlig i samfunnet ellers.

a) Først og fremst er det viktig å tilføre domstolene det nødvendige antall yrkesdommere i forhold til den aktuelle saksmengde og den utvikling som må forventes. Det må også tilstrebes at nåværende og nye dommere har de nødvendige faglige og personlige kvalifikasjoner som oppgavene krever. En underbemannet dommerstand med utilstrekkelig innsikt og erfaring til å gjennomføre en betryggende og effektiv prosessedelse, eller med manglende bakgrunn for å treffe riktige avgjørelser i kompliserte saker, yter ikke den domstolsservice som staten bør kunne tilby sine borgere.

I Norge er det en merkbar nedgang i søkningen til dommerembeter. De som ansettes, er gjennomgående yngre enn tidligere, og det er flere eksempler på at dommerstillingen ikke blir det siste trinn i en juridisk karriere. Det gir unektelig en større trygghet og følelse av dommernes uavhengighet dersom man vet at de ikke tar sikte på å representere bestemte interessegrupper i fremtiden. Søkere fra advokatstanden blir færre og færre, og de som søker er ikke alltid blant dem man aller helst ville ha.

Årsakene til denne betenkelige utvikling er sikkert flere. Det er neppe lenger forbundet med nevneverdig sosial anseelse eller prestisje å være dommer. (Pres-ter og lærere gjør lignende erfaringer.) Dommergjerningen kan fortsatt by på in-teressant og ansvarsfullt arbeide, men jurister med de faglige kvalifikasjoner og personlige egenskaper man helst ønsker seg, har i dagens samfunn rikelige mulig-heter for andre interessante og ansvarsfulle arbeidsoppgaver.

Lønnsvilkårene for norske dommere ligger meget lavt i forhold til det inn-tektsnivå som er vanlig for selv mindre dyktige advokater eller for jurister i andre stillinger. Man kan gjerne si at inntektsnivået for sammenlignbare stillinger eller virksomheter er urimelig høyt. Men det er myndighetenes ansvar å tilrettelegge dommernes lønns- og arbeidsvilkår slik at rekrutteringen sikres på tilstrekkelig høyt nivå.

Det er betenkelig hvis rekrutteringen til domstolene svikter kvantitativt eller kvalitativt. Målsettingen må være å bibeholde domstolenes kvalitet og sikre et adekvat servicetilbud til det rettsøkende publikum.

b) For det øvrige personale ved domstolene gjør tilsvarende betraktninger seg gjeldende. Det vil klart kunne innebære en effektivisering av dommerarbeidet dersom administrative oppgaver i forbindelse med saksbehandlingen kan delegeres til kontorpersonalet, uten behov for detaljert oppfølging fra dommerens si-de. Men rekrutteringen av dyktige og selvstendige medarbeidere vanskeliggjøres ved et markert lavere lønnsnivå enn det som betales dyktige kontorsekretærer f.eks. i advokatforretninger.

Både når det gjelder dommerne og det øvrige personalet er man i Norge bun-det av et lønnsmønster for offentlig ansatte som det hittil har vært vanskelig å bryte ut av.

c) Når det gjelder lokaler, teknisk utstyr og andre hjelpemidler for å bedre ar-beidsvilkårene og effektivisere arbeidet, er det nok også store variasjoner mellom de nordiske land og til dels fra sted til sted innen hvert land. Meget er gjort, men meget mer vil kunne gjøres i retning av automatisering, standardisering m.v.

Til dels er det også et spørsmål om opplæring, og ikke minst om holdninger til nye arbeidsmetoder. Det omstendelige oppfattes tradisjonelt som betryggende.

4. Begrensning av sakstyper og avgjørelser som henlegges til domstolene.

Hvis det realistisk må innses at rettsapparatet neppe vil bli tilført de nødven-dige ressurser til å avgjøre alle saker med rimelig hurtighet og kvalitet, er det na-turlig å vurdere en begrensning av de sakstyper som domstolene blir pålagt å be-handle.

En reduksjon av arbeidsoppgavene til et håndterbart nivå vil i seg selv gi muligheter for effektivisering av domstolsarbeidet. Det vil således åpne mulighet for en mere aktiv prosessledelse og inngripen fra dommerens side under saksforberedelsen. Når dommeren har sin arbeidsdag fullt opptatt med saker som må gis tidsprioritet, eller med hovedforhandling og domsskriving i rettsvister som allerede er blitt gamle, vil den aktive deltakelse i forberedelsen av nye saker ofte bli skadelidende. I sivilrettslige tvister der partene har full disposisjonsfrihet over saks-gjenstanden og er representert ved advokat, blir resultatet ofte at prosessinnlegg kun mottas og sendes motparten med en passende frist uten at dommeren studerer prosesskriftets innhold eller vurderer sakens fremdrift.

Det er en tradisjonell og grunnfestet oppfatning at det offentlige rettsapparat – hva enten man opererer med domstoler med generell domsmyndighet eller oppretter spesialdomstoler for visse typer saker – skal være det prinsipale organ for løsning av sivile rettsvister. Domstolenes generelle tilgjengelighet for løsning av oppståtte rettsvister er fremdeles et sentralt prinsipp for mange. Det er derfor et vanskelig og ømtålelig spørsmål hvorvidt domstolene bør avlastes for visse saks-typer eller avgjørelsestemaer.

Det beste må imidlertid ikke bli det godes fiende. Når rettssamfunnet må innse at domstolene ikke makter å oppfylle alle ideale krav, bør man vurdere alternativer som er bedre enn at partene i visse situasjoner blir uten retts hjelp i det hele tatt. Dessuten er det simpelthen mulig at alternative fremgangsmåter for tvisteløsning kan være bedre for partene enn hva domstolene kan makte selv under mer normale arbeidsforhold.

Som eksempel kan nevnes at allerede tidlig i dette århundre hadde en bestemmelse i den iranske prosesslovgivning om at dersom en rettssak ikke var avgjort innen fem år etter saksanlegget, var partene henvist til å godta at saken ble bindende avgjort ved voldgift. I USA har domstolene i de senere år tatt konsekvensene av at rettssakene langt overstiger domstolenes kapasitet. Den føderale høyesterett har gått foran i å anbefale at partene i egnede saker bør benytte seg av voldgift til avlastning av domstolene, og har anerkjent private voldgiftsretters kompetanse til å pådømme rettsvister som også innbefatter anvendelse av tvingende lovbestemmelser av offentligrettslig karakter. Amerikanske fagdommere benyttes i stigende grad til utenrettslige forliks- og meglingsprosedyrer, mini-trials m.v. Når våre domstoler befinner seg i en situasjon som må betegnes som kriseartet, er tiden etter min oppfatning moden for en mer gjennomgripende vurdering av alternativer for løsning av rettsvister mellom borgerne.

Dersom domstolene skal få en avlastning, synes det minst betenkelig å frita domstolene for behandlingen av *økonomiske småsaker*. Slike endringer har vært vurdert og tildels gjennomført i flere av de nordiske land, men fortrinnsvis i den

form at det gjennomføres en sterkt forenklet rettergang for domstolen. Henvisning til særskilte nemnder for behandling av småkrav har også vært forsøkt.

Når det gjelder *større privatrettslige tvister* av økonomisk art, er det en klar tendens at partene holder seg borte fra de ordinære domstoler. Saken kan ha stor betydning for de stridende parter, og det råder undertiden usikkerhet om alle yrkesdommere har den nødvendige innsikt og erfaring til at saken trygt kan legges i deres hender. Partene foretrekker ofte å avtale voldgift, eventuelt andre tvisteløsningsmåter, der de har større muligheter for å påvirke utvælgelsen av dommerne eller oppmennene og sikre seg den dommerkvalitet som de ønsker seg.

Store økonomiske saker kan representere en betydelig arbeidsmessig belastning for domstolsapparatet. Det kan være naturlig å legge til grunn at de alminnelige domstoler ikke bør rekrutteres med sikte på å inneha spesialinnsikt på alle økonomisk viktige områder. Det er derfor et spørsmål om man, på linje med utviklingen i andre land, bør stille seg positiv til partenes bruk av alternative tvisteløsningsmetoder i saker som partene har fri rådighet over og som det ikke er spesielt ønskelig eller naturlig at domstolene selv behandler. Det må tilføyes at mange økonomiske mellomværender også har aspekter av samfunnsmessig betydning. Tvingende lover og forskrifter bør komme til anvendelse også om partene velger privat rettergang.

Det anlegges etter hvert en rekke saker der hovedformålet synes å være et annet enn å få domstolens avgjørelse av en rettslig tvist. En rekke forvaltningsvedtak angripes ved domstolene i første rekke med sikte på å svekke gjennomføringen av vedtaket eller i håp om å oppnå en fornyet vurdering av forvaltningsmyndighetene. Eksempelvis har man i Norge hatt en nesten eksplosiv utvikling av rettssaker og midlertidige forføyninger vedrørende avslag på søknader om asyl eller oppholdstillatelse etter fremmedlovgivningen. I tilknytning til de mange bedriftsinnskrenkninger og bedriftsnedleggelse i de senere år reises det et stort antall rettssaker om gyldigheten av foretatte arbeidsoppsigelser. Mange av disse sakene representerer en ikke ubetydelig og reelt sett unødvendig belastning av domstolsapparatet. Advokatstanden må bære en del av skylden for denne merbelastning av domstolene. Det er dessverre ikke vanskelig å finne frem til advokater som er villige til å anlegge og gjennomføre søksmål av denne art. Det ville generelt effektivisere domstolens arbeide hvis man kunne redusere den belastning som følger av reelt uprosedable saker. Et konstruktivt samarbeide med advokatstanden kunne være et første skritt.

Visse saktyper er det nærmest utenkelig å unndra fra domstolens myndighetsområde. Det gjelder i første rekke *straffesaker* i sin alminnelighet. Også prøving av *gyldigheten av lover og andre myndighetsvedtak* kan vanskelig legges til

annet enn det offentlige domstolsapparat i siste hånd. Tilsvarende gjelder for avgjørelser som representerer *inngrep i den personlige frihet* (tvangsinnleggelse m.v.)

En annen sak er at domstolenes kontroll med myndighetsvedtak i sin alminnelighet og spesielt med inngrep i den personlige frihet m.v. ikke nødvendigvis behøver å innebære at domstolene pålegges å prøve alle sider av saken. På mange områder dreier det seg om spesiell ekspertise eller erfaring som domstolene ikke er i besittelse av. Tilkalling av eksperter til å bistå domstolene er regelmessig sterkt forsinkende, uten at det nødvendigvis fører til faglig mer riktige avgjørelser enn i det administrative ekspertorgan. Saker der det er tale om en fortløpende oppfølging og revurdering ligger dårligere tilrette for domstolene enn enkeltavgjørelser til kontroll av myndighetsvedtak basert på en vanlig saksforberedelse.

Det har likevel vært en oppfatning at det tjener som en rettssikkerhetsgaranti for dem som rammes av inngrep i den personlige frihet at domstolene pålegges å prøve fullstendig og på fri basis hvorvidt de materielle vilkår for tvangsinngrep er tilstede i domsøyeblikket.

Når det gjelder overprøving av forvaltningsvedtak i sin alminnelighet, har man – kanskje særlig i underrettene – fått en utvikling i retning av stadig mere inngående gransking av grunnlaget for myndighetenes vedtak. I en periode da enkeltmenneskets beskyttelse overfor samfunnet har stått i forgrunnen, prøver domstolene i stigende utstrekning ikke bare om vedtaket ligger innenfor myndighetenes lovlige kompetanse og at vedtaket ikke representerer myndighetsmisbruk, men langt på vei i realiteten også det forvaltningsmessige skjønn som er utøvet. Den juridiske begrunnelse kan være at faktum ikke er tilstrekkelig fylldig tilrettelagt, at saksbehandlingen ikke er god nok eller at skjønnsbestemte kriterier anses som rettsanvendelsesskjønn som domstolene fritt kan overprøve, osv.

Det kan være fristende å tre et skritt tilbake og sammenligne med saksbehandlingen, avgjørelsesgrunnlaget og beslutningsfatternes nøytralitet når det gjelder andre beslutninger i vårt rettsamfunn. Ut fra en kvantitativ betraktning er det meget langt fra at domstolene er det viktigste organ for løsning av interessekonflikter som berører den enkelte. Lover og bevilgningsvedtak som pålegger borgerne trygdeavgifter, inntekts- og formuesskatter eller som gir rett til ytelser under trygdelovgivningen, støtteordninger for næringsgrener, tariffavtaler i arbeidslivet, m.v., spiller økonomisk sett en betydelig større rolle for et gjennomsnittsmenneske enn de økonomiske saker det kan bli aktuelt å føre for domstolene. Den saksbehandling som finner sted og det avgjørelsesgrunnlag som foreligger i forbindelse med det politiske maktspill og de politiske vedtak om fordeling av goder og byrder mellom næringer, befolkningsgrupper og enkeltindivider befinner seg et godt stykke unna de idealer som råder i forvaltningsretten.

Men i det øyeblikk politikerne overlater til forvaltningen å gjennomføre deres politikk i detalj, kommer de sterke krav til beskyttelse av enkeltindividet inn i bildet med full styrke. Ved en slik sammenligning kan saksbehandlingen og avgjørelsesgrunnlaget for de avgjørelser som henlegges til domstolene, virke nesten uforholdsmessig omhyggelig.

Generelt sett er domstolene i Norge sterkt belastet med å treffe avgjørelser av administrativ karakter til dels på områder der den nødvendige spesialinnsikt savnes. Det bør kunne drøftes om ikke domstolenes befatning med administrative avgjørelser bør begrenses i retning av en legalitetskontroll med andre myndighetsorganer fremfor selv å bli pålagt å opptre som materielt beslutningsorgan på rettsområder man ikke har spesiell bakgrunn for å behandle.

5. Forenkling av det materielle avgjørelsesgrunnlag

Det ville kunne tjene til betydelig avlastning av domstolene og til effektivisering av deres arbeide dersom lovgivningsmakten vedtok lover som var vel gjennomarbeidet og som ga anvisning på klare og enkle anvendelseskriterier. Uklare eller ufullstendige lover og forskrifter etterlater rettsusikkerhet hos de berørte parter og øker behovet for en avklaring gjennom domstolene. I atskillig utstrekning henvises det til rettslige standarder og konkrete rimelighetsvurderinger.

Som eksempler kan nevnes to norske lovbestemmelser fra den senere tid om regulering av kontraktsforhold:

a) Ved lov av 4. mars 1983 om endring av avtalelovens 36 (for øvrig med tilsvarende lovbestemmelser i andre nordiske land) er det åpnet større adgang for domstolene til å tilsidesette eller revidere tidligere kontrakter dersom utviklingen etter rettens bedømmelse har medført at gjennomføring av de opprinnelige bestemmelser vil virke „urimelig“. Den idealistiske tanke bak lovendringen er forståelig, særlig hvis man har for øyet den lille og vergeløse enkeltpersons interesser. Men slike regler blir påberopt av en langt større krets av personer og skaper uro og uenighet i forhold som åpenbart ikke skulle omfattes av endringen. Også i store og profesjonelle forretningskontrakter, der partene som ledd i sine forretningsmessige overveielser har fordelt risikoen for alternative utviklinger seg imellom, er den forutsigelighet om egen rettsstilling som kan utledes av kontraktens bestemmelser og reguleringsklausuler byttet ut med en sterk uvisshet om hva en domstol ut fra sine forutsetninger vil anse som rimelig. Rettsusikkerhet og tilbøyelighet til å gå til domstolene i mange rettsforhold som tidligere var rimelig klare, er et resultat av denne type lovgivning. Lovendringen ble også gitt virkning for løpende kontraktsforhold. Etter min oppfatning står ikke de fordeler som

oppnås, i rimelig forhold til den rettsusikkerhet som skapes og den merbelastning av allerede overbelastede domstoler som blir resultatet.

b) Det andre eksemplet er en lov av 12. mai 1989 om endring av § 4 i loven av 30. mai 1975 om tomtefeste. Det ble vedtatt at avtale om at bortfesteren kan kreve at festeren innløser tomt som er festet bort til bolighus eller fritidshus før festetiden ellers er ute, ikke er bindende for festeren. I lovens § 32 nr. 1 andre ledd ble det fastslått at denne bestemmelse også skal gjelde for eldre festeforhold. Men det tilføyes at „føresegna gjeld likevel ikkje for avtaler som er inngått før tomtefestelova tok til å gjelde 1. januar 1976, dersom det vil verke urimeleg for bortfestaren om han ikkje kunne kreve innløyising”. Det gis liten eller ingen anvisning på hvorledes dette kriterium skal anvendes, og det innføres rettsuvisshet på et viktig punkt i et stort antall private rettsforhold. Det innebærer risiko for økning av saksmengden ved domstolene og en vanskelig konkret avgjørelse i hvert enkelt tilfelle. Det har formodentlig vært politisk opportunt å gjennomføre en så uspesifikk lovregulering, men det er etter min oppfatning et stykke dårlig lovarbeide i et moderne rettssamfunn.

6. Forenkling av arbeidet med den enkelte rettsak.

Det er fullt mulig ved ulike endringer i rettergangslovgivningen å redusere domstolenes arbeide med den enkelte sak og effektivisere saksbehandlingen. Mange slike endringer har vært overveiet og til dels gjennomført, men det har som allerede nevnt vært utvist betydelig tilbakeholdenhet for ikke å angripe det rettsøkende publikums følelse av at man har tilgang til en grundig saksbehandling når rettsvister bringes inn for domstolene.

Etter min oppfatning burde man generelt kunne gå mere drastisk til verks, og jeg er slett ikke så sikker på at selv betydelige endringer og effektiviseringstiltak behøver å bety dødsstøtet for publikums tillit til vårt rettsvesen. Jeg tror at domstolenes sene saksbehandling gir større skadevirkninger enn fornuftig begrunnede innstramminger.

Av de mange forenklings- og effektiviseringstiltak som har vært overveiet eller gjennomført i de nordiske land, begrenser jeg meg til følgende:

a) Det kan vurderes om det representerer en uforholdsmessig belastning av domstolens kapasitet at retten i mange tilfeller skal besettes med *flere juridiske dommere* der det muligens ville være forsvarlig å begrense seg til en juridisk dommer.

b) Merbelastningen for domstolene ved *rettsbehandling i flere instanser* kan undertiden synes uforholdsmessig i forhold til de interesser det tvistes om. Det kan

være kostbart for partene og forlenger tiden frem til de kan få en endelig avgjørelse. Begrensninger i overprøvingen kan gjennomføres på flere måter: Ved reduksjon av antallet overprøvingsinstanser, ved begrensning av overprøvelsen til kontroll med visse sider av den underordnede domstols behandling, ved at det velges en forenklet saksbehandling i appellinstansen. Appellbegrensningene kan ta form av generelle bestemmelser eller av bestemmelser om konkret „siling“ av saker som tillates fremmet til videre behandling.

Problemområdet er mangesidig. Blant annet gjør den betraktning seg gjeldende at dersom kvaliteten på den underordnede domstols arbeide er synkende, øker behovet for overprøving.

c) Jeg nevner også spørsmålet om graden av aktivitet fra dommerens side for å få til en forliksløsning. Den danske ordning med et „tilkjennegivende“ av domstolens foreløpige standpunkt må åpenbart føre til flere forlik og tilsvarende reduksjon av arbeidsbyrden ved å skrive dom. Her gjør det seg gjeldende ulike vurderinger i de nordiske land.

d) Generelt er domsskrivingen temmelig tidkrevende. Men det er ulike oppfatninger av om domsgrunnene bør gjøres kortere, eller sløyfes i visse tilfeller. Tvertom hevdes det i enkelte nordiske land at dommene bør gjøres mer utførlige på relevante punkter.

e) Jeg vil anta at de største effektiviseringsgevinster og arbeidsbesparelser kan oppnås dersom domstolene i større grad prioriterer en aktiv prosessledelse under saksforberedelsen. Norsk rettergangslov åpner adgang til å innkalle til rettsmøte under saksforberedelsen. Dette burde gi dommeren atskillig mulighet til å gjennomgå med partene hvilke bevismidler m.v. som bør fremskaffes og sette tidsplaner for den videre forberedelse.

Advokatstanden vil kunne bidra til å effektivisere domstolenes arbeide og bringe ned ventetiden. Ved grundig forberedelse av sakene har advokatene mulighet for å konsentrere bevisførselen og prosedyren om det som reelt er avgjørende. Mange rettssaker er dessverre dårlig tilrettelagt fra advokatenes side, med utsettelse og annet tidsspille til følge. Jeg antar at betydelig effektivisering kunne oppnås ved en bedret innsats fra advokatenes side.

Betydelige forsinkelser i saksavviklingen, og undertiden lediggang i domstolene, har sammenheng med at travelt opptatte advokater påtar seg prosessoppdrag, men er deretter ikke istand til å motta berammelse på lang tid, eller de melder forfall til berammelser p.g.a. andre oppdrag. Det er et spørsmål om domstolene bør være prisgitt partenes frie advokatvalg i den vanskelige arbeidssituasjon som foreligger.

7. Alternative behandlingsmåter for sivilrettslige tvister.

Voldgift har i mange år vært et reelt alternativ for partene til løsning av sivilrettslige tvister der de har fri rådighet over saksgjenstanden.

Årsakene til at partene velger denne alternative fremgangsmåte, har vekslet gjennom tidene og veksler fra land til land.

For saker der partene er hjemmehørende i hvert sitt land, er det ofte mere naturlig å ty til voldgift enn å underkaste seg domstolene i et av partenes hjemland. Ved rent nasjonale rettstvister står valget langt på vei mellom voldgift og ordinær domstolsbehandling. Det har vært vanlig å fremheve at voldgift er hurtigere, rimeligere og mere diskret.

Voldgiftsreglene gir gode muligheter for partene til å avtale eller for voldgiftsdommerne til å bestemme en forenkling av saksbehandlingen. Men utviklingen går, såvidt jeg kan bedømme, mer og mer i retning av at voldgiftsbehandling blir like juridisk formell og tungrodd som vanlig rettergang. At pådømmelsen kun skjer i en instans, bidrar i utgangspunktet til at endelig avgjørelse oppnås raskere. Men det betyr også at partene og deres advokater må legge opp saken i full bredde, intet kan lates uforsøkt i en slik „one shot process“. En part som står svakt har også adskillige muligheter for å forsinke voldgiftsavgjørelsen. Voldgiftssaker kan vokse slik i omfang og omkostninger at en part kan bli tvunget til å oppgi sin rett. I internasjonale mellomværender har „den amerikanske volumsyke“ også bredt seg til voldgiftsbehandlingen. Det bidrar ikke til å forenkle sakene at advokatene risikerer selv å bli saksøkt til erstatning hvis det senere kan bebreides dem at de unnlot å legge frem dokumenter eller unnlot å gjøre alle argumenter gjeldende.

En vesentlig omkostning for partene i større økonomiske tvister er at ledende personell blir bundet opp med saken fremfor å kunne drive inntektsgivende arbeid for sin part. Dette gjelder både for voldgift og ordinær rettergang og har ledet til at man har søkt etter nye veier som er mindre tidkrevende og kostbare.

Direkte forhandlinger mellom partene er det mest nærliggende, og svært mange tvister ender med oppgjør „i minnelighet“. Hvor dette skyldes at det blir for kostbart og tidkrevende å forfølge sin rett, må man konstatere at rettsmaskineriet ikke helt har fylt sine oppgaver.

Tvisteløsning ved hjelp av *megling* eller *forliksvirksomhet* blir brukt i stigende utstrekning i ethvert fall i de større industriland. Den eller de valgte oppmenn har ikke mandat til å treffe bindende avgjørelse, men påvirker – med en større eller mindre grad av aktivitet – partene til å bli enige om et minnelig oppgjør. Meget avhenger av den tillit eller autoritet som oppmannen er omgitt med.

De såkalte *mini-trials* kan ta mange former, men et gjennomgående trekk er at representanter for partene deltar sammen med „ordinære dommere“ og får en kortfattet prosedyre og presentasjon av saken. Med utgangspunkt i en foreløpig bedømmelse av rettstvisten søker man å forhandle seg frem til en minnelig løsning som kan avverge et stort penge- og tidsforbruk på en voldgiftsprosess eller retts sak i full bredde.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Staffan Westerlund

**Strafferetligt ansvar for miljøfarlig
virksomhed**

Straffrättsligt ansvar för miljöfarlig verksamhet

Av docent STAFFAN WESTERLUND, Sverige.

1 Inledning och perspektiv

1.1 Avgränsning

Förenklat sett kan vi dela in brott mot miljön i två grupper. Den ena är typiskt knuten till rubriken för denna framställning, nämligen mer eller mindre stadigvarande eller återkommande brottslighet inom ramen för någon typ av verksamhet. Den andra är handlingar av engångskaraktär, vilka i sin tur kan delas in i handlingar med mycket stora risker (som vid dumpning av större mängder avfall på viss plats) och handlingar som var och en synes bidra „marginellt“ till en miljöskada men som inte är totalt harmlös.

Betydande delar av dagens miljöproblem torde höra samman med långvariga eller återkommande aktiviteter i form av industri, areella näringar, uttag av naturresurser inklusive energi etc. Också den privata konsumtionen bidrar i hög grad. I denna framställning lämnar jag emellertid privatsektorn utanför.

1.2 Perspektiv

Alltsedan Rachel Carsons „Silent Spring“ inser vi allt tydligare att mänsklighetens stora miljöproblem inte gärna kan lösas genom „more of the same“. Detta gäller kanske också för juridiken.

Principiellt sett finns minst två juridiska perspektiv på miljöfrågor.

Det ena är samhällsperspektivet. Det utgår från befintliga rättstekniska instrument, från redan etablerade principer men också från vad som är tekniskt och ekonomiskt möjligt för individer, företag och samhällen. Med det perspektivet låter vi miljömålen underordnas andra, mera omedelbart ekonomiskt och institutionellt betingade, mål och/eller metoder.

Det andra är omgivningsperspektivet eller miljöperspektivet. Med ett sådant bortser vi från etablerade disciplingränser och från begränsningarna till hittills utvecklade rättsliga instrument och begrepp för att i stället, bildligt talat, gå ut i miljön. Vi sätter oss „i miljös ställe“, anlägger ett miljöperspektiv, och bedömer

därifrån vad som människorna och rättssystemen måste klara av för att lösa eller undvika vissa, avgörande miljöproblem.¹

Valet av perspektiv betyder mycket också för hur miljöstraffrättsliga frågor behandlas. Om vi ser på ämnet för min framställning Straffrättsligt ansvar för miljöfarlig verksamhet så kan det behandlas inifrån. Då skulle jag gå igenom typiska straffrättsliga frågeställningar. Men ämnet kan också behandlas utifrån. Då kan jag diskutera hur straffrättsliga och andra instrument förhåller sig till varandra utifrån det eller de syften, som får antas ligga bakom att straffrättsliga instrument används.

Jag har valt det senare alternativet. Jag blev stärkt i mitt val efter att i september 1989 deltagit i en konferens i Hamburg om miljöstraffrätt med deltagare från många länder. Jag tyckte mig där kunna urskilja tre huvudgrupper vad gäller deltagarna och deras problemperspektiv.

Den första gruppen kom för att diskutera miljöfrågor med utgångspunkt från en orubblig syn på vad straffrätt var och vad ämnet kunde användas till i miljösammanhang utan att förändras särskilt mycket. Mycket tillspetsat uttryckt ville de omforma miljöproblemen till att passa den oförändrade, rena straffrätten.

Den andra gruppen hade en friare, mindre dogmatisk, syn på ämnesgränser och på betydelsen av sådana, framför allt vad gällde „pure criminal law“ och „administrative law“.

Gemensamt för dessa båda grupper var emellertid att miljöfrågorna betraktades inifrån olika rättssystem eller discipliner.

Den tredje gruppens perspektiv utgick däremot närmast från miljöproblemen som sådana och behandlade „straffrättsliga metoder“ utifrån dessas tänkta funktioner. Det perspektivet föreföll mest fruktbart och det är också perspektivet för denna framställning.

2 Ett miljörättsligt perspektiv

2.1 Lagstiftarnas problem

Om vi på ett meningsfullt sätt ska diskutera straffrättsligt ansvar i miljösammanhang, bör vi först undersöka huruvida miljöområdet påkallar något speciellt angreppssätt av betydelse för utformningen av sanktionsregler.

¹ Brundtlandkommissionens rekommendationer syftar till en uthållig utveckling och pekar på en del av de avgörande miljöfrågorna stora frågor, ingripande frågor, frågor varav vissa helt enkelt måste lösas till 100 procent. Frågor vars lösande kräver en utveckling av rättsliga styrmedel. Dit hör bl.a:

- * styrning av förbränning som ökar koldioxidhalten i atmosfären.
- * begränsning av användning av tungmetaller.
- * bevarande av olika naturtyper.

Idag och under sannolikt en lång framtid står lagstiftarna inför följande problem och utmaningar:

- * Människors och företags handlande måste i stor omfattning samordnas, styras, begränsas och ibland förbjudas, om förödande förändringar ska kunna hindras.
- * Hotande förändringar är ofta sammanlagda effekter av en mängd ageranden. Det är bara sällan som ett handlingstillfälle ensamt orsakar så omfattande verkningar, samtidigt som inget enda handlingstillfälle av vissa typer är betydelselöst vad gäller effekten ifråga.
- * Miljöförändringar uppstår inte bara som följd av summan av olika påverkningar från olika åtgärder. De kan också vara effekter av en ackumulation ute i naturen av utsläppta ämnen² eller av bioackumulation (anrikning av svårnedbrytbara substanser i näringskedjor eller näringsvävar eller koncentration av organismer direkt ur omgivningen ledande till att organismens halter av ämnet är många gånger högre än ämnets koncentration i organismens omgivning).

Akkumulationssituationer kräver särskild uppmärksamhet, inte minst från sanktionssynpunkt. Där är effekterna, de synliga eller mätbara drastiska verkningarna, inte direkt och proportionellt förbundna med endast en viss eller några enskilda åtgärder. Till det typiska hör även att verkningarna kan uppkomma och fortvara också långt efter de skadevällande åtgärderna. Då är det meningslöst att koppla förbud eller straff till effekter av handlingar. I stället måste handlings-sätten angripas vilket passar bäst i typiska miljölagar men mindre bra som straffregler i en gammaldags strafflag.

2.2 Betydelsen av hög efterlevnadsgrad

På miljöområdet är frågan om att åstadkomma en hög efterlevnadsgrad av de materiella reglerna kanske mera framträdande än för något annat rättsområde.³

Anta att Förenta Nationerna finner att jordens atmosfär inte bör få högre tem-

* bevarande av arter och annan genetisk mångfald

* begränsning och slutligen förbud för användningen av vissa kemiska ämnen som kan förstöra ozonskiktet etc.

² Exempelvis lagras alltför sura ämnen i mark och vatten. Förr eller senare passeras därför olika ekologiska känslighetströsklar. Under vissa förutsättningar kan en mycket liten ökning av surhetsgraden orsaka drastiska sekundära effekter, såsom utlösning av tungmetaller i grundvatten, fiskdöd i en sjö etc.

³ Förbud mot åtgärder som kan hota utrotningshotade arter kräver en höggradig efterlevnad. Liknande gäller bestämmelser, som syftar till att förhindra sådana handlingar, som ensamma kan ge mycket stora skadeverkningar, såsom att dumpa större mängder gift på en och samma plats. Om det däremot rör sig om handlingssätt som leder till skador, men inte oreparabla sådana, kan ett visst svinn i genomförandet ske utan att målet förfelas.

peratur än X grader högre än de genomsnittsvärden som gällt för tiden 1900–1950. Syftet är att undvika katastrofala globala effekter. Anta vidare att alla nationer förbinder sig att medverka till att temperaturen inte ska bli högre än så.

Det mål som ska uppnås är odelbart. Det måste uppnås, enligt förutsättningarna. Inte uppnås till vissa delar. Utan i sin helhet.

Flera liknande, ibland regionala, målsättningar kommer att bli vanliga, såsom att bevara olika ekosystem och andra levande naturresurser. Det går inte att förhandla med vare sig valar, havskräftor eller grundvattnet om att dessa ska anpassa sig till människornas och samhällets perspektiv och önskemål. Människans roll blir att bestämma sig för att bevara vissa slags ekosystem eller andra miljöförhållanden. Därefter blir det dessa yttre faktorer som dimensionerar anspråken på det rättsliga systemet.

2.3 Den miljörättsliga kärnan

I den verklighet som lagstiftarna måste ta itu med finns inte bara aktörer (människor som individer eller i grupper, företag etc) utan också sådana som endast reagerar låt oss kalla dem reaktörer såsom fiskar, fåglar, växter, vatten, luften etc.

Människor kan handla och förhandla; de kan agera.⁴ Allt och alla övriga kan bara på sin höjd reagera. I egenskapen av reaktörer handlar de inte i någon mänsklig mening. Inte heller förhandlar de. Endast reagerar.

Rättsliga instrument syftar särskilt till att förmå aktörer att handlar på sådana sätt, att sedan reaktörerna inte reagerar på oönskade sätt.

Detta är såvitt jag kan se den miljörättsliga kärnan vad som gör miljörätten speciell. Reaktörernas egenskaper egenskaperna hos dessa havskräftor, regnskoogar, sjöar och vattendrag, gener och celler sätter kriterierna för vad som krävs av ett „effektivt“ miljörättsligt regelsystem; sätter gränserna.

Vad som återstår för människorna är

- * att bestämma vilka gränser som de vill respektera (att sätta miljömålen)
- * att sedan verka för att tillräckligt många aktörer handlar på sådana sätt, att dessa gränser inte överskrids.⁵

⁴ Att de ibland också fungerar som reaktörer, ändrar inte på bildens grunder.

⁵ Då räcker det inte att säga åt alla människor att vara snälla och tänka sig för, så att gränserna inte överskrids. De enskilda människorna klarar sällan detta. Orsakerna är flera. En är att de ofta inte kan veta vad som återstår för just dem i form av handlingsutrymme utan att gränserna överskrids. Det är ju inte en enda aktör som orsakar att olika ekologiska gränser överskrids det är många eller alla tillsammans. Detta accentueras när miljöeffekterna är ackumulativa. Dessutom är inte alla människor solidariska. Somliga tar för sig på andras bekostnad, vill inte underkasta sig begränsningar, kanske stjäla eller riskerar andra för egen vinning etc.

3. Miljölagars grundstenar

3.1 Kravregler – handlingsregler

Ett effektivt miljörättsligt regelsystem kräver många olika regeltyper. En grundsten är dock materiella regler med krav och förbud. Jag kallar dem här kravregler.⁶

Flertalet miljölagars kravregler är antingen direkt straffsanktionerade eller också indirekt kopplade till straffrättsliga sanktioner genom kriminalisering av överträdelser av sådana administrativa föreskrifter eller tillståndsvillkor, som innebär tillämpningar i enskilda fall av de materiella reglerna.⁷ Därtill kommer att vissa handlanden har kriminaliserats i strafflag.

Materiella bestämmelser eller om man så vill handlingsregler och förbudsregler finns alltså dels i speciallag (miljölagar och liknande), dels i strafflag. De har givetvis en grundläggande funktion i ett miljörättsligt regelsystem.

3.2 Exempel på kravregler i speciallag och i strafflag

Skillnaderna är stora mellan olika lagar och olika länder vad gäller kravreglernas konstruktion och placering.

Exempelvis är den norska forurensningsloven näst intill fri från materiellt innehåll den ser ut som en fullmaktslag. Alltså sätts vanligen de materiella reglerna i norskt miljöskydd i varje enskilt fall utan att ha preciserats särskilt ingående av lagstiftarna.

Den svenska miljöskyddslagen är något mera objektiverad det vill säga att lagstiftarnas styrning i materiellt hänseende i högre grad återspeglas i lagen. Men också här finns stora utrymmen för skönsmässiga bedömningar. Miljöskyddslagens materiella regler är inte direkt straffsanktionerade. Det är däremot motsvarande regler i den svenska kemikalielagen trots att de liknar dem i miljöskyddslagen.

⁶ Den danska miljöbeskyttelsesloven, den norska forurensningsloven, den finska vattenlagen och luftvårdslagen samt den svenska miljöskyddslagen alla har de regler som mer eller mindre tydligt anger, eller i vart fall lägger grunden för, bestämmelser om vad som krävs för att en miljöpåverkande verksamhet ska få utövas. De olika länderna har dessutom kemikalielagstiftning, naturvårdslagar med olika utformningar, vattenlagar, lagar om planläggning och byggande, lagar om jakt och fiske etc.

⁷ Den svenska lagen om kemiska produkter straffbelägger sålunda sådan hantering av kemiska ämnen som strider mot aktsamhetsregeln i 5, förutsatt att avvikelsen från aktsamhetsregeln sker av grov vårdslöshet eller med uppsåt. Den svenska miljöskyddslagen knyter däremot straffsanktioner till överträdelse av olika administrativa föreskrifter och tillståndsvillkor, grundade på lagen. Men därutöver finns, främst i de olika strafflagarna, ett antal materiella bestämmelser i form av brottsbeskrivningar bestämmelser som har betydelse från miljöskyddssynpunkt. Ett exempel är miljöbrott i den svenska brottsbalken, ett annat spridande av gift m.m. Liknande finns i en del andra lagar.

Den svenska brottsbalkens regler om miljöbrott respektive vårdslöshet med miljön har ett materiellt innehåll som till sin typ liknar bl.a. kraven i lagen om kemiska produkter.

Det förefaller därför som att de svenska lagstiftarna inte har sett någon avgörande miljörettsligt principiell skillnad mellan å ena sidan lågradigt objektiverade handlingsregler (skönsregler) och å andra sidan handlingsregler i straffregel-form; inte heller mellan att ha en materiell direkt straffsanktionerad handlingsregel i en kemikalielag och att ha en handlingsregel i en strafflag.

3.3 Krav och genomförande

Aktörerna måste förmås eller lockas att följa kravreglerna. Men hur? Genom hot om straff? Genom löften om belöningar? Genom vädjanden?

Med hjälp bl.a. av Gregor Holmgrens bild⁸ kan vi se ett miljöregelsystem på följande sätt.

- * Inledningsvis rekommenderas alla att visa hänsyn. En hel del aktörer nöjer sig med denna påverkan och följer sådana kravregler, som de känner till. För att kunna påverka flera aktörer, måste målen översättas till kravregler.
- * Genomförandet av dessa kravregler måste underbyggas genom olika typer av genomföranderegler, gällande bland annat sådant som förprovning, övervakning, sanktioner etc. Vi kan också komplettera med ekonomiska styrmedel.
- * Vi måste vidare uppmärksamma att ju sämre genomförandet fungerar, desto lägre blir graden av uppfyllelsen av kravreglerna (denna uppfyllelsegrad bestäms av den frivilliga efterlevnaden plus vad som faktiskt genomförs) och därmed också graden av måluppfyllelse.
- * Om lagstiftarna ändå vill att målet ska uppnås fullt ut (något som blir typiskt för miljöområdet), måste lagstiftarna överväga var i det systemet åtgärder kan sättas. Ska övervakningen skärpas? Ska straffen skärpas? Ska nya typer av genomförandeinstrument införas? Eller ska kravreglerna skärpas, så att summan av dessa blir betydligt högre än målet, för att på det sättet kompensera för partiellt dåligt genomförande? Eller ska olika kombinationer prövas?

4 Straffrätten och miljöproblemen

4.1 Inledning

Straff för miljöfarliga handlingar är inget nytt. Våra länder känner regler om skydd för naturresurser, fridlysning av djur och växter, förbud mot förgiftning

⁸ Holmgren i Markanvändning Vattenkvalitet En studie i Laholmsbuktens tillrinningsområde. Länsstyrelsen i Halmstad 1989.

och skadegörelse. Sådana gamla straffregler har betydelse även i modern miljövard. Ibland är det effekterna av ett handlingsätt som kriminaliserar handlingen, såsom när människor skadas eller dör. Sett inifrån de straffrättsliga systemen och tankebyggena finns här regeltyper som kan användas och även används i praktiken i miljövardssammanhang.

Detta var ett perspektiv inifrån. Men utifrån betraktat ser vi behov av att få regler efterlevda, oavsett huruvida vi anser oss använda straffrättsliga eller andra instrument för det ändamålet.

4.2 Typiska straffrättsliga instrument

Genom att sätta människor i fängelse, genom att bötfälla dem eller deras företag, genom att ta ut avgifter eller på andra sätt åstadkomma negativa effekter för dem, gör vi något som har en gemensam nämnare. Vi kan kombinera åtgärder som begreppsmässigt sett utgör olika rättsliga sekundära styrmedel såsom fängelsestraff, böter, sanktionsavgifter, förverkande av utbyte av brott etc i syfte att avskräcka eller avhålla någon från ett oönskat handlande. Vad har de ytterst sett gemensamt? Jo, de bygger alla på förändringar av aktörernas ekonomi och/eller bekvämlighet (vari jag inräknat frihet). Oavsett om de kan kallas straffrättsliga eller annat.

4.3 Kopplingen straffrättsliga och andra regeltyper

Men också kravregler, regler om förprovning och liknande passar in i bilden. De ska nämligen typiskt sätt ha funktionen att påverka beteendet hos människor. Genom en sanktioner och andra negativa konsekvenser för dem, som inte handlar önskvärt, vill man uppnå funktionen att påverka aktörerna på flera sätt än genom enbart etiska argument.

Ta inte min terminologi på alltför stort allvar när jag försöker att mot varandra ställa å ena sidan en schabloniserad form av begreppsjuridik, å andra sidan någon form av funktionsjuridik för att sedan välja det senare.

Och den överordnade funktionen? Att medverka till att av lagstiftarna uppställda miljömål uppnås. Med den utgångspunkten vill jag nu gå över till frågan om påtryckningsmedel, om sanktioner och liknande.

5 Sanktioner

5.1 Sanktioners effektivitet

Sanktioners effektivitet bestäms till stor del av olika förhållanden som rör adressaterna och dessas värderingar å ena sidan, deras förväntade utbyte å andra sidan.

En mycket fattig människa i ett utvecklingsland behöver mat för dagen. Förhållandet mellan alternativet att familjen svälter och alternativet att kanske få ett straff är så olika, att han tar risken av ett straff.

Ett speciellt problem vid många fall av „vanlig“ brottslighet är att förövarna inte förmår väga risk och nytta av olika anledningar och därför förefaller att inte reagera på straffhot. Detta är sannolikt mindre betydelsefullt vid miljöbrottslighet i större skala i de nordiska länderna oavsett vad kriminologer anser om sådana situationer. Det mesta av den miljöbrottslighet, som jag nu diskuterar, bygger på ett (i vid mening) ekonomiskt utbyte av vad man gör. Om detta är riktigt, måste det vara en fruktbar inriktning att förhindra ett utbyte av en överträdelse för att därigenom göra det mindre intressant att begå överträdelserna. Detta är den triviala ansatsen för min fortsatta diskussion.

Hur passar med det synsättet vanliga typer av straffmätning in i den bilden?

5.2 Ett exempel

Det följande exemplet är trivialt svenskt.

En företagare vill öka produktionen i sin fabrik med 25 procent utan nödvändigt tillstånd. Hans syfte är att utnyttja en högkonjunktur och han hinner inte invänta ett tillstånd. Dessutom kanske han inte kan få tillstånd till ökad produktion på den plats, där han bedriver sin verksamhet. Hans situation är följande:

Om han inte ökar produktionen förrän han har fått tillstånd, går han miste om en stor vinst.

Om han däremot ökar produktionen utan tillstånd, inleds ett skeende med något olika innehåll beroende på omständigheterna.

Det första stadiet i skeendet är att produktionen ökar, att föroreningarna ökar och att företagarens inkomster ökar.

Det andra stadiet är att produktionsökningen blir alltmer känd utanför fabriken. Tillsynsmyndigheter får ibland kännedom om ökningen.

Om så sker, når vi ett kritiskt stadium eftersom myndigheten här kan välja mellan olika huvudlinjer.

Den ena huvudlinjen är att med omedelbar verkan stoppa verksamhetens otilåtna del. Detta kan beskrivas som att man hindrar förövaren från att fortsätta sin brotliga verksamhet.

Den andra huvudlinjen är att inleda förberedelserna för att utkräva straffrättsliga eller andra sanktioner av företagaren.⁹

Vid sidan av detta kan också uppstå sociala eller liknande effekter. Allmän-

⁹ Mellanformer är möjliga, såsom att man förbereder för sanktioner samtidigt som man förbereder för stoppning.

heten får kännedom om brotten och företagaren får kanske dåligt rykte på ett sätt, som han anser negativt. Arbetstagarna kanske reagerar mot att deras företag utmålas som brottsligt, och även detta kan företagaren finna negativt. Sådana företagare som är seriösa i en samhällelig mening kan alltså tänkas uppfatta sådana effekter som så negativa, så att nyttan av en olaglig produktionsökning inte blir tillräckligt stor.

Om det däremot rör sig om en i just denna samhälleliga mening mindre seriös företagare, kommer dessa konsekvenser att få obetydlig verkan. Faktum är ju att pengarna flyter in.

5.3 Den första huvudlinjen

Utvecklingen enligt den första huvudlinjen går då mot polisutredning, åtal och straffprocess samt/eller mot ett formellt beslut från tillsynsmyndigheten i form av ett vitesföreläggande.

Dit är vägen lång, åtminstone om vi tar ett typiskt svenskt fall som exempel. Polisutredningar tar tid, åklagarna behöver tid för att fatta sina beslut, domstolarna är överlastade med olika mål. Det är vidare vanligt att tillsynsmyndigheterna i Sverige inte omedelbart går till ett föreläggande utan först använder en, ibland mycket lång, tid för att diskutera med företaget. Ja, ibland förekommer det till och med att tillsynsmyndigheter ställer upp som något slags tekniska rådgivare till företaget i frågor om hur man bäst återgår till att följa bestämmelserna, samtidigt som överträdelsen fortgår.

Vad gäller det straffrättsliga händelseförloppets slutpunkt finner vi, om Sverige utgör exempel, att det genomsnittliga straffet för överträdelser av miljöskyddslagen till åtminstone för ett par år sedan var 30–40 dagsböter.¹⁰

5.4 Den andra huvudlinjen

Vad gäller den andra huvudlinjen med förelägganden om att följa tillståndsvillkor respektive att inte fortsätta med olaglig verksamhet, finns såvitt jag vet ingen mera omfattande statistik för svensk del. Jag nöjer mig med att hänvisa till allmänna observationer, som också har återspeglats i offentliga utredningar, innebärande att tillsynsmyndigheter har haft en stark tendens att söka samråda bort överträdelser, inte tvinga bort dem.

¹⁰ Fängelse hade då aldrig dömts ut. Helt nyligen gjordes en icke vetenskaplig genomgång av mer än 1.000 anmälningar om brott mot miljöskyddslagen. Mindre än 10 procent av dessa hade gått till åtal.

5.5 Effekterna av båda huvudlinjerna

Oavsett hur det är med det sistnämnda, kan vi se följande. Om de två nu diskuterade utvecklingslinjerna leder till sina respektive rimliga rättsliga slut, alltså å ena sidan åtal och fällande dom och å andra sidan föreläggande om att återgå till att följa bestämmelserna, så finner vi följande:

Mätt i det som all normal företagsamhet har till yttersta syfte och därmed som måttstock, nämligen pengar, har företagaren fått betydligt större nytta än skada av överträdelsen. Dagsböter för en företagsledare når i fall som detta inte upp till intäkterna. Det är endast om företagsledaren själv tillmäter den sociala betydelsen av att bli „straffad“ ett stort negativt värde, som straffet kan tänkas väga tyngre än intäkten.

Att behöva upphöra med en inkomstbringande olaglig verksamhet först ett antal veckor eller månader efter att denna inleddes, inverkar inte på intäkternas storlek under den tid verksamheten bedrevs olagligt. För varje dag som verksamheten kan bedrivas olagligt, ökar intäkterna.

Vi kan därmed se att i vart fall för sådana företagare, som lägger störst vikt vid pengar, ett sanktionssystem likt det skisserade inte är särskilt verksamt. Verkningensgraden ökar alltså inte om man, med bibehållande av den låga straffmätningen, förstärker den egentliga strafflagen med brottsbeskrivningar som täcker det nu beskrivna. Kriterierna för brottet är desamma. Det ska vara tillräckligt bevisat att den åtalade är skyldig. Trögheterna i genomförandet i polis- och åklagarleden blir desamma.

6 En tredje huvudlinje

6.1 Att stoppa själva brottets fortsättande

Mitt exempel ovan skulle i ett hänseende förvåna många vanliga människor, om de jämför med hur polisen gör när den träffar på „ordinär“ brottslighet. Det första polisen gör är vanligen att stoppa själva den brottsliga handlingen. Först därefter vidtar eventuella anhållanden, spaningar, utredningar, åtal etc. Men som sagt. När polisen så kan, börjar den alltså med att stoppa brottet.

Men så skedde inte mitt exempel. Ändå är det kanske just hindrandet från fortsatt brott som slår särskilt effektivt mot exakt just det, som företagarna genom sitt handlande visar att de sätter främst, nämligen att bedriva en inkomstbringande verksamhet. Företagaren i exemplet bröt ju mot lagen därför att han skulle vinna något på detta.

Om han hindras direkt från just detta, blir utbytet därefter noll.

Om han däremot inte hindras, får han ju just det utbyte som var orsaken till att han inledde brottet.

6.2 Sanktioner och effektiv miljökontroll

Ett miljöregelsystem kan göras mer eller mindre effektivt. En del av systemet utgörs av sanktioner och liknande. Sanktioner syftar till att höja genomförandegraden av olika kravregler, till att höja effektiviteten i ett regelsystem.

Mot bakgrunden av detta borde vägen förkortas mellan orsaken till ett brott och elimineringen av just den orsaken. Detta är naturligtvis trivialt. Men byt ut ordet „orsak“ mot ordet „syfte“. Om syftet med brottet i första hand är att öka inkomsterna, så bör man börja med att försöka hindra just inkomstökningen så effektivt som möjligt.

Jag tar exemplet med icke tillfälliga handlingar motsvarande exemplet ovan.

På miljöområdet innebär hindrandet av inkomstökningen vanligen att stoppa själva brottet. Ett annat viktigt led, men ett sekundärt sådant, är att se till att brottslingen inte får någon nytta av sin överträdelse.

För båda dessa åtgärder finns etablerade rättsliga metoder. Att omedelbart stoppa en brottslig verksamhet är inget märkligt i sig, men hittills ovanligt när det gäller miljöstörande verksamhet. Att försöka eliminera vinster av överträdelser är också något beprövat. Vi har företagsbot, förverkande och olika speciella sanktionsavgifter såsom den i Sverige sedan 1981 existerande men mycket sällan utdömda miljöskyddsavgiften. Under speciella förutsättningar kan också förekomma skadestånd till dem som har skadats till följd av överträdelsen.

Här är det alltså inte i första hand nya instrument som behövs, utan snarare utvecklade synsätt rörande användningen av vissa instrument.

6.3 Sanktioner i efterhand.

Med siffror visar man lätt att ingripanden och sanktioner i efterhand ensamma är otillräckliga när det gäller icke tillfälliga handlingar. Anta för en viss kategori fall att:

- * upptäcktsrisken är 50 %.
- * 50 % faller bort under brottsutredningen därför att fakta är osäkra.
- * 10 % faller bort till följd av missriktade hänsyn, korrupsion och andra typer av obehöriga hänsyn, samt
- * 25 % faller bort därför att domstolen inte delar åklagarens uppfattning och därför inte dömer ut en sanktionsavgift.

För den kallt kalkylerande företagaren blir då risken ungefär följande:

$$50 \% \text{ av } 100 = 50; 50 \% \text{ av } 50 = 25;$$

$$10 \% \text{ av } 25 = 2,5, \text{ återstår } 22,5;$$

$$30 \% \text{ av } 22,5 = \mathbf{16,88}.$$

Här förhåller sig alltså nytta och skada för företagaren som 100 till 17. Detta betyder att om man endast försöker att i efterhand fullständigt eliminera det ekonomiska utbytet av en överträdelse (vilket har diskuterats i termer av „avkriminalisering“ i Sverige, men inte genomförts), så har man typiskt sett att välja mellan främst följande:

- A. Man accepterar att kallt beräknande personer överträder bestämmelserna och betalar när de blir dömda att göra detta (systematisk undersanktion).
- B. Man kompenserar läckaget i genomförandesystemet genom att multiplicera de ekonomiska sanktionerna med, som i exemplets fall, i runda tal 6 (exakt 5,93) (systematisk sanktion).

Det sistnämnda leder i sin tur till att den företagare som har otur och en enda gång överträder en bestämmelse, sedan upptäcks och därefter ådöms avgift, får betala 6 gånger mer än han tjänade. Den effekten måste dock tas om man vill undvika systematiska undersanktioner.¹¹

6.4 När används metoden med systematiska sanktioner?

Systematiska sanktioner enligt B ovan förefaller i princip kunna leda till att miljöbrott generellt sett inte lönar sig. Ändå är det lätt att se några av förslagens begränsningar.

Det finns nämligen typer av miljöbrottslighet som inte lämpar sig för detta angreppssätt, nämligen de typiska engångshandlingarna med stora, specifika skadeverkningar, bäst illustrerade genom *svartdumpningsscenario*.¹² Exempel är att dumpa stora mängder avfall, att spränga bort en tröskel i ett vattendrag, att sänka en sjö, att skjuta ett verkligen utrotningshotat djur, att ta livet av några människor etc. För sådant lämpar sig inte ekonomiska sanktioner, i vart fall inte som huvudinstrument.

Den andra huvudtypen renodlas i ett „*försurningsscenario*“. Detta karakteriseras av de speciella förutsättningar och problem som hör samman med sådan miljöpåverkan, som bygger på en mängd aktörer, en mängd beslutstillfällen samt mer eller mindre kontinuerliga utsläpp, vars sammanlagda effekter är ackumulativa.

För „*försurningsscenario*“ förefaller det vara verksamt att rikta in sig på att så snart som möjligt stoppa en olaglig verksamhet, d.v.s att lägga upp sanktionering-

¹¹ För att göra ett delvis „avkriminaliserat“ system verkligt rimligt, borde dessutom som avgiftsunderlag därutöver användas samhällsapparatusens kostnader för utredningarna av detta slags miljöbrottslighet, och då inte bara kostnaderna för utredningen i just det fall som leder till fällande dom.

¹² En engelsk term som jag ofta hört är „midnight dumping“.

en på ett sådant sätt, så att ett upphörande av överträdelsen kommer i första rummet, olika typiska sanktioner i andra rummet.

Svartdumpningen är däremot till sin typiska karaktär sådan att den har skett och avslutats innan den har upptäckts. Det är då för sent att stoppa den. Därför förefaller förebyggande avskräckning och andra former av avvärjande i förväg vara vad som borde sättas i första rummet.

Till detta kan dock läggas ett lagfäst ansvar för „dumparen“ att återställa eller sanera den miljö som utsatts för dumpningen (ett reparationsansvar). Det sistnämnda har från vissa synpunkter gemensamma drag med att ta bort den ekonomiska nyttan av brottet; något som jag satte i första rummet i försurningsscenario. Skillnaderna kan dock bli stora. Exempelvis föreställer jag mig att det i de flesta samhällen kommer att ställas relativt höga beviskrav, för att en bestämd företagare ska kunna åläggas att utföra en bestämd sanering, medan beviskraven i praktiken blir mindre betungande när det gäller att stoppa en pågående överträdelse.

7 Sammanfattning och slutkommentar

7.1 Summering

Miljöproblemens karaktär ställer frågor om kravreglers konstruktion och genomförande i ett speciellt ljus och frågan om sanktioner i vid mening (sanktioner mot och konsekvenser för överträdare) måste därför spela en mycket viktig roll.

Sanktioner och andra konsekvenser kan delas in i olika typer varav

- * straff är en
- * straffliknande sanktioner en annan
- * avgifter såsom miljöavgifter en tredje och sidorordnad
- * skadestånd en fjärde
- * hindrande av fortsatt olaglig verksamhet en femte.¹³

Allmänt sett kan straffrättsliga instrument inte undvaras i miljökontrollen men heller inte andra typer av sanktioner och konsekvenser. För ett effektivt miljöskydd bör man kombinera sanktioner och konsekvenser på sätt som medför största möjliga genomförande av kravregler, antingen sådana återfinns i lag, i lägre föreskrifter, i planer, i individuella tillstånd eller i andra myndighetsbeslut för enskilda fall.

¹³ Som en sjätte kan vi ta hindrande av fortsatt verksamhet även om denna skulle bli laglig (alltså indragning av tillstånd): något som i vart fall den svenska miljöskyddslagen ger möjlighet för men som det kan vara lite svårt att ge rimliga argument för. Det blir då mera av en sanktion knuten till lämpligheten i det enskilda fallet av den som utövar verksamheten.

Det är dock en avgörande skillnad mellan överträdelser av

- * å ena sidan sådana föreskrifter, vars överträdande i det enskilda fallet inte ensamt leder till en drastisk miljöeffekt men där inget överträdande saknar betydelse (såsom vid olika slag av ackumulativa effekter)
- * å andra sidan fall där varje handling ensam kan orsaka specifika risker.

Mellan dessa kategorier har vi många typer som jag inte nu behandlar.

När det gäller överträdanden i den första gruppen ovan, har straffinstrument av vanlig typ (böter eller fängelse) mycket liten betydelse sett från miljökontrollsynpunkt. Där är det långt verkammare att prioritera stoppandet av fortsatta överträdelser, ty en sådan konsekvens för en företagare är vanligen mera ingripande, åtminstone sett i företagsekonomiska termer, än mödosamt utdömda företagsböter eller personliga böter.¹⁴ Om det däremot gäller enstaka, kortvariga brottsliga handlingar inom denna kategori, är det svårt att se sanktionsalternativ till straff.¹⁵

Avskräckning som sådan skulle kunna ha en inte oväsentlig betydelse när det gäller laglydnad inom vanligt näringsliv. Ofta är handlandet där rationellt.

Även en annan samhällssektor lämpar sig kanske för en satsning på prevention om inte annat så därför att bättre alternativ saknas: där kan nämligen en del verksamheter inte stoppas. Detta gäller särskilt sådana verksamheter som drivs av kommuner eller liknande företagare och som tjänar grundläggande funktioner i samhället när det gäller hälsa. Hit hör dels större energianläggningar, dels kommunala avloppsledningsverk.

Såvitt jag förstår fungerar i sådana situationer bara en kombination av höga straff för enskilda beslutsfattare samt sanktionsavgifter.

7.2 Kommentar

Mina resonemang utgår från typfall och syftar till att belysa några olika angreppssätt i effektivisering av efterlevnaden av miljölagar. De kan sedan, om de accepteras, helt eller delvis föras över på sådana fall som ligger mellan dessa kategorier.

En viktig fråga på miljöområdet, som jag inte har behandlat men som kan ha stor betydelse, är att förmå också andra adressater än dem som direkt påverkar

¹⁴ Däremot kan det väl tänkas att man någonstans på skalan kan nå så höga fängelsestraff, att en motsvarande preventiv effekt uppstår.

¹⁵ För vissa handlingssätt, som att kasta avfall av skadlig typ, kan ekonomiska styrmedel i stället användas som alternativ eller komplement till straffsanktioner för enstaka, kortvariga brott. Genom avgiftsbeläggning av varan eller av något ämne som ingår i denna, kan det göras ekonomiskt lönsamt att inte kasta avfallet utan i stället återlämna det, sälja det etc.

miljön att följa de bestämmelser de har att efterleva. Jag tänker på myndigheterna, antingen dessa är tillståndsgivande myndigheter, övervakande myndigheter, domstolar och andra organ. Den frågan är så stor, och principiellt särpräglad, att den kräver en egen analys.

Det 32. nordiske juristmøde
Reykjavík 22. – 24. august 1990

Paula Kokkonen

Tvang og retssikkerhed inden for handicapforsorgen (mentalvården)

Tvång och rättssäkerhet inom mentalvården

Av vicehäradshövding, avdelningschef Medicinalstyrelsen,
PAULA KOKKONEN, Finland.

Mitt framförande baserar sig på den gällande finska sinnessjuklagen (187/52). De stadganden i lagen som bl.a. gäller tvångsvård ändrades år 1977 (521/77). I Finland har en proposition till riksdagen med förslag till mentalvårdslag avlåtits hösten 1989. I mitt framförande tangerar jag i vissa punkter också detta lagförslag.

Allmänt om mentalvården

Enligt den gällande lagstiftningen i Finland innefattar mentalvården förebyggandet av sinnessjukdomar och andra mentala störningar samt undersökning, vård och rehabilitering av personer som lider av dylika sjukdomar eller störningar. Psykiatri är den specialitet inom medicinen som representerar specialkunskapen inom mentalvården.

Liksom inom hälso- och sjukvården i allmänhet är den centrala frågan med tanke på patientens *rättssäkerhet* också inom mentalvården att patienten får tillräcklig och lämplig vård vid rätt tidpunkt och dessutom att hans självbestämmanderätt respekteras i så hög grad som det bara är möjligt, med beaktande av både patientens och andra personers säkerhet.

Inom den moderna medicinen är psykiska sjukdomar en grupp av sjukdomar bland många andra. Psykiska sjukdomar skiljer sig från andra sjukdomar i att de ofta anses skrämmande, skamliga och stigmatiserande. Detta leder till att mentalvårdssystemet är tvunget att möta fördomar. Man försöker skingra de fördomar som hänför sig till de psykiska sjukdomarna och förhindra att en patient „blir stämplad“ genom att integrera den tidigare relativt autonomiska psykiatriska verksamheten i den övriga hälso- och sjukvården och genom att utveckla olika former av öppenvård samt genom att klarlägga de mekanismer som styr mänskornas relationer till varandra och de störningar som kan förekomma i dem.

Psykiatri är ett område som utvecklas snabbt och där det, liksom inom så många andra specialiteter inom medicinen, förekommer olika skolor. Detta inne-

bär att alla psykiatrer inte är ense om de allmänna vårdregimen och sålunda inte heller om vården av en enskild patient.

Olika psykiatriska patienter och olika patientgrupper har olika problem. Som exempel kan jag nämna psykiskt sjuka utvecklingsstörda, dementa åldringar, de som lider av kronisk schizofreni, psykiskt sjuka brottslingar och de som lider av akut psykos. Alla dessa patienter måste behandlas på olika sätt. T.ex. när det gäller en dement åldring kan man bli tvungen att tillgripa fysiskt tvång och stänga in patienten på ett sinnessjukhus av den anledningen att patienten på grund av sin orolighet och sitt störande beteende inte kan skötas någon annanstans. I vården av en patient med akut psykos kan man bli tvungen att tillgripa kemiskt tvång, dvs. ge patienten läkemedel, för att lindra hans ångestillstånd. Också när det gäller patienter i de nämnda grupperna kräver de olika behandlingar i sjukdomens olika stadier.

Rättssäkerheten

Rättssäkerheten kan definieras som det skydd som rättssystemet ger en mänska och hennes rättigheter. Åtminstone följande faktorer inverkar på hur väl en individs rättigheter skyddas av rättssystemet i en viss stat: de rättigheter och skyldigheter en individ har mot andra individer och samfund enligt respektive rättssystem och de medel med vilka individen kan uppnå sina lagliga rättigheter och undvika sådant som inte hör till individens juridiska skyldigheter¹⁾.

De centrala faktorerna när det gäller patienternas rättssäkerhet är att verksamheten får tillräckligt med resurser, närmast lokaler och personal, att öppenvården och rehabiliteringen betonas och att verksamhetsformerna inom öppenvården utvecklas, samtidigt som olika boendeformer understöds, samt att personalen får utbildning och vidareutbildning.

Patienterna grips lätt av ångest i trånga utrymmen och gör varandra oroliga. Om det är ont om personal eller om personalen har för låg utbildning är man tvungen att låsa in patienter och isolera dem samt ge dem starka lugnande läkemedel för att det i någon mån skall råda lugn och ordning.

Ända till senaste tider har psykiatrin haft relativt dålig framgång i konkurrensen om fördelningen av resurser jämfört med mera dramatiska områden, t.ex. kirurgin med sina by pass-operationer och transplantationer samt vissa former av cancerbehandling. Detta har troligen bl.a. berott på att mentalsjukdomarna förr ansågs som mera skrämmande och skamliga än andra sjukdomar och denna tanke

¹⁾ Siffrorna hänvisar till litteraturlistan.

är väl inte helt främmande i dag heller. De psykiskt sjuka och deras anhöriga orkar ofta inte heller bevaka sina egna intressen³⁾.

Inställningen till psykiska sjukdomar framgår tydligt bl.a. av det att jag inte kan komma ihåg att någon patient under de 15 år som jag behandlat och avgjort klagomål inom hälso- och sjukvården skulle ha klagat över att han undersökts för utförligt då det har tagits blodprov och röntgenbilder eller utförts datortomografiundersökningar osv. Om en patient däremot har sänts till psykiatrisk konsultation har detta i många fall gett upphov till klagomål då patienten har ansett att han då åtminstone inte är tokig och ansett det kränkande att hans mentala hälsa över huvud taget bedöms och psykets andel i hans besvär utreds.

Tvång

De grundläggande förutsättningarna för tvångsvård

Stadgandet i den finska sinnessjuklagen om de grundläggande förutsättningarna för tvångsvård innehåller följande:

„Oberoende av sin vilja kan på sinnessjukhus intagas endast person, av vars uppförande eller övriga omständigheter framgår, att han på grund av sin sinnessjukdom* är i behov av omedelbar sinnessjukvård eller är särskilt skadlig för sig själv eller för andra.“ (16 a §, 521/77.)

Inom mentalsjukvården är tvång verksamhet där tvingande åtgärder vidtas, dvs. tvång tillgrips, eller verksamhet där patientens vilja inte beaktas. Karakteristiskt för tvångsvården är att den som tillgriper tvång förhindrar att patientens egna önskemål och önskade handlingar uppfylls eller inte alls klarlägger patientens önskemål och de önskade handlingar som följer av dem och handlar utgående från sina egna värderingar⁴⁾. I det följande använder jag begreppen „tvångsvård“ och „vård oberoende av patientens vilja“ som parallella begrepp.

Enligt 37 § (521/77) sinnessjuklagen får „den som intagits på sinnessjukhus oberoende av sin vilja underkastas tvång endast i den mån sjukdomens behandling eller den vårdades eller ock annan persons trygghet det oundgängligen kräver“.

Vid en första genomläsning kan paragrafen t.o.m. låta bra med tanke på rätts-säkerheten. En närmare granskning visar emellertid att ordalydelsen innehåller många synnerligen relativa kriterier. Hurdant tvång behandlingen av en viss sjuk-

* Förutsättningarna för vård oberoende av patientens vilja varierar från land till land. Bl.a. i lagstiftningen i England, Holland, Belgien, Irland och Japan och i de flesta amerikanska delstater är förutsättningen för vård „mental störning“. Begreppet „psykisk sjukdom“, som ingår i den gällande lagstiftningen i Sverige, har samma innebörd. I lagstiftningen i bl.a. Danmark, Norge och Israel samt ca 40 % av Amerikas delstater är den grundläggande förutsättningen för tvångsvård „mentalsjukdom“.³⁾

dom „kräver“ kan i vissa fall vara beroende av vilken uppfattning den vårdande läkaren har, till vilken skola han råkar höra. På grund av vår allmänna livserfarenhet kan var och en av oss ha olika uppfattning om vad „den vårdades eller annan persons trygghet oundgängligen kräver“. Det är ju som känt mycket svårt, om inte omöjligt, att bedöma farligheten.

Olika slag av tvång

Tvång kan vara *fysiskt tvång*, t.ex. isolering,⁵⁾ bältesläggning, elchocker, som dock är synnerligen ovanliga. Nuförtiden ges elchocker endast vid ytterst svåra psykotiska depressioner och vid s.k. katatonisk stupor i samband med schizofreni, då de t.o.m. kan rädda liv. Behandlingen skall ges av en läkare och sker vanligen i narkos⁶⁾. Tidigare kunde man också använda obligatoriska kalla bad för att lugna ner en patient. I detta sammanhang kan det vara skäl att konstatera att lobotomi, som är bekant från berömda filmer, inte längre är aktuellt, och att psyko-kirurgi åtminstone inte än så länge utövas i Finland.

Det kan också nämnas att det i Europarådets rekommendation (Nr R(83)2, Legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary patients) bl.a. förutsätts att de patienter som har intagits för vård oberoende av sin vilja inte utsätts för sådana behandlingsformer som medför allvarlig risk för hjärnskada eller personlighetsförändringar, om inte den behandlande läkaren anser det vara nödvändigt och patienten, efter att ha fått kännedom om saken, har givit sitt uttryckliga samtycke till att åtgärden vidtas.⁷⁾

Tvång kan också innebära *kemiskt tvång*, dvs. medicinering. Samtidigt med medicineringen kan också fysiskt tvång användas. Då psykofarmaka kom ut på marknaden i början av 1950-talet vände de helt upp och ned på den psykiatriska vården. De läkemedel som används vid vård av patienter med psykiska symtom kan delas in i tre huvudgrupper. De är 1) anxiolytika eller ångestdämpande läkemedel, 2) antidepressiva läkemedel eller läkemedel mot depression och 3) neuroleptika, som botar och lindrar symtom i samband med schizofreni och andra psykoser. Neuroleptika påverkar transmittorererna i det centrala nervsystemet. Ett psykotiskt ångesttillstånd löses upp då känslolivet dämpas och de psykomotoriska funktionerna blir långsammare. Det kan konstateras att användningen av neuroleptika har förkortat sjukhusvården vid psykoser och ökat möjligheterna till öppenvård för dem som lider av schizofreni. Uppföljningsundersökningar har visat att behovet av sjukhusvård minskat betydligt efter att dessa läkemedel togs i bruk⁶⁾.

Tvång kan innebära *psykiskt tvång*. Jag har hört berättas att en patient som hade tagits in för tvångsvård på ett sinnessjukhus på sin tid fick rätt att röra sig fritt

förutsatt att hon lät sterilisera sig. Det torde också vara fråga om ett slags tvång, om en patient tvingas finna sig i att han hålls under uppsikt med hjälp av ett tv-övervakningssystem^{*}.

Enligt § 38 (521/77) sinnessjuklagen „äger ansvarig läkare vid sinnessjukhus rätt att granska eller låta granska samt innehålla på anstalten för observation eller vård intagen persons ankommande brev och andra försändelser, om ordning eller säkerhet oundgängligen anses påkalla detta eller om försändelsen förmodas innehålla ämnen, vilka begagnas i berusande syfte eller för annat liknande ändamål. Till tillsynsmyndigheterna riktade försändelser samt dessa myndigheters försändelser till person som befinner sig på anstalt skola likväl alltid frambefordras“.

I praktiken tycks också den här paragrafen ge möjligheter till mycket olika tolkningar i och med att den tillåter att patientens kontakter med den yttre världen bryts och därmed att psykiskt våld används. Det har hänt att en ansvarig läkare vid ett sinnessjukhus bl.a. ansett att han med stöd av denna paragraf hade orsak att innehålla ett brev som medicinalstyrelsen sänt till en patient. I vissa fall har den ansvarige läkaren likaså ansett sig ha rätt att öppna ett brev från tillsynsmyndigheten till en patient och patientens brev till tillsynsmyndigheten. Då lagen inte uttryckligen tar ställning till dessa frågor har också en dylik tolkning ansetts möjlig, åtminstone av en icke-jurist.

Jag anser att ordet „ogranskade“ bör fogas till det stadgande som kommer att motsvara 38 § 2 mom. då lagen revideras.

Jag anser dessutom att en patients rätt att *sända* brev bör nämnas i lagen för att patientens rättssäkerhet skall kunna säkerställas. Praxis har enligt min mening visat att denna rätt annars äventyras.

Diskussionen om tvång som ett medicinskt och juridiskt problem

Även om vård oberoende av patientens vilja kvantitativt utgör några promille av hela vården av dem som lider av psykiska störningar, har den tydligt varit det mest synliga psykiatriska tema i den offentliga diskussionen, såväl i Finland som på andra håll⁹⁾.

Den diskussion som förts om vård oberoende av patientens vilja kan närmast komprimeras till två, sinsemellan motstridiga sätt att närma sig problemet.

Det medicinska sättet att närma sig problemet betonar att även om vård oberoende av patientens vilja är en beklaglig åtgärd i ytterst extrema situationer, är

^{*} Av den åsikten var också riksdagens biträdande justitieombudsman då hon behandlade ett ärende som gällde tv-övervakningen vid Niuvanniemi sjukhus (ett sjukhus som närmast är avsett för kriminalpatienter) (Bitr. JO 8.5.1989. Nr 1347).

den i vissa fall oundviklig och syftar till att trygga att en liten grupp med patienter, som lider av någon allvarlig mental störning⁷ som väsentligt påverkar deras sätt att godta och själv söka vård, får nödvändig vård och omvårdnad.

Det medicinska sättet att närma sig problemet godtar sålunda den s.k. parens patriae läran, enligt vilken staten skall skydda sina medborgare i extrema situationer även utan deras tillstånd, på samma sätt som föräldrarna skyddar sina barn.

Enligt det sätt att närma sig problemet som betonar rättssäkerheten är psykiatrisk sjukhusvård mot patientens vilja alltid en farlig och kränkande åtgärd, som riktar sig mot en individs frihet. Somliga anser att detta sätt att närma sig problemet är absolut; ingen bör få vård mot sin vilja. Andra igen anser att vård oberoende av patientens vilja kan godtas med vissa restriktioner, men godkänner inte den medicinska argumenteringen, enligt vilken behovet av vård är en tillräcklig grund för vård oberoende av patientens vilja. Deras åsikt är att vård oberoende av patientens vilja skall tillåtas endast om patienten är farlig⁸⁾.

Finns det någon tillfredsställande lösning på problemet tvång inom psykiatrin?

Tvångsvården är ett av psykiatrins svåraste problem. Den är dock inte på långt när ett problem enbart inom psykiatrin. Tvångsvården kan granskas åtminstone från fyra perspektiv: från ett etisk-filosofiskt, juridiskt, samhällsvetenskapligt och medicinsk-psykiatriskt perspektiv⁹⁾. Mitt eget perspektiv är närmast „juridiskt“ med medicinska inslag, utan att jag för den skull skyr de etiska dragen.

Under senaste decennier har man gjort otaliga försök att finna gemensamma internationella normer för tvångsvården¹⁰⁾. Att man alltid är tvungen att komma fram till en kompromiss mellan olika synpunkter tycks dock vara ett problem när det gäller sådana försök. Beroende på synpunkten kan resultatet då uppfattas som snedvridet eller felaktigt. Frågan om vård oberoende av patientens vilja är en tvärvetenskaplig fråga. Alla de lösningsmodeller som ensidigt betonar endast ett sätt att närma sig frågan är bristfälliga.

I de senaste internationella bedömningarna av tvångsvården återspeglas tre centrala problem^{8), 9)}:

⁷ I Finland mentalsjukdom

¹⁰⁾ Jag anser att utarbetandet av Europarådets ovan nämnda rekommendation Nr R(83) 2 var ett betydande försök. I artikel 2 förutsätts uttryckligen att en läkare fastställer om patienten lider av en sådan „mental störning“ (mental disorder) som kräver vård oberoende av patientens vilja. Det förutsätts dessutom att läkaren ställer sin diagnos utgående från strikta medicinska kriterier „Strictly in accordance with medical science“. Efter långa diskussioner blev den enda restriktionen att svårigheten att godta moraliska, sociala, politiska eller andra värden som sådan inte skall betraktas som en mental störning enligt rekommendationen.

Myten om psykiatri utan sjukhusvård

Det faktum, att antalet patienter har minskat på sinnessjukhusen i industriländerna, förenat med den antipsykiatriska inriktningens ideologiskt färgade teser, enligt vilka mentalsjukdomarna endast är en myt och patienterna en produkt av anstaltssystemet, och att man slipper alla mentalsjukdomar genom att upplösa anstaltssystemet, har medfört vittutbredda feluppfattningar om det psykiatriska vårdssystemets möjligheter och begränsningar. En kraftig åtstramning av förutsättningarna för tvångsvård har ändrat det psykiatriska vårdssystemet radikalt särskilt i Förenta Staterna. I stället för problemet med anstalternas makt har det uppkommit helt nya problem, t.ex. hemlösa psykiskt sjuka som stryker omkring på gatorna¹⁰⁾.

Farlighet – en vetenskapligt ohållbar grund

Som enda förutsättning för tvångsvård på mentala grunder är farlighet ett ohållbart kriterium vetenskapligt sett. Inom psykiatrin kan man inte förutse farligt beteende. Om farlighet tas fram som den enda tillräckliga förutsättningen i lagstiftningen och vård och tvång helt isoleras från varandra, leder det till en grym paradox i vissa extrema fall: patienten mister sin frihet, men får inte någon som helst vård. På motsvarande sätt behåller de patienter som kan skötas på medicinsk väg sin frihet, men råkar in på brottets väg och hamnar i fängelse eller dör av någon sjukdom, eftersom de inte kan ta vara på sig själva („dying with their rights on“).

Lösningar som baserar sig på en ensidig ideologi

Man kan peka på brister både i psykiatrernas strävanden att utan juristers hjälp få till stånd arrangemang som överensstämmer med patienternas intressen och juristernas strävanden mot samma mål utan psykiatrernas hjälp.

Som ett exempel på det förstnämnda kan nämnas de brister i rättssäkerheten som upptäcktes på de privata sinnessjukhusen i Japan på 1980-talet. På privata vinstbringande sinnessjukhus sköttes besvärliga anhöriga och där var psykiatrerna sålunda ett medel för maktutövningen. Internationella juristkommissionen utarbetade en grundlig rapport om saken. Som ett exempel på det senare kan nämnas den s.k. Daes-rapporten år 1983, som har kritiserats starkt för sina fördomar mot psykiatrin. Den utarbetades inom FN som ett principprogram för skyddande av de psykiskt sjukas rättigheter. Den centrala aspekten i rapporten är att psykiatrisk tvångsvård kränker rättssäkerheten. Tvångsvård innebär i själva verket frihetsberövande, vilket alltid är av ondo. Något vårdmässigt kriterium godtas inte

som grund för tvång i rapporten. Farlighet är den enda grunden för tillgripande av tvång⁸⁾.

Sinnessjukdom

Vid en närmare granskning visar sig de grundläggande förutsättningarna för tvångsvård vara problematiska. Begreppet „sinnessjukdom“ definieras inte i lagen. I de handlingar som hänför sig till lagens beredning betonas det att sinnessjukdom är en medicinsk sak, varför en diagnos är en grundläggande förutsättning för tvångsvården i Finland. I samma beredningstext hänförs sinnessjukdom till begreppet „psykos“. Begreppet „sinnessjukdom“ hänförs också i dag vanligen till detta begrepp inom psykiatrin. Psykos kännetecknas av störningar i uppfattningen av verkligheten. I lagtexten ingår substantivformen „sinnessjukdom“ som en förutsättning. I yrkesjargongen betyder substantivet „psykos“ och adjektivet „psykotisk“ två olika saker. Psykos är en psykisk störning, som har en fastställd form och en viss tidsmässig längd.⁹⁾

Med uttrycket „psykotisk“ avses däremot en persons tillstånd vid en viss tidpunkt. Uttrycket „sinnessjukdom“, som används i lagen, hänvisar till ett mera varaktigt och närmare definierat psykotiskt syndrom, psykos, och stöder sålunda en snäv tolkning av begreppet¹⁰⁾. Det är av väsentlig betydelse att psykosen särskiljs från andra mentala störningar då beslut om tvångsvård fattas. Det faktum att psykisk sjukdom utgör en förutsättning för tvångsvård enligt den svenska sinnessjuklagen lär i någon mån ha gett upphov till missförstånd. Det påstås att de finska myndigheterna har behandlat en person som om han hade varit otillräcklig på grund av att samma person i Sverige har dömts till psykiatrisk vård som psykopat, vilket alltså inte är möjligt enligt lagen i Finland.

I den medicinska litteraturen har begreppen „mentalsjukdom“ och „andra mentala störningar/psykiska störningar“ tagits upp mycket ofta och man har trott att „mentalsjukdom“ är ett relativt klart begrepp, som inte medför några större gränsdragningsproblem eller differentialdiagnostiska problem. Enligt min mening tycks det dock inte vara så enkelt i praktiken¹²⁾. Det finns vissa sjukdomstillstånd som både experter inom psykiatrin och lekmän tycks vara eniga om, t.ex. sådana fall då en person påstår att någon har installerat en manick i hans huvud med vars hjälp hans tankar kan tydas och han får olika meddelanden.

Det tycks emellertid också finnas många sådana fall som lekmän anser vara en

⁸⁾ Jag har sett utlåtanden där det talas om mikropsykoser. Då avses psykoser som räcker kanske bara några minuter; i synnerhet i samband med våldtäkt.

⁹⁾ I den föreslagna mentalvårdslagen „mentalsjukdom“.

mentalsjukdom, men som psykiaterne inte kan hänföra till den kategorin. I detta sammanhang bör det dessutom återigen påpekas att det finns olika skolor också inom psykiatrin.

Den psykiatriska diagnostiken är problematisk också av den orsaken att mentala störningar kan klassificeras på många olika sätt. Sättet beror närmast på den teoretiska referensram som används som utgångspunkt då man försöker beskriva eller förstå störningarna i en mänskans beteende i varje enskilt fall. Det kan sålunda t.ex. basera sig på en indelning av mänskans inre mentala försvarsmekanismer och anpassningsförmåga, på en bedömning av psykosociala stressfaktorer och funktionell färdighet eller på en deskriptiv eller beskrivande indelning. Med tanke på den psykiatriska forskningen och vården behövs alla dessa typer och de kompletterar varandra. Med tanke på en allmän diagnostisk klassifikation av mentala störningar är det dock endast den deskriptiva eller beskrivande klassifikationen som till sin validitet och reliabilitet påstås vara på en sådan nivå att den kan användas som en del i den allmänna klassifikationen av mentala störningar. Att den deskriptiva indelningen tas till grund för denna klassifikation innebär dock inte att man underskattar andra diagnostiska sätt att närma sig frågan.

De kriterier som baserar sig på den deskriptiva klassifikationen utgör ett skede i den psykiatriska diagnostikens utveckling. I sin nuvarande form kan de inte tillfredsställa den psykiatriska klassifikationens alla behov, t.ex. när man tänker på vård i syfte att avlägsna en viss störning i beteendet. Den vetenskapliga forskningen ger oss hela tiden nya kunskaper om de mentala störningarna. Det är sålunda fråga om en utvecklingsprocess¹³⁾.

Som första nordiska land antog Finland år 1988 DSM III R klassifikationen till en del av den officiella sjukdomsklassifikationen. Alla diagnoser i DSM III R är sålunda deskriptiva och den företräder det skede i utvecklingsprocessen där sjukdomsklassifikationen nu befinner sig. Diagnostiken är förknippad med värdeomdömen, i somligas ögon t.o.m. med politik,¹⁴⁾ och med verbal kommunikation. Frågan om vad som är en mentalsjukdom är också bunden till kulturen. År 1973 röstade t.ex. psykiaterföreningen i USA för ett beslut om att homosexualitet, som dittills hade varit en psykisk sjukdom, inte längre var det.

Jag har observerat att t.ex. en psykiater och en jurist kan uppleva ett och samma fenomen på helt olika sätt och ge samma ord olika innebörd eller dra olika slutsatser av beskrivningen av en viss sjukdomsbild. Såsom vi alla säkert någon gång har upplevt kan kommunikationen mellan två människor som hör till samma yrkeskår också misslyckas.

En läkares och en jurists kommunikations- och fokuseringsproblem torde kunna belysas med ett fall som på ett uppseendeväckande sätt behandlades också i massmedierna i Finland för några år sedan. Det var fråga om en läkare som för-

des till sinnessjukhus från sin mottagning. Förloppet och handlingarna bedömdes av flera läkare och jurister under processens gång¹²⁾.

I samband med det aktuella fallet motiverades läkarens behov av vård enligt 16 a § sinnessjuklagen i flera utredningar och utlåtanden, som olika läkare gav till domstolen, nästan alltid med att läkaren i fråga uttryckligen i egenskap av *läkare*, dvs. *som utövare av sitt yrke*, var farlig för sin omgivning på grund av sin mentalsjukdom. Därför förvånar det mig inte alls, när jag ser på saken så här efteråt, att beslutet om att läkaren i fråga skulle tas in på ett sinnessjukhus för vård oberoende av sin vilja upphävdes och att juristerna, i den diskussion som fördes, allmänt ansåg att om läkaren i fråga var farlig för sin omgivning (eller sig själv) på grund av sitt yrke, borde man ha vidtagit sådana åtgärder som nämns i den lag som gäller utövningen av läkaryrket (562/78).

Sinnessjuklagens 16 a § är ett allmänt stadgande och dess stadganden om tvångsvård m.m. kan naturligtvis tillämpas på alla psykiskt sjuka oberoende av deras yrke. Stadgandena i lagen om utövning av läkaryrket tillämpas däremot endast på dem som utövar läkaryrket. Enligt den sistnämnda lagens 14 § kan medicinalstyrelsen bl.a. förklara en läkare tills vidare förlustig sin behörighet att utöva läkaryrket på grund av sjukdom.

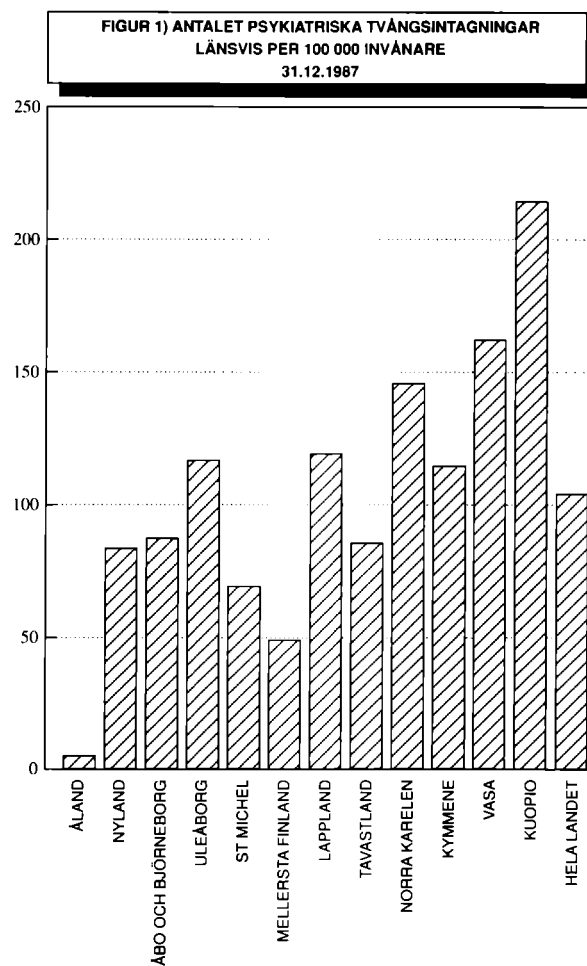
Grunder och motivering för beslut om tvångsvård

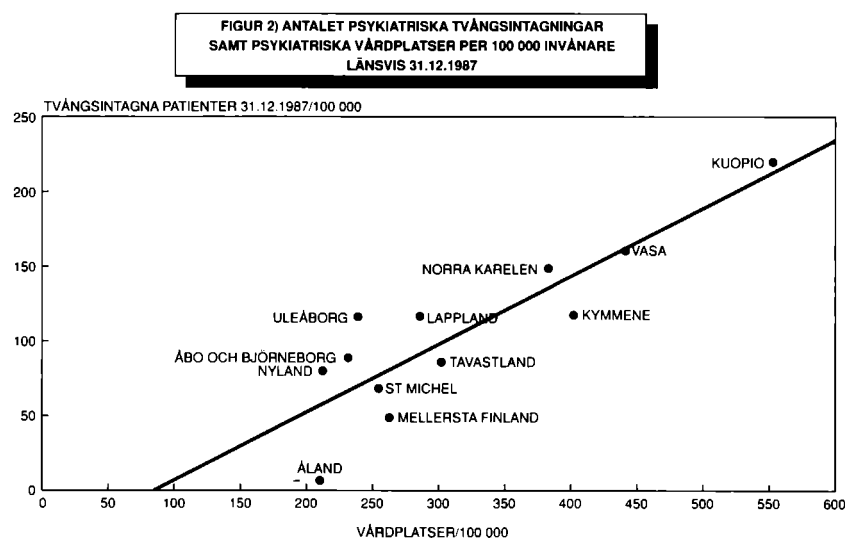
Det är i viss mån problematiskt att sinnessjukdom och direkt behov av sinnessjukvård i samband med den i 95,7 % av alla fall har varit det enda kriteriet då en patient har tagits in för tvångsvård i vårt land. I besluten om tvångsvård har man antingen inte alls bedömt patientens eventuella särskilda skadlighet för sig själv eller andra på grund av sin mentalsjukdom eller så har man inte antecknat denna bedömning i handlingarna. I 3,6 % av alla fall utgjorde sinnessjukdom och direkt behov av sinnessjukvård tillsammans med särskild fara för sig själv eller andra grund för beslut om tvångsvård. Utöver sinnessjukdom förekom särskild skadlighet för sig själv eller andra som grund för intagning för vård endast i 0,7 % av fallen. Uppgifterna härstammar från slutet av år 1985. Utgående från dessa uppgifter har man dragit den slutsatsen att vårdkriterierna har varit de centrala då besluten om vård har fattats¹³⁾. Det finns skäl att anta att läkarkåren undviker skadlighetskriteriet på grund av att patienten då han läser dokumenten kan uppleva det som förolämpande.

Delreformen av sinnessjuklagen år 1978, genom vilken förutsättningarna för tvångsvård åtstramadades (före reformen räckte det som grund för tvångsvård att en person uppenbarligen var i behov av snar vård), har inneburit att antalet pati-

enter i tvångsvård har sjunkit dramatiskt, dvs. från 83 % år 1977 till 19.5 % år 1987⁹⁾. Trots det vet vi å andra sidan att utbudet på vård styr efterfrågan såväl inom mentalsjukvården som inom den övriga hälso- och sjukvården och att „tvångsvårdsplatserna“ tenderar att bli fullsatta.

Hur vanligt det är med vård oberoende av patientens vilja varierar betydligt. Tvångsvård tillgrips synnerligen ofta i Kuopio, Vasa och Norra Karelen län. På Åland och i Mellersta Finlands och S:t Michels län tillgrips dylik vård betydligt mera sällan än i det övriga landet i genomsnitt. Se figur 1) (Medicinalstyrelsens statistik).





Man har försökt reda ut de regionala skillnaderna genom att jämföra tvångsvården med antalet sinnessjukhusplatser som står till förfogande i regionen samt med resurserna inom den psykiatriska öppenvården. Härvid har man konstaterat att vård oberoende av patientens vilja står i ett visst förhållande till antalet sinnessjukhusplatser: i de regioner där vårdssystemet är anstaltsdominerat och det finns gott om sinnessjukhusplatser är det vanligare med tvångsvård än i de regioner som är mindre anstaltsdominerade. Se figur 2) (Medicinalstyrelsens statistik).

Tvångsvården står i omvänt förhållande till resurserna inom den psykiatriska öppenvården; i de regioner där det finns mera personal inom den psykiatriska öppenvården är tvångsvård mindre vanlig⁹⁾.

Det kan också konstateras att en dålig vårdprognos eliminerar ett omedelbart behov av vård, dvs. om man vet eller tror att en patient är mycket svårskött, kan han ha svårt att „komma in“ på ett sjukhus, trots att han t.o.m. är i behov av tvångsvård eller det är han själv som har tagit initiativet.

Jag anser att det med hänsyn till rättssäkerheten i praktiken har varit särskilt problematiskt att den motivering till beslut om tvångsvård som framförs i alla handlingar och särskilt i vårdbeslutet är synnerligen knapphändig. Ofta har motiveringen också varit mycket dunkelt formulerad och så skriven att åtminstone en jurist, som läser handlingen, inte utan uppgifterna i patientjournalen, och inte alltid ens med hjälp av dem, blir övertygad om att beslutet överensstämmer med sinnessjuklagen. De som företräder psykiatrin påpekar i allmänhet att det ofta är mycket svårt att formulera motiveringen så att patienten inte känner sig förolämpad.

Tvångsvårdsbeslutets verkningar på vårdatmosfären

Ett försök att på ett framgångsrikt sätt förebygga ett hot mot den mentala hälsan med att kränka patientens självbestämmanderätt och självkänsla är ofta dömt att misslyckas.¹¹⁾

Medicinalstyrelsen har betonat att beslutet om tvångsvård och hela motiveringen skall visas för patienten för att hans rättssäkerhet skall förverkligas. Psykiatern har varit benägna att anse att vårdatmosfären blir lidande, om en patient får veta vad som har skrivits om honom i patienthandlingarna. Utan tvivel ligger det någonting i det. Förverkligandet av rättssäkerheten förutsätter emellertid att den som saken gäller får tillräckligt med information så att han kan rikta sitt klagomål vederbörligen.

Ett problem när det gäller att tillkänna ett beslut om tvångsvård är också att det i lagparagrafen inte uttryckligen nämns att beslutet skall tillkännas skriftligen. På vissa sjukhus hade man i tiden intagit den ståndpunkten att patienten fick ett skriftligt beslut endast om han uttryckligen bad om det. Ett sådant förfarande kan naturligtvis inte godtas.

I skenet av de klagomål som har inkommit till medicinalstyrelsen tycks ett annat problem vara att det inte i lagen uttryckligen nämns någon tid inom vilken beslutet om tvångsvård skall tillkännas patienten. Detta ger upphov till betydande dröjsmål. Vissa läkare har ansett att beslutet kan tillkännas patienten först då han har blivit tillräckligt frisk. Medicinalstyrelsen har rekommenderat att patienten skall få en god man som tar emot tillkännagivandet, om patienten befinner sig i ett sådant tillstånd att beslutet inte genast kan tillkännas honom. Som ett extremt exempel kan nämnas att underrätten vägrade förordna god man i ett sådant fall och ansåg att om patienten kan ta emot beslutet om tvångsvård, behöver han inte någon god man, och om patienten däremot inte kan ta emot beslutet, är beslutet om tvångsvård utan tvivel det rätta och då finns det inte något behov att förordna någon god man. Beslutet har inte överklagats. På grund av att fallet är så bisarrt har jag informerat riksdagens biträdande justitieombudsman om det.

Problematiska administrativa arrangemang

I 17 § 1 mom. (521/77) sinnessjuklagen, stadgas att
„Berättigad att avgiva i 16 a § 2 mom. avsett läkarutlåtande” är läkare vid hälsovårdscentral eller vid mentalvårdsbyrå eller annan läkare, dock icke läkare

* Ett utlåtande på basis av vilket en person kan tas in för observation oberoende av sin vilja.

vid det sjukhus, på vilket intagningen skall ske. Läkarutlåtandet skall grunda sig på personlig undersökning, som verkställts tidigast 10 dagar före intagningen för observation, och det skall innehålla motiverat ställningstagande för att de i 16 a § 1 mom. avsedda förutsättningarna för personens intagning på sinnessjukhus oberoende av hans vilja föreligga.“

Jag har inte fått klart för mig på vilken filosofi kravet på en personlig undersökning som verkställts 10 dagar före intagningen för observation och ett läkarutlåtande som baserar sig på den bygger, men jag anser i varje fall att denna tid är så lång att den äventyrar patientens rättssäkerhet. En mycket stor del av tvångsvården är mycket kortvarig. Rätt ofta omfattar den endast några dagar. Också teoretiskt sett kan man inse att tio dagar (+ fem dagar: observationstid) är en så lång tid att patientens tillstånd i de flesta fall hinner förändras på ett mycket avgörande sätt under den tiden. Det kan hända att patienten redan har tillfrisknat då man börjar föra honom till sjukhuset. Om patienten däremot är mycket sjuk, äventyras hans rättssäkerhet av att han möjligen måste vänta flera dagar innan han tas in för tvångsvård. I den mentalvårdslag som är under beredning har den nämnda tiden om tio dagar redan förkortats till tre dagar och observationstiden till två dygn. Jag förstår mig fortfarande inte på denna tre dagars „väntetid“. Borde man inte reagera genast, om patienten är i behov av omedelbar psykiatrisk sjukhusvård?

Paragraf 19 a (521/77), sinnessjuklagen, enligt vilken det inte behövs något nytt läkarutlåtande eller observationsutlåtande då en person överförs från ett sjukhus till ett annat, stärker inte heller patientens rättssäkerhet. Ordalydelsen i lagens 20 § (521/77), enligt vilken en patient i allmänhet själv skall anhålla om att bli utskriven från sjukhuset, är också originell. Det skulle kännas naturligt, både med tanke på patientens rättssäkerhet och ett effektivt utnyttjande av resurserna, att en patient genast skrivs ut från sjukhuset då det inte längre finns förutsättningar för att han skall hållas kvar där. Lagen föreslås också ändrad till denna del.

Då man beaktar att den genomsnittliga tiden för tvångsvård är mycket kort är det svårt att förstå att det i lagen (20 a §; 521/77) talas om en sex månaders tidsfrist, under vilken förutsättningarna för tvångsvård skall utredas på nytt, om man vill fortsätta med tvångsvården efter nämnda tid. I den nya lagen har man tänkt förkorta den nämnda tiden till tre månader. För detta torde det fortfarande inte finnas någon annan grund än att då tiden förkortas med hälften torde rättssäkerheten fördubblas. I ärlighetens namn måste det konstateras att dessa föreskrifter föranleder mycket onödig byråkrati för vissa kroniker.

I 20 b § (521/77) ingår en s.k. kapningsrätt. Om en patient borde skrivas ut från sjukhuset för att han har anhållit om det men den ansvarige läkaren anser att förutsättningar för tvångsvård fortfarande finns, skall patienten sättas under ob-

ervation i högst fem dygn (enligt reformen i två dygn) för att förutsättningarna skall kunna utredas. Efter det skall det fattas beslut om att patienten antingen skall hållas kvar i tvångsvård eller skrivas ut från sjukhuset.

Hur lämpligt är det administrativa förfarandet för sökande av ändring?

Då lagen reviderades år 1977 togs den i förvaltningslagstiftningen vanliga tiden för ändringssökande, som är 30 dagar, in i lagen. Tiden räknas från det beslutet har delgivits. Länsrätten är den första besvärinstansen.

Praxis har visat att detta stadgande är av mycket ringa betydelse med hänsyn till patientens rättssäkerhet. Det hade man också kunnat säga på förhand. Efter att lagen hade trätt i kraft hakade man sig på några sjukhus veterligen fast vid vissa formaliteter och då upphävde länsrätten den ansvarige läkarens beslut. Man lärde sig snabbt att räkna ut tidsfristerna och fylla i den punkt på blanketterna som gällde delgivningen och efter det har länsrätten inte upphävt beslut, med undantag av några enskilda fall. Detta torde bero på att besluten om tvångsvård kan ha varit riktiga, men också på att medborgarna inte riktar sin ändringssökan rätt. De vill komma bort från sjukhuset med detsamma fastän de i stället borde hävda att beslutet om tvångsvård har fattats på felaktiga grunder och anhålla om att det upphävs. Vid länsrätten har man tillämpat skriftligt förfarande. I vissa fall har länsrätten begärt utlåtande av länsstyrelsens social- och hälsovårdsavdelning eller av medicinalstyrelsen. I dessa utlåtanden, som således har utarbetats med stöd av handlingarna, har man i regel intagit samma ståndpunkt som den ansvarige läkaren på basis av uppgifterna i det beslut han fattat och i patientjournalerna.

Ett försöksprojekt i syfte att förbättra rättssäkerheten

Tillsammans med länsstyrelsen i Åbo och Björneborgs län genomförde medicinalstyrelsen ett försöksprojekt 1.11.1981 – 31.12.1982 i syfte att utveckla rättssäkerheten för patienter som har tagits in på sinnessjukhus oberoende av sin vilja. Projektet utgick från det som erfarenheterna hade visat, nämligen att behandlingen av de klagomål som dylika patienter anför kunde utvecklas ytterligare. För detta ändamål fick länsstyrelsen i Åbo och Björneborgs län en specialist i psykiatri till sitt förfogande som hjälp då de besvär som gällde mentalsjukvård oberoende av patientens vilja behandlades. Målet var att en specialist i psykiatri och föredraganden vid länsrätten tillsammans skulle besöka sjukhusen och personligen på ort och ställe undersöka varje patient som under den tid försöket pågick anförde besvär över mentalsjukvård oberoende av patientens vilja.

Projektets mål var att

1. evaluera det nuvarande systemet med hänsyn till patienten som har tagits in på sinnessjukhus oberoende av sin vilja.
2. producera empiriskt material, på basis av vilket man kan avgöra i vilken mån det nuvarande systemet förbättras, om en oberoende specialist i psykiatri ställs till länsrättens förfogande då besvär över intagning på sinnessjukhus oberoende av patientens vilja behandlas,
3. producera material, på basis av vilket man kan bedöma eventuella andra förslag i syfte att förbättra det nuvarande rättssäkerhetssystemet,
4. bedöma kvaliteten på de handlingar som hänför sig till vård på sinnessjukhus oberoende av patientens vilja.
5. bedöma vilken betydelse intervjuer på ort och ställe har då besvären behandlas,
 - intervjuer som en jurist gör
 - intervjuer som en psykiater gör.

Utöver dessa mål beslöt man ytterligare att i samband med besvären också granska i vilken mån patienterna hade kunnat eller kunde skötas utan obligatorisk sjukhusvård, om öppenvården effektiverades.

Ursprungligen bestod projektet också av en annan, separat del. Avsikten var att med tanke på rättssäkerheten och t.ex. med hjälp av stickprov reda ut sådana intagningar på sjukhus som skett oberoende av patientens vilja men som patienten inte har överklagat. Man blev dock tvungen att avstå från detta på grund av att forskarkrafterna inte räckte till.

Slutsatser, missförhållanden och förslag till förbättringar

Ur psykiatrins synvinkel

På basis av försöket tycks det nuvarande systemet fungera på ett tillfredsställande sätt i det skede då en patient remitteras till ett sinnessjukhus. Inte i ett enda fall kunde det konstateras några tecken på att den läkare som sände patienten till sinnessjukhus och som hade givit MT I-utlåtandet[†] skulle ha handlat oskickligt, i strid med patientens intresse eller i strid med lag. I alla de fall som undersöktes baserade sig likaså MT II-utlåtandet^{**}, som skrivs på sjukhuset, på en saklig undersökning av patienten och på en riktig uppskattning av patientens tillstånd.

Samtidigt kom det dock gång på gång fram att patienterna själva hade uppfattat

[†] Observationsremiss

^{**} Observationsutlåtande

saken så att besvärsförfarandet också gällde annat än tvångsintagning. För patienterna tycktes besvären innebära ett sätt att hos myndigheterna klaga över vård som de allmänt förhöll sig ovilligt till eller som de annars upplevde som felaktig. Någon motsvarande möjlighet att „offentligt“ framföra besvär ingår inte i den övriga psykiatriska vårdprocessen och därför är det förståeligt att också andra i princip viktiga klagomål framförs via denna kanal.

Varken sjukhusets överläkare, som ger sitt utlåtande om besvären, eller de myndigheter vid länsrätten som behandlar dem tar ställning till ovan nämnda andra klagomål eller de delar av besvären som kan betraktas som klagomål, åtminstone inte i samband med att en ändringssökan behandlas. De har inte heller sört för att klagomålet kommer fram till rätt adress¹. Detta kan ses som en brist med hänsyn till patienternas rättssäkerhet. Av det material som ingick i försöksprojektet framgick det visserligen inte att någon patient av denna orsak skulle ha fått felaktig vård.

Det är viktigt att märka att en del av de klagomål och reklameringar som ingår i de besvär som patienterna anför, och som i själva verket gäller vården, är av sådan art att de omöjligt kan avgöras av personer som endast har juridisk utbildning (t.ex. svindel som biverkning vid medicinering). Redan det att länsrätten skulle ha möjlighet att konsultera en specialist i psykiatri om besvären och patientjournalerna skulle förbättra patientens rättssäkerhet väsentligt. Detta kan anses som det minsta tänkbara kravet då det gäller behandlingen av besvär.

På basis av de resultat som försöket gav tycks det dock vara önskvärt, både med tanke på ärendets behandling och patientens rättssäkerhet, att en specialist i psykiatri och föredraganden vid länsrätten tillsammans på ort och ställe intervjuar patienten och sjukhuspersonalen, åtminstone i vissa utvalda fall.

I många fall visade sig intervjuerna på ort och ställe innebära en obestridlig fördel då besvären behandlades jämfört med att en specialist i psykiatri endast tog del av handlingarna.

Samarbetet mellan en jurist och en psykiater då patienterna intervjuades på ort och ställe och likaså vid genomgången av handlingarna visade sig vara fruktbart och ofta också nödvändigt.

Ur juridisk synvinkel

Ur den föredragande tjänstemannens synvinkel är det minsta kravet för att det nuvarande systemet skall kunna rättas till att länsrätten får en psykiater till sitt

¹ I vissa fall har medicinalstyrelsen i sitt utlåtande till länsrätten föreslagit att länsrätten skall överföra den del av ärendet som inte gäller beslut om intagning för vård oberoende av patientens vilja till länsstyrelsens social- och hälsovårdsavdelning, där det behandlas som ett klagomål.

förfogande, som på ett eller annat sätt deltar i behandlingen av mentalvårdsärenden i länsrätten. Den gällande lagstiftningen möjliggör inte att en psykiskt sjuk patients rättssäkerhet förverkligas på ett tillfredsställande sätt då besvär som gäller intagning på sinnessjukhus mot patientens vilja behandlas i länsrätten.*

Att den som söker ändring intervjuas av en psykiater och länsrättens föredragande avhjälpes för det första den största bristen i det nuvarande systemet genom att psykiatrisk sakkunskap då också är representerad när besvären behandlas. Utöver det som en muntlig och personlig intervju redan i och för sig kan erbjuda till grund för en jämförelse med uppgifterna i handlingarna ger föredragandens och psykiaterns frågor, som baserar sig på deras sakkunskap och olika synvinklar, en utmärkt möjlighet att grundligt granska beslutet om intagning för vård¹⁵⁾.

En uppskattning av situationen

I den gällande sinnessjuklagen, vars väsentliga punkter som ger rum för olika tolkningar inte föreslås ändrade i den nya mentalvårdslagen, åtminstone inte de stadganden som gäller tvångsvård**, ingår i mitt tycke så många sådana punkter och ordvändningar som en jurist och en läkare uppfattar på olika sätt och som i vardagligt tal kanske förstås på ännu ett tredje sätt att det för att patientens rättssäkerhet skall förverkligas krävs att ett system med en *patientombudsman* eller någon annan „medlar“-institution införs på sinnessjukhusen. Sinnessjukhusen bör också vara så öppna som möjligt och föremål för en aktiv offentlig tillsyn¹⁶⁾. I skenet av mina egna erfarenheter anser jag det inte vara möjligt att definiera förutsättningarna för vård oberoende av patientens vilja så noggrant och entydigt att det inte uppstår meningsskiljaktigheter i fråga om tillämpningen av dem. I denna situation är det ju i princip två olika slag av mänskliga rättigheter som vägs mot varandra, å ena sidan rätten till personlig frihet och å andra sidan rätten att få så god hälso- och sjukvård som möjligt¹⁷⁾. Jag anser att endast en utomstående övervakare, som är tillräckligt aktiv och oberoende och som införs på sjukhuset, verk-

* Genom en ändring av lagen om länsrätterna (242/89), 11 och 11 a §), som trädde i kraft 1.11.1989, stadgas att en legitimerad läkare som är väl insatt i psykiatri skall närvara då besvär över beslut om tvångsvård behandlas i länsrätten.

** Enligt lagförslaget kan beslut om psykiatrisk sjukhusvård meddelas endast, om patienten är mentalsjuk, har ett sådant behov av vård att hans mentalsjukdom väsentligt skulle förvärras eller det allvarligt skulle äventyra hans eller andras hälsa eller säkerhet om han inte får vård. Innan beslutet om tvångsvård fattas skall dessutom utredas att inga andra mentalvårdstjänster är lämpliga eller att de är otillräckliga.

ligen kan förbättra rättssäkerheten för de patienter som får vård oberoende av sin vilja.

Länsrätten kunde också pröva möjligheten att tidvis *sammanträda på sinnessjukhuset*.

Av erfarenhet vet vi likaså att *en minskning av antalet anstaltsplatser* förbättrar patientens rättssäkerhet. Ju färre tvångsvårdsplatser det finns desto strängare är kriterierna för att en patient skall tas in för tvångsvård. Men om *öppenvården* inte *utvecklas kraftigt* samtidigt som antalet sinnessjukhusplatser minskas, kan det hända att patienternas rätt att få vård, uppmärksamhet och omvårdnad äventyras i vårt karga nordliga land där livsbetingelserna är så stränga.

För vissa patienter kunde *en viss grad av tvång i öppenvården*, vilket inte är möjligt i Finland i dag och inte heller kommer att bli det enligt den föreslagna nya mentalvårdslagen, förbättra deras rättssäkerhet, åtminstone om „villkorlig frihet“ anses som ett bättre alternativ än att vara instängd på en anstalt. Sålunda anser jag att det i vissa fall borde vara möjligt att ordinera *tvångsmedicinering i öppenvården*, t.ex. då en patient som kan hållas fri från symtom med hjälp av läkemedel inte frivilligt tar sådana läkemedel som t.ex. hjälper honom att bibehålla verklighetsförankringen.

Ett problem är att *om patientens rättssäkerhet betonas kan det leda till att hans anhörigas eller andras rättssäkerhet äventyras*, om patienten inte frivilligt i tid eller längre samtycker till vård eller om man antingen inte på nytt vågar ta in honom för vård oberoende av hans vilja eller tillämpar för stränga kriterier vid intagningen. Det är mycket tragiskt, både för patienten och de andra parterna, att en patient ibland konkret och kanske t.o.m. upprepade gånger måste visa hur farlig han är för andras säkerhet eller hälsa innan han blir godtagen för vård. – Det är dock skäl att komma ihåg att *också den psykiatriska vårdens möjligheter är begränsade*.

Hälsovårdspersonalens rättssäkerhet får inte heller glömmas bort. Jag anser dock att patientens och hälsovårdspersonalens intressen sammanfaller. Ett vårdsystem som motsvarar den moderna psykiatrin, antalet anställda, personalens struktur och utbildningsnivå är centrala faktorer. Bristen på psykiatrer i Finland och den förutspådda bristen på vårdpersonal förorsakar också problem. I vårt samhälle måste vi hela tiden ta ställning till hur stora säkerhetsrisker vi är villiga att ta och vilket pris vi är villiga att betala för att ingen skall bli utsatt för tvång „i onödan“.

I min mening är det också uppenbart att vi borde *kunna tolerera olikheter i högre grad än vad vi nu gör*. Man måste vara medveten om att människan under sitt levnadslopp och sin personlighetsutveckling ofta råkar i ångestfyllda och svåra situationer, men att hon inte av den anledningen får stämplas som sjuk.

Litteraturförteckning

- 1) Lahti, Raimo: Oikeusturva terveydenhuollossa; Vastuu ja oikeusturva terveydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 1983:36:7 – 16
(= Ansvar och rättssäkerhet inom hälso- och sjukvården)
- 2) Omaisen ääni, Suomen mielenterveysseura 1989:8 – 9
(= De anhöriga har ordet)
- 3) Pylkkänen, Kari; Lönnqvist, Jouko: Tahdosta riippumaton hoito Suomessa. Suomen Lääkärilehti 1986:13:1217 – 1222 (= Vård oberoende av patientens vilja i Finland)
- 4) Voutilainen, Paavo: Pakkohoito lääketieteen etiikan ongelmana, Teologisen etiikan ynnä uskontofilosofian pro gradu työ. HY, Teologinen tiedekunta 1985:9 – 16
(= Tvångsvård – ett medicinsk-etiskt problem)
- 5) Tillämpningen av mentalvårdslagens 37 § och anteckningar om den i sjukjournalerna, Medicinalstyrelsens instruktionsbrev nr 1018/02/81
- 6) Betänkande avgivet av kommittén för mentalvårdsarbete, I delen, 1984:17:121 – 124
- 7) Legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary patients, Recommendation No. R(83)2, Committee of Ministers of the Council of Europe, Strasbourg 22.2.1983
- 8) Pylkkänen, Kari: Tahdosta riippumaton hoito I; Kansainvälinen kehitys ja Suomen lainsäädäntö, Suomen Lääkärilehti 1988:14:1353 – 1360
(= Vård oberoende av patientens vilja I; Den internationella utvecklingen och lagstiftningen i Finland)
- 9) Lehtinen, Ville et al: Sosiaalipsykiatria, Tahdosta riippumaton hoito terveydenhuollossa ja sosiaalihuollossa, Helsinki 1989:80 – 93
(= Socialpsykiatri, Vård oberoende av patientens vilja inom hälso- och sjukvården och socialvården)
- 10) Pylkkänen, Kari: Tarvitaanko mielisairaloita. Sosiaalinen aikakauskirja 1989:1:14 – 18
(= Behöver vi sinnessjukhus)
- 11) Lönnqvist, Jouko: 1970-luvun lääkintälainsäädäntö. Mielisairaslaki ja sen tahdosta riippumatonta hoitoa koskeva sisältö. Suomen Lääkärilehti 1985:8:718 – 725
(= Sjukvårdslagstiftningen på 1970-talet. Sinnessjuklagen och dess stadganden om vård oberoende av patientens vilja)
- 12) Takala, Jukka-Pekka: Mielisairaat, kriminaalipotilaat, oikeusturva. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos, Helsinki 1989:92:7– 12
(= Psykiskt sjuka, kriminalpatienter, rättssäkerhet)
- 13) Mielenterveydenhäiriöiden diagnostinen ja tilastollinen ohjeisto DSM III R. Osa 3 Tautiluokitus 1987. Lääkintöhallitus 1989
(Diagnostiska och statistiska anvisningar vid psykiska störningar DSM III R. Del 3 Sjukdomsklassifikation 1987)
- 14) Hakkarainen, Anni: Kokousselostus Fourth World Congress of Victimology Italia. Sosiaalilääketieteellinen aikakauslehti 1988:25:5-6:371 – 373 (Congressrapport)
- 15) Aaltonen, Jukka; Lahti, Ilpo; Rautiainen, Seppo: Tahdostaan riippumatta mieli-

sairaalaan otettujen potilaitten oikeusturva. Lääkintöhallituksen julkaisu
1983:36

(= Rättssäkerheten med hänsyn till patienter som har tagits in på sinnessjukhus
oberoende av sin vilja)

- 16) Eskola, Jarkko: Psykiatrisia potilaita koskevia erityiskysymyksiä. Oikeusturva ter-
veydenhuollossa. Lakimiesliiton koulutuskeskuksen julkaisusarja 1983:36:62 – 69

(= special frågor gällande psykiatriska patienter)

(= Rättssäkerheten inom hälso- och sjukvården)

- 17) Lehtimaja, Lauri: Näkökohtia psykiatrisen potilaan oikeusturvasta) samma publi-
kation som i 16), s. 70 – 83 (= synpunkter över psykiatriska patienternas rättssä-
kerhet)